RDFyP

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

SUCESIONES • PERSONALÍSIMOS
BIOÉTICA • DERECHO MÉDICO

Año XIII | Número 3 | Junio 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 mayo 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 3 | Junio 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 Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

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

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

La metamorfosis producida en el régimen de comunicación entre padres e hijos
Mauricio Luis Mizrahi 5

Guarda judicial
Claudia Chwojewski 9

Derecho Comparado

La filiación adoptiva de tipo pleno en diversos países americanos
Silvia Marrama 19

Comentarios Jurisprudenciales

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS
Revocación de la orden de restitución. Interpretación del concepto "lugar de residencia habitual". Diferencia con la "simple residencia". Interés superior del niño. Obligaciones de los progenitores. Necesaria solución amistosa del conflicto. Exhortación sobre publicaciones que exponen a los niños en redes sociales 31

La configuración del lugar de residencia habitual en los casos de restitución internacional de niños
Luciana B. Scotti - Leandro Baltar 36

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
Revocación de sentencia que desplazó la filiación materna de la mujer gestante y admitió el emplazamiento filial de una pareja homosexual. Figura que no está admitida por el ordenamiento jurídico. Determinación de la maternidad por el útero. Orden público. Inexistencia de vacío legislativo. Inaplicabilidad del art. 19 de la Constitución Nacional. Disidencia. Derecho a formar una familia. Voluntad procreacional. Igualdad. Interés superior del niño e identidad 58

Gestación por sustitución y adopción integrativa: límites contractuales ante la ausencia de un vacío legal
Mercedes Ales Uría 73

ALIMENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS
Actitud reticente del progenitor demandado. Medidas ordenadas por el juez. Suspensión de la licencia de conducir. Corte de líneas telefónicas..... 82

El derecho-deber alimentario con perspectiva de género y perspectiva de infancia. Medidas innovativas frente al progenitor que no cumple con la obligación
Elena Mendoza 86

SUCESIONES

Doctrina

Un testamento cuestionado y "una grave falencia"
Juan Javier Negri..... 97

PERSONA

Doctrina

La objeción de conciencia en la ley 27.610
Eduardo A. Sambrizzi..... 107

Comentarios Jurisprudenciales

DERECHOS DEL PADRE EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO
Orden dada a una mujer de abstenerse de llevar adelante cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo. Medida cautelar solicitada por el esposo. Procedencia 117

El aborto, la corresponsabilidad y la coparentalidad
Úrsula C. Basset..... 123

TRATAMIENTO MÉDICO PARA EL CORONAVIRUS
Paciente con diagnóstico de SARS COVID-19 grave con compromiso pulmonar severo. Tratamientos compasivos prescriptos por el médico tratante. Nebulizaciones de ibuprofeno de sodio y de dióxido de cloro. Derecho a la salud. Procedencia de medida cautelar 134

Cuando la desidia manda
Paola Alejandra Urbina 136

MODIFICACIÓN DE APELLIDO
Partida extranjera. Acceso a la justicia. Colectivos vulnerables. Derechos del adolescente. Derecho a la identidad. Inmutabilidad del nombre. Procedencia 140

El derecho al nombre: reflexiones desde los derechos humanos
Michel A. Giraud Billoud..... 148

DESPIDO DISCRIMINATORIO
Basado en la orientación sexual de la trabajadora. Indemnización por daño moral equivalente a seis salarios 156

La discriminación laboral de minorías sexuales
Rafael E. Toledo Ríos 161

VIOLENCIAS

Doctrina

Las redes sociales como medio para ejercer violencia familiar y de género
Alejo Ezequiel Vilches 173

LEGISLACIÓN

Nacional

RESOLUCIÓN 49 (M.R.E.C.I. y C.)
Funcionarias actuantes en el Servicio Exterior de la Nación – Referencia en redacción de actos administrativos y demás documentos – Modificación de la res. 49 (M.R.E.C.I.yC.) 179

RESOLUCIÓN CONJUNTA 21.029 (M. M. G. D.) y 21.029 (C.N.V.)
Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y Comisión Nacional de Valores – Aprobación de la "Guía de recomendaciones para la igualdad de género en el mercado de capitales" 180

RESOLUCIÓN 162 (A.N.D.)
Dirección Ejecutiva de la Agencia Nacional de Discapacidad – Creación de la Unidad de Políticas de Género 199

RESOLUCIÓN 54 (A.N.D.)
Subdirección Ejecutiva de la Agencia Nacional de Discapacidad – Conducción del proceso de implementación y seguimiento del cupo laboral destinado a las personas travestis, transexuales y transgéneros 203

RESOLUCIÓN 38 (M.R.E.C.I. y C.)
Dependencias del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto – Implementación de políticas o acciones para la reducción de la desigualdad de oportunidades y de trato por razones de género..... 205

RESOLUCIÓN 64 (M. M. G. D.)
Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad – Aprobación del "Procedimiento Administrativo para la Certificación de Capacitaciones en el Marco de la Ley Micaela" 207

RESOLUCIÓN 116 (M.T.)
Ministerio de Transporte – 2020-2023 – Aprobación del "Plan Estratégico para la incorporación de la perspectiva de género"..... 220

RESOLUCIÓN 1011 (M.S.)
Salud pública – Aprobación del Proyecto de Investigación sobre el Cultivo de Cannabis con Fines de Investigación Médica y Científica presentado por la Universidad Nacional de la Plata 228

RESOLUCIÓN 38 (S.I.P.)
Secretaría de Innovación Pública – Creación del "Centro G+T - Centro de Géneros en Tecnología"..... 229

Buenos Aires

RESOLUCIÓN 48 (M.M.P.G. y D.S.)
Guía de Atención Primaria Telefónica de la Línea 144 PBA 235

RESOLUCIÓN 49 (M.M.P.G. y D.S.)
Instructivos para la Atención por Diversas Vías de Denuncias sobre Violencia de Género 236

Catamarca

DECRETO 524
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 – Adhesión al dec. nacional 123 245

Córdoba

RESOLUCIÓN 22 (M.M.)
Plan de Acción para la implementación de las capacitaciones obligatorias para el año 2021, en la temática de género y violencia contra las mujeres, dispuestas mediante ley 10.628, de adhesión a la ley nacional 27.499 (Ley Micaela) y su decreto reglamentario 952 247

Santa Fe

DECRETO 279
Ley de Paridad de Género - Reglamentación de la ley 14.002 249

DECRETO 303
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 – Adhesión al dec. nacional 123 252

Tierra del Fuego

DECRETO 465
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 – Adhesión al dec. nacional 123 255

FAMILIA

Doctrina

La metamorfosis producida en el régimen de comunicación entre padres e hijos

Mauricio Luis Mizrahi (*)

Sumario: I. La coparentalidad y el régimen de comunicación. Antecedentes del proceso acaecido.— II. El dictado del Código Civil y Comercial.— III. La pérdida de relevancia de la comunicación presencial. El protagonismo de la comunicación virtual.— IV. Aplicación de la comunicación presencial en los cuidados compartidos.— V. La norma legal que hace referencia al régimen de comunicación.— VI. Conclusiones.

I. La coparentalidad y el régimen de comunicación. Antecedentes del proceso acaecido

El régimen de comunicación materno y paterno-filial (antes llamado "régimen de visitas") sufrió una profunda transformación con la sanción del Código Civil y Comercial; aunque el verdadero inicio de este proceso —más allá de la terminología— se produce con el advenimiento de la *coparentalidad* en la Argentina. Este fenómeno interesante exhibe sus primeras aristas en 1990, que es cuando adquiere efectiva vigencia en nuestro país la Convención sobre los Derechos del Niño. Recordemos en particular su 18.1., el cual establece: "Los Estados Parte pondrán el máximo de empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño"; criterio que se ratifica en los arts. 3°, 5°, 9° y 14, entre otros, del mismo instrumento internacional.

El tránsito hacia la *coparentalidad* tiene un decidido paso adelante con la sanción en 2005 de la ley 26.061, de los derechos del niño. Allí, su art. 7°, segundo párrafo, prescribe: "El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos".

A raíz de tales prescripciones convencionales y legales se tendió en los trámites judiciales —cuando se quebraba la unidad de la pareja que tenía hijos comunes— a que la coparentalidad se hiciera realidad. Así las cosas, en las decisiones de los tribunales o en los convenios que celebraban los progenitores, se determinaba —en los hechos, y no según el texto de la ley— una suerte de *cuidados compartidos de los hijos.* Por ejemplo, si bien continuó siendo bastante habitual que la madre tuviera el niño a su cuidado la mayoría de los días se solía determinar por lo regular que no menos de dos días a la semana el hijo pernoctaba con el padre y, además, los fines de semana se repartían entre los progenitores (verbigracia, un fin de semana con cada padre, o el sábado con uno y el domingo con otro). Y lo mismo sucedía con las vacaciones de verano; así en enero el hijo se quedaba con la madre y febrero con el padre. Nuestra experiencia personal de más de medio siglo —en el ejercicio de la profesión y en la magistratura— ratifica la evolución operada en este sentido.

Sin embargo, es importante destacar que, hasta la sanción del Código Civil y Comercial, al contenido de esos acuerdos o resoluciones judiciales —a las que arriba hicimos alusión— no

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

se lo calificaba como que se tratara de cuidados compartidos de los hijos. Es que al progenitor que los tenía más tiempo —la madre en los casos más corrientes— se le adjudicaba lo que se llamaba la "tenencia" (con el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental); al par que el otro padre tenía solo un "régimen de visitas".

II. El dictado del Código Civil y Comercial

Con el nuevo encuadre instaurado por el Código Civil y Comercial la regla general pasó a ser el cuidado compartido de los hijos (art. 650), mientras que al cuidado unilateral se lo entiende como excepcional (art. 653, primer párrafo). La apuntada modificación trajo aparejada un cambio fundamental, al menos en términos legales; y este fue que *ambos progenitores* (y no uno solo, como se prescribía en el código anterior) pasaban a tener, *recíprocamente,* un régimen de comunicación con los hijos comunes.

Dos medidas de gran envergadura afianzan la relacionada mutación con la vigencia del Código Civil y Comercial. Una, la determinación como principio del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, a pesar de que los progenitores se hallen separados (art. 641, inc. b). La otra, es que la nueva ley separa y distingue con nitidez el mentado ejercicio de lo que es el cuidado personal de los hijos (art. 648). Estas directivas hacen, conforme a los antecedentes antes narrados, que lo que antes de agosto de 2015 se denominaba "régimen de visitas", hoy se lo califica como *cuidado compartido*; sin que ello implique que desaparezca el régimen de comunicación; aunque acontece, como se verá, un importante cambio en su configuración.

Ahora bien, ¿cuándo estaremos ante un cuidado compartido, y cuándo se trata de un régimen de comunicación? Nos parece que un dato discriminatorio válido sería tener en cuenta si el niño pernocta o no con el progenitor. Para nuestro criterio, bastará entonces que un padre conviva un solo día con su hijo para que estemos ante un cuidado compartido y no frente a un régimen de comunicación presencial; e incluso será así, aunque en las constancias formales se establezca o se pacte la posibilidad excepcional del cuidado unilateral. Sucede que en el derecho de familia la *realidad* es la que prevalece. En suma, para decirlo de otro modo, para que se plasme un régimen de comunicación presencial será necesario que los encuentros parento-filiales comiencen y finalicen el mismo día.

III. La pérdida de relevancia de la comunicación presencial. El protagonismo de la comunicación virtual

El proceso que venimos comentando ha provocado que pierda protagonismo el régimen de comunicación *presencial*, aunque no su desaparición. Por un lado, es cierto que dicho régimen será medular y mantendrá su importancia en los cuidados unilaterales de los hijos; vale decir, en los casos en que estos pernocten en la vivienda de un solo progenitor; ello sin perjuicio de que también se despliegue un contacto virtual. Pero señalamos lo de la pérdida de relevancia del contacto presencial porque los cuidados unipersonales, como arriba lo dijimos, son excepcionales en la Argentina (art. 653, primer párrafo).

Asimismo, por otro lado, y paralelamente a lo indicado, ocurre a su vez otro cambio importante con la sanción del Código Civil y Comercial. Se trata de que, con la generalización de los cuidados compartidos de los hijos, se desplegará un tipo particular de régimen comunicación, que es el *virtual*; contacto parento-filial que, desde luego, se ejercitará en el tiempo en que un progenitor no se halla conviviendo con su hijo.

Por ejemplo, si el hijo está cinco días con un padre y dos con el otro y alternan un fin de semana por medio (modalidad indistinta), sin duda cada uno de los progenitores tendrá una comunicación *virtual* con el niño en aquellos períodos que no permanezca con él. Y lo mismo sucederá si comparten al hijo por tiempos iguales (modalidad alternada), verbigracia, partiendo la semana por la mitad, o una semana o un mes con cada uno; claro está en los días, semana o mes que el hijo no está con el padre que pretende la comunicación virtual.

Un fallo judicial puede ilustrar sobre la cuestión. El niño era cuidado una semana por cada progenitor (cuidado personal compartido alternado; art. 650, primera parte, del Código). Pero, además, se hallaba establecido un régimen de comunicación *telemática* con el otro

padre cuando este no lo tenía a su cuidado **(1)**. Situaciones como estas nos persuaden de que, en los casos de cuidado compartido de los hijos, los medios de comunicación que adquirirán verdadera relevancia serán los *virtuales*; más allá de que pueda eventualmente desarrollarse un régimen de comunicación presencial según las circunstancias de cada caso.

IV. Aplicación de la comunicación presencial en los cuidados compartidos

Ya precisamos que la sanción del Código Civil y Comercial hizo perder protagonismo al régimen de comunicación presencial y en algunos supuestos casi su desaparición. Pensemos en el supuesto en que el niño permanezca períodos *cortos* con cada padre, digamos dos días con uno y dos días con el otro. En tales casos parecería que el régimen de comunicación presencial perdería sentido dado el escaso tiempo en que progenitor e hijo estarán separados; y acá pues el contacto *virtual* es el que parecería tener justificación.

Sin embargo, habrá otras variantes de cuidados compartidos en las cuales tendría justificación la existencia de un régimen de comunicación presencial. Una posibilidad es que, por ejemplo, un progenitor permanezca con el hijo seis o cinco días a la semana. En las mentadas situaciones, respecto de ese padre, prácticamente la comunicación se desarrollará solo por *vía virtual*; y lo lógico sería que tal contacto se concrete durante el uno o dos días que no permanece junto al niño. En cambio, en relación con el otro progenitor (que convive con el hijo solo uno o dos días semanales), será muy posible que tenga cierta relevancia el *contacto presencial*, pues parece razonable que padre e hijo se deseen encontrar físicamente en alguno de los cinco o seis días que no conviven. De igual modo, el régimen de comunicación presencial podría darse en los cuidados alternados; por ejemplo, si el hijo está una semana con cada progenitor. En semejantes circunstancias, no se descarta que cualquiera de los padres aspire a ver a su hijo de manera presencial en alguna oportunidad durante los siete días que permanece con el otro progenitor.

V. La norma legal que hace referencia al régimen de comunicación

Podrá observarse que el art. 652 del Cód. Civ. y Com. establece: "En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo". Vale decir que, a tenor de lo que se prescribe, a primera vista podría razonarse que el régimen de comunicación —en cualquiera de sus variantes, presencial y virtual— solo tendría aplicación en los casos de cuidado personal unilateral.

No lo creemos así. Al respecto entendemos que esa interpretación, en el mejor de los casos, podría llegar a admitirse si únicamente nos estamos refiriendo a la comunicación *presencial.* Por el contrario, si incluimos la posibilidad del contacto *virtual,* la situación cambia. Ello hace que se pueda afirmar que el régimen de comunicación ha de regir cualquiera que sea la clase y modalidad de cuidado personal; aunque revestirá distintas características. Aquella redacción equívoca de la norma muy probablemente se deba a la influencia del viejo sistema de "tenencia", que rigió hasta agosto de 2015, que —según antes lo anticipamos-- imponía como regla el cuidado personal a cargo de un padre y un "régimen de visitas" a favor del otro.

VI. Conclusiones

A modo de síntesis podríamos señalar dos cambios de relevancia operados con la vigencia del Código Civil y Comercial. El primero, es que en los cuidados compartidos el régimen de comunicación no será unilateral sino *recíproco*; esto es, que uno y otro progenitor ha de tener un mecanismo de comunicación con el hijo. El segundo cambio, es que el régimen de comunicación muta en su contenido; pues pierde protagonismo el sistema presencial y, a su vez, adquiere una gran envergadura el régimen de comunicación virtual.

A la luz entonces de las dos clases actuales de cuidado personal, la variante que se ha de producir es esta: si estamos ante un régimen

(1) Ver Juzg. Familia nº 1, Tigre, 19/6/2020, "G. P. R., J. c. M. M., L. S. s/ Comunicación con los hijos", Expte. nº TG-1626-2018.

excepcional de cuidado unipersonal, tendremos un régimen de comunicación a favor de solo un progenitor, que será fundamentalmente *presencial.* De manera distinta, si se trata de un cuidado compartido —indistinto o alternado— ambos padres tendrán un régimen de comunicación con el hijo; el cual será en esencia *virtual.*

Guarda judicial

Claudia Chwojewski

Sumario: I. Introducción.— II. Concepto de guarda.— III. Antecedentes legales, doctrinarios y jurisprudenciales.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

El instituto jurídico de la guarda a favor de un tercero a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha traído luz a muchas cuestiones vinculadas al Derecho de Familia y al Derecho Constitucional de Familia fundadas en los nuevos paradigmas que enrolan a las relaciones afectivas y personales de la materia.

Sin embargo, la trascendencia del espíritu del legislador por proteger determinados intereses sensibles al derecho ha descuidado la tutela integral de situaciones ancladas en el silencio normativo, lagunas jurisprudenciales, y la consecuente necesidad imperiosa por resolver de la manera más efectiva posible, la afonía en relación de actos jurídicos puntuales.

Así, el Código Civil Comercial de la Nación, legislación, jurisprudencia y doctrina aplicable autorizan la guarda a individuos que no sean familiares, cuando la decisión se funde en argumentos que sirvan para evitar la institucionalidad o que se coloque al niño en situación de riesgo, vulnerabilidad, y no exista otro remedio posible, priorizando el interés superior del niño, por encima de las necesidades de los padres.

La guarda como instancia necesaria previa al juicio de adopción adquirió una trascendencia socio jurídica debido a que aparece como uno de los medios integrantes de la protección del menor que precede en subsidio de la máxima institución proteccional constituida por la responsabilidad parental y el cuidado personal del menor.

II. Concepto de guarda

Antes de iniciar el camino propuesto por el nuevo Código Civil y Comercial, resulta imprescindible establecer una definición respecto del instituto de la guarda dentro del ordenamiento jurídico argentino. En este sentido "guarda" tiene significados diferentes dependiendo del prisma con el que se lo observe.

La guarda es el medio tutelar por el cual un tercero sin derecho a representación, o un organismo efectivo de protección, se convierten en tenedores del menor para darle asistencia integral y propender a la formación integral de su personalidad.

Belluscio define a la guarda como el derecho deber de tener a los hijos consigo **(1)**. Cafferata considera que es el derecho de mantener al hijo cerca de sí, determinando su residencia y puntualiza el concepto diciendo que, el contacto inmediato del hijo con el padre es "presupuesto esencial para que este pueda cumplir con su deber de educarlo y a través de esa educación, lograr el desarrollo integral de la personalidad del menor" **(2)**. Por su parte, Pitrau sostiene que "la guarda integrada a la patria potestad surge como un derecho-deber natural y originario de los padres, que consiste en la convivencia con sus hijos y es el presupuesto que posibilita las restantes funciones paternas de educación, asistencia, vigilancia, corrección y representación" **(3)**.

Jurídicamente la palabra guarda tiene tres significados diferentes. En primer sentido, "guarda" es el acto jurídico por el cual se le entrega la custodia de un niño a una persona; en un se-

(1) BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", Depalma, Buenos Aires, 1991.

(2) CAFFERATA, J. I., "La guarda de menores", Astrea, Buenos Aires, 1978.

(3) PITRAU, O. F., "La guarda de menores", Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 4, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

gundo, es el estado que para las partes deriva de ese acto; finalmente, puede entenderse como un proceso. Como acto o fuente de obligaciones hablaríamos de la "entrega en guarda" o la "dación de guarda", la "forma de la guarda"; como estado o situación jurídica en que se encuentran las partes se hablaría de "duración de la guarda", del "plazo de la guarda" y finalmente como proceso es el "procedimiento que tiene por finalidad el otorgamiento de la guarda".

Ahora bien, la guarda explicada por los autores citados como parte integradora de la responsabilidad parental (ya no patria potestad) posee una arista expuesta como guarda fragmentada o desmembrada de esta y que puede ser legal, judicial o de hecho.

En cualesquiera de ellas, el ejercicio del cuidado personal de los niños se encuentra temporalmente o cautelarmente en cabeza de otra persona, que no es ninguno de los progenitores o representante legal; asumiendo las mismas responsabilidades y obligaciones que estos. La diferencia entre una y otra se encuentra especialmente en la forma.

En la delegación de la guarda efectuada de hecho, es el propio progenitor quien califica la idoneidad del guardador, basándose generalmente, en un pacto de confianza generado entre las partes y efectuado dentro de estos parámetros, sin ningún tipo de formalidad en el modo. Así lo entiende Wagmaister: es de hecho "cuando una persona, sin una atribución ni de la ley, ni del juez, por propia decisión, toma un menor a su cuidado". Esta guarda fáctica es una guarda desmembrada pero no delegada legítimamente. Se constituye sin intervención de autoridad administrativa o judicial y por ende no hay ninguna evaluación ni de la idoneidad del guardador ni del interés del menor **(4)**.

III. Antecedentes legales, doctrinarios y jurisprudenciales

Cambios sustanciales introdujo el Código Civil y Comercial para las relaciones interpersonales de todos los argentinos. Uno de los mayores debates que generó esta reforma trató sobre las radicales modificaciones introducidas en el derecho de familia.

Para entender del instituto de la guarda, debemos ubicarla dentro del Libro Segundo de las "Relaciones Familiares del Código Civil y Comercial de la Nación", y mediante el juego —especialmente— del art. 104 (referido a la tutela, y basado en un proceso de guarda anterior); art. 611 (concerniente a la guarda de hecho y la prohibición expresa de la entrega directa); art. 640 inc. c) (único supuesto previsto por el legislador en el que prevé la figura de la guarda otorgada por el juez a un tercero); art. 643 (delegación de la guarda de los progenitores a favor un pariente); art. 657 (supuesto de especial gravedad donde el juez puede otorgar la guarda a un familiar); art. 674 (delegación del ejercicio de la responsabilidad parental al progenitor afín) **(5)**.

La figura de la guarda y su reconocimiento normativo en el Código. El progenitor afín como guardador: la norma prevé dos supuestos para el otorgamiento de la guarda a un tercero para su protección, y en función de su interés superior aplicable y determinado al caso concreto. Por el primero (art. 643, Cód. Civ. y Com.), en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir con una tercera persona la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental. Este acuerdo debe ser homologado judicialmente previa audición del niño y tienen como duración el plazo máximo de un año, pudiéndose este renovar por un período igual cuando haya razones suficientes que lo justifiquen. Por el segundo (art. 657, Cód. Civ. y Com.), y en supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un tercero pariente o no, por el plazo de un año que será prorrogable por razones fundadas en un tiempo de igual período. Vencidos estos plazos, el juez debe resolver la situación del niño/a o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código.

(4) WAGMAISTER, A. M., "Adopción y mejor interés del niño", Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 16, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

(5) "Guardador" de los hijos del cónyuge y, por ende, su representante legal, aun cuando "Comentario al art. 105", en HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Comentado_Tomo_I.pdf.

En el primer supuesto, el juez que homologó la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental otorgada por los progenitores podrá otorgar al guardador el cuidado personal del niño/a o adolescente. En ambos supuestos, la ley determina que el guardador es el representante legal del niño/a o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

La postura de legislador fue la de excluir del Anteproyecto del código unificado, la posibilidad de delegar la guarda a un tercero no familiar, siendo el principal motivo de la restricción evitar la comercialización de niños. Sin embargo, el sentido que se le imprime a la norma no respeta cabalmente el interés del niño frente al caso concreto, pues encierra una postura dogmática que parte de la presunción de mala fe de los progenitores. Presuponer que una mujer que entrega a su hijo, en realidad está vendiendo al niño o comerciando con terceras personas, es presuponer la mala fe. Y como se sabe, la mala fe —en principio— no se presume. Así las cosas, si el familiar propuesto para ejercer la responsabilidad parental y cuidado personal del niño resulta ser un familiar, no existe inconveniente. El problema se instaura cuando la persona sugerida para ocupar el rol no es familiar. De la interpretación estricta del Código Civil y Comercial de la Nación, no surge otra alternativa que otorgar la guarda a un pariente. Pero entonces, ¿dónde queda el interés superior del niño? O más coloquialmente, ¿qué hacemos con el niño? Porque, de aferrarnos a la letra dura de la normativa, la única solución posible que encontramos frente a la ausencia de familiares responsables es la institucionalización del niño. Y esto va en absoluta colisión con los tratados internacionales que rigen la materia.

Como alternativa, gran parte de la doctrina, la jurisprudencia y los efectores correspondientes mencionan a los referentes afectivos; que son aquellas personas estrechamente vinculadas a los niños, pero que no se encuentran enlazados por un vínculo de parentesco, sino por un genuino vínculo de afecto que necesariamente deben ser respetados cuando contribuyan al interés superior del menor.

Dentro de los referentes afectivos encontramos a madrinas y padrinos religiosos, familiares afines sin vínculo civil (supuesto de relaciones informales o uniones convivenciales) tan idóneos o más que cualquiera de los familiares autorizados por ley para ostentar la guarda de un menor. Mas, dentro de la informalidad, que caracteriza a las relaciones afectivas con características especiales, también quedaría al margen de legitimación los abuelos paternos de aquel progenitor que no pudo o no quiso efectuar el reconocimiento de su hijo.

Ante estos interrogantes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia resultaría desvirtuada si se limitaran a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda valorar, entre las cuales se sostuvo que al hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del niño, que es el sujeto más vulnerable y necesitado de protección, "los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad, y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles".

Es claro que el lugar natural del niño debe ser la familia. Nadie cuestiona esta premisa. Sin embargo, es correcto afirmar que las relaciones interpersonales se han modificado y el derecho ha mutado casi paralelamente con ellas.

Analizando el art. 657 del Cód. Civ. y Com. se entiende que debe considerarse la inconstitucionalidad de la norma, ya que colisiona con los tratados internacionales incorporados por el art. 75, inc. 22 de la CN y deja al niño —sin familiares referentes— en total desamparo jurídico. Esto se traduce, como ya anticipamos, en la reiteración de la institucionalización y su revictimización; mantiene el estado de vulnerabilidad y prolonga una situación de riesgo sin darle la oportunidad de afianzarse a esos lazos afectivos que pudiere haber creado con base en relaciones afectivas con personas no familiares o terceros.

La misma norma supone que, en determinadas oportunidades de especial gravedad, se puede justificar y alentar la guarda a favor de un

pariente tomando como argumento primordial el mejor interés del niño. Pareciera ser que esa gravedad no adquiere notoriedad tal, para que la guarda se delegue en un tercero con quien el niño pudiere haber generado redes de afecto, confianza, y reciprocidad.

En relación con el art. 657 del Cód. Civ. y Com. se entiende que "...la importancia de esta norma radica en la imperiosa necesidad que la aplicación del sistema de protección de derechos, en el marco del derogado CC, evidenciaba. Un silencio legal que era suplantado por las más diversas creaciones jurisprudenciales, al punto de rozar, una vez más, una intervención de tipo tutelar, en la cual los niños, niñas y adolescentes permanecen a disposición de algún funcionario judicial o administrativo, aunque se utilizaran otros nomencladores jurídicos" **(6)**.

En la opinión consultiva 17/200, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que "...la expresión "interés superior del niño" —art. 3º, Convención sobre los Derechos del Niño— implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida de este..." **(7)**.

La Cámara de Apelaciones Departamental, sala III, con voto de los Dres. Zampini y Gerez, con fecha 8 de octubre de 2013, en autos "S. G. C. s/ guarda de persona", señaló: "...Concretamente la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. Este principio proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos, ante lo cual, frente al presunto interés del adulto se prioriza el del niño (Cfr. CSJN, *in re* 'S., C.', del 02/08/2005 pub. 'El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios', Tagle de Ferreyra, Graciela, directora, Edit. Nuevo Enfoque Jurídico; 2009, Córdoba, p. 86/87)".

Para entender mejor la cuestión, es necesario analizar los supuestos para los cuales el legislador entendió se configura el supuesto de especial gravedad. Adherimos a la postura predominante que las asimila con los casos previstos por el art. 700 del Cód. Civ. y Com.

En la privación del ejercicio de la responsabilidad parental, el art. 700 dispone: "Privación. 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 adaptabilidad 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 inc. d) desde que se declaró el estado de adaptabilidad del hijo".

Es por ello por lo que, ante este supuesto, y ante la imposibilidad de iniciar otro proceso tal como la adopción o la tutela, parecería indicar que el nuevo Código no dispone de una solución alternativa que no confronte con el interés del niño.

En este sentido, el Juzgado de Familia nro. 3 de Mar del Plata, dispuso otorgar la guarda de una menor a su vecina fundando en que "garantizar el derecho a vivir en familia de N., importa respetar su SUPERIOR INTERÉS. En este senti-

(6) HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Infojus, t. II, p. 507, http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf.

(7) Corte IDH, 28/08/2002, Opinión Consultiva OC 17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pub. en LA LEY 2003-F-108, con nota de Carlos A. CARRANZA CASARES; LA LEY 2003-B-313.

do la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3º, párr. 1) y el Comité de su análisis, ha descripto y definido el 'Superior interés' con un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño... (Naciones Unidas CRC/C/GC/14 Convención sobre los Derechos del Niño Distr. general 29 de mayo de 2013, Comité de los Derechos del Niño Observación General nro. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3º, párr. 1) - Aprobada por el Comité en su 62 período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013); b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo... (Naciones Unidas CRC/C/GC/14 Convención sobre los Derechos del Niño Distr. general 29 de mayo de 2013, Comité de los Derechos del Niño Observación general nro. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3º, párr. 1) - Aprobada por el Comité en su 62 período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013); c) Como una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño... el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. (...) En la presente observación general, la expresión 'el interés superior del niño' abarca las tres dimensiones arriba expuestas. (Naciones Unidas CRC/C/GC/14 Convención sobre los Derechos del Niño Distr. general 29 de mayo de 2013, Comité de los Derechos del Niño Observación general nro. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3º, párr. 1) - Aprobada por el Comité en su 62 período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013)" **(8)**.

Los supuestos de especial gravedad a los que se refiere la norma enunciada imponen, en primer lugar, la imposibilidad de los progenitores de continuar ejerciendo el cuidado personal del niño, y la responsabilidad parental sobre ellos. Esta imposibilidad puede ser definitiva o momentánea. A su vez, la justicia de Familia cuenta con las herramientas suficientes para determinar y justificar tal decisión. La intervención necesaria del equipo técnico en los que se apoya el decisorio judicial, la participación de los efectores propios de los Centros locales de Protección de la Niñez, y un dictamen favorable de la Sra. Asesora de Menores e Incapaces son instrumentos trascendentales y justificantes para apartar al niño de sus padres y encomendarle su cuidado a un familiar o tercero. V. "La norma mencionada ha sido insertada para subsanar una falencia que tenía el Código Civil anterior. Es que este no contemplaba las situaciones excepcionales en las que resulta necesario conferir, al menos transitoriamente, el cuidado personal de un niño a un tercero o pariente que no es ninguno de sus progenitores. En la práctica, estos casos —a pesar de la omisión del Código Civil derogado— fueron resueltos por la jurisprudencia... el otorgamiento de la guarda del niño a un pariente o un tercero no pariente ha sido una decisión constante de los jueces cuando las circunstancias lo ameritaban; no siendo óbice, por lo tanto, la falta de regulación legal hasta la sanción del Código Civil y Comercial. Desde luego, debe ser bienvenida la nueva disposición, aunque, ... resulta notoriamente insuficiente, en atención a que se ha excluido la posibilidad de la entrega del niño a un tercero no pariente" **(9)**. Continúa diciendo: "La limitación del art. 657 debe ceder ante supuestos como el presente en los cuales se vislumbra la existencia de un vínculo afectivo entre el niño y el adulto referente. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el nexo afectivo entre N. y la Sra. V. ya preexistía, y que su petición de ser designada hoy como guardadora no

(8) "B. N. P. s/ abrigo", expte. MP40667/2014, Juzgado de Familia nro. 3 de Mar del Plata, jueza Amalia Dorado. 7 Comentario citado por la mag. Amalia Dorado en el fallo indicado.

(9) MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", Astrea, 2015, p. 460, párr. 2º.

hace más que fortalecer, consolidar ese vínculo afectivo que las une 'como familia' más allá de la terminología legal que pudiere resultar encuadrable a cada supuesto en particular". VI. Así las cosas, el art. 657 atribuye una necesaria concordancia con los arts. 39, 40 y 41 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

El art. 39 prescribe: Medidas excepcionales: "Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y solo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen". El art. 40, Procedencia de las Medidas Excepcionales: "Solo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el art. 33. Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO [24] horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción. El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación. La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de SETENTA Y DOS [72] horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta esta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que esta implemente las medidas pertinentes". Art. 41 Aplicación. "Las medidas establecidas en el art. 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios: a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes; b) Solo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente; c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes; d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos; e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad; f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo". Como correctamente impone el art. 41 inc. a) puede suceder que el niño o adolescente carezca de vínculos familiares consanguíneos o afines y ser necesario recurrir a miembros de la comunidad para evitar la institucionalización que será siempre el último recurso. En este caso, considero, que será el juez de Familia quien debe decidir conforme a los antecedentes existentes en los autos de origen. El art. 7° del dec. regl. 415/06 de la ley 26.061, nos brinda el concepto de familia e integra a los terceros que mantengan con el niño un vínculo significativo: "ARTICULO 7: Se entenderá por 'familia o núcleo familiar', 'grupo familiar', 'grupo familiar de origen', 'medio familiar comunitario', y 'familia ampliada', además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así tam-

bién en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares". VII. Mientras no se disponga lo contrario por medio de un proceso autónomo, serán los progenitores quienes continúen ostentando la titularidad de la responsabilidad parental (art. 643 del Cód. Civ. y Com.), aunque se delega a los guardadores la responsabilidad respecto a las decisiones cotidianas respecto del niño. La Dra. Marisa Herrera dijo a este respecto: "Esta guarda es provisoria; el plazo máximo es un año también prorrogable por otro igual y por razones fundadas. Se pretende evitar la perpetuación de situaciones que deben ser provisorias y establecer con carácter definitivo la situación jurídica del niño, conforme alguna figura de fondo: por ejemplo, tutela, adopción, (...) En cuanto a los derechos y deberes del guardador, ellos consisten en el cuidado personal del niño y cuenta con facultad de tomar decisiones relativas a las actividades cotidianas, domésticas" **(10)**. Datos aportados por el diario la Nación el año 2015 revelan: "La cantidad de años que estos chicos pasan en el sistema antes de que se los pueda adoptar es el mayor enemigo para que consigan una familia, ya que a medida que los chicos crecen, se reducen las posibilidades de ser adoptados. Nueve de cada diez parejas o personas que se inscriben para adoptar solo buscan bebés. En cambio, el 55% de los egresados encuestados por Unicef y Doncel, había pasado más de seis años en hogares. Y el 20%, había pasado más de diez años". Los datos son alarmantes, los números indican que en el sistema de adopciones hay más de 14.000 chicos que no viven con sus padres y que esperan un hogar. Cada año, el 27% egresa al alcanzar la mayoría de edad. Apenas el 7% se va adoptado por una familia. No hablamos de fórmulas, ni de rigorismos dogmáticos, ni del apego a la letra fría del legislador. Cuando nos encontramos dentro del derecho de familia, muchas veces, se olvida que los papeles, los expedientes, las estadísticas llevan nombre y apellido. Las soluciones que brinda la ley deben ser ajustadas a cada hecho puntual. Para no fracasar en nuestro oficio jurídico. "Esas funciones paternas no están dadas meramente por el hecho biológico, sino que son producciones a las que deben acceder los sujetos que tienen hijos, que podrán cumplir su función si se ajustan a la ley, entendida como superación del narcisismo, de los vínculos indiferenciados, de la satisfacción inmediata de la necesidad, de la pulsión, para acceder al reconocimiento de la diferencia, del otro como semejante-diferente, que no es capturable como objeto. Todo el andamiaje institucional de la sociedad debe movilizarse para asegurar que los lugares dentro de la familia sean operantes (Ley y Familia, Ana María Barchietto - Marta del Rosario Mattera. Derecho de Familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nº 24 - pág. 9, Ed. LexisNexis - AbeledoPerrot, 2003)" **(11)**.

(10) HERRERA, Marisa, "Manual de Derecho de las Familias", AbeledoPerrot, p. 640.

IV. Conclusiones

Como hemos visto en los capítulos anteriores, la guarda y la adopción son aquellos "institutos que tienen por finalidad proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen" **(12)**. La importancia de las mencionadas instituciones radica en la protección de los derechos, ateniéndose siempre al Interés Superior del Niño, los cuales nos expresan que estos gozan de una protección especial para que puedan desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, en condiciones de libertad y dignidad **(13)**. Entendiéndose por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Se deben respetar 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

(11) CNCiv., sala J., "T., J. A. c. F., C. s/ homologación de acuerdo".

(12) Nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, art. 594.

(13) Declaración de los Derechos del Niño 1958, Principio 2.

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 hubieran trascurridos en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de responsabilidad parental, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño. Niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e interese de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros **(14)**.

(14) Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, art. 31 BELLUSCIO, A. C., ob. cit.

Derecho Comparado

La filiación adoptiva de tipo pleno en diversos países americanos

Silvia Marrama (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La adopción plena en el derecho comparado.— III. Conclusiones.

I. Introducción

En un trabajo de reciente publicación he descripto el régimen de la filiación adoptiva plena en Argentina, tanto su regulación por el Código Civil y Comercial —en adelante, Cód. Civ. y Com.—, como su recepción jurisprudencial y su abordaje por la doctrina nacional. En apretada síntesis, el código unificado reconoce tres tipos de adopción: la plena, la simple y la de integración, pero privilegia —a mi juicio— el primero de ellos, que otorga al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen —subsistiendo el impedimento matrimonial—, a diferencia del tipo simple, que si bien también confiere el estado de hijo, no crea vínculos jurídicos entre el adoptado y los parientes del adoptante (cfr. Cap. V del Título VI del Libro Segundo del Cód. Civ. y Com.). La preferencia normativa se funda en la más plena satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA) a vivir en una familia de modo estable, definitivo e irrevocable, lo cual favorece su crecimiento y desarrollo (cfr. art. 624, Cód. Civ. y Com.). La adopción plena permite la total integración familiar y social de los NNA, y los posiciona en igualdad de condiciones que los demás hijos (cfr. art. 535 del Cód. Civ. y Com.). Resulta así el tipo adoptivo que mejor responde al interés superior del niño. Por su parte, si bien el Código Civil y Comercial faculta a los jueces a otorgar con preferencia adopciones plenas —y esta facultad es ejercida magistralmente en dos sentencias que pondero en aquel trabajo **(1)**—, aún quedan resabios en la jurisprudencia argentina de la tendencia a dar preponderancia a las filiaciones adoptivas simples, la mayoría de las veces sin fundamento en el superior interés del niño en el caso concreto sino en apriorismos dogmáticos, fruto de una desacertada inteligencia del derecho a la identidad de origen, error que encuentra su raíz en las dramáticas supresiones de identidad de los niños *apropiados* en la década de 1970 **(2)**.

El objetivo de este trabajo es mostrar el tratamiento de la filiación adoptiva de tipo pleno en algunos países americanos, a fin de iluminar la legislación y jurisprudencia argentinas sobre el tema. No abordaré en este trabajo la adopción de los hijos del cónyuge o cohabitante.

(*) Abogada-mediadora, doctora en Ciencias Jurídicas, magíster en Desarrollo Humano, profesora superior en Abogacía, especialista en Derecho Tributario. Especialista en Gestión de Bibliotecas. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Investigadora categorizada conforme "Programa de incentivos a docentes investigadores. Dec. 2427/93". Profesora en la Maestría de Derecho Tributario y en la Especialización en Derecho de Familia en la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires" (PUCA). Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER). Directora de tesis de grado y doctorado y miembro de tribunales de grado y posgrado. Autora de un libro y coautora en diversas obras colectivas. Autora de numerosos artículos y notas a fallo.

(1) Cfr. CApel. Civ. y Com. Gualeguaychú, sala I, 30/06/2017, expte. nro. 5650-F, "G. A. S. y R. G. s/ adopción simple". Publicado el 30/08/2017. elDial.com - AAA0F2. Cfr. SCBA, expte. nro. 116.644, "E., A. G. y M. A. J. Solicitud adopción plena". Cita digital: elDial.com - AAAA38; ED diario, t. 278; Cita digital: ED-DCCCXXX-VII-467. Fecha de consulta: 15/02/2021.

(2) MARRAMA, S., "La filiación adoptiva plena como tipo privilegiado", en BERBERE DELGADO, Jorge (dir.), Revista Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, nro. 3, Erreius, Buenos Aires, abril 2021.

Antes de adentrarme en el derecho comparado americano, quisiera recordar que casi la totalidad de los países del mundo solo contempla el tipo adoptivo pleno, en la inteligencia de que es el tipo que mejor tutela el interés superior de NNA privados del cuidado de su familia de origen.

II. La adopción plena en el derecho comparado

Abordar exhaustivamente el derecho comparado americano respecto de la filiación adoptiva plena excede, por su extensión, el marco de este trabajo. Por esa razón he seleccionado solo algunos países americanos.

II.1. Colombia

El primero de los países americanos que quiero destacar en estas líneas es Colombia, cuyos legisladores consagraron únicamente la adopción plena como tipo, denominándola simplemente *adopción*. En efecto, el art. 61 del Código de la Infancia y Adolescencia, ley 1098/2006, establece: "La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza" **(3)**.

En la inteligencia de los legisladores colombianos, esa relación paterno-filial produce los siguientes efectos jurídicos: a) las partes adquieren los derechos y obligaciones de padre o madre e hijo; b) la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo y el adoptante, que se extiende en todas las líneas y grados a los consanguíneos, adoptivos o afines de estos; c) el adoptado lleva como apellidos los de los adoptantes. En cuanto al nombre, solo puede ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres años de edad, o consienta en ello, o el Juez encontrare justificadas las razones para su cambio; d) por la adopción, el adoptado deja de pertenecer a su familia y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo reserva del impedimento matrimonial establecido en el Código Civil (cfr. art. 65, ley 1098/2006). La única excepción a estos efectos se da en el caso en el cual el adoptante es el cónyuge o compañero permanente del padre o madre *de sangre* del adoptado, pues tales efectos no se producirán respecto de este último, el cual conservará los vínculos en su familia (cfr. inc. 5º del art. 64) **(4)**.

A diferencia de lo que establece el segundo párrafo del art. 624, Cód. Civ. y Com. argentino —que permite la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento, solo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción—, el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia no permite las acciones de reclamación de estado ("Nadie podrá ejercer acción alguna para establecer la filiación consanguínea del adoptivo, ni reconocerle como hijo", art. 65, ley 1098/2006). Solo se permite la reclamación de estado al adoptado con el fin de demostrar que quienes pasaban por sus progenitores al momento de la adopción, no lo eran en realidad. "La prosperidad de las pretensiones del adoptivo en este caso, no extinguirá los efectos de la adopción, salvo declaración judicial que la ordene y previo el consentimiento del adoptado. El adoptante deberá ser oído en el proceso" (cfr. art. 65, ley 1098/2006).

Lo que en Argentina se legisló como adopción simple (art. 525, segundo párrafo, art. 620, segundo párrafo y arts. 627 a 629, Cód. Civ. y Com.), en Colombia cuenta con otra denominación y regulación: se trata del instituto de *solidaridad familiar*: "El Estado reconocerá el cumplimiento del deber de solidaridad que ejerce la familia diferente a la de origen, que asume la protección de manera permanente de un niño, niña o adolescente y le ofrece condiciones adecuadas para el desarrollo armónico e integral de sus derechos. En tal caso no se modifica el parentesco" (art. 67, ley 1098/2006).

La solidaridad familiar colombiana es subsidiaria de la adopción, por lo tanto: "Si alguna persona o pareja quiere adoptar al niño que está al cuidado de la familia distinta a la de origen y cumple con las condiciones de adoptabilidad, que exige el código, podrá hacerlo, a menos que

(3) Cfr. Colombia. Código de la Infancia y Adolescencia, Ley 1098/2006. Diario Oficial nro. 46.446, 08/11/2006.

(4) Cfr. Colombia. Código de la Infancia y Adolescencia, Ley 1098/2006. Diario Oficial nro. 46.446, 08/11/2006.

la familia que tiene el cuidado del niño, niña o adolescente, decida adoptarlo" (art. 67 *in fine,* ley 1098/2006).

Cabe recordar que, en Argentina, calificada doctrina propone, desde 1997, la supresión del tipo simple en la filiación adoptiva, fundada en que la adopción simple, en realidad, no constituye una verdadera adopción, sino que se trata de una realidad distinta, "de menor entidad, que debe resolverse dentro de las guardas judiciales a familias sustitutas" **(5)**. La consolidación social y jurídica del vínculo adoptivo exige apartar al instituto de la adopción de las funciones —ajenas a su fin propio— que aún hoy se le adjudican, tales como la crianza y cuidado personal de apoyo y buena voluntad, valiosos, indudablemente, pero distintos de la entidad del vínculo paterno-filial y familiar, y la adopción integrativa del hijo del cónyuge **(6)**, contemplada a partir de la sanción del Código Civil y Comercial como un tipo diferente de la adopción simple, en los arts. 619 y ss.

Los prejuicios con los que algunos autores argentinos sostienen la supervivencia del tipo simple, como único tipo válido para el instituto de la adopción —dado que el tipo pleno vulneraría el derecho a la identidad, y "habría legitimado expropiaciones, que luego la historia y la justicia se encargarían de develar" **(7)**— se encuentran disipados tanto en la legislación argentina [cfr. art. 595, inc. e), Cód. Civ. y Com.] como en la legislación colombiana, que establece claramente el derecho de toda persona adoptada "a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar" (cfr. art. 76, ley 1098/2006). Cabe tener presente que Colombia es una nación también padeció aquellos flagelos de sustracción de NNA y supresión de su identidad, sin perjuicio de lo cual solo contempla en la actualidad el tipo adoptivo pleno (cfr. art. 61 del Código de la Infancia y Adolescencia, ley 1098/2006). La sombra de los terribles sucesos acaecidos en Argentina en aquellos dramáticos años no debería opacar ni teñir de sospecha a la institución de la adopción de tipo plena, ni a quienes deciden formar una familia fundada en este vínculo filiatorio, ni a los procesos de adopción argentinos actuales, que se encuentran monitoreados en forma exhaustiva **(8)**.

En resumen, Colombia entiende que la filiación adoptiva solo corresponde al tipo pleno, y su irrevocabilidad tiene un carácter más radical que en Argentina (cfr. arts. 624, Cód. Civ. y Com. y 65, ley 1098/2006). Lo que en Argentina se entiende como adopción de tipo simple, en Colombia se denomina solidaridad familiar, y es subsidiaria de la plena.

II.2. México

El Código Civil para el Distrito Federal solo admite la filiación adoptiva plena —denominada *adopción*—, que es irrevocable, inexpugnable, y sustituye a la de origen (cfr. art. 395). El art. 390 la define como "el acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye de una manera irrevocable una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre este y los descendientes del adoptado. Es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, que le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra, en el seno de una familia". El Código denomina *parentesco civil* al parentesco por adopción (cfr. art. 295), y lo equipara al parentesco por consanguinidad: "se equiparará al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de este y los descendientes de aquel, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo" (art. 293), si bien subsiste el impedimento matrimonial (cfr. art. 157). "Los hijos adoptivos y los consanguíneos, así como los hijos adoptivos entre sí, serán con-

(5) Cfr. ARIAS DE RONCHIETTO, C. E., La adopción, pról. de G. A. Borda, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; 1ª reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, junio de 2008, ps. 248 y ccds.

(6) Cfr. ARIAS DE RONCHIETTO, C. E., "Los principios ético-jurídicos del vínculo paterno-filial y familiar por adopción", Prudentia Iuris, nro. 64-65, 2008, ps. 151-160.

(7) Cfr. PANCINO, B. - SILVA, C. - OJEDA, M. V., "Breve reseña sobre el instituto de adopción en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", publicado el 03/12/2014, en elDial.com - DC1E18.

(8) Cfr. MARRAMA, S., "La filiación adoptiva plena como tipo privilegiado", en BERBERE DELGADO, Jorge (dir.), Revista Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, nro. 3, Erreius, Buenos Aires, abril 2021.

siderados en todo momento hermanos entre sí" (art. 396) **(9)**.

La legislación mexicana no contempla en la actualidad la filiación adoptiva de tipo simple. Toda la Sección Segunda "De la adopción simple" que la regulaba fue derogada mediante la reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 25/05/2000 **(10)**.

Con una modalidad similar a la solidaridad familiar prevista en legislación colombiana antes mencionada, el art. 400 del Código Civil para el Distrito Federal establece que la protección de un menor asumida por una familia "ofreciéndole condiciones adecuadas, un ambiente armónico integral" es subsidiaria del instituto de la adopción, dado que aquella familia —que "gozará del derecho de audiencia y defensa en el procedimiento de adopción. El juez garantizará este derecho en todo momento"— "podrá oponerse a la adopción solo en caso de que algunos de sus integrantes deseen adoptar y materialice su intención en la gestión de trámites administrativos y judiciales y reúna condiciones de adaptabilidad".

En cuanto al derecho del adoptado a conocer su origen, el art. 406 del Cód. Civil para el Distrito Federal establece: "La resolución judicial se guardará en el apéndice del acta, quedando absolutamente prohibido dar información sobre ella, excepto en los siguientes casos y siempre que sea por orden del Juez competente: I. Para efectos de impedimento para contraer matrimonio; y II. Cuando el adoptado mayor de edad desee conocer sus antecedentes familiares; si fuere menor de edad se requerirá el consentimiento del o los adoptantes".

II.3. Chile

La ley 19.620/1999, cuya última modificación se produjo mediante ley 20.203/2007, acoge la filiación adoptiva plena —denominada *adopción*, sin adjetivo calificativo—, que "confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley" (art. 37), irrevocable (cfr. art. 38), que extingue los vínculos de filiación de origen "para todos los efectos civiles, salvo los impedimentos para contraer matrimonio" (art. 37). A diferencia de los establecido por el Cód. Civ. y Com. argentino —que confiere a la sentencia de adopción efectos retroactivos a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción (cfr. art. 618)—, el art. 37 de la ley chilena 19.620/1999 establece que la adopción produce "sus efectos legales desde la fecha de la inscripción de nacimiento ordenada por la sentencia que la constituye".

Dado que el tipo adoptivo simple fue suprimido en la legislación chilena, el art. 45 establece que aquellos que ostenten la calidad de adoptante y adoptado conforme a la ley 7613 o a las reglas de la adopción simple contemplada en la ley 18.703 —ambas leyes derogadas—, continúan sujetos "a los efectos de la adopción previstos en las respectivas disposiciones, incluso en materia sucesoria", no obstante lo cual podrán acordar, cumplidos ciertos requisitos legales, que se les apliquen los efectos que establece el art. 37 **(11)**. Esta disposición es similar a la posibilidad que confiere el art. 622, Cód. Civ. y Com. argentino de solicitar la conversión de la adopción simple en plena.

II.4. Paraguay

La ley 6486/2019 establece que la adopción es "plena, indivisible e irrevocable y confiere a la persona adoptada una filiación que le otorga los mismos derechos y obligaciones de los hijos biológicos". La filiación adoptiva hace cesar los vínculos legales de la persona adoptada con su familia nuclear, salvo los impedimentos dirimentes en el matrimonio o concubinato prove-

(9) México. Código Civil para el Distrito Federal. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26/05/1928. Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 09/01/2020. Disponible en http://www.paot.org.mx/centro/codigos/df/pdf/2020/COD_CIVIL_DF_09_01_2020.pdf [consulta: 06/02/2021].

(10) México. Código Civil para el Distrito Federal. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26/05/1928. Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 09/01/2020. Sección Segunda "De la adopción simple", arts. 407-410. Disponible en http://www.paot.org.mx/centro/codigos/df/pdf/2020/COD_CIVIL_DF_09_01_2020.pdf [consulta: 06/02/2021].

(11) Chile. Ley 19620/1999. Última modificación mediante ley 20.203/2007. Disponible en https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=140084 [consulta: 06/02/2021].

nientes de la consanguinidad, "a excepción de la adopción de hijos del cónyuge o concubino" (art. 53). El art. 54 reconoce a las personas adoptadas el derecho a conocer su origen conforme al procedimiento que la misma ley establece, y a ser inscriptas con él o los apellidos de las personas adoptantes y mantener uno de sus nombres, pudiendo los adoptantes agregar nombres nuevos. Por su parte el art. 90 ordena que la sentencia de adopción consigne la previa declaración expresa de que la persona o las personas adoptantes se han comprometido a hacer conocer la realidad de origen al niño, niña o adolescente adoptado.

Una particularidad de la legislación paraguaya respecto de las legislaciones extranjeras comentadas con anterioridad es que la sentencia de adopción debe fijar el seguimiento que el Centro de Adopciones deberá realizar al niño, niña o adolescente adoptado, a fin de verificar su estado general y su grado de integración con su familia adoptiva, por el plazo de tres años (cfr. art. 90).

La legislación de Paraguay no prevé en la actualidad la filiación adoptiva simple. Para los supuestos fácticos que en Argentina la habilitan, el art. 2º, inc. c) de la ley 6486/2019 regula la medida de acogimiento familiar y el inc. d) el abrigo residencial **(12)**, de modo semejante a la regulación de la solidaridad familiar contemplada por la legislación colombiana antes mencionada en el acápite II.1.

II.5. Uruguay

La ley 17.823/2004 —denominada Código de la Niñez y la Adolescencia— contempla la adopción plena del niño, niña o adolescente como instituto de excepción frente a otras medidas de protección para NNA privados de cuidados parentales, cuya finalidad es garantizar su derecho a la vida familiar, "ingresando en calidad de hijo, con todos los derechos de tal, a una nueva familia" (cfr. art. 137). Los requisitos de procedencia de la adopción plena se encuentran enumerados en el art. 140, entre los cuales se cuentan la disposición judicial de separación definitiva de la familia de origen; un año de permanencia del NNA con la familia adoptante, en condiciones favorables a su desarrollo integral; el consentimiento del NNA o de su defensor; una edad mínima en los adoptantes y una diferencia de edad mínima con el adoptado.

La sentencia de adopción plena es irrevocable y sustituye los vínculos de filiación anterior del NNA por los vínculos de la nueva a todos sus efectos, con excepción de los impedimentos matrimoniales y del derecho de mantener comunicación regular con su familia de origen o parte de ella. "La adopción plena tendrá efectos constitutivos sobre el estado civil del niño, niña o adolescente objeto de la misma, quien como hijo será titular desde el emplazamiento de su nuevo estado civil y en adelante de los mismos derechos y deberes que si hubiera nacido de el o los adoptantes" (cfr. art. 148).

Por su parte, el art. 138 garantiza la preservación de vínculos personales y afectivos del adoptado con su familia de origen, al disponer que, en caso de existir "uno o más integrantes de la familia de origen (los progenitores, abuelos o abuelas, tíos o tías, hermanos o hermanas u otros integrantes de la familia ampliada) con quien el niño, niña o adolescente tuviere vínculos altamente significativos y favorables a su desarrollo integral, la adopción solo podrá realizarse si los adoptantes se obligan al respeto y preservación de este vínculo". Es condición para la preservación del vínculo que este implique "una relación importante para el niño, niña o adolescente, según informes periciales requeridos por la Sede Judicial. La significación del vínculo debe ser considerada desde la perspectiva del interés superior del niño".

La legislación uruguaya no contempla el tipo simple para la filiación adoptiva. Para los casos en que no resulte posible para los NNA perma-

(12) Paraguay. Ley 6486/2019 de Promoción y Protección del Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes a Vivir en Familia, que Regula las Medidas de Cuidados Alternativos y la Adopción. Disponible en https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/9165/ley-n-6486-de-promocion-y-proteccion-del-derecho-de-ninos-ninas-y-adolescentes-a-vivir-en-familia-que-regula-las-medidas-de-cuidados-alternativos-y-la-adopcion#:~:text=Leyes%20Paraguayas,Ley%20N%C2%BA%206486%20%2F%20DE%20PROMOCI%C3%93N%20Y%20PROTECCI%C3%93N%20DEL%20DERECHO%20DE,CUIDADOS%20ALTERNATIVOS%20Y%20LA%20ADOPCI%C3%93N&text=DE%20LA%20PROMOCI%C3%93N%20Y%20PROTECCI%C3%93N%20A%20VIVIR%20EN%20FAMILIA [consulta: 06/02/2021].

necer en su familia de origen, "sea esta biológica o extensa", el juez ordenará "su separación de la misma y dispondrá otras formas de inserción familiar, procurando evitar la institucionalización". El art. 133 establece a tal fin un orden preferencial: a) la inserción en una familia para su adopción seleccionada por los equipos competentes del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay, b) la inserción en hogares de acogida (cfr. art. 120.5 y 132.1 literal C), c) la tenencia por terceros (cfr. art. 36) y finalmente d) la internación en un hogar institucional que ofrezca garantías para su adecuado desarrollo (cfr. art. 133).

Por otra parte, reserva la denominación de *Adopción con efecto limitado* (cfr. art. 139.1), para los casos de "adopción del hijo del cónyuge o concubino", subsidiaria de la adopción plena (cfr. art. 139.2) **(13)**.

II.6. Estados Unidos

Referirse en pocas líneas a los tipos de filiación adoptiva en los Estados Unidos de Norteamérica constituye un desafío debido a que cada estado cuenta con su propia regulación, y con jurisprudencia local que las interpreta.

En efecto, The United States Children's Bureau —agencia federal creada en 1912 y organizada bajo la órbita de The United States Department of Health and Human Services' Administration for Children and Families— tiene como funciones primordiales la mejora de la vida de los NNA y sus familias a través de programas de prevención de riesgos de abuso sexual, el abordaje de la situación de los NNA sin cuidados parentales y la adopción. Su sitio de internet brinda orientación a los estados, a las agencias de bienestar infantil, entre otros, sobre las complejas y variadas leyes federales relacionadas con el bienestar infantil **(14)**. Respecto de la adopción, remite al sitio Child Welfare Information Gateway, que es el servicio de información financiado por The United States Children's Bureau, Administration for Children and Families, y por United States Department of Health and Human Services, cuyo sitio web contiene enlaces a fuentes de publicaciones impresas y electrónicas, sitios web, bases de datos y herramientas de aprendizaje en línea sobre estos temas. Asimismo, proporciona enlaces a resúmenes sobre aspectos específicos de las leyes estatales de adopción (nacionales/internacionales/posteriores a la adopción) y otra información legal relevante **(15)**. En la sección referida a las leyes estatales sobre adopción, el sitio de internet informa sobre los requisitos para quienes desean adoptar, sobre el consentimiento para la adopción, sobre los derechos de los *presuntos padres*, acceso a información familiar, entre otros aspectos. Se encuentra subdividido en tres entradas: a) leyes estatales sobre adopción nacional, b) leyes estatales sobre adopción internacional, y c) leyes estatales sobre posadopción **(16)**.

Los *State Statutes* son disposiciones promulgadas por las legislaturas de los diversos estados que conforman los Estados Unidos, que autorizan a un gobierno estatal a operar y realizar sus múltiples funciones. Todos los Estados, el Distrito de Columbia, Puerto Rico y los territorios de Samoa Americana, Guam, el norte de las Islas Marianas y las Islas Vírgenes de los Estados Unidos publican sus estatutos en sitios web de libre acceso al público. Los estatutos son organizados temáticamente en códigos por títulos, capítulos, artículos o secciones. Por otra parte, el gobierno federal reconoce más de 500 tribus de indios americanos en los Estados Unidos, las cuales poseen algunos poderes de autogobierno, y muchas han organizado consejos tribales

(13) Uruguay. Ley 17.823/2004. Código de la Niñez y la Adolescencia. Disponible en https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004 [consulta: 06/02/2021].

(14) CHILDREN'S BUREAU, "An Office of the Administration for Children & Families". Disponible en: https://www.acf.hhs.gov/cb [consulta: 27/02/2021]. Traducción propia del inglés.

(15) CHILDREN'S BUREAU, "What are the adoption laws in my State? How do I find out about my State laws governing adoption (e.g., consent to adopt; who can adopt, etc.)?" (¿Cuáles son las leyes de adopción en el Estado en el que vivo? ¿Cómo me entero acerca de las leyes que rigen la adopción en el Estado en el que vivo (por ejemplo, consentimiento para adoptar; quién puede adoptar, etc.?). Disponible en: https://www.acf.hhs.gov/cb [consulta: 27/02/2021]. Traducción propia del inglés.

(16) CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, "State Laws Related to Adoption" (Leyes estatales relacionadas con la adopción). Disponible en: https://www.childwelfare.gov/topics/adoption/laws/laws-state/ [consulta: 27/02/2021]. Traducción propia del inglés.

y/o tribunales para manejar asuntos relacionados con sus miembros **(17)**.

Por su parte, los *State Regulation and Policy* —políticas y regulaciones estatales—, también conocidas como normas de derecho administrativo, son promulgadas por agencias estatales para orientar la aplicación de los requisitos legales a la práctica de la agencia. Cada departamento o agencia de un gobierno estatal es responsable de formular regulaciones y política para los programas que administra. Las regulaciones tienden a estar organizadas en códigos clasificados por agencia, por tema o por programas específicos **(18)**.

Resultaría, por las razones expuestas, muy dificultoso realizar un análisis comparativo con las disposiciones del Cód. Civ. y Com. argentino, y la extensión de su abordaje excede las posibilidades de este trabajo. Por ello, me limitaré a sintetizar los principales aspectos del sistema norteamericano de adopción, con particular referencia al tipo adoptivo.

Los sistemas de promoción del bienestar de los NNA varían de un Estado a otro, pero por lo general incluyen agencias públicas estatales —tales como los departamentos de servicios sociales o de servicios para familias y niños—, que a menudo trabajan con agencias privadas **(19)**, y ofrecen a los progenitores que no pueden o deciden no criar personalmente a sus hijos, una amplia oferta de opciones de crianza para los NNA **(20)**. A corto plazo, por ejemplo, el cuidado temporal de crianza no familiar bajo la custodia legal del Estado —en inglés, conocido como *foster care*— **(21)**, que consiste en la provisión por parte de las agencias estatales de un "cuidado sustitutorio las 24 horas para niños que han sido colocados aparte de sus padres o guardianes" por parte de personas que no son familiares. El *foster care* es subsidiario del cuidado por parte de la familia extensa de los progenitores, acordado de modo informal y privado —en inglés, *kinship care* o *kinship caregiver*—, referido a la custodia *física* y *legal* de los NNA —aspectos que pueden acordarse con personas distintas—. En los casos de cuidado formal por parte de los familiares, la agencia de bienestar de menores, actuando en nombre del Estado y por orden de un juez, tiene la custodia legal de los NNA, mientras que sus parientes tienen su custodia física **(22)**.

La decisión de los progenitores también puede plasmarse en un plan de adopción, es decir, en un plan formal desarrollado con ayuda profesional, que conduce a la *colocación* de un niño en adopción, e incluye las preferencias específicas de uno o ambos progenitores con respecto a la familia adoptiva y el tipo y nivel de contacto con el niño posterior a la adopción (por ejemplo, mediante cartas, correos electrónicos, llamadas telefónicas o visitas personales) **(23)**.

(17) Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, "Links to state and tribal child welfare law and policy" (Enlaces a leyes y políticas estatales y tribales), US Department of Health and Human Services, Children's Bureau, Washington, DC, 2018. Traducción propia del inglés.

(18) La mayoría de estas regulaciones administrativas están disponibles en el correspondiente sitio web estatal. Diversas agencias estatales han organizado sus regulaciones en manuales de políticas y otros materiales explicativos. Estos materiales, así como una variedad de otros materiales informativos, se pueden encontrar en https://www.childwelfare.gov/topics/systemwide/sgm/. Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, "Links to state and tribal child welfare law and policy" (Enlaces a leyes y políticas estatales y tribales), US Department of Health and Human Services, Children's Bureau, Washington, DC, 2018. Traducción propia del inglés.

(19) Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, "Parientes como proveedores de cuidado y el sistema de bienestar de menores", US Department of Health and Human Services, Children's Bureau, Washington, DC, 2019.

(20) Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, "Glossary-A" (Glosario). Disponible en: https://www.childwelfare.gov/glossary/glossarya/ [consulta: 27/02/2021]. Traducción propia del inglés.

(21) Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, "Adopción: considerando sus opciones y haciendo un plan", US Department of Health and Human Services, Administration for Children and Families, Children's Bureau, 2020.

(22) Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, "Parientes como proveedores de cuidado y el sistema de bienestar de menores", US Department of Health and Human Services, Children's Bureau, Washington, DC, 2019.

(23) Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, "Glossary-A." (Glosario). Disponible en: https://www.childwelfare.gov/glossary/glossarya/ [consulta: 27/02/2021]. Traducción propia del inglés.

En apretada síntesis, la adopción en los Estados Unidos consiste en el proceso social, emocional y legal mediante el cual los niños que no son criados por sus progenitores se convierten en miembros legales, plenos y permanentes de otra familia, mientras mantienen conexiones o vínculos genéticos y psicológicos con su familia de origen. En efecto, las adopciones en la mayoría de los estados que conforman los Estados Unidos contemplan la subsistencia de vínculos entre quienes conforman la *tríada de adopción*, es decir, los tres tipos de personas involucradas en cualquier adopción: los progenitores, los padres adoptivos y el niño o adulto adoptado. La tríada de adopción también puede denominarse *triángulo de adopción*, *círculo de adopción* o *constelación de adopción* **(24)**.

Las adopciones en la mayoría de los estados pueden ser cerradas, semiabiertas o abiertas. La adopción abierta es un tipo en el que las familias de origen y adoptivas tienen alguna forma de contacto inicial y/o continuo. Los niños adoptados deben mantener la conexión y las relaciones con sus familias biológicas. Ambas familias deben trabajar juntas para fomentar las relaciones del niño **(25)**. En el otro extremo, la adopción cerrada implica total confidencialidad y registros sellados **(26)**.

Por otra parte, las adopciones pueden originarse en una decisión del Estado, que declara que los NNA no pueden ser cuidados por sus progenitores, o bien en la decisión de los progenitores, quienes por su parte pueden optar por una adopción por agencia (organizaciones que brindan servicios de consejería antes, durante y después de la adopción tanto a progenitores como a personas que desean adoptar) o por una adopción independiente y privada.

Tanto en adopciones a través de agencias como en las adopciones independientes, las personas que desean adoptar deben completar un *proceso de estudio de hogar*, cuyo propósito es garantizar que el hogar adoptivo sea seguro y apropiado para el niño. El proceso generalmente incluye entrevistas con los *padres potenciales*, visitas al hogar y verificación de antecedentes penales.

En la actualidad, la mayoría de las adopciones voluntarias —es decir, con consentimiento de los progenitores— implican cierto nivel de *contacto continuo* entre las familias adoptivas y de origen. Los progenitores y los padres adoptivos deben determinar de antemano cómo mantendrán el contacto y con qué frecuencia, entre otras consideraciones. En la mayoría de los Estados, estos arreglos pueden formalizarse por escrito en un acuerdo de contacto posadoptivo **(27)**. En las adopciones voluntarias independientes, la mayoría de los Estados permiten, y algunos requieren, que los padres adoptivos paguen por los servicios de consejería para la progenitora **(28)**.

El contacto que las familias de origen y las adoptivas norteamericanas pactan o acuerdan no puede equipararse, lisa y llanamente, con la filiación adoptiva de tipo simple contemplada en el Cód. Civ. y Com. argentino, por las particularidades señaladas.

II.6.a. *Excursus*. Trata de niños en contextos de adopción en los Estados Unidos

La fuerte impronta privada y contractualista del sistema de adopción norteamericano, y la habilitación de pagos por diferentes servicios prestados en este contexto, es permeable a vio-

(24) Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, "Glossary-A." (Glosario). Disponible en: https://www.childwelfare.gov/glossary/glossarya/ [consulta: 27/02/2021]. Traducción propia del inglés.

(25) Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, "Glossary-O" (Glosario). Disponible en: https://www.childwelfare.gov/glossary/glossaryo/ [consulta: 27/02/2021]. Traducción propia del inglés.

(26) Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, "Glossary-C" (Glosario). Disponible en: https://www.childwelfare.gov/glossary/glossaryc [consulta: 27/02/2021]. Traducción propia del inglés.

(27) Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, "Postadoption Contact Agreements Between Birth and Adoptive Families" (Acuerdos postadoptivos entre familias de origen y adoptiva), US Department of Health and Human Services, Children's Bureau, Washington, DC, 2019. Traducción propia del inglés.

(28) Cfr. CHILD WELFARE INFORMATION GATEWAY, "Regulation of private domestic adoption expenses" (Regulación de costos en adopciones privadas), US Department of Health and Human Services, Children's Bureau, Washington, DC, 2017. Traducción propia del inglés.

laciones de los derechos de los NNA y sus familias.

En un artículo que destaca la existencia y valor del Informe A/HRC/37/60 de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sobre las prácticas abusivas de los acuerdos de subrogación de vientres —en particular, la venta de niños—, recordé que ya en el año 1993, el informe del primer Relator Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluida la prostitución infantil, la pornografía infantil y otros materiales de abuso sexual infantil (en adelante, REV), Vitit Muntarbhorn, identificó distintas formas de venta de niños en relación con la adopción (Informe E/CN.4/1993/67) **(29)**, en particular en los Estados Unidos. En 1994, a raíz de que algunos organismos de adopción privados con sede en los Estados Unidos participaron en la trata de niños nacidos tanto en su territorio como en el exterior, el Relator Especial solicitó a las autoridades estadounidenses que aclarasen si estuviesen dispuestas a anular las adopciones de niños secuestrados en otros países, lo que suponía que los niños podían ser adoptados por sus secuestradores **(30)**.

El transcurso del tiempo no ha significado una mejoría significativa del sistema norteamericano en pos de garantizar los derechos fundamentales de las personas involucradas en los procesos de adopción. En el informe sobre venta de niños en adopciones ilegales (A/HRC/34/55 del año 2016), la REV Maud de Boer-Buquicchio se refiere en los puntos 36-37 no solo a las adopciones internacionales ilegales en los Estados Unidos sino también a adopciones forzadas en comunidades indígenas y otros grupos vulnerables que habitan en el país. Por otra parte, en el acápite titulado "Transacciones financieras" denuncia que la raíz de la mayoría de los actos ilegales en las adopciones se encuentra en la falta de transparencia con respecto a los costos y pagos en los procesos de adopción, en particular en los Estados Unidos. Asimismo, estos pagos (por ejemplo, entre Orfanatos e intermediarios) crean ciertas dependencias que pueden fomentar las adopciones ilegales (cfr. puntos 61-62). Por su parte, denuncia que Estados Unidos se cuenta entre los países que acredita mayor número de agencias de adopción, mientras que otros acreditan un pequeño número (v.gr. Estados Unidos cuenta —según el informe— con 184 organismos acreditados. Francia tiene 32 organismos de este tipo). Si bien la acreditación de una agencia no es garantía de su profesionalismo, la excesiva cantidad de organismos y agencias acreditados dificulta su monitoreo efectivo y eficaz [cfr. puntos 75-76 **(31)**].

III. Conclusiones

En este trabajo he mostrado en forma sintética las disposiciones normativas de diversos países americanos respecto del tipo adoptivo pleno, con la finalidad de iluminar la legislación y jurisprudencia argentinas, en la inteligencia de que constituye el tipo adoptivo que mejor responde al interés superior de los NNA.

(29) Cfr. MARRAMA, Silvia, "Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre venta de niños en el contexto de acuerdos de subrogación de vientres". Disponible en: https://www.revistaidh.org/ojs/index.php/ridh/article/view/178 [consulta: 27/02/2021].

(30) Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, nota del secretario general, "La venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía", A/49/478 (05/10/1994), puntos 42-43.

(31) Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography", A/HRC/34/55 (22/12/2016). Traducción propia del inglés.

Comentarios Jurisprudenciales

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

Revocación de la orden de restitución. Interpretación del concepto "lugar de residencia habitual". Diferencia con la "simple residencia". Interés superior del niño. Obligaciones de los progenitores. Necesaria solución amistosa del conflicto. Exhortación sobre publicaciones que exponen a los niños en redes sociales.

Con nota de Luciana B. Scotti y Leandro Baltar

1. — A la luz de la interpretación del concepto de residencia habitual, la no acreditación de una permanencia prolongada en la ciudad de Burdeos, así como de una voluntad precisa, concluyente y compartida por ambos progenitores de trasladar el hogar familiar a Francia, conducen a descartar a dicha ciudad como lugar de residencia habitual y, por ende, a rechazar la solicitud de restitución requerida por no configurarse un supuesto de retención ilícita.

2. — La restitución internacional de una niña debe ser revocada, si se aprecia que los elementos probatorios y fácticos dan cuenta de que desde sus inicios el desarrollo de la vida de pareja y familiar se fue consolidando en la ciudad de Buenos Aires, donde el actor y la demandada convivieron, se casaron, trabajaron y estudiaron, y donde también nació la hija de ambos, quien permaneció ininterrumpidamente cinco meses en la casa de su abuela materna hasta el viaje a Europa y su corta estadía en la ciudad de Burdeos, Francia.

3. — La restitución internacional ordenada debe ser revocada, pues ni las manifestaciones de los progenitores ni las declaraciones testificales, como tampoco la documentación acompañada, permiten considerar fehaciente e indubitablemente acreditado que hubiese existido una clara decisión consensuada de abandonar la residencia que la familia tenía hasta entonces y adquirir una nueva en el país extranjero, para que fuese allí donde la niña desarrollase con habitualidad su vida. Esto no se ve alterado por la intención o el consenso de los progenitores acerca del lugar en que residiría la familia.

4. — Para que el consenso sobre el cambio de residencia pueda adquirir la concreción propia de una decisión jurídicamente relevante, debe tratarse de una clara intención compartida de trasladar la residencia, que debe ser demostrada cabalmente. La prueba debe superar el plano de una simple posibilidad, no bastando un panorama de ambigüedad.

5. — Teniendo en miras el principio del interés superior del niño que debe regir las decisiones que lo atañen, corresponde exhortar a los progenitores de una niña, a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno sino en el respeto del bienestar y la integridad de su hija menor, así como también de la relación parental —permanente y continua— con ambos progenitores, que no puede verse lesionada por decisión unilateral de uno de ellos.

6. — Ante la existencia de notas periodísticas en diversos portales de internet que exhiben hechos o circunstancias de la vida de niña, cuyo progenitor solicitó su restitución internacional, y de la disputa familiar que en el caso se trata, a los efectos de evitar agravar el conflicto generado, corresponde instar a no exponer a la menor públicamente —por cualquier medio— a fin de resguardar su derecho a la intimidad.

CS, 22/10/2020. - V., M. c. S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/50712/2020]

CIV 62230/2019/1/RH1

Buenos Aires, octubre 22 de 2020.

Considerando:

1°) Que la Sala de Feria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de la anterior instancia y, con sustento en el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980) —aprobado por ley 23.857—, ordenó la inmediata restitución internacional de la niña N. L. S. V. a Francia.

Para decidir así, consideró acreditado que su residencia habitual era en aquel país, en tanto: las autorizaciones de viaje otorgadas por el progenitor para que la madre junto con la hija de ambos se trasladaran a la ciudad de Buenos Aires lo habían sido por una única vez, habiéndose comprometido la señora C. R. S. Y. a retornar a Francia en el mes de marzo de 2019; la demandada había renunciado a su trabajo en la embajada del Líbano ubicada en esta ciudad; la visa que tenía otorgada el actor para residir en nuestro país se encontraba vencida; la progenitora había recibido una visa de un año que la habilitaba a permanecer y

trabajar en Francia; el padre había conseguido trabajo en ese país, y habían solicitado una asistencia social francesa.

A partir de estos elementos, concluyó que la permanencia de la niña en la Argentina, en contra de la voluntad de su progenitor, revelaba una retención ilícita en los términos de los arts. 1 y 3 del CH 1980. Asimismo, sostuvo que no se encontraban verificados los supuestos de excepción contemplados en el referido convenio que autorizaran a negar el retorno de la niña. Por último, juzgó que de las constancias de autos no surgía que se hubiese vulnerado la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer o la Convención de Belém do Pará y señaló que en el pedido de restitución no debían analizarse las cuestiones de fondo o de convivencia familiar que resultaban ajenas a los fines del CH 1980 (fs. 412/423 vta. del expediente principal).

2°) Que contra dicho pronunciamiento la progenitora C. R. S. Y. interpuso recurso extraordinario cuya denegación motivó la queja en examen (fs. 433/451 vta. y 487/488, queja presentación digital).

En ajustada síntesis, alega que la interpretación otorgada por la cámara a las cláusulas contenidas en el CH 1980 violenta las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Advierte que el *a quo* resolvió desconociendo los criterios interpretativos básicos sobre "residencia habitual" y que para su determinación no cabe tener en cuenta el consenso parental sino la situación de hecho que supone estabilidad y permanencia. Asimismo, aduce que la cámara para considerar la residencia habitual de la niña en la ciudad francesa de Burdeos basó su decisión únicamente en la prueba ofrecida por el actor, sin analizar los restantes medios probatorios obrantes en la causa y sin reparar en las circunstancias fácticas y particulares del caso.

Además, cuestiona la validez del CH 1980 y del "Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños" por tratarse de instrumentos que no permiten la discusión de fondo, acortan plazos y establecen urgencias violentando el interés superior del niño amparado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

3°) Que el señor Defensor General adjunto de la Nación ante la Corte Suprema sostiene que no se verifica un supuesto de retención o de traslado ilícito que torne operativo el CH 1980, toda vez que la corta estancia en la ciudad francesa de Burdeos no logra adquirir el carácter de residencia habitual, cuando no quedó probado que hubiera un ánimo común de la pareja de radicarse definitivamente en Francia. Entiende que, en definitiva, el supuesto fáctico jurídico que presenta el caso implica la necesidad de resolver una reubicación familiar y, en consecuencia, considera que debe revocarse la decisión impugnada y habilitar al juez de grado para que decida acerca de las cuestiones atinentes al fondo y a la conveniencia o no de dicha reubicación.

4°) Que el recurso extraordinario resulta formalmente admisible dado que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de convenios internacionales y la decisión impugnada es contraria al derecho que la apelante pretende sustentar en aquellos (art. 14, inc. 3, de la ley 48). Cabe recordar que cuando se encuentra en debate el alcance de una norma de derecho federal, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (conf. Fallos: 308:647; 318:1269; 330:2286; 333:604, 2396 y 339:609, entre otros).

Por otro lado, los agravios vinculados con la arbitrariedad de sentencia se encuentran inescindiblemente ligados con los referentes a la inteligencia de una norma federal, por lo que resulta procedente tratar en forma conjunta ambos aspectos (Fallos: 328:1883; 330:3471, 3685 y 4331; y 342:584 y 2100, entre muchos otros).

5°) Que a los efectos de una mayor comprensión de las cuestiones que se plantean en la presente causa, resulta pertinente destacar las siguientes circunstancias relevantes que no se encuentran controvertidas: M. V., de nacionalidad francesa, y C. R. S. Y., de nacionalidad chilena y residente en nuestro país desde los 12 años, se conocieron en la ciudad de Buenos Aires en el contexto de un viaje que en el año 2016 M. V. realizó a la Argentina. Mantuvieron un vínculo a distancia y al poco tiempo, precisamente, el 28 de abril de 2017 el actor regresó a Buenos Aires para comenzar una relación de pareja.

Convivieron en la casa de la madre de la demandada ubicada en el barrio de Almagro y, a los tres meses de relación, C. R. S. Y. quedó embarazada. Contrajeron matrimonio en nuestro país en el mes de marzo de 2018 y el 11 de abril de 2018 nació N. L. S. V. En la ciudad de Buenos Aires, M. V. se desempeñó laboralmente como profesor de francés y en una editorial periodística, mientras que C. R. S. Y. trabajó en una embajada hasta el mes de junio de 2018.

El 22 de septiembre de 2018 los tres viajaron a Europa. Al principio recorrieron distintas ciudades, entre ellas Barcelona, donde vive el hermano de C. R. S. Y.,

y finalmente llegaron a Burdeos, ciudad de residencia de la familia de M. V., donde estuvieron aproximadamente un mes y algunos días.

La pareja planificó que en el mes de enero de 2019 la niña y su madre viajarían por dos meses a la Argentina y a Chile, y que luego de su retorno a Francia, viajarían todos juntos a Vietnam. A fin de materializar dicho viaje, el 27 de noviembre de 2018 C. R. S. Y. y M. V. acudieron al tribunal francés correspondiente y suscribieron las autorizaciones de salida del país el 9 de enero de 2019, con regreso a Francia el 12 de marzo de 2019. Esto último no ocurrió, lo que motivó el presente pedido de restitución internacional que fue iniciado antes de cumplirse el año del desplazamiento (fs. 24/26; 61/62 y 94 del expediente principal).

Finalmente, el 29 de marzo de 2019 C. R. S. Y. promovió el juicio de divorcio (conf. fs. 95 del referido expte.).

6°) Que el presente caso trata de un pedido de restitución internacional de una menor de edad que se encuentra regido por las pautas establecidas en el CH 1980, aprobado por la ley 23.857 y ratificado el 1° de junio de 1991, y, a su vez, ratificado por Francia el 1° de diciembre de 1983.

Habida cuenta de ello, corresponde, en primer lugar, tener por reproducidos todos los criterios interpretativos sentados por esta Corte Suprema respecto de dicho instrumento en los sucesivos supuestos análogos en los que ha debido intervenir (conf. Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604, 2396; 334:913, 1287, 1445; 335:1559; 336:97, 638 y 849; 339:609, 1742, 1763, y 341:1136, entre otros).

No obstante, dadas las particularidades fácticas que presenta esta causa y los argumentos expresados por las partes en el proceso, resulta apropiado que este Tribunal precise el alcance de algunos conceptos que, se adelanta, justifican en el caso revocar la decisión de restituir a la niña N. L. S. V. a Francia.

7°) Que esta Corte Suprema se ha expresado en reiteradas oportunidades acerca de la inexistencia de incompatibilidad o contradicción entre el citado CH 1980 y la Convención sobre los Derechos del Niño —aprobada por ley 23.849—, en razón de que ambas propenden a la protección del interés superior del niño, principio de consideración primordial en todas las decisiones que lo atañen, sin que se presenten circunstancias excepcionales, ni la apelante aduzca razones de entidad que permitan a este Tribunal apartarse de dicho criterio (confr. Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604 y 339:1534).

La citada Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional conforme el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, reconoce en su art. 3° el derecho del niño a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que se adopten y que le afecten, y en su art. 11 dispone que "1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.".

8°) Que es en ese marco que el Estado argentino ha suscripto el mencionado Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (aprobada por ley 25.358). Ambas contemplan un proceso urgente —con un marco de actuación acotado— para paliar los traslados o retenciones ilícitas de los menores de edad, en la inteligencia de que la mejor protección del interés del niño se alcanza volviendo en forma inmediata al statu quo anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, a fin de que sean los tribunales con competencia en el lugar de su residencia habitual los que decidan acerca de las cuestiones de fondo, atinentes a la guarda, al cuidado personal de la niña o niño, al régimen de comunicación y a la cuota alimentaria, entre otras (conf. doctrina Fallos: 318:1269; 328:4511; 333:604, 2396; 339:1534, 1742 y 1763).

9°) Que dentro de ese lineamiento y en consonancia con lo establecido en el art. 11 del CH 1980, este Tribunal ha enfatizado que en materia de restitución internacional de menores de edad, la celeridad en la resolución del conflicto constituye un mandato central que compromete la responsabilidad del Estado argentino en los términos de los convenios anteriormente citados (conf. Fallos: 339:1644). Es a la luz de esta premisa que ha exhortado al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad del CH 1980 y coadyuve al cumplimiento de las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribirlo (conf. Fallos: 339:1763).

En la actualidad, ante la todavía ausente ley específica que regule este tipo de procesos a nivel nacional, el "Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños", aprobado por la Comisión de Acceso a Justicia de esta Corte Suprema en el año 2017 y replicado en algunas de las provincias que conforman nuestro país, resulta una herramienta útil y orientadora para todos los operadores judiciales del CH 1980 y de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 en tanto brinda pautas de actua-

ción para llevar a cabo el procedimiento en un tiempo reducido.

10) Que sentado ello, corresponde decidir si en el caso se configura un supuesto de retención ilícita que justifique la restitución de la niña N. L. S. V. a Francia, conclusión admitida por el *a quo* que se encuentra cuestionada por la progenitora demandada.

Para ello resulta necesario, liminarmente, precisar el alcance del concepto de residencia habitual. Esta Corte Suprema ha señalado que la expresión residencia habitual que utiliza el CH 1980 hace referencia a "una situación de hecho que presupone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores" (conf. Fallos: 318:1269).

En la misma línea, el Cód. Civ. y Com. de la Nación ha receptado dicha interpretación al prever expresamente que el concepto jurídico de residencia habitual al que se refieren los instrumentos internacionales en materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad debe ser entendido como el lugar en el cual viven y establecen vínculos durables por un tiempo prolongado (conf. arts. 2613 y 2614).

11) Que en los procesos de restitución de niños, niñas y adolescentes la determinación del lugar de residencia habitual resulta de suma relevancia pues constituye el punto de conexión con la normativa aplicable a los efectos de evaluar el derecho de custodia y así concluir si puede calificarse de ilícito el traslado o la retención por infringir tal derecho. También es el elemento que establecerá la jurisdicción ante la cual deberán, en definitiva, debatirse las cuestiones de fondo que se encuentran excluidas de tratamiento en este tipo de procesos. Por tal motivo, teniendo en cuenta que se trata de un factor de considerable entidad dentro del mecanismo de reintegro que prevé el CH 1980, debe encontrarse acreditado de manera fehaciente e indubitada.

En ese mismo orden de ideas, dada la importancia de las consecuencias que irradia su correcta determinación, no cabe tenerla por configurada a partir de un concepto de "simple residencia". Las notas de estabilidad y permanencia que deben caracterizar a la "residencia", deben tener necesariamente un grado suficiente de continuidad que permita otorgarle el exigido carácter de "habitual", esto es, que habilite a concluir que en dicho lugar el niño desarrollaba con naturalidad su vida.

12) Que en dicho contexto la circunstancia de que de los tres meses y medio que duró el viaje a Europa, la niña permaneció con sus progenitores tan solo un mes y algunos días en la ciudad de Burdeos, Francia, unida a que contaba con tan solo cinco meses de edad cuando viajó a ese continente, resulta insuficiente para atribuirle la estabilidad y permanencia requeridas para considerar a dicho estado extranjero como el centro de gravedad de su vida (conf. fs. 84; 166 vta./167; 438/439 del Expte. principal).

La conclusión referida no se ve alterada por la intención o el consenso de los progenitores acerca del lugar en que residiría la familia. Al respecto, en oportunidad de decidir cuestiones que guardan similitud con el supuesto de autos, este Tribunal ha señalado que para que dicho consenso pueda adquirir la concreción propia de una decisión jurídicamente relevante, debe tratarse de una clara intención compartida de trasladar la residencia, que debe ser demostrada cabalmente. La prueba debe superar el plano de una simple posibilidad, no bastando un panorama de ambigüedad (conf. Fallos: 334:1445 y 341:1136).

13) Que en el caso, mientras el actor alega que consensuó con la demandada en radicar el hogar familiar en Burdeos, ciudad francesa, la demandada, por su parte, asevera que jamás tuvo intención de modificar la residencia habitual en Buenos Aires y que el traslado a Europa se trató de un viaje de descanso para que tanto la familia materna como la paterna de N. L. S. V., que residen en distintos países de ese continente, la conocieran.

Ni las manifestaciones de los progenitores, ni las declaraciones testificales, como tampoco la documentación acompañada, permiten considerar fehaciente e indubitablemente acreditado que hubiese existido una clara decisión consensuada de abandonar la residencia que la familia tenía hasta entonces y adquirir una nueva en el país extranjero, para que fuese allí donde la niña desarrollase con habitualidad su vida.

Por el contrario, los elementos fácticos y probatorios obrantes en la causa y, en especial, las conductas y expresiones de las partes que solo dejan traslucir la visión propia de cada uno de ellos respecto de un mismo hecho, advierten sobre cierta ambigüedad en la intención que habrían tenido al encarar el viaje realizado a Europa, lo que resta entidad a la posible configuración de una firme decisión compartida de mudar la residencia vigente.

14) Que en efecto, una valoración armónica y circunstanciada de aquellos —como ha sido señalado en el dictamen del señor Procurador Fiscal—, impiden otorgar certeza a las manifestaciones del actor en cuanto a la existencia de una intención común con dicho alcance que autorice el reintegro pretendido.

El trámite de la visa francesa temporaria para la progenitora y el subsidio básico familiar otorgado por el Estado francés no poseen, por sí solos, virtualidad para tener por configurado el consenso de cambio de residencia, si se lo confronta con lo alegado por la demandada sobre dichos sucesos en punto a que el viaje debía realizarse —según le había afirmado el actor— antes de que la niña cumpliera un año a efectos de cobrar esos beneficios estatales y a que tenían el propósito de quedarse en Europa por un tiempo prolongado, por motivos turísticos y visitas familiares, y luego desde allí viajar a Vietnam, por resultar más económico (fs. 225/228; 241/242 y 255 del expediente principal). Esta última circunstancia que —por lo demás— no ha sido desconocida por el progenitor, otorgaría sentido al hecho de que las autorizaciones de viaje tuviesen como último destino Francia (conf. fs. 24/26, 163 y ss. del citado expediente).

Asimismo, la familia viajó a Europa con dos valijas de 20 kg. según la declaración testifical de quien los transportó al aeropuerto (conf. audiencia del 29 de octubre de 2019 incorporada al sistema informático LEX 100), sin que se haya invocado y acreditado el traslado de mayores pertenencias a dicho continente.

15) Que a lo expresado, debe añadirse que el actor inició el 5 de junio de 2018 el trámite de radicación en la categoría "permanente" en la Argentina; daba clases de francés en este país e invocó ser empleado de la Revista Noticias (conf. fs. 83 vta./84; 157; 302/303 y 305/306 del Expte. principal); la demandada, por su parte, al momento de los hechos era alumna regular de la carrera de Ciencias Antropológicas de la Universidad de Buenos Aires —ambas partes son contestes en que su regreso al país se debió, en parte, a la necesidad de rendir los exámenes correspondientes— y estaba cursando su maestría en "Chi Kung" iniciada en el año 2014 (conf. fs. 84 vta.; 125/130; 167; 262; 264/266 del referido expte.).

Por otra parte, la renuncia de la demandada a su empleo en la embajada del Líbano con sede en nuestro país, se produjo dos meses antes de la partida a Europa y de manera coetánea con el nacimiento de N. L. S. V., de modo que no cabría ceñir dicha conducta —al margen de que pudo obedecer a otras razones— únicamente a sustentar una intención de cambio de residencia, dada la trascendencia que esto último suscita en la vida personal y familiar de una persona, sumado a la ausencia de otras circunstancias que pudieran coadyuvar a otorgarle un alcance que difiera de un mero distracto laboral contemporáneo al comienzo de una etapa de maternidad.

16) Que frente a este panorama y a la luz de la interpretación del concepto de residencia habitual referido, la ausencia de una permanencia prolongada en la ciudad de Burdeos, así como de la acreditación de una voluntad precisa, concluyente y compartida por ambos progenitores de trasladar el hogar familiar a Francia, conducen a descartar a dicha ciudad como lugar de residencia habitual y, por ende, a rechazar la solicitud de restitución requerida por no configurarse un supuesto de retención ilícita.

17) Que sentado ello, se aprecia que los elementos probatorios y fácticos ponderados precedentemente dan cuenta de que desde sus inicios el desarrollo de la vida de pareja y familiar se fue consolidando en la ciudad de Buenos Aires, donde el actor y la demandada convivieron, se casaron, trabajaron y estudiaron, y donde también nació la hija de ambos quien permaneció ininterrumpidamente cinco meses en la casa de su abuela materna hasta el viaje a Europa y su corta estadía en la ciudad de Burdeos, Francia.

En estas circunstancias, cabe considerar que al tiempo de los hechos era este país el lugar de residencia habitual y que, en consecuencia, son nuestros tribunales los que se encuentran en mejores condiciones para resolver las cuestiones vinculadas con la niña N. L. S. V. que pudieran presentarse en el marco del conflicto familiar.

18) Que frente a la falta de configuración de un supuesto de retención ilícita a la que el CH 1980 supedita la operatividad del procedimiento de restitución, no corresponde examinar la invocada excepción de grave riesgo formulada por la demandada con apoyo en el art. 13, inciso b, del citado convenio, sin perjuicio de que las alegaciones que sustentan dicha defensa podrán ser objeto de consideración por los jueces que eventualmente intervengan en el trámite de los temas de fondo (conf. fs. 166 vta./167; 374/375; 439 vta.; 445 y 446 del citado expediente).

19) Que, por último, y teniendo en miras el principio del interés superior del niño que debe regir las decisiones que los atañen, corresponde exhortar a ambas partes, a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno sino en el respeto del bienestar y la integridad de su hija menor, así como también de la relación parental —permanente y continua— con ambos progenitores, que no puede verse lesionada por decisión unilateral de uno de ellos.

Asimismo, ante la existencia de notas periodísticas en diversos portales de internet que exponen hechos o circunstancias de la vida de la niña N. L. S. V. y de la disputa familiar que en autos se trata, a los efectos de evitar agravar el conflicto generado, corresponde instarlos a que se abstengan de exponerla públicamente

—por cualquier medio— a fin de resguardar su derecho a la intimidad.

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Asimismo, en uso de las facultades previstas por el art. 16 de la ley 48, se rechaza la demanda. Con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Agréguese la queja al principal. Exhórtese a las partes en los términos expresados en el considerando 19. Notifíquese y devuélvanse. — *Ricardo L. Lorenzetti.* — *Elena I. Highton de Nolasco.* — *Juan C. Maqueda.* — *Horacio D. Rosatti.*

La configuración del lugar de residencia habitual en los casos de restitución internacional de niños

Luciana B. Scotti (*)

Leandro Baltar (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos del caso.— III. Encuadre normativo.— IV. Antecedentes judiciales del caso.— V. La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— VI. Análisis del caso. Cuestiones concernidas en la sentencia de la Corte Suprema.— VII. A modo de colofón.

I. Introducción

La restitución internacional de niños, niñas y adolescentes (RINNA) es un proceso por el cual se intenta prevenir y revertir situaciones lacerantes de los derechos de todo niño, niña y adolescente (NNA). Gracias a este mecanismo se busca el pronto retorno al país dónde tienen su centro de vida cuando se encuentren trasladados o retenidos ilícitamente fuera de su lugar de residencia habitual, como consecuencia de un cuestionable obrar por parte de sus propios progenitores, aquellos quienes, en realidad, deberían velar por su máximo bienestar.

Esta situación hoy se nos presenta con mayor asiduidad, prácticamente como una modalidad, una suerte de táctica o maniobra para impedir la comunicación del niño con el progenitor no sustractor.

Cuando estos conflictos llegan a judicializarse, estamos en presencia de un desacuerdo entre los progenitores y por ello, quien intente resistir el

(*) 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 e investigadora formada del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

(**) Abogado y magíster en Derecho Internacional Privado. Doctorando en Derecho Internacional (UBA). Becario doctoral UBACyT. Docente de Derecho Internacional Privado y de 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.

pedido formulado por quien ve afectado su derecho de custodia (o de visitas), procurará invocar y utilizar todas y cada una de las herramientas permitidas por las convenciones para convencer al juez y así rechace la solicitud.

En este tipo de procesos encontramos que se ponen en juego y confluyen derechos sensibles que van desde la protección de todo niño, niña y adolescente, pasando por la privacidad e intimidad, el derecho a crecer en el seno de la familia y en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Junto a todo ello, entra en juego el derecho de custodia (o cuidado) y el régimen de visitas (o comunicación).

En esta oportunidad, en la sentencia que nos proponemos comentar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación debió expedirse respecto de un pedido de restitución proveniente de Francia analizando especialmente dónde se situaba la residencia habitual, punto controvertido entre los progenitores, juntamente con otros planteos esgrimidos por la defensa de la madre, que sostenía principalmente la importancia de juzgar con perspectiva de género en materia de restitución.

II. Los hechos del caso

M. V., de nacionalidad francesa, y C. R. S. Y., de nacionalidad chilena y residente en nuestro país desde los 12 años, se conocieron en la Ciudad de Buenos Aires en el contexto de un viaje que M. realizó en el año 2016. Desde ese momento comenzaron un vínculo a distancia, hasta que en abril de 2017 regresó a Buenos Aires para comenzar una relación de pareja.

Durante los primeros momentos convivieron en la casa de la madre de C. y, a los tres meses de relación, quedó embarazada. Contrajeron matrimonio en nuestro país en marzo de 2018, y en abril de 2018 nació la niña N. L. S. V.

Mientras que M. se desempeñó laboralmente como profesor de francés y en una editorial periodística, C. trabajó en una embajada hasta el mes de junio de 2018. En septiembre de ese año los tres viajaron a Europa. Al principio recorrieron distintas ciudades, entre ellas Barcelona, donde vive el hermano de C. para, finalmente, llegar a la ciudad portuaria del sudoeste de Francia (Burdeos) donde estuvieron aproximadamente un mes junto a la familia de M.

La pareja planificó que, en el mes de enero de 2019, la niña y su madre viajarían por dos meses a la Argentina y a Chile y, luego de su retorno a Francia, partirían todos juntos a Vietnam. A fin de materializar el viaje, acudieron al tribunal francés correspondiente y suscribieron las autorizaciones de salida del país el 9 de enero de 2019, con regreso a Francia el 12 de marzo de 2019.

Ante la falta de retorno, el progenitor interpuso el pedido de restitución internacional. Por su parte, en marzo de 2019, C. promovió el juicio de divorcio.

De todos los hechos manifestados, y mirando las diferencias que las partes invocan, surge de modo claro que los progenitores originariamente organizaron una vida en común y tuvieron una hija en la República Argentina.

Siendo la finalidad de los convenios evitar que los niños, niñas o adolescentes sean desarraigados de su residencia habitual, configurándose de ese modo una retención o un traslado ilícito, además de las excepciones susceptibles de invocarse (y probarse), determinar dónde se encontraba el centro de vida es determinante: la restitución solo opera cuando el pedido proviene del Estado donde aquella se encontraba antes de la conducta ilícita.

En ese punto las partes controvierten. Mientras que el padre sostiene que el viaje a Francia estaba destinado a afincar a la familia, C. sostiene que el viaje a España y Francia fue tan solo por tres meses y medio con la finalidad de visitar familiares, por lo que mal pudo haberse desarrollado lazos afectivos en Burdeos, sitio en el que la niña permaneció menos de dos meses. En palabras simples, mientras el actor alega que consensuó con la demandada radicar el hogar familiar en Francia, la demandada, por su parte, asevera que jamás tuvo intención de modificar la residencia habitual de Buenos Aires y que el traslado a Europa simplemente se trató de un viaje de descanso.

III. Encuadre normativo

Los procesos de restitución cuentan con un tratamiento a nivel convencional sumamente

efectivo. Dentro de los ratificados por Argentina, nos vincula para el caso el Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980), celebrado en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, aprobado por nuestro país por la ley 23.857 y ratificado el 1º de junio de 1991, y, a su vez, ratificado por Francia el 1º de diciembre de 1983.

Desde una mirada procesal, lamentablemente nuestro país no cuenta con una normativa a nivel nacional que regule e instaure el proceso de restitución. Esta carencia genera consecuencias negativas en varios sentidos, entre ellos la demora en la solución se vuelve uno de los principales problemas a resolver. En este marco, la Corte Suprema aprobó en 2016 un Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios con la finalidad de brindar pautas para todos los operadores jurídicos: jueces, abogados, fiscales, defensores, Autoridad Central, etc. Estamos ante una fuente calificada como de *soft law,* pero con una importante influencia pues busca unificar los criterios de actuación y así poder cumplir con los compromisos asumidos. Destacar este punto es relevante, pues la Corte remite a él y lo cita en sus fundamentos **(1)**.

Sin embargo, este vacío normativo viene cosechando críticas desde la doctrina especializada, incluso la propia Corte Suprema exhortó al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad del CH 1980 y coadyuve al cumplimiento de las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribirlo **(2)**. En los últimos años comenzó a gestarse en algunas provincias una tendencia a regular los procedimientos de restitución. Sin embargo, se han sancionado leyes procesales provinciales en la materia. En tal sentido, destacan la ley 10.419 de la Provincia de Córdoba; la ley 3134 de 2018 sancionada por Neuquén, una acordada aprobada por Acuerdo General Nº 13/15 de Entre Ríos. Misiones regula el proceso de restitución de menores en los arts. 679 a 695 del Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar; Mendoza incluye en su Código Procesal de Familia y Violencia Familiar, de 2018, el proceso para la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes, y demás cuestiones de Derecho Internacional Privado en las relaciones de familia (arts. 208 y 227).

A nivel nacional, el Poder Ejecutivo ha presentado un proyecto de ley (EXP PE Nº 366/18), del cual son antecedentes los proyectos del año 2014 (EXP 5903 - D -2014) y del año 2016 (EXP 4738-S-2016). Fue aprobado por el Senado el 17 de julio de 2019. Actualmente se encuentra en la Cámara de Diputados.

IV. Antecedentes judiciales del caso

El 26 de diciembre de 2019 el Juzgado Civil mediante sentencia suscripta por Alejandro Siderio resolvió desestimar el pedido de restitución internacional a la República Francesa.

El fallo de primera instancia dispone que "la perspectiva de género en materia de derecho de familia implica adentrarse en la dinámica de cada familia, visibilizar las relaciones de poder en la toma de decisiones y su correlato, analizar las consecuencias del no-poder". En este sentido, "imponer a la madre de su hija que nuevamente viva en Francia, lugar de su exilio, es compatible con formas aún más categóricas de modalidades violentas contra la mujer (arts. 15.4 y 16.4 de la CEDAW)".

La Sala de Feria de la Cámara Nacional Civil y Comercial, integrada por las Dras. Mabel Alicia de los Santos, Silvia Patricia Bermejo y Marcela Pérez Pardo, revocó el fallo de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar al pedido de restitución de la niña a la República Francesa exhortando a los progenitores a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a la menor de edad una experiencia conflictiva. Para arribar a dicha decisión se apartaron de lo merituado por el juez de primera instancia concluyendo que la Convención para Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW son sus siglas en inglés), aprobada por Naciones Unidas en 1979, y la Convención de La Haya son instrumentos que deben ser in-

(1) Diversas provincias han adherido a este Protocolo mediante Acordadas de sus superiores tribunales (entre otras, Entre Ríos, Mendoza, San Luis, Tucumán, Rio Negro).

(2) "G., L. s/ por su hijo G.P., T. por restitución s/ familia p/ rec o ext. de inconstit." CS, 27/12/16, AR/JUR/85748/2016.

terpretados armónicamente y entre los cuales no hay incompatibilidad.

Siendo crucial la determinación del país donde se halle la residencia habitual de la niña a los efectos de establecer la licitud —o no— del traslado y de la retención, concluyeron que de la documental acompañada, especialmente las autorizaciones de viaje otorgadas por el padre por una única vez, se pudo acreditar que los progenitores habían acordado el regreso a Francia, lugar donde todos se reencontrarían. En este punto, remarcó que de la solicitud de visa, de la asistencia social francesa solicitada para la niña, y del trabajo que había conseguido el progenitor en aquel país se podía inferir que el viaje a Francia no había sido un destino con fines turísticos.

Asimismo, sostuvieron que no se encontraban verificados los supuestos de excepción contemplados en el CH 1980 que autorizaran a negar el retorno de la niña, especialmente la prevista en el art. 13, inciso b) invocada por la madre.

V. La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Ante la orden de retorno, la progenitora interpuso recurso extraordinario cuya denegación motivó la queja correspondiente. Siendo que se puso en tela de juicio la inteligencia de convenios internacionales y la decisión impugnada es contraria al derecho que la apelante pretende sustentar en aquellos, el recurso extraordinario fue considerado formalmente admisible.

La progenitora se agravió al considerar que los magistrados de la Cámara entendieron que ella no tenía otros compromisos en Argentina que la obligaran a retornar cuando ella presentó prueba que permitía acreditar que el acuerdo familiar fue siempre residir en Argentina. Puntualiza que para determinar la residencia habitual de la niña debe considerarse los hechos que vinculan al menor con un ámbito espacial. En ese punto, expresa que "los afectos y la residencia de N siempre se encontraron en la República Argentina, que nació en Buenos Aires, que allí tuvo y tiene su cuarto y sus juguetes, y que allí se encuentran sus abuelos maternos y otros integrantes de la familia. Manifiesta que a Europa, en cambio, fueron con fines turísticos y a visitar familiares, que transportaron solo pertenencias para el viaje y que, de hecho, viajaron por distintos lugares hasta que se alojaron en la casa de la madre de M. V., sitio en el cual recibió malos tratos psicológicos y sufrió violencia, incluso no permitiéndole amamantar a su hija. Resalta que, desde el inicio de la relación, el acuerdo de la pareja era vivir en Buenos Aires, entre otras razones, porque ella fue exiliada en Francia y, por ese motivo, la estancia allí le produce múltiples padecimientos psíquicos. En suma, señala que el cambio de residencia a Francia es producto de la voluntad impuesta y unilateral de M. V.".

En su dictamen, el defensor del Ministerio Público Fiscal destacó que no logró acreditarse de modo fehaciente la voluntad común de los padres de establecer la residencia familiar en un determinado lugar. En consecuencia, para determinar dónde se encuentra, corresponderá acudir a la valoración de los elementos objetivos llegando a concluir que "en función de las pautas jurídicas mencionadas, la acotada estadía en Burdeos es insuficiente para atribuir estabilidad y permanencia en condiciones legítimas, y no puede razonablemente fundar la constitución de la residencia habitual de la niña en esa ciudad". A ello le sumó dos puntos adicionales que inclinaron a considerar que la residencia habitual de la niña estaba en nuestro país: vivió la mayor parte de su vida aquí, donde su familia materna posee una propiedad en la que convivieron durante casi dos años los litigantes y el actor inició el trámite de radicación permanente en la República Argentina.

Conforme los argumentos brevemente desarrollados en este punto, y que serán objeto de análisis en los posteriores, la Corte revocó la sentencia apelada denegando el pedido de restitución.

La primera aclaración, retomando lo ya expresado en reiteradas oportunidades, se centró en la inexistencia de incompatibilidad o contradicción entre el CH1980 y la Convención sobre los Derechos del Niño, en razón de que ambas propenden a la protección del interés superior del niño. Sumado a ello, y en cumplimiento de la celeridad exigida por el Convenio de La Haya, acuden al Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios aprobado por la

Comisión de Acceso a Justicia en el año 2017 ante la inexistencia de una ley específica que regule este tipo de procesos a nivel nacional.

Para determinar la existencia de una retención ilícita destacan que resulta necesario, inicialmente, precisar el alcance del concepto de residencia habitual pues constituye el punto de conexión con la normativa aplicable a los efectos de evaluar el derecho de custodia y así concluir si puede calificarse de ilícito el traslado o la retención por infringir tal derecho. También es el elemento que establecerá la jurisdicción ante la cual deberán, en definitiva, debatirse las cuestiones de fondo que se encuentran excluidas de tratamiento en este tipo de procesos.

Citando jurisprudencia, los magistrados entienden que la simple residencia no es suficiente para constituir una residencia habitual por las consecuencias que ello irradia. La circunstancia de que de los tres meses y medio que duró el viaje a Europa la niña permaneció con sus progenitores tan solo un mes y algunos días en la ciudad de Burdeos junto a que contaba con tan solo cinco meses de edad cuando viajó a ese continente, resultó insuficiente para atribuirle la estabilidad y permanencia requeridas para considerar a dicho Estado extranjero como el centro de gravedad de su vida.

La falta de una clara intención compartida de trasladar la residencia, lo cual debe demostrarse cabalmente, no permite en la inteligencia de la Corte considerar que existió un consenso de los progenitores acerca del lugar en que residiría la familia. De esta manera, concluyen que "ni las manifestaciones de los progenitores, ni las declaraciones testificales, como tampoco la documentación acompañada, permiten considerar fehaciente e indubitablemente acreditado que hubiese existido una clara decisión consensuada de abandonar la residencia que la familia tenía hasta entonces y adquirir una nueva en el país extranjero, para que fuese allí donde la niña desarrollase con habitualidad su vida".

Para arribar a dicha decisión, tomaron especial consideración de varios puntos, a saber:

- Una valoración armónica y circunstanciada impiden otorgar certeza a las manifestaciones del actor en cuanto a la existencia de una intención común.

- Las conductas y expresiones de las partes solo dejan traslucir la visión propia de cada uno de ellos respecto de un mismo hecho, advierten sobre cierta ambigüedad en la intención que habrían tenido al encarar el viaje realizado a Europa.

- La familia viajó a Europa con dos valijas de 20 kg, sin que se haya invocado y acreditado el traslado de mayores pertenencias.

- En junio de 2018 el actor comenzó el trámite de radicación en la categoría "permanente" en la Argentina.

Frente a este panorama y a la luz de la interpretación del concepto de residencia habitual referido, la ausencia de una permanencia prolongada en la ciudad de Burdeos, así como la falta de acreditación de una voluntad precisa, concluyente y compartida por ambos progenitores de trasladar el hogar familiar a Francia, condujeron a los jueces de la Corte Suprema a descartar a dicha ciudad como lugar de residencia habitual y, por ende, a rechazar la solicitud de restitución.

VI. Análisis del caso. Cuestiones concernidas en la sentencia de la Corte Suprema

VI.1. Los requisitos de procedencia: la delimitación del lugar de residencia habitual del niño, niña o adolescente

Un pedido de restitución internacional procede siempre que 1) exista un derecho de custodia atribuido de conformidad con la ley de residencia del menor; 2) ese derecho de custodia haya sido ejercido de manera efectiva al momento del traslado o la retención del menor; 3) el menor tenga la residencia habitual en el Estado requirente de la restitución; 4) el traslado o retención sean ilícitos por violar un derecho de custodia atribuido según la ley de residencia del menor.

De tales condiciones, se deduce con facilidad que el concepto de residencia habitual, así como su determinación en el caso concreto son piezas clave.

VI.1.a. El concepto de residencia habitual en el derecho internacional privado

A mediados del siglo pasado y hasta nuestros días, se advierte "el intento de superación de las relaciones de contraposición entre nacionalidad y domicilio mediante una conexión integradora de los países partidarios de ambas: se trata de la residencia habitual que ha sido la preferentemente acogida en su ingente obra codificadora por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado... así como por diversos legisladores estatales en las nuevas normas de Derecho internacional privado promulgadas en los últimos años" **(3)**.

La doctrina ha indicado que esta noción "se asimila al domicilio de hecho y, por ende, sitúa a la persona en su medio real (elemento objetivo), evitando las estrías normativas provocadas por la calificación del domicilio. Al mismo tiempo, recoge el ánimo de la persona de vivir donde se encuentra (elemento subjetivo). La residencia habitual es, por otro lado, más afín a los constantes desplazamientos propios de nuestro tiempo, que no necesariamente son acompañados por una mutación normativa efectuada por el sujeto que se desplaza" **(4)**.

Las Convenciones de la Conferencia de La Haya y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) han recurrido, en forma cada vez más creciente, a esta conexión en materias específicas.

En efecto, la primera que opta por la residencia habitual es la Convención que regula la adopción de medidas encaminadas a proteger la persona y bienes del menor (Convenio de 5 de octubre de 1961) en virtud de la cual se sustituye la solución básica del citado texto de 1902 que consistía en someter la tutela a la ley nacional del menor.

Otras convenciones que utilizan la residencia habitual como conexión determinante para definir la ley aplicable son el Convenio de 2 de octubre de 1973 que consagra como conexión principal la residencia habitual del acreedor alimentario (art. 4°); y como subsidiaria de primer grado la nacionalidad de este (art. 5°). La residencia habitual del acreedor de alimentos es también la regla general para señalar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias establecida por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007. Esta conexión también es adoptada en los Convenios sobre sustracción internacional de menores (Convenio de La Haya de 1980); en las cuestiones de responsabilidad parental y de medidas de protección de menores (Convenio de La Haya de 1996) y en materia de adopción internacional (Convenio de La Haya de 1993).

En el foro de codificación interamericano, la residencia habitual es el criterio rector en la Convención interamericana sobre adopción internacional (CIDIP III, La Paz, 1984), la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV, Montevideo, 1989), la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV, Montevideo, 1989), la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V, México, 1994).

VI.1.b. Calificaciones sobre residencia habitual de la persona humana en el derecho argentino

El art. 2613 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece dos calificaciones autárquicas claves para el Sistema de Derecho Internacional Privado argentino, como son las definiciones de "domicilio" y "residencia habitual" de la persona humana. La disposición establece que a los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene: a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él; b) su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.

Asimismo, la norma aclara que la persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está

(3) RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado", en Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2010), vol. 2, Nº 1, ps. 186-202. Disponible en: www.uc3m.es/cdt, p. 188.

(4) MENICOCCI, Alejandro, "El estatuto de la persona humana: del domicilio y la nacionalidad a la autonomía conflictual y material", en Anuario Argentino de Derecho Internacional Nº XXI, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 2012, ps. 53-54.

su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia.

Es interesante la apreciación que realiza Menicocci en tanto por "a los fines del derecho internacional privado" ha de entenderse la determinación de la jurisdicción internacional en las acciones personales y el derecho aplicable a las materias sometidas a la ley domiciliaria. La aclaración es útil para evitar las definiciones de los arts. 73 a 78 del Cód. Civ. y Com. **(5)**.

En igual inteligencia, Marcelo Iñiguez expresa: "las disposiciones de derecho internacional privado son autónomas con respecto a la calificación nacional de domicilio, porque no distingue categorías de domicilio, salvo que haya sido acordado en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Para el ámbito internacional solo se tiene en cuenta el domicilio a secas y en subsidio la residencia habitual o simple residencia, pero no concurren clasificaciones de domicilio. La redacción de la norma refleja una calificación autónoma de domicilio y residencia habitual, que evita al intérprete la necesidad jurídica de definir la calidad del domicilio o residencia. Esa finalidad es comprensible desde la perspectiva internacional, ya que lo relevante es donde reside la persona humana con la intención de establecerse (domicilio) y el lugar donde vive y establece vínculos durables por tiempo prolongado (residencia). En el primer caso, la intención de establecerse exige una registración documental, una residencia registrada con el propósito de acreditar la intención y; en el segundo, es una cuestión fáctica que se demuestra por cualquier medio probatorio" **(6)**.

Como se puede advertir el concepto de domicilio comprende un elemento objetivo y otro subjetivo consistente en la voluntad, la intención de permanecer en ese Estado. En cambio, la residencia habitual es una noción más objetiva y de índole fáctica.

La residencia habitual se ha venido imponiendo en los últimos años, tal como hemos explicado. Prestigiosa doctrina ha sostenido que "si el domicilio traduce el concepto jurídico del asentamiento, la residencia habitual pretende despojar al arraigo de toda consideración legal y de psicología individual. Mientras el primero se ha ido confirmando como el instrumento mediante el que el sistema otorga transcendencia jurídica a una conducta por la que el sujeto manifiesta su intención de vincularse a un determinado medio socio-jurídico, la residencia, en cambio, se limita a atender a los hechos reales, es decir, al *domus colere efectivo*, sin fijarse en el *animus manendi* ni tratar de deducirlo a través de ficciones o presunciones legales" **(7)**.

En suma, la residencia habitual debe ser entendida como una cuestión de hecho, de carácter sociológico, diferente a la noción de domicilio, de carácter normativo.

Ahora bien, el art. 2614, Cód. Civ. y Com. define el domicilio de las personas menores de edad. Señala que este se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual.

El art. 2614, Cód. Civ. y Com., en el segundo párrafo se ocupa de aclarar una cuestión central en materia de restitución internacional de menores, cual es que los niños no adquieren un nuevo domicilio en el lugar donde se encuentran ilícitamente retenidos por uno de sus padres en violación de los derechos de custodia del otro progenitor.

Por su parte, el art. 3° de la ley 26.061 dispone que se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías

(5) MENICOCCI, Alejandro Aldo, "Codificación de Derecho Internacional Privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Relato presentado al XXVIº Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán, 2014, ps. 36-37.

(6) IÑIGUEZ, Marcelo D., "Persona humana" (art. 2613 - 2620), en HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Libro Quinto y Libro Sexto, tomo VI), Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 344.

(7) ESPINAR VICENTE, José María, "La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español", Madrid, Civitas, 1994, ps. 24-25.

reconocidos en esa norma. A partir de esa determinación en torno al principio del art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño se dispone en aquella norma que debe respetarse respecto al niño "(...) 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".

A su turno, el art. 3º, dec. 415/2006, reglamentario de la ley 26.061, ha establecido: "El concepto de centro de vida a que se refiere el inc. f) del art. 3º, se interpretará de manera armoniosa con la definición de `residencia habitual' de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución de personas menores de edad".

Veamos a continuación, los parámetros que permiten configurar la residencia habitual precisamente en los casos de restitución internacional de niños.

VI.1.c. La "residencia habitual" en los casos de restitución internacional de niños. Interpretaciones jurisprudenciales

Ni el Convenio de La Haya de 1980 ni la CIDIP IV califican el concepto de residencia habitual, pese a que informa a ambos convenios. Tal como anticipamos, se debe entender como una cuestión de hecho, de carácter sociológico, diferente a la noción de domicilio, de carácter normativo, que en la aplicación de estas convenciones carece de relevancia, como tampoco la tiene la nacionalidad de los progenitores o la del menor.

Los expertos de los países que intervinieron en la elaboración del Convenio de La Haya eligieron la residencia habitual del menor para atribuir la competencia, en razón de ser este un concepto que tiende a una mayor seguridad en lo que atañe a la restitución, ya que se supone que son los jueces de los lugares en donde el menor desarrollaba su vida los que se encuentran en mejores condiciones para resolver la cuestión de fondo.

Por su parte, en la Reunión de Autoridades Centrales de 1993 se estableció que la residencia habitual a que se hace referencia en el Convenio es la del menor, independientemente de la voluntad de los padres de vivir en ese lugar.

Si bien para algunos autores la residencia habitual es un concepto que por su claridad no es necesario calificar; en la aplicación práctica de las convenciones se plantea la cuestión de las calificaciones: deberá determinarse qué ley definirá este punto de conexión. En los casos de un procedimiento de restitución internacional de menores corresponderá la calificación de tal concepto por la *lex fori*. En el derecho argentino de fuente convencional nos encontramos con el art. 4º del Convenio argentino-uruguayo sobre la Protección Internacional de Menores de 1981 que califica la residencia habitual como el lugar donde el menor tiene su centro de vida, poniendo la atención en el menor y no en el domicilio de sus representantes legales, criterio este último que sustentan, en cambio, los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940.

Tal como señala Najurieta, "destacados autores sostienen que, ante la laguna en la Convención, el concepto de residencia habitual debería definirse de la manera que mejor responda a la justicia del caso". Sin embargo, en opinión de la autora, "estas interpretaciones desvirtúan la noción de ´residencia habitual´, que tiene un contenido autónomo uniforme en el contexto de los convenios relativos a niños y niñas elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya" **(8)**.

La Corte Suprema, en el célebre caso "Daniela", sostiene que la expresión residencia habitual utilizada por la Convención de La Haya "se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores", tal como lo define el Convenio argentino-uruguayo. En virtud de ello, declara equivocada la interpretación de la apelante, que hace depender la residencia habitual del menor del domicilio de sus padres. Por el contrario, en

(8) NAJURIETA, María Susana, "El interés superior del niño a ser rápidamente restituido a su residencia habitual. Un nuevo aporte jurisprudencial en aplicación de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980", en La Ley, cita online: AR/DOC/7498/2012.

el caso no se discutió que la menor vivió en Canadá desde su nacimiento hasta el traslado a la Argentina, durante cuatro años, con lo cual se cumplía el requisito de habitualidad. Que la estadía del matrimonio en Canadá no haya sido definitiva o que las autoridades de tal país solo hubieran autorizado su permanencia por un tiempo limitado hacen a la configuración, o no, del domicilio, pero en nada afectan a la de la residencia habitual; por ende, tales extremos son irrelevantes a los fines de la restitución internacional de menores **(9)**.

En "C. P., M. V. c. S., G. s/ autorización", la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en febrero de 2016 interpretó estas disposiciones en un caso donde M. V. C. P., por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad V. y M. S. C., contra el padre de ambos niños G. S., solicitó la autorización judicial para viajar y residir con los niños en la Ciudad de Panamá, República de Panamá. En primera instancia, el juez otorgó la autorización y estableció un régimen de comunicación y un plan de vacaciones destinados a mantener el contacto paterno-filial.

El juez interpretó el significado de los conceptos "centro de vida" y "residencia habitual" y estimó que, dadas las características de trabajo de sus padres, los niños V. y M. S. C. no tienen centro de vida en lugar alguno en una conclusión que el recurrente (el padre) entiende se aparta de lo prescripto por la ley 26.061.

El estudio del significado del concepto "centro de vida" se realizó a partir de argumentos basados en una situación fáctica que, según se indica en la resolución, tiene componentes físicos, ambientales, psicológicos, emocionales, de calidad de vida y vinculares, entre otros, a cuya consideración se ha agregado el texto del art. 3° de la ley 26.061 para concluir que estos niños carecen de centro de vida.

La Cámara que revocó la sentencia de primera instancia sostuvo: "El 'centro de vida' es una noción definida normativamente que precisa la idea general de 'mejor interés del niño', en términos similares a los que adoptara la comunidad internacional en la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y que —a finales de 2005— mereció consagración legislativa en el art. 3°, inc. f) de la ley 26.061 que debe ser considerado como una pauta interpretativa respecto de la aplicación de ese principio... Este concepto técnico del centro de vida se construye a partir de una perspectiva retrospectiva que requiere considerar la historia de los niños en tanto sujetos de derecho (conf. art. 3°, inc. a de la ley 26.061). Los niños tienen vidas vinculadas y dependientes de los padres, lo cual no significa que el concepto 'centro de vida' se verifique exclusivamente a partir de consideraciones derivadas de las intenciones de sus progenitores. Lo que importa en la norma es la cuantificación del lapso en que los niños han residido en un lugar donde han desarrollado una parte importante de sus vidas".

El tribunal de alzada estimó que el a quo omitió atender al significado expresado por el decreto 415/2006 que al reglamentar el art. 3° de la ley 26.061, dispone que "el concepto de 'centro de vida' a que refiere el inciso f) del artículo 3º se interpretará de manera armónica con la definición de 'residencia habitual' de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad". Así como la ley 26.601 estipula cómo debe ser entendida la expresión técnica "centro de vida", de modo similar el decreto establece que el concepto de residencia habitual debe ser interpretado según pautas vinculadas a un sector específico del derecho cual es el de los mencionados tratados internacionales en el ámbito de la sustracción de los menores.

Y la Cámara agrega: "Además del texto de esta Convención —aprobada por la ley 23.857— ha de considerarse lo dispuesto ahora por el Título IV del Libro Sexto del Código Civil y Comercial de la Nación 'Disposiciones de derecho internacional privado', que distingue en su Parte Especial en el art. 2613 del CCCN entre el domicilio y la residencia habitual y también lo previsto por el art. 2614 que prescribe que en el caso de ejercicio plural de la responsabilidad parental y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las

(9) "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela", CS, 14 de junio de 1995, 318:1313.

personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual. El concepto de domicilio en ambas normas se vincula al elemento subjetivo e intencional y en el segundo al lugar donde se vive y se establecen vínculos durables por un tiempo prolongado, definición que alude a una noción más objetiva, sociológica y de índole fáctica despojada, en lo posible, de una consideración psicológica y de razonamientos basados en ficciones o presunciones legales (Scotti, Luciana en Bueres, Alberto J., 'Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado', Buenos Aires, Hammurabi, 2015, t. 2, p. 678 y lo dicho recientemente en un caso de competencia por este tribunal en la c. 82.736/2010/1/CA1 del 23 de diciembre de 2015 con cita de CS, Fallos 323:2021; 324:908; 324:2487; 325:339; 332:238, y Mizrahi, Mauricio Luis, 'El niño y las cuestiones de competencia', LA LEY, 2012-E, 1183)".

El examen de las pruebas producidas y el relato de las historias de vida efectuado en la sentencia permite advertir —en el limitado marco necesario para verificar si se configura esta pauta interpretativa— que V. nació el 23/2/11 y M. el 30/10/12 y que viven en la República Argentina desde septiembre de 2013 donde, según se admite en la sentencia, concurren al jardín de infantes —el segundo de ellos desde el 7 de mayo de 2014 cuando contaba con 17 meses de edad— y desarrollan actividades de recreación extracurriculares con una sana y nutriente interacción con ambos padres. No se han realizado denuncias respecto a su ubicación en nuestro país de modo que la residencia es legítima y —desde un punto de vista estrictamente cuantitativo— se ha desarrollado en la ciudad de Buenos Aires durante gran parte de las existencias de V. y M. S. C.

Para rechazar el pedido de autorización, la Cámara consideró que "el concepto jurídico de la residencia habitual de los menores no constituye una noción pétrea o inmodificable, pero no implica considerar que las mejores posibilidades de desarrollo profesional de la madre justifiquen, de por sí, desarraigar a los niños de su centro de vida ... Sobre este aspecto de la cuestión se han evidenciado los problemas que podrían sufrir V. y M. con el cese de la relación íntima y personalizada que tienen con su padre de producirse el traslado a Panamá que la actora ha explicado como conveniente fundamentalmente con sustento en sus motivaciones de desarrollo profesional en el caso de unos niños que han llevado hasta la actualidad una existencia óptima en nuestro país teniendo en cuenta el estado de conflicto de sus progenitores... El rechazo del pedido de autorización se adopta por este Tribunal al entenderse que resulta conveniente que los menores permanezcan en el estado en que se encuentran en la República Argentina para favorecer su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts. 17, 23, 27 y 32.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño), donde se ha conformado su centro de vida y por ser esta la decisión que mejor contempla el interés superior del niño frente a una decisión, como el cambio de radicación, que no se ha demostrado como necesariamente conveniente para mejorar la situación en que se encuentran V. y M.".

Sin embargo, la jurisprudencia comparada no es uniforme. En efecto, la interpretación del concepto central de residencia habitual ha demostrado ser cada vez más problemática con interpretaciones divergentes que surgen de distintas jurisdicciones. No hay uniformidad respecto de si al momento de determinar la residencia habitual el énfasis debe recaer sobre el niño exclusivamente, prestando atención a las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor, o si debe estar primordialmente en las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor.

Cualquier valoración de la interpretación de residencia habitual se torna aún más complicada por el hecho de que los casos que se concentran en el concepto pueden involucrar situaciones fácticas muy diversas.

Por ejemplo, se ha resuelto que cuando existan pruebas claras de la intención de emprender una nueva vida en otro Estado, la residencia habitual existente se perderá y se adquirirá una nueva dentro de un período de tiempo breve **(10)**.

(10) Ver, entre otros, DeHaan v. Gracia [2004] AJ No. 94 (QL) [Canadá - 2004] ABQD 4, [Cita INCADAT: HC/E/CA 576]; Re J. (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990 - Reino Unido] 2 AC 562 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 2];

Por su parte, cuando una mudanza carece de término de finalización o podría carecer de término de finalización, la residencia habitual al momento de la mudanza puede perderse, y una nueva, adquirirse con relativa celeridad **(11)**.

Asimismo, cuando una mudanza tiene un término de finalización, aunque sea por un período de tiempo extenso, ciertos Estados Contratantes del Convenio de La Haya han aceptado que la residencia habitual existente puede conservarse a lo largo de aquella **(12)**.

A los fines del caso que nos ocupa en esta ocasión, es de interés repasar el caso de la jurisprudencia estadounidense "Delvoye v. Lee" de la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito que dio origen al "Delvoye *standard*" **(13)**.

De acuerdo con la doctrina de este fallo, en aquellos casos de recién nacidos menores de seis meses, el elemento esencial a los fines de establecer la residencia habitual del niño es la voluntad recíproca de ambos progenitores de fijar domicilio en la que resultare la residencia habitual del niño. El *Delvoye Standard* ni siquiera requiere que el recién nacido haya estado presente de manera física en dicho Estado en el momento anterior a la sustracción o retención indebida.

En los casos de niños mayores de seis meses y hasta los cuatro años de edad, el tribunal debe tomar cuenta tres circunstancias: i) los Estados en los que se encontró físicamente presente el niño antes de la sustracción o la retención; ii) la duración de dichas estadías, y iii) la voluntad recíproca de los padres de establecerse en la que fuere la alegada residencia habitual del menor.

A su turno, cuando los niños fueren mayores de cuatro años, la aplicación de *Delvoye Standard* importa considerar cuatro circunstancias, a saber: i) los Estados en los que permaneció el menor antes de la sustracción o retención; ii) la duración en el tiempo de dichas estadías; iii) los deseos del niño de permanecer en dichos luga-

---

Re F. (A Minor) (Child Abduction) [1992 - Reino Unido] 1 FLR 548 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 40].

(11) Ver, entre otros, Al Habtoor v. Fotheringham [2001 - Reino Unido] EWCA Civ 186 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 875]; Callaghan v. Thomas [2001 - Nueva Zelanda] NZFLR 1105 [Cita INCADAT: HC/E/NZ 413]; Cameron v. Cameron 1996 SC 17, 1996 SLT 306, 1996 SCLR 25 - Reino Unido [Cita INCADAT: HC/E/UKs 71]; Moran v. Moran 1997 - Reino Unido, SLT 541 [Cita INCADAT: HC/E/UKs 74]; Karkkainen v. Kovalchuk, 445 F.3d 280 (3rd Cir. 2006 - Estados Unidos de América) [Cita INCADAT: HC/E/USf 879].

(12) Ver, entre otros, Ø.L.K., 5. Abril 2002, Dinamarca, B-409-02 [Cita INCADAT: HC/E/DK 520]; Re H. (Abduction: Habitual Residence: Consent) [2000] 2 FLR 294 [2000 - Reino Unido] 3 FCR 412 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 478]; Morris v. Morris, 55 F. Supp. 2d 1156 (D. Colo., Aug. 30, 1999 - Estados Unidos de América) [Cita INCADAT: HC/E/USf 306]; Mozes v. Mozes, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001 - Estados Unidos de América) [Cita INCADAT: HC/E/USf 301]. No obstante, cuando una mudanza había de extenderse por dos años, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Tercer Circuito concluyó que se producía un cambio de residencia habitual poco después de la mudanza, ver: Whiting v. Krassner, 391 F.3d 540 (3rd Cir. 2004) [Cita INCADAT: HC/E/US 778]. Por otro lado, en un fallo inglés de primera instancia se sostuvo que un menor había adquirido residencia habitual en Alemania luego de cinco meses, si bien la familia se había mudado allí solo por un traslado temporal de seis meses, ver: Re R. (Abduction: Habitual Residence) [2003] EWHC 1968 [Cita INCADAT: HC/E/UKe 580].

(13) "Delvoye v. Lee", 329 F.3d 330,332 (3d Cir.2003). En noviembre del año 2000, la Srta. Lee, embarazada, se trasladó desde los Estados Unidos a Bélgica junto con el Sr. Delvoye. Su estadía en Europa era temporaria. Allí vivieron juntos. El 14/05/2001 nació S. en Bélgica. Setenta días después, el 23/07/2001, la Srta. Lee regresó a los Estados Unidos junto con S. Ante la solicitud de restitución, el tribunal norteamericano resolvió que S. era un recién nacido; que ambos progenitores tenían la intención de establecer la residencia habitual del niño en EE. UU. Los jueces de primera instancia entendieron que se encontraban acreditadas las siguientes circunstancias de hecho que no fueron revisadas por el superior: (i) Lee se había trasladado a Bélgica en razón de que los costos médicos resultaban más bajos que en EE.UU.; (ii) ambos progenitores estaban de acuerdo en que la madre y el niño solo permanecerían en Bélgica por muy poco tiempo; (iii) Bélgica le había otorgado una visa de turista por un período de tres meses sin que ella intentara renovarla; (iv) Lee había dejado sus pertenencias en EE.UU. y, llamativamente, allí había dejado su guardarropa con la ropa para el posparto; (v) todo el tiempo que Lee permaneció en Bélgica no acomodó su ropa y la mantuvo en su valija. Basándose en estos hechos, la corte del Tercer Circuito resolvió que la residencia habitual de S. no se encontraba en Bélgica. Dado que un recién nacido no tiene la edad suficiente como para ambientarse, la residencia habitual del niño depende exclusivamente de la voluntad común de la pareja parental. La decisión unilateral de uno de ellos no goza de entidad suficiente como para modificar su residencia habitual. Una interpretación en sentido contrario incentivaría la sustracción de menores.

res, y iv) los actos que el niño realizara previo a su sustracción y/o retención y que exhiben su intención de permanecer en dicho lugar **(14)**.

En el caso argentino bajo análisis, la Corte Suprema en efecto, no pudo indagar sobre la permanencia estable en un Estado u otro, ni en los deseos de la propia niña, dada su corta edad. Ante ello, tuvo que averiguar si existía la voluntad común de ambos progenitores en establecer la residencia habitual de su hija. Al respecto, manifiesta: "Ni las manifestaciones de los progenitores, ni las declaraciones testificales, como tampoco la documentación acompañada, permiten considerar fehaciente e indubitablemente acreditado que hubiese existido una clara decisión consensuada de abandonar la residencia que la familia tenía hasta entonces y adquirir una nueva en el país extranjero, para que fuese allí donde la niña desarrollase con habitualidad su vida. (...) Por el contrario, los elementos fácticos y probatorios obrantes en la causa y, en especial, las conductas y expresiones de las partes que solo dejan traslucir la visión propia de cada uno de ellos respecto de un mismo hecho, advierten sobre cierta ambigüedad en la intención que habrían tenido al encarar el viaje realizado a Europa, lo que resta entidad a la posible configuración de una firme decisión compartida de mudar la residencia vigente".

En suma, la clave de la decisión de nuestra Corte Suprema reside en la ausencia de configuración de la residencia habitual en el extranjero, en este caso, Francia. Sin embargo, en las instancias inferiores, así como en defensa de la demandada, se invocaron otros argumentos que analizaremos a continuación.

VI.2. La excepción de "grave riesgo". Interés superior del niño y perspectiva de género: un delicado equilibrio

VI.2.a. Principio y excepciones en materia de restitución internacional de niños

Como es sabido, los convenios sobre restitución internacional de niños se basan en la presunción fundamental de que el traslado o retención ilícitos del menor son generalmente perjudiciales para su bienestar y, en consecuencia, en la mayoría de los casos, se atenderá al interés superior del menor si se decide su retorno al Estado de su residencia habitual, donde deberían resolverse las cuestiones atinentes al cuidado personal y régimen de comunicación.

En tal sentido, el art. 12 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CLH 1980) prevé la obligación de garantizar la restitución inmediata del menor. Establece que la autoridad competente del Estado al que el menor ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido ilícitamente tiene la obligación de ordenar la restitución inmediata del menor si, a la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad competente requerida, ha transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o la retención ilícitos. Incluso, la autoridad competente tiene la obligación de ordenar la restitución, aun en el caso de que se hubiere iniciado el procedimiento después de un año, salvo que se demuestre que el menor se ha integrado a su nuevo entorno.

Asimismo, el art. 11 exige que las autoridades judiciales y administrativas actúen con urgencia en la restitución del niño. Dispone que, si no se ha dictado una decisión luego de seis semanas desde el inicio del procedimiento, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido tiene derecho a solicitar una declaración sobre las razones de la demora.

Disposiciones muy similares encontramos en la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, celebrada en Montevideo, en 1989 (CIDIP IV).

Ahora bien, ambos convenios reconocen excepciones que atienden a circunstancias que desvirtúan la presunción según la cual el interés superior del menor se garantiza con la inmediata restitución al país donde tenía su centro de vida.

En lo que concierne a tales excepciones, el Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1980 indica que "deben ser aplicadas como tales", es decir "de forma restrictiva si se quiere evitar que el Convenio se convierta en papel mojado".

(14) SCHERMAN, Ida A. "La residencia habitual del niño: evolución de criterios judiciales", en La Ley, cita online: AR/DOC/7209/2012.

Agrega que "una invocación sistemática de las (...) excepciones, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, hará que se derrumbe todo el edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado" **(15)**.

Dentro de las excepciones taxativamente previstas, nos interesa detenernos en la contenida en el art. 13, primera parte, inciso b del Convenio de La Haya (art. 13(1) (b)); en el art. 11, primera parte, inciso b de la CIDIP IV (art. 11 (1) (b)) y en el art. 7° del Convenio argentino-uruguayo, según la cual el menor no será restituido si se comprueba que ello le provocará un grave riesgo físico o psíquico o lo exponga a una situación intolerable.

VI.2.b. Alcances de la excepción de grave riesgo

Esta es la excepción más invocada por quien ha sustraído al niño y no desea su retorno. En múltiples oportunidades se invoca violencia familiar, abusos sexuales, antecedentes penales del progenitor, entre otras circunstancias. En cualquier caso, estas alegaciones deben ser probadas acabadamente.

Tal como lo expresa Graiewski, "el supuesto contemplado en el inciso b) del art. 13 de la Convención se trata de un tema muy sensible, puesto que en cada vez más oportunidades los padres sustractores alegan esta causal para oponerse a las restituciones, y se refieren al padre que solicita el reintegro como posible fuente del daño. Concretamente, denuncian al padre postergado de ser violento en un plano físico, psíquico y hasta sexual, y alegan que —en consecuencia- reintegrar a los menores los pondría a merced de una esta persona que podría generarles un daño. En muchos casos, manifiestan que este fue el motivo que los llevó a trasladar a sus hijos, como una manera de protegerlos del otro progenitor (...) Esto pone a los jueces a quienes se requiere la restitución, en una situación muy delicada a la hora de decidir si reintegran a los menores, y aquí es donde se plantean las desinteligencias a la hora de interpretar el artículo 13 b)" **(16)**.

Lamentablemente, algunas prácticas en la aplicación del art. 13(1) (b) pueden causar demoras indebidas en la resolución del caso, lo cual es contrario a la obligación que establece el Convenio de utilizar procedimientos de urgencia.

Precisamente, a los fines de facilitar la interpretación de sus acotados alcances, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha aprobado en diciembre de 2019 la Guía de Buenas Prácticas vinculadas con el art. 13 (1) (b) **(17)**.

Esta Guía, típico instrumento de *soft law*, distingue los diferentes casos:

i) Alegaciones de violencia doméstica/familiar o maltrato infantil, y de que el menor quedaría expuesto a un riesgo grave tras la restitución: el padre sustractor u otra persona u organismo que se opone a la restitución alega la existencia de un riesgo grave de daño físico o psicológico, o de ser colocado en una situación intolerable, que pesaría sobre el menor en caso de ser restituido, dado por comportamientos violentos o inapropiados contra el menor, o por estar expuesto a violencia doméstica entre los padres o la posibilidad de que el padre sustractor sea dañado por el padre privado del menor tras el retorno. Tal como advierte la Guía, en general la orden de restitución del menor no necesariamente supone el retorno del menor al padre privado del menor, ni el retorno a la vivienda de este, sino que se trata de la restitución del menor al Estado de residencia habitual, lo cual podría suponer regresar a una ciudad distinta de la del lugar de residencia del padre privado del menor.

(15) PÉREZ VERA, Elisa, "Informe explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", Publicaciones de la HCCH, 1982, p. 8. Disponible en: https://assets.hcch.net/upload/expl28s.pdf .

(16) GRAIEWSKI, Mónica, "Restitución internacional de menores. Excepciones de la Convención de La Haya de 1980, en Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado. Año II, Nº 2, 2014, ps. 123-124. Disponible en: http://www.uces.edu.ar/journalsopenaccess/index.php/ratioiurisB/article/view/163/178

(17) Disponible en: https://www.hcch.net/fr/publications-and-studies/details4/?pid=6740

A su vez, es necesario distinguir el comportamiento violento o inapropiado contra el menor tras la restitución, por un lado, y el daño al padre sustractor a manos del padre privado del menor tras la restitución, por el otro.

En el primer caso, las alegaciones que se presentan pueden referirse a un riesgo de abuso sexual, al peligro de que el menor sea maltratado física o emocionalmente por el padre privado del menor, o que quede expuesto a comportamientos perjudiciales de este último tras la restitución.

En el segundo supuesto, la alegación del padre sustractor consiste en que ha sufrido violencia doméstica a manos del padre privado del menor, al punto de no poder regresar con el menor al Estado de residencia habitual por miedo a ser dañado nuevamente (física o mentalmente) por el padre privado del menor. El padre sustractor alega que, por este miedo o amenaza, no se sentiría a salvo o no sería capaz, física y/o psicológicamente, de sobrellevar el regreso al Estado de residencia habitual, lo que derivaría en el deterioro de su capacidad para cuidar al menor. Alega además que, de regresar con el menor, existiría un grave riesgo de que el menor fuera expuesto a daño físico o psíquico, o de que de alguna otra manera fuera sometido a una situación intolerable, dado que él/ella es el custodio principal del menor.

En el caso expuesto en primer término, siempre que puedan probarse las alegaciones, es más factible que corresponda el rechazo a la restitución, mientras que, en el segundo, la tendencia debería ser conceder, en general, la restitución, pero acompañada de medidas de protección que eviten los riesgos invocados.

ii) Alegaciones de que la restitución del menor crearía una situación en la que estaría expuesto a un riesgo grave: el padre sustractor u otra persona u organismo que se opone a la restitución alega la existencia de un riesgo grave de que la restitución exponga al menor a daño físico o psíquico, o que de otra manera ponga al menor en una situación intolerable, debido a ciertas circunstancias directamente relacionadas con la persona del menor. Dentro de los casos más comunes, encontramos: a. separación de su(s) hermano(s) tras la restitución; b. desventajas económicas extremas (p. ej., por el hecho de que el padre sustractor no sería capaz de proveer los medios económicos suficientes para mantener al menor) o educativas graves (p. ej., si no pudiera asistir a la escuela en el Estado de residencia habitual) para el menor tras la restitución; c. riesgos asociados con el Estado de residencia habitual en el plano político, económico o de seguridad; d. riesgos asociados con la salud del menor (por ej., por la falta de tratamientos o servicios apropiados en el Estado de residencia habitual).

iii) Alegación de que la incapacidad de regresar del padre sustractor expondría al menor a un riesgo grave: puede afirmarse que ordenar la restitución del menor sin el padre sustractor supondría un riesgo grave de que la separación exponga al menor a daño físico o psíquico, o que de alguna otra manera lo ponga en una situación intolerable, dado que el padre sustractor es el principal custodio del menor. En general, la jurisprudencia se ha mostrado reticente a denegar la restitución ante esta situación, salvo si todos los esfuerzos para conseguir la autorización para entrar al país han sido inútiles. Sin embargo, estos casos no son usuales, dado que la mayoría de las veces es posible obtener los permisos inmigratorios pertinentes por medio de la colaboración entre las *autoridades centrales*.

De todos modos, es necesario diferenciar varios supuestos: a. acción penal o de otra índole en el Estado de residencia habitual por el traslado o la retención ilícitos (el padre sustractor no puede regresar con el menor al Estado de residencia habitual porque, si regresara, enfrentaría una acción penal o un procedimiento por desacato al tribunal por el traslado o la retención ilícitos del menor); b. imposibilidad para ingresar o permanecer en el Estado de residencia habitual por cuestiones de inmigración (el padre sustractor no puede regresar con el menor al Estado de residencia habitual por no poder ingresar al Estado en razón del vencimiento de su visado o porque no tiene derecho a residir en el territorio de ese Estado); c. situación económica tras la restitución (el padre sustractor no puede o no quiere regresar con el menor al Estado de residencia habitual porque enfrentaría una situación económica difícil o insostenible); d. acceso a la justicia en el Estado de residencia habitual (el padre que sustrajo al menor no pue-

de o no quiere regresar con el menor al Estado de residencia habitual porque no tendría acceso efectivo a la justicia en ese Estado, por ejemplo, si no dispone de los medios para costear su representación legal), e. imposibilidad de regresar al Estado de residencia habitual por razones médicas o familiares (el padre sustractor no puede o no quiere regresar con el menor al Estado de residencia habitual por razones médicas o familiares).

En cualquier caso, siempre es importante tener en claro que el niño debe ser la consideración principal al aplicar el art. 13(1) (b) y no si la restitución pondría en riesgo exclusivamente la seguridad del progenitor sustractor.

VI.2.c. ¿Convenio de La Haya de 1980 vs. Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer?

El fallo de primera instancia, en consonancia con uno de los argumentos expuestos por la defensa de la demandada da cuenta de una potencial incompatibilidad entre el CLH 1980 y la CEDAW.

En tal sentido, se ha afirmado: "Ciertamente, el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la sustracción internacional de menores es un tratado clásico que posee jerarquía supra legal pero que no tiene jerarquía constitucional ni conforma parte del bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, puede ser objeto del control de convencionalidad cuando en su aplicación se oponga o tenga una interrelación negativa con respecto a disposiciones convencionales de mayor jerarquía" **(18)**.

En primer lugar, esta afirmación es capciosa, porque la confrontación en todo caso se podría configurar entre la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la CEDAW, ambas de jerarquía constitucional en nuestro país, ambas protectorias de sujetos especialmente vulnerables, cuyos derechos no tendrían que entrar en colisión **(19)**.

Recordemos que, desde el primer fallo de la Corte Suprema, nuestro máximo tribunal se ocupó de reconfirmar la compatibilidad entre el CLH 1980 y la CDN.

Por otro lado, también es ampliamente reconocido que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la *ultima ratio* del orden jurídico, pues constituye en sí mismo un acto de suma gravedad institucional. Mucho menos, entonces, se puede tomar a la ligera dicha declaración en relación con un tratado internacional, de jerarquía supralegal, y que a lo largo de sus cuarenta años ha permitido resguardar los derechos de muchísimos niños en todo el mundo.

Además, es el mismo CLH 1980, a través de sus propias disposiciones, que contempla supuestos en los que el "mal menor" es el no retorno del niño a su lugar de residencia habitual. Y es precisamente en el marco de las excepciones previstas que se pueden contemplar casos de violencia familiar.

No solo la excepción de grave riesgo, tal como lo expone la Guía de Buenas Prácticas de 2019, sino también la previsión del art. 20, LCH 1980 que reza: "La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales".

Asimismo, en casos en lo que los niños involucrados han alcanzado cierto grado de madurez, se torna trascendental la escucha del menor

(18) RAYA de VERA, Eloísa B., "Cambio de paradigma: juzgar con perspectiva de género en materia de restitución internacional de menores -Comentario a fallo "V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niño", en Suplemento de Derecho Internacional Privado, 30/10/2020, elDial.com.

(19) Coincidimos en que: "no se trata de la incorporación de la perspectiva de género para resolver automáticamente a favor de las mujeres o para originar potenciales conflictos entre esta mirada y aquellos sujetos especialmente protegidos por el ordenamiento (NNA o personas con capacidad restringida, por caso). Se han visibilizado aquellas desigualdades que persisten, naturalizadas bajo el reconocimiento formal de derechos, pero que no son modificadas para generar las condiciones de igualdad material que garantice el ejercicio efectivo y real de ellos". Cfr. LLOVERAS, Nora, BRUNEL, Tamara F. y SCOCOZZA, Romina D. "El ejercicio de la responsabilidad parental: un análisis desde la perspectiva de género", en RDF 87, 09/11/2018, 187; AR/DOC/3433/2018.

que seguramente va a evidenciar la existencia de situaciones de violencia.

Tal como afirma Najurieta, "la escucha del niño obliga a la autoridad pública a tomar con seriedad sus manifestaciones y a ponderarlas a la luz del art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, en forma circunstanciada al objeto de la decisión —una demanda de restitución y no la resolución de la custodia, como derecho de fondo—, y con plena conciencia de que el derecho del niño comprende también el derecho a ser informado de las razones por las cuales se ha soslayado su opinión en la toma de la decisión" **(20)**.

En todo caso, debemos recordar que, en principio, en un caso de restitución internacional, el juez no está habilitado a ingresar en un examen de fondo de la situación del niño y su familia. Además, debe resolver en un trámite de carácter urgente, con plazos que deberían ser muy abreviados. Ello no significa que, bajo ciertas circunstancias, el magistrado competente no deba abrir un periodo de prueba que permita indagar si realmente existe un supuesto de violencia doméstica/familiar o incluso violencia de género **(21)** que pudiera configurar la excepción de grave riesgo y una vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el periodo de prueba fue de tan solo 10 días. ¿En menos de dos semanas, es realmente posible probar que existe violencia de género psicológica? Queda resonando ese interrogante.

Por último, cabe recordar, en sintonía con la Guía de Buenas Prácticas de 2019 que, en muchos casos, se puede ordenar la restitución, cuando corresponde su procedencia (lo que no sucede en el fallo analizado), condicionada a la adopción de medidas de protección para el retorno seguro del niño.

Precisamente, las medidas de protección se consideran con mayor frecuencia en situaciones en las que el riesgo grave declarado implica abuso infantil o violencia doméstica, pero no exclusivamente. Cubren una amplia gama de servicios, asistencia y apoyo existentes, incluido el acceso a servicios legales, asistencia financiera, asistencia de vivienda, servicios de salud, refugios y otras formas de asistencia o apoyo a víctimas de violencia doméstica, así como respuestas de la policía y la justicia penal sistema.

Las medidas de protección pueden estar disponibles y ser fácilmente accesibles en el Estado de residencia habitual del niño o, en algunos casos, pueden ser necesarias antes de la restitución del niño **(22)**. En este último caso, las medidas de protección específicas solo deben establecerse cuando sea necesario de manera estricta y directa para abordar el grave riesgo. No deben imponerse como algo natural y deben tener una duración limitada que finalice cuando el Estado de residencia habitual del niño pueda determinar qué medidas de protección son apropiadas para el niño, si es que las hay. En ciertas circunstancias, si bien están disponibles y accesibles en el Estado de residencia habitual, las medidas de protección pueden no ser suficientes para abordar eficazmente el grave riesgo. Un ejemplo puede ser aquel en que el padre que solicita la restitución ha violado repetidamente las órdenes de protección.

Ya sea en forma de una orden judicial o de compromisos o acuerdos voluntarios, la eficacia de las medidas de protección dependerá de si y en qué condiciones se pueden hacer cumplir en el Estado de residencia habitual del niño. Una opción puede ser dar efecto legal a la medi-

(20) NAJURIETA, María Susana, "La escucha del niño y su importancia desde la óptica del acceso a la justicia en el marco de las convenciones internacionales relativas a la infancia, en RDF 84, 17/05/2018, 217.

(21) Sin pretender polemizar, es importante distinguir que no toda violencia familiar o intrafamiliar es violencia de género. En los casos de traslados o retenciones ilícitas es muy probable que estén en juego posturas irreconciliables, egoísmos, discusiones virulentas, que generen situaciones de violencia doméstica. La propia actitud del padre o madre sustractor/a es una vía de hecho que importa una conducta violenta, que se impone unilateralmente, despojando por las vías de hecho de los derechos del otro progenitor. Pero no necesariamente existe violencia de género, aunque muchas veces se la alega como una eficaz maniobra dilatoria.

(22) En el derecho argentino, el art. 2642 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prevé la cooperación de nuestros jueces ante pedidos de autoridades competentes extranjeras o de parte legitimada en miras a tomar medidas anticipadas protectorias ante el inminente ingreso al país de un niño, y eventualmente del adulto que lo acompaña, cuando corran algún tipo de riesgo o pudieran sufrir una amenaza en sus derechos.

da de protección mediante una orden espejo en el Estado de residencia habitual, si es posible y está disponible. Pero el tribunal en el Estado requerido no puede emitir órdenes que excedan su jurisdicción o que no estén obligados a mitigar un riesgo grave establecido. Cabe señalar que los acuerdos voluntarios no son fácilmente exigibles y, por lo tanto, pueden no ser efectivos en muchos casos. Por lo tanto, se deben usar con precaución, especialmente en casos donde el riesgo grave involucra violencia doméstica.

Con respecto a las medidas de protección, el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños puede facilitar el pronto regreso de los niños, cuando esté en vigor entre los Estados involucrados. Esta convención se suma a la eficacia de cualquiera de esas medidas al garantizar que sean reconocidas en todos los demás Estados parte y puedan declararse ejecutables a solicitud de cualquier parte interesada de acuerdo con el procedimiento previsto en la ley del Estado donde se busca la ejecución **(23)**.

En el caso que nos ocupa si la residencia habitual hubiera estado en Francia, ante las alegaciones de violencia invocadas por la progenitora, estas medidas de protección bien podrían haberse obtenido con la cooperación de las autoridades galas siendo que la República Francesa es un Estado profundamente comprometido tanto con la protección de los derechos del niño como con la perspectiva de género.

VI.3. La protección del derecho a la intimidad y el interés superior del niño

La protección que todo niño, niña y adolescente alcanza, como no puede ser de otra manera, al derecho a su intimidad. Este no es un punto menor, la protección de ese derecho es sumamente importante para su seguridad y el libre desarrollo de la personalidad.

La CDN es sin dudas uno de los pocos textos convencionales que trajo nuevos paradigmas afectando de manera transversal incontables institutos. En su art. 16 incorpora, dentro de la categoría de 'derechos fundamentales', a la protección de la intimidad indicando que no deben ser "objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación". En el segundo inciso expresamente se menciona que todo niño "tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

En nuestro país, el derecho a la privacidad e intimidad familiar de todo NNA está protegido y comprendido en el art. 10 de la ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. En dicho artículo se establece que "tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar". Sumado a ello, en el art. 22 se establece la expresa prohibición de "exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar". Esta labor está en manos de aquellos que deben procurar su cuidado por no poder ejercer su defensa por sí mismos, protegiendo su identidad no exponiéndolos a situaciones susceptibles de invadir su privacidad.

(23) El Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños contiene disposiciones que pueden ser de asistencia cuando una autoridad judicial o administrativa desea ordenar la restitución de un niño en virtud del Convenio de 1980, pero condicionada a que se fijen determinadas medidas urgentes y necesarias para garantizar la restitución segura del niño y garantizar la protección ininterrumpida del niño en el Estado contratante requirente (hasta tanto las autoridades en el Estado contratante puedan actuar a los fines de proteger al niño). En este sentido, el Convenio de 1996 contiene un fundamento específico de competencia que, cuando el caso sea de urgencia, le permite al Estado contratante requerido adoptar "medidas de protección necesarias" respecto del niño. El Convenio de 1996 agrega a la eficacia de cualquier otra medida de protección ordenada al garantizar que dichas órdenes sean reconocidas de pleno derecho en el Estado contratante al cual se debe restituir al niño y sean ejecutorias en ese Estado contratante a petición de cualquiera de las partes interesadas (hasta el momento en que las autoridades en el Estado contratante requirente puedan fijar las medidas de protección necesarias). Este Convenio ha sido aprobado por el Congreso de la Nación, pero está pendiente de ratificación por el Poder Ejecutivo.

En este caso, la propia madre expuso la historia que se encontraba atravesando mediante una publicación —que aun circula digitalmente— titulada: "Mi casa es aquí" **(24)**, replicado en otros sitios **(25)**, dando detalles y su versión de la historia de la cual no puede accederse incluso leyendo la sentencia. Diversos medios **(26)** se hicieron eco de esta situación publicando notas y entrevistas tanto con la madre como con su letrada.

Frente a esta situación, los magistrados de la Corte reivindicaron el derecho a la intimidad y expresaron en la sentencia un 'llamado de atención' diciendo: "...ante la existencia de notas periodísticas en diversos portales de internet que exponen hechos o circunstancias de la vida de la niña N. L. S. V. y de la disputa familiar que en autos se trata, a los efectos de evitar agravar el conflicto generado, corresponde *instarlos a que se abstengan de exponerla públicamente* —por cualquier medio— a fin de resguardar su derecho a la intimidad" (el resaltado nos pertenece).

Puede considerarse que simples manifestaciones publicadas en diversos medios junto a la especial publicación elaborada por la propia madre no cuentan con la entidad suficiente para generar daños o, al menos, exponer a los NNA. Sin embargo, no debe olvidarse el impacto que tiene la informática en el mundo actual. Internet implicó cambios que afectaron a todas las ramas del derecho, eliminó fronteras que antes eran imposibles de traspasar. Toda manifestación en algún medio con impacto en el mundo tecnológico debe tomar en consideración esta implicancia y posibles efectos que quizás hoy no afecten directamente, pero a futuro expongan a situaciones por las cuales no deban atravesar. La publicación de este tipo de información debe siempre ser controlada y limitada en resguardo y protección de la dignidad e intimidad que merecen los niños.

No hay persona que no sea susceptible de verse lesionada y expuesta a esta situación, pero los NNA por su grado de desarrollo, madurez y formación son sumamente más sensibles mereciendo de una especial protección adaptada a ellos. Desde Unicef manifiestan que "la mayoría de los niños, niñas y adolescentes (y gran parte de sus madres, padres y cuidadores) no están al tanto de los posibles riesgos que existen al compartir datos personales en Internet. Muchos tampoco saben que esos datos son de su propiedad y que tienen derecho a exigir que no se difundan, a rectificarlos o a no compartirlos con terceros. Más aún, muchas veces esos datos son utilizados en coberturas periodísticas de diversos temas que involucran a niños, niñas y adolescentes sin tener en cuenta el impacto que pueden provocar en sus vidas" **(27)**.

Como vimos, uno de los argumentos esbozados se centró en la existencia de actos de violencia por el progenitor, de existir esta situación preocupante es aún más relevante en este punto. Cuando los NNA sean víctimas de este tipo de acciones se debe evitar identificarlos a través de la publicación de sus nombres o datos de su entorno como familiares, en el caso, su madre. Incluso se debe obviar todo tipo de información que permita la divulgación pública de los casos judiciales que comprometen el interés de todo NNA. Bastaron tan solo unos minutos para llegar incluso a conocer el nombre real de la niña con el simple paso de utilizar el buscador de internet. No solo se ve lesionado el derecho a la intimidad, colateralmente se ven afectados el derecho a la propia imagen, el derecho a la protección de datos e incluso el derecho al honor.

La preocupación de la madre ante la situación que se encontraba viviendo es entendible, pero

(24) Ver https://www.elcohetealaluna.com/mi-casa-es-aqui/

(25) Ver https://infobaires24.com.ar/wp-content/uploads/2020/10/mi-casa-es-AQUI-3.pdf

(26) Ver https://www.pagina12.com.ar/272860-volver-al-pasado-como-forma-de-violencia; https://www.ellitoral.com.ar/corrientes/2020-6-26-1-0-0-polemica-restitucion-de-una-nina-argentina-con-conexion-a-francia; https://www.clarin.com/sociedad/2-anos-nacio-argentina-justicia-francia-dice-debe-vivir-alla-padre_0_lsn9iMac0.html; https://www.identidadcorrentina.com.ar/index.php/internacionales/33129-tiene-2-anos-y-nacio-en-argentina-pero-la-justicia-dice-que-debe-vivir-en-francia-con-su-padre

(27) Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Protección de datos. ¿De qué hablamos cuando hablamos de tratamiento responsable de datos personales de los NNyA?, Argentina, 2017, p. 8. Disponible en https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/COM-4_ProteccionDatos_Interior_WEB.pdf

el interés superior del niño debe ser preservado por encima de cualquier otro. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tiene dicho: "Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de estos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. *Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura"* **(28)** (el resaltado nos pertenece).

No es la primera vez que la Corte Suprema se encontró ante la necesidad de instar a las partes que analicen sus actos y así evitar la producción de daños. En "V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia" **(29)**, los jueces dijeron: "Que, en virtud de lo expresado y dado que la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema (Fallos: 328:2870), a los efectos de evitar agravar el conflicto generado y los perjuicios que este ocasiona a los menores, corresponde exhortar a los progenitores a que se abstengan de exponer públicamente hechos o circunstancias de las vidas de G.V. y E. L. V. a fin de resguardar el referido derecho a la intimidad de los niños, y a prestar colaboración en los términos de la sentencia apelada". En dicha oportunidad, fundo este pedido tanto en el artículo de la CDN mencionado junto a los arts. 14.1 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en términos amplios, en los arts. 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Similar situación se configuró en "D., H. A. c. L., E. M. s/ restitución internacional de menores" cuando el magistrado a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil Nº 4 ordenó a los progenitores, a fin de garantizar el derecho a la intimidad de los niños y en orden a su superior interés, a no exponerlo públicamente, o a la problemática de autos, en los medios de comunicación y/o redes sociales, tanto sea por sí o por terceras personas, bajo apercibimiento de aplicarles sanciones pecuniarias **(30)**.

Retomando el caso bajo análisis, la denegación de la orden de restitución no impidió que la Corte se vea una vez más en la obligación de indagar y, en alguna medida, juzgar la conducta de los progenitores (en especial, de la madre) en cumplimiento de su función primordial de garante de los derechos fundamentales, en este caso, el de intimidad y privacidad de los niños que se hallaba avasallado por las actitudes adoptadas por los propios padres. La jerarquía constitucional de tales derechos justifica sin dudas tal exhortación.

VI.4. La deseable solución amistosa para resolver las cuestiones de fondo

Tal como lo destacan Calvo Caravaca y Carrascosa González, "los supuestos de sustracción internacional de menores revisten una extraordinaria complejidad. Por ello, en ocasiones cualquier solución —de retorno del menor o denegación de dicho retorno— es una solución de baja calidad. Se trata, entonces, de elegir la vía menos detestable. Por ello, la jurisprudencia (que puede exponerse respecto de la restitución internacional de menores) resultará siempre contestable, inestable, discutible" **(31)**. Esto implica entender que la solución a cuál se arribe no dejará conforme a alguno de ellos, el proceso cuando llega a judicializarse no deja de ser contradictorio pues los progenitores no supieron ponerse de acuerdo y, en muchas ocasiones, antepusieron sus deseos y decisiones a las necesidades de sus hijos. Entonces, será imperioso tener en vista que el —supuesto— 'triunfo'

(28) CIDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, párr. 134.

(29) CS, 16/08/2011.

(30) Juzgado Nacional en lo Civil Nº 4, 10/07/17.

(31) CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980), en CALVO CARAVACA, Alfonso y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (dirs.), El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales, Ed. Colex, Madrid, 2004, p. 172.

para uno de ellos, no debe bajo ningún concepto afectar, por ejemplo, el contacto comunicacional fluido y natural con ambos progenitores sin importar dónde se encuentren.

Toda la situación, independientemente a la solución que se llegue, generó un daño, ya expuso al NNA a una situación que no debió pasar, que, las más de las veces, era evitable. Una vez finalizado el proceso es cuando más se requiere de la cooperación entre ellos, será el único modo de garantizar el bienestar que desde el inicio debió de ser la prioridad. Esta es la única forma de crear las condiciones de dignidad necesarias para que los niños crezcan con plena salud física y psíquica, evitando que las actitudes nocivas de sus progenitores le sigan afectando.

En este sentido, la Corte expuso que "teniendo en miras el principio del interés superior del niño que debe regir las decisiones que los atañen, corresponde exhortar a ambas partes, a fin de que obren con mesura en el ejercicio de sus derechos y, en particular, a que cooperen estrechamente en la búsqueda de una solución amistosa que no se oriente en la satisfacción del interés subjetivo de cada uno sino en el respeto del bienestar y la integridad de su hija menor, así como también de la relación parental —permanente y continua— con ambos progenitores, que no puede verse lesionada por decisión unilateral de uno de ellos".

Después de más de un año de litigar, de las manifestaciones vertidas por las partes demostrando de manera evidente una gran tensión junto a la conformación de una familia disfuncional en la cual la violencia estaría presente, no cabe dudas que se requerirá de una gran labor por parte de ellas para evitar seguir en un camino marcado por serios problemas. Dejar de lado los intereses propios y egoístas será el trabajo que asumir si lo que pretenden es cuidar y proteger a todo NNA. Las palabras de la Corte se dirigen en ese sentido, siendo entonces pertinentes en todos sus términos.

Como sucedió en el punto anterior, encontramos antecedentes donde el más alto tribunal tomó una similar postura. Con una redacción también muy parecida, en "R., M. A. c. F., M. B. s/ reintegro de hijo" **(32)** no solo exhortaron a los progenitores, e incluso a sus letrados, a trabajar juntos en búsqueda de proteger al niño afectado sino también a la magistrada de 1º Instancia para que tomara la debida precaución al momento de llevar adelante las medidas dispuestas sin afectar la celeridad que caracteriza al proceso. En igual sentido se resolvió en "E., M. D. c. P., P. F. s/ restitución del menor C. D. E. P." **(33)**.

Ciertamente, el mejor escenario sería no haber llegado al punto de que un juez sea quien deba decidir si corresponde o no restituir. No puede dejarse de pensar que sus propios padres son quienes se encuentran en mejor situación para tomar la decisión sobre todas las cuestiones que afecten a sus hijos, pero dejar de lado los egoísmos y conflictos de pareja hacen que pierdan el norte necesitando de una ayuda externa. Ante estas circunstancias, los modos extrajudiciales que permitan resolver conflictos de un modo amistoso se revelan con un rol destacado.

En este sentido, hace unos cuantos años se viene trabajando e impulsando la idea de incorporar a la mediación como una instancia previa (no obligatoria) en estos procesos. Todos los reconocidos beneficios que este método alternativo tiene sin duda mejorarían en varios puntos al proceso de restitución: desde la celeridad hasta la posibilidad de resolver cuestiones de fondo que le son prohibidas al juez.

En Argentina aún no se encuentra una regulación vigente sobre este tema. Sin embargo, la Comisión Nacional de Acceso a Justicia (CNAJ), creada en septiembre de 2007 por la acordada 37/07 que actualmente preside la vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Dra. Elena Highton de Nolasco, viene trabajando en materia de RINNA desde hace un poco más de 10 años. Con el interés de mejorar la aplicación de los convenios, y con el apoyo de la Oficina Regional de la Conferencia de La Haya para América Latina y el Caribe, coordinó la redacción del Proyecto Piloto para la Implementación de la Mediación a la Aplicación de los

(32) CS, 22/12/15.

(33) CS, 10/05/16.

Convenios de Sustracción Internacional de Niños **(34)**.

La posibilidad de introducir a la mediación dentro de los procesos de RINNA se configura gracias al texto de los propios convenios. El CH1980, por ejemplo, dispone en su art. 7° la adopción de todas las medidas apropiadas que permitan: "c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable". El retorno voluntario es el espacio jurídico necesario para que los propios progenitores puedan acudir a modos alternativos para resolver el conflicto y así acabar con la ilicitud.

Ante situaciones como las que motivaron al presente pedido de RINNA, toda autoridad competente (jurisdiccional o no) adquiere un papel fundamental. En ejercicio de esa función, el mediador hubiera gozado de un 'brillo especial´ pues podría lograr que las personas en conflicto puedan por sí mismas arribar a un acuerdo fruto de su propia voluntad y no por una imposición de un tercero como lo es el juez, incluso sobre temas ajenos a la naturaleza propia del proceso. En efecto, el contenido de un acuerdo, a diferencia de una sentencia judicial en un caso de restitución, puede traspasar los límites del binomio *retorno-no retorno del niño*, y abordar otras cuestiones de fondo, como quién tendrá a su cargo el cuidado principal, cómo será el régimen de comunicación con el progenitor no conviviente, arreglos sobre las obligaciones alimentarias, entre otras.

VII. A modo de colofón

A 40 años de la aprobación del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980, y a casi 30, de su entrada en vigor en nuestro país, analizar su aplicación jurisprudencial continúa siendo un ejercicio muy valioso y fructífero.

Máxime cuando se trata de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, como máximo tribunal de nuestra Nación y, además, cuando este caso tiene la particularidad de erigirse en el primero en que aquella desestima un pedido de restitución internacional de niños.

Recapitularemos en estas líneas finales algunas reflexiones que anticipamos a lo largo de este comentario.

Como vimos, uno de los planteos de la defensa de la progenitora, para sostener el rechazo al pedido de restitución, se centró en la inconstitucionalidad del CH1980 por una supuesta incompatibilidad con la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, ratificada por 187 países y con jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75, inc. 22, CN).

Sin embargo, dentro de la excepción del 'grave riesgo', este tipo de planteos vinculados a supuestos de violencia doméstica o incluso de género, puede ser invocado y probado. Será cuestión de aplicar los textos convencionales acudiendo a la armonización como directriz, interpretar el alcance de esta excepción y la toma de las pertinentes medidas de seguridad en caso de que la orden de regreso sea dictada. Basta acudir a la Guía de Buenas Prácticas mencionada para justificar esta idea. Incluso, es contradictorio justificar que debe velarse por el interés superior del niño y, al mismo tiempo, invocar la inconstitucionalidad del CH1980, cuando es en toda su esencia un principal tratado que busca su protección.

Otro punto importante se centra en el contenido y alcance de los actos de violencia denunciados. De la información a la cual se pudo acceder, mencionada por la propia progenitora, se corrobora la existencia de una tensa relación familiar que se vuelve un claro indicio de la existencia de violencia. Así, expresó que, al llegar a Francia, "rigió el autoritarismo y nos impuso unilateralmente a Francia como nuestra nueva residencia familiar". Ante la cantidad de denominaciones que estas lamentables situaciones de violencia se presentan, doctrinariamente se ha destacado que debe evitarse caer en la confusión al momento de determinar si se está ante violencia de género, violencia intrafamiliar, de pareja, hacia las mujeres, o sexista. Es claro que no es lo mismo hablar de violencia de género

(34) Al respecto, puede profundizarse en SCOTTI, Luciana B. y BALTAR, Leandro, "Primeros pasos hacia la recepción de la mediación para los procesos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. A propósito del Proyecto Piloto de la Comisión Nacional de Acceso a la Justicia", diario LA LEY, miércoles 30 de septiembre de 2020.

y de violencia intrafamiliar. Mientras que una apunta a la mujer, la otra a la familia como sujetos de referencia. Entonces, en principio, para que haya violencia de 'género' se requiere que se produzca contra la mujer "por el hecho de serlo". Esto implica que no todo acto de violencia pueda ser catalogado dentro de esta categoría. Pero, existe una tendencia en usar estos términos indistintamente ya que la mayor parte de la violencia de género es perpetrada por los hombres contra las mujeres. La sensibilidad del tema es tan clara y al mismo tiempo compleja que vuelve trascendental la labor de los operadores para resguardar a quienes se vean afectados.

Queriendo ser claros en este punto, todo acto de violencia es repudiable, pero corresponde identificarlo de manera correcta para el caso en concreto. Es labor de las autoridades determinar si existió una violencia de género o un caso de violencia familiar, ambos hechos sancionables, pero que no deben ser considerados por igual pues las medidas a tomar pueden ser diferentes.

Sumado a ello, debe dejarse claro que el solo hecho de rechazar un pedido de restitución no significa que se respetó la perspectiva de género. La problemática es mucho más profunda y compleja, el análisis desde esta mirada es tan superficial que incluso desalienta la protección que se pretende justificar. Al plantearse la existencia de una violencia ejercida por el progenitor, se basan en la "imposición unilateral" de M. V. por ser quien cambió de planes, pretendiendo unilateralmente modificar el lugar de residencia de su esposa e hija. Se pone énfasis en ese punto al destacar la vulnerabilidad en el que se encontraba la Sra. S. a quien se le impuso violentamente su exilio y el de su hija. Llegan incluso a tachar la sentencia de la Cámara como arbitraria por desconocer esta situación. La restitución, siguiendo con este pensamiento, implicaría negarle el derecho que le asiste a la madre de determinar libremente su residencia y domicilio teniendo en cuenta la violencia que se ejerció sobre ella para forzar su radicación en Francia.

En la propia defensa encontramos la debilidad de los argumentos. En primer lugar, el ejercicio de la responsabilidad parental (derecho de custodia según la terminología de los convenios) implica determinar la residencia habitual de todo NNA. Ambos progenitores están en pie de igualdad en este punto: se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente. Entonces, el padre no puede bajo ningún aspecto imponer la residencia de la familia, mucho menos de su cónyuge, pero si tiene el derecho de poder plantear aquella decisión, así como la madre de oponerse.

Ahora bien, seguidamente no debe olvidarse que el proceso de restitución está destinado pura y exclusivamente para decidir si el NNA debe retornar al país dónde esté su residencia habitual. En caso de que corresponda, no es sobre el progenitor sustractor sobre quien versa el proceso ni la orden que se dicte. Esto implica entender lo siguiente: en caso de corresponder el pedido de restitución, no significa que se imponga dónde deba vivir —en este caso— la madre, sino que se busca que el NNA mantenga su residencia en el país donde tiene su centro de vida. Pensar lo contrario, implicaría crear una situación potencialmente dañina y consolidar una situación de hecho ilícita. El señor V. mantiene la postura por la cual la familia había mudado su residencia a Francia. Por su parte, la Sra. S. se opone a esa consideración. No hay dudas que ninguno puede imponerle al otro dónde debe residir. Ello no está en discusión, pero sí dónde se encontraba la residencia habitual de la niña, hija de ambos. El proceso está destinado y enfocado en ella, no en la madre, tampoco en el padre.

En suma, y más allá de este caso en concreto, la relectura de los convenios de restitución internacional de niños a la luz de la perspectiva de género se impone y una interpretación armónica es totalmente posible, sin ninguna necesidad de poner en tela de juicio a un tratado internacional como el Convenio de La Haya de 1980 que tanto ha contribuido al respeto del interés superior del niño y que goza de un alto prestigio en la comunidad internacional.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Revocación de sentencia que desplazó la filiación materna de la mujer gestante y admitió el emplazamiento filial de una pareja homosexual. Figura que no está admitida por el ordenamiento jurídico. Determinación de la maternidad por el útero. Orden público. Inexistencia de vacío legislativo. Inaplicabilidad del art. 19 de la Constitución Nacional. Disidencia. Derecho a formar una familia. Voluntad procreacional. Igualdad. Interés superior del niño e identidad.

Con nota de Mercedes Ales Uría

1. — En el actual régimen jurídico cabe considerar a la gestante como madre de la menor con independencia del posible aporte que pudiere haber hecho de material genético y de su eventual intención de ejercer el rol materno. Mientras el legislador no autorice otra consecuencia jurídica, no corresponde apartarse de la ley que atribuye en la especie la maternidad por el parto con prescindencia del nexo genético que tenga la madre con la niña y la ausencia de voluntad procreacional que pueda haber mediado de parte de la gestante. Es decir, pudiendo existir dos vínculos filiatorios, el único modo de admitir la pretensión sería contrariar el orden público; lo que no resulta admisible. Además, encontrándose en juego el derecho a la identidad del menor frente al derecho de los mayores a formar una familia con hijos no biológicos, borrando de sus antecedentes a la donante anónima del gameto femenino y la gestante, consideramos que debe otorgarse primacía al primero, pues de lo contrario el vínculo biológico con el progenitor que no da a luz, como el de la mujer gestante, sería irrelevante en oportunidad de tener que establecerse la filiación. Por lo demás, el ordenamiento legal da la solución puntual al caso, contemplando en el art. 630 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación un proceso con debida intervención y contralor judicial otorgante de vínculo filiatorio pleno, al cual podrá acceder quien así lo estime.

2. — La intención del legislador fue clara al excluir la gestación por sustitución del proyecto de reforma. Por ende, no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN.

3. — De admitirse lo que pretenden las partes, estas podrían acordar tanto sobre la voluntad procreacional como respecto al procedimiento de determinación de la filiación y el modo de entrega del niño de una persona a quien no se estima como la madre a los progenitores que serían los padres por el solo acuerdo de aquellas ante la inexistencia de prohibición alguna, lo que no se puede avalar. Se naturalizaría este tipo de procedimiento flexibilizando indebidamente los requerimientos que deben exigirse de acuerdo con el espíritu y marco normativo que regula la cuestión.

4. — Los términos en que se encuentra redactado el art. 562 del Cód. Civ. y Com. actualmente imponen concluir que la figura no está admitida, guardando ello coherencia con los términos que emergen del art. 17 del Cód. cit. que prohíbe contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo. Dicha situación no es menor, si se toma en cuenta que el orden público que regula la materia proyecta sus efectos sobre la normativa en trato.

5. — El legislador no solo descartó la gestación por sustitución del anteproyecto, sino que, además, fue cuidadoso en aclarar cómo se determina la maternidad, por medio de una norma que es de fuerza imperativa y no disponible por la voluntad de los particulares.

6. — La voluntad procreacional no sirve para determinar la maternidad, dado que se determina por el útero, más allá de todo consentimiento. En otras palabras, la voluntad procreacional rige en el ámbito donde no rige el vientre, como una nueva forma jurídica de enlazar al niño con sus progenitores de deseo.

7. — El art. 565 del Cód. Civ. y Com. dispone, como principio general, que en la filiación por naturaleza la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido; es decir, prevé un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad.

8. — El art. 588 del Cód. Civ. y Com. de la Nación señala que en los supuestos de filiación por TRHA la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. Se pretende reafirmar que ese hijo o hija es de quien dio a luz. El artículo no descarta ni prohíbe la gestación por sustitución, sino que la autoriza, aunque con los límites o modalidades citadas, específicamente que el niño o niña nacidos sean hijos de quien dio a luz y, además, del hombre o de la mujer que ha dado su consentimiento previo. Por ello, no existe la prohibición de que haya un cuerpo gestante, sino que se constriñe a determinar que el hijo naci-

do será de quien dio a luz, más allá que no haya coincidencia genética (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

9. — La gestación por sustitución no conculca el orden público, pues, de haber sido así, no se pudo haber incorporado al ordenamiento un artículo como el 2634 (arts. 558, 560 y ss., Cód. Civ. y Com. de la Nación). La coherencia de un mismo sistema jurídico no puede admitir una propia contradicción o un doble standard de antijuridicidad (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

10. — De interpretar que el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación integra el orden público —como opina el señor Fiscal coadyuvante—, no se podría admitir que la gestación por sustitución realizada en el extranjero se anote en nuestro país. No podría la ley prever el reconocimiento en el país de un derecho que resulte contrario a nuestro ordenamiento. Por este mismo fundamento tampoco se aprecia vulnerado el art. 12 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

11. — La reforma del texto del Anteproyecto no obliga a negar la gestación por sustitución, sino que solo se puede afirmar que su reglamentación se suprimió en la versión sancionada. La interpretación constitucional lleva a igual respuesta. El art. 19 de la Carta Magna prevé que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no obliga. Así, al no estar prohibido, su falta de regulación no coarta su práctica, justamente para asegurar la libertad que destaca su mismo preámbulo (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

12. — Al no haberse regulado la gestación por sustitución, existe un vacío legislativo que las decisiones judiciales han suplido. Así en diversos precedentes se acudió a los requisitos contenidos en el Proyecto de Reforma y Unificación del Cód. Civ. y Com. presentado en el Congreso de la Nación —que culminara con la sanción del Código hoy vigente—, para encauzar una posible respuesta (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

13. — Definir que solo por gestar es madre limita el concepto de la palabra y de los alcances que la misma realidad social y la propia ciencia brinda a ese término. La acota a una noción médica que olvida la incidencia de los adelantos técnicos que permiten que un cuerpo gestante porte a un niño o niña de otras personas, al igual que da la espalda a las múltiples realidades sociales que admiten que ese sea un rol que se asuma y ejerza desde la socioafectividad, por ejemplo, como ocurre en la adopción (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

14. — En el caso de gestación por subrogación, la persona gestante, sin vínculo genético con el niño o niña, será progenitor por determinación de la ley solo por el hecho de haberlo alumbrado. Se impone, de tal manera, un criterio biológico que borra la historia de la gestación y de las voluntades que intervinieron en su concreción. Detenerse solo en el parto para definir a uno de los progenitores es recortar al proceso que llevó a que la intención de dos o tres personas, según pueda acontecer, haya culminado en el nacimiento de un ser humano (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

15. — Convenir que solo el vientre es lo que convierte en progenitora a una persona conlleva que se le otorgue ese título a quien pueda no desearlo ni tener vínculo genético con la persona nacida, quien no desee ejercer su rol paternal, desplazando a quien sí lo persigue y que solo podría concretar esa voluntad con intervención de la ciencia, pues su propia naturaleza se lo impide. Esta realidad es lo que impone flexibilizar la mirada, en pos del respeto a los derechos humanos de los adultos y de los niños nacidos por esta técnica (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

16. — Determinar, como lo hace la ley, que es madre quien da a luz un hijo es desconocer la verdad, pues si no hubiera habido un aporte genético de una tercera persona, de gametos masculinos y femeninos, esa gestación no se hubiera originado y esa persona no hubiera nacido. También cabría preguntarse si un hecho de la naturaleza, como es el nacimiento de una persona, puede ser definido jurídicamente por una afirmación de la ley para darle una connotación jurídica que la propia persona gestante no tuvo como intención (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

17. — Ya sea que se trate de parejas heterosexuales, que no pueden gestar a su propio hijo, o parejas del mismo sexo, que deben recibir un gameto que pueda combinarse con uno del de ellos y que el hijo crezca en un cuerpo gestante, se enfrentan a la circunstancia que la ley predetermina que quien da a luz sea uno de los progenitores. Ello coloca en desventaja a la pareja de hombres frente a la de una de dos mujeres cuando una de ellas es quien da a luz y la otra quien aportó su gameto —necesario para que haya gestación por subrogación—, además del

insustituible gameto masculino aportado por un donante. Así, en el caso de parejas conformadas por dos mujeres, incluso antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en el dec. 1006/2012 se preveía la inscripción del nacimiento de los hijos nacidos de una unión de dos mujeres. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires también lo admitió por res. 38/ 2012 (SSJ), lo que implica una desigualdad frente a la voluntad procreacional de dos progenitores hombres (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

18. — Tampoco es un argumento que el art. 558 del Cód. Civ. y Com. establezca que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales, pues en este caso si se pretende tener dos, el quid reside en cuáles. Por ello, esa disposición no es dirimente en este caso (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

19. — Si las personas solo pueden concretar su deseo de formar una familia gracias a los avances médicos, estos deben estar disponibles. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la imposibilidad de las personas a acceder a esos adelantos científicos vulnera los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una TRHA, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no discriminación. En síntesis, ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en estas elecciones de sus integrantes (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

20. — La salida para lograr una paridad de todos los aspirantes a formar una familia, en este caso, se encuentra en reinterpretar en lo que consisten las TRHA. Quienes no pueden tener un hijo por alguna razón podrán concretar su deseo sustituyendo la gestación. La práctica de las TRHA origina alternativas que debieran de encauzarse, justamente, por esta vía, en tanto es la que lo ha originado y no pretender dar una solución legal por otro proceso distinto, como sería la adopción. Sería como admitir readaptar lo que realmente ocurrió a una u otra norma, cuando ambas poseen alcances distintos, desvirtuando el derecho humano a formar una familia y a ejercer la voluntad procreacional. La adopción no respeta al superior interés de la niña, quien vería postergada la definición de su identidad jurídica a la finalización del proceso pertinente. Tal forma de proceder vulnera el superior interés de la niña, quien, en el presente y desde que nació, está conviviendo con el matrimonio de los peticionantes y recibe el trato de hija. La solución que se propone en el recurso implicaría postergar la definición de su identidad, uno de los derechos humanos esenciales de toda persona (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

21. — La inscripción definitiva de los niños y niñas en el Registro es un derecho que no puede verse aplazado en el tiempo. Hace a su reconocimiento familiar, a su individualización y a su propia identidad e historia (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

22. — La sentencia de primera instancia que desplaza la filiación materna de la mujer gestante respecto de una niña y admite el emplazamiento filial de la pareja peticionante no altera el derecho a la identidad de la niña a conocer sus orígenes, ya que en el mismo pronunciamiento se toman los resguardos para que se anote en el Registro todos los datos referidos a su nacimiento, de tal manera que podrá reconstruir su historia. El art. 559 del Cód. Civ. y Com. de la Nación se refiere a la expedición del certificado, lo que difiere de las anotaciones del Libro o Partida, en el cual constan las anotaciones marginales que se ordenan judicialmente (conf. arts. 1º, 5º, 15, 25, 47, 78 a 80, ley 26.413) (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

23. — Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. y confirmar la sentencia que desplaza la filiación materna de la mujer gestante y admite el emplazamiento filial de la pareja peticionante (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

CNCiv., sala K, 28/10/2020. - F., R. R. y otro c. G. P., M. A. s/ impugnación de filiación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/54740/2020]

COSTAS

En el orden causado.

33409/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 28 de 2020.

El doctor *Álvarez* dijo:

Contra el pronunciamiento de fs. 109/116, en cuanto desplaza la filiación materna de la menor de edad H. M. F. y admite el emplazamiento filial, a su respec-

to, de R. R. F. y D. H. R., apela a fs. 124 vta. el Ministerio Público, expresando agravios el Sr. Fiscal de Cámara a fs. 132/139; los que previo traslado de ley fueran contestados a fs. 147/154 por M. A. G. P.; a fs. 189/195 por la representación de R. R. F. y D. H. R.; a fs. 197/199 por el Defensor Público Tutor y a fs. 205/207 por la Sra. Defensora de Menores de Cámara.

En la especie, los Sres. R. R. F. y D. H. R. —por medio de apoderada— interpusieron acción de filiación contra la Sra. M. A. G. P., respecto de la hija H. M. F. para que se la desplace de su estado de madre, ordenándose la rectificación de la partida con la verdadera identidad de la menor.

Expusieron que la niña nació en virtud de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y que la accionada actuó como mujer gestante, sin voluntad de ser madre.

Señalaron haberse conocido el 13 de febrero de 2002, iniciando una relación de pareja en marzo del mismo año. A los pocos meses se mudan juntos al departamento que alquilaba el primero y en el mismo año finaliza el segundo su carrera de contador público.

Ambos compraron, luego, un automóvil, una mascota y en el año 2003 su primer departamento cumpliendo el sueño de la casa propia.

En el 2005 se trasladaron a un inmueble sito en el barrio de Palermo, concluyendo R. su licenciatura en Fonoaudiología y luego un profesorado de Biología, mientras que D. finalizó un MBA en Finanzas.

Exponen que, en tal contexto, soñaron con tener una familia completa y hablaron de sus deseos de ser padres, para lo cual comenzaron a estudiar distintas alternativas.

El 22 de mayo de 2014 contrajeron enlace y R. finalizó una Maestría en Gestión Educativa.

Refirieron que M., quien trabaja desde igual año para ellos, les ofreció "motus propio" de manera libre, altruista y desinteresada gestar en su vientre el hijo de ellos lo que felizmente aceptaran concurriendo al Instituto Médico Halitus en donde se llevó adelante un proceso de útero portador.

Ello se logró con el material genético masculino que aportaran ambos y mediante ovodonación.

Nacida la niña el 17/10/2016 se pudo constatar, con el ADN realizado en la Fundación Favaloro, el vínculo biológico con R. F., quien concurrió junto con la gestante a realizar la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con la finalidad de que la niña tuviera su partida y su DNI, hasta tanto D. pudiera alcanzar judicialmente su condición de progenitor.

Así la niña fue inscripta en el citado organismo consignándose, como madre, a M. A. G. P. y como padre a R. R. F. Exponen, también, que tal ADN excluyó el vínculo biológico de H. con M. A. y con D. R.

Remarcaron que aquella no tuvo voluntad procreativa sino la de ser una mujer portadora, quedando ello plasmado en los consentimientos informados que, previa y libremente, fueran celebrados ante escribano público.

Contrariamente, los accionantes alegan ser sus progenitores en mérito a haber exteriorizado en aquel su "voluntad procreacional" habiendo asumido la responsabilidad parental desde el nacimiento de H.

Sostienen, a su juicio, que como consecuencia de lo narrado debe admitirse el desplazamiento del estado de madre de la subrogante y otorgarse una nueva partida en la que conste la realidad biológica de la menor de edad con los datos de los actores como padres.

Que a fs. 86, la Defensoría Publica Tutoría N° 1 se notificó de lo actuado en el expediente, aceptando su titular el cargo de tutor de la menor de edad.

En tal calidad, solicitó se reencause la acción quedando promovida la demanda de impugnación de filiación contra M. A. G. P. y promoviendo demanda de filiación contra el Sr. D. H. R. con fuente filial en las TRHA. A fs. 95 se amplió la demanda impugnándose la paternidad por reconocimiento que hiciera R. R. F. por tratarse de una regla de filiación por naturaleza y no por THRA.

Celebrada en la sede de la Defensoría Pública Tutoría 1 una audiencia a la que concurrieran las partes con sus respectivas letradas, la Sra. G. P. informó que es de estado civil soltera y que nunca estuvo casada. Se dijo, asimismo, en aquella oportunidad que tanto la gestante como los comitentes (F.-R.) accedieron oportunamente, en forma voluntaria, a la práctica médica de la cual se desprende su voluntad procreacional; prestando conformidad con las acciones entabladas, solicitando que la niña sea inscripta con el nombre de H. M. R. F.

Bajo tal lineamiento, sostuvo el Tutor que, aplicando la regla de la voluntad procreacional prevista en el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación de un modo extensivo respecto del otro miembro de la pareja matrimonial (pues para uno de ellos ya lo prevé en forma expresa y no distingue, según se trate o no, de un caso de gestación por sustitución) quien de otro modo

quedaría desplazado por quien dio a luz. Sostuvo que sería discriminatorio, en perjuicio de las parejas conformados por dos hombres (matrimoniales o extramatrimoniales) para quienes existe imposibilidad de filiación por naturaleza (excepto el supuesto de la ley 26.743) solo quedaría la vía de adopción, excluyéndoseles arbitrariamente de la aplicación de una de las fuentes filiales reconocidas en el código.

A fs. 102/105 la Fiscal de grado dictaminó solicitando se rechace la presente acción, en la inteligencia de que al señalar el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz, elimina de nuestro sistema jurídico la llamada gestación por sustitución. Afirmó, también, que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales; cualquiera sea su naturaleza (cfr. art. 588 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) y que de darse otra inteligencia se resolvería contra legem y afectándose el orden público (cfr. art. 12 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

La Defensora de Menores, con basamento en los arts. 3 de la Convención de los Derechos del Niño y 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, a fin de dar respuesta jurídica a las situaciones que se presentan en la sociedad de hoy en día solicitó se haga lugar a las pretensiones.

La sentencia a fs. 109/116 hizo lugar a la demanda, declarando que H. M. F. no es hija de M. A. G. P. sino de R. R. F. y de D. H. R. Dispuso, asimismo, el libramiento de oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a fin de que se proceda a la rectificación de la partida de nacimiento de la menor de edad y se expida una nueva conforme lo dispuesto en el art. 559 del Cód. Civ. y Com. de la Nación consignándose como nombre de la niña H. M. R. F. Ordenó, también, hacer constar en el legajo respectivo que la fuente filial es por TRHA, conforme los presupuestos del art. 563 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y librar oficio a Halitus Instituto Médico SA a fin de que proceda al resguardo de los datos de la donante de los óvulos implantados a la demandada mediante técnica FIV. Con costas en el orden causado.

Para así resolver la sentencia ponderó: 1°) que las partes habrían prestado su consentimiento previo cumpliendo con lo previsto en los arts. 560 y 561 exteriorizando la voluntad procreacional; 2°) que como consecuencia del tratamiento que ha recibido la gestación por sustitución a nivel nacional en los proyectos legislativos se debe dar respuestas y no ignorar la realidad social, particularmente en parejas de personas homosexuales; 3°) que en virtud del principio del interés superior del menor de edad la respuesta más justa era reconocer el vínculo filial generado entre el niño y quienes quieren ser padres con fundamento en que la fuente de la filiación es la "voluntad procreacional" (cfr. art. 588 Cód. Civ. y Com. de la Nación) y 4°) que la gestación por sustitución es la posibilidad que tiene una pareja integrada por dos varones de concebir un hijo en forma conjunta y de que esta tenga relación genética con la pareja o con uno de ellos al menos agregando la sentencia que ello "claramente es preferido a la filiación por adopción".

Contra dicho pronunciamiento se agravia el Ministerio Público Fiscal en la inteligencia que se aparta de las normas filiatorias que rigen el caso sin que la sentencia hubiese declarado su inconstitucionalidad. Sostiene que al haber el legislador suprimido la figura de gestación por sustitución no puede concluirse que exista un vacío legal que autorice a considerarla permitida. Expresa que ello guarda coherencia con el texto del art. 562 Cód. Civ. y Com. de la Nación cuya regla es que el vínculo filiatorio se genere con la mujer que dio a luz al niño y, asimismo, con el art. 558 del citado código, en cuanto únicamente pueden existir dos vínculos filiatorios.

Refiere que el ordenamiento jurídico permite resolver la cuestión extinguiendo la responsabilidad parental de la madre gestante (cfr. art. 700 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) concediendo su adopción plena a quien manifiesta expresamente su voluntad procreacional. Así la adopción de integración que contempla el art. 630 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece un vínculo filiatorio pleno equiparado al padre biológico.

Argumentó que la decisión de grado carece del debido fundamento legal e implica un apartamiento del derecho aplicable, por otro lado, indisponible para las partes. Solicitó se deje sin efecto el pronunciamiento recurrido.

En responde a dicho dictamen la demandada G. P. cuestiona, según sus términos, la falta de especificidad en la materia del apelante para recurrir lo merituado por el *a quo*.

Alega que el otrora principio rector *mater semper serta est* ha sido superado receptando las nuevas formas que adopta la sociedad, la cultura y el derecho. Que la interpretación de la legislación interna no puede contradecir los argumentos del marco normativo internacional en materia de derechos humanos y de organismos de su contralor. Que la ley debe interpretarse tomando en cuenta las nuevas condiciones y necesidades de la sociedad; y que la decisión no afecta el orden público por cuanto la gestación por sustitución no se encuentra prohibida.

Refiere, asimismo, que no existe una pareja que adopta al hijo de su compañero, sino que ha existido

un embrión que se creó con ovodonación para que ambos puedan ser padres desde antes que naciera la hija, en el caso, de ambos. Solicitan se confirme el fallo.

A su turno, F. y R. se adhieren a la contestación de la co-demandada G. P., remarcando que, a la luz de la redacción del art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación quedan afuera de su ámbito de aplicación las parejas homosexuales masculinas. Sostuvieron que al no haber contraprestación no ha mediado contrato de gestación por sustitución, que la sentencia no es arbitraria y que la tesitura de la fiscalía es opuesta a la normativa internacional.

Por su parte, el Tutor se adhiere a las contestaciones de los demandados. Expresa que por partir el apelante de premisas opuestas a la del juez arriba a un resultado erróneo. Propicia interpretar que el emplazamiento filial según la voluntad procreacional con fuente en el consentimiento informado aplique, en este caso, para R., interpretación que por considerarla adecuada torna innecesaria tener que declarar la inconstitucionalidad de la norma en juego. Pide se rechacen los agravios expresados y se confirme el pronunciamiento recurrido (cfr. fs. 197/199).

La Sra. Defensora de Menores de Cámara, por su parte, adhirió a los fundamentos expuestos por el Fiscal a fs. 132/139, los cuales comparte en lo general. Sostiene que la norma contenida en el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación resulta aplicable a todos los casos, incluso al supuesto de marras. Que la sentencia agravia a su defendida en su derecho a la identidad al hacer desaparecer de escena a la madre gestante quien ha sido parte esencial para su desarrollo y posterior nacimiento. Expresa que la inscripción del nacimiento conforme el artículo citado y luego —en su caso— la posterior adopción integrativa importa un reconocimiento pleno de la identidad de origen de H. y respeta su realidad gestacional. Solicita se admitan los agravios y se revoque la resolución de grado.

A fin de resolver la cuestión cabe tener en cuenta que el Ministerio Público Fiscal actúa en el marco de la esfera propia de su competencia custodiando los intereses que le encomienda el ordenamiento jurídico de conformidad con lo normado por el art. 120 de la Constitución Nacional y arts. 2° y 31 de la ley 27.148, de allí que lo alegado por la parte demandada en cuanto a la falta de especificidad, no resulte idóneo para enervar su planteo.

Respecto al marco normativo del tema en trato, resulta útil recordar que el art. 12 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

Establece el art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida —matrimonial y extramatrimonial— surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Por su parte, el art. 562 establece que los nacidos por las mencionadas técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

De igual modo, el art. 588 del Cód. Civ. y Com. de la Nación explicita que en los supuestos de determinación de la maternidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565, el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. Esta acción de impugnación puede ser interpuesta por el hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo. La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo. Este último puede iniciar la acción en cualquier tiempo. En los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre.

Ahora bien, en una primera aproximación al tema surge del análisis derivado del ensamble teleológico de las normas en cuestión que el punto de partida de toda filiación es el vientre de la madre al atribuir maternidad en el art. 562 a los “hijos de quien da a luz” y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre.

Cabe aquí tomar en cuenta que el artículo no habla de mujer, en concordancia con la ley 26.743 de Identidad de Género, atento a que como esta norma no exige operación de reasignación sexual para el cambio registral de nombre y sexo, eventualmente podría, en

tal contexto, presentarse un hombre embarazado que haya acudido al TRHA.

Así, la declaración de voluntad de someterse a estas técnicas médicas para lograr el embarazo (consentimiento informado) llamada "voluntad procreacional" es el origen de la filiación por TRHA el cual se encuentra, consecuente e inexorablemente, unido al parto de quien da a luz descartando la gestación por sustitución.

No escapa al razonamiento del Tribunal que el anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución, disposición que fuera eliminada del texto definitivo al analizarse por la Cámara de Senadores el 28 de noviembre de 2013. (cfr. en tal sentido Kemelmajer de Carlucci - Herrera, Marisa - Lloveras, Nora, "Tratado de Derecho de Familia, T. II", p. 585).

En efecto, en su redacción original el proyecto permitía la gestación por sustitución previéndose un proceso judicial con reglas propias que culminaba con una decisión judicial de autorización. Además, requería la capacidad de la mujer, el consentimiento previo, libre e informado por parte de todos los intervinientes. La gestante debía portar material genético de uno o ambos miembros de los comitentes y no de ella; acreditar, tanto la imposibilidad de concebir o llevar adelante a término un embarazo por parte de los comitentes, como la demostración de que la parturienta no aportó material genético propio ni recibido retribución; sin perjuicio de que la regulación especial le pueda reconocer el pago de gastos, siempre que la portadora no se hubiera sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces y haya parido con anterioridad, al menos, un hijo propio. El cumplimiento de dichos requisitos tiene como objeto dar certeza de que la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente.

El dictamen de la Comisión Bicameral textualmente sostuvo: "Se suprime la gestación por sustitución por los motivos que se explican a continuación. En su reemplazo se propone el desdoblamiento del texto del art. 560 de manera que el primer párrafo pasa a ser el nuevo artículo 560 y el segundo párrafo queda como texto del nuevo artículo 561. La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre relaciones de familia que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana, deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el Derecho Comparado, se propone de manera precautoria eliminar la gestación por sustitución del Proyecto de reforma".

De manera que, en función de lo expuesto, la intención del legislador fue clara, al excluir la gestación por sustitución del proyecto de reforma.

Por ende, no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN.

Es que, de darse tal inteligencia, las partes que prestan consentimiento acordarían tanto sobre la voluntad procreacional como respecto al procedimiento de determinación de la filiación y el modo de entrega del niño de una persona a quien no se estima como la madre a los progenitores que serían los padres por el solo acuerdo de las partes ante la inexistencia de prohibición alguna, lo que no se puede avalar.

Los términos en que se encuentra redactado el art. 562 actualmente imponen concluir que la figura no está admitida, guardando ello coherencia con los términos que emergen del art. 17° del Cód. Civ. y Com. de la Nación que prohíbe contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo.

Dicha situación no es menor si se toma en cuenta que el orden público que regula la materia proyecta sus efectos sobre la normativa en trato.

Adviértase que el legislador no solo descartó la gestación por sustitución del anteproyecto, sino que, además, fue cuidadoso en aclarar cómo se determina la maternidad, por medio de una norma que es de fuerza imperativa y no disponible por la voluntad de los particulares (Jáuregui, Rodolfo "La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial de la Nación. Un fallo que explora una solución posible", LA LEY, Litoral 2016 —agosto— 08/08/2015, 3).

Es decir que la voluntad procreacional no sirve para determinar la maternidad dado que la misma se determina por el útero, más allá de todo consentimiento. En otras palabras, la voluntad procreacional rige en el ámbito donde no rige el vientre, como una nueva forma jurídica de enlazar al niño con sus progenitores de deseo. (Código Civil y Comercial comentado Tratado exegético - Director General - Alterini Horacio

H., T. III, arts. 401 a 723, p. 497 - Directora Baset Ursula, ED, LA LEY).

Téngase, además, en cuenta que el art. 565 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone, como principio general que, en la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido; es decir, prevé un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad.

Cabe remarcar, también, que el proyecto del artículo 562 del código citado, establecía, además, de un procedimiento determinado para la gestación por sustitución que, si se carecía de autorización judicial previa, la filiación se determinaría por las reglas de la filiación por naturaleza.

Sin embargo, en el caso, de accederse a la pretensión se naturalizaría este tipo de procedimiento flexibilizando indebidamente los requerimientos que deben exigirse de acuerdo al espíritu y marco normativo que regula la cuestión.

Ello así no puede obviarse que el art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación además de establecer los tipos de filiación, aclara que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de aquella.

En definitiva, en el actual régimen jurídico cabe considerar a la gestante, en el supuesto de marras, como madre de la menor con independencia del aporte que pudiere haber hecho, o no, de material genético y de su intención de ejercer, o no, el rol materno. De allí que, mientras el legislador no autorice otra consecuencia jurídica, no corresponde apartarse de la ley la cual atribuye en la especie la maternidad por el parto con prescindencia del nexo genético que tenga la madre con la niña y la ausencia de voluntad procreacional que pueda haber mediado de parte de la gestante. Es decir, pudiendo existir dos vínculos filiatorios el único modo de admitir la pretensión sería contrariar el orden público lo que no resulta admisible.

Además, encontrándose en juego el derecho a la identidad del menor frente al derecho de los mayores a formar una familia con hijos no biológicos, borrando de sus antecedentes a la donante anónima del gameto femenino y la gestante, consideramos que debe otorgarse primacía al primero, pues de lo contrario el vínculo biológico con el progenitor que no da a luz como el de la mujer gestante sería irrelevante en oportunidad de tener que establecerse la filiación.

No escapa al suscripto que la cuestión en trato exige un adecuado tratamiento legislativo hasta ahora no concretado. Tampoco que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito estricto de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental, consideradas estas como un conjunto armónico, un todo coherente dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto (CSJN, Fallos: 312:122), lo que no se advierte en la oportunidad.

Por lo demás, el ordenamiento legal da la solución puntual al caso contemplando en los arts. 630 y concords. del Cód. Civ. y Com. de la Nación un proceso con debida intervención y contralor judicial otorgante de vínculo filiatorio pleno, al cual podrá acceder quien así lo estime.

En otro aspecto, disponiendo el art. 559 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas solo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido, o no, durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada, a sus términos cabe estarse el planteo articulado contra el Sr. R. R. F.

En su mérito, corresponde admitir los agravios expresados por el Sr. Fiscal de Cámara, a los que adhiere la Sra. Defensora de Menores de Cámara, rechazando las acciones promovidas, con costas por su orden atento las particularidades del caso y forma como se decide la cuestión (cfr. arts. 68, 69 y 161 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

La doctora *Bermejo* dijo:

I. Disiento con la posición de mi colega preopinante. Deviene el presente un tema que ha concitado posturas doctrinarias y jurisprudenciales disímiles. La visión legal, jurídica y social sobre la gestación por subrogación descubre una diversidad de opiniones difíciles de consensuar.

II. Como se destacó en el voto anterior y surge de este expediente, la sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda, declarando que la niña H. M. F. no es hija de M. A. G. P. sino de R. R. F. y de D. H. R. En consecuencia, ordenó oficiar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, a fin de rectificar su partida de nacimiento y expedir una nueva, conforme lo dispuesto en el art. 559 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, consignándose como nombre el de H. M. R. F. Dispuso, también, hacer constar en el legajo respectivo que la fuente filial fue por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, conforme los presu-

puestos del art. 563 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y comunicar a "Halitus Instituto Médico SA" el resguardo de los datos de la donante de los óvulos implantados a la demandada mediante técnica FIV. Por último, impuso las costas en el orden causado (fs. 109/116). Concuerdo con este pronunciamiento y aprecio que no le asiste razón al recurrente en su embate.

III. En cuanto a la crítica referida a que el Juez de la instancia se haya apartado de la letra del artículo 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación sin haberse declarado su inconstitucionalidad y que no puede esta hacerse de oficio, no es un argumento de recibo. En verdad, en la sentencia atacada se ha analizado la cuestión desde el marco constitucional y convencional, por lo que ha expuesto el motivo por el cual no ha aplicado a aquel en el caso. Es de práctica que existen jueces que consideran que una norma puede ser inaplicable sin declararla inconstitucional, mientras que otros estiman que si no se califica de tal no podría desplazarse. Una postura u otra encuentra su justificativo en razones de índole constitucional e histórico que exceden el desarrollo de este voto.

Por otro lado, esta Sala, en numerosos precedentes, ha seguido la postura de la Corte de la Nación que admite el tratamiento oficioso de la constitucionalidad de las leyes. Ese Máximo Tribunal federal afirmó que en tanto nuestro país ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, por lo que resultaría un contrasentido que esos mismos tribunales no realicen similar examen con el fin de salvaguardar la supremacía de la Constitución Nacional frente a las normas locales de menor rango (CSJN "Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", del 27/11/2012, R. 401 XLIII). Por ende, carece de relevancia si la cuestión constitucional se trató de oficio o a petición de uno de los litigantes.

De todas maneras, como se ha sostenido, "la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico", siempre que la violación de la Constitución sea manifiesta e indubitable y de una entidad tal que justifique la abrogación de la norma (Fallos: 301:963; 306:136; 322:842; 325:1922; 327:831, entre muchos otros).

Así, en síntesis, si bien la aplicación de los artículos 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación desplazan al contenido del artículo 562 del mismo ordenamiento, acorde se desarrolla en la sentencia atacada y en este voto, entiendo se impone declarar la inconstitucionalidad del citado artículo, conforme se desarrollará en los fundamentos. Por consiguiente, no es procedente el argumento esgrimido por el Fiscal Coadyuvante.

IV. Tampoco coincido con el impugnante en cuanto a que el legislador suprimió la figura de la gestación por sustitución y que por ello no pudiera considerarse admitida.

El art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prevé que la filiación puede ser por naturaleza, por las Técnica de Reproducción Humana Asistida —en adelante designadas como TRHA— o por adopción, las cuales originan vínculos con iguales efectos. Cuando estos nacen de la naturaleza, al igual que cuando es por adopción, más allá del derecho positivo propio de cada alternativa, no hay mayores controversias, en tanto, cuando es por naturaleza, hay una coincidencia biológica entre quienes aportaron los gametos y quien dio a luz. En cuanto a la adopción, se trata de una persona con la cual no existe lazo genético ni biológico (conf. arts. 602, 603 y sigts., Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Las mayores discrepancias se presentan cuando el nacimiento es el desenlace de la concepción provocada con ayuda de los adelantos científicos, lo que el Cód. Civ. y Com. de la Nación también contempla. El art. 562 del mismo ordenamiento establece que los nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y de quien también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos. Justamente, definir al vínculo por haber dado a luz, está abordando la posibilidad que quien proporcionó su gameto no sea la persona gestante, lo que es el caso de la gestación por sustitución. Tal lectura descarta que la ley no contemple esta posibilidad, como opina el apelante.

En forma coordinada, el art. 588 del Cód. Civ. y Com. de la Nación señala que, en los supuestos de filiación por TRHA, la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. Se pretende reafirmar que ese hijo o hija es de quien dio a luz.

Como se aprecia de esta norma y en lo que considero oportuno centrarme, el artículo no descarta ni prohíbe la gestación por sustitución, sino que la autoriza, aunque con los límites o modalidades citadas, específicamente, que el niño o niña nacidos sean hijos de quien dio a luz y, además, del hombre o de la mujer que ha dado su consentimiento previo. Por ello, no existe la prohibición que haya un cuerpo gestante, sino que se constriñe a determinar que el hijo nacido será de quien dio a luz, más allá que no haya coincidencia genética.

En este mismo sentido, en las "XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil", por unanimidad, se afirmó que "Aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la Gestación por sustitución está permitida" (Comisión 6, de Familia "Identidad y filiación", enunciada en "Tratado de Derecho de Familia", dirigido por Aida Kemmelmaier de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, T. V-A, "Técnicas de Reproducción Humana Asistida", de Eleonora Lamm, Mariana Rodríguez Iturburu y Nieve Rubaja, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, 2016, p. 758).

Tal postura se coordina con lo previsto en el art. 2634 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, atinente a las normas de derecho internacional privado. Este prevé que todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. El segundo párrafo expresamente enuncia que los preceptos que regulan las normas sobre filiación por TRHA integran el orden público y deben ser ponderadas por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención, a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. Determina que la decisión a adoptar será la que redunde en beneficio del interés superior del niño o niña.

De ello se colige que la gestación por sustitución no conculca el orden público, pues de haber sido así no se pudo haber incorporado al ordenamiento un artículo como el art. 2634 (arts. 558, 560 y ss., Cód. Civ. y Com. de la Nación). La coherencia de un mismo sistema jurídico no puede admitir una auto contradicción o un doble standard de antijuridicidad.

De interpretar que el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación integra el orden público —como opina el señor Fiscal Coadyuvante (fs. 132/139)—, no se podría admitir que la gestación por sustitución realizada en el extranjero se anote en nuestro país, acorde señalaba el artículo antes mencionado (arts. 558, 560 y ss., Cód. Civ. y Com. de la Nación). No podría la ley prever el reconocimiento en el país de un derecho que resulte contrario a nuestro ordenamiento. Por este mismo fundamento tampoco se aprecia vulnerado el art. 12 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

La reforma del texto del Anteproyecto no obliga a negar a la gestación por sustitución, sino que solo se puede afirmar que su reglamentación se suprimió en la versión sancionada, como se indica en el voto que antecede.

La interpretación constitucional lleva a igual respuesta. El artículo 19 de la Carta Magna prevé que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no obliga. Así, al no estar prohibido, su falta de regulación no coarta su práctica, justamente para asegurar la libertad que destaca su mismo preámbulo. Nuestra ley fundamental federal es un constitucionalismo de derechos, limitante del poder político en beneficio de los derechos individuales. Es por ello que se lo puede definir como un conjunto de técnicas jurídicas que tiene por finalidad el reconocimiento, protección y garantía de los derechos fundamentales (Giorgio Pino, "El constitucionalismo de los derechos", Editorial Zela, Perú, 2018, p. 30 y ss.).

V. Al no haberse regulado la gestación por sustitución, existe un vacío legislativo que las decisiones judiciales han suplido. Así, para encausar el análisis de estas contiendas, en diversos precedentes se acudió a los requisitos contenidos en el Proyecto de Reforma y Unificación del Cód. Civ. y Comercial presentado en el Congreso de la Nación —que culminara con la sanción del Código hoy vigente—, para encausar una posible respuesta.

Este disponía: "Gestación por sustitución: El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio…".

Estos recaudos se encuentran cumplidos en estos obrados. Se ha adjuntado el Consentimiento Informado, suscripto ante escribano público, en el cual han participado los señores M. A. G. P., R. R. F. y D. H. R., todos acompañados por sus letrados. Además, intervino la médica doctora Florencia M. Inciarte, quien expresó ejercer su profesión en el "Instituto Médico Halitus". En el instrumento suscripto, se dejó constancia pormenorizada de cuestiones médicas y jurídicas, como, por ejemplo, el significado de los términos padres procreacionales, mujer gestante, las disposiciones legales aplicables, los posibles procedimientos médicos, entre otros muchos aspectos (fs. 57/59).

Aquel se firmó con fecha 22 de octubre de 2015, es decir, con anterioridad a comenzar el tratamiento que allí se indicaba. Asimismo, se adjuntó a la demanda un informe del "Instituto Médico Halitus" en el cual se precisó que la fecha de la primera consulta fue el 22 de enero de 2015 y la primera vez que asistió la señora G. P., fue el 24 de febrero de igual año (fs. 45/50). Es decir que antes de llevar adelante el procedimiento de fertilización todos habían recibido asesoramiento y suscripto el instrumento público referido.

También surge del expediente que la señora G. P. tiene otra hija, nacida el 28 de junio de 1995 (fs. 19/20 y fs. 57/79, esp. fs. 70, punto 89), al igual que cuenta con plena capacidad, buena salud física y psíquica (fs. 45/50 y fs. 57/59). Asimismo, luego de nacida la niña, se realizó un estudio de ADN, en el "Primer Centro Argentino de Inmunogenética - PRICAI", de la Fundación Favaloro que informó que la madre gestante y el señor D. H. R. quedaban excluidos de un vínculo biológico con la niña H. M. F., a diferencia del señor F. (fs. 51/55). Por ende, quedó acreditado que la madre gestante no fue quien donó el óvulo y que uno de los comitentes aportó sus gametos. También en ese documento firmado se dejó aclarado que los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término y que la gestante no ha recibido retribución (fs. 57/79, esp. fs. 69, punto 77).

De tal manera, los hechos que encuadran el litigio permiten observar que los recaudos previstos en el Anteproyecto están cumplidos, al igual que con los artículos 560 y 561 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

VI. Como se ha definido, la "gestación por sustitución" se concreta por una de las TRHA, por la cual una persona, acuerda con otra o con una pareja —comitentes—, gestar un embrión para que luego de nacido tenga vínculos jurídicos de filiación con estos últimos (cfr. Notrica, Federico; Curti, Patricio Jesús, "Técnicas de Reproducción Humana Asistida", Marisa Herrera, directora, Santa Fe, 2018, Rubinzal Culzoni, T. II, ps. 14 y 15). Como se aprecia, es esencial que el cuerpo gestante no haya aportado sus gametos. De tal manera, existen tres conceptos que aparecen disgregados en el origen de la relación filial, como son la identidad biológica, la genética y la voluntad procreacional. Así como en la gestación por naturaleza lo innato y definitorio es el vínculo biológico, en las THRA lo relevante es la voluntad procreacional (ver CNCiv., Sala I, *in re:* "S., M. D. y otros c. A., S. S. s/ filiación", sent. del 28/08/2020, Cita Online: AR/JUR/35471/2020). Ese ánimo, expresado en el Consentimiento Informado, es lo que exterioriza el deseo de la persona de ser padre o madre o también de no serlo, en caso de quien solo aporta su cuerpo para la gestación. No es más que una de las formas que la ley prevé de expresión de la conformidad, luego de recibir una información adecuada y precisa sobre los alcances y efectos de su decisión —contemplada también por el art. 59 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y por la ley 26.529, modificada por la ley 26.742—. Se asegura, de tal manera, que quien intervenga en la práctica lo haga con el pleno conocimiento de sus consecuencias y alcances.

Cuando una persona opta por tener un hijo por las TRHA plasma su deseo de ser padre o madre, por un procedimiento médico que se lo permitirá, más allá que haya aportado los gametos o que sea quien lo da a luz. Si bien el art. 562 se titula "voluntad procreacional", esta, en verdad, aun cuando no distingue, solo la admite con respecto al progenitor que no da a luz, pues quien así lo hizo solo por esta circunstancia será uno de los dos progenitores, más allá que haya deseado ser padre o madre del niño o niña o haya aportado o no su gameto. En el caso de gestación por subrogación, la persona gestante, sin vínculo genético con el niño o niña, será progenitor por determinación de la ley, solo por el hecho de haberlo alumbrado. Se impone, de tal manera, un criterio biológico que borra la historia de la gestación y de las voluntades que intervinieron en su concreción. Detenerse solo en el parto para definir a uno de los progenitores es recortar al proceso que llevó a que la intención de dos o tres personas, según pueda acontecer, haya culminado en el nacimiento de un ser humano.

Definir que solo por gestar es madre, es limitar el concepto de la palabra y de los alcances que la misma realidad social y la propia ciencia brinda a ese término. Aquella primer idea citada la acota a una noción médica que olvida la incidencia de los adelantos técnicos que permiten que un cuerpo gestante porte a un niño o niña de otras personas, al igual que da la espalda a las múltiples realidades sociales, las cuales admiten que ese sea un rol que se asuma y ejerza desde la socioafectividad, por ejemplo, como ocurre en la adopción.

Convenir que solo el vientre es lo que convierte en progenitora a una persona, conlleva a que se le otorgue ese título a quien pueda no desearlo ni tener vínculo genético con la persona nacida, quien no desee ejercer su rol paternal, desplazando a quien sí lo persigue y que solo podría concretar esa voluntad con intervención de la ciencia, pues su propia naturaleza se lo impide. Esta realidad es lo que impone flexibilizar la mirada, en pos del respeto a los derechos humanos de los adultos y de los niños nacidos por este técnica.

Por otro lado, determinar, como lo hace la ley, que es madre quien da a luz un hijo es desconocer la verdad, pues si no hubiera habido un aporte genético de una tercera persona, de gametos masculinos y feme-

ninos, esa gestación no se hubiera originado y esa persona no hubiera nacido. También cabría preguntarse si un hecho de la naturaleza, como es el nacimiento de una persona, puede ser definido jurídicamente por una afirmación de la ley para darle una connotación jurídica que la propia persona gestante no tuvo la intención.

Así, ya sea que se trate de parejas heterosexuales que no pueden gestar a su propio hijo o parejas del mismo sexo que deben recibir un gameto que pueda combinarse con uno del de ellos y que el hijo crezca en un cuerpo gestante, se enfrentan a la circunstancia que la ley predetermina que quien da a luz sea uno de los progenitores. Ello coloca en desventaja a la pareja de hombres frente a la de una de dos mujeres cuando una de ellas es quien da a luz y la otra quien aportó su gameto —necesario para que haya gestación por subrogación—, además del insustituible gameto masculino aportado por un donante. Así, en el caso de parejas conformadas por dos mujeres, incluso antes de la sanción del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en el decreto 1006/2012 se preveía la inscripción del nacimiento de los hijos nacidos de una unión de dos mujeres. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires también lo admitió por resolución 38/SSJ/2012, lo que implica una desigualdad frente a la voluntad procreacional de dos progenitores hombres. Como ha dicho la jurisprudencia, si no existen razones de orden público que impidan reconocer la filiación en el caso de parejas conformadas por dos mujeres, cabe inferir que tampoco las hay cuando se trate de uniones de hombres. El interés superior del niño debe primar en cualquiera de los casos y, a la luz de ese principio, no hay motivos para distinguir sobre la base del género de los cónyuges (Cámara Apel. Contenciosoadministrativo y Tributario de la CABA, Sala I, *in re* "Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo - otros", sent. del 04/08/2017; cita online: AR/JUR/56141/2017, voto del doctor Carlos Balbín).

Por ello, lo definitorio en las TRHA es la existencia de una voluntad procreacional de los dos progenitores —más allá que ninguno de ellos haya sido quien dio a luz—. Ya no rige en esta fuente de filiación el vientre o los gametos, recaudos indispensables para un nacimiento por naturaleza, sin embargo, podrán no contar con ello otras personas que deseen ser padre o madre y que los lleve a recurrir a las TRHA. Todas las disyuntivas que presentan estas nuevas alternativas que la ciencia ofrece, encuentran un obstáculo cultural más que jurídico o técnico.

Tampoco es un argumento que el art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establezca que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales, pues en este caso se pretende tener dos, el quid reside en cuáles. Por ello, esa disposición no es dirimente en este caso.

VII. Por otro lado, desde la perspectiva constitucional y convencional, son varios los derechos humanos involucrados. Uno es que las TRHA y la gestación por sustitución específicamente, concretan la posibilidad de formar una familia y coloca en una situación de paridad a todas las personas. La misma Corte Interamericana recordó que la Convención Americana de Derechos Humanos alcanza y reconoce a todas las clases de familia (Corte IDH, Caso "Atala Riffo y Niñas c. Chile", sent. del 24/02/2012, párrafos 142 y 145), lo que se vincula con el pleno ejercicio de la libertad de elección sobre la forma de vida, sin discriminación alguna (art. 1.1, Convención citada).

Nuestra misma Constitución nacional (arts. 16, 75 incs. 22 y 23, entre otros), como la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3 "l"), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 2), entre otros, han resaltado el principio de igualdad entre las personas. Incluso, esos tratados internacionales, como otros de igual contenido que nuestro país ha suscripto, han creado obligaciones para los Estados hacia las personas que se encuentran en su jurisdicción y que de no acatarse pueden ser evaluadas como conductas discriminatorias individuales (ver Susana Albanese, "Eliminación de la discriminación", Capítulo V de "Derecho Constitucional", Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 129 y ss.).

Así, si las personas solo pueden concretar su deseo de formar una familia gracias a los avances médicos, estos deben estar disponibles. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la imposibilidad de las personas a acceder a los adelantos científicos a ese fin vulneran los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una técnica de reproducción asistida, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no discriminación ("Artavia Murillo y otros c. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sent. del 28/11/2012).

Todos tienen el derecho humano a contar con la posibilidad de acceder a los adelantos técnicos, sin distinciones de ningún orden, por ejemplo, en lo que se refiere a la elección sexual (CorteIDH *in re* "Atala Riffo c. Chile").

Los principios de Yogyakarta, referidos a la aplicación de la legislación internacional de derechos hu-

manos con relación a la orientación sexual y la identidad de género, con el objeto de establecer estándares básicos, para evitar los abusos y dar protección a los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGTB), prevé el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, incluso a través del acceso a la adopción o la reproducción asistida (principio 24).

En síntesis, ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en estas elecciones de sus integrantes (ver Lamm, Rodríguez Iturburu y Rubaja, ob. cit., p. 809).

Como explica Alexy, al afirmarse que todos somos iguales ante la ley, se entiende que hay un mandato de igualdad en la aplicación del derecho, lo que no desconoce ni desplaza a la cuestión de la igualdad o desigualdad fáctica. Es por ello que concluye que el derecho a la igualdad jurídica puede formularse como un derecho *prima facie* a la omisión de tratos desiguales. Y, por otro lado, el derecho a la igualdad fáctica es un derecho a las acciones positivas del Estado (Robert Alexy, "Teoría de los Derechos Fundamentales", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, ps. 347 y ss.).

Aprecio que la salida para lograr una paridad de todos los aspirantes a formar una familia, en este caso, se encuentra en reinterpretar en lo que consisten las TRHA. Quienes no pueden tener un hijo por alguna razón podrán concretar su deseo sustituyendo la gestación. La práctica de las TRHA origina alternativas que debieran de encausarse, justamente, por esta vía, en tanto es la que lo ha originado y no pretender dar una solución legal por otro proceso distinto, como sería la adopción. Sería como admitir readaptar lo que realmente ocurrió, a una u otra norma, cuando ambas poseen alcances distintos, desvirtuando el derecho humano a formar una familia y a ejercer la voluntad procreacional.

Tal interpretación es la que alienta el espíritu que guía al art. 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en tanto impone como forma de entender a la ley el tener en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (esta Sala, causa N° 10.322/2011, sent. del 14/07/2020).

VIII. Otro de los pilares de toda decisión judicial atinente a niños, niñas y adolescentes es su interés superior. Por consiguiente, será esencial cómo se consolida en este caso. Es por este motivo que tampoco me parece adecuada la salida que proponen los recurrentes sobre la posibilidad de tramitar la adopción. Por un lado, inclinar la solución del caso hacia la adopción, es alterar la realidad. La niña no es hija de quien la dio a luz, ya sea desde lo genético como desde la intención. La señora G. P. fue clara en cuanto a que ella no tenía vocación procreacional con respecto a la niña. Decir que es hija de ella por haberla dado a luz es imponer la letra de la ley por sobre la realidad. Además, la adopción se procura con respecto al hijo biológico ajeno cuando, en este caso, el señor R. es quien ha tenido la voluntad procreacional, junto con el señor F.

A lo dicho agrego que aprecio absolutamente relevante el tiempo que llevará tramitar la adopción para que —en caso de contar con una decisión favorable— la niña sea hija del señor R. Esta salida es adaptar la vida de las personas, en especial de la niña, a la letra de la ley y no poner la ley como forma de reglar la vida de las personas, con las menores restricciones posibles a su voluntad. Ello no quita, lo que expreso a mayor abundamiento que, por el principio de la flexibilidad de las formas, el Juez de la instancia pueda considerar reconducir ese proceso por el de la adopción —vía que propone el voto que antecede—.

De tal manera, encuentro que la adopción no respeta al superior interés de la niña, quien vería postergada la definición de su identidad jurídica a la finalización del proceso pertinente, para llegar —luego— a tener el vínculo filial también con el señor R. Tal forma de proceder vulnera el superior interés de la niña, quien, en el presente y desde que nació está conviviendo con el matrimonio de los señores F. y R. y recibe el trato de hija. La solución que se propone en el recurso implicaría postergar la definición de su identidad, uno de los derechos humanos esenciales de toda persona.

Como se ha dicho en numerosos precedentes, el debido proceso legal en juicios en los cuales participan niños, niñas y adolescentes reviste un valor especial. El Juez es garante de la efectividad de los derechos de la infancia (arts. 14, 16, 18, 75 incs. 19, 22 y 23, 3.1 y 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1, 8, 19 y 25 de la Convención Americana, 2 *in fine* y 27 de la ley 26.061; 27, decreto 415/2006, 59, CC; 103, CCCN; Corte I.D.H., Opinión Consultiva n° 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Serie A, n° 17 del 28 de agosto de 2002, párrafo 102; voto del señor Juez doctor de Lázzari en Ac. 96.178, sent. del 05/11/2008; P. 118.953, sent. del 11/10/2012, C 117577, sent. del 18/11/2015, entre otros).

El definir cuanto antes quiénes son los padres de una persona es un mandato convencional y constitucional. La misma Corte Interamericana señaló que "...la Convención sobre los Derechos del Niño, en su

artículo 8.1, señala que 'los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad', incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez..." (CorteIDH, "Caso Fornerón c. República Argentina", sent. del 27/04/2012, párrafo 123).

En referencia al derecho a la identidad se ha expuesto "...que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención,...es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso." (CIDH, 24/02/2011, "Gelman c. Uruguay", p. N° 122).

La misma Convención sobre los Derechos del Niño establece que "el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos" (art. 7°) y que "los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección (art. 8°) apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

La inscripción definitiva de los niños y niñas en el Registro es un derecho que no puede verse aplazado en el tiempo. Hace a su reconocimiento familiar, a su individualización y a su propia identidad e historia.

A mayor abundamiento y en línea con todo lo dicho, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó la disposición 93/DGRC/17, del 13 de octubre de 2017, publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires. Su artículo 1°, dispone "autorizar a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por TRHA de alta complejidad, denominada gestación solidaria".

Cumplidos los requisitos que la misma disposición establece, se puede inscribir preventivamente el nacimiento. Se procura dar una solución, en vista al resultado de la acción colectiva, de la situación de los niños nacidos por esta práctica, como consecuencia del pronunciamiento emitido por la Sala I, de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la causa "Defensor del Pueblo de la CABA y otros c. GCBA y otros s/ amparo" (Expte. A1861/2017) con fecha 4 de agosto de 2017.

En ese precedente, a los fines de no postergar indebidamente la inscripción de un nacimiento el amparo colectivo articulado por el Defensor del Pueblo y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT), se hizo lugar a la medida cautelar, se ordenó al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal (en adelante REC-CP) inscribir provisionalmente a los niños nacidos a través de la denominada gestación por sustitución, a favor de los comitentes con voluntad procreacional, sin emplazar como progenitora a la gestante que expresó previamente no tener aquella voluntad. La sentencia dispuso también la incorporación de los datos de la gestante en el legajo base a fin de respetar el derecho de identidad de los niños pertenecientes a dicho colectivo.

En definitiva, las dilaciones en el cumplimiento de estos derechos inciden en la vida de los niños provocando una incertidumbre en cuanto a su propia historia que debiera evitarse. Todos los niños y niñas tienen el derecho a crecer en la mayor armonía y tranquilidad, en una situación de estabilidad emocional y también jurídica. Ese es el único sentido con el cual la ley debe interpretarse en respeto de ese interés superior.

IX. Además que, de optarse por la vía de la adopción, se postergaría la concreción de estos derechos a las resultas de otro proceso, quedaría supeditado a que el Juez que vaya a intervenir considere que esa sea la vía, pues también podría acontecer que el juez que intervenga en la nueva causa podría estar en desacuerdo y terminar rechazando la acción nuevamente.

Como es sabido, el alcance objetivo de la autoridad de cosa juzgada alcanza solo a lo que fue motivo del litigio, es decir, a lo que la parte actora planteó y a las defensas esgrimidas por la contraria, en este caso, al pedido de desplazamiento de la relación filial con la señora G. P. y la anotación como hijo del señor D. H. R. Todas las restantes consideraciones del Juez son ajenas al debate y, por ende, carecen de la cualidad mencionada.

Como explica Nieva Fenoll, cuando en un fallo se incorporan consideraciones que no han sido debatidas, además de resultar violatorias de la congruencia, atentan contra el derecho a ser oído (Jordi Nieva Fenoll, "La cosa Juzgada", Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2006, p. 188). Es por ello que la circunstancia que se debate, como es la vía del reclamo —el proceso de adopción en este supuesto— no hace cosa juzgada y tampoco asegura por ello que finalmente esa sea la vía procedente.

En definitiva, la sentencia solo tiene fuerza vinculante en cuanto a lo que constituyó la traba de la litis. Claro que ello no implica que el Juez pueda aceptar el camino de la adopción —más allá de su consideración— para no violar el derecho de acceso a la justicia de los reclamantes (arts. 18, Const. Nac.; 8, 25, Convención Americana de Derechos Humanos).

X. La sentencia de primera instancia tampoco altera el derecho a la identidad de la niña a conocer sus orígenes, ya que en el mismo pronunciamiento se toman los resguardos para que se anote en el Registro todos los datos referidos a su nacimiento, de tal manera que podrá reconstruir su historia. El art. 559 del Cód. Civ. y Com. de la Nación se refiere a la expedición del certificado, lo que difiere de las anotaciones del Libro o Partida, en el cual constan las anotaciones marginales que se ordenan judicialmente (conf. arts. 1, 5, 15, 25, 47, 78 a 80, ley 26.413).

XI. Consecuencia de lo expuesto, he de proponer al acuerdo declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (en igual sentido ver Juzgado Nacional en lo Civil N° 4, *in re:* "SA y otro s/ inscripción de nacimiento", sent. del 30/06/2016; Juzgado de Familia N° 8 de La Plata, *in re:* "D.J.E. y otro s/ autorización judicial", sent. del 27/04/2020, entre muchos otros) y confirmar lo decidido. Con costas de la Alzada por su orden atento las particularidades del caso y forma como se decide la cuestión (cfr. arts. 68, 69 y 161 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

El doctor *Ameal* dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos, me adhiero al voto expresado por el doctor *Álvarez*.

Por lo expuesto y disposiciones legales citadas, el Tribunal, por mayoría, resuelve: Revocar el pronunciamiento recurrido en cuanto ha sido motivo de agravios. En su mérito se rechazan las acciones promovidas. Con costas por su orden, atento las particularidades del caso y forma como se decide la cuestión (cfr. arts. 68, 69 y 161 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1 de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013, y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/2013 de la CSJN; a tal fin, notifíquese por Secretaría a las partes, al Sr. Fiscal de Cámara y a la Sra. Defensora de Cámara. Oportunamente, devuélvase a la instancia de grado. Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. — *Osvaldo O. Álvarez.* — *Silvia P. Bermejo* (en disidencia). — *Oscar J. Ameal.*

Gestación por sustitución y adopción integrativa: límites contractuales ante la ausencia de un vacío legal

Mercedes Ales Uría (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Factores de atribución de la maternidad en derecho argentino vigente.— III. Acerca de la delimitación contractual de los acuerdos de gestación subrogada.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

Desde el año 2015 en que entró en vigencia el Código Civil y Comercial se ha desarrollado, en diferentes jurisdicciones a lo largo y ancho del país, un curioso fenómeno judicial en relación con la figura de la gestación por subrogación o maternidad subrogada (vulgarmente referida como alquiler de vientres). Este fenómeno se caracteriza por la aparición de fallos de diferentes jurisdicciones en los que se convalidad —a *priori* mediante solicitud de autorización o *a posteriori* con un pedido de modificación registral— el orden de relaciones familiares acordados por tres o más adultos, estableciendo el *status filii* y *familiae* de niños y niñas nacidos mediante contratos de gestación por sustitución. La amplia mayoría de precedentes han resuelto planteos formulados con gestaciones ya avanzadas o, inclusive, a partir de acciones de estado para impugnar la filiación de niños y niñas ya nacidos **(1)**.

De la lectura que puede efectuarse de estos decisorios judiciales se desprenden ciertas líneas de razonamiento convergentes y la cita reiterada de —prácticamente— idénticas fuentes doctrinarias y jurisprudenciales. De manera casi unánime, los conflictos son resueltos de manera favorable a la petición de "transferencia" de la maternidad legal a favor del miembro de la pareja que no ha gestado al menor involucrado. Ello por cuanto se hace una lectura amplia del derecho a la reproducción y una reelaboración del concepto de maternidad a partir exclusivamente del deseo, llegándose a afirmar la "inconstitucionalidad y anticonvencionalidad" de la determinación del vínculo *a matre* en relación con la mujer que pare.

Una vez más, a la luz de este escenario, conviene reflexionar, acerca del olvido sistemático de la figura de la adopción por integración del hijo del cónyuge o conviviente. Figura que, a diferencia de la gestación por sustitución, se encuentra normada y reglada, otorgando un marco de legalidad y resguardo por los intereses del niño o niña involucrada. Esto por oposición al tratamiento pretoriano y cuasi artesanal que el conglomerado de antecedentes en la materia presenta, dejando grandes interrogantes abiertos que pueden, potencialmente, vulnerar derechos fundamentales de los menores **(2)**.

(*) Abogada (Univ. Austral), doctora en Derecho (Univ. De Sevilla), MBA (Univ. Rey Juan Carlos), profesora titular de Derecho de Familia y Sucesiones en la Universidad del Salvador y UCEMA.

(1) Remitimos al trabajo que extensamente aborda la cuestión que elaboramos con BASSET, Ursula, "¿Legislar sobre maternidad subrogada?", LA LEY diario del 30/05/2018.

(2) Véase el análisis desde la óptica de política legislativa y seguridad jurídica que volcamos en ALES URÍA, Mercedes, "Argentina's Absence of Regulation of Surrogate Motherhood: a Case of Judicial Activism and Unfo-

El caso que se trae bajo análisis presenta una diferencia notoria respecto de sus predecesores. Se trata de un supuesto de gestación por sustitución encargada por pareja conformada por dos cónyuges varones y con recurso a ovodonación. La madre gestante era una mujer soltera vinculada laboralmente con los padres intencionales. La nota distintiva de este fallo es que, a diferencia de sus predecesores, se resuelve negativamente la petición de la pareja y la gestante para mantener el emplazamiento filial de la niña nacida y reencauzar las voluntades hacia el proceso de adopción por integración de la hija del cónyuge. Ello con base en la premisa de que, auténticamente, no existe un vacío legal ni laguna normativa o axiológica.

En estas líneas se abordarán dos aspectos que surgen del fallo bajo análisis. El primero, y más ostensible, el reencuadre de la petición hacia la figura de la adopción de integración. El segundo, velado pero presente, que se refiere a los límites contractuales y mercantiles de los acuerdos de gestación por sustitución.

I.1. El fallo "F., R. R. y otro c. G. P., M. A. s/ impugnación de filiación" **(3)**

El fallo recae en instancia de apelación en un expediente iniciado conjuntamente por la pareja comitente y la mujer gestante. Según surge del relato de los hechos, los dos varones, casados desde el año 2014, realizan un acuerdo de gestación por sustitución con la mujer que actuará como subrogante. Esta mujer, conforme los autos, trabaja para la pareja desde el año 2014 y se ofrece *motu proprio* para realizar la gestación y posterior entrega de la niña. El fallo omite indicar si hubo alguna retribución pactada o gasto reconocido a la gestante, así como cuál es su condición laboral específica y qué tareas realiza habitualmente para los comitentes.

La mujer gestante indica en todo momento su conformidad con el procedimiento a realizar y asume el compromiso de "renunciar a sus derechos materno filiales". La niña nace en el año 2016 y es descendiente genética de uno de los cónyuges, no así de la mujer gestante y es inscripta como hija de la madre gestante.

El Juzgado interviniente en primera instancia entiende que las cuestiones a resolver son dos: la procedencia de la impugnación de la maternidad de la gestante; y la atribución de la filiación matrimonial con relación a la pareja comitente. El fallo resuelve de manera positiva ambas cuestiones, indicando que la niña sea tenida a los efectos legales como hija matrimonial de los comitentes y esto se vea reflejado en la correspondiente inscripción registral. Notablemente, la sentencia de grado indica, entre las razones que avalan la decisión que "...la gestación por sustitución es la posibilidad que tiene una pareja integrada por dos varones de concebir un hijo en forma conjunta y de que esta tenga relación genética con la pareja o con uno de ellos al menos" agregando la sentencia que ello "claramente es preferido a la filiación por adopción" (el destacado me pertenece) **(4)**.

Este decisorio es apelado por el Ministerio Público Fiscal considerando que se aparta de las normas filiatorias que rigen el caso sin que la sentencia hubiese declarado su inconstitucionalidad. Sostiene que, al haber el legislador suprimido la figura de gestación por sustitución no puede concluirse que exista un vacío legal que autorice a considerarla permitida. Expresa que ello guarda coherencia con el texto del art. 562, Cód. Civ. y Com. cuya regla es que el vínculo filiatorio se genere con la mujer que dio a luz al niño y, asimismo, con el art. 558 del citado Código, en cuanto únicamente pueden existir dos vínculos filiatorios. Asimismo, el Ministerio Público Fiscal señala que el ordenamiento jurídico permite resolver la cuestión extinguiendo la responsabilidad parental de la madre gestante (cfr. art. 700 del Cód. Civ. y Com.) concediendo su adopción plena a quien manifiesta expresamente su voluntad procreacional. Así la adopción de integración que contempla el art.

reseeable Consequences", en AA.VV., Family Law and Family Realities, Seven Publishing, Netherlands, 2019.

(3) CNCiv., sala K, sentencia del 28/10/2020.

(4) Acerca de las ópticas, prejuicios y valores que subyacen en tal afirmación, véase BASSET, Ursula, "Antiadoptivismo: un sesgo latinoamericano que impacta de lleno en el derecho a una familia de los niños", Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones: doctrina, jurisprudencia, temas procesales y registrales, nro. 8, 2020, ISSN 2301-1114, ps. 7-18.

630 del Cód. Civ. y Com. establece un vínculo filiatorio pleno equiparado al padre biológico.

A diferencia de su par de grado, la Defensora de Menores de Cámara adhiere a los fundamentos expuestos por el Fiscal. Sostiene que la norma contenida en el art. 562 del Cód. Civ. y Com. resulta aplicable a todos los casos, incluso al supuesto de marras. Resalta que la sentencia agravia a la niña en su derecho a la identidad "... al hacer desaparecer de escena a la madre gestante quien ha sido parte esencial para su desarrollo y posterior nacimiento. Expresa que la inscripción del nacimiento conforme el artículo citado y luego —en su caso— la posterior adopción integrativa importa un reconocimiento pleno de la identidad de origen de H. y respeta su realidad gestacional. Solicita se admitan los agravios y se revoque la resolución de grado".

A diferencia de lo resuelto en numerosos precedentes, la sala se aparta de la particular concepción de que de la decisión legislativa de eliminar la figura de la maternidad subrogada del ordenamiento civil como un permiso implícito **(5)**. En palabras de la sala "...no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN. Inicia el razonamiento considerando la existencia de un orden público (art. 12, Cód. Civ. y Com.) que sustrae a la voluntad de las partes determinadas leyes destinadas a regir las relaciones entre las personas". Concordantemente, "... los términos en que se encuentra redactado el art. 562 actualmente imponen concluir que la figura no está admitida, guardando ello coherencia con los términos que emergen del art. 17 del Cód. Civ. y Com. que *prohíbe contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo*" (el resaltado me pertenece).

Asimismo, otro de los ejes que vertebran el decisorio es la consideración de las tres clases de filiación (biológica, adoptiva y por técnicas) como iguales y sin preeminencia o preferencia de una por encima de la otra. Resalta que "...el punto de partida de toda filiación es el vientre de la madre al atribuir maternidad en el art. 562 a los 'hijos de quien da a luz' y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre" y que "...la declaración de voluntad de someterse a estas técnicas médicas para lograr el embarazo (consentimiento informado) llamada 'voluntad procreacional' es el origen de la filiación por TRHA el cual se encuentra, consecuente e inexorablemente, unido al parto de quien da a luz descartando la gestación por sustitución". En claras palabras afirma que la voluntad procreacional no sirve para determinar la maternidad dado que esta se determina por el útero, más allá de todo consentimiento. En otras palabras, la voluntad procreacional rige en el ámbito donde no rige el vientre, como una nueva forma jurídica de enlazar al niño con sus progenitores de deseo.

II. Factores de atribución de la maternidad en derecho argentino vigente

En el sistema legal argentino la filiación *a matre* puede tener lugar por dos vías: por la comprobación del hecho del parto, conforme el art. 565 del Cód. Civ. y Com. (que incluye a los hijos nacidos mediante TRHA a través de la disposición especial del art. 562), o bien mediante la adopción, ya sea de forma individual o conjunta, de un menor no relacionado biológicamente con ninguno de los adoptantes o descendiente genético de uno de ellos. Para el caso de un menor que es descendiente genético de uno de los miembros de una pareja, la Sección 4º del Capítulo V, Título VI del cuerpo civil y comercial, contempla la adopción de integración por el otro integrante de la unión o matrimonio y sin distinguir si el adoptante es varón o mujer.

Que una persona sea padre o madre de otra no significa que la haya engendrado, sino que debe cumplir con respecto a esa persona el conjunto de deberes y funciones que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen con esa denominación **(6)**. El lazo paterno-filial conlleva la imposición de una serie de deberes y correlativas responsabilidades, funciones y poderes que, en atención a su misma teleología, aconsejan, en ocasiones, no ser deposita-

(5) Véase el relevamiento de antecedentes efectuado en ALES URÍA, M., "Maternidad por acuerdo de partes: ¿legalidad o equidad?", Revista del Código Civil y Comercial, nro. 59, La Ley, junio 2016.

(6) MONTÉS PENADES, V. L., "El consentimiento en la fecundación asistida", Actualidad Civil, nro. 47, 25/10/1994, p. 491, ps. 506-509.

das en cabeza de quien engendró efectivamente a una criatura **(7)**. La construcción histórica de la filiación que nace a partir de la sentencia de adopción nos ha enseñado que no siempre la biología es el mejor basamento para el *status filii*. También nos ha enseñado que la separación de genética y biología debe hacerse mirando el norte del interés superior del niño y velando por dar al niño o niña el mejor ambiente para un desarrollo integral.

II.1. La adopción de integración: la búsqueda del mejor interés del menor

Históricamente la separación entre progenitura —en un sentido biológico o genético— y paternidad o maternidad —en un sentido legal— encontró su razón de ser en la protección del mejor interés del menor. La realidad que pone de manifiesto el precedente estudiado, y los antecedentes citados en el epígrafe anterior, evidencia una peligrosa segunda posibilidad de disociación basada fundamentalmente en los intereses y deseos de los adultos.

El interés superior del niño representa un principio con jerarquía constitucional, a partir de la reforma de 1994 a la Constitución Nacional **(8)**. La minoría de edad es protegida en virtud del proceso de desarrollo vital que comprende: la personalidad va evolucionando hacia una autonomía y afirmación del yo **(9)**. El Derecho recoge este dato social y psicológico y lo recubre de una protección normativa, contemplando un determinado número de años como minoría de edad legal **(10)**.

En el ordenamiento jurídico argentino el interés del menor es el eje central de cualquier decisión administrativa, judicial o privada **(11)**. Este estándar no es un valor programático, sino que posee un contenido legal vinculante como principio que informa la actuación de todos los poderes públicos **(12)**. Esto significa que, en cada situación a resolver, los derechos del niño, niña o adolescente en cuestión —el derecho del menor a estar con sus padres, el derecho a la salvaguarda de su integridad física y moral, el derecho a la educación, entre otros— al momento de cobrar vigencia efectiva deberán concretarse en una única decisión destinada a optimizar este principio, otorgándole contenido específico **(13)**.

En la adopción de integración que contempla el art. 630 del Cód. Civ. y Com. se establece, con la debida intervención y contralor judicial, un vínculo filiatorio con el hijo del cónyuge o

(7) LACRUZ BERDEJO, J. L., "La Constitución y los hijos artificiales", Actualidad Civil, nro. 34, 20/09/1987, p. 2031, ps. 2031-2037.

(8) SOLARI, N., "Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema", DFyP 2010 (septiembre), 01/09/2010, p. 24.

(9) PIAGET, J., Seis estudios de psicología, trad. N. Petit, Ariel, Barcelona, 1981, ps. 12 y ss.

(10) El "interés del menor" abarca todas las vertientes de la protección del niño y es la piedra angular de la legislación concerniente a quiénes aún no han alcanzado la mayoría de edad puesto que ha de ser la directriz en toda situación que los involucre. Exige que se alcance un equilibrio dinámico en función de la gradual autonomía volitiva del niño.

(11) CS, sentencia del 20/02/2007, "Gallardo, Guadalupe y otros c. Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso".

(12) CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., "Acogimiento familiar versus paternidad. El derecho de los acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro a perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental", LA LEY, nro. 5189, 22/11/2000, p. 6.

(13) Van Bueren, G., The International Law on the Rights of the Child, Kluwer Law International, Holanda, 1998, ps. 47-48. Una vez asentado que el interés del menor es un concepto indeterminado, es fácil deducir que se compone de una lista abierta de factores imposibles de enumerar exhaustivamente en cualquier norma. La tarea del operador del Derecho consiste en determinar caso por caso, y de acuerdo con los factores que en la coyuntura estén en juego, un equilibrio. La especial dificultad radica en que, al enfrentar un conflicto que involucre a un niño, es necesario realizar pronósticos de futuro mediato e inmediato e, ineludiblemente, introducir valoraciones sobre lo que constituye el más pleno desarrollo de una persona. No debe olvidarse que al hablar del "interés del menor" y de lo que este significa nos encontramos ante un concepto legal que intenta orientar factores extra normativos como son la realidad psicológica, afectiva y social en la que se desenvuelve el menor; aquello que sea el mejor interés de este para la ley y para el juez, puede no corresponderse enteramente con el mejor estado de cosas para el niño en otros ámbitos. En otras palabras, el interés del menor es un principio que debe guiar al ordenamiento normativo y detiene su efectividad allí donde el Derecho no puede avanzar; la norma puede indicar que los deberes de la patria potestad incluyen el trato personal con el hijo, pero no puede crear un lazo afectivo y espiritual donde la voluntad no lo desea.

conviviente y respecto del cual no se tiene relación genética alguna. Este supuesto procederá cuando, o bien no se ha determinado uno de los vínculos filiatorios biológicos, o bien una vez determinado existen causas —contempladas en el art. 621 del Cód. Civ. y Com.— que hacen aconsejable para la protección del mejor interés del niño que este mantenga ciertos vínculos con el progenitor biológico pero que la responsabilidad parental resida en la pareja matrimonial o conviviente. Aquí existe un vínculo parental basado en la progenitura y otro vínculo que se establece por la conjunción de la voluntad y la intervención estatal mediante la figura de la adopción.

Aquí existe un vínculo parental basado en la progenitura y otro vínculo que se establece por la conjunción de la voluntad y la intervención estatal mediante la figura de la adopción. Es decir que, una vez reconocido el menor por el cónyuge que aportó su esperma, podría abrirse una nueva etapa en la que el cónyuge del varón solicitase la adopción del hijo de este, en el marco de un expediente judicial en el que se velase por el interés del niño. Inclusive, en el caso bajo examen, esta opción no encontraría la prohibición del art. 601, inc. b) de adopción del descendiente por el ascendiente **(14)**.

A manera de ejemplo de la viabilidad y legalidad de la opción planteada, vale citar el precedente de la sala H, de la Cámara Civil, en la que se hizo lugar, a petición de los comitentes, con conformidad de la gestante y del Sr. Defensor de Menores, a la adopción de integración de dos menores nacidos mediante gestación por sustitución por el cónyuge masculino del padre genético **(15)**. Para así resolver, la sala interviniente, juntamente con el Defensor de Menores, valoró que la figura legal pretendida otorgaba a los menores involucrados un mismo estatus *familiar*, resguardando su interés superior.

II.2. El porqué de la adopción como vía privilegiada

La sentencia de primera instancia en esta causa remarcó que establecer la filiación de acuerdo con la voluntad procreacional "claramente es preferido a la filiación por adopción", justificando el recurso a la gestación por sustitución. Vale preguntarse si esta afirmación, que se efectúa desde la óptica adulto céntrica de quienes poseen el deseo de ser padres, es extensible al prisma de la situación del niño o niña que viene a satisfacer ese deseo.

Nuevamente, esto lleva a considerar las consecuencias de no recurrir a los cauces de legalidad que ofrece el instituto de la adopción en sus diversas variantes. La cuestión de quién ostente la patria potestad sobre un niño, sea a cambio del pago de dinero o sea por razones altruistas, no puede quedar enteramente librada al acuerdo de los particulares ni se enmarca en el ámbito de la privacidad.

Como ya se remarcó, la subrogación tiene en común con la adopción que se exige la intervención de terceros para crear una familia cuando una pareja está imposibilitada de hacerlo sola. En ambos casos el estado tiene una función reguladora en su condición de tutor de los menores de edad. Asimismo, ambos procedimientos sirven para integrar niños en hogares con los que no poseen un vínculo genético completo. La diferencia en que en la maternidad subrogada se planifica la generación de un niño o niña que será separado de su madre biológica, de común acuerdo entre ella y el o los comitentes, muchas veces con una retribución de por medio, con el objeto de una paternidad o maternidad ancladas en el deseo de la descendencia más o menos genética **(16)**. En Argentina, adicionalmente, estos acuerdos son llevados a cabo en un contexto entre privados, sin contralor de un tercero imparcial, y con el asesoramiento médico y legal de profesional que lucran con su realización.

El interés del niño es solamente invocado *a posteriori* con una situación afectiva y familiar de hecho consolidada: el magistrado interviniente debe enfrentarse a una gestación en curso y a la urgencia de determinar un emplazamiento filial cuando la embarazada expresamente manifiesta no querer asumir su rol materno y otra pareja

(14) Ídem, p. 99.

(15) CNCiv., sala H, 24/10/2016, autos "S. T., A. y otros s/ inscripción de nacimiento".

(16) FRETWELL WILSON, R., "Uncovering the rationale for requiring infertility in Surrogacy Arrangements", American Journal of Law & Medicine, 29 (2003), ps. 337-362, p. 353.

reclama derechos parentales sobre un niño por nacer **(17)**. Difícilmente el mandato de optimización de protección del interés del menor pueda concretarse situando al recién nacido bajo la responsabilidad parental de quien desea entregarlo a otras personas **(18)**.

A la luz de la lectura del precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso "Paradiso & Campanelli c. Italia" **(19)**, cabe preguntarse cómo serían consideradas, en el marco de una solicitud de adopción de un menor por sus guardadores de hecho, si del expediente judicial surgieran acuerdos y conductas entre privados similares a las que han dado lugar a ciertos precedentes de emplazamiento filiatorio con base en una figura expresamente descartada por el legislador de 2015. Y si bien la jurisprudencia de este tribunal se inclina ante la necesidad de otorgar un emplazamiento legal que disipe situaciones de incerteza sufridas por los niños y niñas nacidas a través de estos acuerdos, lo cierto es que entiende que el margen de apreciación del Estado para lograr este objetivo es amplio. Tanto que no existe una obligación automática de reconocimiento de la maternidad de deseo: este reconocimiento puede discurrir por los caminos de la adopción con contralor judicial **(20)**.

Resulta ilustrativa, la resolución del Parlamento Europeo del 5 de abril de 2011 en la que se llamó a los estados miembro a reflexionar sobre "...el serio problema de la subrogación que constituye una explotación del cuerpo femenino y sus órganos reproductivos" y enfatizaba que "...las mujeres y los niños están sujetos a las mismas formas de explotación y ambos pueden ser vistos como *commodities*" **(21)**.

En este mismo sentido, la Informante Especial de la ONU sobre trata y explotación sexual, incluyendo prostitución y pornografía, sostuvo en su informe del 15 de enero de este año 2018, en el marco de la Asamblea General, que la maternidad subrogada frecuentemente equivale a la trata de niños. Recomendó prohibir la maternidad subrogada comercial **(22)**. Proceder a determinar en todos los casos la maternidad por el parto y no admitir contratos que impliquen la renuncia a la responsabilidad parental por parte de la madre. También que se obligue a los jueces a investigar todo contrato de maternidad subrogada para asegurar que no haya venta o explotación y a evaluar la idoneidad de los pretensos progenitores ("comitentes").

III. Acerca de la delimitación contractual de los acuerdos de gestación subrogada

En repetidas oportunidades he sostenido que los acuerdos mediante los que se estipula el coloquialmente denominado "alquiler de vientres" se acercan más a un supuesto de voluntariedad en la supresión y atribución de la filiación materna que a un caso típico de reproducción asistida **(23)**. Ello por cuanto presenta diferencias sustanciales con las prácticas de TRHA heterólogas más extendidas y aceptadas

(17) ALES URÍA, M., "Maternidad por acuerdo...", cit.

(18) El propio ordenamiento jurídico reconoce en el art. 700, inc. b) del Cód. Civ. y Com. la extinción de la responsabilidad parental por el abandono del hijo inclusive cuando es dejado al cuidado del tercero o de otro progenitor. Concordantemente, el art. 607, inc. b), permite la declaración de adoptabilidad de un menor cuando sus padres han manifestado libremente su decisión de que sea adoptado.

(19) Sentencia de Gran Sala del 24 de enero de 2017. Véanse las diferentes posiciones manifestadas en la doctrina nacional por LAFERRIERE, J. N., "Importante fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos contra la maternidad subrogada", en Boletín de Bioética, Persona y Familia, del 6 de febrero de 2017; y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. - HERRERA, M. - LAMM, E. - DE LA TORRE, Natalia, "La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso 'Paradiso y Campanelli c. Italia'", LA LEY del 13/03/2017.

(20) Véase el análisis de la jurisprudencia posterior del TEDH realizado por MARRAMA, Silvia, "Prácticas abusivas en convenios de maternidad subrogada", Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Erreius, febrero 2020.

(21) Véase párrs. 20 y 21 sobre prioridades y esquema del nuevo marco de políticas de la UE para luchar contra la violencia contra la mujer. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0127+0+DOC+XML+V0//ES. Visitado por última vez el 24/03/2017.

(22) Se sigue el trabajo de Basset, Úrsula, "La maternidad subrogada como trata y explotación de niños. informe oficial de la Asamblea General de la ONU", LA LEY del 11/09/2018, p. 1; LA LEY 2018-E-728.

(23) ALES URÍA ACEVEDO, M., "El derecho...", cit., ps. 273-276.

por el Derecho comparado **(24)**. Estas diferencias pueden centrarse en: la in fungibilidad de la mujer gestante; el carácter complejo de las conductas que se encuentran involucradas; y la disposición total del cuerpo de la persona gestante.

Por fuera de lo que transcurre ante los estrados judiciales, discurre un escenario de acuerdos, encuentros de voluntades, que tienden a determinar qué sucederá con el emplazamiento filiatorio y familiar de un recién nacido

¿Cuál es la realidad de la maternidad subrogada? La mujer gestante posee un vínculo con las personas comitentes y estas dos partes, a su vez, poseen relaciones con los centros de fertilidad que actúan como intermediarios o facilitadores de estos acuerdos. No olvidemos que la gestación subrogada es técnica posible solo por vía de fertilización *in vitro*¸ que es un procedimiento que solamente puede efectuarse en un centro médico. A su vez, las relaciones entre estas tres partes repercutirán sobre la posición jurídica y derecho de la persona del hijo o los hijos que habrán de nacer.

III.1. El acuerdo entre parte gestante y parte comitente

Como todo acuerdo de voluntades para el derecho, este debe tener un objeto o propósito **(25)**. Lo que se denomina el "objeto" del contrato. Ante ello la primera pregunta a realizarse consiste en diferenciar si se trata de una obligación de hacer o una obligación de dar, en la nomenclatura de la materia.

En una obligación de hacer nos encontraríamos ante un contrato cuyo objeto es la prestación de un servicio. En este caso: el servicio de gestación. Ante ello cabe preguntarse qué características poseería este servicio y si podría ser legalmente prestado en el marco del derecho argentino.

Como notas evidentes del servicio de gestación surgen que este implicaría a la totalidad psico, física y emocional de una mujer durante las veinticuatro horas del día; todos los días; durante entre 38 y 42 semanas en la normalidad de los casos. Ni la Ley de Contrato de Trabajo, ni ningún Convenio Colectivo, ni estatuto de ejercicio de profesión liberal alguna contempla o permiten la utilización de la fuerza laborativa humana con tal extensión.

Consecuentemente, la pregunta que sigue es si el objeto del acuerdo es un dar: la entrega de un producto o bien. Este producto no podría ser un órgano —el útero femenino—, ya que es imposible separarlo del resto del cuerpo de la mujer para que cumpla con su función de gestación.

Siguiendo, entonces, la teoría de las obligaciones, cabe diferenciar entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado para dar respuesta a cuál es el objeto del contrato o regulación de voluntades entre gestante y comitentes. ¿A qué se obliga la gestante? A realizar todas las conductas tendientes a lograr un embarazo, llevarlo a término. Pero, como corolario del abanico de obligaciones que asume, se encuentra una obligación de resultado: entregar un niño o niña nacidos a los comitentes. El objeto del contrato es doble: poner a disposición la propia persona para la gestación y nacimiento; y entregar el niño o niña fruto de esa gestación a las personas que lo encargaron. Prueba de ello la ofrecen el derecho comparado de este tipo de acuerdos donde la gestante es paga en diferente medida

(24) Para un desarrollo más extenso véase ALES URÍA, M., "La maternidad por acuerdo de partes", El Derecho, 30 de diciembre de 2011 y "La doble maternidad en derecho argentina y comparado", LA LEY de 26//05/2011 y bibliografía allí citada.

(25) Art. 773.— Concepto. La obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes. Art. 774.— Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso. Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales. Art. 750.— Tradición. El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario.

por sus servicios si el embarazo es múltiple, si no llega a término, si el niño no nace vivo, etc.

III.2. El vínculo laboral de la gestante con los comitentes. Lo que el fallo no nos dice

Entre los antecedentes que surgen de la sentencia de Cámara se menciona que la gestante es trabaja para ambos comitentes. No se nos dice en qué calidad ni cómo se articula esa relación de dependencia laboral. En sí, poco importan estos datos frente a la innegable realidad del vínculo laboral.

A nivel internacional, los documentos que han avanzado en un análisis multisectorial acerca de la maternidad subrogada han sido concluyentes en un sentido: debe evitarse la que obedece al tipo comercial puesto que, en estos casos, el límite conceptual y legal con la compraventa de niños es tan tenue que, a veces, se torna invisible. Así, los Principios de Verona de febrero de 2021, redactados por un grupo de expertos conforme el International Social Services **(26)** aclaran: "La subrogación comercial, por definición, incluye pago y, por lo tanto, cumple con al menos dos de tres elementos presentes en la venta de un niño: pago y transferencia. La subrogación comercial constituye la venta ilícita de niños cuando ese pago se hace 'por' (a cambio de) la transferencia. En la subrogación comercial, el pago por los servicios de gestación es mínimo; la cuestión radica en que el pago es hecho por la transferencia". La transferencia se refiere a la responsabilidad parental y emplazamiento filial.

El caso bajo análisis, por el solo vínculo laboral, implica que existe un intercambio de dinero entre los comitentes y la gestante. El altruismo —que, por otra parte, no aparece mencionado, sino solamente la espontaneidad del ofrecimiento— es de difícil invocación entre partes unidas por una relación de dependencia. En este caso, es, además, la parte que para la legislación laboral es "vulnerable" o "débil" quien lleva adelante la prestación de servicios humanos y la entrega de los derechos parentales a favor de la parte "fuerte".

Resulta muy difícil imaginar el desenvolvimiento de esta relación laboral, bajo los principios que rigen a la ley 20.744, en el contexto de un acuerdo típico de gestación por sustitución. En este tipo de acuerdos, son cláusulas usuales aquellas que se refieren a gestión de la salud materno fetal (tales como la elección por los comitentes del equipo obstétrico; el ingreso a los controles prenatales; la prohibición de ingesta de alcohol y drogas); intimidad (abstención de relaciones sexuales durante ciertos períodos por tratamiento de fertilidad o indicación médica); y libertad (obligación de interrupción de embarazo).

Cuesta todavía más imaginar un control de cumplimiento de algunas de las pautas mencionadas, ejercidas sobre una dependienta, en el contexto de una relación laboral en la que debe regir, de mínimo, el estándar del art. 70, LCT: "Controles personales. Los sistemas de controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del empleador deberán siempre *salvaguardar la dignidad del trabajador y deberán practicarse con discreción* y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal. Los *controles del personal femenino* deberán estar reservados exclusivamente a personas de su mismo sexo" (el destacado es nuestro).

Todavía más, cabe preguntarse cómo se asegura el derecho de la mujer gestante a una rescisión contractual o, inclusive, su libertad de arrepentirse cuando, previsiblemente, su reticencia o negativa a cumplimentar alguna de las cláusulas del acuerdo le lleve también la pérdida de su fuente de vida. Porque, humanamente, ¿cuál sería la posición en que esta mujer se encontraría frente a sus empleadores, futuros padres intencionales, si desea interrumpir su embarazo de acuerdo con la normativa vigente? ¿O si desea continuarlo frente a la decisión contraria de quienes abonan su sueldo y los gastos médicos de su embarazo? O si deseare mantenerse en el emplazamiento filial del recién nacido, por aplicación del art. 565 del Cód. Civ. y Com.

La LCT nos indica en su art. 12: "Irrenunciabilidad.— Será *nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley*, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de

(26) https://www.iss-ssi.org.

derechos provenientes de su extinción" (el destacado es propio). Difícilmente podamos sostener este principio frente a una "locación de servicios" que exige la puesta a disposición permanente, durante más de 40 semanas, con injerencias en la vida privada, dirección de aspectos vinculados con la salud y derechos reproductivos y la imposibilidad fáctica de rescisión por una de las partes sin pérdida de salario.

Son especulaciones dado que la sala K de la Cámara no ahondó en esta problemática. Los magistrados apelaron a afirmar la inexistencia de vacío normativo para evitar el desplazamiento filiatorio con base contractual.

IV. Conclusiones

La Cámara, por medio de la sala K, abordó un tema controversial y espinoso y sentó posición en cuanto a la alegada existencia de un vacío legal en el tema. Nuestro ordenamiento contempla dos vías de establecimiento de la maternidad: por el vientre y por la adopción. No así por el acuerdo de partes.

Se enrola esta posición dentro de una línea que aconseja la ONU a través de su Relatora Especial, y refrenda la última jurisprudencia del TEDH. También los recientes principios de Verona. Avalar legalmente el emplazamiento de un niño o niña en el seno de un grupo familiar sin contralor alguno por parte de la autoridad judicial y frente a posibles indicios de intercambio financiero de fondo, no es legítimo ni justo. Tanto el respeto por la dignidad de la mujer gestante como por los derechos del niño o niña exigen un tratamiento legal diferente.

ALIMENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS

Actitud reticente del progenitor demandado. Medidas ordenadas por el juez. Suspensión de la licencia de conducir. Corte de líneas telefónicas.

Con nota de Elena Mendoza

1. — Corresponde ordenar la suspensión de la licencia de conducir "ciclomotores", así como prohibir su renovación, hasta tanto se cumpla con la deuda alimentaria. Frente al interrogante respecto a cuál sería el bien jurídico protegido que tendría más asidero: la libertad de circulación o bien las medidas tendientes a resguardar el derecho de alimentos y el derecho a la vida y al desarrollo de un niño; la segunda opción debe prevalecer sobre la primera.

2. — Corresponde ordenar el corte de líneas telefónicas fijas y/o celulares e impedimento de otorgar nuevas líneas al progenitor demandado mientras dure la situación de incumplimiento de pago de la cuota alimentaria fijada a favor de sus hijos. Como la falta de pago de la cuota alimentaria compromete la cobertura de las necesidades de asistencia, educación, esparcimiento, habitación, manutención, salud y vestimenta de ambas hijas, la medida conminatoria se dirige a perturbar en el padre deudor el goce de cualquiera de esos rubros, menoscabando su fuente de ingresos y/o el disfrute del nivel de vida.

3. — Cabe destacar el daño que provoca el incumplimiento del deber alimentario y que el ordenamiento jurídico no puede avalar por la gravedad que tiene para la sociedad toda, atento su incidencia sobre el derecho a la vida y al pleno desarrollo del niño, sujeto que, por su vulnerabilidad, tiene un plus de protección.

4. — La falta de pago de la cuota alimentaria afecta directamente a la madre, pues ocasiona un deterioro de su situación económica, ya que debe cubrir de manera exclusiva las necesidades materiales de su hija, con la consiguiente limitación injustificada de sus propios recursos económicos.

5. — Esta conducta omisiva del progenitor configura a todas luces un caso de violencia de género en los términos de la ley 26.485 de "Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Integral contra las Mujeres". Es que la conducta del incumplidor queda comprendida en el art. 5°, inc. 4 de dicha ley que refiere a la violencia económica y patrimonial, que se configura cuando se produce el menoscabo de los recursos económicos o patrimoniales de la mujer mediante la limitación de los ingresos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o la privación de los medios indispensables para vivir a una vida digna.

6. — La normativa de fondo ofrece al juez la posibilidad de aplicar las medidas que estime pertinentes, conforme las particularidades de cada caso, con el objeto de persuadir al alimentante a cumplir con su obligación alimentaria. A tales fines, el juzgador deberá tener en cuenta: el incumplimiento reiterado de la cuota alimentaria por parte del progenitor y la razonabilidad de la medida.

JCiv. y Com., Conciliación y Familia 3a Nom., Bell Ville, 18/08/2020. - R., A. V. c. A., A. L. s/ régimen de visita/alimentos - Contencioso.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/40057/2020]

1ª Instancia.- Bell Ville, agosto 18 de 2020.

Resulta:

1. A fs. 304/306 compareció el Dr. Juan Cruz Fanin, en el carácter de letrado patrocinante de la Sra. A. V. R. y solicita ampliación de las medidas coercitivas para efectivizar el cumplimiento de la sentencia de alimentos N° 6 dictada por este Tribunal con fecha 27/02/2019 a favor de los menores A. A. y A. A., por parte de su progenitor Sr. A. L. A. Relata que en diciembre mediante Auto N° 249 de fecha 18/12/2019 se establecieron dos medidas conforme al art. 553 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, a saber la prohibición de salida del país y el corte de la línea de teléfono (Telecom). Agrega que las situaciones cambiaron, en primer lugar afirma que conocieron donde trabajaba el Sr. A. L. A. y que al llegarle el oficio de retención por cuotas alimentaria futuras volvió a renunciar de forma inmediata. Y en segundo lugar dice que atento la situación de Pandemia que atravesamos la prohibición de salir del país ha perdido mucha fuerza por lo que solicita se amplíen las mismas de la siguiente manera:

a) Corte de líneas telefónicas fijas y/o celulares e impedimento de otorgar nuevas líneas mientras dure la situación de incumplimiento: expresa que el progenitor utiliza principalmente la línea de Claro N° ... que según la empresa es la única línea activa que figura a su nombre. Por lo que solicita se ordene a la empresa Claro y Personal al corte de las líneas que se encuentren a su nombre como también la imposibilidad de otorgarles nuevas líneas a su nombre por su

condición de deudor alimentario, debiendo oficiarse también a Movistar.

b) Retiro de Licencia de conducir "ciclomotores": expresa que reitera pedido del retiro de licencia de conducir, y prohibición de nuevas licencias. Que subsidiariamente solicita como primer medida que se retire la licencia de conducir en las categorías "A" (A1.1, A1.2, A1.3, A.14) y se le impida otorgar nuevas licencias en las mismas que son para el manejo de ciclomotores. Aclara que dicha medida no impedirá bajo ningún aspecto el trabajo del Sr. A. L. A. ni tampoco obtener ganancias para cumplir con la cuota alimentaria, debido a que siempre ha trabajado con maquinarias agrícolas. Afirma que el progenitor no trabaja como delivery ni cadete en motocicleta sino que lo utiliza como ocio. Solicita se oficie a tales fines al Ministerio de Transporte de la República Argentina y al Ministerio de Transporte de la Provincia de Córdoba, Agencia de Seguridad vial, y a la Policía Caminera.

2. A fs. 323 se ordena correr vista al Asesor Letrado Interviniente de Primer Turno Carlos Figueroa, quien evacua el traslado en los siguientes términos: manifiesta que conforme a las constancias de autos, S.S. deberá tomar las medidas peticionadas por la parte actora siempre que puedan ordenarse conforme a las pautas que permite la legislación vigente.

3. A f. 343 se dicta el decreto de autos.

Considerando:

I. A fs. 304/306 compareció el Dr. Juan Cruz Fanin, en el carácter de letrado patrocinante de la Sra. A. V. R. y solicita medidas urgentes a los fines de obtener el cumplimiento de sentencia, a saber: 1) Corte de líneas telefónicas fijas y/o celulares e impedimento de otorgar nuevas líneas mientras dure la situación de incumplimiento y 2) Retiro de Licencia de conducir "ciclomotores". A su turno el Asesor Letrado interviniente en la causa no efectúa objeción alguna a tal requerimiento. Todo ello, conforme a las constancias que se desprenden de autos y de los escritos presentados por parte, relacionados precedentemente, a los que corresponde remitirse para evitar repeticiones.

II. Previo a entrar al análisis de la cuestión debatida, corresponde tener presente que el pedido formulado por la parte actora, consiste en la aplicación de las medidas coercitivas reguladas por el art. 553 del Cód. Civ. y Comercial a fin de obtener el cumplimiento de la cuota alimentaria por parte del progenitor. El mentado artículo dispone: "El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia". Al respecto, la doctrina se ha pronunciado entendiendo que "Se trata de una norma abierta que faculta al juez para disponer 'medidas razonables' para asegurar el cumplimiento de la cuota establecida"..". Se refiere a 'otras medidas', por lo que está abierta a la creatividad de los operadores jurídicos en proponerlas, y a la razonabilidad del juez al aplicarlas" (Cfr. comentario al art. 553 en Herrera, Marisa; Carmelo, Gustavo; Picasso, Sebastián - Directores; Código Civil y Comercial Comentado; Tomo II; Ed. Infojus; Bs. As., p. 271).

En consecuencia, se puede vislumbrar que la normativa de fondo ofrece al juez la posibilidad de aplicar las medidas que estime pertinentes, conforme las particularidades de cada caso, con el objeto de persuadir al alimentante a cumplir con su obligación alimentaria. A tales fines, el juzgador deberá tener en cuenta: a) el incumplimiento reiterado de la cuota alimentaria por parte del progenitor y b) la razonabilidad de la medida.

III. Que ingresando al análisis de lo peticionando, y conforme constancias de autos (v. fs. 324/327), tengo por acreditada la subsistencia en el incumplimiento de la sentencia de alimentos (N° 6 de fecha 27/02/2019) a cargo del Sr. A. L. A., a favor de sus hijos menores de edad Aldo y Andrés, no obstante haberse ordenado inclusión del mismo en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, y otras medidas restrictivas para coercer su cumplimiento, a saber: astreintes, y prohibición de salir del país (Auto N° 249 de fecha 18/12/2019). Cabe resaltar que esta última resolución dispuso dichas medidas bajo apercibimiento de que en caso de persistir el progenitor en dicho incumplimiento, las mismas podrían ser ampliadas con el mismo fin. Todo ello demuestra la actitud reticente del Sr. A. L. A. al cumplimiento de la cuota desde que la misma se fijó.

Cabe poner de resalto que el derecho alimentario constituye un derecho humano básico y resulta derivación del derecho a la vida. En consecuencia el incumplimiento del progenitor al pago de la cuota alimentaria compromete: 1) el derecho de los hijos a un nivel de vida adecuado (art. 27, Convención sobre los Derechos del Niño); 2) el interés superior del niño, niña o adolescente (art. 3 de la CDN): "Ser superior es precisamente eso: en el conflicto, priorizar el interés del niño por encima de otros titularizados por personas que destrozan los derechos de la persona vulnerable mediante el incumplimiento de concretas prestaciones a su cargo" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Comisión N° 3. Derecho Procesal de Familia. Principios procesales. Informe de la parte especial", Asociación Argentina de Derecho Procesal, www.aadproc.org.ar, p. 3, con cita de Peyrano).

De otro costado, esta conducta omisiva del progenitor configura a todas luces un caso de violencia

de género en los términos de la Ley 26.485 de "Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Integral contra las mujeres". Es que la conducta del incumplidor queda comprendida en el art. 5 inc. 4 de dicha ley que refiere a la violencia económica y patrimonial, que se configura cuando se produce el menoscabo de los recursos económicos o patrimoniales de la mujer mediante la limitación de los ingresos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o la privación de los medios indispensables para vivir a una vida digna. Adviértase, entonces, que la falta de pago de la cuota alimentaria afecta directamente a la madre, pues ocasiona un deterioro de su situación económica, ya que debe cubrir de manera exclusiva las necesidades materiales de su hija, con la consiguiente limitación injustificada de sus propios recursos económicos. En relación a ello, existe un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a una sentencia que se cumpla, debiendo los Estados adoptar todas las medidas de acción positiva en los términos del art. 75 inc. 23 de la CN.

IV. Efectuadas estas consideraciones, resulta imprescindible también analizar la razonabilidad de las medidas peticionadas: a) Corte de líneas telefónicas fijas y/o celulares e impedimento de otorgar nuevas líneas mientras dure la situación de incumplimiento: que la solicitud de esta medida no es más que una ampliación de la ya ordenada en el punto I, inc. 3, del Auto N° 249 de fecha 18/12/2019 por lo tanto corresponde sin más se ordene a las empresas Claro y Personal el corte de las líneas que se encuentren a nombre de A. L. A., como también prohibir a Claro, Personal y Movistar otorgar nuevas líneas a nombre del progenitor hasta que hasta tanto se cumpla con la deuda alimentaria. b) Retiro de Licencia de conducir "ciclomotores": con relación al pedido de dicha retención y prohibición de renovar la misma, frente al interrogante respecto a cuál sería el bien jurídico protegido que tendría más asidero: la libertad de circulación o bien las medidas tendientes a resguardar el derecho de alimentos y el derecho a la vida y al desarrollo de un niño; la segunda opción debe prevalecer sobre la primera.

Cabe destacar el daño que provoca el incumplimiento del deber alimentario y que el ordenamiento jurídico no puede avalar por la gravedad que tiene para la sociedad toda, atento su incidencia sobre el derecho a la vida y al pleno desarrollo del niño, sujeto que por su vulnerabilidad, tiene un plus de protección. En consecuencia, y en coincidencia con lo dictaminado por el Sr. Asesor Letrado, estimo razonable ordenar la suspensión de la licencia de conducir "ciclomotores" en las categorías "A" (A1.1, A1.2, A1.3, A.14) así como prohibir su renovación, hasta tanto se cumpla con la deuda alimentaria.

En ese marco, las medidas coercitivas o conminatorias no tienen como finalidad castigar una conducta ya producida, sino que apuntan a vencer la resistencia al cumplimiento, sea directamente mediante la compulsión física sobre la persona obligada, o indirectamente a través de la afectación o amenaza de afectación a los derechos e intereses de esa persona, que le cause más perjuicio que la ventaja que espere obtener con el incumplimiento (Ortells Ramos, Manuel, "¿Multas o astricciones? Una definición de la nueva ejecución forzosa española", Revista Internauta de Práctica Jurídica, N° 13, ps. 1/23). Más aún, la noción de conminación se encuentra presente en la misma Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, al establecer en su art. 7° el deber del Estado de adoptar "medidas jurídicas para conminar" al agresor a abstenerse de perjudicar su propiedad (inc. d). Esta medida habilita al juez a causar cualquier clase de perjuicio razonable, moral o material, al desobediente que menospreció la autoridad del Poder Judicial, con la finalidad de forzarlo al cumplimiento de la resolución judicial. Según el concepto de Peyrano, es la orden emanada de un juez que tiende a obtener el debido cumplimiento in natura de un mandato judicial primigeniamente desobedecido, a través del concurso de la voluntad del destinatario del mismo y que involucra para el desobediente la amenaza de un desmedro que podría llegar a ser de mayor entidad que el resultante de persistir en dicha actitud contumaz. El despacho de la medida únicamente se encuentra limitado por la imaginación y la mesura, y encuentra fundamento en los poderes de hecho del juez, especie del género "atribuciones judiciales implícitas", que se caracterizan por conformar un plexo de facultades que posibilitan la materialización efectiva de lo ordenado por un tribunal de justicia y el consiguiente tránsito exitoso de lo "declarado" a lo "ejecutado" (Peyrano, Jorge, "Poderes de hecho de los jueces. Medida conminatoria", LA LEY, 1988-D, 851; "Medidas conminatorias", LA LEY, 1989-E, 1043; y "Las medidas de apremio en general y la conminatoria en particular (Poderes de hecho de los jueces, su contribución a la eficacia del proceso civil)", LA LEY, 1991-D, 984).

Aplicada una medida conminatoria, el desobediente sufre una consecuencia desfavorable fuera del ámbito del proceso en el cual se encuentra involucrado. La amenaza contenida en la diligencia de coerción debe tener cierta entidad para persuadir o convencer al remiso que le resultará más provechoso cumplir en especie lo ordenado, todo lo cual tiene que ver con el factor presión psicológica sobre la voluntad del desobediente, que caracteriza a los medios compulsorios en general (Conf. Acciarresi, Selmar Jesús, "Algunas consideraciones acerca de los deberes y facultades de los jueces santafesinos en el ámbito civil y comercial y la posibilidad de cumplimiento de sus mandatos",

Djuris 184). Como la falta de pago de la cuota alimentaria compromete la cobertura de las necesidades de asistencia, educación, esparcimiento, habitación, manutención, salud y vestimenta de ambas hijas, la medida conminatoria se dirige a perturbar en el padre deudor el goce de cualquiera de esos rubros, menoscabando su fuente de ingresos y/o el disfrute del nivel de vida (Alesi, Martín, "Principios rectores del debido proceso de infancia. Garantías mínimas de procedimiento administrativo y judicial", Fernández, Silvia (dir.), "Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes", T. III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 2403) (Confr. Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 3 de Rawson, Provincia del Chubut (JFamiliaChubut) (N° 3) Fecha: 01/09/2017 Partes: S. s/ violencia familiar (Expte. N° 397/2014) Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/60951/2017).

Por todas las consideraciones vertidas, considero que las medidas solicitadas en la presente superan el control de razonabilidad así entendido, y espero que resulten funcionales a la conflictiva familiar en aras del cumplimiento de los deberes emanados de la responsabilidad parental, especialmente en tanto se encuentran involucrados los derechos de los niños.

V. Costas: Que las costas son a cargo del demandado que resultó vencido.

VI. Honorarios: corresponde regular los honorarios del Dr. Juan Cruz Fanin en la suma de pesos ... ($ ...) equivalentes a ... jus, conforme art. 76 del CA.

Por todo lo expuesto resuelvo: I. Hacer lugar a lo peticionado por la actora, y en consecuencia ordenar como medidas razonables para efectivizar el cumplimiento de la sentencia de alimentos a favor de los niños A. A. y A. A., por parte del incumplidor, Sr. A. L. A. DNI N° ..., las siguientes: 1. Ordenar a las empresas Claro y Personal el corte de las líneas que se encuentren a nombre de A. L. A., como también prohibir a Claro, Personal y Movistar otorgar nuevas líneas a nombre del progenitor, y 2. Ordenar la suspensión de la licencia de conducir "ciclomotores" en las categorías "A" (A1.1, A1.2, A1.3, A.14) otorgadas al Sr. A. L. A. como asimismo prohibir su renovación. Ambas medidas subsistirán hasta el cumplimiento efectivo de la deuda alimentaria. II. Hacer saber al demandado Sr. A. L. A. que en caso de incumplimiento de las medidas dispuestas y continuar en la actitud de incumplimiento de la cuota alimentaria a su cargo se ordenarán otras medidas con la misma finalidad. III. Firme la presente, gírese oficio a las empresas, entidades y organismos pertinentes para su toma de razón. Cúmplase. IV. Imponer las costas al demandado. V. Regular los honorarios del Dr. Juan Cruz Fanin en la suma de pesos ... ($ ...) equivalentes a ... jus, conforme art. 76 del CA. Protocolícese, hágase saber y dése copia. — *Eduardo P. Bruera.*

El derecho-deber alimentario con perspectiva de género y perspectiva de infancia

Medidas innovativas frente al progenitor que no cumple con la obligación

Elena Mendoza (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Plataforma fáctica.— III. La perspectiva de género y de infancia en la sentencia.— IV. El derecho-deber a los alimentos en el Código Civil y Comercial.— V. El deudor alimentario en el derecho penal.— VI. A modo de cierre.

I. Introducción

El fallo que analizaré, dictado por el Juzgado de 1ª Instancia Civil y Comercial, 3A-SEC.5 de la localidad de Bell Ville, Córdoba, trata sobre la ampliación de medidas solicitadas contra el demandado Sr. A. L. A., progenitor de los menores A. A. y A. A., por incumplimiento alimentario a pesar de las medidas coercitivas adoptadas conforme lo establece el art. 553 del Cód. Civ. y Com., el demandado persistía en el incumplimiento.

A ningún lector o lectora de este comentario le sorprenderá la cuestión en debate. Si bien carezco de datos estadísticos me animaría a decir que demandas por fijación de cuota alimentaria, incidente de aumento de cuota alimentaria, demanda de ejecución por incumplimiento alimentario es una materia que a diario se presenta en los tribunales. Es consabido también, que suele ser el progenitor el que se constituye en deudor alimentario.

¿Por qué cuando el progenitor se separa o divorcia de su pareja deja de cumplir con la manutención de su prole?

Creo que uno de los aspectos del problema es el rol de madre-ama de casa que le fue asignado a la mujer como una cuestión natural de su sexo. Sin dudas debe haber otras causas, a pesar de que se avanzó considerablemente en cuanto a la creación de medidas conminativas para los casos de incumplimiento alimentario como el Registro de Deudores alimentarios; la tipificación del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar como delito penal y el tipo penal agravado de incumplimiento alimentario fraudulento; la aplicación por parte de jueces y juezas de toda medida razonable (art. 553, Cód. Civ. y Com.) para lograr el acatamiento, sin embargo, no resultan eficaces para modificar la conducta del deudor alimentario.

A pesar de encontrarnos como sociedad en tránsito para cambiar las estructuras de la sociedad patriarcal con roles y funciones determinados por el género, la modificación del paradigma y el establecimiento de relaciones simétricas entre varones y mujeres llevara su tiempo.

(*) Abogada; especialista en Derecho de Familia; docente de Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la UBA y la Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales (UCES). Magíster en Diseño y Gestión de Programas Sociales (FLACSO —Sede Argentina—).

El magistrado del Juzgado de 1ª Instancia Civil y Comercial pondera la sentencia con perspectiva de género y perspectiva de infancia por ser la conducta del progenitor violatoria de derechos constitucionales y convencionales de los sujetos involucrados.

II. Plataforma fáctica

La actora Sra. A. V. R. solicita ampliación de las medidas coercitivas para efectivizar el cumplimiento de la sentencia de alimentos dictada por el Tribunal con fecha 27/02/2019 a favor de los menores A. A. y A. A., por parte de su progenitor Sr. A. L. A. Relata que en diciembre se establecieron dos medidas conforme al art. 553 del Cód. Civ. y Com., a saber, la prohibición de salida del país y el corte de la línea de teléfono (Telecom). Agrega que las situaciones cambiaron; en primer lugar, afirma que conocieron donde trabajaba el Sr. A. L. A. y que al llegarle el oficio de retención por cuotas alimentaria futuras volvió a renunciar de forma inmediata. Y en segundo lugar dice que atento la situación de pandemia que atravesamos la prohibición de salir del país ha perdido mucha fuerza, por lo que solicita que estas se amplíen de la siguiente manera: corte de líneas telefónicas fijas y/o celulares e impedimento de otorgar nuevas líneas mientras dure la situación de incumplimiento. Expresa que el progenitor utiliza principalmente a línea de Claro, que según la empresa es la única línea activa que figura a su nombre. Por lo que solicita se ordene a la empresa Claro y Personal el corte de las líneas que se encuentren a su nombre como también la imposibilidad de otorgarles nuevas líneas por su condición de deudor alimentario, debiendo oficiarse también a MOVISTAR. También solicita el retiro de la Licencia de conducir "ciclomotores" y la prohibición de nuevas licencias. Aclara que dicha medida no impedirá bajo ningún aspecto el trabajo del Sr. A. L. A. ni tampoco obtener ganancias para cumplir con la cuota alimentaria, debido a que siempre ha trabajado con maquinarias agrícolas. Afirma que el progenitor no trabaja como *delivery* ni cadete en motocicleta, sino que lo utiliza como ocio. Solicita se oficie a tales fines al Ministerio de Transporte de la República Argentina y al Ministerio de Transporte de la Provincia de Córdoba, Agencia de Seguridad Vial, y a la Policía Caminera.

III. La perspectiva de género y de infancia en la sentencia

El fallo analiza el incumplimiento alimentario con ambas perspectivas. Sostiene que la progenitora es víctima de violencia económica en los términos de la ley 26.485. El *a quo* expresa: "Es que la conducta del incumplidor queda comprendida en el art. 5º, inc. 4º de dicha ley que refiere a la violencia económica y patrimonial, que se configura cuando se produce el menoscabo de los recursos económicos o patrimoniales de la mujer mediante la limitación de los ingresos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o la privación de los medios indispensables para vivir a una vida digna. Adviértase, entonces, que la falta de pago de la cuota alimentaria afecta directamente a la madre, pues ocasiona un deterioro de su situación económica, ya que debe cubrir de manera exclusiva las necesidades materiales de su hija, con la consiguiente limitación injustificada de sus propios recursos económicos".

La perspectiva de género debe integrar el derecho, debe sumarse a las otras disciplinas con las que se trabaja en el ámbito de los tribunales para evaluar las particularidades y las características propias de las mujeres en su relación interpersonal con el varón. Es una herramienta ineludible para los magistrados por mandato constitucional a partir de la incorporación a la Constitución Nacional de la Convención Internacional para Erradicar la Violencia contra la Mujer y la ley 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 mujer por su condición de mujer, además de velar por los derechos de sus hijos, como en el caso bajo análisis, tiene derecho a una tutela judicial efectiva. Es decir, una urgente respuesta. Este modo de tutelar los derechos en los casos de violencia de género es una herramienta que posibilita solucionar los conflictos familiares con equidad.

Uno de los roles asignados a la mujer es ser proveedora del bienestar familiar, entendido como función de cuidado en el más amplio sentido del término: dadora de afecto y de atención de todas las necesidades vitales de

la familia. El trabajo de la mujer es de jornada completa porque, también suele, trabajar fuera de la casa con remuneraciones más bajas generalmente que el varón. La desventaja económica se visibiliza al producirse la ruptura de la convivencia ya que el salario suele ser insuficiente para cubrir la manutención de los hijos e hijas. Es habitual que, en el caso de separación o divorcio de la pareja, sea la mujer la que queda al cuidado de los hijos o hijas.

Forma parte de la tutela judicial efectiva el Principio de Debida Diligencia estrechamente relacionado con la garantía de acceso a la justicia. Considerar el incumplimiento alimentario como violencia económica contra la mujer es ponderarlo como un daño para la mujer y para los hijos e hijas en el que todos resultan lesionados. El niño o niña por su condición de sujeto vulnerable por franja etaria y la mujer porque es quien asume en estos casos la totalidad de los gastos de manutención convirtiéndose en jefa de hogar.

El fallo al hacer lugar a la solicitud de ampliar las medidas coercitivas percibe la desigualdad patrimonial entre la actora y el demandado. El decisorio cumple una misión pedagógica para crear conciencia y es un aporte hacia la construcción de nuevas prácticas para zanjar la relación asimetría entre los sexos. El Principio de debida diligencia tiene una extensa aplicación en el sistema jurídico internacional, incluso por hechos cometidos por particulares. Implica un deber del Estado de tomar todas las acciones necesarias para prevenir y evitar la violencia contra la mujer y contra el niño o niña.

El juez justipreció la situación, también, con perspectiva de infancia, considerando que "el principio de *interés superior del niño* obliga a todos los operadores del derecho y personas jurídicas a priorizar su interés por sobre el de los demás, en razón de su vulnerabilidad y necesidad de equiparar su condición para una justa composición de la satisfacción de los derechos". "Es obvio que un niño no puede adelantarse a las contingencias de desvinculación laboral que coloca al obligado a los alimentos en condición de poder, que lo faculta a lograr burlar los derechos del niño... la conducta de la empleadora, al no dar a conocer al Juzgado la situación de desvinculación y su consecuente cese de retenciones y, por tanto, cese de depósitos de cuotas de alimentos del niño, ha favorecido al empleado, en desmedro del alimentado, facilitando el incumplimiento al dejarlo en manos exclusivas del progenitor... La responsabilidad surge, en definitiva, en este caso, de la reticencia del tercero a dar cumplimiento a la orden judicial, quien no ha acreditado o denunciado siquiera los motivos del incumplimiento, como así también de la indiferencia hacia los *derechos del niño* a percibir la cuota de *alimentos* fijada... La conducta desplegada por la empresa es reprochable en cuanto debió actuar con diligencia para asegurar el cumplimiento de la cuota de alimentos fijada para satisfacción de las necesidades del niño y al menos comunicar a la parte interesada el cese de la vinculación y la falta de retención futura, extremando recaudos en procura de la satisfacción del interés superior y derechos del niño, derivados de la Convención que nos comprende a todos" **(1)**.

El derecho alimentario constituye un derecho humano básico y resulta derivación del derecho a la vida. En consecuencia el incumplimiento del progenitor al pago de la cuota alimentaria compromete: "1) el derecho de los hijos a un nivel de vida adecuado (art. 27, Convención sobre los Derechos del Niño); 2) el interés superior del niño, niña o adolescente (art. 3º de la CDN): 'Ser superior es precisamente eso: en el conflicto, priorizar el interés del niño por encima de otros titularizados por personas que destrozan los derechos de la persona vulnerable mediante el incumplimiento de concretas prestaciones a su cargo' (Kemelmajer de Carlucci, Aída, 'Comisión N.º 3. Derecho Procesal de Familia. Principios procesales. Informe de la parte especial', Asociación Argentina de Derecho Procesal, *www.aadproc.org.ar,* p. 3, con cita de Peyrano)" **(2)**.

---

(1) ROMERO, Luis E., "¿Se puede extender la responsabilidad al empleador por las deudas alimentarias del trabajador?", Erreius online.

(2) "O., R. C. c. Inc. SA por incidente", expte. nro. INC - 390498/1, 2919, Disponible en: https://www.errepar.com/resources/NuevoPortalERREIUS/RecursosExternos/FalloCondenanDeudorAlimentario.

IV. El derecho-deber a los alimentos en el Código Civil y Comercial

El Cód. Civ. y Com. establece el derecho-deber a los alimentos con enfoque *pro persona*, en estricta consonancia con los Tratados de Derechos Humanos incorporados a la Carta Magna. El art. 27 de la Convención de los Derechos del Niño establece que todo niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe en primer lugar proporcionarles de acuerdo con sus posibilidades y medios económicos condiciones de vida que le permitan el pleno desarrollo. En caso que los progenitores estén impedidos de hacerlo los estados adoptaran las medidas adecuadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda; otros tratados poseen normas similares como la Declaración Universal de Derechos Humanos (el art. 25); art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 1.1) Por otra parte regulo mejor varias cuestiones: amplia la legitimación activa para peticionarlos; extiende la edad de los hijos e hijas para percibirlos y para el hijo o hija que se capacita; para el hijo/a no reconocido; para la mujer embarazada; asigna valor económico a la tarea cotidiana de cuidado; posibilita demandar al progenitor obligado y a los abuelos conjuntamente; incorpora el deber alimentario, con carácter subsidiario, del progenitor afín y reconoce el derecho a reclamar alimentos al hijo adoptado por adopción plena a su progenitor biológico.

Una de las medidas más importantes que incorpora el Cód. Civ. y Com. es la del art. 551 que regula el incumplimiento de órdenes judiciales, y hace solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria al empleador de quien no cumple con el pago.

En el caso analizado, el obligado para eludir el cumplimiento de la cuota alimentaria renuncia a su empleo. Queda de manifiesto que cuando el deudor no tiene voluntad de pago las decisiones de la justicia y los mecanismos para exigir el cumplimiento se tornan inútiles.

El Juzgado de Familia nro. 3 de la ciudad de Salta, en los autos "O., R. C. c. Inc. SA" **(3)**. condenó a una empresa por no retener las sumas que debía un exempleado, como deudor alimentario, al momento de abonarle la indemnización por despido. Considero que la empleadora actuó de manera despreocupada ya que no informo al juzgado el cese de la relación laboral. En el caso la actora promovió un incidente de responsabilidad contra la empresa por incumplimiento del pago de la cuota alimentaria que se fijó en un 40% de los haberes. La empresa cumplió con el depósito de los alimentos por un plazo de tiempo hasta que acordaron el despido con el demandado, sin que la empresa retuviera de la suma indemnizatoria el porcentaje correspondiente a la cuota alimentaria homologada judicialmente.

V. El deudor alimentario en el derecho penal

El incumplimiento alimentario es tipificado como incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (ley 13.944/50), lo que demuestra que este problema es de larga data y de difícil solución. En el año 1991 se modificó la ley citada a través de la ley 24.029 que prevé la modalidad agravada cuando el progenitor con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de dichas obligaciones. El bien jurídico protegido por la ley es la familia en un concepto amplio. Sin embargo, ni la le ley civil ni la penal ni la facultad de los jueces de dictar medidas razonables consigue alcanzar el objetivo del pago de los alimentos.

VI. A modo de cierre

Cierro el análisis ensayando una respuesta al interrogante que planteo al inicio: ¿por qué

(3) "O., R. C. c. Inc. SA por incidente", expte. nro. INC - 390498/1, 2919, Disponible en: https://www.errepar.com/resources/NuevoPortalERREIUS/RecursosExternos/FalloCondenanDeudorAlimentario.

cuando el progenitor se separa o divorcia de su pareja deja de cumplir con la manutención de su prole?

La conducta del progenitor que no cumple con el deber de mantener a sus hijos pareciera ser un resabio de cómo se construyó en lo social y jurídico a la mujer. A ella se le asignaron y se le sigue asignando el rol de esposa y madre, estos son mandatos naturalizados que conforman los estereotipos de género: "Los estereotipos de género adquieren diferentes dimensiones según se los considere con relación al sexo, a lo sexual y a los roles sexuales. Estos, así, generan normas (familiares, sociales y legales) basadas en pre conceptos acerca de cómo son y deben ser los hombres y las mujeres (estereotipos de sexo) cómo son y deben ser las relaciones entre ellos (estereotipos sexuales) y cómo son y deben ser sus roles en los ámbitos familiares y comunitarios (estereotipo de rol sexual) En la cosmovisión clásica, por dar algunos ejemplos, los estereotipos se sexo definirán características físicas y psicológicas rígidas y clasificaran a muchas mujeres como seres débiles, vulnerables e irracionales; aquellos vinculados con lo sexual las empujaran a la limitación/censura de su sexualidad y deseo, a la heterosexualidad obligatoria, a la maternidad y a las relaciones asimétricas con varones, a la sumisión y la dependencia afectiva y económica; mientras que los relativos a roles sexuales las encasillaran en las tareas domésticas, en los papeles de cuidado y crianza de los niños y niñas, la atención abnegada de sus parejas y esposos, en trabajo pocos valorados, etcétera. Cualquier desvió en estos mandatos tendrá consecuencias y habilitara procesos de 'corrección', que va desde el extremo de lo indetectable hasta la violencia extrema" **(4)**.

Al producirse la ruptura de la unión es el varón quien se retira del hogar común, los hijas e hijos quedan bajo el cuidado de la madre en el aspecto afectivo y material. En muchos casos los progenitores hacen acuerdos en forma privada y verbal que suelen cumplirse por corto tiempo, situación que obliga a la mujer a ingresar en el circuito institucional.

Sin duda, se avanzó cualitativa y cuantitativamente en percibir la violencia contra la mujer en todos sus tipos como un problema social y estructural que responde a la construcción de una sociedad patriarcal, en la que el varón ha tenido y sigue teniendo una posición ventajosa con relación a la mujer, desde que el mundo se delineo y separó en mundo público propio del hombre y en mundo privado destinado a la mujer como es el ámbito doméstico.

Se sancionaron leyes en materia civil, penal y administrativa como el Registro de Deudores Alimentarios, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires para luego replicarse en el interior del país, que establece serias medidas contra el deudor alimentario: las instituciones y los organismos públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no pueden abrir cuentas corrientes, otorgar tarjetas de crédito, habilitaciones, concesiones, licencias o permisos a quienes se encuentren incluidos en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos; tampoco pueden designar como personal de planta permanente o transitoria o personal contratado a quienes estén inscriptos en el Registro (ley 269 sancionada en 1999).

La violencia económica como la conceptualiza el *ad quo* en la sentencia, es uno de los tipos de violencia que sufre la mujer, siendo el feminicidio la forma más extrema. Como en todo debate social tipificar la muerte de una mujer en manos de su marido, novio o conviviente suscito opiniones a favor y en contra. De lo que no hay vacilación es que ayudo a visibilizar la violencia de género denominada durante largo tiempo como "crimen pasional". Esta denominación impedía vislumbrar el verdadero motivo de la muerte, disfrazado de criminen por amor, cuando en realidad se trataba de un crimen como consecuencia de la relación asimétrica entre mujer y varón, y legitimado socialmente por la creencia de que lo que ocurre puertas adentro de una familia es tema de la familia en tanto mundo privado.

El no hacerse cargo de la manutención de los hijos e hijas es una conducta reiterada en el varón, que aparece con crudeza en los casos de ruptura de la convivencia, porque como parte de un deber ser, la prole queda al cuidado de la madre. El abanico de consecuencias que

(4) Amnistía Internacional; Ministerio Público de la Defensa; Feminicidio y Debida Diligencia Estándares Internacionales y prácticas Locales. Capítulo I, ps. 20, 21.

trae aparejado el incumplimiento alimentario es de todo tipo y afecta una serie de derechos que se concatenan unos a otros: el derecho a una vida digna, el derecho al pleno desarrollo; el derecho a una educación adecuada; el derecho a la salud; el derecho a la recreación entre otros, no solo de los hijas e hijos, también de la progenitora que debe doblegar el esfuerzo en el ámbito doméstico y en el ámbito público cuando, también trabaja fuera del hogar, al tener que cubrir todas las necesidades del grupo familiar. Sin duda alguna la calidad de vida se precariza produciendo una verdadera pérdida de chance para todas las partes.

En síntesis, desde mi punto de vista el progenitor se desentiende del bienestar económico del hijo/a como consecuencia de los estereotipos de género con roles asignados como naturales. Todas y todos alguna vez hemos escuchado decir: "los hijos son de la madre" y la ley ha legitimado esta construcción. Paso mucho tiempo hasta que se logró que se valorara el trabajo doméstico como trabajo no remunerado y que se abandonara la creencia que es una tarea exclusiva de la mujer y se le diese valor económico como parte del rubro que componen la manutención de los hijos/as.

El deudor alimentario hace todo lo necesario y más, para no cumplir, como es el caso del demandado Sr. A. L. A., que renuncio a su empleo con el claro propósito, no solo de continuar incumpliendo, sino para evitar que su empleador sea solidariamente responsable.

Solucionar este tipo de conflicto no es tarea fácil ni de resultados inmediatos. Las y los magistrados a través de sus sentencias analizadas con mirada de género hacen un aporte muy importante para modificar representaciones y patrones de conducta y hacer posible los cambios sustanciales de viejas prácticas.

SUCESIONES

Doctrina

Un testamento cuestionado y "una grave falencia"

Juan Javier Negri

Una sentencia que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales.

Para sus únicas sobrinas Estela y Mariana, el tío Alejandro siempre fue una persona difícil. Por fortuna, lo veían poco y lo visitaban aún menos. Sobre todo cuando se enteraron de que Alejandro, casi un anciano, había iniciado una ardiente relación sentimental con "esa mujer". [*¡Un horror, imagínense: alguien "de otro código postal", por decirlo de alguna manera!*]

No obstante, Estela y Mariana tenían cifradas grandes esperanzas en que el tío se acordaría de ellas en su última voluntad.

Después de todo, las unía con él un lazo de sangre que nadie ni nada —y mucho menos "esa mujer"— lograría desvirtuar.

En enero de 2008 las sobrinas se enteraron de que la salud del tío había empeorado repentinamente.

Y la noticia de que había muerto a mediados de febrero las afectó mucho. Claro: no porque sintieran un súbito afecto por el difunto, sino porque la posibilidad inminente de heredarlo se presentó como una sensación más que agradable.

Pero a la noticia de la muerte del tío Alejandro la sucedió otra, tan penosa como la anterior: su heredera universal era "esa mujer", una tal Eduvigis. [*¡Fijate: si ya hasta el nombre te lo dice todo!*]

Efectivamente, el 14 de febrero de 2008, en la clínica donde estaba internado, y dos días antes de morir, el tío Alejandro había testado a favor de Eduvigis.

Algún indiscreto contó a Estela y Mariana que el acto tuvo momentos de extrema tensión: luego de que la escribana (notaria) leyera en voz alta ante el testador y los testigos las últimas disposiciones de Alejandro, este, inesperadamente y dada su extrema debilidad, no pudo firmar el testamento.

La escribana pidió entonces a uno de los testigos que lo hiciera en nombre de aquel. (Es lo que técnicamente se llama "firma a ruego": la que hace una persona, ajena al acto o negocio instrumentado, colocando su propia firma a pedido de quien está imposibilitado de hacerlo).

Mariana y Estela, enteradas de los detalles, rápidamente consultaron con un abogado y le contaron cuanto sabían. El letrado aconsejó seguir dos caminos: denunciar penalmente a la escribana y a "esa mujer" por la falsificación del testamento y, ante la justicia civil, pedir la nulidad del documento: ¿qué es eso de que un testamento sea firmado por otra persona que no sea el propio testador? Si, además, el tío Alejandro estaba tan mal, ¿cómo pudo *dictar* su testamento?

Así, Estela y Mariana presentaron dos demandas: una penal y otra civil contra "esa mujer" y contra la escribana que intervino en la redacción del testamento. La primera fracasó: aunque llegaron hasta la Corte Suprema, nunca lograron demostrar la comisión de delito alguno.

La segunda demanda tuvo más suerte: el juez civil dijo que el testamento era nulo, porque "el testador no estaba en condiciones de testar el 14 de febrero de 2008, [pues] no tenía capacidad suficiente para celebrar el instrumento público en ese momento, no se hallaba en su completa

razón al tiempo de sus disposiciones [y] no las podía dictar por falta de discernimiento".

Obviamente, Eduvigis apeló. Según dijo, la sentencia "contenía afirmaciones dogmáticas y sin asidero legal, errores graves y determinantes, frases inconexas y sin sustento, omitió la apreciación de pruebas corroborantes, decidió más allá de los requisitos legales para testar y contradijo la sentencia penal previa".

Luego de diez años de pleito, la Cámara de Apelaciones resolvió la cuestión **(1)**. En lo que nos importa, el tribunal se concentró en explicar qué es *el principio de congruencia*.

Este se apoya en los derechos de propiedad y de defensa en juicio que reconoce la Constitución y exige que los procesos judiciales "estén orientados a proteger los derechos y no a perjudicarlos".

Por eso, "un pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es, como regla, incompatible con las garantías constitucionales". Un juez "no puede convertirse en [vocero de] la voluntad implícita de una de las partes sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria".

¿Y por qué esta referencia al principio de congruencia? Porque "en el caso, el juez declaró la nulidad del testamento *por falta de perfecta razón, cuando tal circunstancia no había sido alegada al presentar la demanda*".

El tribunal indicó que "una simple lectura de [la demanda] así lo indicaba". Y en la contestación de Eduvigis "precisamente se hizo hincapié en que *el objeto del reclamo no versaba sobre la capacidad del testador*".

"Esta grave falencia" —es decir, "que el fallo haya resuelto el caso con fundamento en una cuestión que no había sido propuesta en la demanda"— "condujo, necesariamente, a la revocación de la sentencia en este punto".

La Cámara quiso, de todas maneras, referirse a las cuestiones "que sí formaron parte del reclamo inicial". Entre ellas, "que el pedido de firma a ruego debió haber sido hecho por el propio testador y que era falsa la manifestación de la escribana de que [el tío Alejandro] había dictado el testamento". Bajo el Código Civil, "si el testador sabe firmar y no lo pudiere hacer, puede firmar por él otra persona, o uno de los testigos. El escribano debe expresar la causa por qué no puede firmar el testador".

Sobre esa base, las sobrinas señalaron que "en la escritura debió hacerse constar que la imposibilidad resultaba de una declaración del testador al escribano".

El tribunal dijo que, sobre estas cuestiones formales existe "un enfrentamiento entre quienes hacen de las formas un fin en sí [mismo] y quienes, sin dejar de aceptar la necesidad de cumplir las solemnidades absolutas, sabe[n] apreciar el fin que ellas cumplen". Y agregó que "si bien se mira, cuando el escribano hace constar que el testador no firma por no poder hacerlo, recoge *necesariamente* una manifestación del testador".

En consecuencia, "la circunstancia de que en el caso haya sido el escribano quien expresó que [Alejandro] no podía testar no puede invalidar el instrumento así otorgado".

Para la Cámara, "basta con el enunciado de que el testador no firma por imposibilidad de hacerlo, o con otros términos genéricos equivalentes" porque *la ley "no exige la especificación del impedimento",* amén de que, como regla general, las nulidades deben siempre aplicarse restrictivamente.

El tribunal reconoció que también hay quienes han dicho "que se debe expresar cuál es la causa que impide la firma", pero "la precisión de tal causa no implica entrar en un minucioso detalle de ella, bastando menciones como 'a causa de su enfermedad', o 'de la dolencia que lo aqueja', *aunque no se consigne la naturaleza de ellas*".

En este caso, el tribunal tuvo en cuenta que el escribano "dejó constancia de que el testador no podía firmar 'por encontrarse en un estado de extrema debilidad que le impide firmar', por lo que no cabía admitir la impugnación del acto con fundamento en tal declaración".

(1) CNCiv. (G), in re "F. de la P.", expte. 81104-08; 21/11/2018; ElDial.com XX:5163, AAB088; 19/02/2019.

Las sobrinas también objetaron la validez del testamento porque el acto de su otorgamiento había sufrido interrupciones cuando el tío Alejandro no pudo firmarlo y debió pedirse a otra persona que lo hiciera.

Sobre este punto, el tribunal dijo que "aun cuando el acto del otorgamiento del testamento debe realizarse sin interrupciones, con la presencia ineludible del otorgante, los testigos y el escribano, no puede considerárselo interrumpido por el hecho de que el testador intentase suscribirlo infructuosamente, por lo que desistió de hacerlo, rogando a uno de los testigos que lo hiciere por él". Eso, para el tribunal, "no constituyó una contradicción invalidante".

Los jueces reconocieron que "si bien es aconsejable que la mención de no poder firmar se incluya antes de la constancia de la lectura del testamento por motivos de ordenamiento lógico del contenido de la escritura y como garantía de conformidad del testador con su acto de última voluntad, lo exacto es que *ninguna disposición legal exige tal formalismo*. La mención de que el testador está imposibilitado de firmar puede, por lo tanto, colocarse después de la constancia de que el testamento fue leído, sin que ello sea causa de nulidad, como ha ocurrido en el caso".

La Cámara, con muy buen tino, aplicó el principio según el cual cuanto más rigurosas son las formalidades testamentarias, menos está permitido agregar condiciones que la ley no exige.

Otro argumento de las preocupadas sobrinas de Alejandro fue que el testamento era nulo porque no había sido dictado por su adorado tío, sino que había sido llevado ya impreso por la escribana. Según dijeron, no se había cumplido con la ley cuando dispone que "el testador puede dictar el testamento al escribano, o dárselo ya escrito, o solo darle por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en forma ordinaria".

El tribunal dijo que "es innecesario que el testador dicte sus disposiciones palabra por palabra al escribano, siendo suficiente que exprese su voluntad en forma clara y espontánea a fin de que este efectúe la redacción en forma ordinaria y apartándose lo menos posible de sus expresiones, por lo que el término 'dictar' contenido en la ley no debe ser tomado al pie de la letra, sino que basta simplemente con que [el testador] haya dado instrucciones verbales". Lo contrario "implicaría un excesivo rigor inadmisible".

El tribunal explicó que "la confección de un testamento se desenvuelve en dos épocas o momentos.

"El primero comprende los actos preparatorios y el segundo la solemnidad misma de testar.

"El uso corriente admite que las instrucciones sean dadas con anterioridad al escribano, de palabra o por escrito, a fin de que este redacte la escritura en su oficina y la tenga preparada, para dar luego lectura de ella en presencia del otorgante y los testigos, que es cuando comienza el acto solemne de testar".

¿Por qué tantas formalidades? Porque "las formas testamentarias tienen por objeto asegurar que el instrumento donde consten las últimas voluntades de una persona sea real y verdaderamente suyo".

Como "lo primordial es tener en cuenta la voluntad del testador y no caer en el rito de formas inútiles [...], exigir que las disposiciones testamentarias aparezcan como 'dictadas' es una fórmula usual para ajustarse a lo que dispone el Código Civil, pero la experiencia indica que no es real en su estricto significado. Antes bien, dicha regla debe ser entendida en el sentido de que el otorgante expresó verbalmente o por escrito las instrucciones, aunque no se las preserve luego de la facción del testamento.

"Tampoco es necesario que el testador dicte sus designios al escribano y este los transcriba al pie de la letra, siendo suficiente que aquel exprese su voluntad en forma clara y espontánea a fin de que el notario lo redacte en la forma ordinaria".

Para los jueces, las formalidades "no deben transformarse en una trampa para el testador ni para el propio escribano, pues un estrecho formalismo puede llevar a despojar a las personas a las cuales el testador quiso premiar por su lealtad, su devoción personal o por cualquier otro motivo, para entregar los bienes en contra de la voluntad clara e indudable de aquel".

Por eso, "un apego excesivamente ritual a las formas, que soslaye la evidente voluntad del testador de disponer de sus bienes, *no resulta un adecuado criterio de interpretación*.

"[...] Cuando se trata de interpretar el cumplimiento de las solemnidades testamentarias, no debe olvidarse nunca el fin que tales preceptos se proponen. De allí que, si la escritura refleja las instrucciones proporcionadas en un momento anterior y los testigos que comparecen ante el escribano y el testador ven y escuchan la lectura del testamento, cabe entender que se dio cumplimiento con las formalidades exigidas".

"Basta con las instrucciones verbales" agregó el tribunal "aunque no sean dictadas palabra por palabra, lo que es lógico si se piensa que, redactada la escritura, el escribano debe leerla en presencia de tres testigos, al testador, quien la firma, Manifestando así que esa es su voluntad. Más aún, el dictado del testamento en el acto mismo de su redacción es una modalidad desaparecida en nuestra práctica notarial".

Finalmente, los jueces se refirieron a la salud mental de Alejandro. Recordaron que, según la ley, "para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón".

Además, "la ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario", por lo que a quien pide la nulidad de un testamento "le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones".

Pero, según la Cámara, la ley "reclama una mayor severidad en la prueba de la falta de razón, pero no una voluntad más intensa o algo más de lo que se pide en materia de contratos. [...] La perfecta o completa razón exigida por el Código Civil no debe considerase en abstracto, tomando como comparación un ente ideal, sino en concreto, esto es referida al propio sujeto disponente; en otros términos, no es la perfección ideal sino el querer y entender propio de su personalidad, con las limitaciones culturales y caracterológicas del autor, mientras no trasponga los límites de su normalidad".

El tribunal dijo que "el ser humano es, en general, 'sano de espíritu' y la ausencia de discernimiento es una excepción. Para realizar un acto de última voluntad no se requiere mayor discernimiento que el necesario para realizar actos entre vivos".

La Cámara agregó que exigir una aptitud psíquica más rigurosa para dictar un testamento "importaría una protección desproporcionada y, por ende, discriminatoria".

Por eso, "*la prueba contra la presunción legal de salud mental debe ser categórica, seria, decisiva y contundente*; en caso de duda queda en pie la presunción de buena salud", y los jueces "no encontraron demostrada la falta de capacidad del testador en el caso".

A pesar de que las declaraciones de algunos médicos que atendieron a Alejandro (cuidadosamente analizadas por los jueces en la sentencia) dieron cuenta de su mal estado de salud, confusión y desasosiego al tiempo de su internación, "el cúmulo de elementos de prueba reseñados impide tener por demostrado que el 14 de febrero de 2008 el testador se hallaba mentalmente inhabilitado para otorgar el testamento".

Los magistrados dijeron que esa conclusión, además, coincidía con lo resuelto por la justicia penal, según la cual, "[Alejandro] al momento de labrarse y firmarse el documento testamentario en cuestión, no se hallaba privado de sus facultades mentales [...] sin perjuicio de que no tuviese la aptitud física para lograr su rúbrica, debido al cuadro clínico que presentaba".

Por último, los jueces tuvieron en cuenta que estaba "suficientemente acreditada la unión de hecho que mantenía el fallecido y la persona instituida como heredera" —Eduvigis— "y, en cambio, era ostensible la falta de prueba de trato familiar con las demandantes, de lo que cabe inferir que el testamento reflejó la voluntad [de Alejandro], de modo que anularlo sería contradecir tal intención llegándose a una solución injusta". [*¿Se dan cuenta? ¡Éramos sus únicas sobrinas!*]

Por consiguiente, "después de haber examinado las argumentaciones y pruebas conducentes", se consideró válido el testamento a favor de

"esa mujer", a quien era evidente que Alejandro había querido favorecer antes que a sus sobrinas con las que no tenía "trato familiar" y a pesar de los denodados esfuerzos de estas por encontrar algún vicio formal al momento de testar.

La sentencia luce impecable, pero, aun cuando ninguno de los argumentos de las sobrinas tuvo vigor o entidad suficiente para dar por tierra con el testamento, la decisión hace mal al pretender interpretar qué pudo ser justo o injusto para Alejandro a la hora de testar.

A los jueces no se les pide una interpretación caracterológica de los testadores, sino un análisis razonable acerca del cumplimiento de los requisitos legales de los testamentos.

En el caso, por fortuna, coincidieron tanto los datos objetivos como la impresión subjetiva acerca de las intenciones del testador, por lo que cualquier posible reproche sería redundante.

Pero esa pequeña ventana por la que se intentó mirar en la intención subjetiva de Alejandro debió permanecer cerrada.

"¡Qué miedo!" dijo el Filosofito que nos lee en borrador. "¿Así que, en el fondo, la validez de un testamento depende no de la capacidad de quien testa sino de la del escribano que interviene?".

Sí, tanto como el éxito de una demanda depende de lo que el abogado pida o se olvide de pedir. Y el valor de una sentencia dependerá de su grado de congruencia con las pretensiones de las partes.

PERSONA

Doctrina

La objeción de conciencia en la ley 27.610

Eduardo A. Sambrizzi (*)

Sumario: I. La conciencia. Significado y alcance de la objeción de conciencia.— II. El derecho a ejercer la objeción de conciencia.— III. Fundamento de la objeción de conciencia.— IV. La ley de aborto y la objeción de conciencia.

I. La conciencia. Significado y alcance de la objeción de conciencia

Previamente al análisis del significado y alcance de la denominada *objeción de conciencia*, debemos analizar lo que es la *conciencia*, entendiéndose por tal, según uno de sus significados, la realización de distintos procesos cognitivos interrelacionados que nos llevan a un proceso interior sobre el bien que debemos hacer y el mal que debemos evitar. Con la conciencia distinguimos una acción correcta de una incorrecta, así como un acto moral o ético de uno inmoral o antiético, como en su momento distinguió, para poner un ejemplo, Tomás Moro, o los primeros cristianos cuando se negaban a abjurar de sus creencias. La conciencia tiene un valor relevante, habiéndose afirmado en la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* que "en la profundidad de su conciencia, el hombre descubre una ley, que él no se da a sí mismo, sino que debe obedecer, y cuya voz, permanente invitación a amar el bien y evitar el mal, no deja de resonar claramente a su oído interior en el momento oportuno: haz esto, evita aquello" (nº 16).

Por lo que bien se puede afirmar que la conciencia se aplica a lo ético, a los juicios que podemos y debemos practicar sobre lo que está bien y lo que está mal, tanto de nuestros actos como de los de terceros, siendo la conciencia moral una condición innata e intrínseca al hombre. Como afirmó San Juan Pablo II en el *Mensaje para la Jornada Mundial por la Paz*, del año 1991, la conciencia moral sería la capacidad de discernimiento que tiene el hombre para descubrir y obrar según la ley que Dios ha inscrito en cada hombre, la que debe conformarse en función de la verdad objetiva, universal e igual para todos, siendo una obligación de cada persona ir en búsqueda de esta verdad. Lo que nos lleva a afirmar que cuando hablamos de *objeción de conciencia* nos estamos refiriendo a un juicio crítico con relación a determinados actos, disposiciones legales o situaciones internas o externas que se nos requiere que realicemos y con las que disentimos y rechazamos por antiéticas, con fundamento tanto en la libertad de conciencia —según la cual nadie puede ser constreñido a realizar un acto que se considera ilícito— como en la libertad religiosa, calificando nuestra conciencia esos actos como un mal que debemos evitar **(1)**. Se trata de actos que debemos realizar personalmente y que, por tanto, nos son moralmente imputables, por lo que los rechazamos en conciencia.

De lo que resulta que la objeción de conciencia —que de ser ejercitada suele suponer el incumplimiento de una norma jurídica— consiste, como sostiene María Inés Franck, en "el derecho a eximirse, total o parcialmente, del cumplimiento de una obligación legal, debido a que esta violenta la conciencia religiosa o moral de una persona", lo que la lleva a excepcionarse a cumplir con dicha obligación, circunstan-

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Scala afirma que la cuestión de la objeción de conciencia recién surge de forma generalizada cuando, en épocas recientes, "leyes inicuas obligaron a destruir matrimonios, esterilizar o matar seres humanos" (SCALA, Jorge, "La objeción de conciencia como antesala del ius resistendi", ED., 227-124, 2).

cia esta que no debe confundirse con incitar a otros a desobedecerla **(2)**. A su vez, Lafferriere afirma con relación a la objeción de conciencia, que esta es "la posibilidad de eximirse de acciones prescriptas por la ley sin que, a consecuencia de ello, tenga que sufrirse discriminaciones o renunciar a derechos, en razón del conflicto existente entre lo mandado y las propias convicciones". Porque —agrega dicho autor— el derecho a la objeción de conciencia se desprende de las garantías constitucionales relativas a la libertad de culto, de conciencia y de religión **(3)**. Mientras que Fernando Arlettaz dice que "en un sistema democrático, la objeción de conciencia es un instrumento que, en el contexto de la libertad de conciencia y de religión, permite proteger las convicciones de quienes disienten de la perspectiva de la mayoría" **(4)**. Navarro Floria pone el acento en que la negativa individual y pacífica a cumplir una obligación legalmente impuesta, proviene del hecho de contravenir la norma un mandato obligatorio en conciencia, con un fundamento religioso o meramente ético **(5)**.

Queda en claro, por tanto, que para ejercer lo que se considera el derecho a oponer la objeción de conciencia para eximirse de la realización de un determinado acto que legalmente es exigido, no se requiere la existencia de una norma que en forma explícita permita ejercerlo, resultando a nuestro juicio suficiente que violente la libertad de conciencia y de religión. Naturalmente que en el supuesto de que la norma admitiese expresamente la posibilidad de objetarla en conciencia, la actitud del objetor pasará a ser el legítimo ejercicio de un derecho.

II. El derecho a ejercer la objeción de conciencia

Cuando a una persona se le reclama —aun con fundamento en una norma jurídica— que practique determinados actos que la conciencia no acepta por considerarlos inmorales, puede tomar una decisión adversa a su cumplimiento. Dicho de otra manera: en el supuesto de que el acto que alguien debe realizar en razón de lo establecido en una disposición legal dictada por la autoridad competente lesione las convicciones más íntimas de la persona, esta puede objetarlo en conciencia y, como consecuencia, negarse lícitamente a practicarlo, con lo que queda eximida de cometer lo que en su fuero íntimo considera un mal grave **(6)**. Como en fecha relativamente reciente dijo el Papa Francisco, la objeción de conciencia debe estar presente en cada estructura jurídica, porque se trata de un derecho humano, habiendo sostenido que una vez que una ley que lo admite ha sido votada, el Estado también debe respetar las conciencias **(7)**.

Claro que no solo es cuestión de invocar la lesión alegada, sino que el objetor debe dar razones fundadas de su objeción, que deben ser

(2) FRANCK, María Inés, "El derecho a la objeción de conciencia en Argentina y en América", en El Derecho Administrativo, 2015, nº 13.862, del 25-11-2015. Agrega Franck que la objeción de conciencia se diferencia de la desobediencia civil, por cuanto aquella no cuestiona la ley en sí, objetivamente, sino la obligatoriedad de determinado aspecto propio, en determinadas circunstancias para un individuo específico. Véase asimismo al respecto, ARLETTAZ, Fernando, "Matrimonio homosexual, oposición religiosa y objeción de conciencia en Argentina. A cinco años de la ley de matrimonio igualitario", en Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, nº 1, año 2015.

(3) LAFFERRIERE, Nicolás, "Aborto y objeción de conciencia", en El médico frente al aborto, AA.VV., publicación de la Pontificia Universidad Católica Argentina, junio de 2012, ps. 29 y 31.

(4) "Matrimonio homosexual, oposición religiosa y objeción de conciencia en Argentina. A cinco años de la ley de matrimonio igualitario", ob. cit., nº 3, 3.1.

(5) NAVARRO FLORIA, Juan G., "Un caso de objeción de conciencia laboral", ED, 208-357, 1.

(6) Con cita de Ilva Myriam Hoyos, Jorge Scala afirma que "las cuatro notas esenciales que caracterizan jurídicamente la objeción de conciencia son... las siguientes: a) la existencia de un deber legal que exige realizar una acción contraria a las convicciones morales de quien objeta en conciencia, b) la existencia de una situación singular y concreta que genera el conflicto personal entre el cumplimiento del deber legal y el del deber moral, c) la existencia de una razón eximente de la realización de ese deber legal, y d) el incumplimiento del deber legal por el cumplimiento del deber moral" (SCALA, Jorge, ob. cit.). Afirma Vigo que "en esa lista de derechos humanos que resultan indisponibles está el derecho a desobligarse de lo prescripto por una norma jurídica invocando las convicciones racionales íntimas, pues un derecho con rostro y al servicio del hombre no puede dejar de reconocerlo" (VIGO Rodolfo L., "Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias", ED, 264-549, 2).

(7) Declaración hecha con fecha 16/05/2016 al diario francés La Croix.

coherentes con sus convicciones **(8)**. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia sostuvo en el caso "Portillo" **(9)** que la objeción de conciencia debe ser sincera, con lo que concordó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia del 25/02/1982 **(10)**.

No reconocer el derecho en cuestión significa, ni más ni menos, que no reconocer la libertad de pensamiento, habiéndose afirmado que la objeción de conciencia es un valor fundamental, central, no marginal **(11)**. Debemos al respecto recordar que de conformidad a la Resolución nº 46 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, del año 1987, "la objeción de conciencia... debe ser considerada como un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión".

Recordamos asimismo que con fecha 28/09/2000 la Academia Nacional de Medicina emitió una Declaración en el sentido de que "la objeción de conciencia es un testimonio pacífico y apolítico por el cual un médico puede no ejecutar un acto reglamentariamente permitido, sin que ello signifique el rechazo de la persona y el abandono del paciente. En tal sentido, la Academia Nacional de Medicina aboga por el derecho de los médicos a actuar, en el ejercicio de la profesión con total libertad de conciencia acorde con la ética y conocimientos científicos". Y el art. 48 del Código de Ética de la Asociación Médica Argentina dispone en su última parte, que "ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional" **(12)**.

III. Fundamento de la objeción de conciencia

La objeción de conciencia deriva de la libertad de conciencia, habiéndosela reconocido como una forma de resistencia pacífica con respecto al cumplimiento de una norma, por constituir su cumplimiento un conflicto entre la disposición objetada y su conciencia. Debe quedar en claro que lo que el objetor pretende —mediante un acto no violento— no es obstaculizar ni modificar la norma de que se trata, sino obtener el debido respeto a su conciencia. La obligación legal presupone que la persona debe actuar en un determinado sentido, implicando en cambio su comportamiento una conducta omisiva, debido a que su conciencia moral lo obliga a objetarla.

La conducta del objetor de conciencia tiene su fundamento en la existencia de principios superiores a las disposiciones legales, derivados de la ley natural, que deben prevalecer por sobre lo que la ley manda, que no siempre es justa, lo que ocurre cuando carece de un basamento moral, indispensable en toda norma jurídica, puesto que la operatividad del derecho es inescindiblemente moral. Lo que lleva a la afirmación de que una norma puede ser *legal*, por haber sido dictada de acuerdo con las formalidades exigidas al respecto, pero a su vez, *ilegítima*, por transgredir la norma moral. Como recuerda Rodolfo Vigo, para las teorías no positivistas "no cualquier contenido puede ser derecho, por ende, funciona un límite moral racional respecto de este, de manera que, si se supera ese umbral de *la injusticia extrema*, lo que intenta formularse como derecho no alcanza a serlo en virtud de que, si bien tiene unos elementos necesarios a esos fines, carece del elemento racional, moral o ideal que también necesita". Por lo que —agrega dicho autor— "las convicciones íntimas pueden esgrimirse por el destinatario del derecho a los fines que jurídicamente

(8) Véase al respecto, LAFFERRIERE, Nicolás, ob. cit. Análogamente, MOLINA PORTELA, Jorge Guillermo, afirma que el objetor debe probar la autenticidad de su objeción ("Algunas consideraciones acerca del divorcio y la objeción de conciencia", ED, 189-305).

(9) Fallos, 312-496.

(10) Cit. por NAVARRO-VALLS, Rafael, "La expansión de las objeciones de conciencia", en Academias Jurídicas y Sociales Iberoamericanas, AA.VV., Paraguay, 2017, p. 170.

(11) NAVARRO-VALLS, Rafael, "La expansión de las objeciones de conciencia", ob. cit., p. 171.

(12) Recordamos que hace ya más de cincuenta años, en 1970, la Asociación Médica Mundial aprobó la llamada Declaración de Oslo, en la que se contempla la objeción de conciencia al aborto.

se lo desobligue" **(13)**. Debemos a todo evento aclarar que para ejercer la objeción de conciencia con respecto a una disposición legal, no se requiere necesariamente que esta sea injusta o inmoral, en abstracto, pues también puede ejercerse ese derecho con relación a una ley incuestionable en sí misma —como puede ocurrir al negarse una persona a la práctica del servicio militar con el uso de armas—, pero que hiera la conciencia del objetor; aunque bien puede afirmarse que en el primer caso —cuando la ley es injusta o inmoral— el ejercicio del derecho es todavía más claro, si así pudiera decirse. Como, asimismo, puede ocurrir que un acto puede ir contra la conciencia y las convicciones de una persona, pero no de otra, como en el caso de la jura de la bandera, a lo que se niegan los Testigos de Jehová.

Sin perjuicio de lo expresado, señalamos que el derecho a la objeción de conciencia puede fundarse en el señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad y sus creencias trascendentales, como también en el art. 14 de la CN, que tutela la libertad de culto; debemos asimismo recordar al respecto que en el caso Bahamóndez la CS fundamentó la objeción de conciencia en el art. 19 de la CN, habiendo afirmado al respecto que "la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho de no cumplir una norma u orden de autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común" **(14)**.

Es importante asimismo no olvidar como fundamento del derecho en análisis, el contenido de distintos tratados internacionales incluidos en el art. 75 inc. 22 de la CN, entre los que destacamos la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 18 dispone que "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia" **(15)**.

IV. La ley de aborto y la objeción de conciencia

La ley 27.610, denominada de "Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo", se ocupa en los art. 10 y 11 de la objeción de conciencia, contemplando el primero de ellos la situación de la persona del profesional médico, mientras

(13) VIGO, Rodolfo L., "Derecho a la objeción de conciencia: implicancias y consecuencias", ED, 264-549, 2, y p. 550, 3.

(14) Fallos, 316-479. Pocos años después se reiteró esa doctrina en Fallos 329-2966 (autos "Asociación Testigos de Jehová c/ Consejo Provincial de Educación del Neuquén s/ inconstitucionalidad", del año 2005). Hubo otros varios fallos de la Corte en similar sentido, habiendo sido uno de los más relevantes el antes cit. caso Portillo, en el que se había cuestionado la constitucionalidad de la ley de servicio militar por violentar la libertad ideológica y de conciencia (art. 14 de la CN); Portillo sostuvo que su credo católico le impedía el uso de armas contra otra persona, ya que entendía que implicaba la violación del quinto mandamiento, y ofrecía prestar cualquier servicio alternativo que no implicara el uso de armas. La Corte le reconoció el derecho a la objeción de conciencia, aunque solo con el alcance de no obligarlo a portar armas, debiendo el mismo, no obstante, cumplir con el deber de contribuir a la defensa de la Nación. En ese precedente nuestro más Alto Tribunal reconoció el valor de la libertad religiosa, y extendió la protección de la libertad de conciencia a quienes "establezcan una determinada jerarquía en cuanto a sus valores éticos, adjudicando especial primacía al de no poner en riesgo la vida de un semejante" Se sostuvo, además, que en los casos en que resulte posible, debe tratarse de conciliar el cumplimiento de los deberes legales con el respeto a las convicciones del objetor". Los criterios expuestos por la Corte en el caso Portillo, fueron más adelante recogidos por la ley 24.429, donde se reguló la posibilidad de poder ejercer la libertad de conciencia en el nuevo servicio militar voluntario que estableció dicha ley.

(15) Conf., el art. 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también incluidos en el art. 75 inc. 22 de la CN. Conf., asimismo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 9º). Recordamos que en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se expresa que "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio".

que el art. 11 se refiere a las obligaciones de los establecimientos de salud. Seguidamente analizaremos ambas disposiciones.

IV.1. La objeción de conciencia por parte del profesional de salud

Cabe ante todo poner de relieve con respecto al derecho a la atención sanitaria de las personas, que no se debe ver limitado u obstaculizado por el ejercicio de una objeción de conciencia mal entendida, que sea utilizada en forma inapropiada, como una manera de eludir las responsabilidades profesionales por parte de los médicos, abusándose de tal manera de los derechos de las personas, con grave menoscabo de su salud. Lo que, a nuestro juicio, no ocurre con relación al aborto, por tratarse del derecho a la vida —que es un derecho esencialísimo sin el cual no pueden ejercerse los demás derechos—, consistiendo en tal caso la objeción de conciencia en negarse a ejecutar o cooperar en forma directa o indirecta con un acto de esa naturaleza, por considerar esa conducta como contraria ya sea a la ley moral, a las normas deontológicas o a las religiosas.

Aclarado lo anterior, debemos señalar como positivo que al reconocer el art. 10 de la ley 27.610 recientemente sancionada el derecho del profesional médico a ejercer la objeción de conciencia **(16)**, no dispuso que ese derecho solo pueda ser ejercido en un determinado momento (y no con posterioridad), como en cambio se afirmó en la sentencia dictada con fecha 13 de marzo de 2012 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el denominado caso "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" **(17)**, en que se sostuvo que la objeción de conciencia de los profesionales de la salud debe ser practicada ya sea en el momento en que las autoridades legislativas implementen un protocolo sobre la forma de proceder ante una violación, o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente **(18)**. Estimamos equivocada dicha restricción, puesto que no se puede limitar el tiempo en el que los médicos deben explicitar su derecho de ser objetores de conciencia ante la práctica de un aborto; lo que es así, porque pasado ese tiempo sin haber manifestado su voluntad en tal sentido, se les estaría imponiendo una obligación a participar en abortos, lo que podría constituir un atentado a su conciencia, así como al sentido último de la profesión médica, e incluso a su dignidad personal y al libre desarrollo de su personalidad, al tratarse de profesionales que por su vocación se encuentran llamados a la defensa de la vida humana **(19)**. El ejercicio de la objeción de conciencia no se puede limitar de esa forma, porque constituye un derecho de raigambre constitucional **(20)**, que como resulta de lo hasta aquí dicho, consiste en que nadie debe ser forzado a contrariar las propias convicciones morales y científicas, ejecutando o haciendo ejecutar actos incompatibles con ellas. En otras palabras, como más arriba recordamos, en la objeción de conciencia se está frente al derecho a negarse a observar determinadas conductas cuando ellas violentan la propia conciencia, por lo que limitar su ejercicio se opone a la esencia misma del instituto, verdadero derecho fundamental que se posee en forma continuada en el tiempo y no solo en una oportunidad determinada **(21)**. Resulta por demás innegable que la conciencia no puede congelarse en el tiempo, pudiendo toda persona cambiar de creencias, como se reconoce, entre otras Convenciones incorporadas a la CN, en el

(16) Son varias las jurisdicciones de la Argentina en las que se contempla la objeción de conciencia, por lo general con relación al aborto. Véase al respecto nuestra nota "Ponencia sobre Objeción de Conciencia", publicada en el libro Academias Jurídicas y Sociales Iberoamericanas. Ponencias y Conclusiones, AA.VV., cit., pág. 121.

(17) LA LEY, 2012-B, 241, con múltiples comentarios doctrinarios.

(18) Considerando 29 de la mayoría del Tribunal. Ello se dijo, como resulta del fallo, "de forma tal que toda institución que atienda esta clase de situaciones cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual".

(19) LAFFERRIERE, Nicolás, ob. cit., p. 30. Conf., entre otros, BERTI GARCÍA, María Milagros y Bernardita, y NASAZZI, Fernando, "El derecho de ejercer la objeción de conciencia a un año del fallo de la Corte Suprema de Justicia en la causa F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", ED, 252-823.

(20) Fallos, 312-496. Véase al respecto, entre otros, VIDAL, Elisabet, "El aborto y la pretensión de limitar la objeción de conciencia", ED, 261-900.

(21) Conf. SAMBRIZZI, Eduardo A., "El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre aborto", LA LEY, 2012-B, 277.

artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos del año 1969, y en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del año 1966. La persona puede evolucionar, incluso moralmente, y lo que una determinada acción —como un aborto— que en una época o momento admitió como válida, puede luego cuestionarla cuando se le requiera proceder a sacrificar una vida humana contra el juramento hipocrático que oportunamente prestó, de velar por la vida de sus pacientes. Como afirma Siro De Martini, "los problemas de conciencia deben plantearse cuando se presentan. El hombre no es una máquina cuyas convicciones o decisiones morales pueden ser tomadas de una vez para siempre, y mantenidas de esa forma de modo inalterable" **(22)**.

Pero, en cambio, el precitado artículo 10º establece ciertas limitaciones —que en parte creemos irrazonables—, pues aparte de señalar en forma ciertamente innecesaria que debe cumplir con sus deberes profesionales y obligaciones jurídicas, dispone que debe mantener su decisión en todos los ámbitos en los que ejerza su profesión (público, privado o de la seguridad social), y *derivar de buena fe a la paciente para que sea atendida por otro u otra profesional en forma temporaria y oportuna, sin dilaciones*.

Vayamos por partes. Por de pronto, la disposición parece razonable en cuanto establece que el profesional debe mantener en todos los ámbitos su decisión de no realizar abortos con fundamento en la objeción de conciencia. En efecto, no resultaría admisible que, por ejemplo, en un ámbito público —como podría ser en un Hospital, donde el médico no cobra honorarios por la realización del aborto— se niegue a practicarlos, pero, en cambio, sí los realice en el ámbito privado, donde cobra por esa tarea. Como más arriba afirmamos, el objetor debe ser coherente en sus convicciones, debiendo su actitud ser sincera.

Distinta es, a nuestro juicio, la limitación que la norma impone al derecho del objetor de conciencia, que resulta de la obligación de tener que derivar a la paciente a otro profesional para que esta sea atendida *en forma temporaria y oportuna, sin dilaciones*; o sea —en otras palabras—, para que le sea practicado el aborto. De esa manera, se le está imponiendo que colabore con el aborto, constituyendo esa obligación legal una violación de sus convicciones y, por tanto, una indebida limitación a su derecho constitucional de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; y ello, bajo la amenaza de *sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles, según corresponda*. Resulta claro que no puede afirmarse que por el hecho de no obligarse al objetor de conciencia a realizar por sí mismo el aborto no se estaría violando su libertad de conciencia, por cuanto el hecho de tener que derivar a la paciente a otro profesional para que este proceda al aborto, significa ni más ni menos que colaborar en ese acto, lo que resulta suficiente para violentar su conciencia; lo que nos lleva a concluir que el objetor de conciencia puede lícitamente, en ejercicio de ese derecho, no efectuar esa derivación, sin que ello pueda acarrearle sanción alguna.

En lo hasta aquí visto no concluye la limitación al ejercicio por parte del profesional médico de su derecho a la objeción de conciencia, por cuanto el precitado art. 10 establece en su penúltimo párrafo que *el personal de salud no podrá negarse a la realización de la interrupción del embarazo en caso de que la vida o salud de la persona gestante esté en peligro y requiera atención inmediata e impostergable*. Con relación a lo cual cabe señalar, por de pronto, que al afirmarse que el objetor de conciencia no podrá ejercer su derecho cuando la *salud de la persona gestante esté en peligro*, se está contemplando una situación con la que no concordamos —ya que la vida es un bien más relevante que la salud—, situación que además es demasiado amplia, en lugar de excepcional —como se quiere hacer aparecer—, lo que es así en especial si se advierte que la *salud*, según la definición que la Organización Mundial de la Salud hace del término, es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

(22) DE MARTINI, Siro M. A., "Ni los médicos, ni los centros de salud, están jurídicamente obligados a practicar abortos", en El médico frente al aborto, AA.VV., publicación de la Pontificia Universidad Católica Argentina, junio de 2012, p. 17. Conf., PADILLA, Norberto, "Aborto y muerte digna en la Argentina (Objeción de conciencia según la Corte Suprema y protocolos de aplicación)", en Revista Latinoamericana de Derecho y Religión, año 2015.

Además, pensamos que, si peligra la vida de la gestante, el profesional debe en todo momento tratar de salvar las dos vidas, pero si el bebé no fuera viable y no pudiera esperarse a que lo fuera, porque de demorar su intervención morirían los dos, el médico debe intervenir tratando de salvar a ambos; si finalmente muere el bebé como un efecto no querido, se trataría de un *aborto indirecto* que no le sería moralmente imputable.

IV.2. Con respecto a las obligaciones de los establecimientos de salud

A diferencia de lo que resulta del contenido de la ley 25.673 de Salud Sexual y Procreación Responsable **(23)** —como también del art. 10 de su decreto reglamentario 1282/2003—, que reconocen la llamada *objeción de conciencia institucional*, según la cual se admite que ciertas instituciones pueden exceptuarse de la práctica de determinados actos médicos en razón de su ideario **(24)**, la ley 27.610 no contempla el ejercicio de ese derecho por las instituciones.

En efecto, en su art. 11 se refiere al supuesto de los *efectores de salud del subsector privado o de la seguridad social que no cuenten con profesionales para realizar la interrupción del embarazo a causa del ejercicio del derecho de objeción de conciencia*, supuesto en el cual se dispone que en tal caso *deberán prever y disponer la derivación a un efector que realice efectivamente la prestación y que sea de similares características al que la persona solicitante de la prestación consultó. En todos los casos se debe garantizar la realización de la práctica conforme a las previsiones de la presente ley*. Y se concluye que *las gestiones y costos asociados a la derivación y el traslado de la paciente quedarán a cargo del efector que realice la derivación*, y que *todas las derivaciones contempladas en este artículo deberán facturarse de acuerdo con la cobertura a favor del efector que realice la práctica*.

Como se advierte, la solución es similar a la contemplada en el art. 10 para los profesionales de la salud, ya que, de la misma manera a la establecida en esta última norma, se dispone que los efectores de salud que se encuentran en la situación a la que se alude en el art. 11, deberán derivar a la paciente a otro efector para que este realice el aborto. Consideramos que al igual que en el supuesto del art. 10, con ello se los pretende obligar a colaborar en un acto que violenta sus convicciones más íntimas y su libertad de conciencia, lo que es ciertamente cuestionable, por lo que entendemos que, por las mismas razones antes expresadas, dichos efectores de salud tampoco se encuentran obligados a efectuar derivación alguna de la paciente.

IV.3. La objeción de conciencia institucional

Más arriba recordamos que la ley 27.610 no ha contemplado el ejercicio de la objeción de conciencia por determinadas instituciones, fundamentalmente —aunque no solo ellas— las de carácter religioso. Por nuestra parte, pensamos que la ley debió haber ido más allá, permitiendo en forma expresa el ejercicio de la objeción de conciencia institucional, lo que significa que una determinada institución pueda declarar que, en virtud de su ideario, no colaborará en manera alguna en prácticas como las del aborto.

Al respecto debió haber sido tenido en cuenta que tal como ha señalado Alfonso Santiago, "las instituciones de inspiración religiosa desarrollan sus fines propios de acuerdo con su concepción del hombre, de la vida y de la sociedad que las inspira. No se trata de un proyecto social sin más, sino de instituciones que desde su mismo origen y misión pretenden impregnar

(23) El art. 10 de dicha ley establece que las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse de lo dispuesto en el artículo 6º, inciso b), de la presente ley, que se refiere a la distribución masiva de anticonceptivos. Además, según el art. 9º, las instituciones educativas públicas de gestión privada confesionales o no, darán cumplimiento a la presente norma en el marco de sus convicciones.

(24) Recordamos asimismo la ley 26.150, del Programa Nacional de Educación Sexual Integral, que reconoce en su artículo 5º la posibilidad de cada comunidad educativa de incluir en el proceso de elaboración de su proyecto institucional, la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros. Con respecto a otras normas tanto de Latinoamérica como de Europa que contemplan en forma expresa la objeción de ideario, remitimos a lo señalado por NAVARRO-VALLS, Rafael, ob. cit., ps. 163 y ss.; SANTIAGO, Alfonso, "El derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa", en Academias Jurídicas y Sociales Iberoamericanas. Ponencias y Conclusiones, ob. cit., ps. 151 y ss.

todas sus actividades con esos valores" **(25)**. Lo cual —agregamos nosotros— les impide la realización de, entre otras, prácticas abortivas, debiendo poner de relieve que en razón de que la práctica de esa especie de actos lesiona las convicciones más íntimas de las personas que se han agrupado en ese tipo de instituciones, estas pueden, a nuestro juicio, *como institución*, ser objetoras de conciencia, y como consecuencia, negarse lícitamente a practicar y a colaborar de cualquier forma en ese tipo de actos, quedando por tanto eximidas de cometer lo que en su fuero íntimo consideran un mal grave, que afecta su conciencia.

Sobre lo expresado debe tenerse presente lo sostenido por Neydy Casillas —asesora jurídica de la organización legal *Alliance Defending Freedom* (ADF) —, en el sentido de que "los centros médicos son instituciones que están conformadas por personas. No son edificios vacíos que se administran solos, son personas que en su ejercicio al derecho a asociarse se han unido con un fin que va de acuerdo con sus fines personales y creencias propias" **(26)**.

Reiteramos, por tanto, que la omisión en la que ha incurrido la ley 27.610 no implica que las instituciones de que se trata no puedan —como tales— ejercer el derecho a la objeción de conciencia. Así lo ha hecho saber, por ejemplo, el Hospital Privado de Córdoba casi una semana antes de que entrara en vigencia la ley 27.610, el que a través de su director informó que se declara "objetor de conciencia institucional" y que derivará a las pacientes que requieran un aborto legal. En un comunicado, se aclaró que, pese a que la norma no contempla la objeción institucional, el Hospital sí lo hace de manera individual, y que su visión "es compartida por sus miembros e impartida educativamente en quienes ingresan a ella". En diálogo con *Radio Nacional Córdoba*, el director afirmó lo siguiente: "Tenemos una objeción de conciencia institucional, pasa que la ley no lo prevé, por eso tenemos un ideario y una comunicación institucional interna".

(25) NAVARRO-VALLS, Rafael, "El derecho al ideario en las instituciones de inspiración religiosa", ob. cit., p. 148.

(26) Nota de BUSTAMANTE, Bárbara, en Aciprensa, Santiago de Chile, 29/04/2016.

V. Conclusiones

De lo expresado, llego a las siguientes conclusiones:

1. Toda persona tiene derecho, con fundamento en la moral y en sus convicciones más íntimas, así como en la libertad de conciencia y religiosa, de ejercer la denominada *objeción de conciencia* a fin de no realizar determinados actos que le son requeridos —ni tampoco a colaborar en ellos—, lo que constituye un derecho intrínseco a la dignidad humana.

2. Al constituir la objeción de conciencia un derecho fundamental de la persona, ningún Estado tiene el derecho de derogarlo, como tampoco de otorgarlo, puesto que la omisión de otorgar dicho derecho no impide que sea ejercido sin interferencias o impedimentos. No obstante, es conveniente que lo prevea, señalando sus modalidades, aunque sin limitaciones arbitrarias ni irrazonables.

3. El objetor debe dar razones fundadas de su objeción, que deben ser coherentes y consecuentes con sus convicciones.

4. El objetor de conciencia —sea o no un profesional de la salud— puede hacer valer ese derecho en cualquier supuesto de aborto, pudiendo eximirse lícitamente de colaborar de cualquier modo en esa práctica —sea de forma directa o indirecta—, como podría consistir en la derivación de la gestante a otro profesional.

5. Si solo estuviera en juego la salud de la gestante, el profesional puede ejercer la objeción de conciencia. Y en el supuesto de que, en lugar de la salud, peligrara su vida, debe en todo momento tratar de salvar las dos vidas, pero si el bebé no fuera viable y no pudiera esperarse a que lo fuera porque de demorar su intervención morirían los dos, el médico debe intervenir tratando de salvar a ambos; si finalmente muere el bebé como un efecto no querido, se trataría de un *aborto indirecto* que no le sería moralmente imputable.

6. El derecho de ejercer la objeción de conciencia en los supuestos de aborto, también puede ser ejercido por las instituciones que tienen determinados idearios éticos o religiosos que le impidan la realización de tales actos.

Comentarios Jurisprudenciales

DERECHOS DEL PADRE EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Orden dada a una mujer de abstenerse de llevar adelante cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo. Medida cautelar solicitada por el esposo. Procedencia.

Con nota de Úrsula C. Basset

1. — La falta de acuerdo o disenso sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir de la concepción no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges, incluyendo, claro está, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

2. — Estando acreditada la verosimilitud del derecho, a lo que se puede añadir que verdaderamente existe un peligro en la demora por el plazo de gestación, es que corresponde hacer lugar al recurso de apelación y revocar la sentencia, haciendo lugar a la medida cautelar de no innovar y ordenar a la esposa del peticionante que se abstenga de cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo, hasta tanto la cuestión de fondo sea discernida por el procedimiento más acotado que prevé nuestra ley procesal civil con intervención del Ministerio Público de Menores.

3. — Siendo una medida especial dictada entre cónyuges, lo más propicio es conceder la medida bajo caución personal del esposo, en la cual se comprometa hacerse cargo de todos los gastos económicos que genere el embarazo, como así también los del parto, y que no sean expresamente cubiertos por la obra social respectiva.

4. — Al haberse solicitado la medida cautelar como previa a la interposición de la demanda (art. 197 del CPC) y dado el tiempo transcurrido desde dicha presentación en primera instancia, corresponde acotar el plazo para deducir la demanda, la que deberá promoverse dentro de los tres días de notificada la presente resolución, bajo apercibimiento de caducidad de la medida cautelar.

5. — La ley 27.610 debe convivir en armonía jerárquica con el resto de las leyes de superior o igual rango, sancionadas por el Congreso de la Nación, y entre ellas el Código Civil y Comercial (ley 26.994). Por lo tanto, debe ser interpretada y aplicada a la luz de las previsiones más estrechamente vinculadas en materias idénticas o similares.

6. — En el matrimonio como institución de orden público (art. 12, Cód. Civ. y Com.) los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad y ambos deben prestarse asistencia mutua (art. 431, Cód. Civ. y Com.). Bajo ese proyecto de vida en común, el sistema de toma de decisiones que hace a los aspectos más relevantes en la relación conyugal necesita de forma imperativa de la confluencia de ambas voluntades.

7. — Desde la concepción y transitando el embarazo, pueden suscitarse serias diferencias que afecten derechos y generen obligaciones para ambos por igual, algunas descriptas de forma genérica, y otras legisladas de forma específica, como el caso de la mujer embarazada que tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665, Cód. Civ. y Com.).

8. — El segundo de los requisitos se refiere al peligro de que la alteración de la situación de hecho pueda influir en la sentencia o convertir en ineficaz o imposible su ejecución. En este sentido el peligro se encuentra acreditado por la naturaleza de la pretensión que persigue el peticionante referida a la IVE. El tiempo resulta acotado en virtud de las disposiciones contenidas en la ley 27.610, que otorgan un plazo resumido o escueto dentro del periodo gestacional.

9. — La decisión de rechazar la medida cautelar no contempló el instrumento público contenido en el informe de la obra social suscrito por su interventor, en el que quedó acreditado en principio, que el afiliado directo había solicitado para su esposa en calidad de afiliada indirecta, la práctica para interrumpir el embarazo (IVE), que días después desistió expresamente del pedido y que, posteriormente, fue ella quien solicitó la IVE en forma personal como afiliado indirecto.

10. — La petición efectuada a la obra social por parte de un afiliado indirecto es un acto voluntario (art. 260, Cód. Civ. y Com.) con la finalidad de someterse a dicha práctica (IVE). Está suficientemente corroborada la veracidad de la situación jurídica por la que atraviesan los cónyuges, en lo que hace al estado de embarazo y a la voluntad expresa de la esposa de someterse a la práctica de la IVE.

11. — La tecnología nos marca, y lo que otrora fue el papel, hoy es la electrónica. En esta idea los mensajes de WhatsApp contribuyen a la formación de los medios de prueba, donde por vía electrónica se produce un intercambio de información, se suscitan conflictos y generan contenidos que eventualmente pueden ser necesarios para la resolución del pleito.

12. — La a quo redujo al extremo la fuerza probatoria de la documentación que contiene las conversaciones de WhatsApp, a pesar de estar certificadas por escribano público. Sin embargo, dicha prueba enriquece nuestra convicción y nos persuade que debió haberse tenido en cuenta, ya que bonifica y da cuerpo a lo que se intenta acreditar.

CCiv., Com. y Minería, San Juan, sala III, 01/05/2021. - S. F. A. c. T. B. M. G. s/ cautelar.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11548/2021]

Autos N° 177.743

2ª Instancia.- San Juan, mayo 1 de 2021.

Los doctores *Noguera Ramos, Rodríguez* y *Pérez* dijeron:

La Sra. Jueza del Décimo Primer Juzgado Civil, resolvió: "1. Rechazar la medida cautelar solicitada por el Sr. F. A. S. Costas al actor vencido. 2. Regular los honorarios de los Dres. Zuleta y Lobos, por su actuación profesional en carácter simple, como vencidos y en forma conjunta, en la suma de pesos ... ($ ...)".

Agravios

Nulidad: El apelante, en primer término plantea la nulidad de la resolución criticada, toda vez que entiende que ha sido dictada sin la intervención del Asesor de Menores conforme lo exige el art. 103, inc. a del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Luego de citar el art. 31 de la Ley Provincial 633-E, sostiene que con evidente desconocimiento del derecho y con alarmante desprecio de los derechos del niño por nacer, la intervención del Ministerio Público ha sido groseramente omitida; por lo cual solicita que se declare nula dicha resolución y se resuelva la cautelar articulada haciendo lugar a la medida de no innovar.

I. Primer Agravio: El apelante, critica el argumento dado por la Sra. Jueza al sostener que dictar una resolución sobre la medida solicitada, a favor de la defensa de los derechos de su hijo no nacido y de sus propios derechos; importa un posible anticipo de la jurisdicción favorable del fallo que hubiere de recaer en la causa principal.

Aclara que lo solicitado con esta medida es simplemente la conservación de un estado de derecho, no pretendiendo que se debatan y resuelvan argumentos que formarán parte de la pretensión principal.

Considera, a contrario sensu, que no hacer lugar a la medida argumentando que ... "Tampoco cumplió con el recaudo procesal de indicar por qué se debería impedir a su esposa de ejercer el derecho concedido por la ley Argentina (sic)"... podría interpretarse como adelanto de jurisdicción desfavorable, máxime cuando la ley procesal no exige tal recaudo para la procedencia de la cautelar solicitada.

Critica además, el criterio restrictivo para la procedencia de la cautelar aplicado por la magistrada, rigiendo para el caso un criterio amplio que resulta de las normas internacionales que protegen los derechos del niño y los suyos como progenitor, los que fueron invocados al interponer la medida.

El apelante expone que los recaudos para la procedencia de la cautelar se encuentran establecidos en los arts. 197 y 231 del CPC, por lo que no caben dudas que todos y cada uno de estos requisitos se encuentran acreditados en el escrito inicial y con la prueba obrante en el expediente, por lo que, sostiene, en autos se dan todos los extremos exigidos por la ley de rito.

Expresa que la exigencia del art. 197 del CPC de mencionar la medida que se pide está claramente cumplida en el punto II de fs. 27 vta., donde se solicita la prohibición de innovar hasta que se resuelva la cuestión de fondo, la que pretende preservar la vida del no nacido; y no de impedir el ejercicio de un derecho concedido por la ley argentina a su esposa.

Expone que los extremos exigidos por la ley en el caso de esta medida de no innovar es a los fines de preservar una situación de hecho (el estado gestacional) ya que su modificación convertirá a la sentencia de imposible cumplimiento además de frustrar de manera definitiva los derechos del menor por nacer y los que le corresponden como progenitor.

II. Segundo Agravio: Lo dirige a la parte del fallo que pone en duda la existencia de su hijo, lo que a su juicio está sobradamente acreditada con la prueba documental que acompaña.

Cuestiona que la magistrada limita arbitrariamente la validez probatoria de instrumentos públicos y privados, especialmente el desconocimiento de la documental y la omisión grosera de la informativa,

negando dolosamente informes (D.O.S.) que demuestran la voluntad de llevar a cabo la interrupción del embarazo y se niega a aplicar presunciones legales expresamente consagradas. Todo lo que la llevó a concluir en forma errada que no existió verosimilitud del derecho.

III. Tercer Agravio: El apelante se agravia del tratamiento y la mención que realizó la Sra. Jueza en la sentencia sobre la omisión del planteo de inconstitucionalidad de la ley nacional N° 27.610.

En su queja aduce que no resulta necesario hacerlo en los alcances de una medida cautelar, con cita del art. 402 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Analiza el contenido del art. 638 del Cód. Civ. y Com. de la Nación en conjunción del art. 19 del mismo cuerpo legal, para concluir que los padres deben respetar el interés superior del niño. En ese sentido, dice que la ley N° 27.610 no ha modificado ni alterado el régimen de obligaciones parentales.

Desarrolla los fundamentos de la aludida inconstitucionalidad. Cita doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referida a la declaración de inconstitucionalidad de las normas de oficio. También cita tratados y convenciones internacionales. Resalta que la ley invocada por la jueza de grado tiene grandes vacíos legales.

IV. Cuarto Agravio: Le agravia la posición que adoptó la jueza respecto de la conducta de los letrados referida al diligenciamiento de los oficios sobre la medida para mejor resolver que emitió previo al dictado del fallo. En este sentido dice que todos los oficios fueron diligenciados el mismo día viernes 23/04/2021 por vía electrónica, conforme se comprometió el Juzgado, de manera que no existió demora, ni mucho menos negligencia de los letrados.

El apelante ejerce una defensa de la actuación de los profesionales que lo asisten en la causa.

Reitera que la Jueza debió centrar el análisis de los requisitos para la procedencia de la cautelar en los derechos que se pretenden resguardar y no en los que pudieran afectarse.

Por último expone que el rechazo de la medida cautelar solicitada implica poner en peligro inminente la pérdida de sus derechos y los de su hijo por nacer, la que no puede subsanarse con posterioridad.

El último agravio se refiere a la condena en costas, al solicitar se revoquen e impongan a su esposa.

Formula reserva de derecho.

Tratamiento del recurso

Nulidad

Preliminarmente corresponde que nos expidamos sobre el planteo de nulidad relativa esgrimido por el solicitante, relacionado con la falta de intervención del ministerio tutelar a través del Asesor de Menores en los términos del art. 103 inc. a del Cód. Civ. y Com. de la Nación, de los arts. 31 y 32 inc. a de la ley provincial 633-E.

Entendemos que, en virtud de la naturaleza de la medida cautelar que fuera solicitada en nombre de los derechos de F. A. S. como progenitor y de los derechos de su hijo no nacido, nos encontramos en una etapa preliminar a la sustanciación de un proceso, que por su objeto es de trámite restringido.

Teniendo en cuenta ello, la actuación del Asesor de Menores debe ser solicitada en la tramitación de ese proceso, y dada la premura en que debe resolverse esta medida cautelar, dicha intervención puede ser requerida con posterioridad y durante el trámite del proceso que contenga la pretensión de fondo.

Por lo expuesto, corresponde rechazar el pedido de nulidad relativa de la resolución dictada el 26/04/2021 planteado por F. A. S. en virtud de la urgencia que exige el tratamiento de la medida cautelar solicitada.

Agravios

En relación a los agravios referidos a la procedencia de la medida cautelar, entendemos que la presente se encuadra en una medida de no innovar, contenida en el art. 231 de nuestro Código Procesal, que exige tres requisitos a saber: 1) que el derecho sea verosímil; 2) exista el peligro de que si se altera la situación de hecho o derecho, la modificación pueda influir en la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible; y 3) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria. A su vez el artículo 197 del CPC establece que las medidas cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda. Requerida anticipadamente, no significa que la cautelar sea considerada como un proceso independiente del principal, sino que solo se trata de autonomía de procedimiento, sin dejar de lado que ello importe una medida accesoria o instrumental del proceso.

En este caso, el solicitante ha requerido el dictado de una medida cautelar antes de interponer la demanda, conforme lo permite la norma recién mencionada, sin perjuicio de los efectos que puedan producirse a posteriori para el caso. Por lo que se debe tener presente, la sanción dispuesta en el art. 209 del

CPC para el hipotético caso de que la demanda no sea iniciada dentro de los 10 días de su traba.

Ahora, corresponde analizar los recaudos que exige el artículo 231 del CPC. En relación a la verosimilitud del derecho, en la presente causa se encuentra probado con el acta de matrimonio que F. A. S. y M. G. T. B. revisten el carácter de cónyuges. Sobre ello, la Jueza interviniente no dio por probado el estado de gestación con la ecografía presentada como prueba.

Sin embargo, podemos adelantar que en su decisión cercenó el valor probatorio del expediente presentado en la Obra Social Provincia, aduciendo que "solo se trata de una expresión unilateral de voluntad del propio peticionante"... "por lo que nada prueba respecto de tercero".

Redujo al extremo la fuerza probatoria de la documentación que contiene las conversaciones de Whatsapp, a pesar de estar certificadas por Escribano Público. Sin embargo, dicha prueba enriquece nuestra convicción y nos persuade que debió haberse tenido en cuenta, ya que bonifica y da cuerpo a lo que se intenta acreditar.

La tecnología nos marca, y lo que otrora fue el papel, hoy es la electrónica. En esta idea los mensajes de whatsapp contribuyen a la formación de los medios de prueba, donde por vía electrónica se produce un intercambio de información, se suscitan conflictos y generan contenidos que eventualmente pueden ser necesarios para la resolución del pleito.

Este análisis, le valió a la Jueza para sostener que no existe verosimilitud del derecho alegado por F. A. S., como tampoco peligro en la demora con relación a la situación de hecho y derecho invocado.

La decisión de rechazar la medida cautelar, no contempló el Instrumento Público contenido en el informe de la Obra Social Provincia suscrito por su interventor, en el que quedó acreditado en principio, que el día 09/04/2021 el afiliado directo F. A. S. había solicitado para su esposa en calidad de afiliada indirecta, la práctica para interrumpir el embarazo (IVE).

Sin embargo consta en el informe, que el día 19 de abril del mismo año, desistió expresamente del pedido, requerimiento que es acogido por Decreto N° 0655-73. Por otra parte, surge que en fecha 20/04/2021, obra en los registros de la institución, el ingreso por mesa de entrada de la nota número 813-002918-20 21 iniciado por M. G. T. B. solicitando la I. V. E. en forma personal como afiliado indirecto.

En virtud de ello, las dudas comienzan a disiparse con el informe emitido por D.O.S., el que se encuentra agregado en el expediente en la hoja 46, antes del dictado de la sentencia. Este contribuye a interpretar la voluntad de interrumpir el embarazo de parte de M. G. T. B. y se ve plasmada en lo que consideramos como "probatio probatissima" para el dictado de esta medida cautelar.

Da cuenta el informe, que se acompañó prueba documental, y entre ellas, el presupuesto del costo de la práctica mencionada, análisis y certificaciones médicas con el pedido del profesional de la IVE.

Resalta el interventor que aún la Obra Social Provincia no autorizó la práctica, en tanto se encuentra en trámite el dictado del acto administrativo hasta que se evalúe la documentación presentada, y de ser necesario —dice— se le requerirá la faltante.

La información brindada en este instrumento público ha estado ausente de toda la valoración, análisis o examen en la sentencia que rechaza la medida cautelar.

La petición efectuada a la D.O.S. por parte de un afiliado indirecto es un acto voluntario (art. 260 Cód. Civ. y Com. de la Nación) con la finalidad de someterse a dicha práctica (IVE).

Al contrario de lo que se resolvió, consideramos que está suficientemente corroborada la veracidad de la situación jurídica por la que atraviesan F. A. S. y M. G. T. B., en lo que hace al estado de embarazo y a la voluntad expresa de la cónyuge de someterse a la práctica de la IVE.

Analizados los agravios, cabe decir en primer término que el apelante estando legalmente casado, le rige la presunción de paternidad establecida en el art. 566 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Dicho esto, corresponde analizar con detenimiento si el progenitor está o no en condiciones de impedir, en el contexto de una medida cautelar, que se altere el estado de hecho con el fin de resguardar sus derechos como tal.

La ley 27.610 que regula el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, es un cuerpo normativo que se enmarca en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y en todos los Tratados, Declaraciones y Convenciones internacionales ratificados por la República Argentina que se mencionan en el artículo tercero del mencionado cuerpo legal.

Sin embargo, esta ley debe convivir en armonía jerárquica con el resto de leyes de superior o igual rango, sancionadas por el Congreso de la Nación, y entre ellas el Cód. Civ. y Com. de la Nación (ley 26.994). Por

lo tanto, debe ser interpretada y aplicada a la luz de las previsiones más estrechamente vinculadas en materias idénticas o similares.

Bajo esta hermenéutica y ya, sobre el análisis propio de la pretensión cautelar, cabe preguntarse si el presunto progenitor tiene o no derecho a impedir la práctica de la IVE que pretende efectuar su esposa sin su consentimiento, o en su caso, si la Ley 27.660 lo despoja de él, y le brinda a su cónyuge plena libertad para decidir por sí sola.

Para respondernos, vale recordar que en el matrimonio como institución de orden público (art. 12 Cód. Civ. y Com. de la Nación) los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad y ambos deben prestarse asistencia mutua (art. 431 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Bajo ese proyecto de vida en común, el sistema de toma de decisiones que hace a los aspectos más relevantes en la relación conyugal, necesita de forma imperativa de la confluencia de ambas voluntades.

Es claro, como la "voluntad común o el consenso" se proyecta desde las relaciones de familia y la responsabilidad parental (art. 638 y ss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación) hasta las relaciones patrimoniales (arts. 456 y 469 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Sin embargo, así como se ha legislado sobre esos aspectos de la vida conyugal que necesitan del consenso, del mismo modo esta instituido un mecanismo judicial para encauzar las más variadas desavenencias de importancia que se pueden presentar durante la vida conyugal en todas sus facetas.

En especial, nos referimos a esas decisiones y conductas que exceden la autonomía personal de los cónyuges, porque sus efectos se proyectan naturalmente en la vida en común, con especial afectación a los intereses y derechos del otro.

Para estos casos, la solución en principio está en la disposición del art. 642 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Ley 26.994), en sintonía con su predecesor el art. 264 ter del Código de Vélez, que regula "El desacuerdo".

Esta norma dispone que: "En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público...".

Desde la concepción y transitando el embarazo, pueden suscitarse serias diferencias que afecten derechos y generen obligaciones para ambos por igual, algunas descripta de forma genérica, y otras legisladas de forma específica, como el caso de la mujer embarazada que tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Para este caso particular, entendemos que la falta de acuerdo o disenso sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir de la concepción, no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges, incluyendo, claro está, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

El segundo de los requisitos se refiere al peligro de que la alteración de la situación de hecho, pueda influir en la sentencia o convertir en ineficaz o imposible su ejecución. En este sentido el peligro se encuentra acreditado por la naturaleza de la pretensión que persigue F. A. S. referida a la I.V.E. El tiempo resulta acotado en virtud de las disposiciones contenidas en la ley 27.610, que otorgan un plazo resumido o escueto dentro del período gestacional.

Por lo tanto, estando acreditada la verosimilitud del derecho descripta en los párrafos precedentes, a lo que se puede añadir que verdaderamente existe un peligro en la demora por el plazo de gestación, es que corresponde hacer lugar al recurso de apelación y revocar la sentencia, haciendo lugar a la medida cautelar de no innovar y ordenar a M. G. T. B. que se abstenga de cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo, hasta tanto la cuestión de fondo sea discernida por el procedimiento más acotado que prevé nuestra ley procesal civil con intervención del Ministerio Público de Menores.

Contracautela: De acuerdo a lo dispuesto por el codificador en el art. 201 del CPC, las medidas precautorias se decretan bajo la responsabilidad de la parte que la solicita, quien debe dar caución por todas las costas, daños y perjuicios que pudiere ocasionar.

Ahora bien, siendo una medida especial dictada entre cónyuges, entendemos además que, lo más propicio es conceder la medida bajo caución personal del esposo, en la cual se comprometa hacerse cargo de todos los gastos económicos que genere el embarazo, como así también los del parto, y que no sean expresamente cubiertos por la obra social respectiva.

A tal fin, el apelante, una vez notificada la presente, deberá concurrir personalmente a esta Sala Tercera de la Cámara Civil, munido de su DNI, a los fines de prestar en secretaría la mencionada caución.

Proceso Principal: Al haberse solicitado la medida cautelar como previa a la interposición de la de-

manda (art. 197 del CPC) y dado el tiempo transcurrido desde dicha presentación en primera instancia (21/04/2021), corresponde acotar el plazo para deducir la demanda, la que deberá promoverse dentro de los tres (3) días de notificada la presente resolución, bajo apercibimiento de caducidad de la medida cautelar.

En el mismo sentido y encontrándose en juego derechos fundamentales de las personas, el proceso principal deberá sustanciarse de acuerdo al procedimiento estipulado en el art. 675 del CPC.

Teniéndose en cuenta estas circunstancias, corresponde mantener vigente la habilitación de días y horas inhábiles a los fines de la tramitación de este procedimiento cautelar.

Costas: En relación al pedido de imposición de costas a M. G. T. B., estimamos que no corresponde que se impongan las mismas al momento de decretar o denegar una medida cautelar. Ello es así, entendiendo que las costas generadas en el pedido de medidas precautorias siguen la suerte de las del proceso principal, porque el triunfador en el pleito original hubo de considerarse con derecho para peticionar medidas cautelares destinadas a asegurar la efectivización de su reclamación, aún cuando el afectado con la medida no hubiera intervenido ni se hubiese opuesto.

En razón de dicho criterio, no rige la doctrina según la cual, la omisión de pronunciamiento implica que lo son en el orden causado, pues el criterio que rige el caso específico de las cautelares es que deben serle impuestas a quien resulta vencido en el juicio principal, lo cual, por lo general impide una decisión de este tipo al momento de decretarla.

Por ello, los doctores *Noguera Ramos, Rodríguez y Pérez* resuelven: I. Hacer lugar al recurso de apelación deducido por F. A. S., en consecuencia, revocar la resolución dictada el 26/04/2021 en las hojas 48/51. II. Ordenar, como medida cautelar de no innovar, a M. G. T. B. se abstenga de realizar cualquier práctica que tienda a interrumpir el embarazo hasta tanto la cuestión de fondo sea resuelta. III. Fijar como contracautela la caución personal de F. A. S., en los términos expresados en el considerando correspondiente, quien deberá concurrir a la sede de este Tribunal a dicho fin. IV. Intimar a F. A. S. para que, en el término de tres (3) días a partir de la notificación de la presente, interponga la demanda correspondiente al proceso principal, bajo pena de caducidad de la medida cautelar decretada. V. Habilitar días y horas inhábiles a los efectos de la tramitación del procedimiento cautelar. VI. Oficiar por secretaría del Tribunal a la D.O.S. y al Ministerio de Salud Pública de la Provincia a fin de que tomen conocimiento de la presente resolución. Protocolícese, hágase saber y dése copia autorizada, bajen los autos. — *Juan C. Noguera Ramos. — Sergio O. Rodríguez. — Juan C. Pérez.*

El aborto, la corresponsabilidad y la coparentalidad

Úrsula C. Basset (*)

Sumario: I. Un fallo que resuelve una cautelar.— II. La estructura resolutoria del fallo.— III. Una cuestión adicional: estereotipos de género, derechos de la mujer y decisiones.— IV. Las disonancias de la estructura de coparentalidad, género y corresponsabilidad con la ley de aborto.— V. La norma que mejor proteja la persona humana.

I. Un fallo que resuelve una cautelar

F. está casado en segundas nupcias con M. En los últimos tiempos, la pareja se había reconciliado, después de una corta separación, y habían retomado la convivencia. Ambos tienen hijos de relaciones anteriores. Durante esa nueva convivencia, M. le comunica a F. que está esperando un hijo común. F. se entera de que M. quiere abortar. Se desespera. Le pide que no lo haga, que él se hace cargo de su hijo. Con posterioridad se separan de hecho. F. se entera de que M. inició el trámite en la obra social para solicitar la cobertura del aborto. Recurre a una abogada y así inicia la historia, que conmueve el piso de todas nuestras incoherencias legislativas y de valores del último tiempo en la Argentina. Conmueve además las entrañas.

Tiene ecos del caso "Fornerón" **(1)**, que resuenan e interpelan acerca de qué hace Argentina con los padres, qué hace Argentina con los niños en su estado de mayor dependencia, qué significa la responsabilidad parental y qué impacto simbólico tiene esto en los derechos de las mujeres.

El fallo resuelve hacer lugar a la cautelar solicitada por el padre, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho que surge, entre otras constancias, de la solicitud por instrumento público de la madre ante la obra social para que se cubriera la realización de la práctica **(2)**, por una parte, y del emplazamiento del padre respecto del hijo común que se acredita con el acta del matrimonio legalizada (presunciones matrimoniales), por otra parte. El peligro en la demora es que la alteración de la situación de hecho pueda influir en la sentencia o convertir en ineficaz o imposible su ejecución. Se sugiere la aplicación de las reglas de la responsabilidad para resolver los desacuerdos y se indica la necesaria intervención, antes o después, del Ministerio Público.

II. La estructura resolutoria del fallo

La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, compuesta por los Dres. Noguera Ramos, Rodríguez y Pérez (Sala III) **(3)** estructura la resolución del fallo en los siguientes elementos:

II.1. La inserción de la ley de aborto en un plexo normativo con el que debe convivir

Emulando a las grandes plumas que han tratado de la hermenéutica jurídica en páginas muchas veces olvidadas **(4)**, el fallo vuelve so-

(*) Directora del Centro de Investigaciones de Derecho de Familia. Profesora titular de Derecho de Familia y Sucesiones. Directora de las Carreras de Especialización en Familia de la UCALP y UCASAL.

(1) Corte IDH, "Fornerón v. Argentina" (2012).

(2) Además de ecografías, análisis y WhatsApp protocolizados por escritura pública.

(3) Dictado el 1/05/2021.

(4) Pienso en Busso y sus precisos comentarios al Código Civil. O en la traducción de Betti, que hiciera José Luis de los Mozos (BETTI, Emilio, "La interpretación de los Actos Jurídicos", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987).

bre la obligación de interpretar sistémica y analógicamente las instituciones. Dicen en su voto unánime los jueces de la Sala III:

"Sin embargo, esta ley debe convivir en armonía jerárquica con el resto de las leyes de superior o igual rango, sancionadas por el Congreso de la Nación, y entre ellas el Código Civil y Comercial (ley 26.994). Por lo tanto, debe ser interpretada y aplicada a la luz de las previsiones más estrechamente vinculadas en materias idénticas o similares".

La ley de aborto, por más que incorpore cláusulas de orden público, habita un sistema legislativo que está compuesto por Tratados Internacionales de jerarquía superior y normas de derecho interno, que también conforman el orden público argentino **(5)**. Habita en una cultura jurídica nacional en la que se inserta **(6)**. Habita en hermenéuticas sociales y políticas, como las que propugnan el acceso a la justicia de los más vulnerables y un paradigma protectorio que tutela a los débiles **(7)**.

El art. 3° del Cód. Civ. y Com. establece: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Hay que ver que la Argentina, conoce una cultura jurídica de tutela de la vida humana en sus momentos más frágiles que se remonta a sus raíces identitarias. Ya en nuestro primer Código Civil, Vélez Sarsfield había tomado esta significativa y moderna opción legislativa **(8)**, que supone una impronta: para la Argentina, la vida humana comienza en la concepción.

El nuevo Código Civil y Comercial sostuvo esa impronta, que se relaciona con el cuidado especial de la persona débil y dependiente, y que se plasma también en la eliminación de la "patria potestas" o patria potestad, convirtiendo lo que era un poder de los padres sobre los hijos, en una responsabilidad para su desarrollo integral. En los fundamentos de Código Civil y Comercial surge prístina esta idea:

"La palabra 'potestad', de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la 'potestas' del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo 'responsabilidad' implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente" **(9)**.

II.2. Corresponsabilidad y coparentalidad como fundamentos del fallo

Uno de los grandes valores jurídicos que encarna el Código Civil y Comercial y que se trasunta tanto al derecho filiatorio como al derecho de la responsabilidad parental es la corresponsabilidad y coparentalidad. Ambas estructuras

(5) Al contrario, la inserción expresa de la cláusula de orden público exhibe en su reverso el temor a la falta de seguimiento social, es decir, la debilidad representativa de la ley en la cultura, porque si la ley pensara que integra el orden público como comunidad de valores imperantes en un momento dado, como lo son las reglas del matrimonio o el régimen patrimonial del matrimonio, no se vería en necesidad de enunciar expresamente esa integración. Es una forma de asegurarse que la ley se impondrá, y revela el conocimiento de que esa ley no goza de consenso social. Sobre el sentido del término "orden público" en el derecho argentino, lo hemos profundizado en BASSET, Úrsula C., "Peculiaridades del orden público en el régimen argentino", en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2007-3, p. 419 y ss.

(6) BASSET, Úrsula - GUASTAVINO, Lucía, "El mandato de cada senador y diputado para discutir el aborto. Un panorama por las Constituciones Provinciales", publicado en ED, 28/12/2020, p. 1.

(7) En la presentación al Proyecto de Código Civil y Comercial, Ricardo Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kemelmajer señalan: "El paradigma protectorio tutela a los débiles y su fundamento constitucional es la igualdad. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. Superando la visión de los códigos decimonónicos, el Proyecto considera a la persona concreta por sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital (...) El Proyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables".

(8) En el Código de Vélez Sarsfield el estatuto de las personas por nacer estaba regulado desde el art. 63 al 69.

(9) Fundamentos del Código Civil y Comercial Argentino, 2014.

son derechos en forma de trípode, pues implican derechos-deberes y obligaciones subjetivos, cuya titularidad involucra a cada uno de los dos progenitores y al hijo.

La corresponsabilidad y la coparentalidad tienen fuerte raigambre constitucional-convencional. La corresponsabilidad integra una corriente tendiente a reforzar los derechos de la mujer. Aparece enunciada en el art. 16, inc. d) de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: "Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial".

En la Recomendación General Nro. 21, la CEDAW señala:

"Según se dispone en el inciso b) del artículo 5, la mayoría de los países reconocen que los progenitores comparten sus obligaciones respecto del cuidado, la protección y el mantenimiento de los hijos. El principio de que 'los intereses de los hijos serán la consideración primordial' se ha incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño (resolución 44/25 de la Asamblea General, anexo) y parece tener aceptación universal".

Al mismo tiempo, es un derecho humano fundamental no exclusivo de la mujer, que está en cabeza de ambos progenitores. Así se presenta en el art. 23, inc. 4, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos:

"Los Estados Parte en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos".

En el bloque regional, la Convención Americana de Derechos Humanos, establece en el art. 17, inc. 4:

"Los Estados Parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos".

Se advierte a toda velocidad, que el marco de la enunciación de igualdad de derechos y responsabilidades presupone un equilibrio en la distribución de poderes y el reconocimiento de derechos y deberes a ambos progenitores.

Podría pensarse que se trata de un plexo de artículos que se inscriben en la protección de los derechos de la mujer a tener el mismo poder de decisión que el hombre respecto de los hijos. Sin embargo, la contracara es un largo trabajo del derecho comparado en responsabilizar al hombre por el engendramiento, que, como se produce fuera de su cuerpo, tiene una diferente estructura de apego. En esta línea se inscriben los movimientos doctrinales que llevaron en la Argentina a admitir el reconocimiento prenatal del hijo y establecer una obligación alimentaria a favor del hijo durante el embarazo o incluso a iniciar la acción de reclamación de filiación durante el embarazo.

Por otra parte, están los artículos que visualizan la corresponsabilidad desde los ojos del niño. El niño tiene derecho a su biografía, a su identidad estática y también a su identidad dinámica. Más aún, tiene derecho a que esa identidad estática, siempre que sea posible, preferentemente se ordene en una continuidad respecto de su identidad dinámica. Esta afirmación, votada otrora en forma unánime en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil **(10)**, surge evidente de un juego de disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

En primer lugar, el preámbulo de la CDN (que es pauta hermenéutica de esta), establece: "Teniendo presente que (...) el niño, por su falta de

(10) XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011: "Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)".

madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

No debemos ceder a la tentación de suprimir los párrafos que resultan incómodos o de sacrificarlos en favor de una hermenéutica de conveniencia. La proyección interpretativa del preámbulo sobre el todo de la Convención ha sido resuelta favorablemente respecto de este mismo párrafo inmediatamente luego de la sanción de la Convención. Francia e Inglaterra habían propuesto una redacción alternativa que dejara a salvo la práctica del aborto en sus países, que fue rechazada **(11)**. Inglaterra solicitó que precisamente ese párrafo no sirviera de clave interpretativa de la Convención. Se decidió que siempre y en todos los casos los preámbulos son clave de interpretación de los tratados **(12)**.

A la par, el art. 3°, inc. 2 de la CDN establece que los Estados parte "se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres", para lo que deberán tomar "todas las medidas legales y administrativas".

El art. 6° establece que todo niño tiene "derecho intrínseco a la vida". Y que "[l]os Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

El art. 7° establece que el niño tiene derecho a "conocer a sus padres y en la medida de lo posible, a ser cuidado por ellos".

El art. 8° es clave puesto que establece el "derecho a las relaciones familiares" y a la unidad de todos los elementos de la identidad y debe leerse en consonancia con el art. 9°, que dispone: "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño".

Con estos antecedentes de indispensable mención, arribamos a las dos claves de bóveda de la coparentalidad en la CDN:

- El art. 9°, inc. 3 pone en cabeza del Estado el deber de garantizar las relaciones con ambos padres: "Los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

- El art. 18, inc. 1 establece en cabeza de los padres el deber de ejercer coparentalmente su rol con la finalidad del desarrollo del hijo buscando su interés superior. El Estado resulta garante de favorecer este ejercicio: "Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos

(11) La propuesta alternativa suprimía a la niñez en su estadio prenatal: "Whereas the need for such special safeguards has been stated in the Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924, and has again been recognized in article 25, paragraph 2, of the Universal Declaration of Human Rights and in the statutes of specialized agencies and international organizations concerned with the welfare of children", Legislative History of the Convention on the Rights of the Child, Nueva York y Ginebra, 2007, Vol. 1, p. 61, accesible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc1en.pdf ´[consultado 2/05/2021]

(12) "The preamble serves to set out the general considerations which motivate the adoption of the treaty. Therefore, it is at first sight strange that a text is sought to be included in the travaux préparatoires for the purpose, i. e., to form part of the basis for the interpretation of the treaty. Also, it is not easy to assess what conclusions States may later draw, when interpreting the treaty, from the inclusion of such text in the travaux préparatoires. Furthermore, seeking to establish the meaning of a particular provision of a treaty, through an inclusion in the travaux préparatoires may not optimally fulfil the intended purpose, because, as you know, under article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, travaux préparatoires may only be had if the relevant treaty provisions are in fact found by those interpreting the treaty to be unclear... Nevertheless, there is no prohibition in law or practice against inclusion of an interpretative statement in travaux préparatoires", Response of the Legal Counsel to the Request for Confirmation by the Representative of the United Kingdom regarding Preambular Paragraph 6, par. 9, 9 December 1988, E/CN.4/1989/48. Cf. Office of the U.N. High Commissioner on Human Rights, Legislative History of the Convention on the Rights of the Child, Nueva York y Ginebra, 2007, Vol. 1, p. 299, accesible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc1en.pdf ´[consultado 2/05/2021].

padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño".

No cabe ninguna duda de que el ámbito internacional tiene un doble abordaje del trípode parentofilial: desde la corresponsabilidad, como un conjunto de derechos, deberes y obligaciones iguales de los padres en materia de cuidado del hijo; y, desde la coparentalidad, como un derecho del hijo a que ambos padres asuman en ese rol para garantizar su desarrollo e interés superior, y, sobre todo, su "derecho intrínseco a la vida", que es presupuesto de todo lo demás.

No hay que ceder a la tentación de escamotear cuestiones del debate. A nadie se le escapa que esta estructura de la Convención sobre los Derechos del Niño se aplica en países que habían legalizado el aborto aún antes de la aprobación de la Convención y su ratificación ulterior. El caso de Inglaterra y Francia, que mencionamos antes, evidencia ya la incomodidad de ambos regímenes con el Preámbulo de la CDN, que presupone techos valorativos en colisión que hubo que integrar.

Pero ni Francia ni Inglaterra son Argentina. Argentina al ratificar la Convención depositó juntamente con la firma, confirmada luego en el instrumento de ratificación la declaración interpretativa al art. 1°, por la cual entiende: "Con relación al artículo 1º de la Convención Sobre Los Derechos Del Niño, La República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad" **(13)**.

¿Qué significado tiene esa declaración interpretativa depositada al firmar y confirmada al ratificar? Es el espectro de validez y vigencia del tratado internacional para la Argentina. Así lo establece la Convención de Viena sobre los Tratados; el art. 2°, inc. 1, d lo aclara:

"l'expression 'réserve' s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libelle ou ça désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traite ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application a cet État" **(14)**.

Es decir que la Convención sobre los Derechos del Niño entiende por niño al que existe desde la concepción y esa es la extensión en la que se debe leer el art. 1°, CDN (definición de niño) para la Argentina. Por otra parte, el art. 19 del Cód. Civ. y Com. establece que el comienzo de la existencia de la persona humana para el derecho comienza con la concepción **(15)**. Es decir que, durante el embarazo de la madre y desde la concepción, para el derecho argentino estamos en presencia de un niño, es decir, de un hijo y un nieto.

Todavía más, al trípode padre-madre-hijo (u otras configuraciones posibles), que existe des-

(13) Ley 23.849/1990, art. 2. El Comité de Derechos del Niño tomó nota de la declaración interpretativa argentina al recibir el instrumento de ratificación y deja constancia de ella en la página respectiva, en la que puede leerse: "Reservation and declarations made upon signature and confirmed upon ratification: Reservation: The Argentine Republic enters a reservation to subparagraphs (b), (c), (d) and (e) of article 21 of the Convention on the Rights of the Child and declares that those subparagraphs shall not apply in areas within its jurisdiction because, in its view, before they can be applied a strict mechanism must exist for the legal protection of children in matters of inter-country adoption, in order to prevent trafficking in and the sale of children." Declarations: Concerning article 1 of the Convention, the Argentine Republic declares that the article must be interpreted to the effect that a child means every human being from the moment of conception up to the age of eighteen." Consultado el 2/05/2021 en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en#EndDec.

(14) De la página oficial de la ONU, recuperado el 2/05/2021: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf . La traducción argentina en la página oficial del gobierno dice: "d) Se entiende por 'reserva' una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado".

(15) No resulta de aplicación el fallo del a Corte IDH, "Artavia Murillo v. Costa Rica", pues aquí no hay distinción intra/extraútero para la concepción. No se trata del reconocimiento de la personalidad jurídica al embrión extraútero, que creemos vigente en el derecho argentino por imperio del art. 19 y porque "Artavia" no puede aplicarse sin más al derecho interno. De todas formas, todo ese debate es completamente ajeno a este otro debate, pues se trata de una concepción en el seno materno.

de la concepción, debe sumarse el deber de garantía del Estado.

El art. 75, inc. 23 explicita uno de los techos valorativos más trascendentes del Código Civil y Comercial **(16)**, que es la sensibilidad a los sujetos más vulnerables, más ignorados, más invisibles de la vida social. Esa sensibilidad exquisita, que se expresa en la defensa de la educación pública, el acceso universal a los derechos económicos sociales y culturales, es la que inspira la redacción del art. 75, inc. 23:

"Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

"Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

El Código Civil y Comercial recoge este plexo armónico de normas (un poco de paciencia para las disonancias que se señalan más abajo). El fallo en análisis reconoce tres estructuras jurídicas convergentes en este punto:

- El proyecto de vida en común de los cónyuges que obliga a un consenso en las decisiones fundamentales de la vida compartida.

- La cotitularidad de la responsabilidad parental por el hijo, y su causa fin: el cuidado y desarrollo del hijo.

- La coparentalidad en el ejercicio de la responsabilidad parental y sus reglas ante los avatares de la vida común.

En los párrafos relevantes, el fallo que comentamos analiza dichas cuestiones de este modo:

- *Respecto del proyecto de vida en común matrimonial* y el implícito deber de consenso: "Para respondernos, vale recordar que en el matrimonio como institución de orden público (art. 12 CCC) los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad y ambos deben prestarse asistencia mutua (art. 431 CCC). Bajo ese proyecto de vida en común, el sistema de toma de decisiones que hace a los aspectos más relevantes en la relación conyugal necesita de forma imperativa de la confluencia de ambas voluntades" (el argumento sigue...).

- *Respecto de la titularidad de la responsabilidad parental*: "Es claro, como la 'voluntad común o el consenso' se proyecta desde las relaciones de familia y la responsabilidad parental (art. 638 y ss. del CCC)".

- *Respecto del ejercicio conjunto de la coparentalidad en los avatares de la vida*: "En especial, nos referimos a esas decisiones y conductas que exceden la autonomía personal de los cónyuges, porque sus efectos se proyectan naturalmente en la vida en común, con especial afectación a los intereses y derechos del otro. Para estos casos, la solución en principio está en la disposición del art. 642 del CCC (Ley 26.994), (...) que regula 'El desacuerdo'".

Es sumamente interesante advertir el razonamiento que fluye desde el matrimonio como proyecto, al proyecto de parentalidad, de ahí, a la cotitularidad de derechos, deberes y responsabilidades, y, finalmente, hacia la dinámica del ejercicio de la coparentalidad en los avatares de la vida común.

II.3. La coparentalidad en los avatares de la vida común

La coparentalidad nace en el Código Civil y Comercial con el comienzo de la existencia de la persona humana en la concepción (art. 19), y su contundente legislación correlativa **(17)**.

La coparentalidad debe remontarse al derecho filiatorio. El derecho piensa mecanismos

(16) En los Fundamentos del Anteproyecto se lee: "El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables".

(17) Art. 21, art. 24, art. 22, art. 574, art. 101, art. 2279, art. 665, art. 592, en forma explícita.

para que el niño, siempre que sea posible, quede conectado con ambos progenitores. Si la persona comienza en la concepción, desde la concepción tiene tantos derechos como cualquier otra persona, solamente que los ejerce a través de sus representantes legales, que son sus padres **(18)**. En el caso del matrimonio, puesto que la presunción opera desde la existencia de la persona humana, es decir desde la concepción, se pueden reclamar alimentos desde el embarazo **(19)** y el padre tiene derechos, deberes y obligaciones que emergen de la paternidad que surge de la presunción operativa desde la concepción y que el padre puede impugnar para que no resulte la inscripción a su nombre luego del parto **(20)**.

Tal vez las normas que más elocuentemente demuestran este interés en la coparentalidad del Código Civil y Comercial son las que regulan la reclamación de la filiación cuando solo está determinada la maternidad **(21)**. El resultado de la redacción del art. 583, demuestra una verdadera presión sobre la madre para señalar quién es el padre. Es muy interesante advertir que la estructura de presión sobre la madre tiene como resguardo los derechos del hijo, aunque indirectamente beneficia al padre al que no se le informó de la paternidad. Conviene detenerse en la dureza de las frases:

- "A estos fines, se *debe instar* a la madre a suministrar el nombre del presunto padre (...)".

- "(...) previamente *se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa*".

(La cursiva es nuestra).

Este artículo es sumamente elocuente, pero se inscribe en una corriente de regulación del derecho filiatorio que favorece la determinación de la paternidad del progenitor que no da a luz: a través de presunciones automáticas de paternidad, en parejas del mismo o diverso sexo, a través de reconocimientos que pueden ser prenatales, dando a la posesión de estado el mismo valor que el reconocimiento, permitiendo iniciar la acción de reclamación y los alimentos durante el embarazo, y, como vimos, instando a la madre a indicar quién es el padre.

En la esfera de la responsabilidad parental, la coparentalidad proyecta la sombra de la filiación: ambos padres son cotitulares y corresponsables y deben ejercer su responsabilidad de acuerdo con el interés superior del niño, para su desarrollo integral:

"La responsabilidad parental es 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, la cursiva es nuestra).

La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de separación de hecho se establecen: "b) (...) Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro (...). Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a solo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades".

Ahora bien, del juego de los Arts. 638 y 641, se desprenden tres eventualidades más, que son la privación de la responsabilidad parental cuando el ejercicio pone en riesgo al niño, la regulación del desacuerdo de los padres y la necesidad de nombrar un tutor a*d litem* cuando hay un

(18) Art. 101.- "Enumeración. Son representantes: a) de las personas por nacer, sus padres".

(19) Art. 665.- "Mujer embarazada. La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada".

(20) Filiación matrimonial por naturaleza: Se presume, y tanto es hijo, que el padre puede impugnar la paternidad durante el embarazo. Art. 592.- "Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley. Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer".

(21) Art. 583.- "Reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada sólo la maternidad. En todos los casos en que un niño o niña aparezca inscripto sólo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento; previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa".

conflicto de intereses entre el interés del niño y los derechos de la madre o el padre:

- *Ante el ejercicio de la responsabilidad parental contrario al interés superior del niño*, cabe la privación de la responsabilidad parental **(22)**: "Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por:(...). c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo" (art. 700) **(23)**.

- *Ante el desacuerdo entre ambos padres*, se aplica el art. 642: "(...) cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público".

- *Designación de un tutor* ad litem: "Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes (...)" (art. 109).

Es interesante advertir que de la responsabilidad parental emergen derechos y deberes de los padres: "Son deberes de los progenitores: a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo" (art. 646). Son dos de los deberes pertinentes en este caso.

Por otra parte, el progenitor que ejerce el cuidado tiene un deber de informar: "Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo" (art. 654).

En síntesis, el itinerario trazado por el Código Civil y Comercial resulta claro: la madre tiene el deber de informar al otro progenitor sobre el embarazo y sus circunstancias (art. 654), se presume el acuerdo entre ambos padres, pero si el padre se opone a la decisión de la madre, toda vez que goza de la representación natural del niño en la medida en que esté emplazado como padre (en este caso por presunción matrimonial, pero podría ser por reconocimiento prenatal), tiene derecho a iniciar una acción judicial por la vía más rápida prevista por la ley local. Se aplican las reglas del art. 642 (desacuerdo), la obligación de designar un tutor *ad litem* (la madre pierde la representación porque tiene intereses controvertidos con el niño) y la necesidad de intervención del ministerio público.

III. Una cuestión adicional: estereotipos de género, derechos de la mujer y decisiones

La contracara de la "negación del padre" como un poder de la madre resulta del caso "Fornerón v. Argentina" en el cuál la Argentina resultó condenada ante la Corte Interamericana en el año 2012. En el caso, la madre niega al padre que la hija sea de ambos y la da en adopción. El padre reconoce a la hija, pero no logra interponerse en el proceso que desemboca en la adopción porque la justicia lo ignora, lo invisibiliza. El resultado es una adopción que es en sí misma nula, pero que, en interés de la hija se sostiene. Tanto al padre como a la hija se les "roba" por la intervención del Estado una vida privada y familiar derivada de esta negación del padre.

La Corte IDH en su interpretación de este caso, agrega un elemento muy particular: los estereotipos sociales de género que regulan la parentalidad y que no son admisibles de cara al interés del niño. El párrafo que citamos a continuación se refiere a otro fallo con estereotipos, a saber, "Atala Riffo v. Chile":

"Recientemente, la Corte ha señalado que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del

(22) La indicación no es ociosa. Desde los daños por negligencias de la madre durante el embarazo, pasando por la regulación de los progenitores adolescentes, hasta las medidas protectorias del hijo en los embarazos en que la madre ponga en riesgo a su hijo: son todas cuestiones convergentes que han conocido recepción en las normas y en la jurisprudencia.

(23) Este dispositivo es coherente con la disposición que permite el derecho a veto de los representantes de los progenitores adolescentes cuando hay riesgo para la salud del hijo. (Art. 644: "Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo").

niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia".

A partir del párrafo 91, se desarrolla un capítulo entero dedicado a considerar los estereotipos de género que afectaron los derechos de la niña y su padre. En el análisis que sigue, la Corte Interamericana señala el uso de estereotipos por los cuales el juez argentino habría ignorado al padre como potencial titular de la responsabilidad parental. En el uno de los párrafos señala:

"(...) [E]sta Corte ya ha establecido que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. (...) Las decisiones judiciales analizadas no velaron efectivamente por el interés superior de la niña y por los derechos del padre y se basaron en aseveraciones que revelan una idea predeterminada sobre las circunstancias en las que se produjo su paternidad, y sobre que un progenitor solo no puede hacerse cargo de un hijo" (párrafo 99-100).

Debemos pensar que la Corte Interamericana entiende como estereotipo de género la negación de los derechos del padre a ejercer los deberes y derechos de corresponsabilidad, y que estos tienen como telón de fondo una estructura de refuerzo de los derechos de la mujer, ello tanto a nivel global (CEDAW, PIDESC, CDN) como a nivel regional (Corte IDH, CADH).

IV. Las disonancias de la estructura de coparentalidad, género y corresponsabilidad con la ley de aborto

Obviamente, la ley de aborto resulta disruptiva respecto de este universo armónico. No es la única estructura con disonancias en el derecho de familia.

La ley de aborto supone, en el derecho argentino, una reedición del *vitae necisque potestas* (del derecho de vida o muerte) del que gozaba el *pater familiae* respecto de aquellos que estaban sujetos a su *potestas* en el derecho romano antiguo. Así, la ley de aborto no solamente contraría el espíritu del Código Civil y Comercial respecto de la abolición de la *patria potestas,* sino que además supone una reedición del instituto en la cual la madre tiene derechos de decidir la vida y la muerte de su hijo sin dar razones por tres meses y medio, y luego, alegando razones amplias, hasta el nacimiento. Si la ley hubiera previsto una despenalización en vez de un derecho a abortar, el sistema no hubiera crujido como cruje ahora.

El derecho al aborto es tan contrario a los valores que trasunta la "responsabilidad parental" y de deber de cuidado pensados por el Código Civil y Comercial, que, una vez aprobada la ley y en tanto siga vigente **(24)**, se hace urgente e indispensable un equilibrio plausible, un encuadre razonable y proporcionado. Esta interpretación es necesaria por una lógica integración normativa, y por qué es una exigencia de la humanización del derecho, sobre todo teniendo en cuenta un paradigma evolutivo de los derechos humanos que ponga al futuro de la humanidad en el centro: ese futuro de la humanidad es la infancia, especialmente, la infancia vulnerable. Si hay un progenitor dispuesto a ejercer el cuidado del hijo, como no hay derechos absolutos, el derecho a abortar debe ceder.

Hay que ver que el derecho de la madre abortar es más irrazonable, precisamente porque se concede en la situación de mayor indefensión y dependencia del hijo. El derecho de vida y de muerte del derecho romano al menos se concedía sobre personas que podían ejercer alguna resistencia para seguir viviendo. Aquí no: a mayor grado de dependencia y vulnerabilidad mayor deber de cuidado y protección (es la máxima de la autonomía progresiva). El derecho disonante del aborto invierte esa máxima y da el máximo derecho (el de decidir la muerte) en la mayor indefensión (antes de nacer, cuando el niño tiene la mayor dependencia). Más vulnerable que la madre y más susceptible de protección que los derechos de las mujeres adultas, son los dere-

(24) Su modificación sería deseable, sobre todo en la medida en que crea un derecho en lugar de despenalizar la práctica en determinados supuestos.

chos de los niños, cuyo interés superior está en la cúspide del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, siempre reflexionando sobre la coparentalidad, la corresponsabilidad y las paradojas de la ley, es notable que no regule los abortos forzados. Es un reclamo de la CEDAW **(25)**, que los entiende como una forma de violencia de género. El silencio sobre este tipo de abortos es elocuente y cómplice de estructuras de razonamiento patriarcales. La ley 27.610 regula al detalle y tipifica como delito a quien estorba el aborto, pero no a quién lo fomenta o induce. Es una deuda la tipificación el delito de aborto forzado como y su encuadre como una forma de violencia. Es allí donde está el reencuentro con la interseccionalidad: que los hombres fuercen o presionen a las mujeres a abortar para no tener que afrontar el cuidado del hijo común es una trama más antigua que la memoria. Un compromiso sin hipocresías con los derechos de las mujeres existe cuando se mira a todas las mujeres, sobre todo a las que más expuestas están a la soledad y a las que son empujadas a la desesperación.

Una estructura análoga al derecho a abortar es el derecho a veto a la transferencia embrionaria antes de la "implantación" **(26)**. También tiene como trasfondo el mismo escenario de ideas. Alguna jurisprudencia no permite que la mujer se transfiera los embriones remanentes crioconservados luego de la ruptura de la pareja si su exesposo o pareja no está de acuerdo, incluso, desinteresando al padre de su responsabilidad parental ulterior (lo que podría hacerse fácilmente, privando al padre de la responsabilidad parental). Aquí también prevalece, como en el párrafo anterior, una lectura machista del derecho: ante dos derechos equivalentes de la madre y del padre, prevalece el del padre a no ser padre. La perspectiva de género cede ante el padre que tiene primacía para decidir la transferencia o no de los embriones que ya fueron concebidos. Tampoco resulta claro qué título invoca el padre, pues si no es padre de esos embriones, cuál sería su derecho... ¿el de copropiedad? En ese caso, debería resolverse aplicando las reglas de condominio con perspectiva de género. En el caso "Artavia Murillo v. Costa Rica" la Corte IDH remarcó el impacto desproporcionado de discriminación indirecta que existe respecto del mujer en lo relativo a la fertilidad: "Por otra parte, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas" (párr. 299). La decisión que prohíbe la transferencia de los embriones, privilegiando el derecho del hombre a no ser padre por sobre el derecho de la mujer a ser madre, prevalece una estructura patriarcal de razonamiento que supone un impacto desproporcionado sobre la mujer.

¿Cuál es el hilo común? Ya vimos que los derechos de la mujer tienen una defensa zigzagueante.

V. La norma que mejor proteja la persona humana

En todos los casos, puede advertirse que lo que parece progresista en derechos humanos corre el riesgo de ser un espejismo, a menos que parta de una coherencia unificadora.

Un verdadero progresismo en materia de derechos humanos es no dar marcha atrás con el estándar más protectorio de la vida humana. Si el padre está dispuesto a aportar ese estándar, si la madre está dispuesta a ofrecer ese estándar, siempre es mejor la solución que mejor proteja la persona humana **(27)**.

En este sentido, un último párrafo a resaltar del fallo en análisis es el que postula: "En especial, nos referimos a esas decisiones y conductas que exceden la autonomía personal de los

(25) General recommendation No. 35 On gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, par. 18.

(26) Debería decir transferencia, la implantación se produce entre 10-13 días luego de la transferencia: "Art. 561: (...) El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".

(27) HENDERSON, Humberto, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine", Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, núm. 39, p. 87.

cónyuges, porque sus efectos se proyectan naturalmente en la vida en común, con especial afectación a los intereses y derechos del otro". La autonomía de la voluntad es un derecho de fuertes. Cuando los fuertes deciden sobre un débil, sobre su derecho a nacer y desarrollarse, su derecho a decidir debe encontrar su límite en la ordenación de la responsabilidad parental a su causa fin: el desarrollo integral del hijo y su superior interés **(28)**.

Más allá de toda discusión sobre cómo debe formularse la integración de normas tan dispares como la que introduce el aborto o el derecho a veto de la transferencia de embriones de uno de los padres, el ciudadano, el personal médico, la madre, el padre, el joven o el abuelo, el juez o la parte que procuren la protección de los miembros más frágiles de nuestra familia humana, nunca andarán descaminados. En última instancia, "la humanidad debe al niño, lo mejor que pueda darle" **(29)**.

(28) Dos estructuras analógicas de esta solución son los Arts. 641, que, en el caso de ausencia o privación de la responsabilidad parental, ésta se transfiere al otro progenitor, o la declaración de adoptabilidad, en la que antes de sesgar el vínculo con la familia de origen se explora la posibilidad de cuidado por otros miembros de la familia ampliada (art. 607).

(29) Preámbulo, Declaración de derechos del niño de 1959.

TRATAMIENTO MÉDICO PARA EL CORONAVIRUS

Paciente con diagnóstico de SARS COVID-19 grave con compromiso pulmonar severo. Tratamientos compasivos prescriptos por el médico tratante. Nebulizaciones de ibuprofeno de sodio y de dióxido de cloro. Derecho a la salud. Procedencia de medida cautelar.

Con nota de Paola Alejandra Urbina

1. — La situación de salud que aqueja al paciente, con diagnóstico de SARS COVID-19 grave con compromiso pulmonar severo, y la normativa protectoria vigente suponen la necesidad de arbitrar las herramientas que aseguren una prestación médica eficaz y que hagan a la conservación y mejoramiento de su estado general de salud. Tales aspectos pues, lucen suficientes a fin de acceder a la petición cautelar esgrimida y ordenar al sanatorio demandado a proveer los tratamientos compasivos prescriptos por el médico tratante (nebulizaciones de ibuprofeno de sodio y de dióxido de cloro), pues, en principio, es preciso asegurar de quien deba recibir una prestación, acceda a ella en forma efectiva y eficaz, lo que permite también concluir que concurre el requisito del *periculum in mora* que torna procedente la petición cautelar.

2. — Dentro del marco hipotético que admiten los pronunciamientos cautelares, corresponde, en este caso particular en el que de las constancias médicas arrimadas no se advierte la posibilidad de dilación alguna, estar a lo prescripto por el médico a cargo del tratamiento de la paciente, que es en definitiva quien conoce pormenorizadamente la historia clínica de la amparista y resulta responsable del tratamiento médico que recibe.

3. — Es claro que, en el actual estado de la causa, la cobertura de los tratamientos indicados no ocasionaría un grave perjuicio para la demandada, pero evita, en cambio, el agravamiento de las condiciones de vida del paciente, circunstancia esta que torna procedente la petición cautelar. Así, de conformidad con las consideraciones hasta aquí efectuadas, la accionada deberán otorgar la cobertura de los tratamientos indicados por su médico tratante.

4. — Respecto de lo solicitado y en relación con que no se restrinja el acceso al sanatorio al actor y su hermana, cabe precisar que resulta adecuado el ingreso de cualquiera de ellos en razón del parentesco por afinidad que ostentan (art. 536 del Cód. Civ. y Com.) y el pleno ejercicio de los derechos que la normativa de fondo les otorga y siempre bajo el estricto cumplimiento de las normas de salubridad vigentes requeridas por el sanatorio y autoridades competentes.

JNFed. Civ. y Com., sala de feria, 07/01/2021. - Lorenzo, José María c. Sanatorio Otamendi y Miroli SA s/ amparo de salud.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/2/2021]

18/2021

1ª Instancia.- Buenos Aires, enero 7 de 2021.

Considerando:

I. Que, con fecha 07/01/2021, se presenta en autos el Sr. J. M. L. peticionando el dictado de una medida cautelar en favor de su padre por afinidad, el Sr. O. G. R., DNI N° ..., a fin de que el Sanatorio Otamendi y Miroli SA le provea a él, con carácter urgente, los tratamientos compasivos prescriptos, con fecha 07/01/2020, por su médico tratante Dr. D. C. (Neurocirujano) y, además, no restrinja el acceso al sanatorio del actor y de su hermana, la Sra. V. L.

En tal sentido, solicita el dictado de la medida cautelar in audita parte a fin de evitar el deceso del Sr. G. R. ya que, de lo contrario, el fin del resguardo cautelar podría verse inminentemente frustrado con motivo del fallecimiento.

Con la partida de matrimonio y la prescripción médica arrimadas, acredita el vínculo de la Sra. A. M. T. (madre del peticionario fallecida recientemente) y el Sr. O. J. G. R. (paciente y padre por afinidad del peticionario) y el actual estado de salud del paciente.

II. Dadas así las cosas, a los fines de considerar la procedencia de la medida cautelar solicitada previamente he de recordar que la nueva normativa constitucional incorporó con jerarquía constitucional una nómina de tratados internacionales de derechos humanos.

Estos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; del art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4°, inc. 1° y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, del art. 24, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 10, inc. 3°, del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar.

Cabe agregar, asimismo, que ese último tratado reconoce, asimismo, el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción.

III. En los términos expuestos, cabe indicar que las medidas cautelares, ante todo, más que hacer justicia están destinadas a dar tiempo a la justicia para cumplir eficazmente su obra (conf. Di Iorio J., "Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares", LA LEY, 1978-B, 826; CNCCFed., Sala II, causa 9334 del 26/06/1992, entre otras).

De allí que para decretarlas no se requiera una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido, extremo que solo puede ser alcanzado al tiempo de la sentencia (conf. CNCCFed., Sala II, causas 968 del 19/03/1982; 1408 del 15/07/1983; 4330 del 21/03/1986 y 9334 precit.; CNCiv., Sala E, LA LEY supl. diario del 18/12/1981, fallo 80.288), ni sea menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes (conf. CNCiv. Com. Fed., Sala II, causa 521 del 10/07/1981) cuya índole y extensión han de ser dilucidadas con posterioridad.

Basta, pues, que a través de un estudio prudente, sea dado percibir un "fumus bonis iuris" al peticionario.

Ello, por cuanto —no está demás puntualizarlo— la verosimilitud del derecho equivale, sino a una incontestable realidad, al menos a la probabilidad de la existencia del derecho en cuestión (conf. CNCCFed., Sala II, causas 4442 del 07/06/1986 y sus citas; 5821 del 05/04/1988; 6180 del 20/09/1988, 4861/96 del 11/09/1996 y 7729 del 25/09/1990, entre otras), pues este recaudo es materia susceptible de grados y está influido por la índole del reclamo principal, del que no puede ser desvinculada la medida (conf. fallos citados; v. además causas 4108 del 20/12/1985; 5984 del 17/06/1988; 4330 y 9334 cits. y 19.392/95 del 30/05/1995).

IV. En el caso, la argumentación expuesta por el accionante y la actual condición de salud del paciente que da cuenta la constancia médica arrimada, hacen que el derecho invocado luzca *prima facie* verosímil.

En efecto de las constancias agregadas a las presentes actuaciones, surge claramente el diagnóstico del paciente, que "presenta SARS Covid 19 grave" con "compromiso pulmonar severo" y con saturación de hemoglobina que "se encuentra en descenso. En este sentido, cabe precisar lo categórico y determinante que resulta la prescripción médica acompañada a través de la cual el Dr. S. A. C. expresa que "El paciente se encuentra en muy grave estado de salud por lo que se solicita la autorización de manera muy urgente".

A lo expuesto cabe agregar que, a modo preliminar dentro del marco hipotético que admiten los pronunciamientos cautelares, corresponde, en este caso particular en el que de las constancias médicas arrimadas no se advierte la posibilidad de dilación alguna, estar a lo prescripto por el médico a cargo del tratamiento de la paciente, que es en definitiva quien conoce pormenorizadamente la historia clínica de la amparista y resulta responsable del tratamiento médico que recibe (CNCCFed., Sala I, causa N° 3100/2014, de fecha 09/12/2014).

Resulta entonces que, a la luz de la documentación acompañada, no se advierte una imposibilidad de orden médica para la implementación de los tratamientos prescriptos y adecuado al caso de autos, que además, es de urgente realización ya que puede mejorar el diagnóstico y el tratamiento consecuente a adoptarse de manera inminente o, en su caso, salvar la vida del paciente.

La situación de salud que aqueja a la accionante y la normativa protectoria vigente suponen, en principio, la necesidad de arbitrar las herramientas que aseguren una prestación médica eficaz y que hagan a la conservación y mejoramiento de su estado general de salud.

Tales aspectos pues, lucen suficientes —en este estadío liminar del proceso— a fin de acceder a la petición cautelar esgrimida, pues, en principio, es preciso asegurar de quien deba recibir una prestación, acceda a ella en forma efectiva y eficaz, lo que permite también concluir que concurre el requisito del "periculum in mora" que torna procedente la petición cautelar.

En consecuencia, es claro que en el actual estado de la causa, la cobertura de los tratamientos indicados no ocasionaría un grave perjuicio para la demandada, pero evita, en cambio, el agravamiento de las condiciones de vida de la actora, circunstancia esta que torna procedente la petición cautelar.

Así, de conformidad con las consideraciones hasta aquí efectuadas, la accionada deberán otorgar la cobertura de los tratamientos indicados por su médico tratante.

Por su parte, respecto de lo solicitado y en relación a que no se restrinja el acceso al sanatorio al actor (Sr. J. M. L.) y su hermana (Sra. V. L.), cabe precisar que resulta adecuado el ingreso de cualquiera de ellos en

razón del parentesco por afinidad que ostentan (confr. Art. 536 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) y el pleno ejercicio de los derechos que la normativa de fondo les otorga y siempre bajo el estricto cumplimiento de las normas de salubridad vigentes requeridas por el sanatorio y autoridades competentes.

Por lo expuesto y sin perjuicio de lo que oportunamente pudiere decidirse al momento del dictado de la sentencia definitiva en función de los hechos, derecho y probanzas que invoquen y aporten las partes, de conformidad con lo dispuesto por el art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, entendiéndose prestada la caución juratoria por parte del representante legal de la accionante con la suscripción de la petición inicial, resuelvo: 1. Disponer que hasta tanto se resuelva la pretensión planteada en autos con carácter definitivo, la demandada Sanatorio Otamendi y Miroli SA deberán arbitrar los medios pertinentes para garantizar al Sr. O. J. G. R., la implementación de los tratamientos prescriptos por su médico tratante y que da cuenta la constancia de fecha 07/01/2021 acompañada. 2. Permitir el acceso al sanatorio demandado de los Sres. J. M. L. y V. L. con el alcance establecido en el considerando IV, 9° párrafo. 3. Regístrese y notifíquese mediante oficio en soporte papel —con habilitación de días y horas inhábiles y al que deberá adjuntarse copia íntegra y legible de la pieza en despacho y documentación acompañada— y haciéndole saber a la accionada que deberá acreditarse el cumplimiento de la medida en el plazo de 24 (veinticuatro) horas. A tal fin, facultase al letrado interviniente a su suscripción en los términos de lo establecido por el art. 400 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. — *Javier Pico Terrero.*

Cuando la desidia manda

Paola Alejandra Urbina (*)

Sumario: I. Hechos.— II. El alcance del concepto "más alto nivel posible de salud".— III. Conclusión.

I. Hechos

En el fallo objeto de este comentario el magistrado del Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial Federal, sala de feria, admitió como válida una medida cautelar y ordenó al Sanatorio Otamendi y Miroli a proveer —tal como lo prescribió el médico tratante— nebulizaciones de ibuprofeno de sodio y de dióxido de cloro a un paciente con diagnóstico de SARS COVID-19 grave. Ello con fundamento en los pactos internacionales y —muy particularmente— en lo consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esto es, el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud, así como el deber de los Estados de procurar su satisfacción.

Por lo tanto, nos proponemos demostrar que lo resuelto por el magistrado no se corresponde con los principios constitucionales e infraconstitucionales que gobiernan el alcance que reviste el concepto "más alto nivel posible de salud".

II. El alcance del concepto "más alto nivel posible de salud"

Si bien el concepto deriva —como dijimos— del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) y también

(*) Abogada (USAL). Doctora en Derecho (UCES). Coordinadora de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (UCES). Miembro de la Comisión de Doctorado y del Consejo Asesor Académico de la Maestría en Derecho Empresario. Miembro del Consejo de Investigación y Posgrado del Instituto de Investigación en Formación Judicial y Derechos Humanos y del Centro de Estudios en Contratos Civiles, Comerciales y Derecho del Consumidor y la Empresa (UCES). Miembro del Instituto de Derecho a la Salud de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC) y del seminario permanente sobre derecho y salud de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora titular, coordinadora de tesis de posgrado e investigadora (UCES). Asesora del Senado de la Nación e integrante de la Red Internacional de Expertos en Parlamentos.

—agregamos aquí— de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24.1) es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas el que determina su alcance.

En efecto, dice el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General nro. 14: "El concepto del 'más alto nivel posible de salud' [...] tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado [...] un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud" (punto 9) **(1)**.

Consecuentemente el Estado está obligado —en lo que aquí nos interesa— a brindar "...servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud".

Claro que el acceso a los servicios y condiciones a los que alude el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales campea también en la Constitución nacional y en los tratados internacionales que allí se contemplan.

En esa línea, la Constitución nacional reconoce los derechos implícitos (art. 33) **(2)**, entre los cuales está el derecho a la salud, y consagra expresamente: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud [y] seguridad...". (art. 42, párr. 1º).

Nótese que el precepto transcripto precedentemente alude al derecho a la salud de los/as usuarios/as de bienes y servicios, comprendiendo los servicios de salud, siendo los/as pacientes los/as usuarios/as de aquellos.

Pero también nuestra Constitución nacional recepta los tratados internacionales sobre derechos humanos en el art. 75 inc. 22.

Así, con relación al caso que nos convoca —además del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al que ya referimos (art. 12)— la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el art. 25: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure [...] la salud...".

A su vez, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [sic] determina: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales..." (art. XI).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica estipula en el art. 26 el compromiso de los Estados parte de adoptar, en la medida de los recursos disponibles, las disposiciones que permitan la efectividad de los derechos sociales, entre los que se encuentra el derecho a la salud.

Finalmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad **(3)** —vigente en nuestro país a partir del 21 de mayo de 2008 y con jerarquía constitucional desde el 19 de noviembre de 2014— **(4)** dispone en el art. 25: "Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: [...] b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente

(1) https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14.

(2) Art. 33: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

(3) Aprobada en Nueva York el 13/12/2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

(4) A través de la ley 27.044.

como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades [...] f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud...".

Por consiguiente, nuestro país asumió compromisos internacionales dirigidos a promover y facilitar los servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. Y ello se extiende —como bien lo destaca nuestro máximo tribunal— a otras entidades que participan del mismo sistema sanitario **(5)**, por cuanto el Estado puede delegar esta función, que se denota en el carácter tripartito que asume nuestro sistema de salud: la salud pública, la seguridad social y la medicina privada.

Advertimos entonces que la obligación prestacional central asumida por el sanatorio —la cobertura del derecho humano a la salud— se integra con otra vinculada a este fin: la obligación de seguridad **(6)** (art. 40 ley 24.240) **(7)**.

Si bien no desconocemos que los arts. 5º y 6º de la ley 24.240 refieren a la salud o integridad física como objeto de la obligación de seguridad **(8)** creemos que prevalece el texto más amplio del art. 42 de la CN al que hicimos referencia en los párrafos que anteceden.

Así, pues, en observancia de la obligación de seguridad el sanatorio debe preservar la indemnidad de sus pacientes mediante la prestación del servicio de salud con la mayor diligencia o cuidado posible (art. 774, inc. a Cód. Civ. y Com.) **(9)**.

De ahí que no cualquier expectativa puede ser protegida, sino solo la que es diligentemente apropiada. Y ello implica que —como expresamos en otras ocasiones **(10)**— el sanatorio al implementar los medios para cumplir la obligación central no debe incurrir en faltas u omisiones en su desmedro. Criterio interpretativo que coincide con lo resuelto por nuestros tribunales.

En ese sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, con fecha 12/09/2019, en "D. E. c. OSDE y otros s/ daños y perjuicios" determinó la responsabilidad de la clínica y la obra social codemandadas por los daños que sufrió una paciente —quien padecía obesidad mórbida— durante una internación, cuando al ser higienizada se precipitó hacia el suelo y sufrió la fractura del húmero izquierdo. Dijo el tribunal que "...pesa sobre los gestores del sistema de salud una obligación tácita de seguridad, que más allá de su base legal, fundada en la buena fe entendida como la confianza creada en el cocontratante relativa a que en el decurso del cumplimiento del contrato no sufrirá da-

(5) CS, 20/12/2005, "Sánchez, Norma R. c. Estado Nacional y otro", Fallos 328:4640.

(6) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, 3a ed.; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y la ley de contratos de trabajo", Vélez Sarsfield, Rosario, 1988; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Los servicios de medicina prepaga. La extensión contractual y legal de la cobertura", LA LEY 2005(A), 1282-1288.

(7) Art. 40: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. "La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

(8) Art. 5º: "Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios". "Art. 6º: "Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios [...] cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos".

(9) Art. 774: "Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito...".

(10) URBINA, Paola A., "El acceso a la medicina prepaga en Argentina y el Mercosur: perspectivas del Derecho Privado ante las exigencias sociales y económicas del nuevo milenio" (tesis de doctorado), Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2008. http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/4920/Acceso_Urbina.pdf?sequence=1.

ños y donde juega una expectativa de confianza fundada en que el prestador se ha ocupado razonablemente de proveer a esa seguridad y su responsabilidad también tiene fundamento en la Ley de defensa del consumidor, de acuerdo a lo establecido en sus arts. 5 [...] y 40 incluye particularmente a las prestaciones paramédicas y de hotelería" (consid. 1) **(11)**.

Concordantemente, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, con fecha 06/11/2020 en "J. L. c. R. R. y otros s/ daños y perjuicios" atribuyó responsabilidad solidaria al laboratorio y la clínica como consecuencia de la infección que sufrió la paciente luego de una intervención quirúrgica. Se expresó en los fundamentos que "[l]a obligación del centro asistencial no se agota en la prestación médica principal, restando las paramédicas, y dichos supuestos no dependerán ya de la existencia de culpa en el obrar del profesional dependiente, sino que se verán subsumidos dentro de la esfera objetiva de responsabilidad que implican el deber de seguridad [...] y los daños causados por cosas viciosas, riesgosas o servicios" **(12)**.

Con todo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, con fecha 01/02/2021, en "T. L. del V. c. B. D. G. y otra s/ daños y perjuicios" atribuyó responsabilidad al titular de un consultorio donde se llevó a cabo una práctica médica en la que resultó lesionada una paciente por incumplimiento de su obligación de seguridad. El fundamento más saliente de la sentencia fue: "Cuando la entidad médica se obliga a la prestación de servicio médico es responsable, no solamente de que este se brinde, sino también de que se realice en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencias de la prestación prometida; así, de modo independiente de la responsabilidad directa del médico, existe la obligación en el caso de la propietaria del consultorio de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general y accesoria" (consid. 3) **(13)**.

Así, pues, cuando la obligación central es prestada en contra de toda evidencia médica disponible **(14)** se vulnera la obligación de seguridad, cuestión esta en la que no incurrió el sanatorio. Muy por el contrario, fue una resolución judicial carente de todo sustento la que lo obligó a incumplir el débito asistencial: la cobertura del derecho personalísimo a la salud, inescindiblemente unido a la vida.

III. Conclusión

En definitiva, consideramos que lo resuelto por el magistrado en el caso objeto de este comentario denota una manifiesta y grave despreocupación por la salud del paciente —quien finalmente falleció— e implica un flagrante avasallamiento del poder inherente **(15)** que tiene de evitar la convalidación de daños si, jurídicamente, son y pueden ser evitados.

(11) https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/11/21/internada-por-obesidad-indemnizada-por-fractura-paciente-internada-por-obesidad-morbida-se-cayo-al-suelo-ocasion-de-ser-higienizada-sufriendo-una-fractura/. Cita: MJ-JU-M-121398-AR | MJJ121398 | MJJ121398.

(12) https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/12/30/fallos-infecciones-hospitalarias-un-laboratorio-y-una-clinica-deberan-responzabilizarse-por-la-infeccion-sufrida-por-la-actora-luego-de-una-intervencion-quirurgica-por-la-presencia-de-una-bacteria-e/. Cita: MJ-JU-M-129393-AR | MJJ129393 | MJJ129393.

(13) https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/03/12/fallos-responsabilidad-medica-titular-de-un-consultorio-es-responsable-por-llevarse-a-cabo-alli-una-practica-medica-deficiente-en-la-que-resulto-lesionada-una-paciente-por-infeccion-por-incumplimie/. Cita: MJ-JU-M-130575-AR | MJJ130575 | MJJ130575.

(14) En efecto, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) no recomienda utilizar productos a base de dióxido de cloro o clorito de sodio por vía oral o parenteral en pacientes con sospecha o diagnóstico de COVID-19, ni en ningún otro caso, porque no hay evidencia sobre su eficacia y la ingesta o inhalación de estos productos podría ocasionar graves efectos adversos. OPS (16/07/2020). COVID-19. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52484/OPSIMSPHECOVID-19200040_spa.pdf?sequence=5&isAllowed=y. En sentido concordante la ANMAT sostiene que la utilización de dióxido de cloro para el tratamiento de COVID-19 u otras enfermedades no cuenta con estudios que demuestren su eficacia y no posee autorización alguna por parte de este organismo para su comercialización y uso. ANMAT (12/01/2021) Dióxido de cloro. https://www.argentina.gob.ar/noticias/dioxido-de-cloro y ANMAT (04/08/2020). Dióxido de cloro: ANMAT recomienda no consumir medicamentos no autorizados. https://www.argentina.gob.ar/noticias/dioxido-de-cloro-anmat-recomienda-no-consumir-medicamentos-no-autorizados.

(15) AJA ESPIL, Jesús, Constitución y poder, TEA, Buenos Aires, 1987.

MODIFICACIÓN DE APELLIDO

Partida extranjera. Acceso a la justicia. Colectivos vulnerables. Derechos del adolescente. Derecho a la identidad. Inmutabilidad del nombre. Procedencia.

Con nota de Michel A. Giraud Billoud

1. — La exigencia de realizar un proceso en el extranjero a los fines de modificar el apellido de un adolescente que desea ser equiparado a sus hermanos, deviene un obstáculo en el acceso a la justicia, porque evidentemente implica un incremento notable de los costos del proceso y porque configura un obstáculo para acceder en un tiempo razonable a la requisitoria del adolescente, que se vincula con algo tan esencial como la identidad de las personas. A ello se suman las dificultades y limitaciones propias de la pandemia, que han restringido la circulación internacional y acotado las actividades de los organismos públicos.

2. — Lo normado por el art. 75 y el art. 78, primera parte, de la ley 26.413 —que disponen que las modificaciones de las partidas extranjeras deben realizarse en el extranjero— resulta una intervención en el derecho a la tutela judicial efectiva que deviene irrazonable. Ello en tanto no se encuentra justificada por un fin constitucional- convencional, un derecho fundamental, o un interés del Estado de valor superior que pretenda ampararse con esta exigencia formal. Y es que la trascendencia del fin perseguido con este requisito legal no parece compensar los sacrificios que conlleva para el adolescente dilatar su pretensión de llevar un apellido acorde con su identidad.

3. — Si el acceso a la justicia representa para cualquier ciudadano una seria dificultad, para las personas más vulnerables esta posibilidad se convierte en una quimera, pues en general deben sortear distintos obstáculos para llegar a los tribunales, de modo que es deber del Estado neutralizar o compensar esta vulnerabilidad o desigualdad real para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de estos sectores de la población.

4. — En el caso concreto de los procesos de familia, el factor tiempo presenta características especiales, pues tiende a consolidar situaciones de extrema injusticia, perpetuar el conflicto o agudizar los daños que precisamente se han querido combatir mediante el inicio del proceso.

5. — El concepto de inmutabilidad del nombre entraña una rigidez incompatible con la libertad de intimidad; en cambio, la estabilidad representa la conservación del nombre únicamente con la finalidad de proteger un interés público o social. Si tal interés no se encuentra comprometido, el principio de autonomía de la voluntad prevalece frente a supuestos valores de orden público que desvirtúan la participación activa del sujeto en la conformación o preservación de su propia identidad.

JNCiv. Nro. 92, 30/12/2020. - P. K. C., J. M. s/ información sumaria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/81677/2020]

1ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 30 de 2020.

Vistos:

I. A fs. 2/9 se presentan el Sr. S. P. K. y la Sra. F. M. C. N. en representación de su hijo menor de edad, J. M. P. K. C., solicitando se disponga la modificación del apellido del adolescente, en el sentido de suprimir el segundo y tercer apellido, conservando solo el primero, P. en el otrosidigo, el propio joven ratifica esta presentación.

Se invoca que J. M. tiene cinco hermanos y que todos ellos cuentan con el apellido P., excepto el joven de autos, quien nació en Chile el ... de ... de 2005. Que en ese país es obligatoria la inscripción de los recién nacidos con doble apellido paterno y el materno, de modo que así quedó conformado su nombre.

Aclaran que al regresar a la Argentina, procedieron a inscribir la partida expedida en Chile en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Con el tiempo, fue el propio J. M. quien manifestó a sus progenitores el deseo de cambiar su apellido para que fuera igual al de sus hermanos.

Tanto el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a fs. 15, como el Ministerio Público Fiscal a fs. 20/21, se oponen a lo solicitado, subrayando que la rectificación de la partida debe efectuarse en el asiento original y ello es de competencia, en el caso de partidas extranjeras, del juez del lugar correspondiente al Registro que la otorgó.

Advierte la Fiscal que en caso de acceder a lo solicitado, quedaría registrado en nuestro país un documento que diferiría de su matriz original, y que aun cuando el art. 71 del DL 8204/63 establece la posibilidad de modificar instrumentos inscriptos, quedaría incumplida la norma por la imposibilidad de comunicación que el decreto ley establece, por no ser de aplicación al ámbito internacional.

Al respecto, los peticionantes alegan que la modificación de la partida en Chile dificultaría el cambio del apellido que se solicita por cuanto los trámites en extraña jurisdicción generan muy altos costos, a lo que se suman las limitaciones propias de la pandemia (ver fs. 18).

A fs. 27 se celebró una entrevista con J. M. en la que el adolescente expresó con claridad su deseo de que se modifique su apellido a "P.", al igual que sus hermanos, en tanto así se siente identificado y es conocido en todas sus relaciones sociales y en el colegio.

El Sr. Defensor de Menores e Incapaces se expide en forma favorable a la petición a fs. 29.

II. Como primera cuestión, debo advertir que el decreto-ley 8204/1963 al que hace referencia la Sra. Fiscal en su dictamen ha sido derogado por la ley 26.413 de "Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas" (art. 95).

Sin perjuicio de ello, en similar sentido que su antecesora, la citada ley dispone en el art. 75 que "Las inscripciones asentadas en los libros de extraña jurisdicción, no podrán ser modificadas sin que previamente lo sean en su jurisdicción de origen". Asimismo, el art. 78 prevé que "Todas las resoluciones judiciales que den origen, alteren o modifiquen el estado civil o la capacidad de las personas, deberán ser remitidas al Registro de origen de la inscripción para su registro. En todos los casos, los jueces, antes de dictar sentencia, deberán correr vista a la dirección general que corresponda. Los registros civiles no tomarán razón de las resoluciones judiciales que solo declaren identidad de persona sin pronunciarse sobre el verdadero nombre y/o apellido de la misma".

La petición de autos exige examinar la razonabilidad de la aplicación de la normativa vigente a la luz del ordenamiento supralegal.

Desde la aprobación de la Constitución Nacional en el año 1853, nuestro país adscribe al modelo de estado constitucional y ahora también convencional de derecho. Dicho modelo fue reconocido expresamente por la Corte Suprema en el fallo "Casal" (conf., CSJN, 20/09/2005, "Casal, Matías E. y otro", Fallos: 328: 3399), donde sostuvo que "la más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional" (Ver consid. 14 del voto de Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti), estableciendo también que los jueces tienen la última palabra en la interpretación de las normas constitucionales (o si se quiere la función de cierre del sistema) mediante el control de constitucionalidad que se expresa con la teoría de la argumentación. En este sentido, se subrayó que "nuestro sistema conoce desde siempre el recurso que permite a los ciudadanos impetrar de sus jueces la supremacía de la Constitución sobre la voluntad coyuntural del legislador ordinario que se hubiese apartado del encuadre de esta" (conf. Gil Domínguez, Andrés, "El concepto constitucional de familia", RDF N° 15, 1999, p. 31).

Este modelo de estado constitucional y convencional de derecho se construye en torno de la supremacía o imperativo constitucional y convencional, y se caracteriza por generar un juego de permanente diálogo y retroalimentación —en lo que respecta a la textualidad de cada fuente y la interpretación que realiza de ellas cada órgano con competencia para hacerlo— entre la Constitución y la Convencionalidad como nexo vincular entre Estado y Derecho. La constitucionalidad y convencionalidad, como elemento sustancial, están compuestas por los derechos fundamentales y los derechos humanos y, en este paradigma, los jueces también cumplen una función interpretativa y ponderadora argumental de las antinomias y lagunas que existen entre la Constitución, sumada a la Convención y a la ley cuando deben resolver un caso concreto (conf. Gil Domínguez, Andrés, El estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial, Ediar, Buenos Aires, ps. 27/30. Ver también Gil Domínguez, Andrés, La regla de reconocimiento constitucional argentina, Ediar, Buenos Aires, 2007, ps. 86/87; Sagüés, Néstor, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos, sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo", Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.jurídicas.unam.mx; Bidart Campos, Germán - Albanese, Susana, "El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", JA, 1999-II-357; etc.).

En este escenario, debe recordarse que la propia Corte IDH se ha referido en numerosas oportunidades al imperativo de ejercicio de control de convencionalidad estatal, a partir del caso "Almonacid Arellano y otros", del 26/09/2006. Allí sostuvo que dicho control debía ser ejercido de oficio por los jueces nacionales conjuntamente con el control de constitucionalidad, en constante interacción y con el objeto de proteger a la persona humana (ver acápite 128, punto 2) del voto de García Ramírez y punto 3 del voto de Cançado Trindade) (En el mismo sentido ver Corte IDH, 24/11/2006, "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú"; 23/11/2009, "Radilla Pacheco"; 29/11/2006, "La Cantuta"; 24/11/2007, "Boyce vs. Barbados"; 09/05/2008, "Fermín Ramírez y Raxacó Reyes"; 12/08/2008, "Heliodoro Portugal"; 26/05/2010, "Manuel Cepeda Vargas", 04/08/2010; "Comunidad

Indígena Xámok Kásek"; 30/08/2010, "Fernández Ortega", 31/08/2010; "Rosendo Cantú"; 01/09/2010, "Ibsen Cárdenas y otro"; 23/11/2010, "Vélez Loor"; 26/11/2010, "Cabrera García"; 24/02/2011, "Gelman"; etc.). Así también lo ha resuelto la Corte Suprema a partir del caso "Simón, Julio H. y otros", del 14/07/2005, donde el magistrado Lorenzetti recuerda: "Esta Corte ha definido esta cuestión en precedentes que establecieron la operatividad de los tratados sobre derechos humanos y el carácter de fuente de interpretación que tienen las opiniones dadas por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos en casos análogos..." (Fallos: 328:2056).

En definitiva, el control de constitucionalidad y convencionalidad de la norma es imperativo para el intérprete y aplicador. De allí la trascendencia de examinar todos estos contenidos desde la óptica de los principios de derechos humanos involucrados.

Para determinar si una norma vulnera derechos humanos emergentes del bloque constitucional y convencional es preciso hacer un análisis desde el llamado principio de proporcionalidad, contenido en cierta medida en el art. 28 de nuestra Carta Magna (que en rigor habla del principio de razonabilidad). El principio de proporcionalidad —como su nombre lo indica— permite auscultar si la intervención en un derecho fundamental a través de una norma o acto de los poderes estatuidos o particulares es o no proporcionada y, en consecuencia, si supera o no el test de constitucionalidad y convencionalidad.

Para ello, es necesario examinar los tres subprincipios contenidos en la regla de proporcionalidad: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (conf. Bernal Pulido, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, ps. 75 y ss.).

En este sentido, según el subprincipio de idoneidad, toda intervención legislativa en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, esta medida debe ser además la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Por último, conforme el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la trascendencia de la realización del fin perseguido con la intervención legislativa. Ello significa que las ventajas que se obtienen mediante dicha intervención deben compensar los sacrificios que esta implica para los titulares y para la sociedad en general (conf. Bernal Pulido, Carlos, op. cit., ps. 35 y ss. y 686 y ss.).

Desde esta perspectiva, entonces, examinaré si la aplicación en el caso de autos de lo normado por los arts. 75 y 78 de la ley 26.413 citados afectan derechos fundamentales y, en su caso, si tal intervención es proporcionada y configura solo una restricción razonable y justificada o, por el contrario, resulta desproporcionada —al menos en el caso concreto— de modo que se alza como una vulneración de sendos derechos y, por ende, resulta inadmisible su aplicación en las presentes actuaciones.

III. Alegan los peticionantes que la exigencia de modificar la partida de nacimiento en Chile dificultaría el cambio del apellido que se solicita por cuanto los trámites en extraña jurisdicción generan muy altos costos, a lo que se suman las limitaciones propias de la pandemia (ver fs. 18).

La cuestión se vincula con el principio constitucional-convencional de la tutela judicial efectiva, hoy reconocido además en el art. 706 del Cód. Civ. y Comercial, en tanto reza que en los procesos de familia debe respetarse el principio de tutela judicial efectiva y que "Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos" (inc. a).

La tutela judicial efectiva —que la doctrina constitucional argentina conoce como "derecho a la jurisdicción"— ha sido tradicionalmente reconocida en el art. 18 de nuestra Constitución y reforzada luego de la reforma de 1994 por la incorporación en el texto constitucional de sendos instrumentos internacionales que aluden expresamente a este principio (Ver Bidart Campos, Germán, "El derecho a la tutela judicial efectiva en una señera sentencia de la Corte Suprema de Justicia", LA LEY, 1996-E, 580; del mismo autor, "El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación" en Augusto M. Morello —coord.—, La legitimación. Homenaje al Profesor Doctor Lino Enrique Palacio, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 15 y ss.; del mismo autor, "Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia, el proceso y la legitimación", en Gozaíni Osvaldo A., La legitimación en el proceso civil, Ediar, Buenos Aires, 1996, ps. 11 y ss.; Ekmekdjian, Miguel Ángel, Manual de la Constitución Argentina, Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 233 y ss.; Gozaíni, Osvaldo A., Derecho Procesal Constitucional, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, ps. 105 y ss.; Sagüés, María Sofía, La tutela judicial efectiva en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Zeus. Colección Jurisprudencial, Buenos Aires, 2002, T. 90, ps. 197 y ss.; etc.).

A más de estos instrumentos, por su mención expresa entre los fundamentos del Proyecto, merecen destacarse las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, cuyo punto 25 prevé que "Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad".

La recepción concreta de este principio a nivel infraconstitucional muestra la creciente preocupación de nuestros juristas por la efectividad de los derechos fundamentales y de los derechos subjetivos consagrados en las normas positivas mediante el proceso judicial. La satisfacción de los derechos humanos requiere ineludiblemente pasar de su reconocimiento formal, a la concreción de garantías procedimentales para su real y efectivo ejercicio. Las normas constitucionales— convencionales y las leyes sustanciales son solo instrumentos que exigen la implementación concreta de herramientas de acción que las complementen y doten de sentido. Así lo entendía hace varias décadas Couture, cuando observaba que la tutela judicial efectiva requiere "no ya un procedimiento, sino un proceso. El proceso no es un fin sino un medio; pero es el medio insuperable de la justicia misma" (Couture, Eduardo J., Estudios de derecho procesal civil, T. I, 4ª ed., LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 136).

La tutela judicial efectiva abarca todo el itinerario desde el acceso a la justicia hasta la conclusión del proceso, y tiene por objeto garantizar el acceso de las personas a una decisión justa, fundada y oportuna, dictada por el órgano jurisdiccional habilitado constitucionalmente para ello (conf. Ekmekdjian, Miguel Ángel, Manual de la Constitución..., cit., p. 233).

Este derecho ha merecido un exhaustivo tratamiento por el Tribunal Constitucional español. Este Tribunal ha sostenido que la tutela judicial efectiva se configura fundamentalmente como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso sean resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables. En este sentido, este derecho fundamental tiene como contenidos básicos: a) el derecho a la jurisdicción; b) el derecho a obtener una resolución fundada en derecho; c) el derecho a obtenerla en un plazo razonable; d) el derecho a manifestar y defender la pretensión jurídica en igualdad con las otras partes; e) el derecho a ofrecer pruebas oportunas y admisibles; f) el derecho a interponer recursos; g) el derecho a la defensa y a la asistencia letrada; h) un proceso penal público, acusatorio, contradictorio y con todas las garantías; i) el derecho a ser informado de la acusación formulada; j) la presunción de inocencia; k) la ejecución de la sentencia; etc. (conf. Cano Mata, Antonio, El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 24 de la Constitución, Edersa, Madrid, 1984, ps. 10 a 35).

Como se advierte de la enumeración precedente, la tutela judicial efectiva proyecta múltiples aspectos.

En lo que aquí concierne, merecen destacarse dos subprincipios de vital trascendencia: el acceso a justicia y la economía procesal.

El acceso a la justicia o al órgano judicial constituye una primera etapa del derecho a la jurisdicción o tutela judicial efectiva y, como tal, tiene fundamento constitucional convencional.

Este "acceso mismo al proceso" requiere de la superación de los obstáculos sustanciales y formales que bloqueen la efectividad del derecho a la jurisdicción. El derecho a la tutela judicial efectiva "antes" del proceso implica, entonces, el derecho a exigir del Estado el cumplimiento de los presupuestos jurídicos y fácticos que son necesarios para satisfacer el cometido jurisdiccional ante la eventualidad de una litis concreta (conf. Rosatti, Horacio D., El derecho a la jurisdicción antes del proceso, Buenos Aires, 1984, ps. 56 y ss.). En otras palabras, el acceso a la justicia puede definirse como el derecho a reclamar la protección de un derecho legalmente reconocido por medio de los mecanismos institucionales existentes dentro de una comunidad. En este contexto, acceder a la justicia implica la posibilidad de convertir una circunstancia que puede o no ser inicialmente percibida como un problema en cuestionamiento jurídico (conf. Gherardi, Natalia, "Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres", en Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz —comp.-, Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas, Biblos, Buenos Aires, 2006, ps. 129 y 130).

La especial trascendencia de la consagración normativa de este principio en el art. 706 del Cód. Civ. y Comercial se basa en la concreta referencia a las personas vulnerables, que a la luz de lo previsto por las Cien Reglas de Brasilia serán los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad y las mujeres (conf. punto 3). En tal sentido, precisamente el objetivo de estas Reglas es "garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial" (punto 1). A tales fines, "Se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las

personas en condición de vulnerabilidad. Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Asimismo se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas" (punto 2).

Es que. si el acceso a la justicia representa para cualquier ciudadano una seria dificultad, para las personas más vulnerables esta posibilidad se convierte en una quimera, pues en general deben sortear distintos obstáculos para llegar a los tribunales, de modo que es deber del Estado neutralizar o compensar esta vulnerabilidad o desigualdad real para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de estos sectores de la población. Al respecto, cabe recordar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva acerca del "Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal": "Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas".

Por otro lado, es necesario priorizar la economía procesal o el factor "tiempo" en los procesos de familia.

Se ha dicho que "Justicia es el cumplimiento de la obligación en el momento oportuno, es la omisión del hecho dañoso.... El tiempo durante el cual rige la injusticia es asimismo un tiempo que nunca será borrado; aquí también el acto de reparación es solo compensatorio" (Cárdenas, Eduardo J., El tiempo en los procesos de familia, LA LEY, 1985-D, 748). En este entendimiento, se ha afirmado que el debido proceso "exige que los conflictos se solucionen en tiempo razonable con las debidas garantías para el demandado pero también con normas que no desalienten a quien recurre a la jurisdicción; esas normas deben adaptarse a las necesidades de cada caso valorando la urgencia de la petición, la situación de las partes y demás circunstancias" (Arazi, Roland, Flexibilización de los principios procesales, "Revista de Derecho Procesal. Número extraordinario conmemorativo del Bicentenario. El derecho procesal en las vísperas del Bicentenario", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 111).

Ese tiempo se extiende a través del proceso judicial, de modo que el derecho debe propender a abreviarlo mediante los instrumentos más variados para garantizar así la tutela judicial efectiva. En el caso concreto de los procesos de familia, el factor tiempo presenta características especiales pues tiende a consolidar situaciones de extrema injusticia, perpetuar el conflicto o agudizar los daños que precisamente se han querido combatir mediante el inicio del proceso.

Así lo ha entendido expresamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fornerón", al señalar: "El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales". En ese sentido, y en cuanto a la conducta de las autoridades, destacó el Tribunal en forma reiterada que "no es posible alegar obstáculos internos, tales como la falta de infraestructura o personal para conducir los procesos judiciales para eximirse de una obligación internacional". Con respecto a la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia, la Corte afirmó que "si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve" (Corte IDH, 27/04/2012, "Fornerón e hija c. Argentina", www.corteidh.or.cr/). Como puede observarse, la celeridad procesal es un principio inherente a la tutela judicial efectiva de todos los derechos, y crucial cuando se trata de derechos vinculados a las relaciones de familia y a los derechos de las personas menores de edad.

El tiempo en el proceso se traduce en el principio de economía procesal que tiende a la abreviación y simplificación de los procedimientos, evitando que su irrazonable prolongación torne inoperante la tutela de los derechos e intereses comprometidos (conf. Palacio, Lino E., Derecho procesal civil..., cit., T. I, p. 291).

Este principio abarca dos aspectos: la actividad de los litigantes, los órganos y demás auxiliares; y el relativo a las erogaciones. El primer aspecto se vincula con el acortamiento de los plazos y comprende los principios de celeridad, concentración —en unos

pocos actos o audiencias—, saneamiento, simplificación de los trámites procesales y flexibilización de los principios procesales tradicionales (especialmente en relación con la prueba). También se fortalece, evidentemente, mediante los principios de inmediación y oralidad efectivamente consagrados por el art. 706. El segundo aspecto alude a la necesaria disminución de los gastos del juicio, considerando que la morosidad de los procesos genera una relación directa y perversa, el costo excesivo: a mayor duración, mayor costo y, desde luego, mayor obstáculo para el acceso a la justicia (Ver Bertoldi de Fourcade María V. y Ferreyra de De la Rua, Angelina, Régimen procesal del fuero de familia. Principios generales del proceso de familia y un análisis del sistema vigente en la provincia de Córdoba, Depalma, Buenos Aires, 1999, ps. 42 y ss. y Guahnon, Silvia V., Medidas cautelares..., cit., ps. 58 y 59).

El resguardo por la economía procesal es entonces una de las proyecciones esenciales de la tutela judicial efectiva, lo que indica la responsabilidad de todos los participantes en el proceso (magistrados, abogados y partes) en contribuir a su celeridad en aras a la concreción de la justicia del caso.

A la luz de los principios esbozados, la exigencia de realizar un trámite de exequatur o eventualmente iniciar un proceso en el extranjero —cuestión que parecería surgir del dictamen de la Sra. Fiscal— a los fines de modificar el apellido de un adolescente que desea ser equiparado a sus hermanos, deviene un obstáculo en el acceso a la justicia.

Ello por dos razones. En primer lugar, porque evidentemente implica un incremento notable de los costos del proceso. En segundo término, esta exigencia se alza como un obstáculo para acceder en un tiempo razonable a la requisitoria del adolescente, que se vincula con algo tan esencial como la identidad de las personas. A ello se suman las dificultades y limitaciones propias de la pandemia, que han restringido la circulación internacional y acotado las actividades de los organismos públicos.

Todo lo expuesto me lleva a sostener que en el caso lo normado por el art. 75 y el art. 78, primera parte, de la ley 26.413 resulta una intervención en el derecho a la tutela judicial efectiva que deviene irrazonable. Ello en tanto no se encuentra justificada por un fin constitucional— convencional, un derecho fundamental, o un interés del Estado de valor superior que pretenda ampararse con esta exigencia formal. Y es que la trascendencia del fin perseguido con este requisito legal no parece compensar los sacrificios que conlleva para el adolescente dilatar su pretensión de llevar un apellido acorde con su identidad. Nótese además que esta dilación se contrapone con otra regla que surge del art. 64 del Cód. Civ. y Comercial, en cuanto prevé que todos los hijos matrimoniales deben llevar el mismo apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de ellos.

Por lo expuesto, adelanto que en el caso resultan inaplicables las disposiciones de los arts. 75 y el art. 78, primera parte, de la ley 26.413.

III. Aclarado este punto, cabe analizar la procedencia del pedido formulado por los progenitores y ratificado por el propio adolescente en la presentación inicial y en la entrevista mantenida con la suscripta y el Ministerio Público.

El art. 69 del Cód. Civ. y Comercial señala que el cambio de prenombre o apellido solo procede si existen justos motivos a criterio del juez. Se aclara que se considera justo motivo, de acuerdo a las particularidades del caso, entre otros, el seudónimo cuando hubiese adquirido notoriedad; la raigambre cultural, étnica o religiosa; y la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada.

Conforme se desprende de la redacción de dicho artículo, sin perjuicio de los justos motivos allí enunciados, el juez se encuentra facultado para examinar con amplitud de criterio las distintas situaciones propuestas, para luego decidir si las circunstancias justifican el cambio pretendido.

El nombre constituye una faceta más del derecho a la identidad de las personas. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 18 dispone que "toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuese necesario". A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé en el art. 7° que el niño tiene "derecho desde que nace a un nombre", y el art. 8.1 del mismo instrumento expresa que "los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

La trascendencia del nombre como elemento integrante de este derecho en algún sentido ya había sido destacado por Adolfo Pliner en su renombrada tesis. Sostuvo dicho autor que el nombre, al individualizar al ser humano, lo instala en la posesión plena de su personalidad. Lo reafirma como el "centro diferenciado de voluntad y de acción, de poderes, de obligaciones y de imputaciones, se realiza en su integridad física y espiritual, sin riesgo de diluirse en la masa, que es la muerte de la personalidad, aunque sobre-

viva el individuo. La conciencia de ser uno quien es, para sí y para la sociedad en que vive, la posibilidad de conservar esa individualidad, de protegerla y de perpetuarla, de cultivarse, superarse, crear relaciones estables, fundar una familia..., constituye la personalidad del hombre. Ni mera unidad biológica, ni solo persona jurídica, sino persona humana, florecimiento pleno de un ser para quien el derecho se construye, y es instrumento de sostén y garantía" (Pliner, Adolfo, El nombre de las personas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 92).

En la misma línea de pensamiento, recuerda Fernández Sessarego que el nombre cumple la función de servir de medio para identificar e individualizar a las personas (Fernández Sessarego, Carlos, Derecho a la identidad personal, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 129). Asimismo expresa que "no podemos descartar que el nombre sea uno de los tantos medios de identificación estática que dan cuenta de una 'manera de ser'", de modo que —para este autor— el nombre integra el derecho a la identidad personal en su faz estática.

Sin embargo otros autores afirman que el nombre involucra tanto la faz estática como la dinámica de la identidad personal. En estos términos, Pagano sostiene que "el derecho a la identidad, que —en sus dos facetas, estática y dinámica comprende el del nombre" (Pagano, Luz, "El apellido materno en la filiación biológica", JA, 2004-IV-998). En igual sentido se expresa Solari, quien en un comentario a un fallo dictado por la Suprema Corte de Buenos Aires en fecha 19/03/2003 —donde se admite la adición del apellido del conviviente fallecido en una adopción plena— considera que desde un sentido amplio, "en el caso nos interesan dos de las especias comprensivas del derecho a la identidad: el nombre y las relaciones familiares", las cuales se encontrarían interrelacionadas (Solari, Néstor, "Adición del adoptado del apellido del concubino", JA, 2004-II-49). Como así también Krasnow, quien en otro comentario a fallo relaciona el nombre con la identidad social y asevera que el primero "integra la identidad del sujeto en su faz estática y dinámica. En este sentido, el nombre se instala en la persona de manera permanente, acompañando el proceso de construcción de la identidad en el ámbito social" (Krasnow, Adriana, "El desplazamiento del estado filial y su repercusión en el derecho de identidad. La facultad concedida al hijo de continuar con el uso del apellido", LA LEY, 2004-D, 635).

Es posible que esta transversalidad del nombre por ambas fases del derecho a la identidad personal se deba a que mientras que el nombre de pila busca la identificación dentro de la familia, el apellido posee los mismos fines pero dentro de lo social (conf. Bedrossian, Gabriel, "Cuestiones relativas a la transmisión del apellido materno", LA LEY, Córdoba 2002-184). En otras palabras, esta proyección social a la cual alude Krasnow, conlleva a que el nombre envuelva también la faz dinámica del derecho a la identidad.

Sea que el nombre implique solo la faz estática o también la dinámica, queda claro que configura un elemento del derecho a la identidad y, como tal, es deviene esencial en la configuración subjetiva de las personas.

Ahora bien, desde antaño se ha resaltado el principio de la inmutabilidad del nombre, principio que a nivel normativo fue oportunamente consagrado por el art. 15 de la derogada ley 18.248 que al igual que el citado art. 69 del Cód. Civ. y Comercial, solo habilitaba la modificación del nombre cuando mediaren justos motivos.

Tal regla llevó en un comienzo a examinar con excesivo rigor el catálogo de motivos o causas que se aprecian como "justos" o justificados para quebrar el dogma de la inmutabilidad.

Esta tensión entre el orden público y la libertad de intimidad en materia de nombre de las personas ha ido cediendo a favor de esta última en recientes resoluciones, e incluso en la voz de autorizada doctrina.

Ya hace años el mismo Pliner sostenía que para definir los justos motivos era imperativo considerar los valores que protege aquella regla general, en contraste con las motivaciones que fundan la pretensión de conmoverlo. "El problema se reduce así a un juicio estimativo de los valores en pugna. Frente al orden y la seguridad que inspira el recordado principio, pueden hallarse otros no menos atendibles, aunque responden a intereses particulares, pero tan dignos de consideración que merezcan la tutela del orden jurídico, siempre que no se conmueva la esencialidad de dicha regla, considerada fundamental en la materia" (Pliner, Adolfo, El nombre de las personas..., cit., p. 359).

Por su parte, Ciuro Caldani se refiere a la participación en la construcción del propio nombre como un derecho humano, advirtiendo que "suele decirse que el nombre debe ser inmutable, mas sucede que una de las características de la vida —que no excluye la permanencia— es la mutación. Sin desconocer el deber de resguardar los intereses de los terceros individuos y como integrantes de la sociedad, estimamos que una cultura de la libertad debe ser una cultura de la libertad del lenguaje y del nombre. La imposición puede ser un inaceptable aprisionamiento de la personalidad" (Ciuro Caldani, Miguel Ángel, "El derecho humano a participar en la construcción del nombre", JA, 2001-II-620).

Estas reflexiones —que comparto— justifican reemplazar la férrea regla de inmutabilidad del nombre por otra más acorde a los mandatos emergentes de los instrumentos internacionales de derechos humanos que garantizan la identidad en sus múltiples aspectos y promueven una mayor autonomía de las personas en el diseño de su propia biografía. En este contexto, parece más adecuado hablar de estabilidad del nombre que de inmutabilidad.

El concepto de inmutabilidad entraña una rigidez incompatible con la libertad de intimidad; en cambio, la estabilidad representa la conservación del nombre únicamente con la finalidad de proteger un interés público o social. Si tal interés no se encuentra comprometido, el principio de autonomía de la voluntad prevalece frente a supuestos valores de orden público que desvirtúan la participación activa del sujeto en la conformación o preservación de su propia identidad.

Esta idea de estabilidad y no inmutabilidad habilita el ingreso del cambio del nombre cuando existan razones suficientes a la luz del principio de proporcionalidad que justifiquen tal decisión. Y para ello, nada más importante que la propia percepción, sensaciones y sentimientos de la persona a la hora de identificarse con un determinado nombre o apellido. En esta línea, se ha observado que "el principio de inmutabilidad del nombre y apellido de las personas consagrado en el art. 15 de la ley 18.248 no es absoluto, por cuanto la misma disposición legal otorga al órgano judicial la posibilidad de disponerlo cuando mediaren justos motivos. La cuestión se centra, por consiguiente, en interpretar qué se entiende por justos motivos. Es decir, frente al orden y seguridad que inspira a la regla general, pueden hallarse otros valores no menos atendibles, aun cuando respondan —como en el caso— a intereses particulares, tan dignos de consideración que merezcan la tutela del orden jurídico... No se trata —como parece entender el magistrado de la anterior instancia— de adquirir un apellido por el uso, en una suerte de 'usucapión', sino que el actor siempre fue conocido, a lo largo de su vida, como 'F.' porque así se lo habían impuesto. Y como tal desarrolló una extensa actividad profesional y académica.... Se está en presencia de una mera añadidura del apellido que durante casi cincuenta años de existencia usó y fue conocido el actor, circunstancia que, de impedirle hacerlo, podría ocasionarle serias dificultades al tener que explicar su particular situación..." (CNCiv., Sala E, 17/11/2004, "F., J. J. c. F., D. R. y otro", LA LEY, 2005-B, 550 y ED, 213-379).

Desde una perspectiva interdisciplinaria, en otro fallo se ha resaltado que "el nombre constituye un aspecto relevante en la conformación de la identidad personal, puesto que confiere significaciones que resultan simbólicas y que inciden de gran manera en el comportamiento. El nombre de una persona es un modelo ofrecido de identificación, ya que expresa a través del orgullo, la aceptación y el reconocimiento entre otros... Cuando este modelo ofrecido constituye un modelo contraidentificatorio incide negativamente en la identidad personal de un sujeto, ya que genera malestares psicológicos como el complejo, la negación, la inconformidad y culpabilización al nominante. Sentimiento de inferioridad que no son favorables para el bienestar emocional del portador, quien al no sentirse identificado por su nombre, puede llegar incluso a omitirlo como se da en el caso. Entonces en preciso tener en cuenta, el sentido y la aceptación que tienen el nombre para quien lo lleva... Cabe poner de resalto que la connotación emocional que cada ser humano experimenta en relación a los factores de la realidad son diferentes. Lo que puede ser una simple contingencia para algunos, puede ser vivido como traumático por otro. En este caso, pondero especialmente el cuadro psicológico que presenta la peticionante y 'el justo motivo' exigido por la ley desde dicha perspectiva pues, claro está, que ninguno de los nombres en cuestión pueden considerarse en sí mismo ofensivos, indignos ni humillantes" (C. Apel. Civ. y Com., Sala IV, Corrientes, 10/05/2013, "M., R. L. I. s/ información sumaria", RC J 10327/13).

Así también se ha señalado que "En la práctica, al visualizar los repertorios, se advierte que la interpretación jurisprudencial sobre el principio de inmutabilidad de a poco ha ido variando a lo largo del tiempo, a medida que se producían cambios sociales y culturales. Sin embargo, no puede dejar de apreciarse que, en la mayoría de los casos, la idea de 'inmutabilidad' se torna severa, tal vez en demasía, y excede el sentido que la doctrina entiende atribuir a uno de los caracteres más importantes del nombre; así se hable de fijeza o de estabilidad asumiendo una postura rígida, a punto tal que se rechaza a ultranza toda variación del nombre, incluso cuando se vislumbran 'justos motivos.' Así, al momento de juzgar, el rigor de la regla contenida por la ley impera en la mayoría de los casos...". Sin embargo, en el caso "no se observa que afecte las razones que dan fundamento al criterio establecido en el artículo 15 de la ley 18.248, ya que la adición pretendida por el apelante no es susceptible de producir perjuicio alguno sobre los valores de orden y seguridad. Es que para arribar a esta conclusión debe tenerse primordialmente en cuenta que la equidad como justicia del caso particular tiene por fin atemperar el rigorismo de las leyes... Por otra parte, cabe considerar que dicha conclusión no desvirtúa lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 18.248, ni resulta atentatorio al principio de inmutabilidad de la ley; muy por el contrario, advertimos que mediante la adición pretendida, se legaliza una situación de hecho —el uso cotidiano— que a nadie perjudica, ni atenta contra

derecho alguno" (CNCiv., Sala J, 23/11/2010, "O., S. F. s/ información sumaria", R.562.491).

A tenor de lo expresado, no hay duda de que en el caso se encuentran acreditados los justos motivos para acceder a la modificación del apellido solicitada por los progenitores y reafirmada por el propio adolescente.

Por todo lo cual, oída la Sra. Fiscal y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces, resuelvo: a) Declarar la inaplicabilidad de los arts. 75 y 78, primera parte, de la ley 26.413 al caso de autos. b) Aprobar la información sumaria, disponiendo la supresión de los apellidos "K. C." consignándose el nombre del joven como J. M. P. c) Te hago saber J. M. que lo que hoy se decide implica que de acá en adelante vas a ser identificado como J. M. P. Esta decisión tuvo en cuenta tu deseo de tener el mismo apellido que sus hermanos, como nos comunicaste tan claramente en la entrevista que tuvimos con junto con el Defensor de Menores. d) Firme, inscríbase en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de CABA, a cuyo fin líbrese oficio. e) Notifíquese y a los Ministerios Públicos en sus despachos. — *María V. Famá.*

El derecho al nombre: reflexiones desde los derechos humanos

Michel A. Giraud Billoud (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Control de constitucionalidad y convencionalidad.— III. Protección del nombre de las personas.— IV. Autonomía progresiva y derecho a ser escuchados de los adolescentes.— V. El acceso a la justicia.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

El fallo que nos reúne en esta ocasión y del cual haré un sintético análisis proviene de un juzgado en lo civil de la provincia de Buenos Aires. Discurrían ya los últimos días del año 2020, y la justicia dio muestras de que aún existen posibilidades de satisfacer las demandas de los/as justiciables a pesar de las limitaciones existentes del contexto crítico en el que nos hallamos, es decir, una crisis sanitaria sin precedentes.

En efecto, en el proceso judicial *in analysis* se presenta un matrimonio en representación de su joven hijo solicitando que se disponga la modificación de su apellido en el sentido de suprimir el segundo y tercer apellidos, conservando solo el primero. E inclusive el mismo adolescente confirma dicha petición. Como principal argumento de esta presentación se invoca que el adolescente peticionante tiene cinco hermanos y que todos ellos cuentan con el primer apellido excepto el joven de autos, quien nació en Chile en el 2005. En aquel país es obligatoria la inscripción de los recién nacidos con doble apellido, paterno y el materno, de modo que así quedó conformado su nombre.

Agregan que, al regresar a la Argentina, procedieron a inscribir la partida expedida en Chile en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Con el tiempo, fue el propio adolescente quien manifestó a sus progenitores el deseo de cambiar su apellido para que fuera igual al de sus hermanos. Sin embargo, fueron tanto el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como el Ministerio Público Fiscal quienes se opusieron a lo solicitado, subrayando que la rectificación de la partida debe efectuarse en el asiento original y ello es de competencia, en el

(*) Profesor adscripto de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Cuyo.

caso de partidas extranjeras, del juez del lugar correspondiente al Registro que la otorgó.

Al respecto, los peticionantes agregan que la modificación de la partida en Chile dificultaría el cambio del apellido que se solicita por cuanto los trámites en extraña jurisdicción generan muy altos costos, a lo que se suman las limitaciones propias de la pandemia. Posteriormente, se celebró una entrevista en la que el adolescente expresó con claridad su deseo de que se modificara su apellido dejando solamente el primer apellido, al igual que sus hermanos, en tanto así se siente identificado y es conocido en todas sus relaciones sociales y en el colegio.

Por su parte, el asesor de niños/as y adolescentes se expide en forma favorable a la petición considerando la viabilidad de lo requerido, mientras que la jueza interviniente resolvió a favor de lo solicitado por el adolescente fundamentando en derecho. Es allí donde se aprecia vehemente una muy buena aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, como su implicancia en las normas internas de nuestro ordenamiento jurídico. En el decisorio, se puede avizorar cómo la resolvente ha podido aplicar el derecho en esta situación concreta basado en el principio *pro homine* y la protección integral de niños/as y adolescentes en los procesos en los que intervienen.

En consecuencia, el presente trabajo pretende ahondar en los diferentes análisis que emanan del fallo traído a consideración para arribar a conclusiones que permitan reflexionar sobre la importancia de resolver pedidos de los/as justiciables en clave de derechos humanos. Porque se hace sumamente palmario que, desde la última reforma constitucional de nuestra Constitución Nacional, así como de lo establecido por el art. 1º del Cód. Civ. y Com. de la Nación, la consideración y aplicación de los derechos humanos en los casos a sentenciar es obligatorio.

II. Control de constitucionalidad y convencionalidad

En el sentido del fallo comentado, la juzgadora infirió que la solución que debía otorgar a la cuestión planteada no podía dejar de tener consideración el control de constitucionalidad y, por sobre todo, el de convencionalidad que los/as jueces deben hacer al momento de resolver. En otras palabras, debió analizar si los arts. 75 y 78 de la ley 26.413 se correspondían a una mirada en clave de derechos humanos a partir de lo que se pretendía solucionar en sede judicial. Por su parte, el art. 75 reza: "Las inscripciones asentadas en los libros de extraña jurisdicción, no podrán ser modificadas sin que previamente lo sean en su jurisdicción de origen". Asimismo, el art. 78 prevé: "Todas las resoluciones judiciales que den origen, alteren o modifiquen el estado civil o la capacidad de las personas, deberán ser remitidas al Registro de origen de la inscripción para su registro. [...]". Por lo cual se puede apreciar que, si nos atenemos al estricto carácter de lo que disponen estos artículos, se necesitaba la modificación *sine qua non* del asiento registral en Chile, para poder, recién allí, proceder a lo que se solicitaba. Dicha posición, como se enunció anteriormente, fue la que sostuvieron tanto el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como el Ministerio Público Fiscal, por lo que habían denegado tal pretensión.

No obstante, la jueza entendió que su análisis debía ser contrastado no solo por estos artículos, sino también por lo que dispone la normativa supralegal. Por lo que tomando sus palabras, afirmó: "Desde esta perspectiva, entonces, examinaré si la aplicación en el caso de autos de lo normado por los arts. 75 y 78 de la ley 26.413 citados afectan derechos fundamentales y, en su caso, si tal intervención es proporcionada y configura solo una restricción razonable y justificada o, por el contrario, resulta desproporcionada —al menos en el caso concreto— de modo que se alza como una vulneración de sendos derechos y, por ende, resulta inadmisible su aplicación en las presentes actuaciones".

De tal manera, se entiende hoy que el control de convencionalidad es el cotejo entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana **(1)**. A lo que

(1) "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sen-

se agrega que el control de convencionalidad es una obligación que vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control "de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes **(2)**.

Como señala Jara, el control de convencionalidad es una concordancia que realizan los jueces de las normas de derecho interno vigentes de cada país subscriptos a la Convención Americana de Derechos Humanos y el mismo instrumento supranacional **(3)**. Lo cual se complementa con lo referido por Sagüés al explicar que la sentencia dictada en "Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" aclaró el fallo "Almonacid Arellano", en el sentido que el control de convencionalidad puede practicarse a pedido de parte, pero también de oficio; esto es, por la propia iniciativa del juez. Al respecto, habla expresamente de un "deber" de practicar tal revisión. Tal lineamiento es, naturalmente, de honda significancia. Si debe ser ejercitado de oficio, y si siempre corresponde asegurar el "efecto útil" de la Convención Americana sobre derechos humanos, una consecuencia de ello es que el control podría practicarse hasta el momento mismo en que el juez debe resolver la litis donde debiera aplicarse la norma opuesta al Pacto, a fin, precisamente, de inaplicarla **(4)**.

Ahora bien, lo explicado en relación con el control de convencionalidad debe ser complementado necesariamente por el control de constitucionalidad que realizan a diario los/as jueces para sentenciar. Por tanto, la magistrada del caso de marras, no solo tuvo en valoración la Convención Americana de derechos Humanos junto con su *corpus iuris*, sino que además realizó el control de constitucionalidad. Cabe recordar que nuestro país se enrola en los países que tienen un control de constitucionalidad difuso, es decir, cada juez/a de nuestro país puede dejar de aplicar una norma y declarar inconstitucionalidad si se opone a la Constitución Nacional. Hay que tener presente, además, que los efectos que produce esta declaración de inconstitucionalidad es para el caso concreto, por lo que, en principio, la norma en crisis no sería derogada por el/la sentenciante.

En consecuencia, entendió que, para este caso en particular —y en el contexto de pandemia que atravesamos—, proceder primeramente a la modificación registral en Chile para luego hacerla en Argentina devendría en un esfuerzo para las partes, tornándose en una falta de razonabilidad que nuestra Constitución en su art. 28 tiende a proteger. De tal modo, Bidart Campos ha especificado que la irrazonabilidad es, entonces, una regla sustancial, a la que también se la ha denominado el "principio o garantía" del debido proceso sustantivo. Por tanto, la razonabilidad exige que el "medio" escogido para alcanzar un fin válido guarde proporción y aptitud suficientes con ese fin: o que haya "razón" valedera para fundar tal o cual acto de poder **(5)**.

III. Protección del nombre de las personas

A su vez, si analizamos el pedido del adolescente *per se*, es decir, cambiar su apellido, dejando solo el primer apellido, observamos que en él discurren sus ansias de proteger y resguardar su derecho al nombre, nombre entendido en términos amplio incluyendo su prenombre y apellido. Es en esto donde se constata que su necesidad de cambiar el apellido busca poder darle entidad real a lo que acontece en su cotidianidad y que, por cuestiones formales y legales, ha tenido que ir siendo relegado hasta este momento, lo cual generó una gran aflicción en el adolescente.

Es allí donde la Convención de Derechos del Niño establece la protección de los estados al nombre de niños/as, afirmando: "Art. 8: 1. Los

tencia de 26 de septiembre de 2006. Consid. 124.

(2) "Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Consid. 213.

(3) JARA, A. E., "Control de convencionalidad en Argentina", disponible en http://secretarias.unc.edu.ar/derecho/njrj/revista-no-1/derecho-publico/control-de-convencionalidad-en-argentina/view.

(4) SAGÜÉS, Néstor P. "El 'control de convencionalidad', en particular sobre las constituciones nacionales", LA LEY del 19/02/2009, p. 2.

(5) BIDART CAMPOS, G., "Manual de la Constitución Reformada", Ediar, Buenos Aires, 2005, t. 2, p. 517.

Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas". Lo que es robustecida por lo que afirma el art. 18 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual reza: "Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos".

Por su parte, el art. 69 del Cód. Civ. y Com. de la Nación estipula: "El cambio de prenombre o apellido solo procede si existen justos motivos a criterio del juez. Se considera justo motivo, de acuerdo a las particularidades del caso, entre otros, a: (...) c) la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada. (...)".

A partir de la concepción del nombre como un derecho humano que ha incorporado al análisis de las cuestiones que a este se refieran las pautas hermenéuticas propias de este tipo de derechos, estas habrán de evaluarse a la luz del principio *pro homine* que rige la materia **(6)**. Es decir, la supresión de los apellidos subsiguientes al primero configura una situación donde entra en juego su dignidad, entendida como un sujeto de derecho que pretende un cambio de su apellido para así poder insertarse satisfactoriamente en sus relaciones humanas. Es hasta ahora tortuoso para él tener que ser reconocido en la sociedad de manera diferente a lo que desearía, inclusive de manera distinta a como son llamados sus hermanos. Es que se hace necesario entender que en la adolescencia se fortalecen las construcciones de las diferentes subjetividades de los adolescentes, de modo que el derecho no debiera convertirse en una barrera infranqueable de estas construcciones performativas de su yo interior, sino que debe acompañarlas y entenderlas en clave de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.

Por lo tanto, un mantenimiento de los apellidos posteriores al primero (a pesar de que, como adolescente, tiene un grado de madurez suficiente, reconoce como negativo para el desarrollo holístico de su persona) deviene en injusto y arbitrario. En efecto, el desenvolverse en la vida social, se ve afectado por la presencia de apellidos que no refieren a la vida del adolescente, y que pretenden ser erradicados por medio de la solicitud.

No puede negarse que la identidad de la persona es ese derecho a ser uno mismo y se construye a lo largo de toda la vida y en la relación con los otros; y por eso se dice que esta tiene un carácter dinámico. La identidad aparece entonces como un proceso vital que parte desde los orígenes del ser humano, de saber de dónde se viene, del contacto con los más tempranos afectos; se cruza luego con las amistades, los niveles educativos, personas a las que admiramos, temas que nos interesan, lugares, experiencias, entre una diversidad de aspectos **(7)**. Huelga destacar que la identidad acompaña a la persona durante toda su existencia. Por ello puede ser entendida como un proceso o camino que se inicia con el nacimiento y termina con la muerte, siendo el origen el primer eslabón de esta cadena y no el único eslabón que integra este derecho **(8)**. De esto se puede asegurar que el nombre en sentido amplio configura parte de esta identidad que todas las personas tenemos y que está en constante movimiento.

IV. Autonomía progresiva y derecho a ser escuchados de los adolescentes

El análisis propuesto debe necesariamente vincularse con la noción de autonomía progresiva que niños/as y adolescentes tienen, y que desde la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se ha consagrado. Ya que, en definitiva, es innegable que, en esta situación fáctica, el adolescente conforme a su edad y grado de madurez pudo dirigir a la justicia su intención de adecuar su apellido al de sus hermanos. De modo que entra en juego la posibilidad que tienen los/as adolescentes, claramente, de formar parte activa de las controversias judiciales y expresar sus ideas, sentimientos, deseos o anhelos.

(6) PAGANO, L. M., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Infojus, 2015, t. I, p. 161.

(7) GUADAGNOLI, R. S., "Adopción y derecho a la identidad", Revista de actualidad Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial, nro. 8, Ediciones Jurídicas, Id SAIJ: DACF190090, 2018, p. 29.

(8) KRASNOW, A. N., "El derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", RDF 68-193, p. 1.

Como ha desarrollado la aclamada jurista Kemelmajer de Carlucci, la autonomía progresiva pertenece, esencialmente, al área del ejercicio de los derechos personalísimos; por eso, ha sido desarrollada, especialmente, en el ámbito de la bioética; no se alcanza en un momento preciso, no se adquiere o pierde en un día, o en una semana, sino que se va formando y requiere una evolución; no es algo rígido de "todo o nada"; se trata de un elemento de desarrollo evolutivo, que va adquiriéndose con la madurez psicológica y cognitiva, y que puede y debe graduarse en función de la decisión a tomar y del alcance y la magnitud de sus consecuencias. Bajo esta denominación, se analiza en concreto si un sujeto individualizado puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar **(9)**.

Consecuentemente, se aprecia que la idea de un adolescente ajeno al proceso judicial, donde quienes debaten derechos que a él le competen sean adultos, ha quedado de lado, a la luz de la autonomía progresiva. Porque se ha hecho evidente que, como sujetos de derechos, si tienen la edad y grado de madurez suficiente**,** son personas que pueden, mejor que nadie, expresar sus motivaciones en los estrados.

De ello, se sigue que la posibilidad de que el adolescente fuera escuchado en el proceso judicial y que su posición fuera tenida en cuenta tiene asidero en la Convención de Derechos del Niño. En este instrumento internacional, el art. 12 dice: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

Lo que ha sido analizado en la Opinión Consultiva nro. 12 del Comité de esta Convención, afirmando que cuando la norma establece "el derecho de expresar su opinión libremente", "libremente" significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. Significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. Es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva "propia" del niño: el niño tiene el derecho de expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás. La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño **(10)**.

Por lo que en el fallo observamos que el proceso se desenvolvió dentro de este paradigma de escucha activa del adolescente que se encontraba solicitando defender su derecho al nombre y a la identidad. En consecuencia, darle el espacio y la posibilidad de dar su opinión libremente otorgada fue tenida en cuenta a los fines decisorios significó enrolar la decisión judicial en el paradigma del niño/a y adolescente como sujeto de derecho que perfila la Convención de Derechos del niño.

Una situación contraria hubiera implicado una disminución de sus derechos a los cuales el propio ordenamiento le ha permitido ejercer. De tal manera, la protección de la escucha activa de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales es garantía de defensa de los derechos humanos que tienen los diferentes operadores del derecho al intervenir. E inclusive es de destacar que la jueza entendió el carácter dialógi-

(9) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (dir.), "Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed., ps. 20-21.

(10) Opinión General nro. 12 (2009) El Derecho del niño a ser escuchado. Comité de los Derechos del Niño, párrs. 22- 25.

co que adquiere el derecho a ser escuchado por un adolescente, que al final de la sentencia refirió un apartado particular dirigido al joven, a fin de que pudiera entender lo que se estaba resolviendo y cómo eso otorgaría el derecho que él buscaba. Las palabras de la magistrada dicen en estos términos: "Te hago saber, J. M., que lo que hoy se decide implica que de acá en adelante vas a ser identificado como J. M. P. Esta decisión tuvo en cuenta tu deseo de tener el mismo apellido que sus hermanos, como nos comunicaste tan claramente en la entrevista que tuvimos con junto con el Defensor de Menores".

V. El acceso a la justicia

El art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos reza de la siguiente manera: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)".

En consonancia, nuestra Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que el derecho a ser oído exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones. Agregó, además, que el estándar jurisprudencial supone que un juicio justo es aquel en el cual una persona ha sido oída con las debidas garantías. De acuerdo con la Corte, el derecho a ser oído comprende entonces dos ámbitos, el formal y el material. El ámbito formal o procesal del derecho implica asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Y el ámbito material del derecho supone que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido **(11)**.

De tal manera, se evalúa que el acceso a la justicia es el poder ser escuchado por un juez competente constituyendo de suyo en un derecho humano de todas las personas. Por tal motivo, su resguardo debe ser una cuestión prioritaria en un estado de derecho. Configura, en tal sentido, una prerrogativa de carácter inalienable que le corresponde a todas las personas independientemente de su sexo, etnia, religión, identidad u orientación sexual. Y vale tanto para situaciones históricas "normales" como las excepcionales, por ejemplo, una crisis sanitaria mundial.

Piénsese entonces que, si las consagraciones de derechos humanos a escala mundial o regional nacieron en su mayoría de manera posterior a la existencia de guerras, desapariciones forzadas de personas, acciones terroristas, todo ello con el fin de mantener incólumes los derechos humanos en los diferentes Estados en cualquier tiempo. Entonces, una crisis sanitaria como la que atravesamos se esgrime como una situación de excepcionalidad perfectamente contemplada por la protección que se diagramó en defensa de los derechos humanos, ya que un *argumentum a contrario* implicaría afirmar que los derechos humanos valen solo en situaciones que no se configuren como excepcionales al devenir cotidiano de los estados. Con lo cual se correría el riesgo de construir políticas públicas de corte totalitaristas y decisiones judiciales arbitrarias.

Por lo tanto, según señala Barbieri, el diseño de la Convención Internacional transcripta se trata de un derecho-deber. Derecho para los habitantes de la Nación y deber del Estado que se compromete en adoptar todos los recursos legales y técnicos suficientes para asegurar que el acceso a la justicia se torne realmente operativo y no quede solo en una expresión retórica o de deseos **(12)**.

En suma, Gelli, refiriendo a nuestro art. 14 de la CN en la parte que manifiesta "de peticionar a las autoridades", explica que las peticiones individuales y colectivas constituyen derechos constitucionales y convencionales de los habi-

(11) IBÁÑEZ RIVAS, J. M., comentario al art. 8º de la CADH, "Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada". Coordinadores Christian Steiner, Patricia Uribe, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México; Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Bogotá, 2014, p. 217.

(12) BARBIERI, P. C., "El acceso a la justicia y la inclusión", Id SAIJ: DACF150195, 2015 disponible en www.infojus.gov.ar.

tantes de la República Argentina. Desde luego, la petición no debe derivar en violencia contra las personas o los bienes públicos y privados. Los abusos de estos derechos en la forma de presiones intolerables pueden denotar una actitud individualista más que liberal y si afecta el desarrollo de los procesos judiciales con manifestaciones intemperantes o intimidatorias para con los testigos, defensores o procesados —por los delitos que fueren— se trata de un grave atentado contra las garantías de la defensa que los jueces no deben tolerar. Esas presiones conocidas coloquialmente como "aprietes" no deben naturalizarse —y en ello tiene un deber ineludible la sociedad en su conjunto— porque desvirtúan el Estado de derecho **(13)**.

Así, se permite visualizar que el acceso a la justicia tiene su arraigo constitucional, bien sea por medio del art. 14 o con el análisis de los tratados internacionales de derechos humanos constitucionalizados. El derecho fundamental de acudir a un juez/a y ser escuchado/a es de justicia natural, porque siendo el vivir en paz la finalidad del vivir en comunidad —dada la intrínseca naturaleza sociable del hombre— ella no puede asegurarse, sino en la medida que las disputas o controversias que se susciten en esa convivencia sean resueltas no por propia mano (autotutela), sino por un tercero, independiente e imparcial, que declare el derecho en el caso controvertido y su decisión sea cumplida y respetada **(14)**.

Cotejándolo con el proceso en análisis, no se puede perder de vista que en el fondo reside el derecho del adolescente a tener un apellido como el desea. Por tal motivo, huelga destacar que el acceso a la justicia *per se* es de vital importancia por ser un derecho humano, pero esto se fortalece cuando le adicionamos el hallarse en juego los derechos de niños/as y adolescentes. Lo cual denota el juicio crítico que tiene que hacer la persona que en el rol de jueza o juez tenga que definir una cuestión llegada a su conocimiento. Porque el acceso a la justicia no implica solamente recepcionar la demanda o petición, sino que trasunta en una actuación comprometida y custodia de los derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso.

En tal sentido, el Cód. Civ. y Com. de la Nación sanciona en el art. 706 directrices para que se pueda lograr que este acceso a la justicia sea materialice en el proceso. En consecuencia, entiende al proceso como un medio para llegar a un fin, el cual puede llegar a ser una resolución que ponga fin a una aparente violación de derechos o dirimir intereses en conflicto.

En efecto, el art. 706 enuncia: *"El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas"* (el destacado me pertenece).

Entonces, del análisis exegético de la norma el intérprete puede valorar que este art. 706 del Cód. Civ. y Com. traza los lineamientos en los cuales se van a desarrollar los procesos de familia, priorizando de facilitar el acceso a la justicia, de personas en vulnerabilidad. De tal manera, nuevamente la Constitución Nacional con un gran tino establece en el art. 75, inc. 23*:* "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Por lo cual implica traer a consideración estos principios procesales establecidos en el código a fin de poder desenvolver el proceso de la manera más protectora de los derechos en crisis.

(13) GELLI, M. A., "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, p. 157.

(14) KLOSS, E. S., "El derecho fundamental de acceso a la justicia (a propósito de requisitos de admisibilidad)". Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998, p. 274.

Como enseña Herrera, el Código Civil y Comercial admite que hay un cúmulo de principios procesales que por su tinte constitucional/convencional deben aplicarse a todos los procesos de familia con total independencia del ámbito local **(15)**. A lo que agregaría también: independientemente de cualquier situación histórica coyuntural.

VI. Conclusiones

Finalmente, y a luz de todo lo analizado en estas breves reflexiones, conviene considerar que el lugar que ocupen los/as jueces en los decisorios judiciales es sumamente relevante para el reconocimiento de derechos. Es decir, sin una actitud comprometida y entendida de la importancia que revisten los derechos humanos para la vida y conflictos de las personas, se haría muy difícil lograr soluciones satisfactorias para los/as justiciables. Más si estas personas que buscan solucionar sus problemas son niño/as y adolescentes. Por ello, es de vital importancia reflexionar y resolver poniendo foco en el derecho internacional de los derechos humanos que, mayormente, reviste de jerarquía constitucional desde la última reforma constitucional de 1994.

Una solución que se ate a los términos de la ley escrita, olvidando que en torno a ella giran personas con dignidad y construcción de subjetividades como son los niños/as y adolescentes, corre el riesgo de negar derechos fundamentales. Situación que hubiera pasado si la magistrada se hubiera quedado circunscripta a lo apreciado por el Registro de Estado Civil y de las Personas o la posición asumida por el Ministerio Público. Bien ha especificado Gargarella que "los jueces pueden jugar un papel importantísimo en la construcción del diálogo democrático" **(16)**. Diálogo democrático que supone dar intervención a todas las personas afectadas en sus derechos y escuchar lo que tienen que decir. Dejando de lado la cosmovisión de pensar que el juez/a tiene la mejor solución para la persona involucrada, que, en este caso, era un adolescente.

(15) HERRERA, M., "Manual de derecho de las familias", Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, 1ª ed., 1ª reimp., p. 49.

(16) GARGARELLA, R., "La democracia, los derechos y la sala de máquinas de la Constitución: una breve réplica a Marisa Iglesias", Revista Latinoamericana de Filosofía Política, VI, nro. 1, Buenos Aires, 2017, p. 3.

DESPIDO DISCRIMINATORIO

Basado en la orientación sexual de la trabajadora. Indemnización por daño moral equivalente a seis salarios.

Con nota de Rafael E. Toledo Ríos

1. — Los dichos de los testigos gozan de entidad convictiva, pues la versión que expusieron coincidió con la que relató la trabajadora al comienzo; de sus dichos surgen elementos que permiten concluir que el despido decidido por la demandada fue discriminatorio por su orientación sexual, por lo que corresponde mantener lo decidido en grado al respecto y confirmar el progreso de la indemnización por daño moral derivada de ello.

2. — Las pruebas reunidas en la causa dieron cuenta de indicios relevantes que permitieron inferir una actitud discriminatoria por parte de la demandada al momento de despedirla, justificando así el pago de un resarcimiento adicional a las indemnizaciones por despido. Los testigos que han declarado han sido convincentes y coincidentes para describir el motivo discriminatorio. Al indicar que corría un rumor que la actora era lesbiana, que a los meses que ingresó en la empresa varias personas sabían que tenía una orientación sexual dirigida hacia el lesbianismo.

3. — Si bien quien alega un hecho es quien tiene la carga de probarlo, según lo dispuesto en el art. 377 del Código Procesal, en casos como el presente, a saber, de despido discriminatorio, donde la producción de la prueba por parte de la actora, resulta de una gran dificultad es que corresponde, a mi criterio, la aplicación de la carga dinámica de la prueba que, si bien no infiere la inversión de la carga de la prueba, implica otorgarles una especial atención a los indicios.

4. — Una pretensión por discriminación, tema altamente sensible en el derecho del trabajo y en las ciencias jurídicas en general, requiere, por su gravedad, la explicitación de las circunstancias fácticas que, concatenadas, conduzcan a demostrar lo que se ha dado en llamar el "hecho discriminatorio".

5. — La trabajadora cuestiona el monto fijado por el sentenciante en concepto de daño moral por despido discriminatorio, señalando que ese monto debe ser de 13 salarios y no de 6 salarios, pero no le asiste razón, pues, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, es equitativa la suma fijada por el sentenciante, en tanto logra reparar de algún modo el daño sufrido por la actora y sancionar así a las accionadas que ocasionaron dicho daño.

CNTrab., sala VII, 02/03/2021. - G., C. c. F., M. y otros s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1040/2021]

COSTAS

Se imponen a las demandadas.

Causa N° 99172018

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 2 de 2021.

El doctor *Rodríguez Brunengo* dijo:

I. La sentencia de primera instancia que hizo lugar parcialmente al reclamo incoado por la actora, con fundamento en las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo, llega apelada por la accionante y los demandados. La representación letrada de la parte actora, cuestiona —por propio derecho— sus honorarios por estimarlos reducidos a tenor del memorial obrante en autos en forma digital y por las accionadas también de modo digital. Mereciendo réplica adjuntada en modo digital.

La perito psicóloga cuestiona la regulación de sus emolumentos por considerarlos reducidos, también en forma digital.

Por una cuestión de escrito criterio metodológico trataré los planteos de las partes en el siguiente orden

II. Las demandadas se agravian porque el sentenciante considero que debían probar que se trató de un despido no discriminatorio. Señalan en su defensa que ello no corresponde por el art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Al respecto considero que no le asiste razón.

Cabe recordar que, si bien quien alega un hecho es quien tiene la carga de probarlo, según lo dispuesto en el art. 377 del Código Procesal, en casos como el presente donde la producción de la prueba por parte de la actora, resulta de una gran dificultad es que corresponde, a mi criterio, la aplicación de la carga dinámica de la prueba que, si bien no infiere la inversión de la carga de la prueba, implica otorgarles una especial atención a los indicios, como sucedió en autos.

Es del caso señalar que una pretensión por discriminación, tema altamente sensible en el derecho del

trabajo y a las ciencias jurídicas en general, requiere, por su gravedad, la explicitación de las circunstancias fácticas que, concatenadas, conduzcan a demostrar lo que se ha dado en llamar el "hecho discriminatorio".

Asimismo, no cabe duda que resulta aplicable la ley 23.592 a las relaciones laborales; norma que no solo se encuentra avalada ya por la Constitución Nacional de 1853 por los arts. 14 y 16, luego por el art. 14 bis CN y además hoy día, a partir de la reforma constitucional de 1994 —art. 75 inc. 22—, encuentra sustento en normas internacionales que garantizan el principio de igualdad: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas; la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; asimismo, la discriminación arbitraria está expresamente vedada por los Convenio N° 87, 98 y 111 de la OIT, y por la Declaración Sociolaboral del Mercosur; y la ley 26.485 y su decreto reglamentario 1011/2010 de Protección Integral a las Mujeres, normativa que tiende a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en los cuales desarrollen sus relaciones interpersonales —entre los que, claramente, se encuentra el ámbito laboral—.

A ello se suman los pronunciamientos del Alto Tribunal en esta materia en las causas "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA s/ acción de amparo" —del 07/12/2010— y "Pellicori, Liliana S. c. Colegio Público de Abogados" —del 15/11/2011—, ratificados recientemente en autos "Varela, José G. c. Disco SA s/ amparo sindical" —del 04/09/2018—.

En "Pellicori" se sostuvo que, de conformidad con la normativa internacional ratificada por nuestro país y lo dispuesto por los órganos de aplicación, ante los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas de discriminación y la exigencia de protección efectiva que cabe otorgar en tales casos "resulta suficiente para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación...", todo ello examinado a la luz de la "sana crítica". Aunque aclara el Tribunal que lo expresado no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquella la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, en ese supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado.

Sentado lo expuesto, y en orden a dichas pautas, debo decir que las pruebas reunidas en la causa dieron cuenta de indicios relevantes que permitieron inferir una actitud discriminatoria por parte de la demandada al momento de despedirla, justificando así el pago de un resarcimiento adicional a las indemnizaciones por despido.

Primeramente, porque la causal invocada por la demandada para decidir su desvinculación no fue demostrada (ver fs. 75) ni lo manifestado en su responde al expresar que el despido obedeció al bajo rendimiento y petición de horario reducido.

Además, tal como lo indica el sentenciante de grado, los testigos que han declarado a propuesta de la accionante han sido convincentes y coincidentes para describir el motivo discriminatorio. Al indicar que corría un rumor que la actora era lesbiana, que a los meses que ingresó en la empresa varias personas sabían que tenía una orientación sexual dirigida hacia el lesbianismo (ver declaración de los testigos G. —fs. 403/404— y T. —fs. 405/406— analizados en el fallo).

Las impugnaciones realizadas a dichas declaraciones nada aportan para modificar a las mismas (ver fs. 389/389 vta. y fs. 414/415 vta.), siendo que, en lo sustancial, no enervan, en definitiva, la fuerza probatoria de sus aseveraciones.

Desde mi punto de vista, los dichos de estos testigos gozan —a mi juicio— de entidad convictiva, pues como se puede advertir, la versión que expusieron coincidió con la que relató la actora al comienzo, a la par que tomaron conocimiento directo y personal de las cuestiones sobre las que declararon. Es decir, de sus dichos surgen elementos que permiten concluir que el despido decidido por la demandada fue discriminatorio por la orientación sexual de la actora. Las descriptas son razones más que suficientes por las cuales corresponde otorgarles a sus dichos —como bien consideró la sentenciante anterior— suficiente valor probatorio, luego de analizarlos a la luz de la regla de la sana crítica (conf. arts. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 90 *in fine* LO).

Agrego finalmente, en cuanto a las restantes consideraciones vertidas en el escrito sobre esta cuestión, que —tal como la Corte Suprema de justicia de la Nación ha sentado criterio— el juzgador no está

obligado a ponderar una por una y exhaustivamente todas las argumentaciones y pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimare conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las cuestiones y argumentos utilizados que —a su juicio— no sean decisivos (conf. CSJN, 29/04/1970, LA LEY 139-617; 27/08/1971, LA LEY 144-611 y citas jurisprudenciales en "Código Procesal..." Morello, T° II-C, p. 68 punto 2, Editorial Abeledo-Perrot; art. 386, última parte, del Código Procesal; y de esta Sala, ver autos: "Bazaras, Noemí c. Kolynos"; SD 32.313 del 29/06/1999).

En suma, por lo dicho hasta aquí y a la luz de lo expuesto por el Alto Tribunal en las causas supra referidas, encuentro cumplidos los presupuestos fácticos que justificaron enmarcar el despido dispuesto por la demandada como "discriminatorio", por lo que propiciaré mantener lo decidido en grado al respecto, lo que importa, va de suyo, confirmar el progreso de la indemnización por daño moral derivada de ello.

III. La parte actora cuestiona la decisión de la sentencia que desestimó su pretensión de encuadrar su prestación en el estatuto de los viajantes de comercio, pero no le veo razón y, en esa inteligencia, advierto que el art. 1 de la Ley 14.546 expresamente dice: "... Quedan comprendidos en la presente ley los viajantes, exclusivos o no, que haciendo de esa su actividad habitual y en representación de uno o más comerciantes y/o industriales, concierten negocios relativos al comercio o industria de su o sus representados, mediante una remuneración...".

No obstante que el propio texto de la ley realiza solo una enumeración de requisitos a los efectos de la admisión del carácter de viajante sin una definición concreta, la jurisprudencia y la doctrina han armado un andamiaje imprescindible para la determinación del encuadre de la relación en el estatuto particular.

La actividad del viajante de comercio, básicamente se centra en la información y persuasión de la clientela, a fin de lograr la obtención de un pedido de un producto ya existente o la introducción de uno nuevo y en la búsqueda e incorporación de nuevos clientes.

El viajante de comercio es un sujeto que actúa como intermediario entre la oferta y la demanda de bienes y se encuentra vinculado con la empresa a través de un vínculo de dependencia laboral.

Uno de los elementos más relevantes para que un trabajador sea aprehendido por el Estatuto del Viajante de Comercio es la "habitualidad", es decir, debe realizar habitualmente la concertación de negocios para un empleador y que tal tarea sea la labor más importante dentro de la prestación de sus servicios.

En síntesis, debe concertar operaciones por cuenta de su empleador de forma frecuente y repetida, de modo que constituya el objeto principal de su prestación de servicios. No alcanza para aplicar la ley 14.546 la gestión o concertación de negocios habitual o incidental pero secundaria respecto de otras prestaciones del dependiente.

Otra de las características que distingue al viajante de comercio es que la prestación de servicios que se realiza fuera de la sede de la empresa (ver Pinto, Silvia E. "Viajantes de Comercio y otras figuras laborales", publicado en Revista de Derecho Laboral, Estatutos y otras actividades especiales, I, 2003-2, Doctrina, p. 429).

Desde tal perspectiva, comparto lo resuelto en primera instancia en cuanto a que no acreditó haberse desempeñado como viajante.

Como bien se señala en el fallo, los testigos que allí se analizan en sus partes principales (v. punto 3 de la sentencia obrante en autos en forma digital) dieron cuenta de que G. C. en un comienzo iba a la empresa, que lo veían, que hacía horario de oficina de 8 a 17, que después acordó ir hasta el mediodía y a veces salía a visitar clientes.

Por ello cabe la confirmar el fallo en este segmento.

IV. En cuanto a los agravios referidos al rechazo de diferencias salariales por comisiones adeudadas e indemnización por clientela, son de tratamiento abstracto teniendo en cuenta lo resuelto en el considerando anterior.

V. La actora se agravia, porque el sentenciante no hizo lugar a las diferencias salariales adeudadas por las sumas percibidas en negro y por recibo desde la reducción horaria. Al respecto considero que este punto del agravio no prosperara.

Digo esto, porque fue la propia actora quien a fs. 153 solicito voluntariamente su reducción horaria para la realización de su jornada de trabajo y no probo haber continuado trabajando el resto de la jornada en su casa a disposición de su empleador.

Considero al igual que el sentenciante que la declaración del testigo M. al expresar que "...acordó ir hasta el mediodía y seguir con las ventas desde la casa..." no es suficiente para acreditar que realizaba trabajo "home Office" (ver declaración de fs. 399/400).

Por tal motivo, propongo confirmar este ítem del fallo.

VI. Las accionadas cuestionan la valoración que el *a quo* ha realizado de la prueba aportada en autos

—testimonial—, para arribar a la conclusión de que los pagos fuera de registro fueron demostrados. Al respecto considero que no les asiste razón.

Contrariamente a lo señalado por las recurrentes, los testigos que aportó la parte actora a la causa, han sido elocuentes al declarar acerca de la percepción de parte de la remuneración en negro. Veamos:

V. L.; (fs. 364/366), expresa que: "...tenían el mismo modo de cobrar que era por sueldo un básico y después teníamos otra parte que cobrábamos en mano, que eso significa en negro. Que sé que la actora cobraba así también, cobrábamos todos así. El chico de RRHH M. F. nos llamaba a su oficina nos pagaba y te pedía que llames a otro vendedor, me ha tocado llamar a la actora como a otros vendedores. Que esta persona nos daba la plata en negro y nos hacía firmar un papel. Que el resto del salario lo cobrábamos por banco..."

L. M.; (fs. 399/400), coincide con el testimonio anterior y agrega que: "...muchas veces cuando cobraban la parte en negro, les daban un sobre en la oficina, y contaban la plata, y tal vez uno salía y otra entraba... Que a todos le entregaban el recibo de sueldo por el banco..."

L. G.; (fs. 403/404), también coincide con las anteriores declaraciones y expresa además que: "...sabe que G. C. cobraba una parte en blanco y otra parte en negro, por charlas en el almuerzo...que...ha visto cobrar en alguna oportunidad a la actora R. T."; (fs. 405/406), manifiesta en su declaración lo mismo que los anteriores deponentes y agrega que: "...la actora... cobraba algo en blanco y parte en negro... que lo sabe porque cuando... iba a cobrar la ha visto en más de una oportunidad, el testigo iba una vez al mes a cobrar en la oficina que hay en... CABA..."

De dichos testimonios se desprende que los mismos son concretos, creíbles, elocuentes y no son contradictorios entre sí.

En el caso en examen, los testigos están contestes en manifestar la existencia de —pagos en negro—, por parte de la empleadora. Nótese además que dichas declaraciones constituyen prueba testifical idónea en tanto han sido concordantes en las cuestiones sustanciales que declaran (arts. 90 de la Ley 18.345, 386 y 456 del Código Procesal).

Si bien, las declaraciones de los testigos fueron impugnadas por las demandadas —fs. 389/389 vta. y fs. 414/415 vta.—, más allá de ello, advierto que allí plantean consideraciones muy genéricas y abstractas y sus aseveraciones no resultan corroboradas por otros medios de pruebas aportados en la causa.

Además, señaló que, el hecho de que algún testigo tenga juicio pendiente con las demandadas, no invalida su declaración, ello pues, no se les imputó a los deponentes que faltasen a la verdad con sus testimonios ya que nuestro ordenamiento legal no existe tachas legales absolutas, sino solo el deber de apreciar los testimonios con mayor prudencia y reparo. En todo caso, corresponde a quien pretende descalificarlo, demostrar la sinrazón de sus dichos, lo que las accionadas no logra en este caso; por lo que otorgo suficiente valor probatorio a los testigos cuestionados.

A mayor abundamiento, de la lectura de las declaraciones producidas, debe inferirse que el sentenciante ha tenido bien en cuenta los aspectos esenciales y fundamentales del contenido de la prueba testifical, ya que lo expuesto no excede los límites del objeto de la prueba y resulta verosímil el hecho y la forma en que los testigos dijeron que llegaron a su conocimiento.

Asimismo, señalo que las argumentaciones que ensaya no son más que una afirmación subjetiva que no permiten advertir que se haya violado el proceso formativo de prueba de testigos. No traen, las agraviadas, a la consideración de la alzada la prueba de que se haya violado el mencionado proceso de percepción de los declarantes ni que se haya interrumpido la necesaria concatenación del proceso lógico de inducción, de deducción, de comparación, de examen, a un análisis de comparaciones lógicas, para que su narración resulte fiel. De ese análisis depende la verosimilitud del relato y no observo que en autos se haya mencionado siquiera tal inconducta.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, propicio confirmar este punto del fallo.

VII. En cuanto al agravio de la accionante referido a que el sentenciante no haya incluido en la remuneración para el cálculo de las indemnizaciones el *grossing up* de aportes e impuestos a las ganancias sobre pagos en negros, considero al igual que el *a quo* que no corresponde ya que son sumas con destino a los organismos de la seguridad social que no implican un enriquecimiento para la actora. Por lo expuesto, propongo confirmar este punto del fallo.

VIII. También la actora cuestiona que el sentenciante haya tomado como MRMNH la suma de $18.421,05 como base para el cálculo de la liquidación final. Manifiesta en su defensa que la remuneración que debió tomar era de $22.000 reconocida por la demandada en su liquidación. Considero que no le asiste razón.

En este punto estaré al monto denunciado por el sentenciante, validando la decisión de conferir certeza a las afirmaciones iniciales que la propia trabaja-

dora efectuó en ese sentido, en este caso, en cuanto a la remuneración denunciada en la demanda, ver fs. 40, punto 13.-Liquidación (confr. Arts. 55 y 56 de la Ley de Contrato de Trabajo).

Por todo lo expuesto, propicio confirmar este aspecto del fallo.

IX. La accionante cuestiona el monto fijado por el sentenciante en concepto de daño moral. Señala en su defensa que dicho monto debe ser de 13 salarios y no de 6 salarios. A mi juicio, no le asiste razón.

En efecto, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, considero equitativa la suma de 6 salarios fijadas por el sentenciante, pues logra reparar de algún modo el daño sufrido por la actora y sancionar así a las accionadas que ocasionaron dicho daño.

Por lo expuesto, propongo rechazar este punto del agravio.

X. Las demandadas se agravian de la condena al pago de la multa prevista en el art. 80 de la LCT y de la entrega de los certificados de trabajo. Manifiestan que la multa no corresponde porque los certificados de trabajo siempre estuvieron a disposición de la trabajadora y fueron acompañados en autos al contestar demanda.

Al respecto considero que no le asiste razón a la apelante. Digo esto, puesto que el hecho que las demandadas hayan puesto a disposición los certificados de trabajo y la actora no concurrió a retirarlos, ello no resulta suficiente para eximirse de su obligación pues debió haberlos confeccionado y consignado en tiempo oportuno, lo que no aconteció en autos.

En lo que, a la entrega de los certificados de trabajo, no tendrá acogida. Digo esto ya que la obligación de entregar dichos instrumentos nace en el mismo momento de la extinción del contrato o, en el tiempo que razonablemente pueda demorar su confección. Los mismos deben contener los datos verdaderos de la relación laboral de la actora con sus empleadoras (conforme art. 80 de la LCT), lo que no sucedió en el presente caso.

Por lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia, también en estos aspectos.

XI. En cuanto a las costas de origen —cuestionadas por las accionadas—, no encuentro razones para apartarme de lo resuelto en primera instancia, en tanto se ajusta al principio general de la derrota consagrado en el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

XII. En relación a los estipendios regulados a favor de la perito psicóloga y del Dr. Emilio Julio Carrega me parecen equitativos en relación a la extensión y calidad de los trabajos cumplidos, los cuales se iniciaron estando en vigencia la Ley 21.839, Art. 38 de la ley 18.345 y Art. 13° de la ley 24.432 por lo que habrán de utilizarse dichas normas.

Por lo expuesto, propongo sean confirmados.

XIII. De tener adhesión mi voto, propicio que las costas de alzada sean declaradas a cargo de las demandadas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y se regulen honorarios a los letrados intervinientes en el 30% de los determinados para la primera instancia (arts. 16 y 30 de la Ley 27.423).

La doctora *Carambia* dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede.

La doctora Beatriz E. Ferdman no vota (art. 125 de la Ley 18.345).

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el Tribunal resuelve: 1) Confirmar el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios; 2) Costas de alzada a cargo de las demandadas; 3) Regular honorarios a los letrados intervinientes en el 30% (treinta por ciento) de los determinados para la primera instancia; 4) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1° de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Néstor M. Rodríguez Brunengo. — Graciela L. Carambia*.

La discriminación laboral de minorías sexuales

Rafael E. Toledo Ríos

Sumario: I. Minorías sexuales.— II. Discriminación de personas y grupos vulnerables.— III. Carga dinámica de la prueba. Escrutinio estricto de normas o conductas presuntamente discriminatorias. Categorías sospechosas.— IV. Despido arbitrario y despido discriminatorio.

"LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN: Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación".

(Principio 2 de Yogyakarta).

I. Minorías sexuales

El caso nos transporta al lamentable fenómeno de la discriminación en el mundo de las relaciones laborales, agravado por tratarse de una mujer que es despedida a causa de su orientación sexual.

En primera instancia **(1)** se consideró que el despido obedeció a un motivo discriminatorio basado en rumores sobre la orientación sexual de la actora hacia el lesbianismo; a modo de reparación para la actora y sanción a la demandada, se fijó una indemnización en concepto de daño moral cuantificada en 6 salarios.

En orden a comprender el sentido profundamente disvalioso que encierra la discriminación hacia personas que no son heterosexuales, resultan útiles ciertas aclaraciones previas y precisiones sobre nociones básicas de "sexo", "género", "identidad de género", "orientación sexual", "minorías sexuales".

Para ello, tomamos algunos fragmentos de los "Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género" **(2)**, y de la traducción al castellano (inglés el original) de "Derechos humanos e identidad de género. Informe temático de Thomas Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa" **(3)**.

"Mientras 'sexo' se refiere, en primer lugar, a las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, 'género' también incluye el aspecto social de la diferencia entre los géneros en adición al elemento biológico".

"La noción de 'identidad de género' ofrece la oportunidad de entender que el sexo asignado al nacer puede no concordar con la identi-

(1) Concentramos esta nota en el tema fundamental de la discriminación; los restantes ítems (consids. III a VIII y X a XIII) no son materia de comentario.

(2) www.yogyakartaprinciples.org, son estándares internacionales sobre orientación sexual e identidad de género (29 principios) elaborados en la ciudad de Yogyakarta —isla de Java, República de Indonesia, sudeste asiático— por juristas y expertos en legislación internacional de derechos humanos, que fueron presentados en la sesión del Consejo de derechos Humanos de la ONU en Ginebra en marzo de 2007.

(3) Catálogo de 12 recomendaciones dirigidas a los Estados miembros del Consejo de Europa, que introduce una nueva visión hacia las minorías sexuales considerándolas miembros de la sociedad con los mismos derechos, a diferencia del enfoque médico-psicológico dominante cuya consecuencia es la patologización y estigmatización social. Fue presentado ante la Conferencia Internacional de Derechos Humanos reunida en julio de 2009 en Copenhague.

dad de género innata que los niños desarrollan cuando crecen. Hace referencia a la experiencia de género interna e individual de cada persona, sentida a un nivel profundo, que puede o no corresponderse con el sexo asignado al nacer, e incluye el sentido personal del cuerpo y de otras expresiones de género como la forma de vestir, el habla y los gestos".

"La orientación sexual debería ser entendida como la capacidad de cada persona para una atracción emocional, afectiva y sexual hacia, y para las relaciones íntimas y sexuales con individuos de diferente o igual género, o de más de un género (heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad)".

"Entre las llamadas minorías sexuales se pueden distinguir dos colectivos: las minorías por orientación o preferencia sexual formadas por el colectivo de gays, lesbianas y bisexuales y el de las minorías por expresión o identidad de género, colectivo conformado por transexuales, travestis, transgénero" **(4)**.

En la primera de estas minorías sexuales está comprendida la actora.

II. Discriminación de personas y grupos vulnerables

¿Por qué insistimos en destacar la pertenencia de la actora a un colectivo de minoría por orientación sexual? La sola circunstancia de integrar una minoría sexual coloca a las personas en situación de vulnerabilidad, y las personas o grupos vulnerables son los naturalmente damnificados por los actos de discriminación.

¿Y quiénes son "los vulnerables"? En las Reglas de Brasilia **(5)** (reglas 1, 3 y 4) se intenta conceptualizar el interminable universo humano de "personas y grupos vulnerables":

II.1. Finalidad

"[1] Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, directa ni indirecta, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permitan el pleno reconocimiento y goce de los Derechos Humanos que les son inherentes ante los sistemas judiciales".

II.2. Beneficiarios de las Reglas I. Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad

"[3] Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

"En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, *orientación sexual* e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico".

"[4] Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y desplazamiento interno, la pobreza, el género, *la orientación sexual* e identidad de género y la privación de libertad" **(6)** (destacado nuestro).

(4) Activistas de estos colectivos han formado a fines de 2006 una Red de Organizaciones LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans) del MERCOSUR.

(5) "Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad"; ver texto íntegro y actualizado por la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador, en "cumbrejudicial.org/comisión-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia-documentos".

(6) La tutela de los vulnerables ocupa cada vez más la atención e inquietudes en la doctrina de hoy: "El siglo XXI nos presenta una realidad social, cultural, jurídica y política, diferente a la del siglo precedente. Sociedad que se muestra diversa y pluricultural. En ella caben todas las etnias, opciones de vida, religiones, ideologías, edades,

Llegado a este punto es fundamental un distingo. En numerosos casos judicializados la discriminación laboral se da en torno a la actividad sindical del trabajador o trabajadora damnificada **(7)**, p. ej. el *leading case* "Pellicori" de la Corte Suprema **(8)**. Pero los hechos del caso "Pellicori" difieren de nuestra causa. La comparación de situaciones es buen ejemplo para comprender cómo juegan en esta temática los conceptos esenciales de discriminación y vulnerabilidad.

En "Pellicori" hubo discriminación por motivo gremial, respecto de una persona en principio no vulnerable; mas, al producirse el acto discriminatorio (el despido) la persona queda en *ipso facto* en una posición vulnerable, fundamentalmente por la dificultad de probar judicialmente su realidad.

En el nuestro caso hay una persona que ya es vulnerable, con probable alto grado de vulnerabilidad habiendo sido 'señalada' en el trabajo por su orientación sexual **(9)**. Luego esta persona es perjudicada por un acto de discriminación (rescisión intempestiva del contrato laboral) que ocurre precisamente por ser vulnerable; el daño causado por el acto discriminatorio es evidentemente mayor.

La segunda Regla de Brasilia (v. nota pie 5) contempla especialmente los supuestos en que concurren más de una causa de vulnerabilidad:

"[2] ... Asimismo se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la

características personales (culturales, sexuales, físicas, etc.). Acepta la diferencia y promueve la inclusión social en clave de derechos. Es la sociedad del cambio. Los Derechos Humanos (han dejado de ser un articulado apagado en las constituciones), se posicionan como el estatuto ético y jurídico fundamental que rige la vida y destino de los/las ciudadanos/ciudadanas. La democracia y los DD. HH., constituyen la plataforma axiológica que le da sustentabilidad filosófica al colectivo social. La centralidad en la cultura y el derecho es ocupada por la persona humana. Los valores fundamentales que amparan los derechos humanos son la dignidad, la libertad y la igualdad". "Sociedad que paulatinamente ha empezado a resguardar los derechos de las poblaciones vulneradas: mujeres, niñas, niños y adolescentes, colectivos LGBTI, personas mayores, personas discapacitadas, personas padecientes mentales, pueblos originarios. La igualdad de géneros en unión inherente con los DD. HH. gana paulatinamente su lugar en el acervo cultural es esta diferente y superadora sociedad argentina". "La CN le otorgó jerarquía constitucional a la declaración, Pactos y Convenciones de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22, CN). El nuevo paradigma es el Estado convencional, democrático, constitucional, social y de derecho. El Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.-2015 [ley 26.994]) tiene como objeto central de protección a la persona humana [nota al pie 45: 'Antes se legislaba pensando en un hombre adulto, sano, educado y de buena posición social; este código incluye a todos: a los hombres y mujeres; a los adultos; pero también a los jóvenes y niños; a los educados, pero protege a los que se trata de engañar por su falta de conocimientos; a los sanos, pero también a los enfermos, a los fuertes pero también a los débiles. Busca la verdadera igualdad que se basa en la tutela de los vulnerables'. Ricardo Lorenzetti en Código Civil y Comercial de la Nación. Sitio de consulta y debate sobre el proyecto elaborado por la comisión presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti: http://www.nuevocodigocivil.com/lorenzetti-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-está-enfocado-en-los-problemas-concretos-de-la-gente/#". Del trabajo doctrinario de GARAY, Oscar E., "Las edades de la legislación sanitaria. Los DD. HH., la igualdad de géneros y las diversidades sexuales", Revista Anales de Legislación Argentina, nro. 3, Thomson Reuters La Ley, marzo 2021, p. 22.

(7) V.gr., CS, 07/12/2010, "Álvarez"; CS, 15/11/2011, "Pellicori"; CS, 04/09/2018, "Varela"; SCBA, 22/12/2010, "Villalba"; SCBA, 20/08/2014, "Auzoategui"; SCBA, 25/03/2015, "Humaño"; CNTrab., sala X, 18/11/2020, "Sosa"; CNTrab., sala IX, 31/05/2005, "Greppi" (despido por enviar mail a compañeros promoviendo acción directa en solidaridad con trabajadores de Aerolíneas). Entre los precedentes originados en otras causales de discriminación laboral: SCBA, 8/12/2012, "Sffaeir" (juicio contra la empresa - despido por represalia); CS, 05/10/1999, "Ursini" (despido de modelo por tener prótesis en un brazo); CS, 24/09/2020, "Puig" (despido por matrimonio del trabajador varón); CS, 20/05/2014, "Sisnero", y CNTrab., sala 2ª, 11/10/2018, "Borda" (discriminación a mujer en selección de choferes del transporte público); TTrab. 4 Morón, 23/12/2020, "Muñoz" (despido por enfermedad - cardiopatía).

(8) CS, 15/11/2011, "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo". Caso de una empleada del Colegio de Abogados que siendo despedida inicia demanda alegando discriminación por sus actividades gremiales, y reclamando la nulidad del despido y su reinstalación en el cargo; la Corte revoca el fallo de Cámara y ordena reanalizar con base en la doctrina desarrollada en la sentencia.

(9) "Los testigos que han declarado a propuesta de la accionante han sido convincentes y coincidentes para describir el motivo discriminatorio. Al indicar que corría un rumor que la actora era lesbiana, que a los meses que ingresó en la empresa varias personas sabían que tenía una orientación sexual dirigida hacia el lesbianismo" (del voto del juez Rodríguez Brunengo).

justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas".

III. Carga dinámica de la prueba. Escrutinio estricto de normas o conductas presuntamente discriminatorias. Categoría sospechosa

Las declaraciones de testigos coincidentes en que existían rumores y varias personas conocían la orientación sexual de la actora hacia el lesbianismo, y la causal de despido que invocó, pero no demostró la demandada, resultaron indicios suficientes para acreditar la actitud discriminatoria.

El fallo remite a fuentes constitucionales y convencionales que garantizan la igualdad y prohíben la discriminación, la ley 23.592 que prohíbe los actos discriminatorios, y especialmente la doctrina legal de Corte sentada en "Pellicori", donde a través de un amplio relevamiento en derecho comparado y sentencias de Cortes Internacionales, el alto Tribunal logra establecer un mecanismo judicial conocido como "carga dinámica de la prueba", protectorio de las víctimas de discriminación:

"Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto".

"Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que esta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto [discriminatorio]".

"Ambas reglas partes de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el aludido motivo".

O sea, menor carga probatoria para la persona víctima de discriminación, y mayor en cabeza de quien deba probar que no existió discriminación. Criterio que acertadamente empleó el juez Rodríguez Brunengo al flexibilizar los alcances del art. 377 Cód. Proc. Civ. y Com. aplicando la precitada "carga dinámica de la prueba" **(10)**.

El sistema probatorio en los procesos relativos a la ley 23.952 —"en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego" (cfr. "Pellicori", consid. 11)— ha sido extensamente tratado en el voto emitido por el Dr. Eduardo de Lázzari en una causa sobre discriminación laboral, donde la Suprema Corte de Buenos Aires dispuso cautelarmente la reincorporación de una persona trans cuya relación laboral con la comuna de La Plata había sido intempestivamente rescindida **(11)**.

En los casos de discriminación laboral por orientación sexual, debieran ser tenidas especialmente en cuenta las figuras "escrutinio estricto" y "categoría sospechosa" que se analizan en el voto del juez De Lázzari:

"[Q]uiero adentrarme —porque considero que, con las adaptaciones del caso, resultan de suma utilidad para la resolución del juicio— en los conceptos de 'categoría sospechosa' y 'escrutinio estricto'. Ambos provienen del derecho estadounidense, pero no solo han tomado carta de ciudadanía entre nosotros sino que se han desarrollado y fortalecido a la luz de los numerosos tratados internacionales sobre protección de los derechos humanos que, vía art. 75 de la Constitu-

(10) En este mismo sentido: "Para explicarlo brevemente, el principio general del derecho procesal del art. 377, Cód. Proc. Civ. y Com., esquematizado como 'el que alega prueba', en casos de despidos discriminatorios cede aplicabilidad. Pues el trabajador debe aportar un umbral mínimo de indicios razonables sobre la motivación discriminatoria y, una vez configurado el cuadro indiciario, se traslada la carga probatoria al empleador, quien debe demostrar que el acto tuvo una motivación objetiva y razonable, ajena a toda discriminación". Del artículo de doctrina de LANCHINI, Matías F., "Breves reflexiones en torno al despido discriminatorio por actividad sindical", diario LA LEY, viernes 12 de marzo de 2021, p. 5.

(11) "P., V. B. c. Municipalidad de La Plata s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos", 08/05/2019 (A. 74.573). Ver nuestra nota a fallo "La discriminación y las personas vulnerables. Su necesaria protección judicial, legislativa e institucional", diario LA LEY Buenos Aires, nro. 7, diciembre 2019, p. 6.

ción nacional, integran y tienen operatividad inmediata en nuestro ordenamiento jurídico".

"El término 'categoría sospechosa' designa a un conjunto tal que incluye (necesaria pero no suficientemente) a cualquier norma —o a una determinada actitud o conducta— que afecte, altere o menoscabe el ejercicio de los derechos fundamentales de una persona o de un grupo de ellas, en función de alguno de los motivos enunciados en el segundo párrafo del art. 1 de la ley 23.592: raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos (sin que esto deba considerarse una enumeración cerrada). Que cierto precepto o algún comportamiento sean considerados 'sospechosos' (de infringir derechos fundamentales) implica que el análisis de su validez constitucional debe someterse a un escrutinio estricto. Ello quiere decir que, ante preceptos que pudieran desvirtuar la naturaleza de libertades esenciales (o reducir su número, o dificultar su ejercicio), se exige una actividad adicional de parte de los encargados de verificar su operatividad (fundamentalmente, los jueces) consistente en someter a tales preceptos a un más duro test de consistencia material de su contenido con las disposiciones angulares de la Constitución y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. En otras palabras: el estándar de validez se agrava, y las reglas que provocan recelo o suspicacia deben ser más escrupulosamente sopesadas si se pretende usarlas para resolver un caso".

"Como anticipé, todo esto (que en los párrafos anteriores he referido casi siempre a normas generales) también puede ser aplicado —*mutatis mutandi*— a las actividades o conductas de particulares o del propio Estado que puedan considerarse amenazantes para la integridad de las libertades expresamente establecidas en la Constitución (es decir, a las que resultan ser sospechosas de ilegalidad o inconstitucionalidad). Tales actividades deberán ser sometidas a un riguroso análisis hasta que se demuestre la existencia de fuertes razones en sentido contrario que justifiquen el hecho de haberlas llevado a cabo (el escrutinio estricto)".

En doctrina actualizada también se asocia la noción "categoría sospechosa" con actos discriminativos por causas diversas de lo gremial o sindical:

"En general la mayoría de los pleitos donde se ventilan casos de discriminación son en materia de activismo sindical. No obstante, lo cierto es que la jurisprudencia ha consolidado, con el correr del tiempo, una interesante casuística de 'categorías sospechosas' distintas al activismo sindical, las que son susceptibles de sufrir algún tipo de discriminación. Los fallos 'Sisnero' [nota al pie: 'Cuando una persona solicita ser empleada en una posición laboral cuyo mercado se encuadra absolutamente segregado sobre las bases de una categoría sospechosa a la que ella pertenece, su derecho constitucional a la igualdad hace pesar sobre la decisión de no contratarla una presunción de invalidez que deberá ser desvirtuada por el empleador'. Del dictamen del Procurador General de la Corte Suprema en los autos 'Sisnero, Mirtha G. y otros c. Tadelva SRL s/amparo'] y 'Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo SA' [nota al pie: 'La expresión 'clase sospechosa' puede caracterizar a un 'grupo discreto e insular', que soporta incapacidades, o está sujeto a una historia de tal tratamiento desigual intencionado, o está reglado a una posición tal de impotencia política que exige la protección extraordinaria del proceso político mayoritario…' (SD en los autos: 'Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo SA s/amparo', de fecha 16/12/2002, de la CNCiv., sala H, AR/JUR/1908/2002), han sido paradigmáticos en ese sentido".

"En definitiva, estemos frente a un caso de discriminación a un activista sindical o bien de discriminación a una 'categoría sospechosa' reseñada, lo cierto es que el derecho a la no discriminación ocupa un lugar cardinal en el marco del diseño constitucional argentino, no pudiendo el empleador ampararse en sus derechos de 'libertad individual' y 'libertad de contratación' para justificar un acto que vulnera derechos fundamentales, ya que, las potestades empresariales no son absolutas y

encuentran límites infranqueables en la dignidad de la persona humana" **(12)**.

IV. Despido arbitrario y despido discriminatorio

Las consecuencias de los actos discriminatorios han sido previstas por el legislador de la ley 23.592, cuyo art. 1º establece:

"Art. 1º.— Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, *a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados*".

"A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos" (destacado nuestro).

En los casos de despidos discriminatorios, la jurisprudencia consideró "nulo" el despido y dispuso la reinstalación de la persona damnificada en su lugar de trabajo. Por ejemplo, en el importante y pionero precedente "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA" del 07/12/2010 —ver nota pie nro. 7—, la Corte nacional declaró la nulidad del despido y ordenó la reinstalación de los trabajadores discriminados por su actividad sindical, fundamentando que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación forman parte del *ius cogens* del derecho internacional, y que siendo aplicable la ley 23.592 corresponde dejar sin efecto el acto discriminatorio y restablecer las cosas al estado anterior.

Respecto al despido arbitrario o sin justa causa dice la jurisprudencia: "Ante el despido arbitrario, el trabajador tiene abiertas dos posibilidades normativas: considerarlo nulo porque la Constitución Nacional lo protege contra el despido arbitrario y, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 245, LCT, buscar la reincorporación al puesto de trabajo; considerarlo válido y buscar la correspondiente indemnización" **(13)**.

Por su parte la doctrina ha continuado la línea comenzada por la Corte federal en "Álvarez" y "Pellicori" luego propagada por la jurisprudencia: "comparto la opinión de la jurista Ana Clara Alfie quien sostiene que el despido fundado en razones discriminatorias es nulo. Esta nulidad implica que se deben reponer las cosas al estado anterior al acto viciado de nulidad, es decir, que deberá reincorporarse al trabajador a su puesto de trabajo, o en las mismas condiciones que tenía con anterioridad al despido [nota al pie: ALFIE, Ana Clara, 'Relación de Trabajo', Héctor O. GARCÍA (dir.) - Claudio S. VIRGILI (Coord.), Ediar, Buenos Aires, 2013, 1ª edic., t. IV, 'Su extinción', cap. XXII 'El despido viciado de discriminación', p. 268]. La mentada autora clarifica la cuestión cuando refiere que no se debe confundir el 'despido arbitrario' con el 'despido discriminatorio', considerando que el sistema de estabilidad impropia admite el despido sin causa de un trabajador, mas no el despido discriminatorio. Este último se encuentra prohibido, por lo que el caso de que acontezca es perfectamente factible que sea declarado nulo [nota al pie: 'ALFIE, Ana Clara, ob. cit., p. 270']" **(14)**.

Volviendo a nuestra sentencia, la fijación de una suma de dinero como reparación por daño moral (consid. IX) resulta una solución congruente con lo pretendido por la accionante, quien no reclamó su reincorporación. Lo que no queda suficientemente explícito ni justificado es la reducción del *quantum* a seis salarios respecto de los trece peticionados por la víctima, máxime si ponderamos lo indignante de la verdadera causa de su despido.

(12) LANCHINI, Matías F., "Breves reflexiones...", cit., p. 5.

(13) CNTrab., sala 6ª, 24/03/2000, "Giorgini, Daniel c. Informática Tecnológica SA"; cit. en MARK, Mariano H., "Ley de Contrato de Trabajo anotada. Legislación complementaria", LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 364.

(14) LANCHINI, Matías F., "Breves reflexiones...", cit., p. 5.

En cualquier ámbito de la vida la discriminación es siempre un ultraje a la dignidad de la persona humana **(15)**.

Y si la persona discriminada es trabajador dependiente, además es mujer, además con orientación sexual al lesbianismo, podemos decir que el estado de vulnerabilidad es notablemente mayor, y proporcionalmente también mayor el ultraje a su dignidad.

(15) "En toda conducta discriminatoria se encuentra implícito un prejuicio segregacionista; quien discrimina considera a la otra persona inferior, en virtud de su pertenencia a una específica categoría o por tener ciertos caracteres [nota al pie: KIPER, Claudio M., 'Derechos de las minorías ante la discriminación', Ed. Hammurabi, Bs. As., 1998, p. 287; SABA, Roberto P., 'Discriminación, trato igual e inclusión', en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales nacionales, compiladores Martín Abregú y Christian Courtis, CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto STL, Buenos Aires, 1997, p. 561...] y proyecta una mirada de desvalorización a su respecto". "La persona humana no se despoja de su dignidad para ingresar al ámbito laboral; muy por el contrario, lo hace con un doble orden de protección: el de los derechos humanos fundamentales y el de que tutela a la persona que trabaja [nota al pie: DOBARRO, Viviana Marial, 'La violencia en las relaciones Laborales y el avasallamiento de la dignidad humana (Primera Parte)', Editorial Errepar, Doctrina Laboral nro. 276, julio de 2008.]". Del artículo de doctrina de DOBARRO, Viviana M., "La violencia y discriminación en el ámbito laboral, en especial por razón de género", diario LA LEY, lunes 8 de marzo de 2021, ps. 15-18.

VIOLENCIAS

Doctrina

Las redes sociales como medio para ejercer violencia familiar y de género

Alejo Ezequiel Vilches (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Violencia familiar y de género en redes sociales. Aproximaciones teóricas.— III. Encuadre jurídico de la violencia digital.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

La violencia digital o "e-violencia" contra las mujeres en el ámbito de las relaciones familiares o de pareja es un fenómeno que, con la masificación de los servicios de redes sociales, ha crecido en los últimos años. La Ley de Protección Integral a las Mujeres 26.485 establece de forma explícita a estas conductas como típicas a la hora de identificar un caso de violencia contra las mujeres. Asimismo, la ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar establece cuáles son las medidas plausibles de otorgamiento para intentar frenar este tipo de casos.

Sin embargo, ninguna norma del derecho positivo local se detiene a analizar este tipo de nuevas violencias, que ocurren lamentablemente con más frecuencia a medida que el acceso a las nuevas tecnologías de la comunicación aumenta. ¿Por qué hablamos de violencia digital? ¿Cómo hacen los jueces para encuadrar a este tipo de nuevas violencias dentro de la ley 24.417? ¿Es posible que nuestro ordenamiento jurídico no esté adaptado a estas nuevas realidades? ¿Cuáles son las implicancias jurídicas de estas nuevas violencias para los operadores jurídicos?

Este artículo busca reflexionar en torno a estas preguntas y poder aportar un humilde punto de vista a una discusión más que necesaria, particularmente en estos tiempos de aislamiento social, preventivo y obligatorio en donde este tipo de violencias, por sus características, se ven más expuestas.

II. Violencia familiar y de género en redes sociales. Aproximaciones teóricas

La violencia familiar y de género constituye uno de los flagelos más preocupantes para nuestra sociedad. Y si bien su forma más conocida es la violencia física, la "teoría del iceberg" nos ha demostrado que existen múltiples tipos de violencia, los cuales han sido receptados por el ordenamiento jurídico local. Sin embargo, es necesario explicar las particularidades de la violencia digital.

Las nuevas tecnologías de la comunicación se han transformado en una herramienta cotidiana para millones de usuarios en Argentina y el mundo. Esta realidad innegable hizo que la formas de conectarnos y de comunicarnos vayan transmutando, así como también la capacidad de ejercer violencia hacia los otros y, en este caso en particular, hacia las mujeres.

Las redes sociales no escapan a la dinámica patriarcal que refuerza estereotipos que sirven para difundir la discriminación hacia las mujeres. El aspecto más complejo sobre este tema es la rapidez con la que es posible "viralizar", es decir, que adquiera un conocimiento masivo, situaciones que pueden encuadrar en violencias tipificadas por nuestra normativa legal. Estas nuevas formas de violencia, si bien tienen

(*) Abogado, maestrando en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Asesor técnico de la Secretaría de Niñez y Desarrollo Social de la municipalidad de Quilmes. Socio fundador del Estudio Jurídico Vilches Saravia.

características particulares, siguen reflejando el mismo patrón de desigualdad que cualquier otra forma de ejercicio de violencia contra las mujeres.

Es indiscutible que estas situaciones provocan un daño psicológico en quienes son las víctimas de estas acciones antijurídicas, ya que la utilización de este espacio donde se realiza una exposición de la vida personal configura nuevas formas de violencia y control sobre las mujeres generando mecanismos de desigualdad. Además, la red social le permite al perpetrador mantener su anonimato a la hora de ejercer violencia y la posibilidad de llegar a un enorme número de personas a través de las diferentes opciones que estas brindan para compartir contenido.

Facebook fue la red social utilizada para estos fines violentos. Cabe mencionar que dicha red tiene una política de contratación. Estas conforman un contrato de adhesión, pues no puede el usuario modificar sus términos y condiciones. En ellas, Facebook prohíbe el uso de su plataforma con el objeto de intimidar o acosar a otra persona. Sin embargo, carga al usuario de la red social la responsabilidad de denunciar el contenido. Es interesante plantearnos cuál es la responsabilidad de Facebook frente a este tipo de actos. En este sentido, adhiero a la interpretación del Dr. Fernando Tomeo **(1)**, quien cree que se le puede atribuir la responsabilidad subjetiva ante la lesión de los derechos personalísimos de la víctima, siempre y cuando la red social sea fehacientemente notificada de esta situación y su inacción facilite la "viralización" del contenido que ofende a la persona.

Ante esta nueva realidad, los tribunales y juzgados de familia de todo el país han dictado diversas sentencias en donde enmarcan a este tipo de eventos como actos de violencia, incluso sin un marco normativo que así específicamente lo dictamine con el objeto de brindar protección a aquellas personas que son violentadas. Algunas de ellas han incluso ordenado la utilización de las redes sociales que eran el medio para ejercer violencia como forma de notificar las resoluciones del juez **(2)**.

III. Encuadre jurídico de la violencia digital

En este apartado analizaremos el encuadre normativo a los que deben estar sometidas estas situaciones. Es importante entender que estamos hablando de una conducta antijurídica en virtud de instrumentos nacionales y supranacionales que pasaremos a analizar en esta parte.

En primer lugar, nos encontramos con la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer **(3)** (CEDAW, por sus siglas en inglés). Este instrumento del derecho internacional público fue ratificado por Argentina en la ley 23.179 del año 1985. La CEDAW establece que todo acto que menoscabe los derechos humanos de la mujer será considerado como una forma de discriminación (art. 1º) y los Estados deben "adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer" (art. 2º). Sin embargo, no es el único instrumento supranacional que abarca las situaciones que se dan en el presente caso. La Declaración Universal de los Derechos Humanos menciona: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques" **(4)**.

En el plano interamericano, la protección a la honra y la dignidad también está asegurada en virtud de diferentes convenciones internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, usualmente conocida como Pacto de San José de Costa Rica. Su art. 11 habla de la prohibición de realizar injerencias abusivas en la vida privada de una persona. En el mis-

(1) TOMEO, F., "Redes sociales y tecnologías 2.0", Astrea, Buenos Aires, 2014, 2ª ed., p. 132.

(2) Juzgado de Familia nro. 2 de La Matanza, 22/05/2020, "A., N. C. s/ abrigo", Id SAIJ: FA20010025.

(3) Disponible en línea en: https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx.

(4) BARBERO, N., "Protección internacional de los Derechos Humanos. Tomo 2: Instrumentos internacionales de Derechos Humanos", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed., p. 70.

mo sentido habla la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. 5º. Este instrumento también hace referencia a la posibilidad de todos aquellos que vean sus derechos vulnerados de poder acceder al sistema de justicia. Por último, y dada la especificidad del caso, también es aplicable la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como Convención de Belem do Pará.

Como vemos, el derecho a la intimidad está resguardado por diversas convenciones internacionales e interamericanas. La mayor parte de estas poseen una jerarquía superior a las leyes en virtud del inc. 22 del art. 75 de la CN y constituye una adición a las normas del derecho local **(5)**, ya que como veremos a continuación, nuestro derecho ha tomado estos instrumentos para desarrollar normativas más específicas.

Argentina posee desde 2009 una Ley de Protección Integral a las Mujeres, en donde se consagra el derecho de las mujeres a vivir sin violencia. Este argumento ha sido mencionado en el acápite E) de los considerandos del fallo que estamos analizando, basándose en esta ley. En virtud de este criterio, las mujeres tienen la potestad de oponerse a toda injerencia en su vida privada por terceros y a la divulgación de datos que, por su naturaleza, estén destinados a ser preservados de las personas en general. Entiendo que los aspectos referidos a la vida familiar, afectiva o íntima configuran datos que no deben ser revelados.

El art. 6º explica cuáles son las modalidades mediante las cuales la ley entiende que se ejerce violencia contra las mujeres. A los efectos del presente artículo, nos detendremos a analizar lo que la ley llama "violencia mediática". La violencia mediática es una modalidad de ejercicio de la violencia patriarcal, caracterizada por la presencia de prácticas que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmiten y reproducen dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad. Este tipo de violencias no tiene consecuencias visibles directamente, pero sin dudas afecta a la integridad física, psíquica y moral de las mujeres, consagrando la lógica del hombre como sujeto dominante y la mujer como sujeto dominado. Como ha mencionado Diana Maffia, debemos aprender a ver y categorizar esas sutiles formas de violencia que impregnan nuestra vida cotidiana, y una vez calificada como violencia, debemos pensar recursos para prevenirla y evitarla, y también para sancionarla cuando se ejerce **(6)**.

La ley define a la violencia mediática como "aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres". En el caso en cuestión, la discusión existe sobre si las redes sociales —Facebook, Twitter, Instagram, etc.— constituyen un "medio masivo de comunicación" a los efectos de ser plausibles de aplicarlo dentro de esta normativa. Si bien esto será analizado en detenimiento luego, adelantamos que además de este fallo existen otros antecedentes **(7)** que entienden a las redes sociales como vías para ejercer violencia hacia las mujeres.

En otro sentido es importante remarcar que las presentes actuaciones se dieron en el marco de una relación de familia, por lo que el Tribunal de forma acertada utiliza lo estipulado en la ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar. Esta en su primer artículo encuadra la violencia familiar como aquella que se origina en el matrimonio y las uniones de hecho. A mi criterio esta redacción no es la más acertada, quizás también producto de la coyuntura vigente al momento de su redacción. La redacción de

(5) RISSO, G., "Constitución de la Nación Argentina", Hammurabi, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., p. 319.

(6) MAFFIA, D., "Violencia mediática y simbólica", Observatorio de Justicia y Género en el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 2.

(7) Juzgado de Familia nro. 5 de Cipolletti, 07/05/2018, "P. M. B. s/ incidente denuncia por violencia de género (ley 26.485)", elDial.com - AAA8A2.

la Ley de Protección contra la Violencia Familiar de la Provincia de Buenos Aires es notoriamente más favorable a los efectos de la defensa de los derechos de las personas víctimas de violencia familiar, ya que incluye a las relaciones de noviazgo e inclusive no exige el requisito de la convivencia para que las conductas descriptas por la misma norma constituyan casos de violencia familiar. Ante este defecto de la normativa nacional, las leyes provinciales suelen suplir esta falla.

Por último, es importante también hacer referencia al derecho a la propia imagen. Este derecho, como bien indica Alejandro Gorosito Pérez **(8)** tiene dos aristas. En primer lugar, un aspecto positivo que es el derecho de cualquier persona a producir y publicar su propia imagen. Y, como contraposición, su aspecto negativo que consiste en el derecho que tiene la persona de impedir la obtención o la publicación de su imagen sin su consentimiento. Esta última cuestión nos remite a lo estipulado en el art. 31 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, que nos dice que los retratos fotográficos no pueden ser expuestos sin el consentimiento de la persona fotografiada, y que de hacerlo la persona afectada queda habilitada a reclamar los daños y perjuicios correspondientes.

(8) GOROSITO PÉREZ, A., "Exégesis del derecho a la propia imagen", XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2005, p. 3.

IV. Conclusiones

El machismo ha encontrado en estas nuevas herramientas tecnológicas un medio más para desplegar su odio y maltratar, humillar y desprestigiar a las mujeres. Estas situaciones aún no tienen una recepción particular por parte del ordenamiento jurídico local. Sin embargo, como hemos visto en este caso, los jueces de familia utilizan las herramientas que les brindan tanto las leyes nacionales como el sistema internacional de derechos humanos para crear nuevas formas de proteger a aquellas mujeres que ven en el accionar de sus victimarios una nueva forma de violentar sus derechos. El daño que puede producir el acoso y el hostigamiento virtual parece estar subestimado, pero la realidad marca que son cada vez más las mujeres que sufren este tipo de violencia mediática que interfiere en su desarrollo personal, profesional y familiar. La legislación argentina necesita adaptarse a estos nuevos tiempos y a estas nuevas violencias. Es el momento de avanzar hacia legislaciones que otorguen seguridad jurídica a las víctimas de estos hechos. La violencia mediática es una de las tantas formas de violencia que se encuentran ocultas en nuestra sociedad y que, de no verla y condenarla a tiempo, puede llevar a tragedias evitables.

LEGISLACIÓN

RESOLUCIÓN 49 (M.R.E.C.I. y C.)

Funcionarias actuantes en el Servicio Exterior de la Nación – Referencia en redacción de actos administrativos y demás documentos – Modificación de la res. 49 (M.R.E.C.I.yC.).

Fecha: 18/03/2021

Publicación: B.O. 22/03/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2021-24015103- -APN-DGD#MRE, la Ley de Ministerios N° 22.520 (texto ordenado por el Decreto N° 438/92) y sus modificatorias y la Resolución N° 49 del 9 de marzo de 2020 de este Ministerio, y

CONSIDERANDO:

Que conforme a lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley de Ministerios N° 22.520 (texto ordenado por el Decreto N° 438/92) y sus modificatorias compete a este Ministerio entender en la determinación de los objetivos y políticas del área de su competencia y en la organización del Servicio Exterior de la Nación.

Que, asimismo, conforme a lo dispuesto en el apartado 9 del inciso b) del artículo 4° de la ley citada en el considerando precedente, compete a los Ministros resolver por sí todo asunto concerniente al régimen administrativo de sus respectivos Ministerios ateniéndose a los criterios de gestión que se dicten y adoptar las medidas de coordinación, supervisión y contralor necesarias para asegurar el cumplimiento de las funciones de su competencia.

Que por la Resolución N° 49/20 de este Ministerio se estableció que al momento de citar a las funcionarias que se desempeñan en el Servicio Exterior de la Nación en la redacción de actos administrativos y demás documentos o al momento de dirigirse a dichas funcionarias, deberá hacerse referencia a las siguientes categorías, según corresponda: A) Embajadora extraordinaria y plenipotenciaria; B) Ministra plenipotenciaria de primera clase; C) Ministra plenipotenciaria de segunda clase; D) Consejera de embajada y cónsul general; E) Secretaria de embajada y cónsul de primera clase; F) Secretaria de embajada y cónsul de segunda clase y G) Secretaria de embajada y cónsul de tercera clase.

Que por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, se considera pertinente establecer que al momento de citar a las funcionarias que se desempeñan en el Servicio Exterior de la Nación en la redacción de actos administrativos y demás documentos o al momento de dirigirse a dichas funcionarias, podrá hacerse referencia a las siguientes categorías, según corresponda: D) Consejera de embajada y consulesa general; E) Secretaria de embajada y consulesa de primera clase; F) Secretaria de embajada y consulesa de segunda clase y G) Secretaria de embajada y consulesa de tercera clase.

Que en consecuencia, corresponde modificar el artículo 1° de la Resolución N° 49/20 de este Ministerio.

Que la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS dependiente de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y PLANIFICACIÓN EXTERIOR de este Ministerio, ha tomado la intervención que le compete.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por la Ley de Ministerios N° 22.520 (texto ordenado por el Decreto N° 438/92) y sus modificatorias.

Por ello:

El Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto resuelve:

Art. 1° - Sustitúyase el artículo 1° de la Resolución N° 49 del 9 de marzo de 2020 del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 1°.- Establécese que al momento de citar a las funcionarias que se desempeñan en el Servicio Exterior de la Nación en la redacción de actos administrativos y demás documentos o al momento de dirigirse a dichas funcionarias, deberá hacerse referencia a las siguientes categorías, según corresponda: A) Embajadora extraordinaria y plenipotenciaria; B) Ministra plenipotenciaria de primera clase; C) Ministra plenipotenciaria de se-

gunda clase; D) Consejera de embajada y consulesa general; E) Secretaria de embajada y consulesa de primera clase; F) Secretaria de embajada y consulesa de segunda clase y G) Secretaria de embajada y consulesa de tercera clase.".

Art. 2° - Comuníquese, etc. - Solá.

RESOLUCIÓN CONJUNTA 21.029 (M. M. G. D.) y 21.029 (C.N.V.)

Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y Comisión Nacional de Valores – Aprobación de la "Guía de recomendaciones para la igualdad de género en el mercado de capitales".

Fecha: 15/03/2021

Publicación: B.O. 17/03/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2021-18621823--APN-GAL#CNV, caratulado "PROYECTO DE RESOLUCIÓN CONJUNTA MMGYD - CNV S/GUÍA DE RECOMENDACIONES PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL MERCADO DE CAPITALES", del registro de la Comisión Nacional de Valores, la Ley de Ministerios N° 22.520 (t.o. 1992) sus modificatorias y complementarias, la Ley de Mercado de Capitales N° 26.831, la Resolución del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD N° 220 de fecha 28 de septiembre de 2020, y

CONSIDERANDO:

Que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales a través de la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), aprobada por Ley N° 23.179 (B.O. 3-6-1985), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém Do Pará", aprobada por Ley N° 24.632 (B.O. 9-4-1996), las cuales proveen el marco normativo que responsabiliza al Estado en generar políticas públicas que consideren la perspectiva de género, tanto en su diseño, como en su implementación y evaluación.

Que, por otro lado, nuestro país asumió el compromiso de trabajar en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, entre los cuales se encuentra el correspondiente a la igualdad de género –objetivo N° 5-, el cual requiere de la articulación y compromiso de los diferentes actores de la sociedad para su efectiva implementación.

Que, en un orden afín, el Convenio Sobre la Eliminación de la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo –Convenio 190–, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 21 de junio de 2019, fue aprobado por Ley N° 27.580 (B.O. 15-12-2020).

Que el citado Convenio reconoce el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, afirmando que estas problemáticas constituyen formas de violación a los derechos humanos, con especial gravedad cuando se producen por razones de género.

Que, por su parte, la Comisión Nacional de Valores (CNV) es una entidad autárquica, cuyas relaciones con el Poder Ejecutivo nacional se mantienen por intermedio del Ministerio de Economía de la Nación Argentina, que tiene entre sus funciones principales la de promover la participación en el mercado de capitales de todos los actores de la economía, fortalecer los mecanismos de protección de inversores, propender a la creación de un mercado de capitales federalmente integrado y a la inclusión financiera.

Que, conforme establece la Ley N° 26.831 (B.O. 28-12-2012), la CNV regula a las personas humanas y jurídicas que "desarrollen actividades relacionadas con la oferta pública de valores negociables, otros instrumentos, operaciones y actividades contempladas en la presente ley y en otras normas aplicables, que por su actuación queden bajo competencia de la Comisión Nacional de Valores".

Que, por su parte, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 7 (B.O. 11-12-2019), modificatorio de la Ley de Ministerios N° 22.520 (B.O. 23-12-1981) creó el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad (MMGYD), respondiendo al compromiso asumido con los derechos de las mujeres y diversidades, frente a toda forma de discriminación y violencia, y en pos de la construcción de una sociedad más igualitaria que promueva la autonomía integral de todas las personas, sin establecer jerarquías entre las diversas orientaciones sexuales, identidades o expresiones de género, siendo estos objetivos prioritarios de gobierno.

Que, en tal sentido, le corresponde al MMGYD conocer y opinar en lo "inherente a las relaciones humanas respecto del diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales en materia de políticas de género, igualdad y diversidad" (cfr. artículo 23 ter, Ley N° 22.520).

Que, asimismo, se faculta al MMGYD a "[e]ntender en el desarrollo de las acciones tendientes al cumplimiento de la normativa vigente y a la identificación de necesidades de adecuación y actualización normativa en materia de políticas de género, igualdad y diversidad" (cfr. artículo 23 ter, inciso 3, Ley N° 22.520) y "en la articulación de acciones con actores del sector público, privado y organizaciones de la sociedad civil en materia de políticas de género, igualdad y diversidad" (cfr. artículo 23 ter, inciso 7, Ley N° 22.520).

Que el MMGYD es el organismo rector encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar las disposiciones 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 (B.O. 14-4-2009).

Que, en consecuencia, tiene entre sus funciones impulsar las estrategias, planes, programas y proyectos de asistencia a las personas en situación de violencia por razones de género, teniendo como objetivo la creación de políticas públicas estratégicas que aborden integralmente la problemática.

Que la Ley N° 26.485 establece entre sus objetivos promover y garantizar el desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres; la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida; la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres; y las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos.

Que, por su parte, la Ley N° 26.743 (B.O. 24-5-2012) establece el derecho al reconocimiento, trato, identificación y libre desarrollo de las personas, conforme su identidad de género.

Que, en ejercicio de sus respectivas competencias, la CNV y el MMGYD suscribieron el 17 de diciembre de 2020 un convenio marco de cooperación técnica recíproca para desarrollar una línea de trabajo conjunto, mediante el cual persiguen, entre otros objetivos, el desarrollo de políticas que incorporen la problemática de género de manera transversal y que tiendan a la eliminación de las violencias de género en toda la cadena de valor del mercado de capitales; es decir, en todo el proceso de emisión, intermediación e inversión de valores negociables para la obtención de capital direccionado a financiar empresas y proyectos de la economía real, incluyendo la integración al mercado de capitales de la economía productiva de pequeña escala, y promoviendo la inclusión financiera para el desarrollo socioeconómico de las mujeres y diversidades y la reducción de las desigualdades en el mercado de capitales.

Que el desarrollo y el fortalecimiento de la perspectiva de género a nivel organizacional responden a la necesidad de contar con espacios de trabajo más inclusivos y libres de violencias, donde las personas puedan desarrollar sus talentos y capacidades en la construcción de sus trayectorias laborales.

Que es en ese sentido que el Programa Nacional para la Igualdad de Géneros en el Mundo del Trabajo, el Empleo y la Producción "Igualar" del MMGYD, creado por Resolución N° 220/2020 (B.O. 30-9-2020) brindó asistencia técnica a la CNV en el diseño de una encuesta voluntaria para el diagnóstico en materia de igualdad de género, diversidad y violencias por motivos de género en los espacios de trabajo de los sujetos bajo la competencia de la CNV.

Que en el mismo marco de cooperación técnica se elaboró la "Guía de recomendaciones para la igualdad de género en el mercado de capitales" que tiene por objetivo general reducir las brechas y segmentaciones que constituyen la desigualdad estructural entre los géneros, a través de la incorporación de buenas prácticas hacia adentro de las organizaciones.

Que la presente se dicta en ejercicio de las atribuciones conferidas por los artículos 19 de la Ley N° 26.831 y 23 ter, incisos 3 y 7, de la Ley N° 22.520, texto ordenado por Decreto N° 438/92.

Por ello:

El Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y la Comisión Nacional de Valores resuelven:

Art. 1° - Apruébese la "Guía de recomendaciones para la igualdad de género en el mercado de capitales" que como Anexo (IF-2021-22100381-APN-GAL#CNV) forma parte integrante de la presente Resolución. El objetivo general de la Guía es contribuir a la reducción de las brechas y segmentaciones que constituyen la desigualdad estructural entre los géneros en los espacios de trabajo de los sujetos bajo la competencia de la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES.

Art. 2° - La presente medida no implica erogación presupuestaria alguna.

Art. 3° - La presente norma entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

Art. 4° - Comuníquese, etc. - Gómez Alcorta - Cosentino - Erpen.

ANEXO

Guía de recomendaciones para la igualdad de género en el ámbito del mercado de capitales Índice de contenidos

Primera parte. Introducción

1. Presentación de la guía y objetivos. Marco normativo. Perspectiva de género.

2. Brechas de género en el mundo del trabajo y el mercado de capitales. El Código de Gobierno Societario.

3. Iniciativas de otros organismos

4. Autodiagnóstico. Encuesta voluntaria CNV.

Segunda parte. Recomendaciones para la igualdad de género en el mercado de capitales argentino

1. Valores de la compañía: promoción de la diversidad y el compromiso institucional con la igualdad de género.

2. Creación y fortalecimiento de un área de Género.

3. Inclusión y participación laboral. Contratación y selección de personal. Carrera profesional. El área de recursos humanos y su rol fundamental. Las búsquedas internas. Liderazgo y visibilización. El techo de cristal y las mujeres en los Directorios. Brecha salarial.

4. Política de cuidados y licencias. Corresponsabilidad en el trabajo de cuidados. Otras propuestas para la promoción de la corresponsabilidad. Infraestructura de cuidados.

5. Abordaje y prevención de la violencia y acoso con motivos de género.

6. Capacitación y sensibilización en perspectiva de género. Masculinidades.

7. Lenguaje y comunicación inclusiva y/o no sexista. Actividades y obsequios.

8. Política de negocios e inversiones.

Tercera parte. Glosario

Primera parte. Introducción

1. Presentación de la guía y objetivos. Antecedentes normativos. Perspectiva de género.

La Comisión Nacional de Valores (CNV u Organismo) en ejercicio de sus funciones de inclusión y educación financiera y de contralor y promoción del desarrollo del mercado de capitales (MDC) y el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad (MMGyD), organismo rector en materia de políticas de género, igualdad y diversidad, han asumido el compromiso de visibilizar y transformar las desigualdades de género en la cadena de valor del mercado de capitales. Esta decisión se enmarca en el compromiso del Estado Nacional de transversalizar la perspectiva de género en las políticas públicas con el objetivo de alcanzar una sociedad más justa e igualitaria.

En ese contexto, la presente guía de recomendaciones para la igualdad de género en el ámbito del mercado de capitales constituye una iniciativa de la CNV donde el Programa Nacional para la Igualdad de Géneros en el Mundo del Trabajo, el Empleo y la Producción "Igualar" del MMGyD prestó la asistencia técnica requerida a fin de lograr unos lineamientos robustos para contribuir a la reducción de las brechas y segmentaciones que constituyen la desigualdad estructural entre los géneros.

La incorporación de las mujeres y LGBTI+ al mundo del trabajo ha estado signada por diversas desigualdades, tanto en su acceso como en su permanencia y promoción. Tales desigualdades son producto de la forma en la que se establecen las relaciones sociales entre los géneros, la asignación de roles y la construcción de estereotipos que reproducen desigualdades entre ellos. Desde el análisis económico con perspectiva de género, observamos la existencia de brechas y segmentaciones que evidencian las posiciones de desventaja de las mujeres y LGBTI+ respecto de los varones. Resulta importante destacar que la situación de LGBTI+ es particularmente crítica, además de encontrarse invisibilizada en las estadísticas oficiales, que por ahora sólo relevan mujeres y varones y no otras identidades de género. Sin embargo, la evidencia da cuenta de que esta población experimenta importantes tasas de desempleo e informalidad y que se encuentra expuesta a constantes situaciones de discriminación y violencias por motivos de género y orientación sexual.

Siguiendo esta problemática y atendiendo al rol que ocupan las empresas del MDC en la sociedad, resulta recomendable la incorporación de la perspectiva de género en sus prácticas organizacionales y de negocios de modo que permitan disminuir las brechas de género existentes.

La presente Guía tiene como fin acercar a los sujetos bajo la competencia de la CNV un conjunto de recomendaciones para la implementación de la perspectiva de género a través de la incorporación de buenas prácticas hacia adentro de las organizaciones. El desarrollo y el fortalecimiento de la perspectiva de gé-

nero a nivel organizacional responden a la necesidad de contar con espacios de trabajo más inclusivos y libres de violencias, donde las personas puedan desarrollar sus talentos y capacidades en la construcción de sus trayectorias laborales.

La paulatina adopción e incorporación de las recomendaciones para la igualdad de género desarrolladas en la presente guía contribuyen a alcanzar el objetivo de reducir la desigualdad de género en el mundo del trabajo y construir espacios libres de violencias donde se propicie el pleno desarrollo de las personas.

Marco normativo de las recomendaciones para la igualdad

La Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, sancionada en el marco de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país a través de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém Do Pará" dan el marco normativo que responsabiliza al Estado de generar políticas públicas que consideren la perspectiva de género, tanto en su diseño, como en su implementación y evaluación. Cabe señalar que los instrumentos internacionales deben ser aplicados en armonía con los Principios de Yogyakarta elaborados por las Naciones Unidas, que refieren a la interpretación de la legislación internacional de derechos humanos sobre las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Es por esta razón que la presente guía hace referencia a la inclusión de mujeres y LGBTI+.

A su vez, nuestro país asumió el compromiso de trabajar para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, entre los cuales se encuentra el N° 5 correspondiente a la igualdad de género. Este objetivo requiere de la articulación y compromiso de los diferentes actores de la sociedad para su efectiva implementación.

En adición a lo anterior, en noviembre de 2020 el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 27.580 por la cual la Argentina aprueba el Convenio 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en junio de 2019. La norma reconoce el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, afirmando que estas problemáticas constituyen formas de violación a los derechos humanos, con especial gravedad cuando se producen por razones de género. Implica además un nuevo paradigma de derecho: a diferencia de la normativa existente hasta el momento, no trata la situación de violencia y acosos laboral como una cuestión bilateral, entre dos individuos, sino como un problema de la organización en donde ocurre. Esta mirada es fundamental para entender que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y, específicamente, la violencia y acoso por razones de género, es una problemática arraigada a la cultura patriarcal y particularmente propia del modo de organización de la producción capitalista.

Por su parte, la creación del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad mediante el Decreto N° 7/2019 modificatorio de la Ley N° 22.520 de Ministerios, da cuenta de la búsqueda y el compromiso del Estado Nacional por jerarquizar institucionalmente la perspectiva de género, a fin de garantizar los derechos de las mujeres y LGBTI+ en vistas a construir una sociedad más igualitaria que promueva la autonomía integral de todas las personas.

En ese marco, mediante la Resolución N° 220/2020 del citado Ministerio se creó el Programa Nacional para la Igualdad de Géneros en el Trabajo, el Empleo y la Producción "Igualar", en el ámbito de la Subsecretaría de Políticas de Igualdad, con el objetivo general de reducir las brechas y segmentaciones que componen la desigualdad estructural en el mundo del trabajo, el empleo y la producción para mujeres y LGBTI+, desde una mirada interseccional y de derechos humanos.

Por último, es importante destacar el Decreto N° 721/2020 de Cupo Laboral Travesti Trans a través del cual se garantiza un cupo mínimo del 1% de la totalidad de cargos para personas travestis, transexuales y transgénero. Si bien la norma sólo rige para el Sector Público Nacional, constituye un antecedente de relevancia en materia de inclusión laboral, apuntando a revertir la desigualdad estructural de género en el acceso al empleo.

¿Qué es la perspectiva de género y cómo proponemos implementarla?

Cuando hablamos de perspectiva de género nos referimos a todo análisis o marco teórico (de la sociedad, de un ámbito concreto, de una relación social) que tiene en cuenta las relaciones desiguales de poder y las características propias de una sociedad patriarcal. Este enfoque consiste en la comprensión de los factores socioculturales que hacen que, tanto mujeres como LGBTI+, se enfrenten a distintas dificultades que les ponen en desventaja frente a los varones.

Es imprescindible que la implementación de la perspectiva de género sea integral y para ello debe tenerse en cuenta que las relaciones sociales no sólo están atravesadas por el género, sino que también se encuentran afectadas por múltiples categorías sociales tales como la etnia, la edad, la orientación sexual,

la clase social, la condición de discapacidad, la condición de migrante, entre otras. Se llama interseccionalidad al cruce de estas distintas categorías sociales en los sujetos. De esta forma es posible identificar y visibilizar las desigualdades que atraviesan a los distintos integrantes de una sociedad. La perspectiva interseccional es aquella que considera el conjunto de las categorías mencionadas en el análisis de la sociedad y su relación entre sí en las experiencias personales. Las personas no pueden ser definidas con base únicamente en el género, sino que están atravesadas por múltiples categorías sociales que marcan su experiencia en el mundo y es la comprensión de estas interseccionalidades lo que ayudará a dar cuenta de la mayor o menor vulnerabilidad a la que están expuestas. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en su Recomendación N° 28 define a la interseccionalidad en los términos expresados(1).

Pensémoslo de esta manera: en el proceso de búsqueda laboral, no se enfrentarán a las mismas dificultades una mujer que un varón; de la misma forma que no se enfrentarán a los mismos prejuicios una mujer blanca que una mujer racializada; no se enfrentan a los mismos obstáculos una mujer con discapacidad que una mujer que no la posee; y no se enfrentan a los mismos prejuicios una mujer trans que una mujer cisgénero(2).

2. Brechas de género en el mundo del trabajo y el mercado de capitales. El Código de Gobierno Societario.

Entender las desigualdades de género en la economía requiere problematizar lo que entendemos por "el trabajo". Para ello, es indispensable considerar la organización social del cuidado (OSC) que da forma a la distribución sexual de los trabajos remunerados y no remunerados en nuestra sociedad. La OSC es la forma en que, de manera interrelacionada, las familias, el Estado, el mercado y la comunidad, producen y distribuyen el trabajo de cuidados (Rodríguez Enríquez y Pautassi, 2014)(3), evidenciando e identificando los elementos y dimensiones que provocan desigualdades, ya que, entre otras cosas, determina el tiempo disponible para que las personas puedan participar en el mercado laboral.

De acuerdo con la Encuesta de Uso del Tiempo elaborada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la Nación (INDEC) en 2013, el 76% de las tareas domésticas y de cuidado no remuneradas son realizadas por mujeres. De los resultados se desprende que 9 de cada 10 mujeres realizan trabajo doméstico y de cuidados destinando en promedio 6,4 horas diarias, en tanto que 6 de cada 10 varones lo hacen en un promedio de 3,4 horas diarias(4). Para dimensionar la importancia de estas tareas en la economía, de acuerdo con un Informe realizado por la Dirección de Economía, Igualdad y Género del Ministerio de Economía de la Nación en agosto 2020, su aporte al PBI fue del 16% considerando el escenario previo a la pandemia(5). Decimos que la OSC es desigual porque principalmente estas actividades recaen en los hogares y dentro de éstos, en las mujeres.

Estas desigualdades tienen como contraparte un acceso desigual al mundo del trabajo.

Indicadores	Mujeres	Varones	Brecha
Tasa de Actividad	49,50%	68,70%	19,8 pp
Tasa de Empleo	43,90%	62,00%	18,1 pp
Tasa de desocupación	11,20%	9,70%	(1,5) pp
Tasa de subocupación	13,70%	10%	(3,7) pp
Ingresos	$ 23.200	$ 31.000	-25%

Fuente: EPH -INDEC I Trim. 2020

Tal como se observa en el cuadro precedente, las mujeres tienen una tasa de actividad de casi 20 puntos porcentuales menor que los varones, lo que refleja una menor participación de las primeras en el mundo laboral. Asimismo, la tasa de empleo es 18 puntos porcentuales menor en el caso de las mujeres. Es importante señalar que esa brecha se manifiesta desde la juventud, acentuándose a lo largo de la vida de las mujeres.

Además, las mujeres registran mayores niveles de desocupación y subocupación, lo que significa que no solo enfrentan mayores dificultades para conseguir trabajo, sino también para trabajar una jornada completa.

Estas condiciones más desfavorables para las mujeres en cuanto al acceso al empleo y la permanencia en él se ven reflejadas en la brecha de ingresos: las mujeres perciben ingresos que, en promedio, son un 25% menores que los de los varones. Esto último se encuentra también vinculado a los fenómenos de segmentación.

Por un lado, las mujeres y LGBTI+ se insertan en trabajos menos valorados y peor remunerados, sobre todo en aquellos trabajos considerados extensión del trabajo doméstico y de cuidados (empleadas domésticas, educadoras, enfermeras), mientras que los varones son mayoría en sectores como el transporte, la industria o la construcción. Este fenómeno, que implica la existencia de un conjunto de actividades altamente feminizadas mientras que otras se encuentran fuertemente masculinizadas, se conoce como segmentación horizontal o "paredes de cristal". Por otro lado, la segmentación vertical o "techo de cristal" produce una escasa presencia de mujeres y LGBTI+ en los puestos de dirección y de toma de decisiones, ocupando los puestos de menor jerarquía.

A su vez, de acuerdo con un informe elaborado por la mencionada Dirección de Economía, igualdad y género(6), basándose en una encuesta llevada a cabo en el año 2012 a la población travesti/trans, "El 20% de las personas encuestadas declaró no realizar ninguna actividad por la que obtenga dinero. El 80% restante expresó dedicarse a actividades vinculadas a la prostitución y trabajos informales de precaria estabilidad. El dato de cobertura de salud refuerza un panorama de fragilidad: el 80% no tiene obra social, prepaga o plan estatal".

Estas cifras evidencian las dificultades a las que se enfrentan las mujeres y las personas travesti/trans en el ámbito laboral, tanto en la búsqueda de empleo como en la promoción en su carrera profesional y el acceso a puestos de decisión. Es por ello que resulta fundamental que la perspectiva de género sea incorporada en las políticas internas de las empresas.

Una mención aparte requiere el perfil educativo por género, ya que usualmente suele atribuirse como un factor explicativo de estas brechas los niveles educativos alcanzados tanto por mujeres como por varones. Los datos provistos por el INDEC al III Trimestre de 2019 indican que hay una diferencia porcentual de un punto favorable a los varones entre quienes tienen título secundario completo. Por su parte, un 35,2% de mujeres cuentan con título superior completo o incompleto, en tanto que en los varones el porcentaje es de 30,7%(7). De esta manera, queda derribado el mito de que las mujeres están menos preparadas, en términos educativos, para acceder, permanecer y promover en el ámbito laboral que sus pares varones.

El mercado de capitales

Cada vez más compañías en el mundo reportan indicadores relacionados a cuestiones de género. La existencia de más información disponible se debe a que quienes invierten exigen cada vez más conocimiento de las empresas en las que invierten, como así también a los esfuerzos de los organismos reguladores por propiciar mayor transparencia y contar con información que permita diseñar políticas que tiendan a disminuir desigualdades.

De acuerdo con un informe de Refinitiv(8) sobre brechas de género a nivel internacional en puestos de liderazgo de compañías en 2017 se incrementó en un 6% la cantidad de empresas que divulgaban el número de mujeres en cargos ejecutivos y en un 3% aquellas que hacían lo propio con la cantidad de trabajadoras mujeres respecto de 2013. El mismo informe muestra que en 2017, el total de mujeres en cargos de liderazgo fue de 18,07% (directoras), 13,35% en alta decisión ("executives") y 26,41% en decisión media ("managers"). En tanto que las trabajadoras mujeres son casi el 35%. El sector Bancos y Servicios Financieros, ocupa el quinto lugar entre los sectores que más mujeres tienen como parte del personal, con el 49,4%. Pero al observar el porcentaje de mujeres en sus directorios, este es de 19,1%. Si bien la participación viene aumentando respecto de 2013, aún la brecha es muy grande.

En lo que respecta al caso argentino, y al MDC en particular, en los últimos años se han incrementado los esfuerzos por generar información desagregada por género que permita conocer el estado de situación de toda la cadena de valor.

La CNV, desde el año 2017, realiza informes anuales que dan cuenta de la situación de las mujeres en el sector. De acuerdo con los datos relevados por CNV sobre conformación de directorios en la oferta pública de la CNV, en el año 2019, de 252 empresas con oferta pública de sus valores negociables, sólo el 50,4% tenía alguna directora mujer. A su vez, del total de puestos en directorios, sólo el 11,4% está ocupado por mujeres. Las empresas abiertas (emisoras de acciones) son las que menos mujeres tienen en sus órganos de administración. Las siguen las empresas que emiten obligaciones negociables. Las Pymes por su parte, son las que cuentan con mayor cantidad de mujeres en sus directorios.

En cuanto a las personas idóneas inscriptas en el Registro de Idóneos de CNV(9), el 40% son mujeres(10), en tanto que de acuerdo con datos provistos por Caja de Valores S.A., sólo el 30% de las personas accionistas de las empresas cotizantes son mujeres.

El Código de Gobierno Societario

En nuestro país, el Código de Gobierno Societario de la CNV(11), entre sus lineamientos para un buen gobierno corporativo recomienda, a las sociedades que hagan oferta pública de sus valores negociables, propiciar la composición de un Directorio diverso, estableciendo un criterio de diversidad amplio relativo al género, origen geográfico, edad, perfil étnico y experiencia profesional.

En lo que respecta a disposiciones específicas sobre diversidad de género, el principio IX del apartado c) "Composición, nominación y sucesión del directorio" especifica que: "El Directorio deberá contar con niveles adecuados de independencia y diversidad que le permitan tomar decisiones en pos del mejor interés de la compañía, evitando el pensamiento de grupo y la toma de decisiones por individuos o grupos dominantes dentro del Directorio." Asimismo, la práctica 13 establece que la diversidad de género resulta de especial relevancia, no solo considerando la composición del Directorio sino la equidad en la remuneración de sus miembros. También recomienda el acceso de las mujeres a los puestos de liderazgo.

Por su parte, Bolsas y Mercados Argentinos S.A. cuenta con un Panel de Gobierno Corporativo(12) en el que se encuentran listadas aquellas sociedades dispuestas a adoptar voluntariamente buenas prácticas de gobierno corporativo, adicionales a las que surgen de la normativa exigida por la CNV. Entre estos requisitos se encuentra la composición de un órgano de administración con diversidad de género.

3. Iniciativas de otros organismos.

La elaboración de guías y lineamientos de recomendaciones y buenas prácticas en relación a la temática de género se ha incrementado y hay diversas experiencias que ya han sido promocionadas por otros organismos de contralor.

Los lineamientos para la igualdad de género en las empresas y sociedades del Estado aprobados por medio de la Decisión Administrativa N° 1744/2020(13) son un ejemplo de ello. Sus principios rectores toman como fundamento los derechos humanos reconocidos a nivel internacional y, conforme surge del texto, constituyen un conjunto de buenas prácticas destinadas a la gestión de las empresas y sociedades con participación estatal. Su principal objetivo consiste en compendiar las expectativas que el Estado tiene en relación con la organización de las entidades para promover la transversalidad de la perspectiva de género. Estos principios consisten en orientaciones para lograr estándares de igualdad de género en dichas empresas y, entre ellos, se encuentran la igualdad de trato y oportunidades, la no discriminación por motivos de género y la prevención y erradicación de la violencia por motivos de género.

Recomiendan, entre otras cosas, crear áreas específicas de género, adoptar medidas que promuevan la corresponsabilidad(14) en los trabajos de cuidado y la adopción de políticas de promoción para la inclusión de mujeres y LGBTI+.

Por su parte, el Banco Central de la República Argentina, mediante la Comunicación "A" 7100/2020(15) incorporó este año en sus Lineamientos para el gobierno societario en entidades financieras, distintas recomendaciones relativas a la paridad de género y la gestión con equidad de género, entre otras, para que las entidades financieras adopten distintas medidas que promuevan la igualdad de género hacia adentro de sus organizaciones.

Por otro lado, la Inspección General de Justicia, en agosto de 2020, aprobó la Resolución General N° 34/2020(16) que establece la composición de los órganos de administración y fiscalización de determinadas sociedades con la misma cantidad de miembros masculinos y femeninos, estableciendo un mínimo de un tercio de miembros femeninos.

4. Autodiagnóstico. Encuesta voluntaria CNV.

Realizar una evaluación previa es la manera más eficiente de comprender el estado de situación respecto de las desiguales condiciones a las que pueden estar expuestas las mujeres y LGBTI+ dentro de las empresas en la órbita de competencia de la CNV.

Con esta primera evaluación lo que se busca es identificar las brechas y desigualdades dentro de la compañía, así como también conocer las prácticas que contribuyen a que dichas inequidades se sostengan y reproduzcan. Por otra parte, las herramientas de autodiagnóstico son importantes para reconocer y evaluar los avances e identificar las prácticas que favorecen la igualdad dentro de la empresa.

Este autodiagnóstico debe realizarse abarcando todas las áreas de la empresa para detectar dónde se pueden estar generando discriminaciones. El objetivo es evaluar temas tales como la política de licencias, el abordaje de la violencia, el equilibrio entre vida laboral y personal, la participación de mujeres y LGBTI+ en los distintos niveles y puestos de trabajo, el tratamiento que le da el área de recursos humanos a las contrataciones, la forma en que procede según esté tratando con un género u otro, así como también el nivel de formación y compromiso con la temática por parte del directorio y todo lo relacionado con las

temáticas que se mencionan en los puntos de la presente guía.

La encuesta voluntaria sobre perspectiva de género en el mercado de capitales, que fue elaborada por la CNV para las entidades reguladas en el marco de su competencia, constituye un instrumento de autodiagnóstico con el cual comenzar a identificar el estado de situación hacia adentro de las sociedades. En relación con la encuesta, es importante aclarar que ella es de carácter voluntario y se completa a través de la carga de un formulario disponible en la Autopista de la Información Financiera (AIF). Asimismo, los datos individuales recabados en ella no serán divulgados a los mercados ni a las personas inversoras, sino que serán evaluados por la CNV para el diseño de políticas públicas dentro de su competencia y para la elaboración de estadísticas globales que posteriormente podrán ser difundidas.

Segunda parte. Recomendaciones para la igualdad de género en el mercado de capitales argentino

Con el objetivo de guiar a las empresas en la aplicación de la perspectiva de género, la CNV, como organismo de contralor del mercado de capitales argentino en conjunto con el MMGYD, organismo rector a nivel nacional en materia de políticas públicas de género, igualdad y diversidad, promueven una serie de recomendaciones a tener en cuenta en la actividad diaria de las sociedades.

1. Valores de la Compañía: promoción de la diversidad y el compromiso institucional con la igualdad de género.

La implementación de las recomendaciones desarrolladas en esta guía demuestra el compromiso de la sociedad o empresa en relación con la promoción de la igualdad de oportunidades con perspectiva de género. La inclusión de la promoción de la igualdad de género y el respeto por la diversidad en los valores de la compañía o en el Código de Ética es una manera de dotar de formalidad a este compromiso, incorporando esta visión de igualdad a la cultura interna de cada espacio de trabajo.

Puede reforzarse este compromiso también a través de la incorporación de la perspectiva de género en la cotidianeidad de la empresa, como pueden ser recordatorios de fechas importantes y divulgación de información relacionada, así como también en los discursos que emiten quienes ocupan espacios de decisión y liderazgo.

2. Creación y fortalecimiento de un área de género.

Uno de los pasos fundamentales para abordar las desigualdades de género es que las empresas cuenten con un área especializada en cuestiones de género, diversidad y violencia y acoso por motivos de género, que puede funcionar en el área de recursos humanos o de manera transversal como un comité o una mesa de trabajo.

Dicha área debe contar con personal con conocimientos comprobables en la temática de género, diversidad y violencias de género. La misma puede diseñar un plan de acción que se centre en la promoción de la igualdad y diversidad y en la prevención de la violencia y acoso en el espacio laboral, así como impulsar capacitaciones o talleres en género y diversidad. Esto permitirá centralizar todo lo relativo a estos temas, así como también llevar un registro sobre las capacitaciones o talleres realizados, las consultas recibidas, y monitorear el progreso en la materia.

Asimismo, esta área puede constituir un espacio donde mujeres y LGBTI+ puedan acudir en caso de conflictos o violencias, lo que dará lugar a un mejor monitoreo del ambiente laboral y una respuesta o intervención adecuadas.

3. Inclusión y participación laboral. Contratación y selección de personal. Carrera profesional. El área de recursos humanos y su rol fundamental. Las búsquedas internas. Liderazgo y visibilización. El techo de cristal y las mujeres en los Directorios. Brecha salarial.

Adoptar políticas de promoción para la inclusión de mujeres y LGBTI+, implica adecuar la organización empresarial con el objetivo de eliminar las desigualdades de género en las diferentes instancias de la experiencia laboral. Lo anterior implica incorporar la perspectiva de género desde las instancias de reclutamiento y selección hasta la comunicación interna de la empresa, promoviendo la participación de mujeres y LGBTI+ en posiciones de liderazgo y de toma de decisiones y, en general, promover la diversidad de género en todas las áreas de la empresa, reducir la brecha salarial por motivos de género, entre las más importantes.

Contratación y selección de personal

En relación con la contratación de personal resulta fundamental aplicar técnicas de búsqueda y selección libres de estereotipos que garanticen la igualdad de oportunidades y prevengan la discriminación.

En primer lugar, si las búsquedas se realizan a través de publicaciones en redes sociales o en sitios especializados, es importante que no contengan especificaciones que perpetúen estereotipos de género. Las descripciones de puesto no deben apuntar a un

género y/o perfil físico en particular toda vez que así lo establece la prohibición de discriminar del artículo 17 de la Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo. Se recomienda que estén redactadas en lenguaje neutro y/o inclusivo y, a su vez, que a los fines de postular se requiera a las personas candidatas la presentación de un curriculum vitae estandarizado que no contenga especificidades respecto de la edad o el aspecto físico(17). Se desaconseja especialmente la solicitud de fotos.

Por otra parte, a los fines de promover la inclusión, se pueden incorporar en las búsquedas apartados que promuevan la diversidad de género en puestos o áreas en las que la distribución por género no se encuentre equilibrada.

Para la instancia de entrevistas, se recomienda que el personal a cargo reciba capacitación en temáticas de género. A su vez, es necesario diseñar protocolos que garanticen la igualdad de trato y oportunidades evitando indagar en la vida de las personas postulantes en relación al estado civil, maternidad/paternidad, responsabilidades familiares y planificación futura, y cualquier otra cuestión que sea discriminatoria o estigmatizante. Además, se recomienda que los equipos de entrevistas que intervengan en todas las etapas cuenten con una composición diversa en términos de género.

Carrera profesional

Con respecto a la carrera profesional de mujeres y LGBTI+, aún persisten muchos obstáculos y barreras que entorpecen su promoción, como lo demuestra el hecho de que acceden en mucha menor medida a los puestos gerenciales y de dirección de las empresas.

Actualmente, a través de iniciativas de organismos reguladores y organizaciones privadas, se está incentivando y promoviendo una mayor incorporación de mujeres y LGBTI+ en áreas de la economía donde estas personas se encuentran subrepresentadas. Para que su incorporación se dé de manera orgánica, es necesario que vaya acompañada de políticas de sensibilización, concientización y capacitación en cuestiones de igualdad de género, diversidad y violencia en los espacios de trabajo. Especialmente, deben llevarse a cabo estas tareas en el área de recursos humanos puesto que participa de los procesos de selección y contratación del personal. A su vez, resulta fundamental que las personas que ocupan puestos gerenciales y altos mandos estén capacitadas en estas temáticas ya que, al tener personal a cargo, recae sobre ellas una mayor responsabilidad.

En los siguientes párrafos se ahondará en lo que refiere al desarrollo y crecimiento en la carrera profesional de mujeres y LGBTI+ en el ámbito de la empresa con la idea de crear las condiciones necesarias para generar un espacio laboral ameno en el que las personas deseen estar, puedan desarrollarse y, además, evitar la fuga de talentos.

El área de recursos humanos y su rol fundamental

Lo primero a tener en cuenta es lo relativo al papel que cumple el área de recursos humanos de cada compañía. Debido a su función específica, es el área que participa activamente en todas las etapas de la vida laboral del personal, desde la contratación hasta la desvinculación. Es por esta razón que también puede ser protagonista de la implementación de una política con perspectiva de género.

Esta área suele tener intervención en la generación de buenos climas laborales por lo que puede cumplir un papel fundamental a la hora de promover un cambio en la cultura empresarial. La promoción de una política basada en la igualdad de género puede comenzar a darse en el momento mismo en que ingresan personas nuevas a la compañía incorporando la temática de género en la inducción.

A su vez, al estar a cargo de la comunicación entre la empresa y su personal, puede generar espacios de diálogo donde las mujeres y LGBTI+ puedan expresar libremente sus vivencias en el ámbito del trabajo. Esto permitiría que en casos en los que se presenten conflictos y existan protocolos adecuados, se puedan lograr soluciones eficaces.

Con la idea de que el área de recursos humanos pueda cumplir sus funciones con un enfoque de género y diversidad, es imprescindible que el personal que integra el área reciba capacitación en las temáticas. No solo para hacer su trabajo cotidiano, sino también para replicar estos conocimientos hacia adentro de la empresa.

Las búsquedas internas

En relación con la publicación de las búsquedas, es fundamental que no se asigne un género determinado al puesto que se busca cubrir ni al área que se busca completar. Por ello es importante prestar especial atención al lenguaje utilizado, tanto en los anuncios publicados como el que se usará en las entrevistas y demás etapas de la selección. Estas pautas son las mismas que deben aplicarse en las búsquedas de personal que se hacen hacia afuera de la organización.

De la misma forma que se recomienda no asignar un género determinado a un puesto, no es recomendable relacionar un determinado género con una modalidad de trabajo determinada. Un ejemplo de esto

puede ser que cuando un trabajo requiera realizar muchos traslados, no debe presumirse que una mujer no podría hacerlo por las responsabilidades de cuidado que pudiesen recaer sobre ella en su familia.

Del mismo modo, a los fines de igualar las oportunidades de personas que tienen a su cargo una cantidad muy elevada de trabajo de cuidado, se recomienda adoptar modalidades de trabajo que promuevan su inclusión y permanencia en los puestos tales como el teletrabajo o el horario flexible. Es importante destacar que la implementación de estas modalidades tiene que encontrarse atada a una política de profunda corresponsabilidad en los trabajos de cuidado en el ámbito del hogar, siendo orientadas hacia todas las personas trabajadoras de la empresa, para que no constituya un factor que profundice la desigualdad de género al interior de esta.

Promover la perspectiva de corresponsabilidad en el trabajo de cuidados, promoviendo que los varones asuman dichas tareas y reduciendo así la feminización que históricamente presentan, constituye una herramienta adicional pero central para reducir las desigualdades de género en lo que respecta a las posibilidades de desarrollo profesional.

Mencionamos que no se debería asignar un puesto, un área o una modalidad de trabajo a un género en particular, sin embargo, si lo que buscamos es lograr una paridad de género en las distintas áreas de las compañías, se puede implementar una suerte de medida afirmativa y orientar intencionalmente las búsquedas laborales a géneros que se encuentran subrepresentados.

En vinculación con lo anterior, se recomienda brindar una oferta de formación interna o capacitación laboral, que facilite a las mujeres y LGBTI+ el acceso a puestos de trabajo donde se encuentren subrepresentadas. Observamos que pueden haber puestos que suelen estar destinados a varones y que por esa razón existe una tendencia a compartir los aprendizajes y experiencias adquiridas mayormente entre ellos mismos, especialmente aquellos puestos de mayor responsabilidad y remuneración.

Liderazgo y visibilización

Vivir en una sociedad patriarcal implica que las percepciones de las personas y relaciones interpersonales se encuentran marcadas por roles y estereotipos de género. Estos factores suelen estar divididos dicotómicamente. Por ejemplo, culturalmente asignamos la objetividad a los varones y la subjetividad a las mujeres, lo racional a los varones y lo emocional a las mujeres.

Cuando se evalúa qué persona debe ocupar un puesto jerárquico suele tenerse en cuenta la objetividad, el carácter y la frialdad como valores agregados y, como se suele vincular estos aspectos con los varones, las mujeres quedan excluidas de puestos de liderazgo porque priman los estereotipos.

Nos encontramos en un momento en el que los estereotipos de género están siendo fuertemente cuestionados y las dicotomías se encuentran en crisis, lo que está dando lugar a la promoción de nuevos liderazgos. Sin embargo, todavía queda mucho por hacer. No existen reglamentaciones de paridad para las estructuras de las organizaciones y, aunque las hubiera, es muy importante generar un cambio cultural vinculado a las cuestiones de género.

Una manera de dar lugar a este cambio es hacer el ejercicio de cuestionar y dejar de lado los estereotipos y otorgar lugares de decisión a mujeres y LGBTI+. Visibilizar estos liderazgos, ya sea en equipos de trabajo, mesas de diálogos, comités o gerencias, genera un cambio en las percepciones, promueve un ambiente diverso e inspira a otras empresas y personas a seguir ese camino. Abrir estos lugares de liderazgos, además, permite dar lugar a que otras personas ocupen espacios tradicionalmente masculinizados.

Otro punto relevante en este apartado es el relativo a los espacios informales de toma de decisiones. En estas instancias fuera del espacio y horario laboral (tales como asados, partidos de fútbol o reuniones sociales de cualquier tipo) suelen darse conversaciones que atañen a todo el equipo y generalmente las mujeres quedan excluidas de lo allí resuelto. Es por esta razón que se recomienda desincentivar la toma de decisiones en el ámbito informal para garantizar que todas las personas que integran los equipos participen de las cuestiones que les competen.

El techo de cristal y las mujeres en los Directorios

Existe toda una variedad de obstáculos a los que se enfrentan las mujeres y las diversidades en el ámbito laboral, lo que se verifica en su escasa participación en los directorios de las compañías.

Estos impedimentos, que son muy difíciles de visibilizar pero que repercuten directamente en la carrera profesional, están estrechamente vinculados a los estereotipos de género, a los prejuicios y a los roles tradicionalmente asignados. Estos preconceptos no tienen que ver únicamente con la maternidad, ya que en muchos casos las mujeres que no son madres o las que siéndolo tienen la capacidad de tercerizar los trabajos de cuidado, quedan excluidas de los puestos de dirección. El concepto de segregación vertical o "techo de cristal" da cuenta de los obstáculos a los que

mujeres y LGBTI+ enfrentan para poder ocupar puestos jerárquicos en su carrera profesional.

Si bien, como ya mencionamos, el CGS establece una recomendación en relación con la diversidad en la composición de los directorios, se recomienda incorporar personas de géneros distintos ya que esto promueve una cultura empresarial basada en la igualdad de oportunidades y demuestra un fuerte compromiso de la compañía con la igualdad de género. Adoptada esta recomendación, el respeto por la diversidad puede generar un efecto contagio hacia el resto de la estructura de la sociedad.

Los cambios en esta dimensión distan de ser espontáneos, siendo generalmente producto de definiciones y compromisos adoptados en los espacios de decisión de las empresas. En ese sentido, se recomienda la adopción de objetivos concretos en términos de participación. Una forma de abordar lo anterior es fijarse metas de incrementos en la participación para un determinado periodo de tiempo, o la implementación progresiva a través de metas intermedias, adoptando determinado porcentaje como piso transitorio en torno a avanzar hacia una paridad efectiva en los espacios laborales de toma de decisiones.

Brecha salarial

Las condiciones más desfavorables para las mujeres en cuanto al acceso al empleo y la permanencia en él se ven reflejadas en la brecha de ingresos entre los géneros. Como mencionamos previamente, las mujeres y LGBTI+ se insertan en actividades menos valoradas económicamente, generalmente asociadas a trabajos de cuidado y estereotipos de género.

Por una parte, estos fenómenos suelen replicarse al interior de las empresas, donde los puestos asociados a trabajos de cuidado son ocupados principalmente por mujeres y LGBTI+. Por otra parte, como ya mencionamos, las mujeres y LGBTI+ enfrentan el llamado "techo de cristal", que implica una escasa presencia en puestos jerárquicos y de dirección.

Esta dificultad para distribuir socialmente los trabajos de cuidado, así como los fenómenos de segmentación horizontal y vertical, atentan contra el desarrollo profesional de mujeres y LGBTI+, reflejándose en las brechas de ingresos provenientes del trabajo remunerado.

En ese sentido, se sugieren las siguientes recomendaciones:

- Relevamientos sobre remuneraciones promedio de las personas empleadas por género y jerarquía ocupacional a fin de identificar la existencia de brechas de ingresos al interior de la empresa, dónde se generan y cuáles son sus causas.

- Cumplimiento de igual remuneración por trabajo de igual valor, entendidos estos por trabajos similares o idénticos.

- Relevamientos sobre la existencia de segmentación horizontal al interior de la empresa, en relación con la existencia de áreas y tareas con escasa diversidad de género vinculada a los estereotipos de género.

- Las políticas de licencias y de organización de las tareas de cuidado, no deben atentar contra la estabilidad y proyección de la carrera profesional de las personas empleadas en la empresa. En esa dirección, las mencionadas modalidades de teletrabajo y el horario flexible brindan alternativas a las personas que tienen una importante carga de trabajo de cuidados. No obstante, es fundamental para no lograr el efecto contrario al buscado, que el desarrollo de estas modalidades sea para todo el personal, en el marco de promoción de una política profunda de corresponsabilidad en el trabajo de cuidado.

4. Política de cuidados y licencias. Corresponsabilidad en el trabajo de cuidados. Otras propuestas para la promoción de la corresponsabilidad. Infraestructura de cuidados.

Los datos presentados en el apartado "brechas de género en el mundo del trabajo" revelan que, si bien hace décadas que las mujeres están incorporándose paulatinamente al mercado laboral, no sucede lo mismo en cuanto a la participación de los varones en el trabajo doméstico y de cuidados. Si bien, en los últimos años se observa que los varones están asumiendo mayores responsabilidades en estas tareas (sobre todo en las edades más jóvenes y en los estratos medios) las desigualdades son visibles y en muchos casos no hay aprovechamiento de políticas y beneficios provistos por las empresas -cuando existen- por lo que resulta indispensable que la cultura organizacional propicie, con políticas explícitas de concientización, la corresponsabilidad en el ámbito doméstico por parte de los varones.

Si bien la Ley de Contrato de Trabajo incluye la protección a la maternidad, en muchas ocasiones refuerza y reproduce estereotipos de género. Por lo tanto, aunque la normativa pareciera ser neutral al género, un análisis desde esta perspectiva visibiliza las consecuencias desiguales de su aplicación entre los géneros y los efectos discriminatorios que puede tener. Si bien no es responsabilidad de las empresas modificar la normativa vigente, se pueden generar políticas y prácticas organizacionales superadoras que permitan

compensar y transformar los efectos adversos de la legislación vigente.

Licencias

En lo que respecta a las licencias, presentamos a continuación aquello que se deduce de la legislación vigente y algunas propuestas que podrían considerarse para mejorar la igualdad en este sentido. Algunas de las propuestas ya han sido implementadas en empresas, en el ámbito provincial o en legislaciones de otros países.

Aclaramos que, si bien la normativa refiere a "madre", "maternidad" o "personal femenino" sugerimos su interpretación incorporando una perspectiva que considere a LGBTI+. Por ello hemos incorporado los términos "persona gestante" y "persona no gestante" para contemplar todas las formas posibles de conformaciones familiares.

Tipo de licencia	**Licencias - Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo**	**Propuestas para mejorar las prácticas empresariales más allá de la legislación**
Licencia para personas gestantes	El personal femenino tiene prohibido trabajar durante 45 días anteriores al parto y hasta 45 días después del mismo. Tiene la opción de reducir la licencia anterior hasta 30 días y completarla luego del parto. (art. 177).	- Jornada reducida durante un período posterior a la licencia reglamentaria o la opción de reincorporación paulatina al trabajo para la persona gestante, ambas opciones con goce de salario completo.
		- Extensión de licencias cuando se tiene más de un hijo o hija (por hijo o hija adicional).
		- Licencia para las personas que recurren a técnicas de reproducción médicamente asistida.
	La madre tiene la posibilidad de extender su licencia por un período de 3 a 6 meses, sin goce de sueldo (art 183).	- Hacer extensiva la licencia para personas gestantes.
		- Contemplar la excedencia en casos de adopción.
Licencia para persona no gestante	Dos días corridos para el progenitor varón (art. 158).	- Extender los días de licencia a las personas no gestantes.
		- Exigir a las personas no gestantes que hagan uso de la licencia extendida.
		- Ampliar licencia para casos de adopción.
Licencia por hijo o hija con discapacidad	Seis meses posteriores a la licencia por maternidad, sin goce de sueldo, en caso de hijo o hija con Síndrome de Down (Ley N° 24.716 de Licencia especial por nacimiento de un hijo con Síndrome de Down). Aplica solo a la trabajadora mujer.	- Extender la licencia a todos los casos o tipos de discapacidad (CCT).
		- Como la licencia es sin goce de sueldo, adoptar política de remuneración mínima.
		- Inclusión de la licencia para la persona no gestante.
Lactancia	Dos descansos de media hora para amamantar durante la jornada de trabajo, y por un período no superior a un 1 año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que, por razones médicas, sea necesario que la madre amamante por un lapso más prolongado (art. 179).	- Aumentar la extensión de los descansos.
		- Extender el beneficio a más de 1 año de vida del niño o niña sin necesidad de alegar razones médicas, teniendo en cuenta la recomendación de la Ley N° 26.873 de Promoción de la lactancia materna que promueve la lactancia hasta los 2 años de vida.
		- Permitir que la persona pueda elegir los horarios de descanso (incluso la posibilidad de entrar más tarde o terminar antes la jornada laboral).

Resulta necesario definir un conjunto de políticas y prácticas organizacionales que eviten reproducir los roles y estereotipos de género y que tiendan a distribuir más igualitariamente los trabajos de cuidados.

Los ámbitos empresariales son espacios de gran relevancia para transformar estas desigualdades. Para ello resulta fundamental transformar su cultura organizacional y educar y sensibilizar para que efectivamente se vayan modificando las prácticas reproductoras de desigualdades. Esto significa adoptar una política activa para promover la corresponsabilidad de tareas y para evitar que ello modifique o incida desfavorablemente en la carrera laboral. En ese sentido, la empresa debe asegurar que el personal no pierda su nivel, posición y/o antigüedad derivado de lapsos en los que se tenga que ausentar por uso de licencias.

Otras propuestas para la promoción de la corresponsabilidad

Además de las propuestas de ampliación de los derechos que la normativa argentina prevé, mencionamos a continuación otras propuestas para promover la corresponsabilidad de los trabajos de cuidados:

- Licencias parentales: son aquellas que no están asociadas con el nacimiento, sino con la crianza. En algunos países del norte de Europa existen licencias de hasta dos años de duración que pueden tomar alternativamente las personas gestantes y no gestantes conjuntamente con estrategias para que efectivamente se cumpla la alternancia.

- Teletrabajo: la Ley N° 27.555 de Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo establece la posibilidad de incorporar al personal en la modalidad de teletrabajo. Se recomienda el estricto respeto de la jornada laboral, puesto que puede interferir con el trabajo de cuidados y la vida personal. Asimismo, se recomienda que el uso de esta modalidad se instituya como política de la empresa para determinados puestos, ya que de ese modo el personal bajo esa modalidad no será excluido de la carrera profesional dentro de la empresa. También se recomienda el respeto por el artículo 9 de la ley en lo que se refiere a provisión de los elementos de trabajo, evitando así la reproducción de desigualdades estructurales entre el personal o las personas aspirantes. En relación con los cuidados, el régimen de teletrabajo contempla la posibilidad de que las personas trabajadoras tengan personas a su cuidado (menores de 13 años, personas con discapacidad, personas mayores). En estos casos establece el derecho a tener horarios laborales compatibles con estas tareas y el derecho a interrumpir la jornada de ser necesario. En protección de este derecho, la ley caracteriza la represalia u obstaculización del empleador como un acto discriminatorio pasible de responsabilidad penal. (art. 6)

- Flexibilidad de horarios: se recomienda que esta modalidad sea instituida como política de empleo, es decir que sea accesible a todo el personal bajo ciertas condiciones objetivas, como el caso de tener personas a cargo, de estar cursando estudios u otros. También se recomienda que se tengan en cuenta las cuestiones planteadas en torno a la corresponsabilidad de los trabajos de cuidados para evitar que la flexibilidad horaria profundice la distribución desigual del trabajo de cuidados, ni que se convierta en obstáculo para la carrera profesional.

Infraestructura de cuidados

La infraestructura disponible para el trabajo puede ser motivo de desigualdades si no incorpora la perspectiva de género. Como destacamos en puntos precedentes, la corresponsabilidad de los trabajos de cuidados es un elemento importante para lograr la igualdad de oportunidades.

A continuación, presentamos una serie de recomendaciones que colaboran en generar un espacio de trabajo más inclusivo respecto al género:

- Lactarios: La Ley de Contrato de Trabajo establece que las trabajadoras deben gozar de al menos dos descansos de media hora cada uno en el período de lactancia. Legalmente, estos descansos son adicionales a los que pueda gozar en períodos ordinarios, y no deben afectar la remuneración de la trabajadora. La Ley N° 26.873 de Promoción de la lactancia materna enfatiza la importancia de contar con espacios habilitados al efecto en los lugares de trabajo.

- Jardines materno-parentales(18): La Ley de Contrato de Trabajo establece la obligación de contar con salas maternales y guarderías para hijos e hijas de hasta 6 años, según el mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación. Adicionalmente, se prevé el reintegro optativo por gastos de guardería, para varones y mujeres. En ese sentido, en caso de que la empresa no cuente con esta infraestructura, abonar un plus para solventar los gastos por jardines materno-parentales, para personas gestantes y no gestantes, constituye una práctica tanto para la igualdad de género como para garantizar el derecho de los menores al cuidado.

5. Abordaje y prevención de la violencia y acoso con motivos de género.

El abordaje de la violencia en las empresas resulta de especial atención toda vez que en estos espacios suelen naturalizarse distintas formas de discrimina-

ción, prejuicios y violencias. Resulta particularmente traumático para las personas afectadas solicitar ayuda cuando no se cuenta con personal capacitado ni con instrumentos específicos que aborden la temática. Muchas veces, las víctimas no hablan por miedo a las consecuencias que puede acarrear una denuncia y las represalias que pueden llegar a recibir.

Según los datos recabados por la Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral (OAVL) respecto de las consultas recibidas,se desprende que "el 62% de las consultantes son mujeres, mientras que el 38% restante fueron realizadas por varones. De las mujeres que refieren haber tenido situaciones de violencia laboral, el 86% padeció violencia psicológica en el ámbito laboral, mientras que el 8% refirió haber sufrido violencia sexual y el 6% violencia física"(19).

Por otro lado, una encuesta realizada por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA)(20) respecto del acoso laboral que sufren tanto las mujeres como LGBTI+ demuestra que el 77% de las personas entrevistadas estuvieron expuestas a comentarios inapropiados sobre el cuerpo y/o la vestimenta y el 88% expresó haber recibido comentarios machistas, sexistas y/o discriminatorios. Asimismo, el 52% de las mujeres entrevistadas manifestó haber sido excluida de reuniones laborales o sociales que eran importantes para su objetivo laboral y el 68% manifestó que sus opiniones profesionales fueron denigradas o ignoradas; este porcentaje se eleva al 79% en el caso de las personas descendientes de pueblos indígenas o afrodescendientes. Finalmente, el 69% expresó haber recibido un trato diferencial respecto de sus compañeros varones, de acuerdo con la encuesta este número se eleva al 77% en el caso de las personas descendientes de pueblos indígenas o afrodescendientes.

La Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres define a la violencia laboral como una modalidad de violencia 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 tests 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." (art. 6, inc. c).

El abordaje de las violencias debe hacerse teniendo en cuenta las formas de manifestación más invisibilizadas o naturalizadas hasta las más visibles. La Ley de Protección Integral a las Mujeres señala diferentes tipos de violencia, los cuales pueden acaecer en el ámbito laboral (art. 5). Por ello es importante brindar sensibilizaciones y capacitaciones en temáticas de género y realizar campañas y difusión de información.

Por otra parte, como mencionamos antes, la Argentina se encuentra suscrita al Convenio 190 y Recomendación 206 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que reconocen el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, afirmando que estas problemáticas son formas de violación a los derechos humanos, con especial gravedad cuando se produce por razones de género.

Asimismo, establece que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades, afectando en particular a mujeres y LGBTI+, tanto en su acceso y permanencia al mercado de trabajo como en su progreso profesional. A nivel individual, la violencia y el acoso generan enormes daños sobre la salud psicofísica de las personas, ocasionando un impacto negativo en sus familias y en su entorno social, mientras que, al nivel de las empresas, afectan negativamente a la organización del trabajo, las relaciones en el lugar de trabajo, el compromiso del personal, la reputación de las empresas y la productividad, produciendo pérdidas monetarias, de talento y daños económicos y sociales.

A los fines de dar respuesta a situaciones de violencia que puedan llegar a ocurrir en el ámbito laboral es fundamental contar con personal capacitado para el tratamiento de los casos. Asimismo, se recomienda especialmente la adopción de protocolos internos específicos para el abordaje de la violencia de género que consten de principios rectores que regulen la forma de atención, escucha, contexto y procedimiento ante casos de violencia.

Adicionalmente, se recomienda generar un registro o estadísticas sobre situaciones de violencia laboral en el ámbito de la empresa, a fin de contar con herramientas de utilidad para el monitoreo y la prevención de situaciones futuras de violencia de género.

Por último, se recomienda avanzar en la incorporación de la Licencia Especial por Violencia de Género. Actualmente este tipo de licencia se encuentra vigente para las personas trabajadoras de la Administración Pública Nacional, así como en diversas provincias y municipios. Por su parte, si bien en la legislación nacional aún no se encuentran reguladas las licencias por violencia de género para las personas trabajadoras en relación de dependencia, diversas empresas del ámbito privado han avanzado en incorporarlas. La importancia de estas licencias con pleno goce de haberes, que pueden ser solicitadas por mu-

jeres y LGBTI+, radica en brindar un acompañamiento a quien sufra violencia intrafamiliar y/o doméstica, de modo de evitar que la persona que se encuentra atravesado una situación de violencia ponga en riesgo su fuente de ingreso al buscar protegerse.

6. Capacitación y sensibilización en perspectiva de género. Masculinidades.

Trabajar para eliminar la violencia de género requiere del compromiso de toda la estructura organizacional, por eso se recomienda capacitar, sensibilizar y concientizar a todo el personal con relación a las cuestiones de género desde una perspectiva interseccional.

En el ámbito público, la importancia de sensibilizar en esta temática está especificada en la Ley Micaela N° 27.499 de Capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, que establece la capacitación obligatoria para todas las personas que trabajan en el Estado. La ley, entre otras cosas, busca concientizar al personal para generar espacios libres de violencia. Ella hace referencia a los tres poderes del Estado, sin embargo, este tipo de iniciativa puede replicarse voluntariamente en el ámbito privado. Capacitar en este sentido beneficia la convivencia laboral, colabora en el cuestionamiento de estereotipos de género, permite una progresiva eliminación de la violencia de género y da lugar a espacios de trabajo respetuosos, más igualitarios y diversos.

La capacitación en estos temas cobra mayor importancia en los altos mandos y en el área de recursos humanos debido a que están a cargo de la gestión de personal, la asignación de tareas, las licencias, la selección de personal para integrar equipos o mesas de trabajo, el abordaje de los conflictos, entre otros, que son determinantes para las posibilidades de incorporación y/o promoción de mujeres y LGBTI+.

Se recomienda que las capacitaciones y talleres de sensibilización en cuestiones de género sean obligatorios para todo el personal y tengan una periodicidad tal que generen un espacio de reflexión y de diálogo constante. A su vez, es importante que incluyan la distribución de material de lectura y utilicen recursos tales como videos, música, publicidades, entre otros.

Asimismo, se recomienda que los talleres o encuentros destinados al personal jerárquico se realicen separados del personal de línea. De esta forma los encuentros atienden a las necesidades particulares de cada sector y generan un mayor clima de confianza.

Por otro lado, son buenas herramientas para sensibilizar la distribución de material sobre las cuestiones de género por correos electrónicos periódicos o la utilización de cartelería, así como también invitar a personas u organizaciones especializadas a brindar charlas o talleres.

Las espacios e instancias de capacitación y sensibilización al interior de la empresa son una oportunidad para abordar la cuestión de las masculinidades, a partir de visibilizar, revisar y cuestionar las prácticas de la masculinidad hegemónica y promover masculinidades sin violencias.

Masculinidades

La construcción del género de las personas está determinada por los parámetros sociales y culturales de un determinado momento histórico. Las personas, a lo largo de nuestras vidas, incorporamos roles de género y formas de ser mujeres y varones. La masculinidad alude a la construcción de la identidad del sujeto hegemónico de un sistema patriarcal: el varón heterosexual. La masculinidad es la forma en la que los varones construyen su identidad a través de la incorporación de una serie de atributos, funciones y valores que se consideran propios de ese género.

La masculinidad hegemónica es un conjunto de características que una sociedad patriarcal espera que los varones incorporen a través de su educación y sociabilización. Pero la trampa de la masculinidad radica en que ningún varón puede cumplir todos esos mandatos al 100%.

Los mandatos de masculinidad más comunes son:

- Ser fuerte, valiente y protector

- Ser proveedor

- Poseer una marcada virilidad y potencia sexual inagotable

- Ser procreador

- Ser heterosexual

Este tipo de masculinidad es una presión que recae sobre los varones de evidenciar que no son mujeres, homosexuales, infantes o personas adultas mayores. Por un lado, esto implica demostrar una superioridad respecto del resto de las personas. ¿Por qué esto es importante? Porque para demostrar superioridad muchas veces los varones ejercen violencia sobre otras personas. Por otro lado, decimos que los varones necesitan demostrar esto, pero ¿a quiénes deben demostrarlo? Necesitan demostrarlo a otros varones.

Los mandatos de la masculinidad hegemónica hoy han sido puestos en crisis toda vez que están siendo

cada vez más cuestionados y debatidos por los propios varones. Ello ha dado lugar a la construcción de lo que llamamos nuevas masculinidades.

La existencia de estos mandatos repercute también en los espacios de trabajo, teniendo como consecuencia el desarrollo de espacios de trabajo hostiles y discriminatorios para las mujeres y LGBTI+. Algunas expresiones de estos mandatos son los comentarios y los chistes sexistas y/o discriminatorios, las actitudes dominantes, la cosificación de las mujeres, entre otras.

Trabajar en la promoción de nuevas masculinidades hacia adentro de la empresa puede coadyuvar en la creación de ambientes laborales libres de discriminación. Cuestionar estos mandatos ayuda a eliminar las distintas expresiones de violencia de género generando un espacio de trabajo en donde predominen el respeto y la igualdad de oportunidades. A su vez, el trabajo de sensibilización puede derivar en una mayor participación de los varones en la corresponsabilidad de las tareas de cuidado.

7. Lenguaje y comunicación inclusiva y/o no sexista. Actividades y obsequios.

El lenguaje que utilizamos para hablar y la forma en que elegimos comunicar, resulta de especial relevancia a la hora de fomentar espacios de participación inclusivos. Por ello se recomienda prestar especial atención a la forma de dirigirse a las personas y las palabras que se utilizan para realizar comunicaciones tanto hacia adentro como hacia afuera de la empresa.

El lenguaje que usamos está estrechamente vinculado con la visión del mundo en el que vivimos. La utilización del masculino como genérico se incorpora junto con el aprendizaje de los usos del lenguaje y se corresponde con el androcentrismo de la sociedad: el varón como medida de todas las cosas. Sin embargo, no es cualquier varón, sino el varón blanco, heterosexual, cis, de mediana edad, con formación, y poder económico, cuya experiencia en el mundo se universaliza. Esta universalización de la masculinidad hegemónica es excluyente porque oculta la experiencia de muchas otras personas que no encajan en el estereotipo de varón universal. Esto ha generado dificultades en el reconocimiento de mujeres y LGBTI+ como sujetos plenos de derecho.

El lenguaje, "en tanto instrumento de transmisión y construcción de sentidos comunes, constituye una herramienta clave para visibilizar identidades, fortalecer la autonomía y garantizar los derechos. El uso del lenguaje no es neutral con relación a los géneros e identidades de género. Los cambios socioculturales de los últimos tiempos visibilizan estas cuestiones y ponen en tensión el uso del masculino como universal. En esta línea es necesario destacar que lo que el lenguaje no nombra, no existe. Por lo tanto, el hecho de usar el masculino singular en las comunicaciones, invisibiliza a mujeres y LGBTI+. El lenguaje no sexista, es aquel que no oculta, subordina, ni excluye la diversidad, sino que la visibiliza. Su uso tiene como objetivo promover la comunicación desde una perspectiva inclusiva e igualitaria. De esta forma permite visibilizar y desandar el sistema de jerarquías que la cultura ha establecido al usar el masculino como genérico universal." (Manual "Tejiendo Matria" elaborado por el MMGyD)

Incorporar la perspectiva de género en la comunicación institucional tanto hacia adentro, en las comunicaciones internas, como hacia afuera, en la publicidad de productos y en las búsquedas laborales colabora en visibilizar todas las identidades presentes.

Recomendamos la utilización de un lenguaje que sea inclusivo o neutro, evitando utilizar el masculino como genérico. A continuación, destacamos las siguientes estrategias a adoptar e incorporar paulatinamente:

- Utilizar formas neutras tales como "personas que trabajan" en vez de "trabajadores" o "personas a cargo de las gerencias" en vez de "gerentes";

- Utilizar carteles de señalización con lenguaje inclusivo (por ejemplo, para designar "gerencia" en lugar de "gerente", "dirección" en lugar de "director")

- Utilizar sustantivos colectivos tales como "la dirección", "el personal";

- Utilizar pares de femenino y masculino (desdoblamiento): ellas y ellos;

- Hablar de varones, mujeres y LGBTI+ o diversidades;

- No utilizar el masculino como genérico;

- Mencionar siempre a las mujeres y LGBTI+, incluso cuando formen parte de equipos con mayoría de varones;

- Reemplazar la -o- por la -e- o la -x- ejemplo: todos → todes/todxs;

- Evitar referirse a las mujeres con relación a sus vínculos con los varones: "la esposa de", "la hija de";

- Evitar referirse a las mujeres de manera infantilizante o peyorativa, como "las niñas", o "las chicas", o similares;

- Evitar todo tipo de comunicaciones que perpetúen estereotipos y/o roles de género: no utilizar expresiones como "las mujeres son todas hermosas", "ellas son más sensibles";

- Evitar aludir a un género cuando la situación no lo amerite;

- Evitar la utilización de estereotipos de género en las publicidades de sus productos: por ejemplo, las mujeres usan la tarjeta de crédito para comprar ropa, electrodomésticos, o alimentos, mientras que los varones la usan para pagar las vacaciones familiares;

- En las búsquedas laborales, usar lenguaje neutro que evite la referencia a un género determinado: "cargo de gerencia", en vez de "gerente". Evitar el uso del masculino como genérico: "abogado/a", "contador/a";

Para más información sobre utilización del lenguaje inclusivo recomendamos la Guía para una comunicación con perspectiva de género elaborada por el MMGyD.(21)

Actividades y obsequios

En relación con los regalos o premios, desaconsejamos hacer regalos sexuados, que perpetúen estereotipos de género o estigmaticen a ciertos grupos de personas, por ejemplo, flores o bombones a las mujeres y vinos o licores a los varones, o tratamientos estéticos o sesiones de spa para las mujeres y camisetas de fútbol para los varones. Los regalos o los premios deben ser iguales para todo el personal.

Por otro lado, respecto de las actividades extralaborales organizadas o avaladas por la empresa, se recomienda evitar realizar actividades, otorgar premios o regalos basándose en estereotipos. Promover que las actividades sean para todas las personas como por ejemplo convocar tanto a varones como mujeres y LGBTI+ a participar en los torneos de fútbol o cualquier otro deporte.

8. Política de negocios e inversiones.

En relación con la política de compras de la empresa, en las obras, bienes y servicios que se contraten, las empresas pueden contar con un esquema de proveedores que priorice o de preferencia a empresas lideradas por, o de propiedad de mujeres y/o LGBTI+, así como de empresas que posean paridad de género en sus directorios.

Asimismo, puede contemplarse que los productos o servicios desarrollados por la empresa tengan en cuenta las necesidades diferenciadas por género en caso de existir. Por otra parte, se debe evitar diferenciaciones en los productos ancladas en estereotipos de género, a fin de no reproducir los mismos.

Por otro lado, se recomienda trabajar sobre la cadena de valor en la que opera la empresa, lo que amplifica el impacto sobre la igualdad de género, a través de relevamientos y confección base de datos que permitan identificar a empresas lideradas por mujeres y LGBTI+, que se encuentren llevando adelante procesos que promuevan la igualdad de género en el lugar de trabajo o que posean algún compromiso o certificación para la igualdad de oportunidades y/o de género. Esto permite no solo detectar y priorizar relaciones con empresas lideradas por mujeres y/o LGBTI+, sino trabajar en la incorporación de compromisos de igualdad y diversidad en las relaciones con proveedores, clientes, contratistas, es decir, entre los diferentes actores y actrices de la cadena de valor en la cual se inserta la empresa.

Política de inversiones

En el mercado local e internacional existen instrumentos financieros cuyos fondos son utilizados para financiar proyectos sociales, conocidos como "Bono social". Los bonos sociales son definidos por la International Capital Market Association (ICMA) como "cualquier tipo de bonos cuyos recursos serán exclusivamente utilizados para financiar o refinanciar, en parte o en su totalidad, proyectos sociales elegibles, ya sea nuevos o existentes y que estén alineados con los cuatro componentes principales de los SBP".(22)

Cabe destacar que los bonos sociales requieren de la existencia de un proyecto social y una población objetivo. En este sentido, dentro de los ejemplos de proyectos sociales a ser financiados por este tipo de bono se encuentra el avance socioeconómico y el empoderamiento (por ejemplo: acceso equitativo y control sobre activos, servicios, recursos y oportunidades; participación equitativa e integración en el mercado y la sociedad, incluida la reducción de la desigualdad de ingresos) y como ejemplo de población objetivo puede ser mujeres y LGBTI+.

En el último tiempo se han emitido Bonos Sociales de Genero(23) cuyos fondos son utilizados, por ejemplo, para otorgar financiamiento exclusivo a mujeres que necesiten capital de trabajo y recursos para infraestructura productiva o para ampliar el acceso a financiamiento para las PYME lideradas por mujeres.

A nivel local, los bonos sociales son receptados por los Lineamientos para la Emisión de Valores Negociables Sociales, Verdes y Sustentables. Este tipo de instrumentos constituye una herramienta del MDC que puede ser utilizada para ampliar el acceso de mujeres

y LGBTI+ al sistema productivo propiciando la igualdad de oportunidades.

Tercera parte. Glosario

Sociedad patriarcal: de acuerdo con Alegre y Serrano, la sociedad patriarcal o el patriarcado es "un sistema de dominación de los hombres sobre las mujeres que determina la subordinación y opresión de las mujeres. Lo que define a una sociedad patriarcal es que en los ámbitos de poder (político, económico, religioso y militar) los puestos clave se encuentran, exclusiva o mayoritariamente, en manos de los varones, lo que genera relaciones de dominación sobre las mujeres (Legitimidad: Los cimientos del estado social, democrático y de derecho. Akal. 2020).

Androcentrismo: es la consideración del varón como modelo de lo humano para cualquier trabajo o investigación, es decir el varón como medida de todas las cosas invisibilizando al resto de la población. Cabe aclarar que el androcentrismo no toma como modelo cualquier varón sino un varón blanco, cisgénero, heterosexual, sin discapacidad, adulto pero joven, con formación y poder económico.

Sexo: Normalmente nos referimos al sexo como los aspectos biológicos y anatómicos de las personas, pero las características físicas de las personas son también construidas socialmente. Es decir que en el análisis e interpretación de "cómo se ve un cuerpo" y, por ende, en su categorización, las expectativas sociales juegan un rol importante Estudios sexuales desde los años 90 encontraron que el binarismo sexual (hombre/mujer o macho/hembra), imperante en nuestras sociedades occidentales, determina la modificación de la biología. Esto es así puesto que los sexos se consideran categorías cerradas, sin continuidades entre ellas. Entonces, una persona debe ser encuadrada dentro de alguna de las dos categorías aceptadas. Los estudios de género y el feminismo proponen romper con el binarismo que genera violencias y desigualdades. Más información al respecto: https://agenciapresentes.org/2018/12/03/una-ley-para-protegerlos- derechos-humanos-de-las-personas-intersex/ y https://www.pagina12.com.ar/229141- mutilacion-y-tortura-de-ninxs-y-bebes-en-la-argentina

Género: de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud "El género se refiere a los conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres". Entonces el género es una construcción social y como tal estará condicionada por los patrones sociales y culturales de cada contexto. La Ley N° 26.743 de Identidad de Género entiende al género en estos términos.

Estereotipos de género: son prejuicios y preconceptos basados en generalizaciones respecto de las conductas y características que socialmente se atribuyen a los géneros y que tienden a marcar las diferencias y perpetuar los roles históricamente asignados a mujeres y varones. Dicho de otra manera, se trata de modelos de conductas, maneras de ser, de vivir y de deseos socialmente esperadas para varones y para mujeres. Los estereotipos de género suelen ser utilizados como justificación para llevar adelante prácticas discriminatorias. Estas prácticas no solo vienen de parte de las personas, sino que además son replicadas principalmente por los medios de comunicación, las instituciones y las normas.

Orientación sexual: "la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género" (Principios de Yogyakarta).

Identidad de género: es "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" (art. 2, Ley N° 26.743 de Identidad de Género). Cuando hablamos de cisgénero hacemos referencia a aquellas personas que se identifican con su género asignado al nacer, mientras que cuando hablamos de personas trans nos referimos a aquellas personas que no se identifican con el género asignado al nacer respetando su identidad autopercibida.

LGBTI+: se trata de una sigla universal que se utiliza para hacer referencia a las distintas identidades de género y orientaciones sexuales. Son las iniciales de lesbiana, gay, bisexuales, trans, travesti e intersexual. El símbolo "+" hace referencia a que existen otras identidades de género y orientaciones sexuales que no están explícitamente incluidas en la sigla. Esta sigla es dinámica y el orden de las letras puede variar de acuerdo con cada país o comunidad. En la guía también usamos el término "diversidades" para referirnos a este colectivo.

Violencia de género: es "toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, 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." (art. 4° de la Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres).

Trabajo doméstico y de cuidados: de acuerdo con Rodriguez Enríquez y Mazonetto son las actividades indispensables para satisfacer las necesidades básicas de la existencia y reproducción de las personas, brindándoles los elementos físicos y simbólicos que les permiten vivir en sociedad. Incluye el autocuidado, el cuidado directo de otras personas (la actividad interpersonal de cuidado), la provisión de las precondiciones en que se realiza el cuidado (la limpieza de la casa, la compra y preparación de alimentos) y la gestión del cuidado (coordinar horarios, realizar traslados a centros educativos y a otras instituciones, supervisar el trabajo de la cuidadora remunerada, entre otros). El cuidado permite atender las necesidades de las personas dependientes, por su edad o por sus condiciones/capacidades (niños y niñas, personas mayores, enfermas o con discapacidades) y también de las personas que podrían auto proveerse dicho cuidado). Estas tareas recaen principalmente en los hogares y son en su mayoría realizadas por mujeres de forma no remunerada. De acuerdo con el INDEC (EUT, 2014) el 76% de las tareas domésticas y de cuidados no remuneradas son realizadas por mujeres.

Corresponsabilidad de los trabajos de cuidado: hace referencia a los trabajos domésticos y, fundamentalmente, de cuidado de otras personas que se encuentran a cargo (ya sean menores o mayores de edad) y expresa que deben ser repartidos equitativamente a los fines de promover la responsabilidad compartida entre los géneros. En ese sentido entendemos que el personal jerárquico tiene un rol importante en la planificación de las licencias, promoviendo e igualando el uso de licencias para varones, mujeres y LGBTI+.

Persona gestante/no gestante: proponemos el uso de licencias para personas gestantes y no gestantes en línea con el reconocimiento de identidades de género y conformación de familiaridad diversa.

Notas:

(1) "La interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados parte... La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la asta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres".

(2) Ver glosario.

(3) Rodríguez Enríquez y Pautassi (2014). "La organización social del cuidado de niños y niñas. Elementos para la construcción de una agenda de cuidados en Argentina". ADC, CIEPP, ELA.

(4) Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2014). Encuesta sobre Trabajo No Remunerado y Uso del Tiempo. Tercer trimestre 2013. Disponible en: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/tnr_07_14.pdf

(5) Los cuidados, un sector económico estratégico. Medición del aporte del Trabajo Doméstico y de Cuidados no Remunerado al Producto Interno Bruto. Dirección de Economía, igualdad y Género. Ministerio de Economía, 2020. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf

(6) Las brechas de género en la Argentina Estado de situación y desafíos. Dirección de Economía, igualdad y Género. Ministerio de Economía, 2020. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf

(7) Porcentajes calculados sobre la población de 25 años o más.

(8) Refinitiv Insight: International Women's Day. Insights from Company Reported Gender Metrics. Disponible en https://www.refinitiv.com/content/dam/marketing/en_us/documents/reports/international- womens-day-refinitiv-report.pdf

(9) Registro de Idóneos CNV. Disponible en http://www.cnv.gov.ar/sitioWeb/RegistrosPublicos/Idoneos

(10) Datos a agosto 2020, CNV.

(11) Aprobado por Resolución General N° 797. Disponible en https://www.cnv.gov.ar/SitioWeb/Prensa/Post/1334/1334actualizacion-del-codigo-de-gobierno-societario

(12) Bolsas y Mercados Argentinos S.A. Panel de Gobierno Corporativo. https://www.byma.com.ar/emisoras/panel-gobierno-corporativo-esp/

(13) Disponible en https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/235305/20200924.

(14) Ver glosario

(15) Disponible en https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/234689/20200908.

(16) Disponible en https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233083/20200805.

(17) Para información sobre la elaboración de currículum neutros: https://generoytrabajo.com/2021/01/19/curriculum-ciego/

(18) Si bien la Ley de Contrato de Trabajo refiere a "Guarderías", optamos por utilizar el término "Jardín materno-parental", institución que no se limita al cuidado de los niños y niñas en sus necesidades básicas de alimentación, sueño e higiene, sino que además ejerce una acción educativa planificada y sustentada en principios pedagógicos.

(19) Plan Nacional de Acción Contra las Violencias 2020-2022. Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación, 2020.

(20) Visibilicemos el acoso laboral. Encuesta sobre experiencias de acoso laboral por género en Argentina. ELA, 2019.

(21) Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_para_una_comunicacion_con_perspectiva_de_gener o_-_mmgyd_y_presidencia_de_la_nacion.pdf

(22) Para más información sobre bonos sociales consultar los Lineamientos para la Emisión de Valores Negociables Sociales, Verdes y Sustentables en Argentina, aprobados por Resolución General N° 788 de CNV, disponible en http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/320000- 324999/321298/norma.htm. La sigla "SBP" se refiere a los "Social Bonds Principles" aprobados por ICMA.

(23) Bono Social de Genero Banistmo (Panamá) y Bono Social con equidad de Género de FIRA (México).

RESOLUCIÓN 162 (A.N.D.)

Dirección Ejecutiva de la Agencia Nacional de Discapacidad – Creación de la Unidad de Políticas de Género.

Fecha: 15/03/2021

Publicación: B.O. 17/03/2021

VISTO:

El EX-2021-19810808- -APN-SE#AND de esta AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD, las Leyes N° 23.179, 24.632, 26.485 y sus modificatorias, 26.618, 26.743, y 27.499, el Decreto N° 680 del 17 de agosto de 2020, y

CONSIDERANDO:

Que los derechos a la igualdad y a la no discriminación se encuentran reconocidos en la CONSTITUCIÓN NACIONAL (CN, artículos 16° y 75° inciso 23), como así también en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se les reconoce igual jerarquía normativa (art. 75° inciso 22 CN), entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2°); la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2°); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1°, 13°.5, 17°.4 y 24°); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2°.1, 3°, 20°.2, 23°.4, 24°.1 y 26°); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2°.2 y 3°); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículo 5°); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2°) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2°, 3° y ss.).

Que, reconociéndose la existencia de múltiples factores estructurales que perpetúan la discriminación contra las mujeres, de la que resulta la vulneración en el ejercicio y goce de sus derechos humanos, se sancionó la Ley N° 23.179 sobre aprobación de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Este articulado convencional impone la obligación general de condenar la discriminación contra las mujeres, por lo que se deben adoptar las medidas apropiadas en todas las esferas del Estado para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de las mujeres en pos de garantizar la igualdad entre los géneros.

Que, posteriormente, se sancionó la Ley N° 24.632 sobre aprobación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como "Convención de Belém do Pará". El instrumento sitúa a la violencia contra las mujeres en la agenda regional, siendo pionero en formalizar su definición como una violación específica y reconocer de manera explícita el derecho humano a una vida libre de violencias.

Que mediante la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing aprobadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995, los Estados reafirmaron el compromiso de garantizar la plena aplicación

de los derechos humanos de las mujeres y las niñas como un todo integral, inalienable e indivisible; y con la vista puesta en el futuro, reconocieron a la incorporación de la perspectiva de género como el enfoque fundamental y estratégico para alcanzar la igualdad entre los géneros. En esta línea, ONU Mujeres advierte que la igualdad de género es un objetivo general a largo a plazo, mientras que la incorporación de la perspectiva de género es un conjunto de enfoques específicos y estratégicos, así como procesos técnicos e institucionales, que se adoptan para alcanzar este objetivo.

Que, por su parte, el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ECOSOC) profundiza sobre el concepto de transversalización de la perspectiva de género, al que entiende como un proceso de valoración de las "implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles, (...) para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que (...) puedan beneficiarse de ellas igualmente y no se perpetúe la desigualdad".

Que, en esta línea, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada mediante la Ley N° 26.378, reconoce en su artículo 6°, que las mujeres y las niñas con discapacidad están sujetas a formas múltiples e interseccionales de discriminación, por lo que los Estados deben adoptar medidas para asegurar su pleno desarrollo, adelanto y potenciación con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Que la situación de las mujeres y las niñas con discapacidad ha sido abordada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General N°3 (2016). En esta ocasión, recuerda que "las mujeres y las niñas con discapacidad afrontan obstáculos en la mayor parte de los ámbitos de la vida. Esos obstáculos generan situaciones en las que existen formas múltiples e interseccionales de discriminación contra las mujeres y las niñas con discapacidad". Al respecto, resalta que "las mujeres con discapacidad no constituyen un grupo homogéneo. Entre ellas se incluyen las mujeres indígenas; las mujeres refugiadas, solicitantes de asilo y desplazadas internas; las mujeres privadas de libertad (…); las mujeres en situación de pobreza; las mujeres de diferentes orígenes étnicos, religiosos y raciales; las mujeres con discapacidades múltiples y que requieren altos niveles de apoyo; las mujeres con albinismo; y las mujeres lesbianas, bisexuales y transexuales, así como las personas intersexuales".

Que, en concordancia con lo antedicho, el Comité lista una serie de medidas específicas que los Estados parte deben adoptar para asegurar la plena aplicación del artículo 6°. A saber, entre otras: "garantizar que los derechos de las mujeres con discapacidad se incluyan en todas las políticas, especialmente las relativas a la mujer en general y a la discapacidad"; "reunir y analizar datos sobre la situación de las mujeres con discapacidad con miras a orientar la planificación de políticas para (…) eliminar todas las formas de discriminación, especialmente la discriminación múltiple e interseccional, y la mejora de los sistemas de reunión de datos para lograr un seguimiento y una evaluación adecuados"; fomentar "la realización de investigaciones específicas sobre la situación de las mujeres con discapacidad, en particular investigaciones sobre los obstáculos que impiden su desarrollo, adelanto y potenciación en todos los ámbitos relacionados con ellas"; y "tener en cuenta las recomendaciones de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas que se ocupan de la igualdad de género y aplicarlas a las mujeres y las niñas con discapacidad".

Que, a través de los mencionados instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, la REPÚBLICA ARGENTINA asumió el compromiso de respetar y garantizar que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; que tienen todos los derechos y libertades sin distinción alguna de etnia, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Que, como es sabido, los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales; lo que ha llevado a los órganos de control y los organismos jurisdiccionales a pronunciarse en relación con los derechos a la igualdad y no discriminación de las personas LGBTI+.

Que se destaca especialmente la Opinión Consultiva N° 24 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de noviembre de 2017, donde aseguró que "la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención". En consecuencia, determinó que el reconocimiento de la identidad de género por parte del Estado "resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda,

acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación"; y que "es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales".

Que, en la precitada opinión consultiva, ocupan un espacio de suma relevancia los "Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género", presentados en 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; actualizados y ampliados diez años más tarde por los "Principios de Yogyakarta plus 10"; instrumentos claves para alcanzar una comprensión sólida del sistema internacional de derechos humanos en toda su extensión y cómo se aplica a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género.

Que, sobre la situación de la REPÚBLICA ARGENTINA, el Experto Independiente sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas, en el año 2017, recomendó que "En lo que respecta a los mecanismos, el personal y los recursos, las autoridades, en colaboración con otros agentes, deberían: (...) b) Establecer, identificar y/o fortalecer las unidades especiales y/o el personal especializado para combatir la violencia y la discriminación, también en lo que respecta a la orientación sexual y la identidad de género, proporcionando formación y apoyo específicos".

Que, en armonía con la obligación internacional sobre adecuación del derecho interno, la REPÚBLICA ARGENTINA sancionó la Ley N° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, que en lo que respecta a los derechos protegidos remite de manera expresa a los reconocidos por la CEDAW y la Convención de Belém do Pará. Asimismo, brinda una definición amplia de violencia contra la mujer, enuncia y conceptualiza los tipos y modalidades comprendidas, y enumera los principios rectores de las políticas públicas para garantizar el respeto irrestricto del derecho a igualdad entre mujeres y varones.

Que nuestro país también ha sido pionero en el reconocimiento y promoción de derechos de las personas LGBTI+ a partir de la sanción de ciertas leyes especiales; en particular, la Ley N° 26.618 de matrimonio civil, conocida como "ley de matrimonio igualitario", que instauró un nuevo paradigma de igualdad al extender la figura matrimonial a las parejas del mismo sexo, reconociendo y garantizando todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar sin discriminación respecto de otros tipos de parejas.

Que, posteriormente, la sanción de la Ley N° 26.743 de identidad de género reconoció el derecho humano al libre desarrollo de toda persona conforme a su identidad de género, 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, imagen y sexo con los que allí es registrada.

Que considerando a la obligación de alcanzar la igualdad entre los géneros como un objetivo prioritario de gobierno, cuya concreción requiere de la conformación de una instancia de trabajo interministerial que permita su tratamiento en forma transversal e integral, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 680 en fecha 17 de agosto de 2020 por el que creó el GABINETE NACIONAL PARA LA TRANSVERSALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE GÉNERO, en la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, con la finalidad garantizar la incorporación de la perspectiva de género en el diseño e implementación de las políticas públicas nacionales.

Que, por todo lo expuesto, resulta menester la creación de una UNIDAD DE POLÍTICAS DE GÉNERO a efectos de cumplir con las obligaciones asumidas internacionalmente y de fortalecer un nuevo paradigma en la forma de concebir, planificar y ejecutar las políticas públicas, en las que la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD es competente, con perspectiva de género, de diversidad sexual e identidad de género.

Que la Dirección de Asuntos Jurídicos ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente se dicta en uso de las facultades conferidas por los Decretos N° 698/17 y sus modificatorios y N° 935/20.

Por ello,

El Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Discapacidad resuelve:

Art. 1° - Créase la UNIDAD DE POLÍTICAS DE GÉNERO en el ámbito de la Dirección Ejecutiva de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD, la que funcionará como instancia de gestión estratégica para alcanzar la igualdad sustantiva entre los géneros y el respeto por la diversidad sexual e identidad de género en todas las dependencias de este organismo.

Art. 2° - La UNIDAD DE POLÍTICAS DE GÉNERO tendrá como objetivo general contribuir a transver-

salizar la perspectiva de género, diversidad sexual e identidad de género en la actuación de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD; para lo cual se fijan los siguientes objetivos específicos:

a. visibilizar las formas múltiples e interseccionales de discriminación, contra las personas con discapacidad, basadas en el género, la orientación sexual y/o la identidad de género;

b. optimizar las herramientas y recursos técnicos, humanos y financieros de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD para mejorar la capacidad de respuesta y aumentar los niveles de eficacia en el abordaje de las situaciones de discriminación por razones de género, orientación sexual y/o identidad de género;

c. coadyuvar a que el funcionamiento de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD se ajuste a los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en materia de igualdad entre los géneros y respeto por la orientación sexual e identidad de género, teniendo en consideración los pronunciamientos provenientes de los respectivos órganos de aplicación y monitoreo.

Art. 3° - Para el cumplimiento de los objetivos fijados, la UNIDAD DE POLÍTICAS DE GÉNERO tendrá las siguientes funciones:

a. impulsar la aplicación de la perspectiva de género, diversidad sexual e identidad de género en la planificación, implementación, monitoreo y evaluación de todas las políticas, planes, programas y proyectos de competencia de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD;

b. promover la coordinación y coherencia entre las diferentes dependencias de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD en materia de igualdad entre los géneros y respeto por la diversidad e identidad de género;

c. promover los procesos de revisión y actualización de las normas, prácticas y/o criterios de actuación de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD, para fortalecer la institucionalidad y abordar de manera eficaz las cuestiones de género y diversidad sexual e identidad de género;

d. elaborar los informes exigidos por los organismos de control, nacionales e internacionales, en torno a las obligaciones relativas a la igualdad entre los géneros y el respeto por la diversidad sexual e identidad de género en la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD;

e. instar el desarrollo de espacios de capacitación y especialización de los recursos humanos necesarios para prevenir comportamientos discriminatorios, promocionar la igualdad de oportunidades entre los géneros y promover el respeto por la orientación sexual e identidad de género en la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD;

f. fomentar la realización de investigaciones específicas sobre la situación de las mujeres y personas LGBTI+ con discapacidad, en particular, investigaciones sobre los obstáculos que impiden su desarrollo, adelanto y potenciación en todos los ámbitos relacionados con ellas, con el objetivo de mejorar las políticas y prácticas públicas de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD;

g. evaluar el desempeño de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD en relación con los estándares internacionales y nacionales sobre igualdad entre los géneros y respeto por la diversidad sexual e identidad de género;

h. elevar periódicamente a la Dirección Ejecutiva informes de gestión acerca de su actividad y funcionamiento;

i. proponer cualquier otra medida que considere adecuada para alcanzar los objetivos encomendados en el artículo anterior.

Art. 4° - La UNIDAD DE POLÍTICAS DE GÉNERO será presidida por la máxima autoridad de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD que sea mujer o persona LGBTI+ y reúna los requisitos de idoneidad, a razón de la trayectoria profesional, académica y/o de gestión en la promoción de los derechos de las mujeres y/o personas LGBTI+; y estará conformada por al menos UNA (1) persona representante de cada Dirección de este organismo con versación y/o interés en la temática. Cada Dirección deberá, a su vez, designar UNA (1) persona suplente.

Art. 5° - A los fines del cumplimiento de las funciones que tiene asignadas, la UNIDAD DE POLÍTICAS DE GÉNERO podrá invitar a otros organismos de la Administración Pública Nacional, asociaciones sindicales, organizaciones de la sociedad civil con competencia en la materia y personas expertas en la temática. Asimismo, podrá prever instancias de participación y consulta directa con mujeres y personas LGBTI+ con discapacidad y otras personas que tengan interés en aportar a los objetivos de la UNIDAD.

Art. 6° - La UNIDAD DE POLÍTICAS DE GÉNERO establecerá su modo de funcionamiento interno.

Art. 7° - Comuníquese, etc. - Galarraga.

RESOLUCIÓN 54 (A.N.D.)

Subdirección Ejecutiva de la Agencia Nacional de Discapacidad – Conducción del proceso de implementación y seguimiento del cupo laboral destinado a las personas travestis, transexuales y transgéneros.

Fecha: 08/02/2021

Publicación: B.O. 10/02/2021

VISTO:

El EX-2021-06768761- -APN-DE#AND de esta AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD, la Ley Marco de Regulación Empleo Público Nacional N° 25.164, la Ley de Identidad de Género N° 26.743; los Decretos N° 1007 de fecha 2 de julio de 2012, N° 903 de fecha 20 de mayo de 2015, N° 721 de fecha 3 de septiembre de 2020, las Resoluciones del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad N° 298 de fecha 21 de octubre de 2020 y N° 509 de fecha 29 de diciembre de 2020 y

CONSIDERANDO:

Que la República Argentina, a través de diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, asumió el compromiso de respetar y garantizar que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; que tienen todos los derechos y libertades sin distinción alguna de etnia, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Que en concordancia con el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los órganos de control y los organismos jurisdiccionales se han pronunciado en relación a considerar que la identidad de género y su expresión, así como también la orientación sexual, constituyen categorías prohibidas de discriminación.

Que se destaca especialmente la Opinión Consultiva N° 24 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de noviembre de 2017, donde aseguró que "la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención"; y que "en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación".

Que, en el ámbito legislativo nacional, en el año 2012 se sancionó la Ley N° 26.743 de Identidad de Género a través de la cual se reconoció el derecho humano al libre desarrollo de toda persona conforme a su identidad de género, 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, imagen y sexo con los que allí es registrada.

Que, aún con los avances normativos en nuestro país que reconocen la identidad de género como derecho humano, las personas travestis, transexuales y transgéneros continúan teniendo dificultades para gozar del efectivo ejercicio del derecho a la salud, a la educación, a una vivienda digna y a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, lo que redunda en que esta población posea una expectativa de vida de entre TREINTA Y CINCO (35) y CUARENTA (40) años aproximadamente.

Que, a los fines de garantizar su efectiva inclusión laboral, el PODER EJECUTIVO NACIONAL dispuso, mediante el Decreto N° 721/20, para el Sector Público Nacional en los términos del artículo 8° de la Ley N° 24.156, que los cargos de personal deberán ser ocupados en una proporción no inferior al UNO POR CIENTO (1%) de su totalidad por personas travestis, transexuales y transgéneros.

Que, a efectos de dar cumplimiento a la medida, el mencionado Decreto determinó 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. 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; competencias ambas asignadas al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD.

Que, a la par, en el Artículo 6° del Decreto N° 721/20 se estableció que las jurisdicciones y entidades deberán informar al MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD los puestos de trabajo vacantes y las ofertas de contratación de personal disponibles.

Que, por su parte, la Resolución del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD N° 298/20 estableció que el precitado Registro de Anotación Voluntaria de personas travestis, transexuales y/o transgénero aspirantes a ingresar a trabajar en el Sector Público Nacional, funcionará en el ámbito de la Dirección Técnica de Registros y Bases de Datos de ese MINISTERIO en cuanto al diseño, el desarrollo y la administración del sistema de gestión de la información.

Que, a través de la Resolución del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD N° 509/20, se aprobaron los "Lineamientos Generales para la implementación del artículo 6° del Decreto N° 721/2020", donde se detalló el sistema de recepción de la información sobre los puestos de trabajo disponibles, la constitución y selección de los perfiles laborales y la puesta a disposición de esos perfiles a las entidades y jurisdicciones solicitantes.

Que, a su vez, en la mencionada Resolución se determinó que las entidades u organismos del Sector Público Nacional deberán enviar a la SUBSECRETARÍA DE POLÍTICAS DE DIVERSIDAD los puestos de trabajo disponibles y sus características, mediante un formulario controlado, que dispondrá el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, a través del Sistema de Gestión Documental Electrónica.

Que el Estado Nacional ha decidido, mediante esta acción positiva, intervenir en la generación de procesos que garanticen la real inclusión y permanencia de las personas travestis, transexuales y transgéneros en el ámbito laboral del Sector Público Nacional.

Que, a los fines de cumplimentar con lo dispuesto por el Decreto N° 721/20, resulta necesario implementar un proceso de selección inclusivo para la ocupación de los puestos del personal de esta AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD, en cualquiera de las modalidades de contratación a que hubiere lugar, a través de una instancia coordinadora, evaluadora y de seguimiento de las personas aspirantes que formen parte de la población mencionada.

Que, para ello, se torna imperioso implementar un plan de acción interno y adecuar las normas técnicas y de procedimientos a los estándares de derechos humanos, en referencia al respeto de las identidades y expresiones de género, atendiendo a las características particulares que poseen las personas travestis, transexuales y transgéneros producto de la situación de desventaja histórica y vulnerabilidad estructural.

Que, en otro orden de cosas, en virtud del artículo 12° del Decreto N° 868 de fecha 26 de octubre de 2017, la Subdirección Ejecutiva de esta AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD tiene a su cargo, entre otras funciones, la implementación de acciones coordinadas para lograr efectividad en la gestión administrativa, registraciones, sistematización de datos y aprovechamiento racional de los recursos humanos, promoviendo la capacitación de los mismos.

Que, a través de la Resolución ANDIS N° 49 de fecha 8 de marzo de 2018, se aprobó la estructura organizativa de segundo nivel operativo, cuyo organigrama determina que compete a la Dirección de Recursos Humanos, dependiente de la Dirección General Técnica, Administrativa y Legal, asistir al/la Titular de la Dirección General en la administración de las políticas y aplicación de las normas que regulan el empleo de los/as agentes públicos de esta AGENCIA. Asimismo, tiene a su cargo la organización y actualización de los sistemas de información relacionados con la administración de los recursos humanos; ejercer la coordinación de técnica-jurisdiccional y actualización del relevamiento y evaluación de puestos de trabajo; coordinar y asistir técnicamente en el proceso de búsqueda, selección e integración del personal; supervisar la aplicación de la legislación en la materia; entre otras acciones afines.

Que, en orden a lo expuesto, la Subdirección Ejecutiva y la Dirección de Recursos Humanos dependiente de la Dirección General Técnica, Administrativa y Legal, por la naturaleza de sus cometidos y acciones-, resultan ser las áreas competentes para llevar a cabo los cursos de acción necesarios.

Que la Subdirección Ejecutiva, la Dirección de Recursos Humanos y la Dirección de Asuntos Jurídicos han tomado la intervención de su competencia.

Que la presente se dicta en uso de las facultades conferidas por los Decretos N° 698/17 y sus modificatorios y N° 935/20.

Por ello:

El Director Ejecutivo de la Agencia Nacional de Discapacidad resuelve:

Art. 1° - Encomiéndese a la Subdirección Ejecutiva, en articulación con la Dirección de Recursos Humanos dependiente de la Dirección General Técnica, Administrativa y Legal de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD, la conducción del proceso de implementación y seguimiento del cupo laboral destinado a las personas travestis, transexuales y transgéneros, hayan o no efectuado la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen a que refiere el artículo 3° de la Ley N° 26.743, en los términos del Decreto N° 721/20.

Art. 2° - Instrúyase a la Dirección de Recursos Humanos, dependiente de la Dirección General Técnica Administrativa y Legal, a que elabore un diagnóstico sobre la situación inicial de los cargos de personal de la AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD, considerando todas las modalidades de contratación vigentes, en el que se identifiquen los puestos de trabajo disponibles, junto a las respectivas características y perfiles de ingreso.

Art. 3° - Encomiéndense a la Dirección de Recursos Humanos, dependiente de la Dirección General Técnica Administrativa y Legal, las reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por personas travestis, transexuales y/o transgéneros, así como sobre las vacantes que se produzcan en el futuro con relación a los cargos de los/as agentes que hubieran ingresado bajo el régimen de la presente resolución, con arreglo a lo estipulado en los párrafos segundo y tercero del artículo 1° del Decreto N° 721/20

Art. 4° - Instrúyase a la Subdirección Ejecutiva para que, una vez confeccionado el diagnóstico al que refiere el artículo 2°, diseñe un Plan Estratégico de Implementación en el que se describa los procedimientos, etapas, plazos y mecanismos de monitoreo necesarios para el efectivo cumplimiento del Decreto N° 721/20. El Plan Estratégico de Implementación determinará las líneas de acción que se consideren hábiles para promover y promocionar la inclusión, permanencia y desarrollo laboral de las personas travestis, transexuales y transgéneros, garantizando a su respecto la trazabilidad de la perspectiva de derechos humanos, géneros y diversidades en cada área de trabajo de esta AGENCIA NACIONAL DE DISCAPACIDAD. Para alcanzar los objetivos propuestos, el Plan Estratégico de Implementación podrá contemplar: a) mesas de trabajo integradas por representantes de la conducción y unidades organizativas de primer y segundo nivel operativo de la ANDIS; b) servicios de acompañamiento; b) instancias de consulta; c) espacios de formación y capacitación; d) propuestas de reforma sobre normativas internas de esta Agencia; y e) cualquier otra acción que estime pertinente.

Art. 5° - Comuníquese, etc. - Galarraga.

RESOLUCIÓN 38 (M.R.E.C.I. y C.)

Dependencias del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto – Implementación de políticas o acciones para la reducción de la desigualdad de oportunidades y de trato por razones de género.

Fecha: 08/03/2021

Publicación: B.O. 09/03/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2021-19662928- -APN-DGD#MRE, las Leyes Nros. 23.179 que aprueba la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 24.632 que aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Ley de Ministerios N° 22.520 (texto ordenado por el Decreto N° 438/92) y sus modificatorias, el Decreto N° 1759 del 3 de abril de 1972 y sus modificatorios, y la Resolución N° 410 del 22 de agosto de 2016 del entonces MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, y

CONSIDERANDO:

Que el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación se encuentran reconocidos en la CONSTITUCIÓN NACIONAL como así también en los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional conforme a lo previsto en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna.

Que, a su vez, mediante las Leyes Nros. 23.179 y 24.632, se aprobaron la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -"Convención de Belem do Pará"- respectivamente, que establecen, dentro de los deberes de los Estados partes, establecer políticas e incluir en su legislación interna normas destinadas a asegurar el ejercicio efectivo de derechos por parte de las mujeres, y aquellas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres.

Que, asimismo, conforme a lo dispuesto en el apartado 9 del inciso b del artículo 4° de la Ley de Ministerios N° 22.520 (texto ordenado por el Decreto N° 438/92) y sus modificatorias, compete a los Ministros resolver por sí todo asunto concerniente al régimen administrativo de sus respectivos Ministerios ateniéndose a los criterios de gestión que se dicten y adoptar las medidas de coordinación, supervisión y contralor necesarias para asegurar el cumplimiento de las funciones de su competencia.

Que del mismo modo, el artículo 2° del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017 establece que el Jefe de Gabinete de Ministros, los ministros, Secretarios de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN y órganos directivos de entes descentralizados podrán dirigir o impulsar la acción de sus inferiores jerárquicos mediante órdenes, instrucciones, circulares y reglamentos internos, a fin de asegurar la

celeridad, economía, sencillez y eficacia de los trámites, delegarles facultades; intervenirlos; y avocarse al conocimiento y decisión de un asunto a menos que una norma hubiere atribuido competencia exclusiva al inferior.

Que la política de igualdad de género constituye una prioridad para el gobierno, siendo prioritario transversalizar la perspectiva de género en todo el Estado, a través de la generación de herramientas e instrumentos que contribuyan a seguir avanzando en la temática.

Que en dicho marco, se considera pertinente adoptar una serie de medidas en la órbita de este Ministerio procurando afianzar la adopción de políticas públicas con perspectiva de género, ampliando las oportunidades de crecimiento inclusivo y sostenible de todo el personal independientemente de su género.

Que la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS dependiente de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y PLANIFICACIÓN EXTERIOR de este Ministerio ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por la Ley de Ministerios N° 22.520 (texto ordenado por el Decreto N° 438/92) y sus modificatorias y por el artículo 2° del Reglamento de Procedimientos Administrativos. Decreto 1759/72 - T.O. 2017.

Por ello:

El Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto resuelve:

Art. 1° - Instrúyase a la UNIDAD GABINETE DE ASESORES, a las Secretarías, a las Subsecretarías, a las Direcciones Nacionales, a las Direcciones Generales, a las Direcciones, a las Coordinaciones, y a los Jefes y a las Jefas de Misión diplomática, de Representación ante Organismos Internacionales o de Representación consular dependientes del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO a implementar políticas o acciones que reduzcan la desigualdad de oportunidades y de trato por razones de género.

Art. 2° - Creáse dentro del "Punto Focal en materia de Género", en el marco de lo dispuesto en la Resolución N° 410 del 22 de agosto de 2016 del entonces MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO, un Observatorio de Género que tendrá por objeto el diseño de políticas o programas para reducir la brecha de género en el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO, procurando alcanzar la igualdad de oportunidades y de trato en la carrera diplomática y en el Sistema Nacional de Empleo Público, la conciliación de la vida personal con la laboral de todo el personal y la internalización en las prácticas del Ministerio referido de los compromisos y valores que promueve la política exterior argentina en materia de derechos de las mujeres.

Art. 3° - Establécese que el Observatorio de Género creado por el artículo 2° de la presente medida deberá elaborar un informe mediante el cual se evalúe la adecuación del régimen de licencias del personal del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO a la igualdad de género. En caso de corresponder, el Observatorio de Género deberá además elaborar una propuesta de acción tendiente a reducir las brechas de género derivadas del usufructo de estas licencias.

Art. 4° - Instrúyase a la UNIDAD GABINETE DE ASESORES, a las Secretarías, a las Subsecretarías, a las Direcciones Nacionales, a las Direcciones Generales, a las Direcciones, a las Coordinaciones, y a los Jefes y a las Jefas de Misión diplomática, de Representación ante Organismos Internacionales o de Representación consular dependientes del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO a que, ante igualdad de méritos, asignen funciones al personal a su cargo sin estereotipos de género.

Art. 5° - Instrúyase a los Jefes y a las Jefas de Misión diplomática dependientes del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO a que, en el marco de lo previsto en el artículo 1° de la presente medida:

a) Promuevan la paridad de género en los eventos oficiales, reuniones laborales o conferencias;

b) Fomenten la inclusión de empresas argentinas gestionadas por mujeres en el marco de las acciones de promoción comercial que lleven adelante;

c) Fomenten las relaciones culturales a través de la selección de artistas que participen en festividades internacionales, muestras, exposiciones y demás actividades internacionales de promoción cultural con paridad de género; y

d) Implementen toda acción relativa al cumplimiento de los objetivos de gestión procurando alcanzar la paridad de género.

Art. 6° - Instrúyase a la UNIDAD GABINETE DE ASESORES, a la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN Y PLANIFICACIÓN EXTERIOR, a la SECRETARÍA DE

RELACIONES EXTERIORES, a la SECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES, a la SECRETARÍA DE CULTO, a la SECRETARÍA DE MALVINAS, ANTÁRTIDA Y ATLÁNTICO SUR, a la SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS LEGALES E INSTITUCIONALES, a la SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS NACIONALES y a los Jefes y Jefas de Misión diplomática, de Representación ante Organismos Internacionales o de Representación consular dependientes del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO, a designar un representante que tendrá a su cargo contribuir en el diseño e implementación de políticas públicas que incorporen la perspectiva de género, en el marco de sus respectivas competencias y en función de los lineamientos que dicte en la materia el GABINETE NACIONAL PARA LA TRANSVERSALIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE GÉNERO, actuando en forma coordinada con la DIRECCIÓN DE LA MUJER Y ASUNTOS DE GÉNERO dependiente de la SUBSECRETARÍA DE POLÍTICA EXTERIOR de la SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO.

Art. 7° - Comuníquese, etc. - Solá.

RESOLUCIÓN 64 (M. M. G. D.)

Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad – Aprobación del "Procedimiento Administrativo para la Certificación de Capacitaciones en el Marco de la Ley Micaela".

Fecha: 03/03/2021

Publicación: B.O. 08/03/2021

VISTO:

El EX -2021- 11275390-APN#MMGYD, la Ley de Ministerios N° 22.520 (T.O. 1992) y sus modificatorias, la Ley N° 27.499 de Capacitación Obligatoria en género y violencia contra las mujeres para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, con fecha 10 de enero de 2019, el Decreto N° 7 de fecha 10 de diciembre de 2019, el Decreto N° 50 de fecha 19 de diciembre de 2019, la Decisión Administrativa N° 279 del 2 de marzo de 2020, y

CONSIDERANDO:

Que la Ley 27.499 estableció la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación (cfr. artículo 1).

Que, asimismo, en el artículo 3 de la mencionada ley se estableció que el INSTITUTO NACIONAL DE LA MUJERES (INAM) era la autoridad de aplicación.

Que mediante el Decreto N° 7/2019, modificatorio de la Ley de Ministerios N° 22.520, se creó el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, como respuesta al compromiso asumido respecto a los derechos de las mujeres y diversidades, frente a toda forma de discriminación y violencia, y en pos de la construcción de una sociedad más igualitaria que promueva la autonomía integral de todas las personas, sin establecer jerarquías entre las diversas orientaciones sexuales, identidades o expresiones de género, siendo estos objetivos prioritarios de gobierno.

Que atento a la creación de este Ministerio y a las competencias asignadas se suprimió el organismo denominado INSTITUTO NACIONAL DE LA MUJERES (INAM).

Que, por lo tanto, es el MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD la autoridad de aplicación de la Ley N° 27.499 y, en consecuencia, resulta de su competencia establecer un procedimiento administrativo tendiente a la certificación de los programas de capacitación en la temática de género y violencia contra las mujeres elaborados por los diferentes organismo y áreas del Estado (cfr. artículo 5).

Que, asimismo, la Decisión Administrativa N° 279 del 2 de marzo de 2020 aprobó la estructura organizativa de este MINISTERIO y estableció responsabilidades primarias y acciones por cada área.

Que, conforme al Anexo II de la Decisión Administrativa mencionada, en el marco de la SUBSECRETARÍA DE FORMACIÓN, INVESTIGACIÓN Y POLÍTICAS CULTURALES le corresponde a la DIRECCIÓN NACIONAL DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN GÉNERO Y DIVERSIDAD "desarrollar los contenidos, lineamientos generales, guías y protocolos dirigidos a los organismos públicos de los tres poderes del Estado a nivel nacional, provincial y municipal para asistirlos en la implementación efectiva de la Ley N° 27.499; y, cuando le sea requerido, diseñar y desarrollar sistemas de certificaciones de programas y planes integrales de formación en género, igualdad y diversidad tanto para el sector público como privado".

Que para dar cumplimiento a lo estipulado en la Ley N° 27.499 es necesario establecer un procedimiento administrativo para la certificación de capacitaciones y brindar a los organismos obligados por la normativa

citada, los lineamientos que deben tener en cuenta para la elaboración de los programas de capacitación.

Que, en este sentido, el procedimiento administrativo que se aprueba por la presente Resolución, establece los pasos y requerimientos para la evaluación del contenido de los programas y su posterior certificación; como así también, el seguimiento y monitoreo de las capacitaciones con el fin de dar cumplimiento al artículo 7° de la Ley N° 27.499.

Que la DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES Y CONTENCIOSOS del MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD ha tomado la intervención de su competencia.

Que el presente acto se dicta en virtud de las facultades previstas en el artículo 4°, inciso b), puntos 1, 5 y 9 de la Ley N° 22.520, y en el artículo 5° de la Ley N° 27.499.

Por ello:

La Ministra de las Mujeres, Géneros y Diversidad resuelve:

Art. 1° - Apruébase el "PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA CERTIFICACIÓN DE CAPACITACIONES EN EL MARCO DE LA LEY MICAELA" que como ANEXO I, registrado bajo el número de IF-2021-18716807-APN-SSFIYPCI#MMGYD, forma parte integrante de la presente resolución.

Art. 2° - Apruébase los "LINEAMIENTOS PARA LA ELABORACIÓN DE PROPUESTAS DE CAPACITACIÓN EN EL MARCO DE LA LEY MICAELA" que, como ANEXO II, identificado como el número de IF-2021-18717348-APN-SSFIYPCI#MMGYD, forma parte integrante de la presente resolución.

Art. 3° - La presente norma entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

Art. 4° - Comuníquese, etc. - Gómez Alcorta.

ANEXO I

Procedimiento administrativo para la Certificación de capacitaciones en el marco de la Ley Micaela

ÍNDICE

I. Presentación

II. Procedimiento administrativo para la certificación

1. Pasos previos al inicio del circuito administrativo para la certificación

2. Inicio del circuito administrativo para la certificación

i. Jurisdicciones que utilizan el sistema de Gestión Documental Electrónica

ii. Jurisdicciones que no utilizan el sistema de Gestión Documental Electrónica

III. Emisión de certificados

IV. Solicitud de prórroga

V. Presentación de Informes de Avance

a. Jurisdicciones que utilizan el sistema de Gestión Documental Electrónica

b. Jurisdicciones que no utilizan el sistema de Gestión Documental Electrónica

VI. Registro

VII. Glosario

VIII. Anexos

a. Modelo de Programa de Capacitación en el marco de la Ley Micaela

b. Modelo de Plan de Trabajo

I. Presentación

El objetivo de este documento es detallar el procedimiento administrativo para la certificación de la calidad de la capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado. Las capacitaciones serán elaboradas e implementadas por cada uno de los organismos alcanzados por el artículo 1 de la Ley N° 27.499. La certificación realizada conforme al presente procedimiento, tendrá una duración de 3 (años) con la posibilidad de ser prorrogada por 1 (un) año más. Los organismos presentarán un programa de capacitación y un plan de trabajo que deberá cumplir con los "Lineamientos para la elaboración de propuestas de capacitación en el marco de la Ley Micaela", identificados como número de IF-2021-11436583-APN-SSFIYPCI#MMGYD.

El presente documento contiene, además, un "Modelo de Programa de Capacitación en el marco de la Ley Micaela" y un "Modelo de Plan de Trabajo".

Por último, podrán realizarse consultas vía correo electrónico a la casilla certificacionleymicaela@min-

generos.gob.ar a cargo de la Dirección de Capacitación del Sector Público en Género y Diversidad (en adelante, DCSPGyD)

II. Procedimiento administrativo para la certificación

1. Pasos previos al inicio del circuito administrativo para la certificación Antes de iniciar el circuito administrativo, las máximas autoridades de los organismos que posean el sistema de Gestión de Documentación Electrónica (GDE) deberán dirigir una nota a la Subsecretaria de Formación, Investigación y Políticas Culturales para la Igualdad del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad (SSFIYPCI-MMGYD) y a la Directora Nacional de Formación y Capacitación en Género y Diversidad (DNFCGyD) con copia a la Directora de Capacitación del Sector Público en Género y Diversidad (DCSPGyD) donde se informe:

a. El área, programa u oficina de género que implementará la capacitación.

b. Nombres, apellidos y usuarios del sistema de GDE de las personas responsables de las áreas así como también los buzones grupales de GDE de las áreas. En caso de no utilizar el sistema GDE, indicar casillas de correo electrónico y domicilio de notificación.

c. Si el programa a certificar involucra varios organismos que dependen de una misma jurisdicción es necesario que estén detallados y que se indique las personas responsables y los datos referidos en el punto 1.b.

Los organismos que no utilicen sistema GDE deberán enviar la nota por correo electrónico con asunto "Certificación Ley Micaela" a la Mesa de Entradas del MMGYD cuya dirección es meys@mingeneros.gob.ar

La nota deberá ser firma, escaneada y enviada en formato PDF y la Mesa de Entradas del MMGYD registrará la nota en el sistema de GDE y la enviará a la casilla de correo electrónico de la DNFCGyD, capacitaciongen@mingeneros.gob.ar.

La DNFCGyD responderá las notas mencionadas por correo electrónico o por el sistema GDE, según corresponda, poniendo a disposición del organismo la casilla de correo certificacionleymicaela@mingeneros.gob.ar a los fines de que la DCSPGyD pueda acompañar el proceso de confección del "Programa de Capacitación en el marco de la Ley Micaela" y el "Plan de Trabajo".

En caso de tener que modificar los datos de contacto de las personas responsables o de las áreas a cargo de la implementación de la capacitación, los organismos deberán remitir una nota en los mismos términos que fueron explicados en este apartado.

2. Inicio del circuito administrativo para la certificación

La DCSPGyD podrá acompañar en la elaboración del "Programa de Capacitación en el marco de la Ley Micaela" y "Plan de Trabajo" a aquellos organismos que lo soliciten. Finalizado el proceso de elaboración, el organismo estará en condiciones de iniciar el proceso de certificación, para el que deberá seguir los siguientes pasos:

i. Jurisdicciones que utilicen el sistema de Gestión Documental Electrónica

1. La jurisdicción u organismo deberá iniciar un expediente electrónico bajo el código de trámite GENE00409 - Gestión de Capacitaciones en el cual deberá vincular:

a. Nota donde se indica el área encargada de la implementación de la capacitación dispuesta por la Ley Micaela mencionada en el punto 1;

b. Programa de Capacitación en marco de la Ley Micaela;

c. Plan de Trabajo;

d. Providencia donde se detalle la documentación remitida, firmada por la persona a cargo del área indicada como responsable de la implementación de la capacitación.

2. Una vez incorporados estos documentos al expediente electrónico, la jurisdicción u organismo lo enviará al buzón grupal de la DCSPGyD (DCSPGYD#MMGYD-PVD), especificando en la providencia de pase que se remite para el inicio del procedimiento de certificación.

3. El equipo técnico de la DCSPGyD recibirá el expediente, analizará la documentación y vinculará al expediente un informe técnico claro y autosuficiente firmado por la Directora. El informe deberá explicitar si se cumple o no con los "Lineamientos para la elaboración de propuestas de capacitación en el marco de la Ley Micaela", identificado con el número de IF-2021-11436583-APNSSFIYPCI#MMGYD.

4. La DCSPGyD realizará el pase del expediente a la DNFCGyD.

5. La DNFCGyD remitirá el expediente a la Subsecretaría de Formación, Investigación y Políticas Culturales para la Igualdad (en adelante, SSFIyPCI) con una providencia donde dé cuenta de todo lo actuado por parte de la DCSPGyD

6. La SSFIyPCI remitirá el expediente a la jurisdicción de origen y ratificará la certificación siempre y cuando se cumplan los requisitos detallados.

ii. Jurisdicciones que no utilicen el sistema de Gestión Documental Electrónica La jurisdicción u organismo deberá enviar a la Mesa de Entradas del MMGYD meys@mingeneros.gob.ar los siguientes documentos:

a. Programa de Capacitación en el marco de la Ley Micaela;

b. Plan de Trabajo;

c. Nota mediante la cual se detalle la documentación remitida firmada por la persona responsable del área de enlace.

La Mesa de Entradas del MMGYD registrará los documentos enviados en el sistema de GDE y los enviará a la DCSPGyD, a la casilla de correo electrónico certificacionleymicaela@mingeneros.gob.ar,

Una vez se cuente con la documentación, se dará comienzo al circuito administrativo dentro del MMGYD:

1. La DCSPGYD solicitará la carátula a través del GDE al buzón grupal de la Coordinación de Gestión Documental (CGD) dependiente de la Dirección General de Administración (DGA). Usuario buzón grupal: CGD#MMGYD-PVD

2. El equipo de la DCSPGYD vinculará al expediente la documentación enviada por el organismo incluyendo la Nota mencionada en el punto 1.

3. El expediente seguirá con los pasos N° 3, 4, y 5 del apartado 2.i.

4. La SSFIyPCI remitirá el expediente a la DCSPGYD y ratificará la certificación siempre y cuando se cumplan los requisitos detallados.

5. La DCSPGYD solicitará mediante Providencia a Mesa de Entradas que notifique a la jurisdicción el resultado del procedimiento, se debe explicitar en qué N° de orden se encuentra la información a notificar y la casilla de correo electrónico a la cual se realizará la notificación.

6. Realizada la notificación, Mesa de Entradas envía el expediente al buzón de la DCSPGYD adjuntando el acuse de recibo al expediente.

III. Emisión de certificados

En el caso de que los organismos y/o jurisdicciones decidan otorgar certificados de aprobación, en el texto deberá constar que el Programa fue certificado por el MMGYD. Asimismo, se deberá identifica la fecha en la que se otorgó la certificación y el número de expediente electrónico por el cual tramitó.

IV. Solicitud de prórroga

La jurisdicción u organismo tendrá la posibilidad de solicitar una prórroga al plazo de 3 (tres) años de vigencia de la certificación. La solicitud tendrá como fin cumplir con lo dispuesto en el "Plan de Trabajo" y deberá ser fundada en cuestiones objetivas tales como, el tamaño de la planta a capacitar o la extensión territorial del personal a su cargo. Esta prórroga será otorgada a consideración de la DNFCGyD.

Para solicitar dicha prórroga, la jurisdicción u organismo deberá remitir el expediente por el cual se tramitó la certificación. En el expediente deberá vincularse una Providencia dirigida a la DNFCGyD en donde se detallen las razones por las cuales se solicita la prórroga y deberá ser firmada por la persona responsable del área de enlace.

La prórroga será otorgada a consideración de la DNFCGyD e informada mediante Providencia por la que se devolverá el expediente.

Las jurisdicciones u organismos que no utilicen sistema de GDE deberán enviar la solicitud por Nota firmada por la persona responsable del área de enlace a la Mesa de Entradas de MMGyD. La Mesa de Entradas la registrará en el sistema de GDE y la remitirá a la casilla de correo electrónico capacitaciongen@mingeneros.gob.ar para que el pedido sea analizado. La DNFCGyD vinculará la nota al expediente correspondiente y luego de su análisis vinculará una Providencia con la decisión.

Posteriormente, la DNFCGyD solicitará mediante Providencia a Mesa de Entradas que notifique a la jurisdicción el resultado del procedimiento. Se debe explicitar en qué N° de orden se encuentra la información a notificar y la casilla de correo electrónico a la cual se realizará la notificación. Realizada la notificación, Mesa de Entradas envía el expediente al buzón de la DCSPGYD adjuntando el acuse de recibo al expediente.

V. Presentación de Informes de Avance

Cada 12 meses, desde la fecha de certificación del programa, las jurisdicciones u organismos que hayan certificado sus propuestas de capacitación, deberán presentar los resultados de las capacitaciones llevadas a cabo.

a. Jurisdicciones que utilicen el sistema de Gestión Documental Electrónica

La jurisdicción u organismo remitirá el expediente electrónico, por el cual se tramitó la certificación del programa, al buzón de la DCSPGyD (DCSPGYD#MMGYD-PVD) vinculando un Informe que deberá contener:

a. Detalle de organismos/áreas que incluye.

b. Nombre del Programa.

c. Cantidad total de agentes del organismo al momento de emitir el informe, desagregada por género.

d. Cantidad y porcentaje de agentes inscriptos/as en las capacitaciones desagregadas por género.

e. Cantidad y porcentaje de inscriptos que aprobaron desagregadas por género

f. Cantidad y porcentaje de inscriptos que llegaron a la terminalidad pero no aprobaron desagregada por género. 1

La DCSPGyD tomará conocimiento de lo actuado y remitirá el expediente a la jurisdicción de origen.

b. Jurisdicciones que no utilicen el sistema de Gestión Documental Electrónica Deberán presentar el informe mencionado en el apartado V. a. por correo electrónico dirigido a la Mesa de Entradas del MMGYD. Se deberá indicar el número de expediente por el cual fue certificado su programa. La Mesa de Entradas registrará el informe en el sistema de GDE y lo remitirá a la casilla de correo electrónico certificacionleymicaela@mingeneros.gob.ar para que sea incorporado al expediente.

VI. Registro

La DNFyCGD y la DCSPGyD elaborarán un sistema de registro interno de los expedientes electrónicos por los que se tramiten las certificaciones de Programas de Capacitación en el marco de la Ley Micaela, así como de los Informes de Avance presentados, a los fines de recabar la información necesaria para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 7 de la Ley N° 27.499 de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, Ley Micaela.

VII. Glosario

GDE	Gestión Documental Electrónica
DCSPGyD	Dirección de Capacitación del Sector Público en Género y Diversidad
DNFCGyD	Dirección Nacional de Formación y Capacitación en Género y Diversidad
SSFIyPCI	Subsecretaría de Formación, Investigación y Políticas Culturales para la igualdad
CGD	Coordinación de Gestión Documental
DGA	Dirección General de Administración

VIII. Anexos

a. Modelo de Programa de Capacitación en el marco de la Ley Micaela

1. Nombre del/los organismo/s

2. Nombre de la actividad

- Emplear un nombre conciso y que dé cuenta de las principales características de la actividad.

- No incluir los términos "Taller", "Curso", "Curso de capacitación", "Seminario", porque éstos se refieren a la estrategia metodológica.

3. Fundamentación

4. Contribución esperada

5. Perfil de les participantes

- Consignar a qué organismo u organismos de la Administración Pública Nacional pertenecer les participantes.

6. Objetivos

- Describir objetivos generales y objetivos específicos

7. Contenidos a desarrollar

8. Estrategias metodológicas y recursos didácticos

- Describir metodologías, recursos didácticos, actividades y propuestas que se utilizarán para el abordaje de cada contenido, según los objetivos propuestos.

9. Descripción de la modalidad

Indicar si es:

- Presencial

- Semipresencial

- Virtual

10. Bibliografía para los/as participantes

11. Evaluación de los aprendizajes

- Descripción de una propuesta de trabajo final integrador.

12. Instrumentos para la evaluación

13. Perfil de los/as docentes:

14. Requisitos de asistencia y aprobación

15. Duración en horas

16. Lugar

- En una actividad presencial, indicar lugar físico.

- En una actividad virtual, indicar la URL de la plataforma.

b. Modelo de Plan de Trabajo

Plan de trabajo "Capacitación obligatoria en género y violencia por motivos de género" (ley 27.499)	
Fecha de Elaboración:	
Vigencia del Plan*:	Inicio / /2020
***fechar periodo**	Cierre: / /2022
Organismo (s)	
Cantidad total de agentes en el organismo*:	
Cantidad de agentes capacitades y certificades por el ex INAM en 2019: *Detallar si la propuesta fue: Autoadministrada o Tutorada.	
Cantidad total de agentes a capacitar 2020,2021 y 2022 con proyecto certificado por MMGyD:	
***Independientemente de la forma de contratación.**	***Expresado en totales.**

Objetivo	Actividad	Tarea	Equipo Interviniente		Medio de verificación	Resultado	Cronograma (mensual)		
			Responsable	Area			1 octubre	2 Noviembre	3 Diciembre

NOTAS AL PIE:

1 Todas las categorías deberán contemplar las altas y las bajas que se den al interior del organismo al momento de presentar el informe

ANEXO II

Lineamientos para la elaboración de propuestas de capacitación en el marco de la Ley Micaela

El objetivo de este documento es establecer los requisitos que deben cumplir las propuestas de capacitaciones que se certifiquen en el marco de lo que indica la Ley N° 27.499, ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado.

Al fin, se describe cómo debe formularse la capacitación, qué contenidos mínimos se abordarán, la bibliografía sugerida a trabajar en la formación, la duración e implementación de la propuesta y, por último, las estrategias pedagógicas a utilizar para que la capacitación sea efectiva.

I. Formulación de la propuesta de capacitación

La propuesta de capacitación debe tender a identificar déficits o problemas vinculados a Género y Diversidad de acuerdo a las competencias de la jurisdicción en particular.

La búsqueda de esa respuesta será lo que motive el diseño del programa, por eso es fundamental identificar aquello que se quiere modificar. Es decir, la propuesta debe dar cuenta de lo situado, reconocer el perjuicio o daño singular que está teniendo lugar y visibilizar que es producto de violencias por motivos de género.

Esta situación identificada deberá vincularse con claridad con los ejes o temáticas que correspondan a la institución u organismo que propone la capacitación. En otras palabras, la formación propuesta deberá enmarcarse claramente con la especialidad, competencias y funciones que lleve adelante el organismo.

Por último, se deberán formular objetivos y líneas de acción, planificar actividades y establecer el tiempo estimado para su desarrollo.

II. Contenidos mínimos y bibliografía

El "Programa de Capacitación en el marco de la Ley Micaela" debe estar diseñado a partir del piso mínimo de contenidos que, a fines didácticos, se organiza en cuatro grandes ejes temáticos: 1. Derechos Humanos. Marco Normativo Nacional e Internacional; 2. Introducción a la perspectiva de género. Conceptos básicos; 3. Violencias basadas en el género como problemática social; y 4. La perspectiva de género en los organismos del Estado.

El objetivo es brindar un acercamiento a la normativa internacional, regional y nacional que reconoce a las violencias por motivos de género como una problemática central. El abordaje siempre será desde un enfoque de derechos humanos de las mujeres y LGTBI, teniendo en cuenta la responsabilidad el Estado en la falta de protección y garantía en el ejercicio de los derechos. De esta manera, se busca visibilizar y analizar las desigualdades entre los géneros y las relaciones de poder existentes, para alcanzar una intervención y modificación desde las políticas públicas de cada organismo.

Asimismo, se debe apuntar a prevenir y promover la adecuada intervención frente a situaciones de violencias por motivos de género en los ámbitos laborales, como así también, interpelar sobre la urgencia de transversalizar la perspectiva de género y de la diversidad en el diseño e implementación de políticas públicas de cada sector.

En cada uno de estos ejes, desarrollados en los apartados siguientes, se brinda bibliografía sugerida para ser analizada en la capacitación. En relación a esto último, se aclara que pueden utilizarse bibliografías adicionales siempre que sean pertinentes, estén en relación a los contenidos, se adecuen a las características de los/as participantes y se aborden desde una perspectiva de género y derechos. En este sentido, se recomienda utilizar bibliografía situada, de referencias nacionales, plurinacionales y latinoamericanas, de manera conjunta con otras producciones internacionales.

La utilización de los textos y/o recursos debe ajustarse a las leyes de protección de propiedad intelectual y derechos de autor/a. La selección de títulos relevantes relacionados con los contenidos deberá indicarse siguiendo las normas de referencias bibliográficas del manual de estilo de APA (American Psychological Association) o estilo Vancouver.

III. Ejes temáticos

1. Derechos Humanos. Marco Normativo nacional e internacional.

a. Contenidos Obligatorios

- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW por sus siglas en inglés (1979) aprobada por Ley N° 23.179.

Protocolo Facultativo de la CEDAW (2006) aprobado por Ley N° 26.171. Concepto de discriminación contra las mujeres. Discriminación en todos los aspectos de la vida de las mujeres. Compromisos de los Estados.

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belem do Pará" (1994) aprobada por Ley N° 24.632. Definición de violencia contra la mujer. Deberes de los Estados.

- Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género, "Principios de Yogyakarta", (2007). Protección de los Derechos Humanos frente a la discriminación y la violencia basada en la identidad de género y la orientación sexual. Principio 2. El derecho a la igualdad y a la no discriminación.

- Convención sobre los Derechos del Niño (1989), aprobada por Ley N° 23849. Paradigma de niñez, sujetos/as de derechos.

- Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (2009), actualizada por Ley N° 27.501 y Ley N° 27.533 de 2019. Tipos y modalidades de violencia. Definición de violencia contra las mujeres, tipos y modalidades. Lineamientos básicos para las políticas estatales.

- Ley 26.743 de Identidad de Género (2012). Derecho al reconocimiento de la identidad de género y al libre desarrollo conforme a la misma. Trato digno, derecho a ser tratado/a de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificado/a de ese modo en los instrumentos que acreditan identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrado/a.

- Ley 27.499, ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género y Violencia contra las Mujeres para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, (2018). Importancia de la perspectiva de género en las prácticas del Estado. Obligatoriedad. Responsabilidades institucionales.

b. Bibliografía y normativa sugerida

- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW por sus siglas en inglés (1979).

-Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará" (1994).

- Convenio N° 190 sobre la violencia y el acoso, Organización Internacional del Trabajo, (2019).

-Decreto N° 721/2020 de Cupo laboral para personas travestis, transexuales y transgénero en el Sector Público Nacional (2020).

- Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2005).

- Ley 26.150- Programa Nacional de Educación Sexual Integral (2006).

- Ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (2008).

- Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, (2009).

- Ley 26.618 de Matrimonio Civil (2010).

- Ley 26.743 de Identidad de Género (2012).

- Ley 26.994 - Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2014).

- Ley 27.499, ley Micaela de Capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado (2018).

- Ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (2020).

- Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género, "Principios de Yogyakarta", (2007).

- Carli, S. (2010). Notas para pensar la infancia en la Argentina (1983-2001): Figuras de la historia reciente. Educação em Revista, 26 (01), 351-382.

- Fonseca, C. (1999). Derechos de los más y menos humanos. Horizontes Antropológicos, 5 (10), 83-121.

- Villalta, C. (Comp.). (2010). Infancia, justicia y derechos humanos. Editorial de la Universidad Nacional de Quilmes.

2. Introducción a la Perspectiva de Género y Diversidad. Conceptos Básicos

a. Contenidos Obligatorios

- Sexo y género. Estereotipos de género.

- Diferencia sexo – género. Carácter relacional. Reconocimiento de las relaciones de poder existentes entre los géneros. Interpretación histórica y social de dichas relaciones, considerando que han sido construidas social e históricamente, con privilegio histórico hacia los varones como grupo social. Discriminación hacia mujeres y diversidades, y su influencia en la constitución psíquica y social de las personas. Los estereotipos de género, su condición de construcción histórica con distintas características en diferentes tiempos y espacios. Relaciones de género e intersecciones con las relaciones de clase, etnia, edad, orientación sexual, religión.

Categorías de análisis.

- Identidades de género, orientaciones sexuales, expresiones de género.

- Abordar la diferenciación entre sexo, género, identidad de género y orientación sexual. Construcción cultural de relaciones e identidades, procesos de subjetivación.

- Jerarquías y relaciones de poder. Introducción al concepto de patriarcado. Binarismo. Cisexismo y heteronormatividad.

- Comprender los procesos de desigualdades entre géneros. Dimensionar los efectos del patriarcado –en tanto régimen de inteligibilidad- y su incidencia en las vidas de las personas que no cumplen con lo que norma.

b. Bibliografía sugerida

- Barrancos, D. (2011). Género y ciudadanía en la Argentina. Nordic Journal of Latin American and Caribbean Studies. 41 (1-2), 23-39. http://doi.org/10.16993/ibero.45 - Berkins, L. (2013). Existenciarios Trans. En Fernández, A. M., & Siqueira Peres, W. (Ed.) La diferencia desquiciada. Biblos.

- Bonder, G. (1998). Género y subjetividad: avatares de una relación no evidente. En Montecino, S. y Obach King, A. (comp.), Género y epistemología (pp. 29-55). Universidad de Chile.

- Cabral, M., (2009). Versiones. En Cabral, M. (ed.) Interdicciones: Escrituras de la intersexualidad en castellano (pp. 101-121). Anarrés Editorial.

- Connell, R. (2003) La organización social de la masculinidad. En Lomas, C. (comp). ¿Todos los hombres son iguales? Identidades masculinas y cambios sociales (pp. 41). Paidós.

- Dorlin, E. (2009). Sexo, género y sexualidades. Introducción a la teoría feminista. Nueva Visión.

- Faur, E. (2005). Masculinidades y Familia. En Donini, A., Faur, E., García Rojas, A. D., Villa, A., Sexualidad y familia. Crisis y desafíos frente al siglo XXI. Noveduc.

- Fernández, A. M. (2013). El orden sexual moderno ¿la diferencia desquiciada?. En Fernández, A. M. y Siqueira Peres, W., La diferencia desquiciada. Biblos.

-Fernández, A. M (2017). Las lógicas sexuales actuales y sus com-posiciones identitarias. En Meler, I. (comp.), Género y psicoanálisis: Escritos sobre el amor, el trabajo, la sexualidad y la violencia. Paidós.

- Fernández, J. (2003). Los cuerpos del feminismo. En Maffia, D. (Comp.) Sexualidades migrantes: Género y transgénero. Feminaria Editora.

- Figari, C. (2012). Discursos sobre la sexualidad. En Sexualidades, desigualdades y derechos. Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos. Ciencia, Derecho y Sociedad, Universidad Nacional de Córdoba.

- González Gabaldón, B. (1999). Los estereotipos como factor de socialización en el género. Comunicar, (12), 79-88. http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15801212.

- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2020), Primera Encuesta sobre Población Trans 2012: Travestis, Transexuales, Transgéneros y Hombres Trans, https://www.indec.gob.ar/micro_sitios/WebEncuestaTrans/pp_encuesta_trans_se t2012.pdf

- Kandel, E. (2006). División sexual del trabajo ayer y hoy. Editorial Dunken.

- Lamas, M. (1996). La perspectiva de género. La Tarea, Revista de Educación y Cultura de la sección 47 del SNT, (8), 216-229.

- Lamas, M. (1998). La violencia del sexismo. En Sánchez Vázquez, A. (Ed.), El mundo de la violencia. Universidad Autónoma de México.

- Maffia, D., y Cabral, M. (2003). Los sexos ¿son o se hacen?. En D. Maffia, (Comp.), Sexualidades migrantes. Género y transgénero (pp. 86-96). Feminaria Editora.

- Maffía, D. (2003). Contra las dicotomías: feminismo y epistemología crítica. Universidad de Buenos Aires - Instituto Interdisciplinario de Estudios de Género.

- Marqués, J. V. (1997). Varón y patriarcado. Masculinidades. Poder y crisis. Ediciones de las Mujeres.

- Mattio, E. (2012). ¿De qué hablamos cuando hablamos de género? Una introducción conceptual. En Moran Faundes, J. (Comp.), Reflexiones en torno a los derechos sexuales y reproductivos (pp. 85-102). Ciencia, Derecho y Sociedad, Universidad Nacional de Córdoba.

- Portolés, O. A. (2005). Debates sobre el género. En C. Amorós, C. y de Miguel, A. (Eds.), Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización, Vol. 3. Editorial Minerva.

- Preciado, B. (2005). Multitudes Queer: notas para una política de los "anormales". Nombres. Revista de Filosofía, 15(19), 1572-166. https://revistas.unc.edu.ar/index.php/NOMBRES/article/view/2338

- Scott, J. W. (1996). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En Lamas, M. (Comp.), El género: la construcción cultural de la diferencia sexual. PUEG.

- Tarducci, M. y Zelarallán, M. (2016). Nuevas historias: géneros, convenciones e instituciones. En Merchán, C. y Fink, N. (Comp.), Ni una Menos desde los primeros años: Educación en géneros para infancias más libres. Las Juanas Editoras.

3. Violencias por motivos de género como problemática social

a. Contenidos Obligatorios

- Violencia por motivos de género.

- Tipos y modalidades. Violencias producto de la desigualdad.

- Mecanismos que operan naturalizando e invisibilizando las violencias: Mitos sobre la violencia por motivos de género. Mitos sobre el amor romántico. Micromachismos.

- Odio de género(s): Femicidios. Travesticidios, Transfemicidios y crímenes de odio. Travesticidio social. Violencias desde una mirada interseccional: intersección de género con otras categorías como clase, etnia, etc.

b. Bibliografía sugerida

- Bonino, L. (2004). Los micromachismos. La Cibeles, 2(1.6).

- Esteban Galarza, M. (2011). Crítica del Pensamiento Amoroso. Ediciones Bellaterra

- Fernández, A. M. (1989). Violencia y conyugalidad: una relación necesaria. La gestión de las fragilidades y resistencias femeninas en las relaciones de poder entre los géneros. En Giberti, E., Fernández, A. M. y Bonder, G. (comp.), La mujer y la violencia invisible. Editorial Sudamericana.

- Fernández Boccardo, M. (2013). Mujeres que callan. Violencias de género y efectos en la subjetividad femenina. Entreideas.

- Hercovich, I. (1997). El enigma sexual de la violación. Biblos.

- Herrera Gómez, C. (2010) La construcción sociocultural del amor romántico. Fundamentos

- Lagarde, M. (2008). Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres. En Bullen, M. y Diez Mintegui, C. (Comp.), Retos teóricos y nuevas prácticas (pp. 209-240). Ankulegi.

- Lamas, M. (1998). La violencia del sexismo. En Sánchez Vázquez, A. (coord.), El mundo de la violencia. Fondo de Cultura Económica.

- Lorde, A. (1984). La hermana, la extranjera. Artículos y conferencias. Editorial Horas y Horas.

- Lugones, M. (2008) Colonialidad y género. Revista Tabula Rasa, 8. http://es.scribd.com/doc/71742411/Colonialidad-y-Genero-MariaLugones#scribd

- Malacalza, L. (2018). Violencia contra las mujeres: Un modelo de gestión securitario y privatista. Revista institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14 (8). https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/revista14.pdf

- Masson, L. (2007). Feministas en todas partes: una etnografía de espacios y narrativas feministas en Argentina. Prometeo.

- Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2017), La Revolución de las Mariposas – A diez años de La Gesta del Nombre Propio https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/la_revolucion_de_las_mariposa s.pdf

- Segato, R. (2004). Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. Prometeo.

- Velázquez, S. (2003). Violencias cotidianas, violencia de género. Escuchar, comprender, ayudar. Editorial Paidós.

- Viveros Vigoya, M. (2016). La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación. Debate Feminista, 52, 1-17.

4. La perspectiva de género en los organismos del Estado.

a. Contenido Obligatorio

- Género y Derechos Humanos. Intervenciones y corresponsabilidad en los organismos del Estado.

- Transversalización de la perspectiva de género y diversidad dentro de las instituciones. Buenas prácticas. Responsabilidad del estado ante las situaciones de violencia.

- Transversalizar la perspectiva de género y diversidad en los espacios de trabajo. ¿Qué tipo de acciones supone? ¿Cómo implementar políticas públicas con perspectiva de género y diversidad dentro de la institución a la que pertenecemos?

- Reparación, responsabilidad y corresponsabilidad ante las situaciones de violencia. Herramientas y recursos básicos para la identificación y orientación ante casos de violencia de género en el ámbito de trabajo: información, acompañamiento y derivación. Buenas prácticas.

- La Línea 144 del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad como recurso de asesoramiento, contención e información para personas en situación de violencia y también para instituciones públicas. Producción de recomendaciones para la identificación, orientación y/o derivación de situaciones de violencia por motivos de género en los organismos.

b. Bibliografía sugerida

- Amorós, C., y De Miguel, A. (2007). Teoría feminista, de la ilustración a la globalización. Minerva Ediciones.

- Crenshaw, K. (2012). Cartografiando los márgenes: Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color. En Platero, R. (Ed), Intersecciones: Cuerpos y sexualidades en la encrucijada. Ediciones Bellaterra.

- Bringiotti, M.I. (2015). Violencias en la Escuela: nuevos problemas, diferentes intervenciones. Paidós.

- Contrera, L. y Cuello, N. (2016). Cuerpos sin patrones. Resistencias desde las geografías desmesuradas de la carne. Editorial Madreselva.

- Foucault, M. (2008). Historia de la sexualidad 1. La voluntad de saber. Siglo XXI Editores.

- Hooks, B. (2017) El feminismo es para todo el mundo. Traficantes de Sueños.

- Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (2016). Diversidad sexual en el ámbito del trabajo: guía informativa para sindicatos. http://www.inadi.gob.ar/contenidos-digitales/wpcontent/uploads/2016/03/diversidad-sexual-en-el-ambito-del-trabajo.pdf

- Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo – INADI (2016). Intersexualidad. http://www.inadi.gob.ar/contenidos-digitales/wp-content/uploads/2016/03/intersexualidad.pdf

- Lamas, M. (1996). La perspectiva de género. La Tarea, Revista de Educación y Cultura de la sección 47 del SNT, (8), 216-229.

- Maffía, D., Berkins, L., Cabral, M., Fernández-Guadaño, J., Fisher Pfaeffle, A., Giberti, E., y Soley-Beltran, P. (2003). Sexualidades migrantes género y transgénero. Feminaria Editora.

- Mansilla, G. (2014). Yo nena, yo princesa: Luana, la niña que eligió su propio nombre, Universidad Nacional de General Sarmiento.

- Ochoa, L. (2007). Una propuesta de pedagogía feminista: teorizar y construir desde el Género, la pedagogía, y las prácticas educativas feministas. I Coloquio Nacional Género en Educación. Universidad Pedagógica Nacional , Fundación para la Cultura del Maestro, Ciudad de México, México.

- Osborne, R. (2009). Apuntes sobre violencia de género. Bellaterra.

- Pavan, L. (2016). Niñez trans: experiencia de reconocimiento y derecho a la identidad. Universidad Nacional de General Belgrano.

- Pitch, T. (2006) Tess y yo: la diferencia y las desigualdades en la diferencia. En Birgín, H. y Kohen, B. (Comp.), Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas. Biblos.

- Rodriguez Gusta´, A. L. (2008). Las políticas sensibles al género: variedades conceptuales y desafíos de intervención. Temas y debates: revista universitaria de ciencias sociales, 12(16), 109-130.

- Scott, J. W. (2009). Género e historia. Fondo de Cultura Económica.

- Segato, R. (2013). La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez. Tinta Limón.

- Vargas, V. (2002). Las agendas políticas feministas en un mundo cambiante. En Guzma´n, V., Las relaciones de género en un mundo global. Unidad de la Mujer. Serie Mujer y Desarrollo, 38. CEPAL.

- Varela, N. (2008). Feminismo para principiantes. Ediciones B.

- Varela, N. (2017). Íbamos a ser reinas: mentiras y complicidades que sustentan la violencia contra las mujeres. Ediciones B.

- Vazquez Laba, V. (2019). Feminismo, género y transgénero: Breve historia desde el siglo XIX hasta nuestros días. UNSAM Edita.

- Velazquez, S. (2003). Violencias cotidianas, violencia de género: Escuchar, comprender, ayudar. Paido´s.

- Weeks, J. (1998). La invención de la sexualidad. Paidós.

- Wittig, M. (2015). El pensamiento heterosexual y otros ensayos. Libros de la Mala Semilla.

IV. Duración e implementación

El desarrollo de la propuesta debe durar un mínimo de 20 horas reloj. No obstante, al menos 4 horas deben ser dictadas en formato taller (no exposiciones) y requerir la presencia de las/os participantes. Durante esa cantidad de tiempo deberán abordarse, en general, las violencias por motivos de género (hacia mujeres y LGTBI, etc.) y, en particular, las formas que asumen en el lugar y organismo en que se dicta la capacitación (en lo cotidiano, en relación a la atención al público, al diseño de las políticas públicas, que evidencien qué cuestiones se dejan por fuera, quiénes son los/as omitidos/as en las propuestas, etc.).

Además, en el abordaje de los contenidos de los ejes temáticos 2, 3 y 4, debe tener lugar al menos un espacio de intercambio y debate. Se debe detallar y consignar qué formato tuvo ese espacio (foro, grupo de Facebook o WhatsApp, encuentros presenciales, etc.), cuánto duró, cantidad de participantes, los ejes centrales del intercambio, entre otras cuestiones.

V. Estrategias Pedagógicas y Metodológicas

Es importante que el diseño de una capacitación en género refleje las claves que deben estar presentes para lograr una transformación cultural. En este sentido, desde el punto de vista metodológico, se recomienda el uso de pedagogías feministas que se distinguen por su carácter abierto y su énfasis especial en la deconstrucción de las ideas y prácticas que sostienen la estructura patriarcal.

Siguiendo a Maceira Ochoa (2007), la pedagogía feminista comprende un conjunto de discursos a la vez que constituye una práctica política y una manera específica de educar. Este tipo de pedagogía propone "echar una nueva mirada a propuestas político-pedagógicas emancipadoras [...] posicionándose críticamente ante el poder y la dominación masculinos, y promoviendo la libertad y el fortalecimiento de las mujeres, para construir de manera colectiva una sociedad más libre y democrática".

Asimismo, es necesario que las propuestas de formación recuperen las experiencias de trabajo desde los feminismos populares y en experiencias pedagógicas feministas. En este sentido, es que se deben priorizar los espacios de reflexión con el objetivo de promover la deconstrucción de categorías duales, binarias; la valoración del diálogo en la práctica política y el sistemático cuestionamiento a la cultura androcéntrica. Por eso, se promueve el uso de una metodología de producción colaborativa que parta de reconocer saberes previos, traídos a partir de actividades que habiliten su identificación, para luego ir hacia la problematización de núcleos temáticos con exposición dialógica de quienes guíen cada encuentro.

El proceso pedagógico debe centrarse en el aprendizaje relacional que es el que construye nuevos sentidos y asociaciones entre conceptos, a partir de los conocimientos previos y experiencias vividas. Las dinámicas pedagógicas deberán ir hacia la búsqueda de interpelar, no sólo las prácticas en el ámbito laboral, sino también la dimensión de la vida cotidiana, y plantear la pregunta sobre cómo se construyen relaciones sociales igualitarias.

Por estas razones se requiere que la implementación de la capacitación cuenta con una combinación de diferentes estrategias: trabajo en pequeños grupos, exposición y debate de posiciones contrapuestas, puestas en común de manera individual y/o colectiva sobre los ejes temáticos propuestos e integración de conceptos, lectura crítica, individual y colectiva, entre otras. Asimismo, se recomienda la realización de dinámicas pedagógicas con insumos audiovisuales referidos al tema, así como también, el uso de materiales específicos sobre el marco legal, periodísticos o narrativos, según el caso; la implementación de actividades lúdicas participativas y dinámicas.

La construcción colectiva del conocimiento y de la enseñanza genera espacios fructíferos para la puesta en valor de las experiencias propias, creación y reflexión crítica. Tomar posición desde una pedagogía crítica constituye una herramienta estratégica para deconstruir las relaciones de reproducción social y

cultural de dominación y, en ese sentido, es fundamental que las propuestas de capacitación cuenten con esta mirada.

RESOLUCIÓN 116 (M.T.)

Ministerio de Transporte – 2020-2023 – Aprobación del "Plan Estratégico para la incorporación de la perspectiva de género".

Fecha: 15/04/2021

Publicación: B.O. 19/04/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2020-84644925- -APN-DGD#MTR, las Leyes N° 22.520 de Ministerios (t.o. Decreto N° 438/92), N° 23.179, N° 24.632, N° 26.743, N° 26.485, N° 27.501, N° 27.533 y N° 27.499, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 7 de fecha 10 de diciembre de 2019, los Decretos N° 50 de fecha 19 de diciembre de 2019 modificado por sus similares N° 335 de fecha 4 de abril de 2020 y N° 532 de fecha 9 de junio de 2020, y N° 721 de fecha 4 de septiembre de 2020, la Decisión Administrativa N° 1740 de fecha 22 de septiembre de 2020; y

CONSIDERANDO:

Que por las actuaciones citadas en el Visto se propicia aprobar el "Plan Estratégico para la incorporación de la Perspectiva de Género en el ámbito de competencia del Ministerio de Transporte - 2020-2023" elaborado por la DIRECCIÓN DE POLÍTICAS DE GÉNEROS Y DIVERSIDADES dependiente de la UNIDAD GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE TRANSPORTE, tendiente a transversalizar la perspectiva de género en las políticas de competencia de esta Cartera de Estado, como así también en los organismos y empresas actuantes en su órbita jurisdiccional.

Que la Ley N° 23.179 aprobó la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por la Resolución Nº 34 de la ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS de fecha 18 de diciembre de 1979, suscripta por la REPÚBLICA ARGENTINA en fecha 17 de julio de 1980.

Que el artículo 11 de la citada ley estableció el compromiso de los Estados Parte de garantizar la adopción de todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos.

Que 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 tiene como objeto promover y garantizar la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones; el derecho a las mujeres a vivir una vida sin violencia; 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; el desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres, entre otras; y, a su vez, establece dentro de sus objetivos, promover y garantizar la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres.

Que el artículo 7° de la citada Ley N° 26.485 establece que los poderes del Estado en todos sus ámbitos deben adoptar las medidas necesarias y ratificar en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones.

Que, para ello, el referido artículo 7° estipula en sus incisos que los tres poderes del Estado "(…) deberán garantizar los siguientes preceptos rectores: a) eliminar la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres; b) adoptar las medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia; c) asistir en forma integral y oportuna de las mujeres y diversidades que padecen cualquier tipo de violencia; d) adoptar el principio de transversalidad en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios; e) incentivar a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales; f) respetar el derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece; g) garantizar la existencia y disponibilidad de recursos económicos; h) todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres".

Que, por otra parte, la Ley N° 26.743 de Derecho a la Identidad de Género de las Personas tiene como objetivo el derecho al reconocimiento, trato, identificación y libre desarrollo de las personas conforme su identidad de género auto percibida.

Que, asimismo, la Ley N° 27.499 establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violen-

cia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

Que por la Ley de Ministerios N° 22.520 (T.O. Decreto N° 438/92), modificada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 7 de fecha 10 de diciembre de 2019, compete al MINISTERIO DE TRANSPORTE entender en todo lo inherente al transporte aéreo, ferroviario, automotor, fluvial y marítimo, y a la actividad vial.

Que, conforme se estipula en los considerandos del mentado Decreto de Necesidad y Urgencia N° 7 de fecha 10 de diciembre de 2019, el gobierno asume como objetivo prioritario, expresado en la conformación del MINISTERIO DE MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, el compromiso con los derechos de las mujeres y diversidades, frente a toda forma de discriminación y violencia 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, en un todo de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes N° 26.485, N° 26.743, N° 27.501 y N° 27.533 como así también en relación con los compromisos internacionales asumidos en la materia.

Que, en este contexto, en fecha 14 de julio de 2020 se suscribió entre el MINISTERIO DE MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDADES y el MINISTERIO DE TRANSPORTE un Convenio Marco de Asistencia recíproca, registrado en el sistema de Gestión Documental Electrónica bajo el N° CONVE-2020-44915363-APN-MMGYD, por el que las partes acordaron establecer un marco institucional de mutua colaboración en el desarrollo y coordinación de acciones trasversales concernientes a la promoción y protección de los derechos de las mujeres y personas LGBTI+ y, a su vez, ejecutar acciones trasversales para la prevención, asistencia y atención de situaciones de violencia por razones de género.

Que por Decreto N° 721 de fecha de fecha 3 de septiembre de 2020 se establece el que en el Sector Público Nacional, en los términos del artículo 8° de la Ley N° 24.156, 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; porcentaje que deberá ser asignado a las mencionadas personas en cualquiera de las modalidades de contratación vigentes.

Que por la Decisión Administrativa N° 1740 de fecha 22 de septiembre de 2020 se aprobó la estructura organizativa de primer y segundo nivel de este MINISTERIO DE TRANSPORTE, de conformidad con el Organigrama y las Responsabilidades Primarias y Acciones que forman parte integrante de dicha norma.

Que por la mencionada norma se creó la DIRECCIÓN DE POLÍTICAS DE GÉNERO Y DIVERSIDADES dependiente de la UNIDAD GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE TRANSPORTE la cual tiene como responsabilidad primaria asistir a la UNIDAD GABINETE DE ASESORES en el diseño y ejecución de programas, planes y proyectos en materia de transporte con perspectiva de género y diversidades, y en la implementación de acciones de monitoreo, prevención y abordaje de toda forma de discriminación y violencia hacia las mujeres y las diversidades en el ámbito del Ministerio; como así también en los organismos y empresas actuantes en su órbita jurisdiccional, en coordinación con las áreas de la Administración Pública Nacional con competencia en la materia.

Que la DIRECCIÓN DE POLÍTICAS DE GÉNEROS Y DIVERSIDADES dependiente de la UNIDAD GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE TRANSPORTE, mediante el Informe N° IF-2021-00457345-APN-DPGYD#MTR de fecha 5 de enero de 2021, de acuerdo a las consideraciones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, en su documento del año 2007 "Género y transporte: experiencias y visiones de política pública en América Latina", señaló que "(…) para corregir los desequilibrios de género y las desigualdades entre hombres y mujeres en los sistemas de transporte y en el diseño urbano de las ciudades, desde un enfoque de inclusión, accesibilidad y sostenibilidad, es fundamental incorporar a las mujeres y las consideraciones de género en todos los procesos de planificación y los marcos de políticas de transporte (...). Es fundamental transversalizar la agenda de género en el sector, mediante la sensibilización y capacitación en temas de género e igualdad entre hombres y mujeres para todas las instituciones y organizaciones del sector, en todos los niveles y de forma independiente de los temas de acoso o violencia".

Que, en el marco de las responsabilidades y acciones atribuidas a la DIRECCIÓN DE POLÍTICAS DE GÉNEROS Y DIVERSIDADES dependiente de la UNIDAD GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE TRANSPORTE, se elaboró el "Plan Estratégico para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de competencia del Ministerio de Transporte para los años 2020-2023", registrado en el sistema de Gestión Documental Electrónica bajo el Nº (IF-2021-00457345-APN-DPGYD#MTR).

Que, a su vez, la DIRECCIÓN DE POLÍTICAS DE GÉNEROS Y DIVERSIDADES de esta Cartera ministerial señaló en el Informe Nº IF-2021-00457345-

APN-DPGYD#MTR de fecha 4 de enero de 2021 que la incorporación del MINISTERIO DE TRANSPORTE como autoridad nacional del vínculo entre el sector transporte y el género resulta esencial, por ser dicho sector transversal y representativo de las desigualdades socioeconómicas y de género, para reducir y eliminar las diferencias entre varones y mujeres y LGTBI+.

Que el Plan Estratégico propiciado tiene como objetivo alcanzar la igualdad y equidad de género y diversidades en el sector transporte entendiendo como tal la igualdad de derechos y oportunidades para trasladarse y participar en el sector en las mismas condiciones de seguridad, comodidad y eficiencia, y poder acceder a las mismas oportunidades, bienes y servicios que los varones, así como el reconocimiento de una voz hasta ahora silenciada en las decisiones y la planificación por su escasa presencia en el sector producto de los estereotipos y limitaciones culturales vinculadas a competencias tradicionalmente masculinas y a condiciones de trabajo poco facilitadoras de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

Que la incorporación de estos colectivos en todas las instancias del transporte, planificación, diseño de las redes, políticas y medidas e instancias de decisión facilitará que se atiendan las demandas y necesidades específicas de las mujeres y LGTBI+ para así lograr un transporte más equitativo e inclusivo socialmente.

Que, para lograr este objetivo, es necesario incorporar la perspectiva de género en todo el ciclo de la política pública del sector, desde su diagnóstico, proyecto, implementación y evaluación.

Que, asimismo, la mencionada DIRECCIÓN DE POLÍTICAS DE GÉNEROS Y DIVERSIDADES, mediante el Informe Nº IF-2021-14607680-APN-DPGYD#MTR de fecha 19 de febrero de 2021, señaló que todos los objetivos incorporados al Plan Estratégico son concordantes con la responsabilidad primaria y con las acciones otorgadas a esa dependencia por la citada Decisión Administrativa N° 1740/20.

Que han tomado intervención en el ámbito de sus respectivas competencias y prestado conformidad la SECRETARÍA DE ARTICULACIÓN INTERJURISDICCIONAL (conf. Providencia Nº PV-2021-17145107-APN-SAI#MTR de fecha 26 de febrero de 2021), la SECRETARÍA DE PLANIFICACIÓN DEL TRANSPORTE (conf. Informe N° IF-2021-18226327-APN-SECPT#MTR de fecha 2 de marzo de 2021), la DIRECCIÓN NACIONAL DE REGULACIÓN NORMATIVA DE TRANSPORTE (conf. Informe Nº IF-2021-19286714-APN-DNRNTR#MTR de fecha 4 de marzo de 2021), la SUBSECRETARÍA DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA (conf. Providencia N° PV-2021-20836251-APN-SSGA#MTR de fecha 9 de marzo de 2021) y la DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES INSTITUCIONALES (conf. Providencia N° PV-2021-23623175-APN-DGRI#MTR de fecha 17 de marzo de 2021), todas del MINISTERIO DE TRANSPORTE.

Que, en atención a los argumentos expuestos en los considerandos precedentes, resulta necesario aprobar el "Plan Estratégico para la incorporación de la Perspectiva de Género en el ámbito de competencia del Ministerio de Transporte - 2020-2023", por resultar una herramienta fundamental para planificar con horizontes a corto, mediano y largo plazo, políticas orientadas a condensar en el sector transporte el conjunto de normas y conquistas nacionales e internacionales para alcanzar la igualdad de género y diversidades.

Que la DIRECCIÓN DE POLÍTICAS DE GÉNERO Y DIVERSIDADES dependiente de la UNIDAD GABINETE DE ASESORES DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE,ha tomado la intervención de su competencia.

Que la DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES INSTITUCIONALES dependiente de la UNIDAD GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE TRANSPORTE ha tomado la intervención de su competencia.

Que la UNIDAD GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE TRANSPORTE ha tomado la intervención de su competencia.

Que la DIRECCIÓN NACIONAL DE REGULACIÓN NORMATIVA DE TRANSPORTE dependiente de la SECRETARÍA DE GESTIÓN DE TRANSPORTE del MINISTERIO DE TRANSPORTE ha tomado la intervención de su competencia.

Que la SECRETARÍA DE ARTICULACIÓN INTERJURISDICCIONAL del MINISTERIO DE TRANSPORTE ha tomado la intervención de su competencia.

Que la SECRETARÍA DE PLANIFICACIÓN DE TRANSPORTE del MINISTERIO DE TRANSPORTE ha tomado la intervención de su competencia.

Que la SUBSECRETARÍA DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE TRANSPORTE ha tomado la intervención de su competencia.

Que la DIRECCIÓN DE DICTÁMENES dependiente de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SUBSECRETARÍA DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE TRANSPORTE ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por la Ley de Ministerios N° 22.520 (T.O. Decreto N° 438/92).

Por ello:

El Ministro de Transporte resuelve:

Art. 1° - Apruébase el "Plan Estratégico para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de competencia del Ministerio de Transporte - 2020-2023", tendiente a transversalizar la perspectiva de género en las políticas de competencia del MINISTERIO DE TRANSPORTE como así también en los organismos y empresas actuantes en su órbita jurisdiccional, el que como Anexo (IF-2021-23927015-APN-DPGYD#MTR) forma parte integrante de la presente medida.

Art. 2° - Comuníquese, etc. - Meoni.

ANEXO

"Plan Estratégico para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de competencia del Ministerio de Transporte - 2020 -2023".

Glosario

Para garantizar una mejor comprensión del documento, definimos a continuación conceptos claves dentro de la temática. Los mismos fueron extraídos de distintas fuentes, citadas al final del documento, y en el marco de la normativa que nos rige a nivel nacional.

Acoso - acosar significa molestar a alguien de una manera constante o repetida, generando alarma o angustia. El acoso es cualquier tipo de acción física o no física que sea no deseada, no solicitada y mal recibida, y que sea dirigida a las mujeres por razón de su género, haciéndolas sentir incómodas o temerosas por su propia seguridad. Las acciones que se abarcan incluyen un amplio rango desde miradas obscenas y persecuciones hasta insinuaciones verbales, roces y tocamientos indeseados y no solicitados, y abuso sexual. Usualmente tienen lugar en un lugar público entre dos desconocidos. (ESMS)

Colectivo LGTBI+: Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans (Transgénero, Transexual y Travesti), Intersexuales y Queer. El símbolo más se añade para representar otras identidades de género. (BCRA 2020)

Género - Refiere a los roles, comportamientos, actividades, y atributos que una sociedad en una época determinada considera apropiados para hombres y mujeres. Además de los atributos sociales y las oportunidades asociadas con la condición de ser hombre y mujer, y las relaciones entre mujeres y hombres, y niñas y niños, el género también se refiere a las relaciones entre mujeres y las relaciones entre hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones son construidos socialmente y aprendidos a través del proceso de socialización. Son específicas a la época y son cambiantes. El género determina qué se espera, que se permite y qué se valora en una mujer o en un hombre en un contexto determinado. En la mayoría de las sociedades hay diferencias y desigualdades entre mujeres y hombres en cuanto a las responsabilidades asignadas, las actividades realizadas, el acceso y el control de los recursos, así como las oportunidades de adopción de decisiones.(UNOPS 2019)

Diversidad de género Reconoce que la preferencia y autoexpresión de muchas personas no encaja dentro de las normas de género heteronormativo y binario aceptadas comúnmente. (BCRA 2020)

Ley Micaela N° 27.499. Establece la capacitación obligatoria en género y violencia de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

Ley 26.485: Ley de Protección Integral a las Mujeres: para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ambitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales

Ley 26.743: Ley de Identidad de Género, garantizar el derecho a toda persona al reconocimiento de su identidad de género, y 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.

Ministerio de Transporte: Es el Ministerio de Transporte de la Nación.

Organismos Descentralizados: son los entes y organismos descentralizados en jurisdicción del Ministerio de Transporte de la Nación.

Empresas de Jurisdicción: son las empresas en jurisdicción del Ministerio de Transporte.

Perspectiva de Género - Es el análisis que se realiza a través de la observación del impacto del género en las oportunidades, roles e interacciones sociales de las personas. A partir del reconocimiento de las relaciones de poder existentes entre los géneros se puede transversalizar este enfoque en un programa o política propuesta. (ONU)

Sexo - Categoría binaria que surge de la interpretación que histórica y culturalmente se ha hecho de

ciertas variaciones anatómicas, biológicas, genéticas y fisiológicas entre las personas, especialmente en relación a su genitalidad. (BCRA 2020)

Violencia de género - 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, su libertad, su dignidad, su integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial y su seguridad personal. (Ley 26.485)

Violencia laboral - La violencia laboral contra las mujeres 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. (Ley 26.485)

Plan Estratégico de Transporte y Género

El Gobierno Nacional asume como objetivo prioritario, el compromiso con los derechos de las mujeres y diversidades, frente a toda forma de discriminación y violencia 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, en un todo de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes Nros. 26.485, 26.743, 27.501 y 27.533 como así también en relación con los compromisos internacionales asumidos en la materia.

La inclusión de la perspectiva de género, la lucha contra todos los tipos de violencia por razones de género, la promoción de la autonomía individual y financien de las mujeres y las diversidades, es un eje de gobierno y una política pública que se impulsa como clave.

Este compromiso no es ajeno al Ministerio de Transporte de la Nación, que tiene como uno de los ejes centrales de su política arbitrar, promover, impulsar y coordinar las acciones que resulten necesarias para generar condiciones para que todas las personas, tanto trabajadores y trabajadoras del transporte como usuarios/usuarias o ciudadanos/ciudadanas vinculados/as, independientemente de su género o condición, tengan las mismas posibilidades de acceder al cumplimiento de sus derechos y desarrollarse en un marco de libertad dentro del ámbito del transporte nacional.

El Marco Normativo nacional e internacional en el que se sustenta la política de género tiene su corolario en el compromiso asumido por la República Argentina en la "Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y los Objetivos de Desarrollo Sostenible" adoptados en 2015 mediante la Resolución N° 70/1 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Independientemente de la transversalidad de dichos objetivos, en la política de transporte existen a la fecha DOS (2) Objetivos Centrales que guían nuestro accionar. Específicamente, el Objetivo de Desarrollo N° 5 que pregona por "la igualdad de género no sólo cómo un derecho humano fundamental, sino cómo uno de los fundamentos esenciales para construir un mundo pacífico, próspero y sostenible."; y el Objetivo de Desarrollo N° 11 que busca lograr que las ciudades sean más inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles."

La República Argentina mediante la ratificación del Convenio OIT 190 sobre " Eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo" se responsabiliza y compromete a eliminar la violencia en los ámbitos laborales y reconoce "(...)el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género; reconociendo que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos y que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades, y son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente"(1)

La perspectiva de género proporciona una vía de aproximación desde colectivos sociales históricamente silenciados y, paradigmáticamente, puede también proporcionar nuevas herramientas de interpretación de la realidad incluyendo en el espacio público nuevas estrategias de intervención.

En ese sentido la planificación de los sistemas de transporte y movilidad con perspectiva de género son vitales para garantizar a las mujeres y diversidades el acceso en las mismas condiciones de igualdad que los varones, a las relaciones, bienes y servicios que están a su alcance en la sociedad.

La equidad de género es un pilar fundamental para la construcción de una Patria Justa, Libre, Soberana e Inclusiva. El desafío es grande y la oportunidad es histórica.

Como Ministerio de Transporte planteamos nuestros objetivos desde 5 ejes de trabajo:

1. Articulación Institucional

2. Planificación

3. Abordaje

4. Participación Laboral

5. Infraestructura

1. Articulación institucional

La política de género en el transporte se abordará de manera participativa, federal y transversal; para el logro de los objetivos propuestos se torna central la coherencia y la coordinación entre los distintos actores, buscando la sinergia y colaboración para el logro de los resultados propuestos.

Por ello, se trabaja de manera permanente con la Autoridad Competente a Nivel Nacional en lo atinente a género y diversidades, Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad (MMGyD), como con el resto de las carteras ministeriales.

En el mismo sentido; es necesario que quienes trabajan en el sector transporte, quienes lo utilizan, las instituciones que los representan, y los operadores del sistema, -tal como lo vienen haciendo- ocupen los espacios a promover y utilicen las herramientas participativas, las transformen y las amplíen convirtiendo los mecanismos institucionalizados en políticas públicas concretas para su sector.

Para el logro del cambio cultural que debemos concretar como sociedad resulta esencial el trabajo coordinado, en conjunto y articulado a nivel Federal y en comunión con todos los actores de la sociedad involucrados en el sector transporte.

El sector del transporte y la movilidad responden a necesidades tanto locales como federales; en el encuentro entre lo local y lo federal, surgen las necesidades de los usuarios y las usuarias demandando igualdad de acceso al transporte. Es por ello que el rol de las autoridades provinciales y municipales resulta esencial para lograr un trabajo en conjunto con esta perspectiva.

La incorporación de los procesos participativos de la comunidad como instancias propositivas, consultivas y evaluativas, coadyuvan a enriquecer el debate sobre las diferentes perspectivas sobre la igualdad de género y diversidades en el transporte. Esta instancia de incorporación de la mirada de la comunidad -a través de sus grupos de interés- resulta una fuente primaria de información para diagnosticar y desarrollar proyectos y/o políticas de transporte con perspectiva de género.

Asimismo, la articulación, trabajo y consenso tripartito -sector público, sector empresario y organizaciones sindicales - constituye un espacio adecuado y esencial para promover la igualdad de género y diversidades en el sector transporte en pos de afianzar y alcanzar cambios profundos en nuestro sector.

El trabajo y articulación con las organizaciones sindicales, representantes de los trabajadores y trabajadoras del transporte, con las cámaras y empresas del sector, en su rol de empleadores y prestadores del servicio, redundara en la armonizacion, comprension y consensos necesarios para promover, impulsar y concretar los planes, programas y proyectos que correspondan en pos de la igualdad de género y diversidades en el sector.

Por su lado, los Organismos Internacionales se presentan como aliados y promotores de este cambio cultural que tiene como objetivo generar las condiciones para promover y garantizar la igualdad de género y diversidades en las políticas públicas de transporte y movilidad.

Desde este eje, nuestro compromiso es trabajar en un modelo de gobernanza; donde todos los actores del sistema se sientan socios estratégicos, se involucren en la planificación, discusión e implementación de los planes, programas y proyectos que llevemos adelante.

2. Planificación

La Planificación Estratégica del Sector Transporte con Enfoque de Género, es la herramienta necesaria para que la igualdad de género se incorpore a las políticas públicas, trabajando en la dimensión organizacional, incorporando la visión de género en todas las estructuras del Ministerio de Transporte como de los organismos y empresas de su jurisdicción.

Ello permitirá mejorar, desarrollar y evaluar los planes, programas y procesos, tanto de carácter técnico como político institucional para la incorporación de la dimensión de género en las políticas de transporte nacional.

Promovemos una estrategia de gestión pública que conlleva tomar decisiones sobre la base de información confiable acerca de los efectos que la acción gubernamental tiene en una sociedad.

Es un desafio para la planificación de la movilidad reconocer cuáles son los patrones de desplazamiento de las mujeres y diversidades (cómo viajan, con

quién, en qué horarios, cuáles son sus trayectos, etc.) como también percepciones de sus viajes, y las condiciones económicas, culturales y sociales que influyen en ese desplazamiento, debido a que son dimensiones sumamente relevantes a ser consideradas a la hora de diseñar una política de transporte coherente con lo que la realidad demanda.

Promover la igualdad entre varones, mujeres y diversidades a través de la incorporación de la perspectiva de género en distintas dimensiones de la planificación del transporte, que faciliten el acceso igualitario entre varones, mujeres y diversidades a las diversas funciones de las ciudades como del territorio nacional (salud, trabajo, educación, etc).

La elaboración de diagnósticos base que nos permitan medir de dónde partimos, será un eje central para el establecimiento de un Plan de Acción con metas y objetivos medibles y cuantificables que garanticen una gestión eficaz, eficiente y efectiva.

3. Abordaje

Asumimos como compromiso promover una política de género acorde al marco normativo de la República Argentina.

El propósito de este eje es la inclusión de una perspectiva de género integral en el ámbito institucional, que contribuya a la superación de las diversas formas de discriminación contra las mujeres y LGBTI+ y promueva condiciones adecuadas para el ejercicio efectivo de sus derechos, tanto en la esfera laboral como en los entornos en los que desarrollan sus relaciones interpersonales.

Conforme lo estipula el Convenio 190 OIT: "La violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas y (...) la adopción de un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género, es indispensable para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo"'(2)

El sector transporte es un ámbito tradicionalmente masculinizado, profundizandose consecuentemente la discriminación de las mujeres y diversidades.

"En el sector del transporte, la violencia en el lugar de trabajo es ampliamente reconocida como uno de los factores coadyuvantes más importantes de entre los que conducen a los abandonos involuntarios y la escasa retención de personal."(3)

Promovemos la capacitación, la prevención pero también la elaboración de herramientas que faciliten una respuesta rápida, eficaz y concreta ante situaciones de violencia por razones de género promoviendo procedimientos que eviten la revictimización, promuevan el asesoramiento y acompañamiento de las personas que se encuentren en situación de violencia por razones de género.

4. Participación laboral

Si bien las mujeres representan más del 50% de la población en Argentina; en el sector transporte trabaja sólo un 9% de mujeres(4).

Según datos de empleo asalariado del Primer Trimestre del 2019 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; las mujeres representan:

- el 6,59% de los trabajadores totales del transporte ferroviario y subterráneo;

- el 22,48% de los trabajadores totales del transporte marítimo y fluvial;

- el 48,51% de los trabajadores totales en el transporte aéreo de cargas y pasajeros;

- el 40,2% de los trabajadores totales que hacen tareas de manipulación de carga, almacenamiento y depósito.

Cabe señalar que los datos referidos sobreestiman la participación de la mujer en el sector, al no diferenciar las áreas donde prestan servicios (operativas y administrativas).

La presencia de mujeres en el sector transporte es mínima, producto de los estereotipos y limitaciones culturales vinculadas a competencias tradicionalmente masculinas y a condiciones de trabajo poco facilitadoras de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

La introducción por parte del Ministerio de Transporte como autoridad nacional del vínculo entre el sector transporte y el género, resulta esencial, por ser dicho sector transversal y representativo de las desigualdades socioeconómicas y de género, para reducir y eliminar las diferencias entre varones y mujeres y LGTBI+.

La incorporación de estos colectivos en todas las instancias del transporte, planificación, diseño de las redes, políticas y medidas e instancias de decisión facilitará que se atiendan las demandas y necesidades específicas de las mujeres y LGTBI+ para así lograr un transporte más equitativo e inclusivo socialmente.

Buscamos promover instancias de capacitación, intercambio, promoción de experiencias, que incentiven el ingreso de mujeres en áreas operativas de las empresas que se dediquen al transporte y a la movilidad de bienes y mercancías.

5. Infraestructura

El 50% de quienes utilizan los sistemas de transporte público son mujeres. Las mujeres gastan más, tardan más tiempo y limitan su movilidad física y laboral en comparación con los hombres. Sin embargo, los sistemas no se diseñan teniendo en cuenta sus necesidades y perspectivas.(5)

Para garantizar la igualdad de género en los sistemas de movilidad, es necesario incorporar dicha perspectiva en el desarrollo de infraestructuras, que aumenten la percepción de seguridad de las mujeres y tengan en cuenta sus necesidades y estrategias de movilidad.

"La infraestructura es inclusiva cuando está planificada, diseñada, implementada y administrada con un enfoque en las necesidades de todos los usuarios finales, especialmente vulnerables o grupos marginados como mujeres, LGTBI+, jóvenes, los ancianos y las personas con discapacidad."(6)

"La infraestructura habilita los servicios o el acceso a servicios para particulares y casi siempre hay impactos diferenciados sobre cómo mujeres, LGTBI+, hombres, niños y las niñas acceden a estos servicios debido a las normas sociales y responsabilidades" El diseño de infraestructura con perspectiva de género también resulta esencial para los ámbitos laborales. La conciliación entre las necesidades personales de las mujeres y diversidades con las del ámbito laboral requieren de instalaciones y/o infraestructura concebidas para el desarrollo profesional de manera equitativa.

Desde este eje promovemos el diseño de una infraestructura inclusiva que esté planificada, diseñada, implementada con un enfoque en las necesidades de quienes trabajan y utilizan el transporte, poniendo en el centro "quienes y qué movemos" en los sistemas que operamos.

Objetivos y Acciones

El presente Plan cuyo objeto es la inclusión de la perspectiva de género en el desarrollo del transporte y la movilidad, constituyen un proceso continuo y permanente con un horizonte temporal a mediano-largo plazo 2020-2023, con una revisión continua y actualización anual.

Dada la condición de transversalidad del género en el transporte, los ejes establecidos son identificados como las guías para ordenar el proceso de planificación que deben ser abordados sistemáticamente.

El sector transporte es un ámbito tradicionalmente masculino por lo que presenta múltiples posibilidades de propuestas de trabajo. Se han identificado determinados objetivos factibles de ser realizados en términos normativos como de recursos. Se previó también que sean mensurables.

Para lograr los objetivos se han propuesto y avanzado en acciones estatales. Estas acciones se fundamentan en fuentes de datos secundarias o constituyen en sí misma la fuente primaria de información. Algunas acciones han sido identificadas como acciones afirmativas con un horizonte temporal finito y otras constituyen un proceso de mediano a largo plazo. Cada acción estatal es una actividad concreta que proyecta un producto específico o un producto como proceso, medible a través de un indicador que llamaremos unidad de medida para conocer y monitorear la evolución y/u objetivo del producto.

Con el afán de que la inclusión de la perspectiva de género se incorpore en el sector, estas acciones se han dirigido a diversos actores con distintos tipos y grados de responsabilidades. Así entre los destinatarios podemos observar que existen acciones específicas para aquellos actores que planifican y gestionan las políticas de transporte como las trabajadoras y los trabajadores del Ministerio de Transporte, de los Organismos Descentralizados y Empresas de su jurisdicción, así como para las autoridades nacionales y responsables provinciales del sector. Las actividades también están dirigidas al sector empresario y a las organizaciones sindicales como articuladores de las relaciones laborales y prestadores del servicio. Adicionalmente se definieron acciones destinadas tanto para grupos específicos de usuarios como para las personas usuarias o potenciales usuarias en general del transporte público e infraestructuras del transporte **(*)**.

Bibliografía:

Banco Central de la República Argentina (2020), Guía del BCRA para una comunicación inclusiva

Granada, Anne-Marie Urban, Andrea Monje, Paola Ortiz, Daniel Pérez, Laureen Montes, Alejandra Caldo (2015), El porqué de la relación entre género y transporte. Banco Interamericano de Desarrollo

Heather Allen, Cárdenas, G., Pereyra, L, Sagaris, L (2019), Ella se mueve segura (ESMS). Un estudio sobre

(*) Ver tabla adjunta en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com.

la seguridad personal de las mujeres y el transporte público en tres ciudades de América Latina. Caracas: CAF y FIA Foundation

Néstor Roa (2016), En transpone trabajamos en la plena incorporación laboral de la mujer. Moviliblog. Ideas de Movilidad y Transporte. BID

OIT (2013), Informe sobre las políticas de Transporte 2013 Las Mujeres en el Sector Transporte.

OIT (2019), C190 - Convenio sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

ONU Mujeres. Centro de Capacitación. Gender Equality Glossary. https://trainingcentre.unwomen.org/

UNOPS (2020), Infrastructure-for-Gender-Equality-and-the-Empowerment-of-women UN Women; UNOPS (2019), Guide on integrating into infrastructure development in Asia and The Pacific

Sistema Argentino de Información Jurídica. www.saii poh ar

Notas:

(1) OIT (2019) C190 - Convenio sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

(2) OIT (2019) C190 - Convenio sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

(3) OIT (2013) Las mujeres en el Sector Transporte

(4) Néstor Roa (2016).En transporte trabajamos en la plena incorporación laboral de la mujer. Moviliblog. Ideas de Movilidad y Transporte. BID

(5) Granada, Anne-Marie Urban, Andrea Monje, Paola Ortiz, Daniel Pérez, Laureen Montes, Alejandra Caldo. El porqué de la relación entre género y transporte. BID (2015)

(6) UNOPS (2020)-Infrastructure-for-Gender-Equality-and-the-Empowerment-of-women

RESOLUCIÓN 1011 (M.S.)

Salud pública – Aprobación del Proyecto de Investigación sobre el Cultivo de Cannabis con Fines de Investigación Médica y Científica presentado por la Universidad Nacional de la Plata.

Fecha: 16/04/2021

Publicación: B.O. 21/04/2021

VISTO:

El EX-2021-04772828-APN-DD#MS, la Ley N° 27.350 y su Decreto reglamentario N° 883 del 11 de noviembre de 2020, y

CONSIDERANDO:

Que la Ley N° 27.350 establece el marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados.

Que el Decreto reglamentario de la citada ley N° 883/2020 dispone en su artículo 2° que el PROGRAMA NACIONAL PARA EL ESTUDIO Y LA INVESTIGACIÓN DEL USO MEDICINAL DE LA PLANTA DE CANNABIS, SUS DERIVADOS Y TRATAMIENTOS NO CONVENCIONALES, creado en la órbita del MINISTERIO DE SALUD, funcionará en el ámbito de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS Y TECNOLOGÍAS SANITARIAS, dependiente de la SUBSECRETARÍA DE MEDICAMENTOS E INFORMACIÓN ESTRATÉGICA de la SECRETARÍA DE ACCESO A LA SALUD de este Ministerio.

Que el mencionado programa, entre otras acciones, debe impulsar la investigación con el fin de generar evidencia científica de calidad que permita a las y los pacientes humanos acceder a la planta de cannabis y sus derivados en forma segura, así como promover las investigaciones que realizan el CONSEJO NACIONAL DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y TÉCNICAS (CONICET), otros organismos de ciencia y técnica, Universidades, organizaciones de la sociedad civil, sociedades científicas, instituciones académicas, nacionales, provinciales y municipales, relacionadas con los fines terapéuticos y científicos de citada planta y sus derivados.

Que la UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA solicitó la aprobación de un proyecto que se llevará a cabo en el predio de la Estación Experimental Julio Hirschhorn.

Que el Proyecto de Investigación sobre el cultivo de cannabis con fines de investigación médica y científica tiene por finalidad la producción de un producto de calidad y estabilizado, que pueda ser utilizado para fines de investigación.

Que de acuerdo con el Informe Técnico elaborado por el PROGRAMA NACIONAL PARA EL ESTUDIO Y LA INVESTIGACIÓN DEL USO MEDICINAL DE LA PLANTA DE CANNABIS, SUS DERIVADOS Y TRATAMIENTOS NO CONVENCIONALES el proyecto

presentado por la UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA resulta ser concordante con los fines de la ley N° 27.350.

Que en virtud del dictado de la actual reglamentación de la Ley N° 27.350 aprobada por Decreto N° 883/2020, se dejaron sin efecto las competencias que la anterior reglamentación atribuía al MINISTERIO DE SEGURIDAD y, en consecuencia, la Resolución Ministerial del N° 258/2018 de dicho organismo, por la que se establecían las condiciones de habilitación en materia de seguridad para los predios designados a los fines de la siembra, plantación, cultivo y/o cosecha de cannabis.

Que en virtud de ello, en el marco de la actual reglamentación, no resulta necesaria la intervención del MINISTERIO DE SEGURIDAD para habilitar el predio donde se llevará a cabo la producción.

Que sin perjuicio de ello, resulta necesario destacar que las medidas en materia de seguridad adoptadas y proyectadas por los responsables del proyecto de investigación resultan convenientes y adecuadas para garantizar una óptima seguridad en el predio en cuestión.

Que los distintos organismos intervinientes, en el marco de sus competencias, deberán propender a la trazabilidad del material de cannabis en cuanto a las condiciones de producción, difusión, manejo y acondicionamiento tanto de los órganos vegetales como en instancias posteriores en la producción del aceite y lograr así la calidad a la que hace referencia la legislación.

Que el PROGRAMA NACIONAL PARA EL ESTUDIO Y LA INVESTIGACIÓN DEL USO MEDICINAL DE LA PLANTA DE CANNABIS, SUS DERIVADOS Y TRATAMIENTOS NO CONVENCIONALES propicia la presente medida

Que la DIRECCIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS Y TECONOLOGÍA SANITARIA, la SUBSECRETARÍA DE MEDICAMENTOS E INFORMACIÓN ESTRATÉGICA y la SECRETARÍA DE ACCESO A LA SALUD han tomado prestado conformidad a la presente medida.

Que la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por el artículo 103 de la Constitución Nacional, la Ley de Ministerios N° 22.520, sus normas modificatorias y complementarias, la Ley N° 27.350 y su Decreto Reglamentario N° 883/2020.

Por ello,

La Ministra de Salud resuelve:

Art. 1° - Apruébase el Proyecto de Investigación sobre el cultivo de cannabis con fines de investigación médica y científica presentado por la UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA que como IF-2021-04772919-APN-DD#MS forma parte de la presente medida, en el marco de las previsiones de la Ley 27.350 y su Decreto Reglamentario N° 883/2020.

Art. 2° - Dese intervención al INSTITUTO NACIONAL DE SEMILLAS (INASE), órgano regulador de las condiciones de producción, difusión, manejo y acondicionamiento de los órganos de propagación de la especie a fin de permitir la trazabilidad de los productos vegetales y dar cumplimiento a lo normado en la Ley N° 27.350.

Art. 3° - El responsable del proyecto aprobado en el artículo 1° de la presente deberá presentar al PROGRAMA NACIONAL PARA EL ESTUDIO Y LA INVESTIGACIÓN DEL USO MEDICINAL DE LA PLANTA DE CANNABIS, SUS DERIVADOS Y TRATAMIENTOS NO CONVENCIONALES, a partir de la notificación de la presente, informes trimestrales de avance detallando el estado de ejecución del mismo.

Art. 4° - Dese, etc. - Vizzotti.

ANEXO **(*)**

RESOLUCIÓN 38 (S.I.P.)

Secretaría de Innovación Pública – Creación del "Centro G+T - Centro de Géneros en Tecnología".

Fecha: 22/04/2021

Publicación: B.O. 23/04/2021

VISTO,

El Expediente N° EX-2021-34941040- -APN-SIP#JGM, los Decretos Nros. 7 de fecha 10 de diciembre de 2019, 50 de fecha 19 de diciembre de 2019, la Decisión Administrativa N° 1865 de fecha 14 de octubre de 2020, la NOTA de la Empresa de Soluciones Satelitales Sociedad Anónima (ARSAT S.A.) NO-2021-00000306-ARSAT-D#ARSAT, de fecha 8 de marzo de 2021, y

CONSIDERANDO:

(*) El Anexo se puede consultar en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com.

Que el ritmo acelerado que implica la continua innovación tecnológica y el impacto de la globalización sobre el ámbito de las disciplinas académicas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas (CTIM), la profundización de los mercados en ese sector y, consecuentemente, la sofisticación creciente de las demandas plantea constantes exigencias de renovación y transformación del aparato productivo, las que se hacen extensivas, particularmente, a las áreas de recursos humanos.

Que la preparación y capacitación del personal es un elemento de suma importancia para la competitividad y el desarrollo no solo del ámbito privado, sino también del público.

Que, no obstante, se ha constatado que las mujeres y disidencias debido a patrones de desigualdad cultural acceden en menor medida a formaciones que se adecuen a las demandas laborales actuales y, particularmente, en lo referente a las disciplinas académicas de CTIM, lo que incide desfavorablemente en sus niveles de inserción laboral y promoción del empleo y amplía la brecha digital existente en la materia.

Que, la exclusión de las mujeres y disidencias de ciertos sectores económicos, en particular de los más dinámicos, como lo son aquellos referidos al de las tecnologías de la información y las comunicaciones, afecta el goce pleno y efectivo de sus derechos y la realización de su independencia como personas y, consecuentemente, sus posibilidades de crecimiento económico.

Que, particularmente en la REPÚBLICA ARGENTINA, las mujeres y disidencias enfrentan mayores obstáculos para acceder al mercado de trabajo en las áreas de las disciplinas académicas de CTIM, y sus trayectorias tienden a ser más inestables que las de los hombres.

Que, en una industria en pleno crecimiento, la inserción laboral de la mujer en el sector sigue presentando desafíos: el 30% de los puestos en tecnología quedarán sin cubrir en 2020 por falta de profesionales en tecnología (Fuente: Informe Demanda de Capacidades 2020, el Instituto Nacional de Educación Tecnológica); la tasa de feminidad del empleo asalariado en el sector de las telecomunicaciones es del 26% vs. 71% de servicios sociales (Fuente: Observatorio de Empleo y Dinámica Empresarial); en Argentina, tres (3) de cada diez (10) estudiantes de carreras en Ciencia, Tecnología, Ingeniería y Matemática (CTIM) que se registran en universidades públicas y privadas son mujeres (Fuente: BID - Un potencial con barreras: la participación de las mujeres en el área de Ciencia y Tecnología en Argentina); en 2017 se graduó una (1) ingeniera cada diez mil cuatrocientas veintisiete (10.427) mujeres, mientras que se recibió un (1) ingeniero cada 3.238 hombres en el país; la presencia de las mujeres en las ingenierías asciende, aunque más lento de lo que debería; en 2009 eran el 22%. Ocho años después, el 24% de los ingresantes fueron mujeres y, del mismo modo, del total de graduación sólo representaron el 24% (Fuente: Datos de la Secretaría de Políticas Universitarias).

Que, los nuevos desafíos radican en la adopción de estrategias para reducir la brecha digital de género existente, a través de la ampliación de la cobertura educativa de las mujeres y disidencias en esas áreas asegurando su mejoramiento cualitativo, y garantizando su promoción profesional, siendo imprescindible para ello, ampliar la oferta de la formación técnica y profesional de tal modo que abarque ocupaciones no tradicionales o que supongan un uso intensivo de la tecnología, como parte de una estrategia global de desarrollo de talento humano.

Que, a la par, desde el Estado se debe apoyar y estimular un cambio de los patrones culturales y laborales existentes, que permita otorgar un nuevo valor social y económico a los conocimientos adquiridos por las mujeres y disidencias, sus cualidades y sus características específicas promoviéndose, a tales fines, políticas que propicien el perfeccionamiento de estos grupos a fin de que, a través de la capacitación puedan incorporarse en diferentes puestos de trabajo, hoy ocupados en su mayoría por hombres, incluso en los directivos, estableciendo, asimismo, parámetros equitativos para los incrementos salariales.

Que, a tales fines, se hace necesario ejecutar programas de formación, especialmente relacionados a las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones dirigidos, entre otras, a las mujeres y disidencias afectadas por la reestructuración y el cambio tecnológico.

Que, asimismo, debido a la especificidad derivada del sistema de género, la capacitación que se imparta a las mujeres y disidencias para su inserción o reinserción laboral, debe ir acompañada por el diseño y la ejecución de programas de formación y acompañamiento con enfoque de género y la organización de diferentes iniciativas de sensibilización sobre el análisis de los problemas derivados de las condiciones sociales de los géneros y destinados a personas del sector de la educación, funcionarios y funcionarias, profesionales y equipos técnicos y de capacitación de instituciones públicas y pri sé vadas, estratégicamente perfilados a efectos de involucrarse activamente en los procesos de innovación.

Que, en tal sentido, la formación, la capacitación y el desarrollo de los recursos humanos de una em-

presa o de una entidad o jurisdicción del Estado y, particularmente de las mujeres y disidencias que en alguno de esos ámbitos prestan servicios, se encuentra estrechamente relacionado con el futuro de la sociedad pero, para estos grupos además resulta ser un instrumento que les permitirá alcanzar mayor autonomía, independencia y mejorar su calidad de vida, implicando, a la par, que puedan desarrollarse, educarse y expresarse en libertad con las mismas oportunidades y derechos, sin sesgo de género.

Que mediante la NOTA de la la Empresa de Soluciones Satelitales Sociedad Anónima (ARSAT S.A.) NO-2021-00000306-ARSAT-D#ARSAT, de fecha 8 de marzo de 2021, se han recibido los antecedentes del "PROGRAMA DE GÉNERO y TECNOLOGÍA EN ARSAT" aprobado mediante Acta de Directorio N° 388, de fecha 8 de octubre de 2020 cuya finalidad radica en buscar espacios de encuentro donde se generen estrategias comunes y una red de intercambio de capacidades y perspectivas de colaboración interna y externa a esta empresa, en el entendimiento que es necesario trabajar conjuntamente en iniciativas sobre igualdad de género que coadyuven a la profundización de vínculos y al fortalecimiento de lazos y sinergias, lo que contribuirá a la construcción y al desarrollo de una sociedad más justa, equitativa y solidaria.

Que por las acciones y objetivos perseguidos por el "CENTRO DE GÉNEROS EN TECNOLOGÍA" (Centro G+T), resulta el "PROGRAMA DE GÉNERO Y TECNOLOGÍA EN ARSAT" el órgano propicio para coordinar y llevar operativamente el funcionamiento del Centro G+T.

Que por el Decreto N° 7 de fecha 10 de diciembre de 2019, se modificó parcialmente la Ley de Ministerios N° 22.520, estableciéndose entre las atribuciones del Jefe de Gabinete de Ministros, la de "entender en el diseño y ejecución de políticas relativas al empleo público, a la innovación de gestión, a la modernización de la Administración Pública Nacional, al régimen de compras y contrataciones, a las tecnologías de la información, las telecomunicaciones, los servicios de comunicación audiovisual y los servicios postales".

Que por el Decreto N° 50 de fecha 19 de diciembre de 2019 se aprobó el organigrama de aplicación de la Administración Pública Nacional hasta el nivel de Subsecretaría, estableciéndose dentro de los objetivos de la SECRETARÍA DE INNOVACIÓN PÚBLICA dependiente de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS los de "Diseñar, proponer y coordinar las políticas de innovación administrativa y tecnológica del ESTADO NACIONAL en sus distintas áreas, su Administración central y descentralizada, y determinar los lineamientos estratégicos y la propuesta de las normas reglamentarias en la materia" y "Entender en el diseño de las políticas que promuevan la apertura e innovación y el gobierno digital, como principios de diseño aplicables al ciclo de políticas públicas en el Sector Público Nacional".

Que la Decisión Administrativa N° 1865 de fecha 14 de octubre de 2020, aprobó la estructura organizativa de primer y segundo nivel operativo de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, creando, entre otras, la DIRECCIÓN DE MUJERES, GÉNEROS, DIVERSIDAD Y TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN, dependiente de la DIRECCIÓN NACIONAL DE PAÍS DIGITAL de la SUBSECRETARÍA DE GOBIERNO ABIERTO Y PAÍS DIGITAL de la SECRETARÍA DE INNOVACIÓN PÚBLICA.

Que se establecieron, como acciones de la citada Dirección, la de asistir a la Dirección Nacional en el diseño, planificación y ejecución de una estrategia de géneros y Tecnologías de la información y las Comunicaciones para reducir la brecha digital para mujeres e identidades no binarias, en coordinación con las áreas de la Administración Pública Nacional con competencias en la materia, diseñar mejores prácticas en materia de géneros y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a través de capacitaciones, talleres y jornadas, presenciales o a distancia, en el ámbito de su competencia; asesorar a la Dirección Nacional en el análisis, continuidad, interrupción y/o ampliación del trabajo de plataformas digitales y aplicaciones sobre géneros, mujeres y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en coordinación con las áreas de la Administración Pública Nacional con competencias en la materia, asistir a la Dirección Nacional en la representación nacional en foros, como así también en la elaboración e implementación de convenios relacionados a géneros y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; coordinar con municipios y otros organismos públicos que así lo requieran, capacitaciones, charlas o talleres referidos a mujeres, géneros y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en el ámbito de su competencia e implementar y gestionar jornadas de sensibilización, cursos y capacitaciones en políticas de géneros para el personal de la Secretaría, en coordinación con las áreas con competencia en la materia.

Que en tal contexto, resulta necesario crear en la órbita de la SECRETARÍA DE INNOVACIÓN PÚBLICA, un programa que impulse acciones de cooperación, articulación e intercambio con otros/as actores/as relevantes de los sectores público, privado y sociedad civil a fin de permitir la generación de nuevas referencias de los sectores de las disciplinas académicas de ciencia, tecnología, ingeniería y mate-

máticas (CTIM) con capacidades para desarrollarse profesionalmente y con responsabilidad social para contribuir a la construcción y desarrollo de una sociedad más justa, equitativa y solidaria y reducir, de este modo, la brecha digital existente sobre esta materia.

Que la DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES DE INNOVACIÓN PÚBLICA ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se dicta con arreglo a las atribuciones previstas en el Decreto N° 50/2019.

Por ello,

La Secretaría de Innovación Pública resuelve:

Art. 1° - Créase el "CENTRO G+T - CENTRO DE GÉNEROS EN TECNOLOGÍA" en el ámbito de la SECRETARÍA DE INNOVACIÓN PÚBLICA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, cuyo objetivo, acciones y demás características se detallan en el Anexo I (IF-2021-34944923-APN-SIP#JGM) que forma parte integrante de la presente medida.

Art. 2° - El "CENTRO G+T - CENTRO DE GÉNEROS EN TECNOLOGÍA", tendrá las siguientes atribuciones, que serán instrumentadas a través del "PROGRAMA DE GÉNERO Y TECNOLOGÍA DE ARSAT":

a) Dictar las normas complementarias y aclaratorias que resulten necesarias para su implementación.

b) Disponibilizar una herramienta para ejecutar y comunicar las acciones tendientes a cumplir con los objetivos establecidos en el Anexo I de la presente Resolución.

c) Coordinar las actividades, con las entidades y jurisdicciones del Sector Público Nacional, los entes interjurisdiccionales, las provincias, los municipios, la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, las organizaciones civiles y el sector privado que adhieran al "CENTRO G+T - CENTRO DE GÉNEROS EN TECNOLOGÍA", suscribiendo los convenios y realizando las acciones que resulten necesarias.

Art. 3° - Invítase a las entidades y jurisdicciones definidas en el artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificatorias, los organismos interjurisdiccionales, las provincias, los municipios, la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, las organizaciones civiles y el sector privado a adherir a la presente medida.

Art. 4° - La presente medida entrará en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.

Art. 5° - Comuníquese, etc. - Sánchez Malcolm.

ANEXO

OBJETIVO Y ACCIONES DEL "CENTRO G+T - CENTRO DE GÉNEROS EN TECNOLOGÍA"

1.- OBJETIVO

El "CENTRO G+T - CENTRO DE GÉNEROS EN TECNOLOGÍA" tendrá como objetivo impulsar acciones de cooperación, articulación e intercambio con otros actores relevantes de los sectores público, privado, y sociedad civil a fin de permitir la generación de nuevas referencias de los sectores de las disciplinas académicas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas (CTIM) con capacidades para desarrollarse profesionalmente y con responsabilidad social para contribuir a la construcción y desarrollo de una sociedad más justa, equitativa y solidaria.

2.- ACCIONES

El Centro G+T tendrá las siguientes acciones:

a.- Realizar actividades de capacitación y mentoreo con perspectiva de género para mujeres y disidencias, en pos de impulsar una nueva generación de referencias del sector de las disciplinas académicas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas (CTIM).

b.- Efectuar actividades para incentivar a las generaciones más jóvenes pertenecientes a estos grupos a interiorizarse e interesarse en carreras universitarias y terciarias relacionadas a los sectores de las disciplinas académicas de CTIM.

c.- Mejorar el acceso de las mujeres y disidencias a la formación profesional, la ciencia y la tecnología mediante la educación continua.

d.- Desarrollar propuestas inclusivas de formación, capacitación e inspiración no discriminatorias.

e.- Propiciar la suscripción de convenios que contengan compromisos referentes a la igualdad de oportunidades, el empoderamiento y los derechos de estos grupos a través del aprendizaje transformativo.

f.- Brindar capacitaciones, técnicas y herramientas a fin del desarrollo de habilidades, cambios de actitudes y comportamientos sobre sensibilización con perspectiva de género.

g.- Difundir y consolidar los avances en la construcción de saberes a través del desarrollo de acciones de extensión orientadas a la aplicación de innovaciones en distintos espacios educativos, sociales y productivos dirigidos a mujeres y disidencias.

h.- Generar nuevos espacios de networking y enriquecimiento profesional dirigido a mujeres y disidencias.

i.- Visibilizar talentos sin sesgo de géneros que se hallen ocultos y ayudar a desarrollarlos mediante acciones de promoción, mentoreo y generación de habilidades blandas.

3.- FINALIDAD DEL PROGRAMA

El Centro G+T se crea con el objetivo de contribuir a la reducción de la brecha de géneros en tecnología, por un lado, mediante la formación e inserción de mujeres y disidencias en el sector CTIM a través de capacitaciones y charlas. Y, por el otro, a través de la generación de espacios en donde se visibilice a referentas que puedan motivar a más jóvenes a formar parte del sector.

El Centro G+T, en tal sentido, abarca diferentes sectores: niñez, adolescencias y jóvenes profesionales en disciplinas académicas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas (CTIM) que quieran continuar desarrollándose y profesionales que ya se hayan especializado o tengan experiencia en otras materias.

Asimismo, el Centro G+T aglutinará acciones y programas que fomenten la perspectiva de género en las TIC y tendrá el compromiso de llevar a cabo iniciativas en pos de la equidad de género, empoderamiento y generación de derechos para las mujeres y disidencias con el objetivo de mejorar el aprendizaje transformativo.

Para incentivar a las generaciones más jóvenes a interesarse por carreras dentro del ámbito de las disciplinas

académicas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas (CTIM), mejorando el acceso de las mujeres y disidencias a la formación profesional en tales áreas, mediante su educación continua, desarrollando, a tales fines, diferentes propuestas de formación no discriminatoria, promoviendo su desarrollo a lo largo de toda su vida.

4.- DE LA FORMACIÓN

El objetivo es que las personas a capacitar incorporen un conjunto de habilidades cognitivas y blandas, esenciales para abordar nuevos desafíos relacionados a las disciplinas académicas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas (CTIM) de modo crítico, creativo, interactivo y colaborativo:

- Competencias para el abordaje de problemáticas desafíos complejos y la resolución de problemas a través del pensamiento crítico, la creatividad, la comunicación y la mutua colaboración.

- Cualidades vinculadas con la capacidad para adaptarse a entornos cambiantes fomentadas por la curiosidad, iniciativa, persistencia, adaptabilidad, liderazgo, conciencia social y cultural.

El Centro G+T contará con tres (3) modalidades para la formación:

-Autoaprendizaje (mediante cursos autoasistidos y asincrónicos con a través de Plataformas de Aprendizaje Virtual)

-Programado (cursos virtuales sincrónicos con interacción entre docentes y estudiantes)

-Presencial

4.1.- CONTENIDOS DE LOS PROGRAMAS DE FORMACIÓN

Los contenidos que se fomentarán en el Centro G+T estarán relacionados a las disciplinas académicas de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas (CTIM), y surgirán de una mesa de trabajo conjunta, siendo algunas de ellas:

- Introducción y abordaje de las TIC

- Redes y sistemas (Satelitales, terrenales físicos e inalámbricos)

- Espectro Radioeléctrico

- Desarrollo y programación

- Ciberseguridad

- Regulación de las TIC

- Cursos relacionados al aprendizaje de las herramientas básicas de escritorio, entre otras, Excel, Word y PDF

- Marketing digital

- Mentoreo de proyectos digitales
- Habilidades de negociación e inserción
- Oratoria
- Uso de RRSS y Seguridad
- Usos de la Ciencia de Datos con perspectiva género
- Género y diversidad: hacia dónde vamos
- Alfabetización digital

RESOLUCIÓN 48 (M.M.P.G. y D.S.)

Guía de Atención Primaria Telefónica de la Línea 144 PBA.

Fecha: 30/03/2021

Publicación: B.O. 06/04/2021

VISTO:

El expediente EX-2021-05452125-GDEBA-DSTAMMPGYDSGP por el que tramita la aprobación de la "Guía de Atención Primaria Telefónica de la Línea 144 PBA" y,

CONSIDERANDO:

Que la creación del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual tiene como uno de sus objetivos el diseño y ejecución de políticas públicas para la prevención, sanción y erradicación de las violencias por razones de género;

Que según lo establecido por Decreto N° 45/20, la Subsecretaria de Políticas contra las Violencias por Razones de Género dependiente de esta cartera ministerial tiene entre sus acciones la de planificar la intervención en materia de violencias de género, su prevención, abordaje y el diseño de políticas tendientes a su erradicación, y en ese sentido, coordinar la atención telefónica de la Línea 144 PBA, diseñar políticas como también mecanismos de supervisión interna y externa para la Línea 144 PBA;

Que la Línea 144 PBA es un servicio de atención primaria de las violencias por razones de género, el cual funciona las 24 horas los 365 días del año, y constituye para la persona en situación de violencia un primer contacto con un servicio especializado a cargo de operadoras que conforman equipos interdisciplinarios, ofreciendo también atención a través canales de comunicación alternativos como las aplicaciones de mensajería instantánea WhatsApp y Telegram;

Que el dispositivo promueve la articulación con distintos organismos del Estado;

Que el alojamiento de la Línea 144 PBA en la esfera del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual supuso una transformación integral respecto de los lineamientos de atención, asesoramiento, contención y abordaje de las situaciones de violencias por razones de género;

Que en el marco del Decreto N° 997/20, por el que se crea el Sistema Integrado de Políticas Públicas (SIPP), se determina como principio rector que las personas que atraviesen situaciones de violencia serán consideradas y tratadas como sujetos de derecho, y por lo tanto, sujetos de decisión frente a su problema;

Que a su vez, a través del mencionado Decreto se establece a la Línea 144 PBA como uno de los componentes del SIPP;

Que actualmente, la Línea 144 PBA aborda todos los tipos y modalidades de las violencias por razones de género establecidos en la Ley Nacional N° 26.485 y su servicio se encuentra adecuado a la Ley de Identidad de Género N° 26.783;

Que como resultado de la supervisión externa realizada en la Línea 144 PBA en el año 2020, surge la necesidad de contar con un instrumento que contenga las definiciones y principios de actuación que caracterizan la gestión actual de la problemática, como también criterios uniformes de atención, establecimiento de circuitos claros para las trabajadoras y lineamientos orientadores para los equipos de trabajo que definan roles y tareas;

Que en virtud de las previsiones del artículo 3° del Decreto N° 165/2020, la Ministra de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual dictó la Resolución N° 77/2020 mediante la cual se declara como servicios no interrumpibles los desarrollados en el ámbito de la Dirección Provincial de Abordaje Integral de las Violencias por Razones de Género dependiente de la Subsecretaría de Políticas Contra las Violencias por Razones de Género;

Que ha tomado intervención en razón de sus respectivas competencias la Asesoría General de Gobierno;

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 28 de la Ley N° 15.164 y el Decreto N° 45/2020;

Por ello,

La Ministra de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual de la Provincia de Buenos Aires resuelve:

Art. 1° - Aprobar la "Guía de Atención Primaria Telefónica de la Línea 144 PBA", la que como Anexo Único (IF-2021-06270606-GDEBA-SSPCVRGMMPGYDS-GP) forma parte integrante de la presente.

Art. 2° - Establecer que la aplicación de la "Guía de Atención Primaria Telefónica de la Línea 144 PBA", aprobada por el artículo precedente, será de implementación obligatoria para las teleoperadoras y los equipos interdisciplinarios que se desempeñen en el marco de la Línea 144 PBA.

Art. 3° - Registrar, etc. – Díaz.

ANEXO **(*)**

RESOLUCIÓN 49 (M.M.P.G. y D.S.)

Instructivos para la Atención por Diversas Vías de Denuncias sobre Violencia de Género.

Fecha: 30/03/2021

Publicación: B.O. 06/04/2021

VISTO:

El expediente EX-2021-05590794-GDEBA-DS-TAMMPGYDSGP por el que tramita la aprobación de los documentos "Estrategia de rotación de tareas", "Guía de Procedimiento de Atención de mensajería instantánea: WhatsApp y Telegram" y "Guía de Procedimiento de Atención del mail Línea 144 PBA" y,

CONSIDERANDO:

Que según lo establecido por Decreto N° 45/20, la Subsecretaria de Políticas Contra las Violencias por Razones de Género tiene entre sus acciones la de coordinar la atención telefónica de la Línea 144 PBA como también diseñar mecanismos de supervisión interna y externa y políticas para la línea 144 PBA;

Que el alojamiento de la Línea 144 PBA en la esfera del Ministerio de las Mujeres, políticas de géneros y diversidad sexual supuso una transformación integral respecto de los lineamientos de atención, asesoramiento, contención y abordaje de las situaciones de violencias por razones de género;

Que la Línea 144 PBA es un servicio de atención primaria de las violencias por razones de género, el cual funciona las 24 horas los 365 días del año, y constituye para la persona en situación de violencia un primer contacto con un servicio especializado a cargo de operadoras que conforman equipos interdisciplinarios, ofreciendo también atención a través canales de comunicación alternativos como las aplicaciones de mensajería instantánea WhatsApp y Telegram;

Que como resultado de la supervisión externa realizada en la Línea 144 PBA en el año 2020 surge la necesidad de contar con una estrategia de rotación de tareas, dado que la atención continua de llamadas de violencias por razones de género a lo largo de los años tiene un impacto subjetivo que desgasta a las trabajadoras y resiente la calidad de la atención, contención, asesoramiento y articulación del caso;

Que la estrategia de rotación de tareas constituye una política de cuidado y fortalecimiento de los equipos;

Que a lo largo del año 2020 se han implementado una serie de políticas de cuidado de los equipos de trabajo tales como el día de descanso, la extensión sin límite de minutos de la atención a las personas que llaman a la Línea 144 PBA, la extensión sin límite de tiempo en la tarea de registro técnico de la carta de llamadas, el límite a la cantidad de llamadas que cada teleoperadora tiene que atender en su turno, el dispositivo de escucha individual para las teleoperadoras, la supervisión interna, la supervisión externa, la formación continua en temas consonantes con la tarea, la articulación con otras direcciones, y la sistematicidad de reuniones de equipo;

Que las políticas de cuidado destinadas a las trabajadoras tienen como objetivo potenciar los roles, acompañar el proceso de reconfiguración de las funciones de acuerdo con el organigrama actual del Ministerio y fortalecer la calidad de respuestas integrales frente a las violencias por razones de género;

Que la rotación de tareas se efectuará al interior de los equipos de trabajo interdisciplinarios, garantizando que ninguna tarea quede desprovista de una teleoperadora, y que el efecto de la rotación permita redefinir aspectos técnicos, conceptuales y subjetivos de los equipos, lapso tras el cual se evaluará el funcionamiento de la rotación;

Que en virtud de las previsiones del artículo 3° del Decreto N° 165/20, la Ministra de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual dictó la Resolu-

(*) El Anexo se puede consultar en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com.

ción N° 77/20 mediante la cual se declara como servicios no interrumpibles los desarrollados en el ámbito de la Dirección Provincial de Abordaje Integral de las Violencias por Razones de Género dependiente de la Subsecretaría de Políticas Contra las Violencias por Razones de Género, en el marco de la pandemia por COVID-19;

Que la implementación de la rotación de tareas se llevará a cabo mediante etapas: la primera se desarrollará en tanto continúe la vigencia del DISPO en el marco de la pandemia por COVID-19 y la segunda cuando se retome la normalidad post pandemia;

Que ha tomado intervención en razón de sus respectivas competencias la Asesoría General de Gobierno;

Que, la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por los artículos 28 de la Ley N° 15.164 y el Decreto N° 45/20;

Por ello,

La Ministra de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual de la Provincia de Buenos Aires resuelve:

Art. 1° - Aprobar los documentos "Estrategia de rotación de tareas", "Guía de Procedimiento de Atención de mensajería instantánea: WhatsApp y Telegram" y "Guía de Procedimiento de Atención del mail Línea 144 PBA", los que como Anexos I (IF-2021-05485737-GDEBA-SSPCVRGMMPGYDSGP), II (IF-2021-06269886-GDEBASSPCVRGMMPGYDSGP) y III (IF-2021-06269934-GDEBA-SSPCVRGMMPGYDSGP), forman parte integrante de la presente.

Art. 2° - Establecer que el documento "Estrategia de rotación de tareas", aprobado por el artículo precedente, será el documento que ordenará el trabajo semanal para las teleoperadoras y los equipos interdisciplinarios que se desempeñen en el marco de la Línea 144 de la Provincia de Buenos Aires.

Art. 3° - Establecer que la aplicación de la "Guía de Procedimiento de Atención de mensajería instantánea: WhatsApp y Telegram" y la "Guía de Procedimiento de Atención del mail Línea 144 PBA", aprobadas por el artículo 1°, serán de implementación obligatoria para las teleoperadoras y los equipos interdisciplinarios que se desempeñen en el marco de la Línea 144 PBA.

Art. 4° - Registrar, etc. – Díaz.

ANEXO I

Estrategia de rotación de tareas

Políticas de cuidado

El presente documento tiene como objetivo establecer una serie de definiciones conceptuales y técnicas para la rotación de tareas dentro de la Línea 144 PBA, en el marco de una política de cuidado de los equipos de teleoperadoras.

Una política de cuidado tiene como propósito visibilizar el impacto que las Violencias por razones de género tienen en quienes trabajan con ellas y elaborar propuestas a los fines de reducir el desgaste que las mismas provocan.

Por otro lado, el fortalecer y facilitar herramientas técnicas, marcos cognitivos y espacio de contención para las teleoperadoras de la Línea 144 PBA implicará la optimización de las tareas y supondrá también una forma de mitigar las consecuencias del abordaje de las violencias.

En consonancia con lo anterior, las políticas de cuidado destinadas a las teleoperadoras, tienen como objetivo lograr un mejoramiento de las condiciones laborales, potenciar los roles, acompañar el proceso de reconfiguración de las funciones de acuerdo con el organigrama actual del Ministerio, y fortalecer la calidad de respuestas integrales frente a las violencias por razones de género.

Es preciso destacar que desde el inicio del año 2020 se han implementado políticas efectivas de cuidado tales como:

- promover la elaboración de pautas de autocuidado

- día de descanso

- extensión sin límite de minutos de la atención a las PSVG

- extensión sin límite de tiempo en la tarea de registro técnico de la carta de llamada.

- límite a la cantidad de llamadas que cada operadora tiene que atender en su turno.

- sistematicidad de reuniones de equipo

- dispositivo de escucha individual para las teleoperadoras.

Este espacio de escucha individual a teleoperadoras se inició en el mes de abril del 2020, como propuesta desde la Subsecretaría de Políticas Contra las Violencias por Razones de Género, y atendiendo a la situación de pandemia por COVID-19) pudiendo ser empleado a demanda de las trabajadoras. Esta

herramienta de cuidado supone una estrategia técnica que permite instrumentar estrategias de revisión de emergentes y acompañamiento de situaciones en las diferentes tareas que llevan adelante las teleoperadoras. La posibilidad de identificar la necesidad de contar con este espacio es una buena práctica de actuación, dado que en el trabajo de abordaje de las violencias por razones de género es preciso no sólo el recurso conceptual y técnico para establecer una distancia óptima frente a las personas llamantes, sino también poder sostener una vigilancia epistemológica de nuestras vivencias, es decir reflexionar de manera continua sobre nuestro senti-pensares como actoras clave en el acompañamiento institucional de las PSVG.

Acerca de la rotación de tareas

El presente documento se centra en el diseño de la rotación de tareas como componente de una política de cuidado y fortalecimiento de los equipos. La misma ha sido diseñada a partir de las instancias de circulación de la palabra en supervisiones internas y externas. De igual manera, la rotación se ha definido contemplando los aspectos de salud laboral que exige el trabajo de atención a PSVG.

La propuesta de rotación de tareas permite promover la experticia de las teleoperadoras de la Línea 144 PBA en los diferentes requerimientos:

- modalidad de ingreso de casos de PSVG.

- producción de recursos técnicos (recursero, mapa de actores/as, estrategias de monitoreo de respuestas institucionales frente a las violencias por razones de género).

- producción de información estadística y conceptual en la atención a PSVG.

- desarrollo de espacios de formación continua y co-visión.

- trabajo de atención en territorio.

Es preciso señalar que la rotación será acordada/organizada por cada equipo de acuerdo a propuestas prefijadas por el espacio de la Dirección, la Supervisión Interna y las Coordinadoras, garantizando que se fortalezca el trabajo grupal y la complejidad de la estrategia de abordaje de los casos.

La estrategia de rotación que se presenta en este documento involucra el clima laboral y el fenómeno de la eficacia simbólica que produce la violencia por razones de género, que se replica al interior de los equipos y para ello se han desarrollado las instancias de supervisión interna y externa. Las hostilidades que muchas veces se presentan, se producen como forma de elaborar frustraciones propias de la atención a PSVG (Fridman, 2019), por ello es necesario revisar de manera continua, el rol, la función y específicamente la tarea que organiza al equipo.

De esta manera, la rotación de tareas se efectuará al interior de los equipos de trabajo interdisciplinarios, garantizando que ninguna tarea quede desprovista de una teleoperadora, y que el efecto de la rotación (de carácter trimestral) permita redefinir aspectos técnicos, conceptuales y subjetivos de los equipos, lapso tras el cual se evaluará el funcionamiento de la rotación.

La rotación se efectuará con las teleoperadoras de un mismo equipo de trabajo en cada turno.

1. En lo que respecta al medio de ingreso de casos se efectuará en la recepción y atención de las PSVG por whatsapp y Telegram.

2. En cuanto a la función de organización y respuesta del mail institucional, se prevé rotar por la tarea de atención al correo, aspecto vital de la articulación intra e interinstitucional.

3. La actualización continua del recursero constituirá una tarea de producción técnica.

4. Otra tarea de producción técnica será el trabajo metodológico cuanti y cualitativo a través de la estadística y el análisis conceptual de acuerdo a temáticas de interés y/o emergentes.

5. El desarrollo de espacios pedagógicos de formación y la producción de propuestas formativas.

6. El trabajo de salida a territorio con la finalidad de la atención situada.

La rotación se organizará a través de una grilla de trabajo con indicaciones específicas sobre las acciones y actividades que configuran cada tarea.

Estrategias de rotación de tareas

La rotación de tareas dentro de la Línea PBA tendrán las siguientes características:

- Cada coordinadora de turno será la responsable de organizar la rotación de tareas de las trabajadoras del turno.

- Las tareas entre las que se pueden rotar de manera interna a cada turno son las siguientes:

1. Whatsapp y Telegram (Ver Guía de Procedimientos)

2. Mail institucional de atención (Ver Guía de Procedimientos)

3. Recursero

4. Trabajo metodológico cuanti y cualitativo a partir del procesamiento de los datos registrados en Línea 144 PBA.

5. Espacios pedagógicos de formación y la producción de propuestas formativas.

6. Dispositivo territorial.

En las tareas de whatsapp – telegram, mail institucional y recursero debe trabajarse con corte semanal. Con respecto a esta última se realizará de manera diferencial en cada turno (los turnos diurnos, días hábiles y en horario de atención administrativo para confirmar datos de contacto y demás aspectos y en los nocturnos y fin de semana para indagar en particular comisarías y hospitales, teléfonos de guardia).

La rotación de tareas respecto del espacio de formación y producción supone cierta permanencia del equipo de teleoperadoras responsables de la producción de propuestas, así como de su implementación. En tanto que respecto de la modalidad de trabajo en el dispositivo territorial, se definirá en función de la propuesta de trabajo más amplia definida por la Subsecretaria.

Ejemplo de grilla de organización en cada turno según cantidad de teleoperadoras asignadas a cada tarea:

SEMANA: 30/11 al 4/12 de 2020					
TURNO:			Coordinadora:		
TAREA:	LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES
TELÉFONO	6	6	6	6	6
MAIL	2	2	2	2	2
WHATSAPP TELEGRAM	2	2	2	2	2
RECURSERO	1	1	1	1	1

Descripción de las tareas

1. Whatsapp y Telegram

El servicio de mensajería instantánea se considera como complementario a la Línea 144 PBA, está pensado para aquellas situaciones de violencia por razones de género donde la víctima se encuentre conviviendo con la persona agresora, y por lo tanto imposibilitada de llamar. (Ver Guía de Procedimientos)

2. Mail institucional de atención

El mail atención144pba@ministeriodelasmujeres.gba.gob.ar se considera una vía auxiliar a la Línea 144 para la toma de conocimiento de situaciones de violencias por razones de género por parte del Ministerio de las mujeres, políticas de género y diversidad sexual PBA.

Por esta vía se espera que ingresen consultas referidas a situaciones de violencias por razones de género por parte de la PSVG o por terceras personas pero también consultas generales referidas a distintas temáticas (ej: cupo laboral trans, consultas de AG, etcétera) ante las cuales se brindara la información y la derivación respectiva. (Ver Guía de Procedimiento)

3. Recursero

La construcción técnica de un recursero se encuentra en permanente modificación y actualización, al igual que la experticia y formación de las/es teleoperadoras/es de la Línea 144 PBA. En tal sentido, en este

documento se incorpora el diseño, evaluación y actualización del recursero en tanto una tarea técnica que puede ser efectuada para mejorar la calidad de escucha y de intervención en la Línea 144 PBA.

La tarea técnica de cartografiar actores/actoras clave para fortalecer las respuestas en las trayectorias institucionales que llevan adelante las PSVG cuando deciden "romper el silencio", o cuando se encuentran en un riesgo alto, son sustanciales. Por esta razón, el recursero o mapeo de actores/actrices es una herramienta técnica que permite:

- monitorear el tipo de respuestas institucionales frente a intervenciones desde la Línea 144 PBA.

- evaluar el grado de eficacia de las intervenciones institucionales frente a las PSVG.

- identificar los recursos técnicos, simbólicos y presupuestarios estratégicos existentes en el territorio provincial. (Ver Guía de Procedimiento)

4. Trabajo metodológico cuanti y cualitativo a partir de los datos Línea 144 PBA.

El equipo de Investigación realiza informes cualitativos y cuantitativos a partir del procesamiento de la base de datos de la Línea 144 PBA. El propósito de la elaboración de este material se constituye en un elemento clave para visibilizar las diferentes manifestaciones de las violencias por razones de género así como también analizar las modalidades de intervención y articulaciones que se realizan a partir de las situaciones registradas. En este sentido la participación de las teleoperadoras en el análisis y la elaboración de los informes conforma una tarea muy valiosa para la Dirección de Investigación, Gestión y Planificación de Políticas Públicas contra las violencias.

5. Espacios pedagógicos de formación y la producción de propuestas formativas.

El Equipo de Formación Permanente es un espacio pensado para la formación de las teleoperadoras y la problematización de la tarea, en pos de mejorar las condiciones de atención.

Se pretende abrir un espacio de intercambio de saberes y diseño de líneas de intervención que redunden en una práctica mejor comprendida y fundada de la temática, que contribuya a mejorar la calidad de asesoramiento y contención en la Línea 144 PBA.

Este espacio tiene por objetivos propiciar capacitaciones, talleres y otras instancias de formación internas de las teleoperadoras de la Línea 144 PBA a fin de garantizar una problematización continua de la tarea y las herramientas teórico-metodológicas utilizadas. Así como, generar espacios de formación en perspectiva de género y LGBTI+ para las teleoperadoras de la Línea 144 PBA.

6. Dispositivo territorial

Este dispositivo tiene como objetivo la primera escucha en situaciones de violencia por razones de género que afecte a mujeres y LGTBI+ a los fines de realizar una evaluación y en pos de brindar el abordaje correspondiente. En líneas generales, se ofrece asesoramiento, contención e información adecuada a la problemática.

Este dispositivo se pondrá en marcha ante estrategias de intervención determinadas por esta Subsecretaría en territorios determinados.

ANEXO II

Guía de Procedimiento de Atención de mensajería instantánea: whatsapp y telegram

El servicio de mensajería instantánea se considera como complementario a la Línea 144 PBA, está pensado para aquellas situaciones de violencia por razones de género donde la víctima se encuentre conviviendo con el agresor, y por lo tanto imposibilitada de llamar.

Características específicas de funcionamiento:

- SOLO se recepcionan mensajes de texto

- Perfil sin imagen, puede ser frase: "Solo mensajes de texto, no audios, no videollamadas".

- La respuesta SIEMPRE será a través de textos para lo cual, se preparará una serie de mensajes prefijados para agilizar la respuesta.

- En caso de tener que elaborar preguntas (por fuera de los mensajes prefijados) serán cerradas cuyas respuestas se respondan por Sí /No.

Procedimiento durante la llamada:

Primer atajo "/hola" Hola, mi nombre es x, te comunicaste con el WhatsApp 144 de la Provincia de Buenos Aires y podemos asesorarte. Desde aquí no recibimos denuncias. Si estás en una emergencia llama al 911 y mándanos tu ubicación.

Segundo atajo un audio de voz (en caso de que la persona mande audios le copiamos el audio donde solicita comunicarse al 144 en caso de que no sepa leer o escribir)

Tercer atajo "/nombrecompleto" Cuál es tu Nombre completo? Número de DNI? En qué Dirección te encontrás?

Los datos que te pedimos son para dejar un registro de tu situación en caso de que vuelvas a comunicarte

Con estos datos la operadora DEBE BUSCAR en la carta si la consultante ya se ha comunicado a la línea con anterioridad.

Les hacemos preguntas breves para que haya un intercambio breve también.

"/lastimada" ¿Estás lastimada?

"/patrullero" ¿Necesitas un patrullero?

"/agresor" ¿Estás con el agresor?

"/armas" Hay armas en la casa? Cuáles?

"/convivientes" Otros convivientes? Niños/as, adultos/as mayores, personas con alguna discapacidad?

"/redes" Contás con alguien cercano de tu confianza que conozca tu situación? (Vecinos/as, familiares, personal de la escuela, comedor, compañeros/as de trabajo).

(Si de acá sale algún contacto pedirle que le diga a la persona que llame a la línea 144 PBA para poder brindar información adicional (ser su voz y escucha en el afuera) este atajo será "/persona".

"/datos del agresor" es importante que nos proporciones los datos que tengas de la persona que te agrede.

En el caso de requerir intervención a otros servicios telefónicos:

- La coordinadora/operadora deberá comunicarse al 107 para solicitar una ambulancia, si es en La Plata, si el contacto lo realiza desde otro municipio debe realizarlo la consultante ya que dicho servicio no se encuentra descentralizado.

- Por consultas por violencia hacia niños y/o adolescentes corresponde a la línea 102.

- Si la situación no es de riesgo inminente, la devolución se realizará con los recursos habituales. Ambas operadoras trabajarán sobre los recursos más pertinentes.

Cierre de la llamada:

Siempre esperar el consentimiento de la persona (en caso de que corra riesgo)

"/consentimiento" Mándanos tu número de teléfono y respondemos "SI" si podes recibir llamadas y "NO" en caso contrario.

"/cierre" Te recomendamos que siempre tengas preparado para una urgencia el celular con batería, documentos resguardados (tuyos y el de tus hijos/as en caso de que tengas). También dinero (si tenés), tarjeta de cobro, sube, alguna muda de ropa.

"/link denuncia" https://seguridad.gba.gob.ar/#!/denuncias/violencia-género Por aquí podrás denunciar por internet en la opción "denuncia" y luego opción "violencia familiar o de género".

- Si necesitas hacer una denuncia a la comisaría o pedir ayuda en alguna organización no necesitas permiso, con tan solo avisar que corres peligro de violencia de género tienen que dejarte pasar. También podes salir con tus hijos/as (resolución 15/2020) Ministerio de Mujeres y Diversidades.

- No pueden negarte a realizar una denuncia.

/despedida "Muchas gracias por comunicarte con nosotras. Si lo necesitas, no dudes en volver a hacerlo."

- En los casos que se requiera, se articulará con otras direcciones de la Subsecretaría de Políticas contra la Violencia por razones de Género.

Dicha articulación será realizada por la coordinadora: casos críticos/seguimiento (Altísimo riesgo: 0221-6759695).

Equipo interviniente: duplas de operadoras (en lo posible una de las operadoras que ya trabajan en el servicio y otra ingresante) acompañadas por la coordinadora de turno.

ANEXO III

Guía de Procedimiento de Atención del mail Línea 144 PBA

Gestión del mail: atención144pba@ministeriodelasmujeres.gba.gob.ar

El mail se considera una vía auxiliar a la Línea 144 para la toma de conocimiento de situaciones de violencias por razones de género por parte del Ministerio de las mujeres, políticas de género y diversidad sexual PBA.

Tareas a desarrollar:

- Si se trata de un caso de violencia, previo asesorar brevemente, es necesario poder establecer una comunicación fluida por teléfono o whatsapp para la construcción de la estrategia y poder registrar en la Carta de Llamadas. Si de la evaluación realizada se desprende la necesidad de recabar más datos o continuar con el asesoramiento, se propone realizar una llamada consultando por vía mail los horarios y días más convenientes.

- Si se trata de consultas generales (ej: cupo laboral trans, consultas de AG, etcétera) es necesario registrar la intervención y la derivación en un documentos compartido creado al efecto.

Pasos para desarrollar la tarea:

1° Clasificación.

El equipo de trabajo procederá a clasificar las comunicaciones recibidas de acuerdo a quién se comunica.

- Personas en situación de VRG (pedirle consentimiento para establecer comunicación telefónica) Va formulario

- Terceros/as en conocimiento de situaciones de VRG. Se envía mail con solicitud de datos pre-establecidos

- Áreas género municipales, organismos públicos provinciales o nacionales Se solicitan datos de manera telefónica

- Organizaciones sociales, feministas, etc. Se solicitan datos de manera telefónica

2° Datos.

Al momento que ingresa una situación vía mail que relata una situación de violencia,

- Si se trata de la persona en situación de violencia, y a efectos de co-construir una estrategia de abordaje del caso, es necesario establecer una comunicación telefónica (vía Línea 144 PBA o mensajería instantánea: whatsapp/telegram) previo obtener el consentimiento de la persona para ello, a efectos de abrir una Carta de Llamadas y registrar el caso y las intervenciones. Asimismo, se indaga vía mail algunos datos imprescindibles para la construcción de la estrategia posterior:

* Nombre PSVG

* Apellido PSVG

* DNI

* Fecha de nacimiento

* Domicilio actual

* Celular de contacto

* Otro celular de contacto (consignar a quien pertenece)

* Hijos/as (Nombres, edades, escolaridad y consignar escuelas)

* Información acerca de denuncias e intervenciones judiciales. ¿Tiene denuncias? ¿Tiene medidas?

* ¿Conoce el organismo que está interviniendo? (si/no si, sí especificar cuál)

* Breve relato de las situaciones de violencia por razones de género padecidas.

- Si se trata de una persona que consulta por la situación de violencia que sufre una tercera o tercero, se procede a asesorar acerca de los recursos territoriales disponibles, y se deja en claro que la Línea 144 requiere que la persona en situación de violencia se comunique para poder co-construir una estrategia de abordaje de las violencias en donde la persona sea la protagonista.

- Si se trata de un Área de Género municipal que consulta acerca de los antecedentes de llamadas a la Línea 144 de una persona, se procede a dar la información respecto a la existencia o no de la llamada de la persona, pero no se brinda detalles del contenido. Para acceder al contenido de las llamadas (por ejemplo acceso al audio), se requiere un oficio judicial.

- Si se comunica una organización de la sociedad civil, se solicita completar una planilla que nos permita organizar la información y la demanda:

* Identificación de la OSC/DPG

* Datos de contacto (referente)

* Cómo tomaron contacto con la situación

* ¿Hicieron intervenciones al respecto? ¿Cuáles?

* ¿Tienen conocimiento si la PSVG se contactó con la Línea 144?

* ¿Está la situación judicializada? ¿Tienen datos de la causa, fiscalía, defensoría? ¿Cuales? (especificar)

Sin embargo, se procede a asesorar sobre tipos, modalidades de violencias y recursos territoriales en caso de ser ese el motivo de la comunicación.

Si la comunicación tiene como objetivo denunciar el mal funcionamiento de un Área de Género o dispositivo municipal, se informa al Equipo de seguimiento de la Línea 144 PBA a los fines de hacer las articulaciones necesarias en el abordaje de la situación planteada.

Si es por incumplimiento de medidas judiciales, debe derivarse a la Dirección de Intervención de la DPAR y CC.

3° Información.

Se deberán responder las consultas puntuales que puedan canalizarse con la información acerca de los recursos existentes para la situación planteada (ámbitos institucionales de salud, justicia, educación, seguridad, desarrollo social, niñez, áreas municipales, organismos provinciales y/o nacionales) y ofrecer la Línea 144 PBA como ámbito de consulta.

También se responderán las consultas que requieran derivación hacia otras áreas de nuestro Ministerio respondiendo por vía mail con la información referida a la derivación efectuada.

Se evaluarán las consultas que requieran establecer un contacto telefónico con la persona que se comunica, ya sea para solicitar mayor información o porque la situación planteada requiere una intervención en profundidad.

DECRETO 524

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 – Adhesión al dec. nacional 123.

Fecha: 15/03/2021

Publicación: B.O. 02/04/2021

VISTO:

El Expediente EX-2021-00135808-CAT-MGJDH, mediante el que se solicita la adhesión al Decreto Presidencial N° 123/2021 por el cual se crea el Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Trasvesticidios y Transfemicidios; y

CONSIDERANDO:

Que a orden 03, obra Nota Firma Ológrafa N° NO2021-00135783-CAT-MGJDH, en la que se adjunta Nota G. J. y D. H. N° 22 de fecha 26 de Febrero de 2021, por la cual la Secretaría de Mujeres, Géneros y Diversidad le solicita al Señor Gobernador de la Provincia de Catamarca se adhiera al Decreto Presidencial N° 123/2021, por medio del cual se crea el Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Trasvesticidios y Transfemicidios.

Que a orden 04, obra Nota Firma Ológrafa N° NO2021-00135787-CAT-MGJDH de fecha 26 de Febrero de 2021, adjuntando copia del Decreto Presidencial N° 123/2021, que prescribe en su Artículo 3°, que se invita a las Provincias a la adhesión del mismo con el objeto de integrar el referido organismo, cuya creación origina el acto administrativo respectivo.

Que a orden 07, obra Nota Firma Ológrafa N° NO2021-00150065-CAT-MGJDH, por la que interviene Asesoría Legal del Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos mediante Dictamen A.L.G.J. y D.H. N° 007/21 de fecha 03 de Marzo de 2021, concluyendo que atento a las constancias obrantes en las presentes actuaciones, no encuentra objeciones a la adhesión por parte de la Provincia de Catamarca al Decreto Presidencial N° 123/2021, considerando que el Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos, específicamente la Secretaría de Mujeres, Géneros y Diversidad, es el organismo apto para la representación de la Provincia en el flamante organismo creado por el instrumento referido. Así mismo considera que se debería proceder a emitir el instrumento legal correspondiente (Decreto), mediante el cual se adhiera la Provincia a formar parte del Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Trasvesticidios y Transfemicidios.

Que a orden 12, toma intervención que le compete Asesoría General de Gobierno, mediante Dictamen de Firma Conjunta N° IF-2021-00157721-CAT-AG de fecha 04 de Marzo de 2021, por el que manifiesta que teniendo en cuenta los antecedentes obrantes en las presentes actuaciones y en virtud del marco legal aplicable a la materia de análisis, cabe indicar que mediante Decreto Acuerdo N° 295 de fecha 22 de Febrero de 2021, el Organigrama del Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos incorpora la Secretaría de Mujeres, Género y Diversidad, en la cual contempla dentro de sus misiones y funciones, la protección y el control del cumplimiento del respeto en los derechos humanos de los grupos contemplados en la temática del presente acto administrativo, es por ello que se encuentra facultada para poder cumplir con las finalidades del Consejo Federal para la prevención y el abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios creado por Decreto; considerando procedente la emisión del acto administrativo pertinente (Decreto), que disponga la Adhesión de la Provincia de Catamarca al Decreto Nacional N° 123/2021 mediante el cual se crea el Consejo Federal para la prevención y el abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios; designando como representante de la Provincia de Catamarca en el referido Consejo, a la Secretaría de Mujeres, Géneros y Diversidad dependiente del Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos.

Que el presente instrumento se dicta en uso de las facultades establecidas por el Artículo N° 149° de la Constitución Provincial.

Por ello;

El Gobernador de la Provincia de Catamarca decreta:

Art. 1° - Adhiérase a la Provincia de Catamarca al Decreto Presidencial N° 123 de fecha 21 de Febrero de 2021, mediante el cual se crea el Consejo Federal para

la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Trasvesticidios y Transfemicidios.

Art. 2° - Desígnase como representante de la Provincia de Catamarca en referido Consejo, a la Secretaría de Mujeres, Géneros y Diversidad dependiente del Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos.

Art. 3° - Tomen conocimiento a sus efectos: Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos, Secretaría de Mujeres, Géneros y Diversidad y Secretaría de Estado de Gabinete.

Art. 4° - Comuníquese, etc. – Jalil – Moreno.

RESOLUCIÓN 22 (M.M.)

Plan de Acción para la implementación de las capacitaciones obligatorias para el año 2021, en la temática de género y violencia contra las mujeres, dispuestas mediante ley 10.628, de adhesión a la ley nacional 27.499 (Ley Micaela) y su decreto reglamentario 952.

Fecha: 12/02/2021

Publicación: B.O. 03/03/2021

VISTO:

La Ley N° 10.628, de adhesión a la Ley Nacional N° 27.499 - Ley Micaela -, su Decreto Reglamentario N° 952/19 y la Resolución N° 54/2020 del Ministerio de la Mujer.

Y CONSIDERANDO:

Que, en virtud del inicio del nuevo mandato constitucional, a través del Decreto N° 1615/2019, ratificado por Ley N° 10.726, se aprobó la Estructura Orgánica del Poder Ejecutivo, estableciéndose las competencias y atribuciones de las distintas jurisdicciones provinciales que lo integran.

Que compete al Ministerio de la Mujer asistir al Poder Ejecutivo, en general, en todo lo atinente a la promoción, protección y restitución de derechos de las mujeres, mediante el diseño y coordinación de políticas públicas, desde una perspectiva de género y derechos humanos, respetando la diversidad, promoviendo su empoderamiento en los diferentes ámbitos, propiciando la igualdad de género, y procurando poner fin a todo tipo de violencias y discriminación; como así también intervenir en la creación e implementación de políticas, programas y planes de gobierno en materia de equidad de género a implementarse de manera transversal en todas las áreas del Estado Provincial, promoviendo el desarrollo de las condiciones adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de todas las mujeres en el territorio.

Que, a través de la Ley N° 10.628, la Provincia de Córdoba adhirió a la Ley Nacional N° 27.499 - Ley Micaela -, de capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que integran los tres Poderes del Estado.

Que, conforme al Decreto N° 1615/2019, esta jurisdicción provincial adquiere el carácter de Autoridad de Aplicación de la Ley N° 10.628 de Adhesión a la Ley Nacional N° 27.499 - Ley Micaela -.

Que mediante Decreto N° 952/2019 se reglamentó la citada ley provincial, la cual dispone, que la capacitación establecida por la ley 10.628 -en concordancia con la Ley Nacional 27.499-, es "obligatoria para todas las personas que se desempeñen en la función pública, en todos los niveles y jerarquías, dependientes del Poder Legislativo, del Poder Judicial, de la Defensoría del Pueblo, del Tribunal de Cuentas y de la Administración Pública Provincial centralizada y descentralizada (incluidas entidades autárquicas, bancos, sociedades, Sociedades del Estado y Sociedades de Economía Mixta del Estado Provincial, entes en los cuales el Estado Provincia sea titular de la participación total o mayoritaria del capital o posea el poder de decisión), cualquiera sea su vínculo laboral o situación de revista."

Que, conforme a ello, mediante Resolución N° 54, de fecha 22 de abril de 2020, del protocolo del Ministerio de la Mujer, se aprobó el Plan de Acción para la implementación de las capacitaciones obligatorias para el año 2.020, en la temática de género y violencia contra las mujeres, dispuesta mediante Ley N° 10.628, destinadas a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías -Ley Micaela-.

Que resulta oportuno en esta instancia proceder a regular la implementación de las citadas capacitaciones para el año 2021.

Que el Área de Formación, Capacitación y Residencias Profesionales, responsable de coordinar la ejecución de las citadas capacitaciones obligatorias en la temática de género y violencia contra las mujeres realizadas en el marco de la Ley Micaela, manifiesta la necesidad de continuar con la modalidad prevista para el año 2020, aprobada mediante Resolución N° 54/2020, previéndose en consecuencia las respectivas modificaciones en el cronograma de ejecución para el año 2021.

Que resulta necesario continuar fortaleciendo los procesos de sensibilización de las personas que ejercen funciones en el ámbito público, concientizando sobre la relevancia de la incorporación de la perspectiva de género y derechos humanos en el entorno laboral.

Que atento a ello, corresponde en esta instancia, ratificar para el año 2021 la modalidad del Plan de Acción de implementación de las capacitaciones obligatorias - Ley N° 10.628, de adhesión a la Ley N° 27.499 - Ley Micaela, del año 2.020, regulada mediante Resolución N° 54/2020 del Ministerio de la Mujer y aprobar en consecuencia el nuevo cronograma de ejecución para el año 2021.

Por ello, conforme normativa citada y en uso de las competencias y atribuciones conferidas mediante artículo 40 del Decreto N° 1615/2019, ratificado por Ley N° 10.726;

La Ministra de la Mujer resuelve:

Art. 1° - Establécese que el Plan de Acción para la implementación de las capacitaciones obligatorias para el año 2.021, en la temática de género y violencia contra las mujeres, dispuestas mediante Ley N° 10.628, de adhesión a la Ley Nacional N° 27.499 -Ley Micaela-, y su Decreto Reglamentario N° 952/2019, destinadas a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, se desarrollará conforme alcance, condiciones y modalidades previstas en la Resolución N° 54, de fecha 22 de abril de 2020, del protocolo de este Ministerio de la Mujer, publicada en Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba de fecha 29 de abril de 2020.

Art. 2° - Apruébase el cronograma de las capacitaciones obligatorias para el año 2.021, en la temática de género y violencia contra las mujeres - Ley N° 10.628, de adhesión a la Ley Nacional N° 27.499 - Ley Micaela - y su Decreto Reglamentario N° 952/2019, el que quedará conformado de la siguiente manera:

Curso	Inscripciones	Inicio	Finalización	Duración
1 - 2021	20/02 al 28/02	01 de marzo	9 de abril	6 semanas
2 - 2021	22/03 al 02/04	13 de abril	18 de mayo	6 semanas
3 - 2021	30/04 al 10/05	21 de mayo	2 de julio	6 semanas
4 - 2021	07/06 al 19/06	5 de julio	12 de agosto	6 semanas
5 - 2021	19/07 al 30/07	10 de agosto	23 de septiembre	6 semanas
6 - 2021	23/08 al 03/09	27 de septiembre	5 de noviembre	6 semanas
7 - 2021	02/10 al 15/10	8 de noviembre	15 de diciembre	6 semanas

Art. 3° - Encomiéndase a la Jefatura de Área de Formación, Capacitación y Residencias Profesionales, responsable de llevar a cabo la coordinación de las capacitaciones en el marco de la Ley N° 10.628, el diseño de los procedimientos de ejecución, así como el seguimiento y control del cumplimiento del Plan de Acción de capacitaciones obligatorias para el año 2.021.

Art. 4° - Protocolícese, etc. – Martínez.

DECRETO 279

Ley de Paridad de Género - Reglamentación de la ley 14.002.

Fecha: 09/04/2021

Publicación: B.O. 13/04/2021

VISTO:

El Expediente N° 02501-00015474-1 - (S.I.E.) (SEIyG), por el cual la Secretaría de Estado de Igualdad y Género promueve la reglamentación de la Ley Provincial N° 14.002 de Paridad de Género; y;

CONSIDERANDO:

Que la Ley Provincial N° 14.002, promulgada por el Decreto N° 2052/2020, establece el principio de paridad de género en la composición e integración del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, partidos políticos, entes públicos o con participación estatal y asociaciones, consejos y colegios profesionales;

Que según lo expresado en su artículo 2° se entiende por paridad de género la representación igualitaria de varones y mujeres en un cincuenta por ciento para cada género en la conformación de listas electorales, y en la composición de estructuras orgánicas o de cargos y ternas o nóminas de designación;

Que en virtud de la especificidad de la materia, según las funciones emanadas de la Ley N° 14.002, interviene en la presente gestión la Secretaría de Estado de Igualdad y Género;

Que a los fines de dar adecuada instrumentación operativa a la Ley N° 14.002, resulta necesario proceder a la reglamentación de sus disposiciones;

Que la reglamentación y aplicación de la Ley Provincial N° 14.002 se regirá por los principios de progresividad y no regresividad como rectores para la interpretación del principio de paridad, en el marco de los cuales se propenderá de manera progresiva a la realización de la paridad en las esferas del Poder Ejecutivo;

Que debe entenderse que los alcances de la Ley 14.002 implican no solo a los cargos electivos sino también a los cargos políticos en las esferas del poder legislativo (secretarios/as de bloque, secretario/a legislativo, secretario/a administrativo, subsecretario/a);

Que asimismo, se pretende cristalizar los criterios para la presentación de las listas de precandidatos y precandidatas ante las autoridades partidarias de manera de garantizar en las mismas la paridad de integración;

Que corresponde autorizar a la Secretaría de Estado de Igualdad y Género, en el marco de sus facultades competenciales, a promover acciones para la operativización de la paridad, disponiendo a tal fin la facultad de elaborar programas al efecto y celebrar convenios con organismos electorales o partidarios;

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Estado de igualdad y Género y Fiscalía de Estado han tomado la intervención de su competencia, conforme a lo dispuesto por los artículos 2 inciso e) y 3 inciso c) de la reglamentación aprobada por Decreto N° 132/94, expidiéndose favorablemente respecto a la gestión interpuesta en autos;

Que el presente acto se dieta en ejercicio de las atribuciones otorgadas a este Poder Ejecutivo por el artículo 72, incisos 1) y 4) de la Constitución Provincial;

Por ello,

El Gobernador de la Provincia decreta:

Art. 1° - Apruébase la reglamentación de la Ley Provincial N° 14.002, promulgada por el Decreto N° 2052/2.020, de la siguiente manera: artículos 1, 2, 3, 4, 23, 24, 25 y 26 en el "Anexo I"; artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 10 en el "Anexo II"; artículos 11, 12, 13, 14 y 15 en el "Anexo III"; artículos 16, 17 y 18 en el "Anexo IV"; artículos 19, 20 y 21 en el "Anexo V"; y artículo 22 en el "Anexo VI"; todos, los que se adjuntan e integran el presente Decreto.

Art. 2° - Refréndase por los señores Ministros de Gestión Pública y de Gobierno, Justicia, Derechos Humanos y Diversidad.

Art. 3° - Regístrese, etc. – Perotti – Corach – Sukerman.

ANEXO I

Reglamentación de la Ley N° 14.002

Artículos 1, 2, 3, 4 y 23, 24, 25 y 26

Art. 1° - La interpretación de la Ley Provincial N° 14.002 será a partir de los principios de progresividad y no regresividad, en conjunto con los principios de igualdad y no discriminación con base en la identidad y expresión de género, a la luz del principio pro persona.

Entiéndase por principio de progresividad al criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar la paridad de género.

Entiéndase por principio de no regresividad a la prohibición de todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de la paridad de genero.

El principio de paridad de género y los principios de progresividad y de no regresividad en el Poder Legislativo, sin perjuicio de las disposiciones expresas de la Ley N° 14.002, abarca a todos los cargos de carácter político (secretarios/as de bloque, secretario/a legislativo, secretario/a administrativo, subsecretario/a, etc.)

El Principio de paridad de género y los principios de progresividad y no regresividad de ninguna manera podrán ser utilizados para la vulneración de los derechos de las mujeres.

Art. 2° - El principio de paridad de género consagrado se entiende como la conformación de listas integradas por candidatas y candidatos de manera intercalada, en forma alterna y consecutiva, desde la primera o el primer titular hasta la última o último suplente, de modo tal que no haya dos (2) personas continuas del mismo género en una misma lista para la conformación de cuerpos colegiados, candidaturas a cargos electivos Ejecutivos o Unipersonales, ternas o nóminas de designación y estructuras orgánicas.

Para la designación de Ministros y Ministras, Secretarios de Estado y Secretarias de Estado, funcionarios y funcionarias, magistrados y magistradas del Poder Judicial, y funcionarios/as políticos/as en cargos no electivos del Poder Legislativo (secretarios/as de bloque, secretario/a legislativo, secretario/a administrativo, subsecretario/a, etc.), como así también para la integración de cargos según leyes orgánicas o estatutos para el sector público provincial no financiero, entes autárquicos y empresas del Estado en todas sus formas, la representación igualitaria de varones y mujeres en un cincuenta por ciento para cada género se producirá en atención al principio de progresividad y no regresividad.

Art. 3° - No requiere reglamentación.

Art. 4° - El género queda determinado por la constancia del Documento Nacional de Identidad al momento en que deban producirse los efectos jurídicos del acto del que se trate.

Art. 23. - No requiere reglamentación.

Art. 24. - No requiere reglamentación.

Art. 25. - No requiere reglamentación.

Art. 26. - No requiere reglamentación.

ANEXO II

Reglamentación de la Ley N° 14.002

Artículos 5, 6, 7, 8, 9 y 10 - Paridad de género en cargos públicos electivos.

Art. 5° - No requiere reglamentación.

Art. 6° - No requiere reglamentación.

Art. 7° - Modifícase el artículo 4° del Decreto N° 0428/05, reglamentario de la Ley N° 12.367, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"La presentación de listas de candidatos/as por ante las autoridades partidarias, autoridades de la confederación o apoderados/as de las alianzas electorales respectivas, deberá hacerse conforme los requisitos que establezcan las respectivas cartas orgánicas. Sin perjuicio de ello deberán cumplir con los siguientes recaudos legales:

a) Número de precandidatos/as, igual al número de cargos titulares y suplentes a seleccionar, cumplimentando el recaudo exigido en el artículo 6 último párrafo de la Ley N° 12.367.

b) Firma de los precandidatos/as debidamente certificada por cualquiera de los funcionarios/as públicos autorizados para tal fin por la Ley Orgánica de los Partidos Políticos, Ley N° 12.367 y su Decreto reglamentario, con indicación de domicilio, número de documento de identidad y declaración jurada de reunirlos requisitos constitucionales pertinentes.

c) Constitución de domicilio legal en la ciudad de Santa Fe.

d) Designación de apoderados/as, en número no mayor de tres (3), para que actúen en representación de la lista en todos los trámites electorales, con indicación expresa si dicha actuación ha de ser en forma conjunta de por lo menos dos de ellos o indistinta. De no efectuarse tal aclaración se entenderá que es conjunta.

e) Denominación de la lista, mediante color y/o nombre, especificando ámbito de actuación territorial en el que la lista pretende actuar; de acuerdo al cual se le asignará un número conforme al orden temporal de presentación; el que servirá para control de la lista cuyo reconocimiento se pretende y para la junta electoral partidaria pertinente. A tal fin las juntas electorales partidarias deberán imponer en cada solicitud de reconocimiento un sello con indicación de día, hora y firma de la autoridad partidaria receptora.

Las aprobaciones u observaciones de las listas por las autoridades partidarias o de la confederación o los apoderados, se deberán realizar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas desde su presentación.

Para el caso que las listas sean observadas y presenten las correcciones pertinentes, las autoridades partidarias deben expedirse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas. La resolución fundada del órgano partidario será apelable por ante el Tribunal Electoral de la Provincia dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su notificación. La apelación deberá presentarse ante el órgano que emitió la resolución, el que -luego de adjuntar los antecedentes del caso- girará las actuaciones al Tribunal Electoral de la Provincia dentro de las veinticuatro (24) horas. El Tribunal Electoral de la Provincia otorgará el número de la lista respetando el orden temporal de presentación de la misma con prescindencia del partido político, confederación o alianza electoral transitoria en la que se haya efectuado y, con respecto al nombre, observará las prohibiciones establecidas en la Ley Orgánica de Partidos Políticos, cuidando de evitar denominaciones que por similitud gráfica o fonética puedan inducir a error o confusión al electorado.

Art. 8° - (Corresponde al Artículo 11 de la Ley N° 12.367): No requiere reglamentación.

Art. 9° - (Corresponde al Artículo 14 de la Ley N° 12.367): No requiere reglamentación.

Art. 10. - La pertenencia al mismo partido político para el caso de corrimiento en el supuesto de producirse vacancias, deberá entenderse referido a partidos políticos, confederación de partidos políticos o alianzas electorales participantes de la elección, independientemente de la filiación partidaria específica de la persona reemplazada y reemplazante.

Para garantizar la composición e integración del cuerpo colegiado de manera paritaria (cincuenta por ciento de cada género), los reemplazos por otro/a candidato/a del mismo género que quien produjo la vacancia no deben alterar la integración paritaria que el órgano debe tener en su composición, en virtud de las acciones afirmativas del artículo 37 de la Constitución Nacional.

ANEXO III

Reglamentación de la Ley N° 14.002

Artículos 11, 12, 13, 14 y 15 - Paridad de género en el poder ejecutivo.

Art. 11. - (Corresponde al Artículo 2 de la Ley N° 13.920): La designación de Ministros y Ministras se realizará atendiendo al principio de paridad de género y a los principios de progresividad y no regresividad del derecho internacional de los derechos humanos, en los términos establecidos en el artículo 1° del presente decreto reglamentario.

Art. 12. - (Corresponde al Artículo 23 de la Ley N° 13.920): La designación de Secretarios y Secretarias de Estado se realizará atendiendo al principio de paridad de género y a los principios de progresividad y no regresividad del derecho internacional de los derechos humanos, en los términos establecidos en el artículo 1° del presente decreto reglamentario.

Art. 13. - No requiere reglamentación.

Art. 14. - No requiere reglamentación.

Art. 15. - No requiere reglamentación.

ANEXO IV

Reglamentación de la Ley N° 14.002

Artículos 16, 17 Y 18 - Paridad de género en el poder judicial.

Art. 16. - (Corresponde al Artículo 11 Bis de la Ley Orgánica N° 10.160): Para el nombramiento de ministros y ministras y procurador/a, en tanto componen en conjunto a la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, se atenderá al principio de paridad de género y a los principios de progresividad y no regresividad del derecho internacional de los derechos humanos, en los términos establecidos en el artículo 1° del presente decreto reglamentario.

Art. 17. - Los estamentos indicados en el párrafo tercero del artículo 5° del Decreto 0854/2.016 y modificatorios, deberán remitir sus listas de propuestos y propuestas para integrar1el Cuerpo Evaluador del

Consejo de la Magistratura garantizando que en ellas y por cada especialidad se proponga la misma cantidad de varones y mujeres.

Art. 18. - No requiere reglamentación.

ANEXO V

Reglamentación de la Ley N° 14.002

Artículo 19, 20, 21 - Paridad de género en los partidos políticos.

Art. 19. - (Corresponde a los incisos h) e i) del artículo 18 de la ley N° 6.808 de Partidos Políticos): No requiere reglamentación.

Art. 20. - Modifícase el artículo 28 del Decreto N° 3.052/18, reglamentario de la Ley N° 6.808, el que quedará redactado de la siguiente manera.

"La autoridad de aplicación procederá a exigir anualmente a los partidos políticos inscriptos, la documentación correspondiente a las diversas actividades partidarias educativas y de formación democrática, como así también las relativas a los actos electorales y de designación de autoridades internas, a efectos de su control.

Para la verificación del cumplimiento del principio de paridad de género previamente a la realización de las elecciones internas, las aprobaciones u observaciones de las listas se deberán realizar, siempre que el respectivo cronograma electoral y la Carta Orgánica o Reglamento de Junta Electoral no dispusiera lo contrario, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas desde su presentación. Para el caso que las listas sean observadas y presenten las correcciones pertinentes, las autoridades partidarias deben expedirse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas. La resolución fundada del órgano partidario será apelable por ante el Tribunal Electoral de la Provincia dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su notificación. La apelación deberá presentarse ante el órgano que emitió la resolución, el que -luego de adjuntar los antecedentes del caso- girará las actuaciones al Tribunal Electoral de la Provincia dentro de las veinticuatro (24) horas.

Art. 21. - (Corresponde al inciso 8) del artículo 22 de la ley N° 13.920): No requiere reglamentación.

ANEXO VI

Reglamentación de la Ley N° 14.002

Art. 22. - Paridad de género en consejos, colegios y asociaciones profesionales.

Art. 22. - (Corresponde al Artículo 5 de la Ley N° 11.089): La Inspección General de Personas Jurídicas dependiente de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Gobierno, Justicia, Derechos Humanos y Diversidad, dictará las normas operativas mediante las que establecerá los plazos de adecuación estatutaria y los procedimientos consecuentes, e instará a los Colegios y Consejos Profesionales a reformar sus estatutos para garantizar el principio de paridad y/o la representación proporcional de varones y mujeres, según corresponda, dentro de los organismos de gobierno.

DECRETO 303

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 – Adhesión al dec. nacional 123.

Fecha: 09/04/2021

Publicación: B.O. 14/04/2021

VISTO:

El Expediente N° 02501-0001441-6- S.I.E. (SEIyG) - por el cual se gestiona la adhesión de la Provincia de Santa Fe a las disposiciones del Decreto Nacional N° 123/21, y;

CONSIDERANDO:

Que mediante el dictado del Decreto N° 123 del 21 de Febrero de 2021 el Gobierno Nacional 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;

Que dicha norma, en su Artículo 3° Dispone que 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, e invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a incorporarse al Consejo debiendo comunicar al Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad su voluntad de adhesión y los y las ministras que las representarán en el mismo;

Que el Decreto N° 123/21 encuentra su fundamento legal en las Leyes N° 23.179 y 24.632 que aprobaron, respectivamente, la convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (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";

Que en consonancia con dichos instrumentos internacionales la República Argentina sancionó la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres;

Que atento a los estándares establecidos por la Ley Nacional N° 26.743 - De identidad de Género, debe interpretarse el concepto de "mujer" en su sentido más amplio e incorporar en el mismo a las identidades feminizadas, correspondiendo la inclusión de las personas pertenecientes al colectivo LGBTI+ en las normas citadas;

Que, el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación es el organismo responsable 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;

Que la Provincia de Santa Fe, a través de la Ley Provincial N° 13.920 - de Ministerios, ha jerarquizado el rango institucional de la jurisdicción encargada de entender en la elaboración y ejecución de políticas con perspectiva en derechos humanos de las mujeres y de la diversidad que contribuyan a la igualdad y a la superación de las diversas formas de discriminación y violencias contra las mujeres y de la diversidad, creando la Secretaría de Estado de Igualdad y Género;

Que, en virtud de la especificidad de la materia, interviene en la presente gestión la citada Secretaría de Estado de Igualdad y Género, correspondiendo además que su titular, el Ministro de Seguridad y el Ministro de Gobierno, Justicia, Derechos Humanos y Diversidad representen a la Provincia de Santa Fe en el "consejo federal para la prevención y el abordaje de femicidios, travesticidios y transfemicidios", de conformidad a lo dispuesto en el art. 3° del Decreto Nacional N° 123/21;

Que se ha expedido la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Despacho de la Secretaría de Estado de Igualdad y Género mediante Dictamen N° 16/21;

Que en virtud de lo expuesto y conforme a las facultades conferidas a este Poder Ejecutivo, por el Artículo 72° de la Constitución Provincial;

Por ello,

El Gobernador de la Provincia decreta:

Art. 1° - Adhiérase la Provincia de Santa Fe a lo dispuesto por el Decreto Nacional N° 123 del 21 de Febrero de 2021, mediante el cual se creó el "CONSEJO FEDERAL PARA LA PREVENCIÓN Y EL ABORDAJE DE FEMICIDIOS, TRAVESTICIDIOS Y TRANSFEMICIDIOS".

Art. 2° - Autorízase a la señora Secretaria de Estado de Igualdad y Género y a los señores Ministro de Gobierno, Justicia, Derechos Humanos y Diversidad y Ministro de Seguridad a representar a la Provincia de Santa Fe en la conformación del Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios, creado mediante Decreto Nacional N° 123/2021.

Art. 3° - Dése cuenta a la Honorable Legislatura de la Provincia de Santa Fe.

Art. 4° - Refréndase por los señores ministros de Gestión Pública, de Gobierno, Justicia, Derechos Humanos y Diversidad y de Seguridad.

Art. 5° - Regístrese, etc. – Corach – Sukerman – Lagna.

DECRETO 465

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 – Adhesión al dec. nacional 123.

Fecha: 03/03/2021

Publicación: B.O. 14/04/2021

VISTO:

El Decreto Nacional N° 123/2021; y

CONSIDERANDO:

Que mediante mismo 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 Ministerios de Seguridad, de Justicia y de Derechos Humanos y de Mujeres, Géneros y Diversidad N° 03/20.

Que conforme surge del artículo 3°, dicho Consejo se integrará inicialmente con las titulares de los Ministerios de Seguridad, de Justicia, de Derechos Humanos, y de las Mujeres, Géneros y Diversidad, quienes dictarán el reglamento interno de funcionamiento y, que posteriormente, a medida que las jurisdicciones acepten la invitación a formar parte se incorporarán los y las titulares de los Ministerios análogos de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Que asimismo se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a incorporarse al Consejo a cuyo fin deberán comunicar al Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad su voluntad de adhesión y los y las ministras que la representarán en el mismo.

Que es voluntad de la Provincia incorporarse al Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios y que la persona indicada para ser representante titular es la Ministro de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos, Dra. Adriana CHAPPERON, D.N.I. N° 13.664.273.

Que resulta necesario designar un miembro suplente siendo la persona indicada la Subsecretaria de Diversidad del Ministerio de Desarrollo Humano, señora María Victoria CASTRO, D.N.I. N° 23.924.784.

Que por lo expuesto procede el dictado del correspondiente instrumento legal mediante el cual se adhiere al Decreto Nacional N° 123/2021.

Que el suscripto se encuentra facultado para dictar el presente acto administrativo de acuerdo a lo establecido en el artículo 135 de la Constitución Provincial.

Por ello:

El Gobernador de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur decreta:

Art. 1° - Adherir al Decreto Nacional N° 123/2020.

Art. 2° - Designar como representante titular de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur ante el Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios, a la Ministro de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos, Dra. Adriana CHAPPERON, D.N.I. N° 13.664.273.

Art. 3° - Designar como representante suplente de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur ante el Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios a la Subsecretaria de Diversidad del Ministerio de Desarrollo Humano, señora María Victoria CASTRO, D.N.I. N° 23.924.784.

Art 4° - Establecer que las representantes de la Provincia ante dicho Consejo, podrán actuar en forma conjunta o indistinta.

Art. 5° - Notificar a los interesados. Comunicar, etc. – Melella – Tita.

ABELEDOPERROT

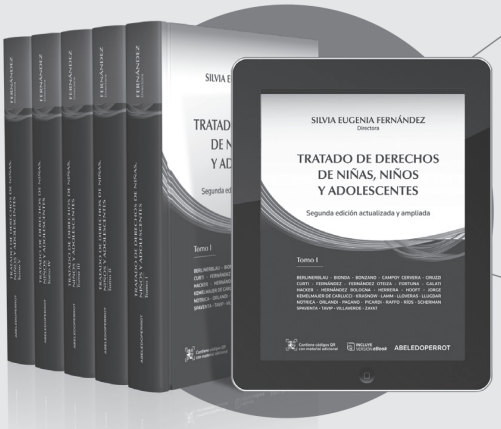
Información confiable
que avala sus argumentos.

TRATADO DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

2021

Segunda edición ampliada y actualizada

Silvia Eugenia Fernández *(Directora)*



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, reinterpelado y repensado a la luz de los nuevos paradigmas. Incluye un análisis comparativo del régimen en las distintas provincias del territorio nacional.

Adquirí 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

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA

2021

3.ª edición actualizada

Eduardo A. Sambrizzi



4 Tomos
Disponibles en
papel y *eBook*.

Esta obra se ocupa de las disposiciones establecidas en el Código Civil y Comercial relacionadas con el Derecho de Familia, cuyas normas en buena parte se comparan con las que contenía el derogado Código Civil. A cinco años de vigencia del nuevo Código, esta colección recoge opiniones doctrinarias sobre la temática y decisiones jurisprudenciales que han hecho aplicación de la nueva normativa.
Trata temas de actual relevancia tales como la bioética, la eugenesia y la eutanasia, cuestiones que cada vez cobran mayor interés en la práctica.
Ofrece al lector legislación extranjera sobre los diversos temas que se tratan en la obra e incluye nuevos fallos que han surgido luego de la última edición.

Adquirí 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

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

TRATADO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO

2021

Director: **Juan G. Corvalán**



Esta obra **contiene Códigos QR** con material adicional.

3 Tomos
Disponibles en papel y *eBook*.

El propósito de esta obra es presentar las herramientas básicas para que la inteligencia artificial esté al alcance de todo aquel interesado en comprender o aplicar este gran conjunto de herramientas en su disciplina, en su vida diaria o en su organización. Se realiza un recorrido por *machine learning* o aprendizaje automatizado, brindando ejemplos tanto introductorios como de aplicaciones ya desarrolladas o potenciales para el campo del Derecho.

Algunos de los temas tratados son: Técnicas de inteligencia artificial. Inteligencia artificial compatible con los derechos humanos y con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Marco jurídico de derechos humanos para una IA al servicio de las personas. Recomendaciones de organismos internacionales para las empresas sobre IA. Evaluaciones del efecto de la IA en los derechos humanos y consultas públicas. Inteligencia artificial y desarrollo sostenible. Uso ético de la IA. Identidades digitales. Proteger datos en la era de la inteligencia artificial. Retos y desafíos del tratamiento automatizado, entre otros.

Adquirí 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