RDF

DERECHO DE FAMILIA

REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTORAS:
CECILIA P. GROSMAN
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
MARISA HERRERA

Septiembre 2021 | 101

DOCTRINA

ISSN 1851-1201

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1201
RNPI: 5074814

Todos los derechos reservados
© **ABELEDOPERROT S.A.**

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

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 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 agosto de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDF

DERECHO DE FAMILIA

REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Fundada por Cecilia P. Grosman, Celina A. Perrot y María Bacigalupo de Girard en 1989

DIRECTORAS:

CECILIA P. GROSMAN

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

MARISA HERRERA

Nora Lloveras

(1955/2019)

Vicedirectora
Ida Scherman

Secretarias de redacción
María Bacigalupo de Girard
Natalia de la Torre

Septiembre 2021 | 101

DOCTRINA

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

Legislación y jurisprudencia extranjera
Alicia A. Carnaval, Mariela Gónzalez de Vicel, Javier Muñiz, Ida Scherman

Legislación nacional
Luz M. Pagano

Legislación provincial
Silvia Fernández

Comentarios bibliográficos
Natalia de la Torre

Revista de revistas
Mariel Molina de Juan

Informaciones
Federico Notrica, Martina Salituri Amezcua, Carolina Videtta

Investigaciones
Marisa Herrera

Arte, literatura y derecho de familia
Gabriel Juan - Gustavo Bossert

Bioética
Eleonora Lamm

Volumen de Jurisprudencia
Carolina Bonaparte, Myriam M. Cataldi, Natalia de la Torre, Marisa Herrera, Juan Pablo Ríos, Sabrina Anabel Silva, Fiorella C. Vigo, M. Gabriela Vero

Volumen de Doctrina
María Bacigalupo de Girard
Mercedes Robba

Colaboraciones permanentes
Martín Culaciati, Jorgelina Fernández Leyton, Mariana Iglesias, Rosalía Muñoz Genestoux, María Julia Navas Roggero, Olga Orlandi, Mariana Rodríguez Iturburu, Nieve Rubaja, Leonardo Vittola

Comité consultivo nacional
Jorge Azpiri, Augusto César Belluscio, Gustavo Bossert, Eduardo Cárdenas, Carlos Díaz Usandivaras, Eduardo Fanzolato, Eva Giberti, Catalina Wainerman, Eugenio Raúl Zaffaroni, Eduardo Zannoni

Comité consultivo internacional
José de Castro Biggi (Brasil), Jacques Commaile (Francia), Jacqueline Rubellin Devichi (Francia), Lucette Khaiat (Francia), Eugenio Llamas Pombo (España), Raymundo Macias (México), Jean François Perrin (Suiza), Silvio Rodríguez (Brasil), Jean Pierre Rosenczveig (Francia), Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe (Alemania), Marc Zuñiga (México), Encarna Roca Trias (España), Zarraluqui Sánchez Eznarriaga (España), Andrew Bainhaim (Inglaterra), Rainer Frank (Alemania), Stephen Parker (Australia)

ÍNDICE

DOCTRINA

Una aproximación del derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes desde una visión contemplativa de los encuentros y desencuentros con otros derechos personalísimos
Adriana N. Krasnow 3

Eutanasia: interrupción voluntaria de la vida
Guillermina Zabalza 16

Las familias transnacionales: acuerdos sobre relocalización internacional y su ejecutabilidad
Patricia Kuyumdjian de Williams - Sonia Rocío Gómez Guerrero 29

La fraternidad en la adopción: herramientas para garantizar los vínculos afectivos
Silvana Ballarin- Claudia E. Portillo 36

Interpretación y aplicación del régimen patrimonial del matrimonio en perspectiva de géneros. Algunas reflexiones frente a múltiples desafíos en la protección de los derechos patrimoniales de las mujeres
María Victoria Schiro 48

La legítima hereditaria y su protección: reflexiones a propósito de la ley 27.587
María José Fernández 58

Derecho internacional privado y perspectiva de género: reflexiones en torno a la sustracción internacional de NNyA
Adriana Dreyzin de Klor - Candela N. Villegas 67

Salud mental y olvido social: la encrucijada del trámite civil tras la declaración de inimputabilidad en sede penal
María A. Navarro Lahitte Santamaría - Alejandro J. Siderio 78

Inscripción tardía administrativa y filiación
Gonzalo Carrillo Herrera - Daniela Ruiz Acuña 97

Derechos personalísimos de NNA: derecho a la salud. Paciente pediátrico: ¿la primacía del derecho a la salud implica profundizar la vulnerabilidad?
María Alejandra Capolongo - Luciana Rosa 107

Sexualidad, legalidad y autonomía progresiva
María del Sol Raggio - Antonela Mascheroni 120

El progenitor afín en el Código Civil y Comercial
Mauricio Luis Mizrahi 132

La obligación de reparar en los casos de sustracción internacional de niños: un abordaje desde la responsabilidad civil
María Soledad Pennise Iantorno - Marcela V. Panatti 146

La toma de la morada esencial del derecho procesal de familia. Sus principios como arcanas claves constitucionales
Diego Benavides Santos 159

To queer or not to queer. Análisis jurisprudencial sobre reasignación de sexo
Érica Baum 169

Las tareas de cuidado, el contrato social y la pandemia. ¿Es posible un nuevo contrato?
María Donato - Claudia Cohen 186

ESTUDIOS

La obligación de alimentos en las relaciones paternofiliales del derecho español y su comparación con la legislación nacional
Leandro Cuesta 199

ENSEÑANZA EN EL DERECHO DE FAMILIA

Géneros y diversidades en las redes sociales
Patricio J. Curti 211

DOCTRINA

Una aproximación del derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes desde una visión contemplativa de los encuentros y desencuentros con otros derechos personalísimos

Adriana N. Krasnow (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El derecho a la dignidad como pilar de los derechos personalísimos.— III. Derecho a la intimidad.— IV. Cierre.

I. Introducción

A través de esta colaboración, se busca analizar cómo se protege el derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes, cuando se lo debe ponderar en concurrencia con otros derechos personalísimos como el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la imagen y el derecho a la salud.

El interés por concentrar el estudio en el objeto propuesto reposa en su especial connotación en el Derecho de las familias por su directo enlace con el mundo íntimo de cada forma de vivir en familia.

Abordar la temática expuesta desde una impronta que ponga en diálogo las fuentes tiene como propósito emprender un abordaje que, alejado de un pensamiento rígido, permita definir cómo este derecho es considerado por quienes en los términos de la Convención de los Derechos del Niño —en adelante, CDN— son responsables del colectivo en estudio: progenitores, representantes legales, miembros de la familia ampliada por vínculos de parentesco o afectivos legítimos, Estado y comunidad (arts. 3º, 18, 27, CDN).

En este escenario, basta mencionar los cambios que, proclamados en la CDN, lograron ser captados en el Código Civil y Comercial, como: a) el reconocimiento de la capacidad de la persona humana, en armonía con el principio de autonomía progresiva; b) el concebir la representación legal como un instituto que no sustituye la voluntad del representado, sino como un medio de cuidado, protección y acompañamiento; c) pensar la responsabilidad parental como una función que cede su espacio cuando la capacidad madurativa de los hijos lo reclama; d) el protagonismo que el adolescente tiene en las decisiones que se vinculan con sus derechos personalísimos, con especial connotación en lo que refiere al derecho al cuidado del propio cuerpo; e) la consolidación de la socioafectividad como realizadora de otros derechos; f) el reconocimiento de distintas formas de vivir en familia y con ello el derecho de toda persona de construir su biografía en el espacio íntimo personal y familiar.

(*) Investigadora independiente, CONICET; doctora en Derecho; profesora asociada de Derecho de las Familias, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

Con esta visión, nos proponemos emprender un recorrido que, previo encuadre de los derechos personalísimos, se avance en una descripción que, abierta a la flexibilidad, permita dimensionar el derecho a la intimidad de una niña, niño y adolescente en situaciones particulares que lo atraviesen.

II. El derecho a la dignidad como pilar de los derechos personalísimos

Reflexionar sobre el derecho a la intimidad exige partir del derecho a la dignidad, por constituir la raíz del conjunto de los derechos personalísimos, tal como surge del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando declara que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca". En esta sintonía, en la obs. gral. 10 del Comité de los Derechos del Niño sobre "Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes" **(1)**, expresa que "[L]a Convención contiene un conjunto de principios fundamentales relativos al trato que debe darse a los niños que tienen conflictos con la justicia un trato acorde con el sentido de la dignidad y el valor del niño". Este principio se inspira en el derecho humano fundamental proclamado en el art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el sentido de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (párr. 13); mientras que en la obs. gral. 13 del mismo Comité sobre "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" **(2)**, prescribe que "Los Estados deben crear un entorno que respete la dignidad humana y asegure el desarrollo holístico de todos los niños" (párr. 42).

En primer término, empecemos por definir los derechos personalísimos. Cifuentes nos enseña que son aquellos "derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse, ni disponerse en forma absoluta y radical" **(3)**. En esta dimensión, los agrupa en tres sectores. El primero comprende el derecho a la vida, el derecho al cuidado del propio cuerpo y sus partes renovables, así como el derecho a la salud; mientras que en el segundo quedan comprendidos los derechos relativos a la integridad espiritual, incluyendo el derecho a la privacidad o intimidad, el derecho a la imagen, el derecho al honor, el derecho a la identidad y el derecho al secreto; destinando el tercero al derecho a la libertad, comprensivo del derecho a la libre expresión.

Por su parte, Rivera **(4)**, en sentido similar, sostiene que "constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales que pertenecen a la persona por su sola condición humana, y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral".

En suma, como de modo simple enseña Galgano, se trata de los derechos del hombre que se les reconoce y garantiza **(5)**.

Tratándose de prerrogativas que nacen con la persona y la acompañan en su devenir, resulta lógico que el Código Civil y Comercial cuyo centro de protección es la persona humana, destine un espacio a la regulación de aquellos en el Libro Primero "Parte general", dentro del cap. 3º, "Derechos y actos personalísimos". Recordemos que su inclusión reconoce como antecedente el Anteproyecto de Régimen Integral de Tutela de los Derechos Personalísimos elaborado por Cifuentes y Rivera **(6)**, el Proyecto de Reforma al Código Civil elaborado por la Comisión designada por dec. 468/1992 y el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998.

En este marco, el capítulo referenciado se inicia con el art. 51, en el cual se declara que

(1) De fecha 25/04/2007.

(2) De fecha 29/05/2013.

(3) CIFUENTES, Santos, "Derechos personalísimos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 200.

(4) RIVERA, Julio C., "Instituciones de derecho civil. Parte general", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 22.

(5) GALGANO, Francesco, "Diritto privato", Cedam, Padova, 1992, 7ª ed., p. 84.

(6) El Anteproyecto citado se elaboró en el año 1985. Sobre el particular, ver en ED 115-832.

"La persona es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad" **(7)**. Este enunciado refleja con claridad que la dignidad se erige como fuente del conjunto de derechos personalísimos, como se desprende de lo dispuesto en el art. 52, al disponer que "La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier otro modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos". La coherencia del sistema se constata en el Libro Tercero, cuando en el tít. V, "Otras fuentes de las obligaciones", se regula en su cap. I la responsabilidad civil, desde una visión receptiva del daño a la persona **(8)**.

La interpretación conjunta de ambos enunciados indica que todos los derechos personalísimos encuentran su fuente en el derecho a la dignidad y la afectación de cualquiera de ellos también importa una lesión de la dignidad personal. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "el hombre es centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (...) los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana" **(9)**.

Resta decir que la captación del derecho a la dignidad sin precisar sus contornos, encuentra su razón en la explicación que nos aporta Kemelmajer de Carlucci **(10)**, al decir que "después de la Segunda Guerra Mundial, la dignidad comenzó a gozar de reconocimiento en casi todos los ordenamientos. Ahora bien, no obstante, de que se trata de un concepto fuertemente ligado a los derechos humanos, de valor universal (...), y son numerosas las convenciones internacionales y las constitucionales que se refieren a ella en su articulado, en todas las épocas el legislador se ha considerado 'habilitado' para construir su dignidad; de allí el peligro de 'positivizar' su noción" **(11)**.

III. Derecho a la intimidad

III.1. Encuadre

Retomando lo que venimos diciendo, en relación con que el sistema de fuentes interno concentra la protección en la persona humana tanto en su unicidad, como en sus relaciones de familia y con los demás; nace la exigencia de preservar el mundo íntimo en la dimensión personal y familiar.

---

(7) Entre los instrumentos internacionales que valorizan la dignidad, cabe citar: CADH, arts. 5º y 11; Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo; Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño; Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13; Convención Interamericana sobre la Protección de los derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 3º; Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Preámbulo de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Preámbulo de la Convención sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer; Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; Preámbulo sobre la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanas o degradantes.

(8) Sobre el tema, ver entre otros: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida, "La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación", en PEYRANO, Jorge A. (dir.) – ESPERANZA, Silvia (coord.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, ps. 357-408; MEROI, Andrea, "Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños", AR/DOC/956/2016; PEYRANO, Jorge, "Noticia sobre la acción preventiva", AR/DOC/4310/2015, y "Más sobre la acción preventiva", AR/DOC/4163/2015; SEGUÍ, Adela, "La prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino", AP/DOC/4885/2012.

(9) CS, "Bahamondez, Marcelo", 06/04/1993, JA 1993-IV-558.

(10) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La dignidad, la autonomía progresiva y los derechos de los niños, niñas y adolescentes", en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – DURÁN, Valeria (dirs.) – DE LA TORRE, Natalia – RÍOS, Juan Pablo (coords.), *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias. A un lustro del Código Civil y Comercial. Libro homenaje a la memoria de Nora Lloveras*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, ps. 277-293.

(11) La autora refiere a la Declaración de Punta del Este sobre la Dignidad Humana para Todos en Todo Lugar: a 70 años de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Siendo así, se concibe a las familias como mundo privado en el cual solo puede penetrar el Estado cuando se esté ante una afectación de derechos, para así disponer medidas de acción positiva orientadas a prevenir o aminorar un menoscabo en la/s persona/s que la componen. En esta línea la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en relación con la protección de este derecho, rescatando por su vinculación con lo que se viene diciendo, el pensamiento expresado en los votos de Fayt y Carrió: "el derecho a la privacidad comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar o de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona, ni violar áreas de su actividad, no destinadas a ser difundidas sin su consentimiento o el de sus familiares, autorizados para ello y solo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen" **(12)**.

La cita de autoridad sirve como antesala que permite mostrar como el derecho a la intimidad se enlaza de modo directo con otros derechos de igual entidad, como el derecho a la imagen, el derecho a la integridad y el derecho a la libertad de expresión; alianza que hace necesario en cada caso, arribar a una solución que, anteponiendo la protección de los derechos de la niña, el niño o el adolescente en concreto, preserve y no desplace derechos de igual entidad.

En esta dimensión, las normas de fuente constitucional y convencional consagran la protección integral de la familia y con ello el derecho a la intimidad, como el art. VI de la DADDH; art. 5º de la CDN; art. 16, inc. 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 17, CADH; art. 10 del PIDESC y art. 23 del PIDCyP.

Trasladando la atención a su reconocimiento en el plano constitucional, se lo recepta en los arts. 18 y 19 de la CN **(13)**. En esta línea, la Corte nacional en el precedente referenciado, ha dicho que el derecho a la privacidad e intimidad encuentra su fundamento constitucional "en el art. 19 de la CN. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o actos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad" **(14)**.

En esta sintonía, el Cód. Civ. y Com. recepta este derecho en su art. 1770: "El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación".

Como se desprende de su texto, se está ante un enunciado abierto que alcanza a otros comportamientos no declarados expresamente. El recurso al término "entrometerse", debe interpretarse como el acto o hecho que importa una invasión no legítima en la vida íntima personal y/o familiar **(15)**; mientras que la alusión a "publicación de retratos", reclama definir en cada caso, cuando el acto resulta lesivo de la intimidad con extensión posible al derecho a la imagen.

---

(12) CS, 11/12/1984, "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida SA", JA 1985-I-513.

(13) Art. 18: "El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación". Art. 19: "Las acciones privadas de los hombres que, de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".

(14) CS, 11/12/1984, "Ponzetti de Balbín", cit.

(15) TOBÍAS, José W., "Derecho de las personas", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 664.

Asimismo, como la afectación de este derecho importa un menoscabo en la persona, el enunciado que lo capta se completa e integra con lo dispuesto en el art. 52, el cual reconoce el derecho a reclamar la prevención y reparación de los daños causados **(16)**. Mientras que, en la primera situación, queda abierta la acción preventiva, la cual procede "cuando una acción u omisión hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento" (art. 1771); se estará en la segunda, cuando tratándose de un daño ya producido, resulte viable el planteo de la acción que tiene por objeto hacer cesar la conducta antijurídica para así aminorar su alcance o la producción de nuevos daños.

III.2. Su declinación en niñas, niños y adolescentes. Contornos y alcance

III.2.a. Su recepción en la norma

Trasladando la atención al colectivo de niñas, niños y adolescentes, cabe advertir que, además, de la previsión que sobre este derecho trae la Constitución Nacional, debe rescatarse el deber que establece para el Estado en todos sus niveles, en relación con las acciones positivas destinadas a las personas en situación de vulnerabilidad, comprendiendo en este sector a niñas, niños y adolescentes (art. 75, inc. 23, CN) **(17)**.

En esta dimensión y en relación con el principio de tutela judicial efectiva, corresponde hacer mención de previsiones contenidas en normas de fuente convencional. Entre ellas y por su vinculación con el objeto, la CDN establece en su art. 4º que "Los Estados Parte tomarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención". Por su parte en la CADH, se destaca en relación con este principio procesal, el deber de los Estados de garantizar a toda persona el "derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial" (art. 8.1), "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención" (art. 25.1) y, con especial atención al universo en estudio, "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que, su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (art. 19).

En sintonía con lo dispuesto en las normas de validez primaria, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, prevé en su art. 29 que "los organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley".

En cuanto a la captación de este derecho en relación con niñas, niños y adolescentes, el art. 16 de la CDN declara que "1. Ningún niño será 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. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques". Con similar alcance, la norma nacional dice que "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de medidas arbitrarias o ilegales" (art. 10, ley 26.061). Asimismo, recogiendo la vinculación de este derecho con otros, como los derechos a la imagen y a la libertad expresión, se establece en el art. 22 que "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen. Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identi-

(16) ISIDORO H., "La tutela jurídica de la vida privada", LA LEY 1976-A, 576.

(17) Sobre el tema, ver entre otros: TAVIP, Gabriel, "Derecho a la intimidad. Derecho a la vida privada y familiar", en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. act. y amp., t. I, ps. 645-676; BENAVENTE, Mará I., "Algunas reflexiones sobre el derecho a la intimidad de los niños", en WEINBERG, Inés (dir.), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 263; NICOLAU, Noemí L., "Algunas cuestiones en torno a la protección de los derechos personalísimos en las relaciones familiares", en KRASNOW, Adriana (dir.) – DI TULLIO BUDASSI, Rosana – RADYK, Elena (coords.), *Tratado derecho de familia*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, ps. 831-856; "La aptitud de los niños y adolescentes para la defensa de su privacidad e imagen", LA LEY 2007-B, 1151.

ficar, 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". Por su parte, el dec. regl. 415/2006, dispone en relación con el enunciado legal citado en último término que "Los datos e informaciones a que refiere el párrafo segundo del art. 22 comprende los de su grupo familiar, su vivienda, su escuela, su apodo o sobrenombre y todo otro que permitiera identificarlo directa o indirectamente. En aquellos casos en los cuales la exposición, difusión y/o divulgación a la que se refiere el artículo objeto de reglamentación resulte manifiestamente contraria al interés superior del niño, no podrán desarrollarse, aunque medie el consentimiento de los sujetos de la ley y sus representantes legales. A tal efecto deberá tenerse en cuenta lo establecido en el art. 3º inc. d) de la ley 26.061".

La interpretación y ampliación de los derechos reconocidos en la CDN por medio de las observaciones generales del Comité de la Derechos del Niños en su carácter de órgano de control de los Estados parte, se nutren con el aporte proveniente de las opiniones consultivas de la CIDH. En relación con el derecho en estudio, corresponde hacer mención de la OC 17/2002 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño **(18)**, al decir que "El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño" (párr. 71).

En este escenario no puede soslayarse el impacto que la sociedad de la información viene teniendo en las distintas formas de vivir en familia y como esto se proyecta en niñas, niños y adolescentes que la integran, desde el desarrollo de los distintos medios de comunicación digital producto del despliegue sin pausa de la inteligencia artificial **(19)**.

Justamente, este colectivo despliega gran parte su vida de relación a través de los medios digitales que actualmente tiene a su disposición y respecto de este actuar nace la exigencia de prevenir actos que puedan afectar el derecho a la intimidad. No obstante, corresponde aclarar que el amparo de este derecho debe armonizar con el derecho a la libertad de expresión, el cual tiene el mismo nivel y debe ser garantizado en los términos que prescribe el art. 13 de la CDN: "1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño. 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias: a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas".

Adaptar los enunciados de la CDN a la realidad que trae la sociedad de la información y, con ello, la expansión que ella viene teniendo en tiempos de pandemia, motivó en el Comité la necesidad de fortalecer los derechos de niñas, niños y adolescentes en el entorno digital. En este escenario elabora la obs. gral. 25, sobre "Los derechos del niño en relación con el entorno digital" **(20)**. En su marco, comprende el impacto

(18) Res. del 28/08/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

(19) Sobre el tema, ver entre otros, HERRÁN, Maite, "Derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes frente al derecho a la información", RDF 96, 69; ORDOÑEZ PINEDA, L. – CALVA JIMÉNEZ, S., "Amenaza a la privacidad de los menores de edad a partir del *shareting*", *Rev. Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 9, nro. 2, 2020, ps. 105-130, *www.rcdt.uchile.cl*; FERNÁNDEZ ALAYA, Rosalía, "El derecho a la intimidad de niños, niñas y adolescentes a la luz del interés superior del menor", RDF 96, 34; BENDEL, Yael, "El derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes en la era digital. Su posible tensión con el ejercicio de la responsabilidad parental", RDF 91, 169; OTERO, María F., "Adolescencia y redes sociales", RDF 97, 105; HACKER, David, "El derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes y la comunidad digital", en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), ob. cit., t. I, ps. 717-742.

(20) Naciones Unidas, 02/03/2021.

que causa en el derecho a la intimidad, al señalar que "[L]a privacidad es vital para la agencia, la dignidad y la seguridad de los niños y para el ejercicio de sus derechos. Los datos personales de los niños se procesan para ofrecerles beneficios educativos, de salud y de otro tipo. Las amenazas a la privacidad de los niños pueden surgir de la recopilación y el procesamiento de datos por parte de instituciones públicas, empresas y otras organizaciones, así como de actividades delictivas como el robo de identidad. Las amenazas también pueden surgir de las propias actividades de los niños y de las actividades de miembros de la familia, compañeros u otros, por ejemplo, cuando los padres comparten fotografías en línea o un extraño que comparte información sobre un niño (párr. 67) (...). La injerencia en la privacidad de un niño solo está permitida si no es arbitraria ni ilegal. Por lo tanto, cualquier injerencia de este tipo debe estar prevista por la ley, destinada a un propósito legítimo, respetar el principio de minimización de datos, ser proporcionada y estar diseñada para respetar el interés superior del niño y no debe entrar en conflicto con las disposiciones, fines u objetivos de la Convención (...) (párr. 69) (...). Los Estados partes deben tomar medidas legislativas, administrativas y de otro tipo para garantizar que la privacidad de los niños sea respetada y protegida por todas las organizaciones y en todos los entornos que procesan sus datos (...) (párr. 70). Las leyes y medidas sobre privacidad y protección de datos no deben limitar arbitrariamente otros derechos de los niños, como su derecho a la libertad de expresión o protección. Los Estados partes deben garantizar que la legislación sobre protección de datos respete la privacidad y los datos personales de los niños en relación con el entorno digital" (párr. 74).

En relación con el deber del Estado parte de procurar una ley que garantice la protección de datos personales de niñas, niños y adolescentes en el entorno digital, se erige como acción positiva del Estado argentino modificar la ley 25.326 de *habeas data* **(21)** y **(22)**, siguiendo para ello una política legislativa tuitiva de los datos personales de niñas, niños y adolescentes en el entorno digital. Decimos esto porque los proyectos que sobre la cuestión se han presentado en el Congreso no contemplan en su total dimensión los aspectos positivos y negativos del entorno digital en la vida de niñas, niños y adolescentes **(23)**.

Con el ánimo de no desplazarnos del objeto de estudio, cerramos este apartado enunciando documentos provenientes de otros países que ameritan ser tenidos en consideración en el diseño e implementación de políticas públicas, como la Ley Orgánica española 3/2018 de 5 de diciembre sobre Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales; la Carta de Derechos Digitales elaborada a través de la iniciativa del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, en el marco del Plan España Digital 2025 que actualmente se encuentra sometida a consulta popular; el Memorándum de Montevideo sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en internet, en particular en niños, niñas y adolescentes, elaborado por iniciativa del Instituto de Investigación para la Justicia **(24)**.

III.2.b. Desarrollo jurisprudencial

En este apartado, no se limitará el contenido a una simple reseña de sumarios que se han pronunciado sobre este derecho, sino que el abordaje se fragmentará en dos sectores, según que la afectación del derecho a la intimidad de niñas, niños y adolescentes provenga del actuar de un tercero o de los progenitores.

(21) Sanc. 04/10/2000; promulgada parcialmente el 30/10/2000.

(22) Corresponde hacer mención del Informe del año 2016 de la Red Iberoamericana de Protección de Datos, sobre "La protección de datos de los menores de edad", en cuya primera parte sobre "Actividad de las autoridades de protección de datos en 2016", contiene una reseña de las acciones positivas que ha desarrollado la Argentina sobre la base de la ley 5.326 sobre Protección de Datos Personales.

(23) Proyecto de ley 6234-D-2020, sobre "Protección de Datos Personales. Régimen. Derogación de las leyes 25.326, 26.343 y 26.951"; Proyecto 0070-D-2020, sobre "Datos Personales – Ley 25.326. Modificaciones. Creación en el ámbito del Congreso, de la Comisión Bicameral de seguimiento de la Ley de protección de la ley de Protección de datos personales"; Proyecto de ley 0501-D-2019, sobre "Responsabilidad de informar ante vulneración de seguridad de bases de datos personales".

(24) Del 28/07/2009; disponible en *http://www.gub.uy/agencia-gobierno* (fecha de consulta: 18/04/2021).

Además, podremos ver reflejado en cada uno de ellos cómo el derecho a la intimidad se pondera con los derechos personalísimos a los que hicimos referencia, como así también con qué alcance se respeta el derecho de participación de la niña, el niño o el adolescente.

Siendo así, comenzamos el análisis con historias de vida en las cuales la lesión del derecho a la intimidad proviene de un tercero.

En primer término, compartimos el reclamo efectuado por M. G. N., por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad, A. N., contra la accionada Kapow SA. Relata que el día 11 de noviembre de 2013 en el programa televisivo "Cocineros Argentinos" se presentó una sección llamada "Plan de Alimentación" destinada a dietas de verano, en cuyo marco, se mostró su imagen mientras comía en un restaurant con su mujer, hijo y hermana. Destaca que su imagen aparecía en primera plana y en un par de ellas se exhibía a su hijo de frente. Señala que la exposición se hizo sin contar con su previa autorización; sintiéndose agraviado por tratarse de un programa de interés general que mostraba a su familia como "el que está haciendo algo no debido". Afirma que medió una actitud de discriminación **(25)**. La justicia entiende que la imagen y, con ella, la intimidad del niño no resultó lesionada. En este contexto, se sostuvo que "No resultando identificable la imagen del niño coactor, cabe concluir que no se ha probado tampoco que resulte afectado el derecho a la intimidad, puesto que la nota periodística o de información general, referida concretamente a promover buenos hábitos alimentarios, conducida en el programa televisivo por un profesional de la salud, tan solo fue ilustrada con imágenes de muchas personas realizando diferentes actividades en distintos lugares, como así también en el interior del restaurante —de acceso público—. Las imágenes se efectuaron en un contexto determinado, centrado en el interés público conforme al art. 31 de la ley 11.723, por lo que tampoco se observa algún actuar ilícito de la demandada que merezca reproche en este aspecto (...). La protección del derecho a la propia imagen es independiente de la tutela al honor y a la intimidad. Toda persona tiene sobre ella un derecho exclusivo que se extiende a su utilización de modo de poder oponerse a su difusión sin su autorización (...). Si bien es incuestionable el lugar que ocupa la garantía constitucional de la libertad de publicar las ideas por la prensa y de la libre expresión de los medios masivos de comunicación en nuestro ordenamiento jurídico, no significa que aquellos queden eximidos del deber de reparar los daños causados por la difusión de noticias falsas o erróneas, o bien que invadan la privacidad, pues dicha libertad no significa impunidad, debiendo responder por los daños ocasionados en el ejercicio del derecho a la información, pues no es un derecho absoluto, ya que todos deben actuar conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen".

En el precedente que se comparte, el planteo parte de sostener que, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se afectó el derecho a la imagen que al mismo tiempo importó una lesión del derecho a la intimidad. Ante esto, nace en el intérprete la exigencia de vincular los hechos con la norma, para así ponderar derechos personalísimos que titulariza la persona menor de edad, los cuáles si bien tienen la misma jerarquía, el carácter relativo que los caracteriza habilita a su ponderación para definir el que tiene mayor peso en función de los hechos.

Para definir la situación y trasladar nuestro parecer, corresponde relacionar los textos legales que se refieren al derecho a la imagen. Empezando por el primero en el tiempo, corresponde hacer mención del art. 31 de la ley 11.723 sobre Propiedad Intelectual, en el que se dispone que "El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta esta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de estos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público". Con una técnica legislativa más precisa, el art. 53 del Cód. Civ. y Com. establece que "Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona,

(25) CNCiv., sala J, 13/05/2021, "N., M. G. c. Kapow SA", AR/JUR/30797/2021.

de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a. que la persona participe en actos públicos; b. que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c. que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general" **(26)**.

Como elemento clave común, se exige como regla el consentimiento de la persona para reproducir su imagen, con la salvedad que la situación se enmarque en las excepciones dispuestas por ley. Acá nos encontramos con el problema del argumento que se sigue en la justica para arribar a un pronunciamiento que declara la no afectación de los derechos a la imagen e intimidad, por cuanto, se consideró que los retratos fueron tomados "en el interior del restaurante —de acceso público—".

Se observa que el argumento encontró respaldo en la expresión más difusa que trae el art. 31 de la 11.723, en lugar, de la expresión más precisa que contiene el inc. a) del art. 53 del Cód. Civ. y Com. Entendemos que no debe confundirse acto público con espacio público. Por el contrario, si se reprodujera, sin contar con el consentimiento previo, una foto o la conversación de una persona mientras se encontraba en un centro comercial, plaza, restaurant o por la calle importaría una lesión al derecho a la imagen. Para dejar en claro lo expuesto, en otra situación fáctica que encuadra en los límites de la excepción legal, se dijo: "Si el menor fue fotografiado durante la realización de un evento de carácter multitudinario, de público y notorio para la población, declarado cada año de interés cultural y turístico, y esa estampa fue posteriormente utilizada en un fotomontaje para la publicidad del aniversario del municipio, ello no requiere autorización de sus representantes legales" **(27)**.

Cercano en el tiempo, se registra un caso que se traslada a la justicia por el comportamiento tuitivo asumida por la progenitora, ante el actuar lesivo de un medio de comunicación. En la justicia se dijo que "La medida cautelar autosatisfactiva debe admitirse y, en consecuencia, corresponde ordenar a la demandada que se abstenga de difundir o divulgar cualquier noticia, dato, imagen y/o circunstancia relacionada con la intimidad y privacidad de la familia de la peticionante y sus hijos menores (...) haciéndose extensiva la medida a los medios de comunicación televisivos, radiales, gráficos y de Internet, pues hay menores que podrían ser afectados, respecto de los cuales resultaría aplicable el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño —ley 23.849—, que obliga al Estado a no permitir injerencias arbitrarias en su intimidad familiar, protección que se refuerza por el art. 22 de la ley 26.061 (...). Si la protección del derecho a la intimidad consagrado en el art. 19 de la CN está garantizada en ella para todas las personas, los niños merecen especial tutela por su vulnerabilidad, aspecto que está considerado expresa o implícitamente en la Convención sobre Derechos del Niño (arts. 8º y 16), la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 11 y 19), la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10)" **(28)**.

Aquí se observa cómo el ejercicio del derecho a la libertad de expresión puede importar un menoscabo del derecho a la intimidad personal y familiar. Ante esto, se destaca como aspecto a valorizar la decisión de la actora de trasladar el problema que la aqueja a la justicia, por la preocupación que le despierta la posibilidad de que, además de comprometer su intimidad personal, la afectación se extienda a los hijos menores de edad, intentando con ello evitar o aminorar un daño. Claramente se constata una actitud de respeto de los derechos personalísimos que titularizan sus hijos —art. 646, inc. c), Cód. Civ. y Com.—.

Decimos esto, dado que la progenitora actuó de conformidad con el lugar que cabe a los progenitores como titulares de la responsabilidad parental, y, en este carácter, representantes le-

(26) El enunciado reconoce como antecedentes los arts. 107 y 108 del Proyecto de Cód. Civ. y Com. del año 1998.

(27) STJ Santiago del Estero, sala Civ. y Com., 03/08/2012, "Trejo, Alcira R. c. Municipalidad de la ciudad de Santiago del Estero", AR/JUR/43653/2012.

(28) CNCiv., sala de feria, 08/01/2020, "A. D. S., A. C. y otros c. B. S., V.", AR/JUR/1/2020.

gales primarios de sus hijos menores de edad. Desde este lugar, se pudo constatar que no pretendió adueñarse del derecho a la intimidad que titularizan sus hijos, sino, por el contrario, protegerlos en la preservación de este derecho.

Como puede apreciarse, se está ante un caso donde el rol del representante legal se ajusta a la función que el sistema le reconoce, puesto que se limita a proteger, acompañar, contener a los representados, en función de la edad y el grado de madurez. No olvidemos que quedó en el recuerdo la concentración de las facultades de decisión en el representante, sustituyendo la voluntad del representado **(29)**.

Siendo así, la decisión a la que se arriba resulta razonable, dado que, al momento de ponderar, se priorizó el derecho a la intimidad limitándose el derecho a la libertad de expresión que para el caso se consideró excesiva por resultar contraria al mejor interés de los niños en cuestión.

Traslademos la atención a un caso en donde se pone de manifiesto cómo la exposición de niñas, niños y adolescentes en el entorno digital amerita tomar ciertos cuidados sin que esto importe una prohibición de acceso **(30)**. Conforme a los hechos, el señor A. E. P., en representación de sus hijos menores de edad S. E. P., N. R. P. y M. P. M., plantea una medida autosatisfactiva en contra de la red social Facebook. La medida tiene como propósito la eliminación de las publicaciones en las que se hace uso de imágenes o del nombre de sus hijos, como también que se ordene a los perfiles de esa red, denominados "ID#", abstenerse de habilitar el uso de enlaces, blogs, foros, grupos, sitios de fans o cualquier otro espacio web dentro de ella, en las que se ofenda, agreda, vulnere, menoscabe o afecte de cualquier manera el nombre, honor imagen, intimidad y/o integridad de aquellos.

La descripción que precede refleja cómo el derecho a la intimidad resulta comprometido junto con otros derechos personalísimos por un ejercicio del derecho a la libertad de expresión que excede su alcance legítimo en correspondencia con los hechos.

En consonancia con los hechos y la prueba colectada, la justicia hizo lugar a la demanda pero no en todos sus términos: "El derecho a la libre expresión en perfiles de una red social no es absoluto, sino que encuentra su límite en la afectación de derechos de terceros, en este caso niños por los que acciona su padre, sobre los cuales se estaría violando el derecho personalísimo a la protección de su intimidad, mediante el uso de fotografías y su nombre (...). La pretensión de imponer a una red social un control preventivo y discrecional hacia el futuro sobre la circulación de contenidos que eventualmente pudieran afectar los derechos de menores no es posible, puesto que implica una restricción general y permanente, que podría comprometer la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas, derecho garantizado por la Constitución Nacional".

La situación que traemos se conecta con el cómo armonizar en el entorno digital la tríada capacidad, autonomía progresiva y responsabilidad parental **(31)**. Si bien, detenernos en su desarrollo excede el objeto de estudio, sí cabe bajarla a esta realidad. A lo que hemos compar-

(29) Sobre el tema, ver entre otros: FERNÁNDEZ, Silvia, "Arts. 22 a 50", en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial comentado*, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. I; KRASNOW, Adriana N., "Capacidad, autonomía progresiva, representación legal y derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. Un aporte que busca armonizar estos términos y así debilitar situaciones de vulnerabilidad", en BASSET, Ursula (dir.), *Tratado de vulnerabilidad*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, ps. 409-455; MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016.

(30) CFed. Mendoza, 24/05/2019, "P., A. E. c. Facebook Argentina SRL", AR/JUR/12557/2019.

(31) KEMELMAJER de CARLUCCI, A., "La dignidad...", cit., ps. 277-293; KRASNOW, Adriana N., "Interés superior del niño, principio de autonomía progresiva y derecho de participación de niñas, niños y adolescentes. Una tríada inescindible", RDF 86, 85; FERNÁNDEZ, Silvia E., "Derechos de niños, niñas y adolescentes y final de la vida. Autonomía progresiva y consentimiento informado; planificación vital y dignidad", en GROSMAN, Cecilia (dir.) – VIDETTA, Carolina (coord.), *Derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes*, Ed. Rubinzal–Culzoni, Buenos Aires, 2019, t. I, ps. 133-189 y "Arts. 22 a 50", en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (dirs.), ob. cit., t. I, ps. 54-123; VIDETTA, Carolina – COLER, Lucía, "El ejercicio de la responsabilidad parental conforme la autonomía progresiva de los hijxes. Una mirada interdisciplinaria", en GROSMAN, Cecilia (dir.) – VIDETTA, Carolina (coord.), ob. cit., ps. 133-164.

tido sobre lo declarado en relación con el derecho a la intimidad en la obs. gral. 25 sobre "Los derechos del niño en relación con el entorno digital", se suma el asumir el desafío de precisar los alcances y límites del derecho a la identidad digital que titularizan niñas, niños y adolescentes; dado que tratándose de un colectivo que se integra al universo de personas en situación de vulnerabilidad, deben ser contenidos y acompañados durante su despliegue, para así evitar la producción de daños. En esta sintonía, se inserta la Guía de Sensibilización sobre Convivencia Digital 2020 de Unicef **(32)**.

En el mencionado documento, se informa sobre la ventaja de que niñas, niños y adolescentes, comprendan el impacto que produce el estar construyendo su identidad en un espacio público, como son los entornos digitales.

Con este objeto, resulta importante que los adultos dialoguen con ellos sobre una serie de conceptos clave para promover la concientización y un uso responsable sobre los contenidos que deben y no deben compartirse públicamente. En este proceso de comunicación, se debe: 1) reflexionar junto con los chicos y chicas acerca de que la información que se publica es difícil de borrar; 2) debatir sobre la diferencia entre los espacios públicos y privados, con el fin de preservar el derecho a la intimidad; 3) configurar la privacidad en las redes sociales; 4) promover un vínculo de confianza que motive en los hijos el comunicar a los progenitores las fotos que desean subir a la red; 5) controlar la información personal que sobre los hijos se sube a internet; 6) generar contraseñas en los dispositivos digitales; 7) estar atentos a que sus hijos no sean víctimas de *ciberbullying* materializados en hechos de acoso, exclusión, manipulación, abuso **(33)**.

El cuidado y el acompañamiento continuos de los progenitores hacia sus hijos menores de edad, sin que esto importe limitar la autonomía de los segundos, evitará que los datos que se recopilen de niñas, niños y adolescentes derive en el diseño de perfiles digitales; impedirá que la intromisión de los recursos digitales en la vida familiar, limite o anule la comunicación intrafamiliar y motivará en los progenitores, el concientizarse sobre la importancia de que el proceso de formación también transcurra y se complete con los entornos digitales que la inteligencia artificial aportó para el mejoramiento del proceso de enseñanza aprendizaje.

La ilustración y el análisis de precedentes correspondiente al primer sector se completa con la reseña de pronunciamientos en donde se muestran realidades que legitiman la intromisión en la vida privada, por ser el medio que permite preservar derechos personalísimos de personas menores que pueden resultar comprometidos por el actuar de los progenitores. Una situación especial, se presentaría cuando se pone en riesgo el derecho a la salud y el derecho a la vida, ante la negativa de asumir una actitud preventiva, como lo es el cumplimiento del plan de vacunación obligatorio. Sobre el particular, se cuenta con un precedente de Corte Nacional, el cual generó un esquema de modelo seguimiento en la justicia nacional **(34)**. Ilustramos lo expuesto con dos sumarios, dictado uno de ellos en tiempos de pandemia.

"La sentencia que deniega la oposición a la vacunación compulsiva de unos menores de edad debe confirmarse, en tanto que la ley 22.909 implementa una política de vacunación obligatoria y gratuita en la primera infancia para combatir las enfermedades prevenibles por ese medio, con el fin de proteger el interés del niño; más aún cuando de los informes sociales y psicosociales de la causa se desprende un ejercicio irregular de la responsabilidad parental por parte de la madre de los infantes, lo que evidencia la ineludible obligación del Estado de inter-

(32) *https://www.unicef.org/argentina/media/9481/file/Guia%20sobre%Convivencia%20Digital-2020.pdf* (fecha de consulta: 18/04/2021).

(33) Art. 31, Cód. Penal, texto según ley 26.904/2013: "Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a la una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma".

(34) CS, 12/06/2012, "N. N. o U. V. s/protección de persona", LA LEY 2012-D, 182.

venir para asegurarles el más alto nivel posible de salud" **(35)**.

"Intimados los progenitores de la niña para que dentro del plazo de 48 horas de la resolución concurran al establecimiento médico y/o centro de vacunación perteneciente a su cobertura médica o a un hospital público a fin de que le apliquen a la niña las vacunas triple bacteriana acelular, antimenigocócica y virus del papiloma humano y demás del calendario nacional de vacunación de la República Argentina, todo ello, bajo apercibimiento de disponer su vacunación en forma compulsiva con intervención del SAME y de la Policía de la Ciudad y de ponderar la aplicación de una multa de carácter ejemplar y progresiva, se desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre, con fundamento en el supuestamente exiguo plazo otorgado para cumplir la manda judicial (...) la apelante había solicitado que el plazo para el cumplimiento comience a correr una vez que se disponga el levantamiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio (...) para luego requerir que la vacunación se realice en su domicilio por ser más seguro para la niña, luego de transcurridos más de 50 días desde el dictado de la resolución que la obligaba a proceder a la vacunación de su hija (...). Sin perjuicio de ello, no se desconoce la situación actual de alta circulación del virus COVID-19, lo que impone por parte de los padres que tomen todas las medidas de protección necesarias (barbijo, lavados de manos, protección ocular, etc.) para que la vacunación de la niña se realice en debida forma" **(36)**.

Como podemos apreciar, en los dos últimos casos nos encontramos con niños que por el estadio de vida se encuentran en una situación de vulnerabilidad o debilidad jurídica mayor a la de otros niños que por su grado de competencia pueden ser parte en la toma de decisiones. Esta realidad justifica un mayor protagonismo del Estado a través de medidas que garanticen la efectividad de los derechos comprometidos. Aclaramos que esta intromisión es justa y responde a lo dispuesto en la CDN, al declarar que el Estado, la familia y la comunidad deben contribuir en el desarrollo y protección de los niños.

Además, corresponde tener en consideración lo que la CDN dispone respecto del cuidado de la vida y la salud de los niños. En este sentido, el art. 6º refiere al reconocimiento de los Estados partes del derecho intrínseco de los niños a la vida y el art. 24 establece que "1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (...). 2. Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) c) combatir enfermedades (...). f) desarrollar la atención sanitaria preventiva".

En función de estos enunciados a los que se suma la directiva general contenida en el art. 18.1 de la Convención, los padres tienen el deber de tomar todas aquellas medidas tendientes a prevenir enfermedades, siendo el medio más apto la vacunación para aquellas patologías que pueden evitarse con este recurso.

Completamos con otro precedente que antepone la protección del derecho a la vida y a la salud de una niña, por sobre el derecho a la intimidad familiar y la libertad religiosa, también dictado durante la emergencia sanitaria: "[S]e hace lugar a lo solicitado por el Servicio Social y el Servicio de Pediatría del Hospital donde se encuentra internada en el Área de Oncología una niña de cuatro años de edad, en riesgo vital y, en consecuencia, se autoriza la realización de toda práctica médica de cualquier complejidad, incluyendo transfusiones, tendiente a salvaguardar la integridad psicofísica de la niña, conforme su estado clínico, ante la expresa negativa de su progenitora, quien se opone por ser testigo de Jehová. Los informes médicos dan cuenta que, de no llevarse a cabo las prácticas médicas requeridas, la niña corre riesgo de vida (...). En el caso, el 'derecho a la salud' y eventualmente 'a la vida' de la niña se encuentra en clara tensión con el 'derecho a profesar libremente sus creencias religiosas' de su progenitora, ambos de raigambre constitucional. Siendo ello así, y no resultando posible en el caso, salvo daño irreversible, la protección de ambos derechos, debe decidirse por uno de ellos (...) el caso debe resolverse en favor del derecho a la salud y la vida

(35) STJ Jujuy, 12/07/2016, "F. S. de B., Ñ. y R. N. S. de B.", AR/JUR/52077/2016.

(36) CNCiv., sala D, 28/9/2020, "D., S. R. c. B., A. F.", RC J 6488/20.

de la niña, pues garantizar el derecho constitucional de la progenitora importaría libre y llanamente permitir a esta disponer sobre la vida de su hija, avasallando su impostergable derecho constitucional a la vida" **(37)**.

Por último, cerramos el análisis con dos precedentes que ilustran sobre cómo el entorno digital puede convertirse una herramienta de los progenitores para desarrollar actos que vulneran derechos personalísimos de los hijos menores de edad. En este sentido, adherimos al pensamiento de Nicolau cuando expresa que "El derecho a la intimidad en la actualidad adquiere una mayor proyección, pues puede ser vulnerado de muy diversos modos facilitados, en gran medida, por la tecnología, ya sea por la difusión de datos personales; por procedimientos invasivos de la integridad corporal de la persona, sean médicos o relacionados con las fuerzas de seguridad; por la intromisión en su intimidad espiritual. El desafío actual es preservar lo privado frente a lo público, lo cual supone enorme dificultad" **(38)**.

Empecemos por el sumario de un fallo más cercano en el tiempo: "Toda vez que se ha podido constatar la exposición del menor de edad que realiza el progenitor difundiendo e, incluso, realizando manifestaciones contra quienes han participado de los procesos en los que se ha visto involucrado, corresponde ordenar al demandado abstenerse de difundir o publicar en las redes sociales información referida a su hijo (...). El derecho a la intimidad, a la imagen, al honor y a formar su identidad digital son derechos de cada niño y adolescente y está en ellos el derecho de ir disponiendo de ellos a medida que vayan alcanzando el grado de madurez suficiente para hacerlo (...). Los jueces no pueden cerrar los ojos ante la realidad y mirar para otro lado cuando se les exhibe una afectación significativa de los derechos de los niños entrampados en una problemática familiar compleja, por lo que deben desempeñar un rol activo y comprometido en la causa" **(39)**.

Con igual criterio en otra historia de vida que se traslada a sede judicial, se dijo: "Teniendo en cuenta que la madre de un niño realizó publicaciones en una red social con los datos de la persona e imagen de aquel y datos maliciosos de su familia, corresponde ordenar que se abstenga de continuar con esa conducta y a la empresa que elimine esos contenidos, con fundamento en el derecho a la intimidad y a la vida privada del niño, y porque el uso de la difamación pública por las redes sociales como camino alternativo de coacción y atropello es violencia psicológica" **(40)**.

La sola reseña de estos dos precedentes tiene el ánimo de crear conciencia de cómo los progenitores pueden situarse en el entorno digital. Así como valoramos, un comportamiento de cuidado y preservación de la intimidad de los hijos en los precedentes ubicados en el primer sector; también cabe alertar sobre aquellas realidades que son la contracara y que denotan el deber del Estado de intervenir.

IV. Cierre

Como se expresó al inicio, nos propusimos realizar un abordaje que tomando como pilar el derecho a la dignidad, se motive un diálogo entre el derecho a la intimidad con otros derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes, como el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la imagen y el derecho a la salud.

Con esta impronta, se emprendió una labor que partiendo del convencimiento de que nos encontramos ante un sistema de principios y valores, queda abierto el cauce a la flexibilidad para así arribar a respuestas humanizadas y ajustadas a un criterio de razonabilidad (arts. 1º, 2º y 3º, Cód. Civ. y Com.).

En sintonía con lo que precede, se estará ante soluciones razonables cuando atendiendo al mejor interés niñas, niños y adolescentes, sea una realidad la efectividad de sus derechos personalísimos.

(37) JFam. San Juan, 31/07/2020, "A. P., A. E.", RC J 5529/20.

(38) NICOLAU, Noemí L., "Algunas cuestiones...", cit., p. 838.

(39) CNCiv., 30/11/2020, sala C, "F. A., J. c. C., J. V.", AR/JUR/65773/2020 (fecha de consulta: 14/04/2021).

(40) J. Paz Letrado Villa Gesell, 10/08/2018, "T. N. R. c. M. M. A. y C. A. F.", AR/JUR/89888/2018 (fecha de consulta: 10/05/2020].

Eutanasia: interrupción voluntaria de la vida

Guillermina Zabalza (*)

Sumario: I. Reflexiones iniciales.— II. La ley 26.742, primer paso legislativo en la Argentina.— III. Eutanasia y suicidio asistido.— IV. Primeras conclusiones de cierre.

"Seguro de mi vida y de mi muerte,
miro a los ambiciosos y quisiera entenderlos".
Jorge L. BORGES

I. Reflexiones iniciales

Las distintas maneras de construir la vida y la muerte, así como cada uno de sus procesos, están en constante deconstrucción. La perspectiva unívoca de concebir la vida como un bien absoluto cede ante los profundos cambios culturales y el predominio de la autonomía de la voluntad de la persona y de su dignidad **(1)**. En la cultura de lo múltiple, la diversidad de sentires y vivencias sobre cada proceso vital se encarna también en la trama de la juridicidad. El dilema no se centra en los despliegues de vida y libertad, sino en determinar si el derecho a la vida recoge la posibilidad de disponer de ella **(2)**, entendiendo el "derecho a la vida" como el "derecho a hacer la vida" **(3)**, comprendiéndose la posibilidad de decidir según el marco de lo deseable desde la construcción de cada biografía **(4)**.

Podemos hablar entonces, de *interrupción voluntaria de la vida* **(5)**, incluyendo todas las aristas que conllevan los escenarios conocidos de eutanasia y de suicidio asistido, entendiendo que la posibilidad de interrumpir la vida no solo se puede dar ante enfermedades terminales, irreversibles o crónicas, sino también ante el deseo de poner fin a la propia existencia.

II. La ley 26.742, primer paso legislativo en la Argentina (6)

Diferentes escenarios conmueven y pretenden la posibilidad de encauzar nuevas respuestas normativas. Fue así como los denominados "estados vegetativos o cuadros irreversibles" encontraron en nuestro país su captación normativa en la posibilidad de canalizar la muerte digna —conocida desde la literatura bioética como eutanasia pasiva—. El lenguaje no es neutro, construye realidad, por ello, la denominación no es casual, ya que, en el entramado social la designación "eutanasia" hubiese ocasiona-

(*) Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

(1) OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, "Derecho a la vida", en GETE, María del Carmen – GALERA, Alonso (dir.) – SOLÉ RESINA, Judith (coord.), *Tratado de derecho de la persona f*ísica, Ed. Civitas, 78-84-470-4413-9, 2013, p. 738.

(2) DE MONTALVO JAAKELAAINEM, Federico, "Muerte digna y Constitución. Los límites del testamento vital", Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2009, p. 212.

(3) FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, "El 'derecho a la vida' y el 'derecho a hacer la vida' en colisión. Algunas consideraciones frente a una sentencia judicial", *Revista Chilena de Derecho Privado*, nro. 12, ps. 209-214 (julio 2009).

(4) *Ibid.*

(5) Esta denominación la tomo de MAGLIO, Ignacio, "Testamento vital, directivas anticipadas", charla virtual organizada por el Hospital San Juan de Dios, disponible en *https://youtu.be/8fCps-X1_Yc*.

(6) Ley 26.742. Sanc. 09/05/2012; promul. de hecho 24/05/2012.

do otras reacciones, quizás hasta la resistencia misma de la norma. Frente a estos cuadros clínicos y ante la ausencia de directivas anticipadas, las decisiones sobre la continuidad o no de la vida, residen muchas veces en un "otro" —"tercero" (familiar, equipo de salud, comité de bioética, juez)—. En el devenir de la jurisprudencia —tanto nacional **(7)**, como internacional **(8)**— se observaron dificultades y obstáculos en torno a determinar y resolver si un tercero podía tomar este tipo de decisiones, cuestionándose éticamente la desconexión, sin detenerse muchas veces, en el análisis del aspecto valorativo de la conexión **(9)**. Además, acontecen otras aristas de observación, como es determinar quién o quiénes deben decidir, y con qué criterio o criterios se deben motivar dichas decisiones terapéuticas. La ausencia de legislación y la sacralización de la continuidad biológica de la vida —aun ante contextos extremos de medicalización y alimentación **(10)**—,

(7) A mero título ejemplificativo, recordamos el fallo SCBA, 09/02/2005, "S., M. de C.", cuya pretensión se basaba en el retiro de todos los medios de soporte vital a una paciente que se encontraba en estado vegetativo permanente desde hacía más de cinco años, incoada, en esa oportunidad, por su esposo; y en el que existían divergencias respecto del curso de acción a seguir entre los distintos integrantes del grupo familiar de la paciente. La Corte bonaerense deniega la autorización, con los siguientes fundamentos: 1. Pese a constituir la vida un bien jurídico fundamental, en ciertas circunstancias resulta moralmente aceptable y jurídicamente válido no persistir obstinadamente en la prolongación de la vida biológica, admitiendo la posibilidad que asiste a todo enfermo a resistir determinadas prácticas médicas irrazonables; 2. Pero ese derecho a resistir o suspender una terapéutica médica estimada desproporcionada, reviste el carácter de *intuitu personae*; por lo que la decisión solo puede ser tomada por el paciente, titular innato de ese derecho, ya de un modo directo (expresando personalmente su voluntad de abstenerse o suspender), ya de un modo mediato o indirecto (a través de las denominadas directivas de voluntad anticipada); no pudiendo ser asumida tal decisión ni suplida la voluntad del paciente insano o incompetente por ningún otro sujeto, ni siquiera por el grupo familiar o por el representante legal, puesto que el ejercicio del derecho en cuestión excede la esfera de la representación (conf. art. 62, Cód. Civil); 3. Solo dos magistrados admitieron la posibilidad de inferir la voluntad del paciente, en la medida en que exista consenso entre los parientes respecto del retiro del soporte vital, estos cuenten con el aval del equipo médico, y los medios cuyo rechazo o retiro se proclama resultan desproporcionados y extraordinarios (lo que no ocurría en el caso).

(8) Recordamos el caso de Nanzy Cruzan, fallo "Missouri vs. Cruzan", comentado por BAIRD, Robert M. – ROSEMBAUM, Stuart E., "Eutanasia: los dilemas morales", Ed. Martínez Roca, Barcelona, 1992, cap. 20, ps. 191-233; también la sentencia dictada por la Corte di Cassazione 21748/2007, que decidió sobre el caso de Eluana Englaro, una joven que tras sufrir un accidente de tránsito a los 21 años (1992), permaneció en estado vegetativo durante 17 años, hasta el momento de su muerte en el año 2009; véase ALFONSO RUIZ, Miguel, "Autonomía individual y derecho a la propia muerte", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 89, Madrid, mayo-agosto 2010, ps. 23 y ss.

(9) Ante estas situaciones nos preguntamos por qué parece más justo conectar que desconectar, cuando en el proceso de la vida el desenlace hubiese sido la muerte. La conexión solo fue posible por el avance de la biotecnología, por ello, nos parece cuestionable en estos escenarios la medicalización extrema de la vida.

(10) Tan solo a título ejemplificativo recordamos a Nancy Cruzan en EE.UU. y en nuestro país el caso "Diez". En febrero de 1995, los padres de M. A. D. solicitan que se declare la incapacidad de su hijo, quien se encuentra en estado de coma a raíz de un accidente de tránsito, y que se designe curadora a su hermana A. I. D. La hermana y curadora de M. A. D. solicita (ante el J. Fam. Nº 2) se ordene el retiro de todas las medidas de soporte vital que mantienen en forma artificial la vida de su hermano. El Trib. Fam. Nº 2 desestima el pedido, lo cual es confirmado por la sala I de la Cámara Civil de Neuquén en septiembre de 2011. CCiv. Neuquén, sala II, 06/09/2011, "D. M. A. s/ declaración de incapacidad", RDF 2012-III, 160-172. Al rechazar el pedido de autorización instado por las hermanas —y curadoras— del paciente interdicto—, tendiente a que se disponga desde la instancia judicial el inmediato retiro, cese y abstención de todas las medidas de sostén vital en el cuerpo de quien, desde hacía más de dieciséis años, se encontraba en estado vegetativo permanente producto de las lesiones sufridas en un accidente de tránsito. Fundamentándose en: 1. Que la medida solicitada constituye una práctica eutanásica; 2. Que no existía legislación nacional que respalde el pedido formulado; 3. Que no existía una manifestación de voluntad cierta por parte del paciente en el sentido de la pretensión, la que, tratándose de cuestiones vinculadas con sus derechos personalísimos, excede el marco de la representación, debiendo privilegiarse la prosecución vital del paciente. La causa llega al Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, y el 19 de abril de 2013 se expide ordenando dejar sin efecto las sentencias dictadas en las instancias anteriores y decide que la petición realizada por la curadora —al considerar el Tribunal que dicha cuestión no requiere de autorización judicial— trámite conforme las prescripciones de la nueva ley 26.529 de Derechos del Paciente modificada por la ley 26.742, reglamentada por dec. 1089/2012. Destacó la sentencia que la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, procura asegurar el goce del derecho a la autonomía personal en la etapa final de la vida y que ese derecho se plasma en la posibilidad de aceptar o rechazar determinadas terapias

donde en definitiva, también un tercero decidía la continuidad de la conexión auxiliado por la técnica, impulsaron la sanción en nuestro país de la ley 26.742 —conocida como Ley de Muerte Digna **(11)**—. Esta ley es un hito legislativo que posibilita la interrupción de la continuidad biológica de la vida, interpelándonos a reflexionar sobre la idea de muerte como parte del proceso de sanar; comprendiendo en el arte de curar el de cuidar y acompañar desde una perspectiva integral y holística a cada persona y entorno en el final de la vida.

La sanción de esta ley materializó la posibilidad de que el proceso de muerte digna —en los extremos de la captación normativa— no solo se pueda encauzar por la voluntad presunta o expresa del paciente **(12)**, sino también sobre la base de un criterio hermenéutico de beneficencia y no maleficencia, con la finalidad de evitar la obstinación terapéutica, el sufrimiento del paciente y la prolongación de tratamientos cuya futilidad es notable.

Estos cuadros clínicos existen en virtud de la irrupción y aplicación de la tecnología en la vida humana, constituyendo en determinados escenarios medios extraordinarios que prolongan la vida biológica. Estos cuadros requieren de la presencia del tercero que decida por el paciente —tanto en la conexión como desconexión—, debiéndose priorizar ante la ausencia de autonomía, el diagnóstico médico y el principio de beneficencia/no maleficencia y mejores intereses del paciente, que darán apertura a la posibilidad del cese del tratamiento cuando este reviste el carácter de desproporcionado. En tal sentido, se ha indicado que "el médico no deberá proporcionar un tratamiento innecesario o desproporcionado a la vista de los riesgos o limitaciones que conlleve; debe ofrecer a los pacientes un tratamiento que sea proporcional y adecuado a su situación. Los médicos tienen también el deber de cuidar a sus pacientes, aliviar su sufrimiento y prestarles apoyo" **(13)**.

Continuando este hilo conductor de reflexión, en la práctica se comienza a utilizar la noción de "adecuación del esfuerzo terapéutico" (AET), que pretende evitar la obstinación médica y se utiliza como un equivalente de limitación del esfuerzo terapéutico. La adecuación del esfuerzo terapéutico comprende la abstención o retiro de tratamientos que no se ajustan a la situación del paciente que se está tratando; ya sea ante la irreversibilidad de la patología, ante enfermedades terminales o por la gravedad de la enfer-

---

o procedimiento médicos o biológicos. Se indicó que la ley garantiza la formación de un consentimiento informado por parte del paciente, y prevé la posibilidad de que, en determinados supuestos, este sea otorgado por los representantes legales. Apuntó que la norma pretende que estos asuntos no se desplacen del ámbito íntimo del paciente, su familia y el médico a la esfera judicial. Consideró que la petición de las hermanas y curadora de M. A. D. se halla comprendida en las disposiciones de la ley citada, señalando que tienen legitimación para dar el consentimiento informado en representación de su hermano M. A. D., quien se encuentra desde el 1994 en estado vegetativo persistente e irreversible, enfatizando que la ley establece un mecanismo que no requiere intervención judicial. La causa parecía llegar a su fin después de dieciocho años de judicialización y medicalización de la vida de M. A. D., no obstante, el camino no había concluido, ya que, la sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén recibió recursos del curador de M. D. y del defensor del tribunal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación autoriza la desconexión del paciente, aplicando el criterio legislativo que emana de la Ley de Muerte Digna. Finalmente, Diez descansa en paz.

(11) La ley 26.742 posibilita romper con el criterio imperante que se cimentaba en la negativa a toda medida o decisión en torno al cese o retiro del soporte vital, poniéndose en crisis la medicalización de la vida, mediante la cual se introducen relevantes modificaciones en la ley 26.529. El hecho que motivó el debate parlamentario —que derivó en la sanción de esta norma conocida como "Ley de Muerte Digna"— involucraba a una niña menor de edad, a quien al momento del parto le faltó oxígeno, padeciendo un paro cardiorrespiratorio del que salió tras 20 minutos de maniobras de reanimación. Las consecuencias fueron tremendas, dado que Camila nunca respiró por sus propios medios, sumándose la falta de audición, habla y movimiento. No tenía conciencia de su existencia. Se encontraba en estado vegetativo persistente. Cumplió dos años y no se observó ningún cambio, ni mejoría. En esta situación, sus padres querían "dejarla ir". Tres comités de ética afirmaron que su estado era "irreversible". Pero los médicos no se animaban a actuar. "Necesitamos una ley de muerte digna"..."la muerte está, hay que dejarla acontecer", decía la mamá". Véase "El dolor de una madre reabre el debate de la muerte digna", disponible en: *https://www.clarin.com/salud/madre-reabre-debate-muerte-digna_0_ryQ-O8ChPQe.html*.

(12) CS, 07/07/2015, MJ-JU-M-93337-AR.

(13) Guía del Consejo de Europa para el Proceso de Toma de Decisiones relativas al Tratamiento Médico en Situaciones del Final de la Vida, citada por el TEDH en "Lambert y otros vs. Francia", del 05/06/2015.

medad de base, que inexorablemente conduce a la muerte del paciente a corto o largo plazo o bien, conducen a la precarización en la calidad de vida **(14)**.

En esta línea de pensamiento, la ley 26.742 modifica la ley 26.529 —auspiciando la muerte digna—, introduciendo en el art. 2º relativo a los derechos de los pacientes, en el ítem e) sobre la autonomía de la voluntad el siguiente texto: "En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimiento de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos, la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente...".

La solución que arroja la ley 26.742 no solo prevé el derecho que le asiste al paciente en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados con relación a las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado; sino que también establece expresamente que, frente al supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, aquel podrá ser dado —en los términos y alcances del art. 5º—, por sus familiares, en el orden mencionado en el art. 21 de la ley 24.193 **(15)**. En tal sentido, el art. 5º relativo al consentimiento informado, establece: "Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: (...). g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversibles, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismo produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable"; agregando en el art. 6º que "en el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado por causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecidos".

(14) MAGNANTE, Dinah, "Ley de eutanasia en España 'Vivir es un derecho, no una obligación'", 26/04/2021; DOC-15923-AR.

(15) ADLA XLIII-B, 1344; listado ordinal de autorizados para decidir respecto de la ablación de los órganos del causante o de su finalidad. De esta manera, y de acuerdo con el texto de la nueva norma, cuando el paciente incompetente padezca una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, sus familiares podrán solicitar el rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados con relación a las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, siguiendo el siguiente orden de prelación: 1. el cónyuge no divorciado que convivía con el enfermo, o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el enfermo en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma continua e ininterrumpida; 2. cualquiera de los hijos mayores de dieciocho años; 3. cualquiera de los padres; 4. cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho años; 5. cualquiera de los nietos mayores de dieciocho años; 6. cualquiera de los abuelos; 7. cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; 8. cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive; 9. el representante legal, tutor o curador.

La norma en cuestión avanza sobre el principio de beneficencia, posibilitando que un tercero —dentro del ámbito de legitimados que se prevé— pueda decidir en representación del paciente cuando este se encuentre en un escenario de incompetencia. En estos contextos, la norma no toma ningún criterio determinante de decisión, no requiere que se base en la voluntad presunta del paciente, sino fundamentalmente en el criterio médico de beneficencia. De esta manera, la vida y su dimensión de muerte toma su propio cauce, evitándose caer en el encarnizamiento terapéutico o distanasia.

La ley habilita no solo el criterio del juicio sustituto, sino también, el criterio de los mejores intereses fundados en el principio de beneficencia. De esta forma, con base en un criterio humanista y realista sobre estos cuadros de irreversibilidad, se arriba a una decisión que partiendo del diagnóstico médico, toma a cada persona como un fin en sí mismo. Situaciones como las narradas en la norma, en las que se visibiliza la eventualidad de establecer algún tipo de límite a la atención médica en contextos de clara irreversibilidad clínica, así como la sustitución de la decisión frente a la incompetencia del paciente, ostentan la pretensión de arribar a soluciones más equitativas. Es, por ello, que consideramos que este tipo de solución no encarna una despersonalización de la vida humana, sino que por el contrario implica una revalorización de ella.

Escenarios de este tipo nos plantean cuáles deben ser las respuestas que en términos dikelógicos se deben proyectar, no solo desde una perspectiva micro, sino también macro y comunitarista. Partiendo de la idea de que todo tratamiento médico debe ser pensado y analizado desde la óptica del beneficio potencial para el paciente, ante estados vegetativos persistentes e irreversibles advertimos que necesariamente los terceros intervienen en la decisión —conexión o desconexión—, interrogándonos por qué parece más justa la decisión que implica continuar con la extensión en el tiempo de la vida de manera artificial, implicando en muchos supuestos un encarnizamiento terapéutico, en vez de arribar a soluciones que admitan y acepten la finitud de la existencia humana. Estos son los supuestos en que la ciencia debe tener sus límites, observándose que muchas veces esa prolongación de la agonía provoca inequidad en la distribución de los recursos sanitarios. En este sentido, es clave la promoción de derechos y que los pacientes se transformen en ciudadanos reales. Por ello, además, de la prescripción de medicamentos y tratamientos, es clave que los agentes de salud puedan indicar y prescribir derechos.

En esta línea, se ha dicho que, "Como se advierte, en tales situaciones clínicas no cabe prescindir de los principios de la medicina paliativa, los cuales se basan en el axioma: 'Cuando ya no se puede curar, hay que cuidar y confortar, además, de aliviar y consolar, tanto al paciente, como a sus familiares', asumiendo el dilema de que en estos, como en casos semejantes no todo lo que es técnicamente posible, resulta éticamente aceptable, por cuya razón debe evitarse tratar a los enfermos recuperables como si fueran a morir y a los enfermos moribundos como si se fuesen a recuperar. Así, la internación de pacientes en unidades de terapia intensiva tiene limitaciones no solo médicas, sino también éticas y jurídicas. La importancia del dolor, el sufrimiento y el sentimiento de soledad en el tratamiento de pacientes incurables terminales, marca entonces, que estos no deben ser ingresados a tales servicios. De cualquier manera, el verdadero límite de tratamiento es la muerte del paciente, momento en el cual el médico deja de hacer algo por el paciente" **(16)**.

Asimismo, profundizar estas reflexiones nos lleva a cuestionarnos por qué parece más justo "dejar morir" que "ayudar a morir". El rol del Estado es proteger la vida, pero no puede imponer un deber de vivir. El derecho a la vida no reviste carácter de absoluto, sino que al entrar en colisión con otros derechos debe ser ponderado. En consecuencia, la concepción del derecho a la vida que implica el mantenimiento de esta, incluso en contra de la voluntad de su titular, debe ceder paso a concepciones más acordes con el respeto al derecho de autodeterminación de las personas y con el carácter laico del Estado. Por ello, y continuando las líneas del documento desarrollado por el Observatorio de Bioética y Derecho se destaca que "las garantías siempre se establecen a favor de quien ostenta el dere-

(16) TINANT, Eduardo L., "Dignidad y autonomía de la persona al final de la vida", AP: AP/DOC/854/2012.

cho y no en su contra: el derecho a la vida lleva aparejado el derecho de respetar la vida ajena, pero no el deber de vivir contra la propia voluntad en condiciones penosas" **(17)**.

III. Eutanasia y suicidio asistido (18)

La eutanasia, ha sido conocida como "buena muerte", por acaecer sin sufrimiento, sin dolor, sin angustia y en paz **(19)**. En 1987, la Asociación Médica Mundial propuso que la eutanasia era el "acto deliberado de dar fin a la vida de un paciente". En enero de 2002, la Sociedad Española de Cuidados Paliativos sostuvo que este procedimiento consistía en la "conducta (acción u omisión) intencionalmente dirigida a terminar con la vida de una persona que tiene una enfermedad grave e irreversible, por razones compasivas y en un contexto médico". La Organización Mundial de la Salud la definió como "aquella acción del médico que provoca deliberadamente la muerte del paciente" **(20)**.

La eutanasia se presenta cuando, a pedido del paciente, el médico le administra una dosis letal con la intención de evitar un sufrimiento mayor; en tanto que en el suicidio asistido es el propio paciente quien pone fin a su vida con una dosis letal de una medicación prescrita por su médico con la intención de ayudarlo. En ambos supuestos el médico tiene un rol relevante, observándose que, en ambas situaciones el protagonista de la decisión es el paciente actualizando su derecho a la autodeterminación **(21)**. Si bien algunos consideran que existe una diferencia entre estos dos supuestos, en razón de que en el primero el médico sería directamente responsable de la muerte del paciente, en tanto en el segundo el profesional sanitario se limitaría a ayudar al paciente, creemos que tal diferencia no existe, ya que, ambos se basan en el principio de libertad y autonomía de la persona, en tanto posibilitan la elección y determinación sobre su "derecho a hacer la vida" **(22)** comprendiendo la posibilidad de establecer la opción sobre su muerte como el último acto de su biografía vital.

Al analizar el tema de la eutanasia —que creemos podría extenderse a los supuestos de suicidio asistido— tomamos la siguiente consideración que se ha esbozado sobre la misma: "La eutanasia es una acción que abarca dos actos, cada uno de los cuales tiene un protagonista distinto. En el primero, el protagonista es el enfermo que padece una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que le causa padecimientos permanentes y difíciles de soportar y es quien toma la decisión, éticamente legítima, de poner fin a su vida de manera apacible y digna. Este enfermo goza de voluntad libre, o la tuvo cuando suscribió un documento de voluntades anticipadas. Este primer acto es verdaderamente básico y, a su vez, es el fundamento del segundo. El segundo acto consiste en la intervención médica que proporciona la muerte de forma rápida, eficaz e indolora y, en efecto, carecería de legitimidad si no se puede verificar la existencia del primero. Pero resulta necesario, porque hace efectiva la libre decisión del enfermo. Para que se cumpla esa voluntad de buena muerte se precisa la ayuda del médico, puesto que, de acuerdo con los conocimientos actuales, habrá que prescribir fármacos y administrarlos correctamente. Y la razón de que se requiera esa intervención médica es de carácter práctico, ya que, el conocimiento profesional es el que asegura que la muerte acaecerá de la manera apacible que se pretende" **(23)**.

Legislar la eutanasia y el suicidio asistido hoy parece una obligación de cada Estado, de modo tal que el derecho a morir encuentre su recepción normativa para poder desplegar el derecho de vivir y construir la vida conteste con cada biografía integra la nómina de los derechos fundamentales.

---

(17) CASADOY – ROYES (coords.), "Documento sobre la disposición de la propia vida en determinados supuestos: declaración sobre la eutanasia. Observatorio de Bioética y Derecho", Barcelona, diciembre de 2003, p. 12.

(18) Entendida como activa y voluntaria.

(19) OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, ob. cit., p. 767.

(20) Sent. T-970/14, del Trib. Const. Colombia, *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm*.

(21) LUNA, Florencia – SALLES, Arleen, "Introducción: decisiones sobre la muerte", en *Decisiones de vida y muerte*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2000, p. 114.

(22) FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, "El 'derecho a la vida' y el 'derecho a hacer la vida' en colisión. Algunas consideraciones frente a una sentencia judicial", RDF, 2010-II, 231 y ss.

(23) CASADOY – ROYES (coords.), ob. cit., p. 11.

En la actualidad las respuestas normativas sobre la eutanasia y el suicidio asistido resultan muy pobres aún. La primera ley que se conoció fue en Australia, conocida como "Rights of the Terminally Ill Act", de 1985. Luego en Holanda, con la base de una previa e importante construcción jurisprudencial, se dictó en el año 2000 la ley de "Terminación de la vida a petición propia y del suicidio asistido", regulándose ambas figuras. Más tarde, en el año 2002, en Bélgica se dicta la "Ley de Eutanasia", y en el año 2009 en Luxemburgo entra en vigencia la "Ley sobre la Eutanasia y el Suicidio Asistido". En Colombia se permite la eutanasia por la resolución **(24)** emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social de 2015. En Estados Unidos no está aún permitida la eutanasia, pero si el suicidio asistido en alguno de sus Estados, como es el ejemplo del Estado de Oregón.

En Canadá, la sentencia dictada por la Corte Suprema del 6 de febrero del año 2015 en el asunto "Carter vs. Canadá" **(25)** reconoce que la ayuda médica a morir —tanto suicidio asistido por médico y eutanasia activa y directa— es un derecho fundamental. Al analizar la norma penal que prohíbe la ayuda al suicidio —también para los casos de enfermos terminales—, afirma la Corte que la inconstitucionalidad de negar la ayuda médica a morir a enfermos adultos competentes que la pidan a consecuencia de una enfermedad o discapacidad que les cauce un sufrimiento permanente, intolerable e irreversible. Esta sentencia revoca la postura sentada en el año 1993, en el caso "Rodríguez vs. British Columbia", en la que se negó (aunque por una mayoría ajustada de 5 a 4 magistrados) el suicidio asistido a Sue Rodríguez quien padecía de esclerosis lateral amiotrófica. La sentencia Carter considera que la decisión sobre vivir o dejar vivir se enmarca en el contexto de valores y experiencia vital de cada persona; esta debe tener el control de su integridad corporal **(26)**.

Recientemente en Perú, ante la demanda de Ana Estrada, la Corte Superior de Justicia de Lima reconoce el derecho a la muerte asistida, permitiendo que se practique la eutanasia a Ana Estrada, una psicóloga peruana de 44 años que padece polimositis, una enfermedad degenerativa que inflama y debilita los músculos. En el año 2015, la enfermedad avanzó sobre sus músculos respiratorios, motivo por el cual se le realizó una traqueostomía y una gastrostomía. Ante el progresivo avance de su deterioro físico, Ana abrió en 2019 un blog "Ana busca la muerte digna", planteando su petición en la plataforma Change.org para que las autoridades peruanas le permitieran acceder a la muerte asistida, y finalmente la Defensoría del Pueblo de Perú llevó su lucha al Poder Judicial a través de una acción de amparo.

La eutanasia en Perú es ilegal, y la demanda no tenía precedentes, ya que, el Código Penal sanciona con prisión de tres años el *homicidio piadoso* de un paciente incurable. Con la sentencia del 22 de febrero de 2021, la Corte Superior de Justicia de Lima reconoce el derecho a la eutanasia, ordenando al Ministerio de Salud de Perú que respete la voluntad de Estrada de poner fin a su vida a través de la eutanasia y que no se aplique el Código Penal peruano en su caso, para que los profesionales que intervengan no puedan ser procesados.

En suma, de alguna manera, como hace unos días expresaba Ignacio Maglio en su disertación sobre Testamento vital y directivas anticipadas, "lo que nos separa de la muerte es el tiempo y muchas veces la muerte es la misericordia del tiempo" **(27)**.

III.1. España y su regulación sobre la eutanasia y el suicidio asistido **(28)**

El 24 de marzo de 2021 se sanciona en España la ley orgánica 3/2021, que pretende dar respuesta jurídica, sistemática y garantista al reclamo social sobre la eutanasia. España da cuenta de diferentes reclamos para garantizar la

(24) Res. 1216 de 2015, en línea, consulta: 04/04/2021, *https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-1216-de-2015.pdf*.

(25) LAMM, Eleonora, "Actualidad bioética en la Argentina y en el mundo", RDF 70-383, AP/DOC/451/2015.

(26) REY MARTÍNEZ, Fernando, "La ayuda médica a morir como derecho fundamental", diario *La Ley*, www.diariolaley.es.

(27) MAGLIO, Ignacio, ob. cit.

(28) En el año 2002 España sanciona la ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Deberes y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

libertad de decidir al final de la vida. Recordamos en tal sentido, la historia de Ramón Sampedro, quien desde los 25 años de edad estaba tetrapléjico en virtud de un accidente. En 1993 inició su lucha ante la justicia pidiendo su derecho a morir dignamente, solicitando el suicidio asistido y que la/s persona/s que lo ayudara/n o auxiliase/n no incurrieran en delito, ya que, su estado físico lo incapacitaba para hacerlo sin ayuda externa. Ante la negativa de su pedido, tanto a nivel nacional, como por la Comisión Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo, logró su propósito con la ayuda de varias personas en enero de 1998. Sampedro convirtió su lucha en una batalla por la defensa de las libertades individuales y de la eutanasia en España. Durante años se intercambió correspondencia con numerosas personas, dándose a conocer estas cartas en su libro "Cartas desde el infierno", así como poemas y pensamientos personales que escribía desde su cama **(29)**. Otra historia, que conmovió al mundo y en especial a España, fue el suicidio —en abril de 2017— de José Antonio Arrabal López, de 58 años. José Antonio fue diagnosticado con esclerosis lateral amiotrófica (ELA) en agosto de 2015; y decidió suicidarse delante de una cámara de video. Al morir expresó su indignidad por "tener que morir en la clandestinidad", reclamando la legalización del suicidio asistido y la eutanasia **(30)**. Unos años después, el 3 de abril de 2019 Ángel Hernández ayuda a su esposa María José Carrasco **(31)** a morir. María padecía esclerosis múltiple, estando prácticamente inmovilizada, con lo cual necesitaba de la ayuda de su esposo para poder realizar su suicidio. Ángel grabó todo el procedimiento, desde la declaración de voluntad de María y su toma de decisión, hasta el mismo suicidio asistido. Historias como las narradas, así como la de Madeliene de 69 años con esclerosis lateral amiotrófica cuando decía "quiero dejar de no vivir" **(32)** antes de poner fin a su vida, son algunos de los tantos testimonios que subyacen a la coyuntura social que pretende la regulación de la eutanasia y el suicidio asistido.

Ante un reclamo social cada vez más fuerte, se legaliza y regula la eutanasia en España en marzo de 2021, introduciéndose en el derecho español un nuevo derecho individual como es la eutanasia, comprendiéndose en la noción "prestación de ayuda para morir". De esta manera, España pretende respetar la autonomía de la voluntad de poner fin a la vida de quien está en una situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante, o de enfermedad grave e incurable, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables. Se distinguen dos conductas eutanásicas diferentes, conocidas en la literatura bioética como la eutanasia activa y directa y el suicidio asistido. En el suicidio asistido, es el propio paciente la persona que termina con su vida, para lo que precisa de la colaboración de un profesional sanitario que, de forma intencionada y con conocimiento, facilita los medios necesarios, incluido el asesoramiento sobre la sustancia y dosis necesarias de medicamentos, su prescripción o, incluso, su suministro con el fin de que el paciente se lo administre. En la eutanasia activa es la acción por la que un profesional sanitario pone fin a la vida de un paciente de manera deliberada y a petición de este, cuando se produce dentro de un contexto eutanásico por causa de padecimiento grave, crónico e imposibilitante o enfermedad grave e incurable, causantes de un sufrimiento intolerable.

En tal sentido, el texto normativo comprende en la noción "prestación de ayuda para morir", ambas denotaciones. Se establece en el art. 3º, apart. g) que se entiende por "prestación de ayuda para morir": la acción derivada de pro-

(29) "Mar adentro" es una película española biográfica-dramática de 2004 coescrita y dirigida por Alejandro Amenábar y protagonizada por Javier Bardem, Belén Rueda y Lola Dueñas. Se trata de una versión de "Condenado a vivir" de 2001 y está basada en la historia real de Ramón Sampedro, un escritor y exmarinero que queda tetrapléjico tras un accidente ocurrido durante su juventud y permanece postrado en una cama durante casi 30 años, situación por la que desea morir mediante la aplicación de la eutanasia. La película relata la lucha de Sampedro para lograr que la ley reconozca su derecho a morir. Resultó ganadora del Oscar a la Mejor Película Extranjera, entre otros numerosos premios.

(30) *https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20170406/enfermo-ela-difunde-suicidio-para-reclamar-aprobacion-eutanasia-5957734*, compulsado el 13/05/2021.

(31) *https://es-la.facebook.com/elmundo/videos/1040611946322597/*, compulsado el 13/05/2021.

(32) h*ttps://elpais.com/diario/2007/01/17/sociedad/1168988401_850215.html*, compulsado el 13/05/2021.

porcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en esta ley y que ha manifestado su deseo de morir. Dicha pretensión se puede producir en dos modalidades: 1ª) la administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente; 2ª) la prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda autoadministrar, para causar su propia muerte. De esta manera, se materializa el derecho de toda persona —en tanto cumpla con los requisitos previstos por la ley— de solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir.

La ley consta de cinco capítulos, el primero está destinado a delimitar su objeto y ámbito de aplicación, previendo las calificaciones o definiciones claves del texto normativo. En este sentido, la norma toma como criterio la definición de los conceptos que se entienden clave para poder efectivizar el derecho a la eutanasia. De modo tal, que la ley clarifica posibles dudas que se presentan en la interpretación literal ante la multivocidad de los vocablos. El capítulo segundo establece las condiciones y requisitos para que se pueda pedir la ayuda para morir y las condiciones de su ejercicio. Dentro de los requisitos para recibir la prestación para morir, que se trate de una persona con nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses, ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar y decidir, siempre que tal pedido lo realice de manera autónoma, consciente e informada; y que se encuentre en los supuestos previstos por ley de "*padecimiento grave, crónico e imposibilitante* **(33)** o *de enfermedad grave e incurable* **(34)** causantes de un sufrimiento físico o psíquico intolerables. De esta manera la ley amplifica las posibilidades de solicitar la eutanasia, ya que, la misma no solo será ante la presencia de una *enfermedad grave e incurable*, sino también ante los escenarios de *padecimiento grave, crónico e imposibilitante*, comprendiendo situaciones de limitaciones que inciden en la autonomía física y actividades de la vida diaria, que no permitan valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable.

La ley consagra el derecho a solicitar la *prestación de ayuda para morir* a toda persona mayor de edad y capaz, requiriéndose la decisión autónoma de la persona, plasmándose en la historia clínica la información recibida por el paciente y la comprensión de esta, así como su consentimiento informado. La ley posibilita también que la ayuda para morir sea instrumentada a través de directivas anticipadas o documentos de instrucciones previas, de modo tal que se puede anticipar el consentimiento ante supuestos de posible incompetencia. Además, la norma prevé que la eutanasia la realice un profesional de la salud, quedando fuera del texto de la ley la posibilidad de que ella sea realizada por otra persona.

La ley también prevé la *objeción de conciencia sanitaria*, definiéndolo como "un derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esta ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones". De esta manera, la ley propone puntos de encuentro y de equilibrio entre la autonomía de la voluntad de la persona de autodeterminarse y la libertad de los agentes sanitarios de poder abstenerse de tal práctica en virtud de su propia conciencia. Recordamos a Casado cuando nos hacía reflexio-

(33) Art. 3º, inc. b) "Padecimiento grave, crónico e imposibilitante": situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico.

(34) Art. 3º, inc. c) "Enfermedad grave e incurable": la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva.

nar en que "la conciencia es del individuo, no del hospital, y el médico puede tener una opinión muy distinta a la del paciente" **(35)**. De esta manera, se garantiza la prestación de la ayuda para morir, sin perjuicio de la posibilidad de objeción de conciencia del personal sanitario.

El capítulo tercero regula el procedimiento que se debe seguir para poder efectivizar el derecho a la eutanasia y las garantías que se deben observar en la aplicación de dicha prestación. El capítulo cuarto establece los elementos que permite garantizar a toda la ciudadanía el acceso en condiciones de igualdad a la prestación de ayuda para morir, incluyéndola en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y garantizando así su financiación pública, pero garantizando también su prestación en centros privados, o incluso en el mismo domicilio.

Finalmente, el capítulo quinto regula las Comisiones de Garantía y Evaluación que deberán crearse en todas las Comunidades Autónomas y en las Ciudades de Ceuta y Mellila a los fines de esta ley.

En suma, la ley española pretende dar respuesta a los diversos reclamos planteados en torno al derecho de morir, regulando de esta manera el derecho individual a la eutanasia, previéndose la accesibilidad en contextos de igualdad. El avance legislativo es notable, no obstante, desde nuestro criterio aún queda por legislar el derecho a morir en general, sin que quede limitada su posibilidad a contextos de enfermedad, visibilizando situaciones en las que la pretensión se da ante el cansancio de vivir.

III.2. Contextos diversos que plantean la autodeterminación al final de la vida

Recientemente, aconteció un supuesto fáctico en Colombia que nos hace repensar sobre nuevos alcances de la eutanasia o suicidio asistido ante supuestos donde la vida ya no sea tolerada. Es así que en la sentencia T-322 de 2017, la Corte estudió el caso de un adulto mayor de 91 años, que solicitó que se le practicara el procedimiento previsto en la res. 1216 de 2015, en razón de la soledad por la que atravesaba, aunada a su estado de salud. El señor de 91 años alega en su petición: "En el mes de julio de 2015 acudí al Hospital Universitario San José de esta ciudad, con el fin de que se me aplicara la eutanasia, primero me atendió un médico general y luego un psiquiatra de apellido Dulcey, pero este se negó a ordenar que me apliquen la eutanasia porque dice que no me encuentro bien mentalmente. Yo me encuentro afiliado a la Nueva EPS. Lo que pretendo con esta acción de tutela es que se acceda a aplicarme la eutanasia porque aunque me encuentre bien de la mente estoy solo, no puedo caminar bien, estoy próximo a quedar en silla de ruedas, no puedo hacer nada y no hay quien vele por mí. Se me está vulnerando mi derecho a morir dignamente porque yo he oído que la eutanasia se puede aplicar a enfermos que estén graves o cuando el paciente así lo solicite. (...) Vivo con una sobrina G. L. A., pero ella se ocupa de las cosas de la casa. (...) Los nombres de mis hijos son N. A. P., vive en barrio Guayabal de esta ciudad, (...) A. A. M., vive en Bogotá, C. P. A. Pino, vive por el terminal de esta ciudad, (...) y S. M. A. G., ella es enferma, vive en el barrio los Comuneros de esta ciudad (...). Lo que necesito es que se me aplique la eutanasia sin lugar a negativas por parte de la entidad accionada. Es todo".

La petición fue denegada, considerándose que este supuesto no estaba incluido en la resolución mencionada negándose el derecho del accionante a morir dignamente y concedió el amparo del derecho a la vida digna. La sentencia observa que "Las particularidades del caso obligan a la Corte a reparar en ellas. Se trata de un hombre de la tercera edad, quien a pesar de tener varios hijos, biológicos y de crianza, se encuentra inicialmente en una situación dramática, en un estado de indefensión y soledad tan extremo, que pide verbalmente le sea terminada su vida con el fin de acabar un sufrimiento que lo aqueja. También es el caso de un hombre con una pensión modesta, devengada como fruto de su trabajo, que es un instrumento de protección para sobrellevar la vejez, pero también ha generado conflictos en su familia, poniéndolo a él en medio de la polémica. Por eso, el deseo de morir dignamente que expresó Reinaldo Anacona Gómez en su solicitud verbal inicial no parece

(35) CASADO, María, "Una futura ley de eutanasia debe garantizar la objeción de conciencia", disponible en *http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/mc45.pdf*.

para la Sala ser otra cosa que un deseo profundo de vivir dignamente, tanto así, que al pronunciarse en voz alta se confunde, diciendo, prácticamente, que la vida que vivía el accionante, al momento de presentar su solicitud, no merecía a su juicio ser vivida". Se concluye que Sr. Reinaldo Anacona Gómez se encontraba en una situación dramática, que se puede mejorar con la actuación solidaria de su familia y las instituciones competentes para asegurar el goce efectivo de sus derechos.

Recordamos también el caso de Alda Gross de 82 años de edad, el cual de alguna manera revive el planteo de Hass contra Suiza **(36)**. Desde hacía un tiempo y sin encontrarse afectado por una enfermedad terminal o crónica, venía expresando su deseo de suicidarse, porque con el paso del tiempo se está volviendo cada vez más frágil, y no está dispuesta a seguir sufriendo el declive de sus facultades físicas y mentales. En el año 2005 tras un fallido intento de suicidio, la demandante recibió tratamiento psiquiátrico, tratamiento que no modificó su deseo de morir. Temía las consecuencias de otro intento fallido de suicidio, y decidió poner fin a su vida tomando una dosis letal de pentobarbital sódico.

Alda Gross solicitó a diferentes médicos la receta médica de pentobarbital sódico con el objeto de suicidarse, pero solo uno de los médicos aceptó facilitarle la receta siempre que le garantizase que no sufriría una sanción por emitir la receta médica. Ello obligó a Alda Gross a elevar su petición de pentobarbital sódico al Consejo de Salud del Cantón de Zúrich, que la denegó aduciendo que ni la Constitución Suiza, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos obligan al Estado a facilitar medios a quien desea suicidarse. Alda Gross impugnó la negativa y el caso terminó en el Tribunal Supremo de Suiza, quien manifestó que el Código Penal de Suiza exime de responsabilidad al médico que auxilia al suicidio de un paciente que padece una enfermedad terminal con el fin de aliviar el sufrimiento, pero que en el supuesto de no padecer enfermedad terminal no exime al médico de responsabilidad, por lo que desestimó la petición de Alda Gross **(37)**.

Ante esta situación, Gross acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), órgano que pronuncia su sentencia el 14 de mayo de 2013. Si bien, no decide sobre la cuestión de fondo, por considerar que es competencia de Suiza decidir si se debe proporcionar a la mujer el fármaco que necesita para suicidarse, insta al Estado suizo a legislar directrices claras y completas sobre el suicidio asistido, en la medida en que la actual regulación no establece pautas sobre quién, cómo y cuándo puede recurrir al suicidio asistido.

Esta sentencia trasciende la interpretación proyectada en la sentencia dictada el 20 de enero de 2011 en el caso Hass contra Suiza, puesto que además, de considerar que el derecho de una persona a decidir de qué forma y en qué momento debe terminar con su vida, siempre que esté en condiciones de forjar libremente su voluntad y actuar en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del art. 8º, CEDH, observa que el deseo de la demandante de disponer de una dosis de pentobarbital sódico que le permitiera acabar con su vida entra dentro del ámbito de su derecho al respeto a su vida privada, previsto en el art. 8º del Convenio.

Razona que "sin negar el principio de santidad de la vida protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal ha considerado que en una era de continuos avances médicos y de mayor expectativa de vida, muchas personas consideran que no se les debe forzar a prolongar la vejez o a vivir en estados de decrepitud física o mental avanzada, que entran en conflicto con las nociones dominantes de la autonomía y la identidad personal". En suma, en esta Sentencia se sitúa la autonomía personal por encima del respeto y protección por el Estado de la vida, y, por ende, se admite el derecho de una persona que ha forjado libremente su decisión de suicidarse a ser auxiliada para concretarlo, aun

(36) "Caso Haas vs. Suiza". Sentencia de 20 de enero de 2011, TEDH/2011/12.

(37) BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el suicidio asistido: cambio sustancial de postura en su sentencia de 14 de mayo de 2013", BIB 2013\1975, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5/2013 parte tribuna, Pamplona, 2013.

cuando no padezca una enfermedad terminal. Aquí radica el cambio sustancial de criterio del TEDH **(38)**.

Partiendo de esta premisa, hace notar que si bien Suiza no tiene debidamente regulado por ley el suicidio asistido. El TEDH entiende que la falta de normas legales precisas viola el derecho de Alda Gross a la vida privada que le garantiza el art. 8º del CEDH, lo que le ha producido una angustia considerable que resulta inaceptable. En fin, entiende el TEDH que si el suicidio asistido es lícito, hay que garantizarlo regulándolo convenientemente en el sentido de precisar en qué casos los médicos deben aceptar la petición de una persona de que se le facilite un fármaco para suicidarse y cuando las personas tienen derecho a hacer esta solicitud **(39)**.

La creciente autonomía de la voluntad da muestra de sus alcances, visibilizándose la posibilidad de decidir no solo ante situaciones de enfermedad, sino también ante el deseo de ya no continuar con la vida. En este sentido, fue noticia que un científico australiano de 104 años viajó a Suiza para solicitar el suicidio asistido. No padece ninguna enfermedad en fase terminal, pero argumenta que su calidad de vida se ha deteriorado. David Goodall expresó: "No soy feliz. Quiero morirme. No es particularmente triste", explicó a la cadena de televisión australiana *ABC* el día de su cumpleaños, a principios de abril. "Lo que es triste es que me lo impidan. Mi sentimiento es que una persona mayor como yo debe beneficiarse de sus plenos derechos de ciudadano, incluido el derecho al suicidio asistido", añadió **(40)**. En sus últimas horas Goodall estuvo acompañado por sus hijos y sus nietos, escuchó la novena sinfonía de Beethoven, el Himno de la Alegría, antes de girar él mismo el mecanismo de la inyección letal de nembutal que acabó con su vida. La noche previa a su muerte, Goodall expresó ante los medios de comunicación que esperaba que su "partida" haga que las cosas cambien en su país y se permita que las personas mayores puedan decidir cuándo y dónde desean morir **(41)**.

En suma, pensar desde la complejidad, nos hace contemplar que "la vida es una totalidad abierta, inacabada e incompleta, que se diferencia de manera diferente en cada una de sus afirmaciones. No hay un devenir homogéneo atravesando las cosas, la vida es diferente en cada una de sus expresiones, las diferencias difieren entre sí. Lo que en la vida se repite incesantemente no es lo mismo, sino lo otro: el poder diferenciante de una vida perpetuamente diferente" **(42)**.

IV. Primeras conclusiones de cierre

Las nuevas oportunidades que presenta la ciencia en la intervención de la vida humana visibilizan los dilemas bioéticos en el inicio, durante el devenir como en el ocaso de la existencia. Frente a esta nueva realidad, urge la necesidad de reflexionar sobre los posibles límites al avance científico en la atención del paciente, ya que, no siempre todo lo posible es lo deseable en términos de dignidad.

Además, se presentan escenarios en los que las personas desean decidir el momento y la modalidad de muerte que aspiran para sus biografías. La autonomía de la voluntad y su actualización nos interpelan como operadores jurídicos a proponer captaciones normativas que permitan la eutanasia, debiéndonos una adecuada regulación legal **(43)**.

(38) *Ibid*., p. 2.

(39) *Ibid*., p. 3.

(40) "El científico australiano David Goodall se suicida asistido en una clínica suiza", disponible en *https://elpais.com/internacional/2018/05/10/actualidad/1525949833_715167.html* (compulsado noviembre 2020); "Muere David Goodall, el científico australiano de 104 años que viajó a Suiza para someterse a un suicidio asistido", disponible en *https://www.bbc.com/mundo/noticias-44067941* (compulsado noviembre de 2020).

(41) "Muere el científico australiano de 104 años que viajó a Suiza para su suicidio asistido", disponible *https://www.rtve.es/noticias/20180510/se-suicida-cientifico-australiano-104-anos-viajo-suiza/1731133.shtml*.

(42) GIORGI, Gabriel – RODRÍGUEZ, Fermín (comps.), "Ensayos sobre biopolítica. Excesos de vida", *Espacios del Saber*, 67, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2007, p. 22.

(43) "La eutanasia debe tratarse como una cuestión de respeto a la autonomía de las personas" (Observatorio de Bioética y Derecho [España]); "no poder decidir la muerte de acuerdo con las convicciones propias equivale a renunciar a un aspecto importante de la dignidad humana" (Comité de Bioética de Cataluña).

El reconocimiento de la subjetividad en la posmodernidad nos insta como constructores jurídicos a crear respuestas normativas que admitan las prácticas eutanásicas, de manera similar a como ha sucedido en algunas legislaciones del derecho comparado **(44)**. Creemos que existe un derecho a morir basado en el derecho de las personas a tomar sus propias decisiones de forma libre en asuntos que afectan su dignidad personal y su autonomía **(45)**, como una proyección del derecho a hacer la vida en contextos de libertad. La muerte forma parte de la vida, constituyendo ella el acto final de cada biografía humana, por tanto el principio que consagra la vida digna subsume la dignidad en el proceso de muerte **(46)**.

(44) Australia, Holanda, Bélgica, Luxemburgo.

(45) Dworkin y Rawls presentaron ante el Tribunal Supremo de EE. UU., en los casos "Washington vs. Glucksberg (1997) y "Vacco vs. Quill" (1997) un documento denominado Brief: "Existe un derecho constitucional a morir basado en el derecho reconocido en la Constitución de las personas a tomar sus propias decisiones de forma libre en asuntos que afectan a su dignidad personal y autonomía".

(46) La ley 2/2010 de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte, de Andalucía, visibiliza las intersecciones que existen entre la vida digna y la muerte en contextos de dignidad, previendo que "Todos los seres humanos aspiran a vivir dignamente. El ordenamiento jurídico trata de concretar y simultáneamente proteger esta aspiración. Pero la muerte también forma parte de la vida. Morir constituye el acto final de la biografía personal de cada ser humano y no puede ser separada de aquella como algo distinto. Por tanto, el imperativo de la vida digna alcanza también a la muerte. Una vida digna requiere una muerte digna. El derecho a una vida humana digna no se puede truncar con una muerte indigna. El ordenamiento jurídico está, por tanto, llamado también a concretar y proteger este ideal de la muerte digna".

Las familias transnacionales: acuerdos sobre relocalización internacional y su ejecutabilidad

Patricia Kuyumdjian de Williams (*)

Sonia Rocío Gómez Guerrero (**)

Sumario: I. Introducción. El avance de la autonomía de la voluntad.— II. Acuerdos en temas de familia transfronterizos que involucran niñas, niños y adolescentes (NNA).— III. Acuerdos parentales de relocalización internacional. Sus beneficios.— IV. Acuerdos sobre relocalización internacional temporales o definitivos. Sus desafíos.— V. Incumplimiento del retorno. Retención ilícita.— VI. Incumplimiento de los regímenes de comunicación transfronterizos. Convenios internacionales y Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya.— VII. Normativas europeas para la ejecutabilidad de los acuerdos.— VIII. Conclusiones del taller AIJUDEFA sobre eficacia acuerdos de relocalización.— IX. Conclusiones finales.

I. Introducción. El avance de la autonomía de la voluntad

En nuestros días resulta claro el avance de la autonomía de la voluntad en los temas de derecho de familia.

Podemos considerar que la autonomía se identifica con la libertad. Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana" **(1)**.

Actualmente se habla de la "contractualización de la familia", que implica otorgar relevancia cada vez mayor a los acuerdos de voluntad en la organización de las relaciones familiares y comprende todo tipo de acuerdos, aun aquellos que no tienen relevancia económica. En los últimos años ha habido un gran avance hacia la ampliación de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia y ello se vio reflejado en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, deben analizarse con sumo cuidado los acuerdos entre progenitores que invo-

(*) Abogada especialista en Derecho de Familia (Universidad de Buenos Aires); profesora adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones en la Universidad del Salvador; exprofesora adjunta de Bioderecho en la Universidad Católica Argentina; exprofesora adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Miembro fundador y vicepresidenta de la Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia (AIJUDEFA) y miembro de International Academy of Family Lawyers (IAFL) y de la Asociación de Profesionales contra la Sustracción Internacional de Menores (ASIME).

(**) Abogada especializada en Familia, Infancia Juventud y Vejez (Universidad del Rosario, Bogotá); magíster en Asesoría Familiar (Universidad de la Sabana); experta en temas de conflictos parentales internacionales; socia de la Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia (AIJUDEFA).

(1) Corte IDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo vs. Costa Rica", *https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId*.

lucren el cambio de la residencia habitual a otro país de sus hijos menores de 18 años; ya que ello implica la relocalización internacional de niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNA). Evaluar la validez nacional e internacional y la ejecutividad de dichos acuerdos es el tema que pretende abarcar el presente artículo.

II. Acuerdos en temas de familia transfronterizos que involucran niñas, niños y adolescentes (NNA)

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

Durante las últimas décadas, el número de familias que se movilizan entre distintos países se ha incrementado por diversas razones: unos optan por la educación superior en programas de universidades extranjeras como medio de formación e intercambio de contactos y profesionales. Otros, junto con sus familias, han migrado por traslados u oportunidades laborales, muchas veces por la expatriación de trabajadores de empresas multinacionales.

En todos los casos existe la posibilidad de conformar nuevos hogares familiares entre estos países de manera temporal o permanente. Pero en casos de separación de la pareja, los hijos quedan expuestos a la decisión de fijar su residencia según lo determinen sus progenitores.

Muchas veces uno de los progenitores desea retornar a su país de origen al momento de la separación. Pero la situación se torna más compleja cuando, en la ruptura de la pareja, hay hijos menores de edad a quienes se les debe garantizar el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella. Esto obliga a sus progenitores a establecer acuerdos para que los hijos puedan radicarse en un país o en el otro, siempre garantizando los tiempos de convivencia con el otro progenitor.

Nos preguntamos: ¿cuál es la validez y la ejecutividad de estos acuerdos en el ámbito internacional?

III. Acuerdos parentales de relocalización internacional. Sus beneficios

No existen dudas sobre los beneficios que aportan los métodos alternativos de resolución de conflictos en el derecho en general y, en especial, en el derecho de familia. No solo para dar una solución al exceso de trabajo en materia judicial, sino especialmente por la pacificación que ello acarrea a las familias involucradas y porque pone en manos de los propios actores encontrar las mejores alternativas para ellos y sus hijos.

Los involucrados en el conflicto no han de perseguir una victoria sobre el otro (o los otros), como ocurre en los medios heterocompositivos de resolución de controversias (litigios judiciales, arbitraje); al contrario, deben participar en la elaboración de un acuerdo en el que todos ganen. Esta cultura de pacto coadyuva a la reducción de la intensidad del conflicto y favorece la conservación de las relaciones familiares y personales" **(2)**.

Esta filosofía permite el nacimiento de los acuerdos parentales, los cuales deben garantizar la protección de los derechos de los hijos entre ambos países tras la separación o divorcio. Estos acuerdos deben ser suscritos de acuerdo con cada situación en particular y pueden tener un orden temporal o permanente: temporal si los progenitores convienen el motivo y el lapso de tiempo que perdurará la estadía en el país de destino; y permanente si su finalidad es permitir que los hijos residan en otro país de manera indefinida.

Los acuerdos parentales contienen la voluntad expresa de los progenitores respecto de los

(2) OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, "El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de menores", en ALDECOA LUZÁRRAGA, F. –FORNER DELAYGUA, J. J. (dirs.) – GONZÁLEZ BOU, E. –GONZÁLEZ VIADA, N. (coords.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Jornadas en conmemoración del 50º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20º aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, ps. 367-384. *https://www.academia.edu/2447221/El_empleo_de_la_mediaci%C3%B3n_en_situaciones_de_secuestro_internacional_de_menores.*

deberes y las obligaciones para con sus hijos menores de edad. En el caso de los permisos de salida del país con padres separados, estos acuerdos comprenden el ejercicio de la custodia y cuidado personal, el régimen de comunicación y convivencia con el progenitor con quien no convive el hijo, los traslados, la cuota alimentaria, entre otros.

IV. Acuerdos sobre relocalización internacional temporales o definitivos. Sus desafíos

Los acuerdos parentales sobre la relocalización internacional de NNA pueden otorgarse por un tiempo determinado al cual le llamaremos traslado temporal o sin límite temporal o relocalización definitiva.

Para los casos en los que un progenitor otorga un permiso para *traslado temporal* de un menor de edad hacia otro país, los progenitores determinarán de manera explícita el término y las circunstancias sobre las cuales se otorga este permiso. Es el caso de las familias separadas en las que uno de los progenitores decide trasladarse con su NNA a otro país con el fin de realizar estudios de posgrado, por un traslado laboral en un tiempo determinado o por razones de salud de la familia de origen, entre otros. En estos casos, los progenitores pueden acordar el traslado de su hijo(a) y convenir que, vencido el plazo estipulado, que podría ser de unos meses o varios años, retornará al país de origen.

Nos referimos a las *relocalizaciones definitivas* en aquellos casos en los cuales un progenitor otorga un permiso para que el otro progenitor traslade su residencia de manera permanente junto con sus hijos hacia otro país.

Los grandes desafíos que viven estas familias trasnacionales generalmente tienen que ver con el cumplimiento al régimen de comunicación con el otro progenitor que se encuentra en el país de origen; ya sea de manera virtual o presencial; los tiempos de convivencia durante los periodos de vacaciones; las condiciones y costos de viajes y traslados de los hijos; la fijación de cuotas alimentarias, entre otros.

En el caso de *acuerdos temporales de relocalización* internacional a todos esos posibles desacuerdos, debe sumarse la posible negativa de una de las partes a retornar con el hijo al vencimiento del plazo.

Por ello veremos dos clases de incumplimientos de estos acuerdos:

a) Incumplimiento de los regímenes de comunicación y/o convivencias pactados.

b) Incumplimiento al retorno del NNA al país de origen una vez vencido el plazo y/o la condición que dio origen al acuerdo de relocalización temporal.

V. Incumplimiento del retorno. Retención ilícita

Las razones esgrimidas para justificar la decisión de un progenitor de oponerse al retorno del NNA al país de origen al vencer el plazo estipulado en el convenio pueden ser: cuando el NNA ha generado un nuevo centro de vida y no desea retornar al país de origen; cuando ha transcurrido un tiempo suficiente para generar un arraigo familiar en el país de tránsito; cuando las desavenencias entre los progenitores hacen que no se cumpla con el acuerdo original firmado; cuando los progenitores deciden cambiar las reglas establecidas inicialmente y otras diversas circunstancias que no permiten el retorno acordado.

Estas situaciones pueden poner en riesgo el retorno de los hijos al país de origen, debiendo determinarse si se configura o no una retención ilícita. En tal situación, el progenitor afectado pretenderá hacer valer el acuerdo, y es aquí donde cobra gran importancia haber evaluado su ejecutividad en el país de destino al momento de la realización del acuerdo y no al momento de los incumplimientos.

Es muy importante reconocer que el paso del tiempo es una variable muy importante en la vida de un NNA. Y en este orden de ideas la ejecutividad del acuerdo temporal podrá ponerse en riesgo de un Estado a otro. Es decir, que entra en juego su eficacia extraterritorial dado que en algunos Estados puede ser negado el retorno, atendiendo a los derechos que el NNA ha adquirido en su condición de desarrollo y arraigo.

Algunos interrogantes que se nos plantean al elaborar acuerdos para una relocalización in-

ternacional temporal podrían ser: ¿el acuerdo privado firmado entre los progenitores permite hacer efectivo el retorno en caso de incumplimiento por parte del otro progenitor? ¿A qué autoridad se debe acudir en caso de incumplimiento del acuerdo? ¿Quién es el profesional idóneo para asesorar la elaboración de estos acuerdos?

Frente al incumplimiento en el retorno entraría en juego el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores **(3)** y/o la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores **(4)**.

Y aquí se deberá evaluar qué tendrá más fuerza en el Estado de destino: si el acuerdo de los progenitores y su cumplimiento o el trascurso del tiempo que habrá generado una nueva residencia habitual, de modo que la jurisdicción se habrá desplazado al país donde se encuentra el NNA.

En este último supuesto no podrá iniciarse una acción de restitución internacional en el marco de la Convención de La Haya y deberá optarse por un pedido de relocalización. Esta es la realidad jurídica que se presenta, por ejemplo, en Inglaterra y Gales.

No se puede desconocer que estamos ante hechos variables, el desarrollo de los hijos, las circunstancias familiares, los acontecimientos que transforman a las familias y a las personas, entre otros, y todo ello puede tener gran trascendencia a la hora del cumplimiento por parte de una autoridad judicial de los acuerdos realizados por los progenitores que impactan en forma directa y transcendental en la vida de sus hijos.

VI. Incumplimiento de los regímenes de comunicación transfronterizos. Convenios internacionales y Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya

Existen dos convenios internacionales que resultan esenciales para proteger el cumplimiento de los regímenes de comunicación transfronterizos:

1. El Convenio de La Haya de 25/10/1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, el cual en su art. 21 protege el derecho a mantener un contacto transfronterizo **(5)**.

2. El Convenio de La Haya de 19/10/1996 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. Este convenio lamentablemente no está vigente en la Argentina **(6)**.

Asimismo, la Conferencia de La Haya publicó una Guía de Buenas Prácticas referidas al "Contacto transfronterizo relativo a los niños" **(7)** que resulta muy útil a la hora de la ejecución frente a los incumplimientos. Esta guía, a pesar de no ser vinculante (*softlaw*) para los Estados, complementa el Convenio de 1980. Ella ofrece orientación para su aplicación y proporciona un modelo o patrón general para construir un sistema internacional de cooperación diseñado con vistas a asegurar el respeto efectivo del derecho a mantener el contacto.

La guía tiene por objeto que los términos y las condiciones del acuerdo o sentencia sean respetados al máximo en el país de destino. Para ello recomienda buscar su reconocimiento anticipado. Asimismo propone que, cuando se trata de una sentencia, debería poder solicitarse una decisión en el país de destino que refleje a modo de espejo las disposiciones relativas al contacto establecidas por el juez que haya dictado la relocalización. Para ello son muy útiles las decisiones espejo y comunicaciones judiciales directas, ambas previstas especialmente por el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 2612 **(8)**.

(3) *https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24.*

(4) *https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html.*

(5) *https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24.*

(6) *https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70.*

(7) *https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf.*

(8) Cód. Civ. y Com., art. 2612: "Asistencia procesal internacional. Sin perjuicio de las obligaciones asumi-

La conferencia de La Haya detectó que las principales deficiencias se presentan como consecuencia de la ausencia de normas uniformes, que determinen la competencia de las autoridades en casos internacionales, cuando deben emitir o modificar decisiones de contacto y elaborar disposiciones adecuadas para el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras o acuerdos en materia de derecho de comunicación **(9)**.

Asimismo, recalcó la vigencia en algunos países de procedimientos, tanto en la fase previa al juicio como en la fase de ejecución, que no son sensibles a las necesidades específicas de los casos internacionales y provocan demoras y gastos innecesarios **(10)**. Esto ocurre en muchísimos casos en la Argentina, ya que este tipo de procesos pueden durar años y el progenitor que ha perdido el contacto con su hijo y vive en el extranjero siente que no se lo protege, ni se lo entiende. Y no debemos perder de vista que el más perjudicado es el NNA, a quien no se le respeta su derecho constitucional a tener contacto con ambos progenitores, presente en los arts. 9º y 10 de la Convención Derechos del Niño **(11)**.

das por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso. Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida".

(9) *https://assets.hcch.net/docs/230b60d3-0418-4cc0-a2f1-fdcb6add9605.pdf.*

(10) *Ibid.*

(11) CDN, art. 9º, apart. 3º: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

Art. 10, apart. 2º: "El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres" (*https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf*).

VII. Normativas europeas para la ejecutabilidad de los acuerdos

Existen algunas normativas internacionales que tratan la ejecutabilidad de los acuerdos en general y que son de aplicación al tema que nos convoca.

Luciana Scotti explica que en el ámbito de "la Unión Europea (UE) (1 3), el contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, sobre la base del regl. 1215/2012, de 12/12/2012 (Bruselas I bis)". Agrega que es necesario que el acuerdo conste en escritura pública, a fin de que la parte interesada pueda ejecutarlo en otro Estado miembro de la Unión Europea, sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva. Solo deberá acompañar una copia de la escritura y un certificado según el modelo de formulario (anexo II del regl. 1215/2012) **(12)**.

Sin embargo, a partir del 22 de agosto de 2022 regirá un nuevo reglamento de la Unión Europea 2019/1111, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como sobre sustracción internacional de menores del 25 de junio de 2019; que sustituirá al regl. 2201/2003.

El art. 65 del nuevo reglamento establece expresamente que el reconocimiento y la ejecución de los documentos públicos y de los acuerdos en materia de responsabilidad parental que tengan efecto jurídico vinculante y tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, se reconocerán y ejecutarán en otros Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de fuerza ejecutiva.

Por su parte la directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles incluye como supuestos para acudir a mediación:

(12) SCOTTI, Luciana B., "Los acuerdos familiares respecto a los niños y su eficacia extraterritorial", DFyP 2020 (junio), 52, AR/DOC/1642/2020.

a) cuando el otro progenitor desea trasladar su domicilio y el del menor al extranjero, y desea invitarlo a organizar el régimen de visitas por vía pacífica; y

b) cuando quien acude al mediador pretende mudarse al extranjero con el menor pero teme que el otro progenitor le denuncie por la sustracción del menor o menores.

Por lo tanto podríamos concluir que estos acuerdos tendrían validez entre los países de la UE en la medida que se hicieran en el marco de una mediación y/o por instrumento público.

VIII. Conclusiones del taller AIJUDEFA sobre eficacia acuerdos de relocalización (13)

El 31 de marzo 2021 en el marco de un taller organizado virtualmente por AIJUDEFA se arribó a las siguientes conclusiones **(14)**:

1. En los países del *common law* los acuerdos de relocalización temporales no tendrían validez, ya que una vez transcurrido un determinado tiempo en dichos países el cambio de jurisdicción sería automático y el arraigo de los NNA sería relevante. No existe la posibilidad de homologar dichos acuerdos.

2. En cambio, en la generalidad de los países latinoamericanos y en Rusia, la elaboración previa de un documento privado que reúna todas las condiciones necesarias y los plazos de vigencia para la relocalización temporal de un NNA en un país diferente a su país de origen, podría tener fuerza vinculante en el país de destino. Sería recomendable solicitar su homologación en el país de destino.

3. Para la elaboración del convenio parental se recomienda realizar una consulta previa con abogados especializados en el país de destino. Ello para evitar que pueda quedar sin el efecto esperado una vez se requiera su ejecución.

4. En caso de no poder lograrse una homologación del acuerdo, deben preverse otras vías que refuercen la intención real y efectiva de los progenitores en el ejercicio de la responsabilidad parental de sus hijos.

IX. Conclusiones finales

Creemos que resulta muy importante fortalecer los acuerdos de relocalización realizados por los progenitores y para ello es necesario asegurar su validez y fuerza ejecutiva.

La vulneración de los acuerdos que involucran a las familias transfronterizas deriva, en general, en la obstrucción de los vínculos paternofiliales, generando enormes costos emocionales, económicos y judiciales, que afectan la vida de los hijos de manera irreparable.

Bregar por estos acuerdos es una forma de prevenir la sustracción internacional de niñas, niños y adolescentes, realizada por uno de sus propios progenitores, a través de traslados o retenciones ilícitas.

Es por ello que proponemos algunas *recomendaciones* para que ellos puedan construir acuerdos que les permitan modificar la residencia de sus hijos a otros países:

1. Establecer claramente los efectos y las consecuencias que este permiso de cambio de lugar de residencia tendrá en la vida de su hijo(a).

(13) Asociación Internacional de Juristas de derecho de familia, *www.aijudefa.com*.

(14) Conclusiones del taller virtual teórico-práctico sobre relocalización internacional temporal de menores organizado por la Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia (AIJUDEFA), "Seguridad del retorno entre los acuerdos y los efectos del arraigo en los niños, niñas y adolescentes en familias transfronterizas", con la participación de expertos de 15 países, entre ellos Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Estados Unidos, Francia, El Salvador, España, México, República Dominicana, Rusia, Reino Unido, Paraguay y Uruguay, 31/03/2021. Sonia Rocío Gómez Guerrero de Colombia planteó un caso de la vida real, a fin de analizar la validez de los acuerdos de relocalización temporario firmados entre progenitores para la reubicación de las familias con hijos menores de edad en el extranjero por unos años, y su viabilidad para hacer efectivo el retorno de los NNA a su país de origen al finalizar el periodo acordado y frente al desacuerdo posterior entre sus progenitores. Expusieron Caroline Harnois, de Canadá, Isabel Winkel, de España, Susana López Maneglia, de Paraguay, y Sarah Lucy Cooper, de Inglaterra y Gales. También hubo aportes de los distintos participantes al taller como Svetlana García, de Rusia, Juan Francisco Zarricueta, de Chile, Victoria Granillo Ocampo, de Argentina, y Michelle Perezfuentes, de República Dominicana. Todos ellos coordinados por Patricia Kuyumdjian, de Argentina. *https://www.aijudefa.com/taller-relocalizacion.*

2. Asesorarse sobre las normativas nacionales e internacionales vigentes en el país de destino, donde se va a relocalizar la familia o el progenitor con los hijos.

3. Procurar, en el país de destino, la homologación del acuerdo o buscar una alternativa que brinde garantía de validez a dicho acuerdo firmado en el país de origen.

4. Establecer acuerdos que se puedan cumplir para evitar desavenencias.

5. Mediar desacuerdos para evitar daños en la comunicación y en su cumplimiento.

La fraternidad en la adopción: herramientas para garantizar los vínculos afectivos

Silvana Ballarin (*)

Claudia E. Portillo (**)

Sumario: I. A modo de introducción.— II. Derecho a la fraternidad.— III. Acciones que favorecen la preservación de los vínculos fraternos cuando el grupo de hermanos no ha podido permanecer en la misma familia.— IV. Las fraternidades que construye la adopción a partir del parentesco socioafectivo: hermanas y hermanos adoptivos.— V. Adopción y fraternidades en contextos de pluriparentalidad.— VI. Palabras finales.

I. A modo de introducción

La adopción es un instituto protectorio de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) tendiente a garantizar su derecho a vivir en familia. Para que puedan gozar de este, el Estado asume varios deberes y obligaciones, entre ellos, emprender un proceso de búsqueda de adultos/as con el deseo de prohijar por adopción que, además, demuestren capacidad parental adoptiva. Ello, claro está, luego de haber agotado todos los recursos que están a su alcance en pos de que ese NNA permanezca con su familia de origen **(1)** y siempre con una mirada democrática e igualitaria de las diversas formas de organización familiar **(2)**.

Para ello, distintas normas se encargan de establecer procedimientos que se llevarán a cabo en distintos ámbitos. Algunos en el marco de

(*) Doctora en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de La Plata); profesora extraordinaria consulta de la Facultad de Derecho (UNMDP); investigadora categorizada CONEAU, directora del Grupo de Investigación Familia, Tiempo y Derecho, UNMDP; jueza de Familia 2002-2016.

(**) Abogada; magíster en Relaciones Internacionales (UNLP); especialista en Derecho de Familia (UCALP); profesora titular de Derecho Internacional Público (cátedra I) de la UCALP y docente invitada en diferentes posgrados; prosecretaria de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

(1) Al respecto, la Corte IDH en la OC 17/02, párr. 71 dijo: "El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además, está expresamente reconocido por los arts. 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia". Ver también KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa, "Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción", en comentario a fallo CApel. Trelew, sala A, 08/07/2011, "C. L., C. E.", *Sup. Const.* 11/2011, LA LEY 2011-F, 225, AR/DOC/4838/2011.

(2) Tal como lo sostiene Carla VILLALTA en "La adopción de niños desde una perspectiva antropológica: herramientas analísticas y límites conceptuales", RDF, nro. 83, con cita a ZONABEND, Françoise, "el parentesco, aunque tenga en cuenta los condicionamientos biológicos de la concepción y la procreación, se presenta en todas partes como un hecho esencialmente social, objeto de manipulaciones y elecciones de orden simbólico". En tal sentido, desde la antropología se sostiene que "no hay nada de natural en las formas en que las diferentes sociedades, pueblos y grupos sociales organizan sus sistemas de parentesco, definen quien es o no pariente, conforman familias, establecen derechos y obligaciones".

la función administrativa, como los que tienen que ver con las intervenciones que respecto de los NNA llevan a cabo los servicios de protección de derechos —dependientes de los municipios y de los poderes ejecutivos provinciales—, y otros, como los que implementan los registros de adoptantes en pos de inscribir aspirantes a ser padres o madres por adopción. Por su parte, procedimientos dados en el marco de la función jurisdiccional, típica del Poder Judicial, tendrán por objeto viabilizar el control de legalidad de la medida de abrigo, analizar y disponer la declaración de situación de adoptabilidad, seleccionar postulantes a restituir el derecho a vivir en familia, vincularlos con esos NNA, disponer una guarda con fines de adopción y, finalmente, la adopción.

Todos —órganos administrativos y judiciales—, asumen así la condición de garantes de los derechos de las y los NNA desde la perspectiva de derechos humanos y desde un derecho de familias con base constitucional y convencional que debe procurarles y asegurarles una protección especial y reforzada **(3)**, presuponiendo la debida y oportuna articulación e interrelación de los efectores del sistema.

En el contexto descripto, nos abocaremos al análisis de los aspectos que hacen a uno de los principios que rigen la adopción, relativo a la preservación de los vínculos fraternos, cuestión en la que la actividad estatal pareciera no haber ahondado demasiado. En tal sentido, si bien el reconocimiento del derecho a la fraternidad ha comenzado a plasmarse cada vez con más frecuencia en las sentencias de adopción, la actividad estatal en pos de preservar este derecho pareciera culminar allí. La pregunta que nos hacemos entonces es: ¿hay herramientas para garantizar la eficacia del derecho a la fraternidad en el marco de procesos de adopción?

Para responder a este interrogante abordaremos desde lo conceptual el derecho a la fraternidad, ahondando, particularmente, en lo que hace a la intervención del Estado (o falta de esta) antes, durante y luego del dictado de una sentencia de adopción que dispone la subsistencia de vínculo jurídico entre hermanos/as. Así, enunciaremos las acciones que entendemos que pueden coadyuvar a la preservación de los lazos fraternos de aquellos grupos de hermanos que pasan a convivir en diferentes familias o dispositivos de alojamiento, abordando además, las fraternidades que se construyen a partir del parentesco socioafectivo entre aquellos que se constituyen en hermanos/as adoptivos. Finalmente, en el apart. V, nos dedicaremos a la adopción y las fraternidades en contextos de pluriparentalidad.

II. Derecho a la fraternidad

El art. 595 del Cód. Civ. y Com. enuncia los principios **(4)** que rigen la adopción como instituto protectorio de NNA **(5)**, compendiando así los resultantes del desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los últimos veinte años y los estándares vigentes en la materia visibilizados, especialmente, por la actividad del Comité de los Derechos del Niño y la Corte IDH en el marco de lo establecido en la OC 17/2002 y el caso "Fornerón vs. Argentina" **(6)**. Todos estos deben nutrir y sostener cada una de las decisiones y prácticas que lleven a la adopción de un NNA.

(3) Los NNA son sujetos de derecho y tienen, además de los derechos reconocidos a todas las personas, un plus de ellos en razón de las particulares necesidades del grupo etario, cuyo núcleo duro en el ámbito interamericano ha sido denominado como corpus iuris internacional de protección de la infancia —conf. Corte IDH, 19/11/1999, "Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", Fondo, párr. 194. La Convención sobre los Derechos del Niño, firmada en el año 1989 e incluida entre los instrumentos internacionales que integran el llamado bloque de constitucionalidad federal, conforme lo establece el art. 75, inc. 22, CN.

(4) Estos son: interés superior del niño, respeto por el derecho a la identidad, agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, derecho del NNA a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

(5) Cabe tener presente que para determinar su situación de adoptabilidad, tal como la Corte IDH lo dijo en el caso "Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala", del 09/03/2018, párr. 216, debe ser evaluada "la adoptabilidad del niño desde una perspectiva psicosocial estableciendo, por un lado, que el niño se beneficiará realmente de la adopción, y del otro lado, que la adopción puede potencialmente verse como medida más adecuada para satisfacer las necesidades generales del niño y sus derechos".

(6) Sent. del 27/04/2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Nos abocaremos aquí al principio enunciado en el inc. d) de esa norma que proclama el derecho a la fraternidad **(7)**, imponiendo "la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas".

Fraternidad, según el Diccionario de la Real Academia Española **(8)**, viene del latín *fraternitas, atis* y significa la amistad o afecto entre hermanos/as o quienes se traten como tales. Como se observa, la definición misma de fraternidad no limita el concepto al vínculo legal, sino que lo abre a la socioafectividad, reconocida o no en un lazo de parentesco legal.

Este concepto va de la mano con el de sororidad, aceptado por la Real Academia que viene del inglés *sorority,* este del latín *sororitas, -atis* "congregación de monjas", *soror, -oris* "hermana carnal", definido por el mismo Diccionario —en sus dos primeras acepciones— como amistad o afecto entre mujeres y como una relación de solidaridad entre estas **(9)**.

Por su parte, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (RAE, 2017) añade con relación al concepto de fraternidad una definición que excede el ámbito propio del derecho de familias **(10)**, ocurriendo lo mismo respecto del lema *hermandad* **(11)**.

También alude al término el Diccionario de Americanismos (RAE) con dos acepciones: como agrupación de personas que buscan determinado fin (acepción primera) y como asociación estudiantil masculina (acepción segunda) **(12)**. También encontramos esta idea en las organizaciones profesionales propias de la edad media (*confréries*), en las que las relaciones humanas se moldean bajo el patrón doméstico.

Sin diferenciar a los efectos de este trabajo cuestiones que hacen al género, la fraternidad construye pertenencia e historización generando una trama productora de subjetividad que impacta en la identidad **(13)** de cada uno/a

(7) Para ahondar sobre el derecho a la fraternidad ver BALLARIN, Silvana, "El derecho a la fraternidad", RDF nro. 91; *id*., "El derecho a la fraternidad: omisiones, postergaciones y olvido", *Revista Debates*; MINNICELLI, Mercedes – BALLARIN, Silvina – LAMPUGNANI, Silvia, "Fraternidades y parentalidades malheridas. Puntos de encuentro familiar: implementación, abordajes y acciones interdisciplinares", Ed. Homo Sapiens, Rosario, 2018; BALLARIN, Silvana, "El derecho a la fraternidad como núcleo de reflexión jurídica", en *El derecho de Familia. Nuevos retos y realidades*, Ed. IJSA Costa Rica, en prensa; HERRERA, Marisa – DE LA TORRE, Natalia, "¿Habrá que jugarle al tres? La perspectiva tripartita de los tipos de adopción en el Proyecto de reforma del Código Civil", RDF 58, marzo 2013; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa, ob. cit.; ÁLVAREZ, Atilio, "Adopción y vínculos fraternos", RDF, 2011-II; MUÑOZ GENESTOUX, Rosalía, "¿Adopción simple o plena? Reflexiones acerca de la importancia de mantener los vínculos fraternos existentes", RDF 2011-I.

(8) *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed. (versión 23.4 en línea, *https://dle.rae.es*, última consulta: 13/04/2021).

(9) El término "sororidad" fue utilizado por Kate MILLET en los años setenta y rescatado por Marcela LAGARDE en 1989 en el contexto del feminismo. Curiosamente, este término fue utilizado por Miguel DE UNAMUNO en 1925 en el prólogo de la obra titulada "La tía Tula", *https://www.efeminista.com/sororidad-mujeres*.

(10) "Uno de los principios a los que se acoge la Revolución francesa". Aclara luego que "se considera un principio, no obstante, de inferior valor a la igualdad, porque la fraternidad se vincula a la práctica de la caridad y la limosna, mientras que los revolucionarios piensan que la caridad es degradante y humillante para los que se sitúan en una situación de inferioridad y desigualdad. El principio de igualdad, por el contrario, margina la caridad y convierte las prestaciones de beneficencia en una 'deuda del Estado'". (*Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la RAE, dej.rae.es*).

(11) Término que suma a una acepción general (agrupación de personas, partida) una segunda otra relacionada el derecho canónico y varios sublemas relativos a otras ramas del derecho —entre otros, hermandad comarcal, cuaderno de hermandad, testamento de hermandad— (*https://dpej.rae.es/dpej-lemas*).

(12) Esta definición se liga a la idea asociativa de intereses comunes profesionales: *a group of people who have the same job or interest: the legal fraternity (= lawyers) the criminal fraternity (= criminals)* (en diccionario *Cambridge*, *https://dictionary.cambridge.org*, última consulta: 18/08/2018).

(13) Es un derecho personalísimo de raigambre constitucional, ello a tenor de lo preceptuado los arts. 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño, el art. 17 del Pacto de San José de Costa Rica, el art. 19 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 2º de la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, instrumentos incluidos entre aquellos que, a tenor de lo normado por el art. 75, inc. 22, CN, poseen jerarquía constitucional. Dice la CDN, en su art. 8.1, que "los Estados parte se compro-

de los y las hermanos/as y en su salud física y psíquica en tanto relación significativa que los une, los define, los asume valorados y amados por ese otro con el que tienen una historia y una gnoseología en común.

Ahora bien, hablar de fraternidad en el marco de los procesos que llevan a la adopción nos impone pensar las implicancias que esto tiene respecto de un NNA con derechos vulnerados, entre ellos, el derecho a vivir y desarrollarse en una familia —su familia biológica—. En tal escenario, el contacto entre los hermanos/as es esencial e incluso vital si pensamos que estos NNA han sufrido pérdidas relacionales —padre, madre, otros parientes; amigos, vecinos, cuidadoras de los hogares, referentes con los que entablaron alguna relación—, además de quebrantamientos a su seguridad y comodidad, ante la pérdida de espacios conocidos e incluso, en ocasiones, el desarraigo y la pertenencia cultural producto del cambio de su centro de vida. Será necesario en estos casos extremar los recursos en pos de abreviar los tiempos de espera y restituir lo más velozmente posible el derecho a vivir en familia, ello teniendo en cuenta que los tiempos que insumen los procesos serán de especial relevancia **(14)**, partiendo de la base que los NNA y los adultos no tienen la misma percepción de aquel, por lo cual los procesos de toma de decisiones que se demoran tienen efectos particularmente adversos en su evolución, lo que debe ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades —Corte IDH, "Asunto L. M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay", consid. 16, "Fornerón vs. Argentina", párr. 51 y "Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala", párr. 257 y ss. **(15)**—.

En particular respecto del derecho de los hermanos a disfrutar de una vida familiar inclusiva del vínculo fraterno, en el caso de los hermanos Osmin y Jr. Ramírez Escobar —hermanos guatemaltecos adoptados por dos familias provenientes residentes en diferentes ciudades de Estados Unidos de América—, la CIDH señala que los hermanos fueron separados por sus diferencias de edad y tras la separación, no volvieron a estar juntos, disponiendo la sentencia medidas de restitución de los vínculos familiares y, en particular respecto del vínculo fraterno —puntos 220 y 224 de la sentencia "Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala", 9 de marzo de 2018 **(16)**—.

---

meten 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". Sobre el mismo tema volvió la Corte IDH en el caso "Gelman vs. Uruguay", del 24/02/2011, en su párr. 122 dijo: "el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el art. 8º 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 derecho de que se trate y las circunstancias del caso". Manifestando el mismo tribunal en el caso "Fornerón vs. Argentina", del 27/04/2012, párr. 113, que "las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad".

(14) Ver al respecto FERNÁNDEZ, Silvia E., "El desafío al tiempo en la adopción. Nuevas perspectivas del Código Civil y Comercial", *http://www.saij.gob.ar/silvia-fernandez-desafio-al-tiempo-adopcion-dacf140862-2014-12-02/123456789-0abc-defg2680-41fcanirtcod*, donde la autora muestra diferentes aristas del factor tiempo, diciendo "La relación entre tiempo y procesos o, más ampliamente, entre tiempo e intervenciones estatales en la vida familiar de niñas, niños y adolescentes (en adelante, NNA) se exhibe desde diversos aspectos sobre los que intentaremos reflexionar: 1) el tiempo de duración de procesos administrativos y judiciales —y de la toma de decisiones— de separación familiar; 2) el tiempo como factor de justificación de sentencias de amparo a la vida familiar aún de hecho; 3) el tiempo en el aseguramiento anticipado de una inserción familiar oportuna; 4) el tiempo-factor que sella la ineficacia de restitución del derecho a la vida familiar y determina otras posibles respuestas de tutela de derechos relacionados con el origen familiar".

(15) *https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2*.

(16) En esta sentencia, además, la Corte IDH se pronunció respecto de las irregularidades cometidas en un proceso de declaración de estado de abandono y posterior adopción internacional de dos hermanos, considerando al Estado de Guatemala responsable por violación de la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida familiar, así como de las garantías judiciales en el proceso, en perjuicio de Flor de María Ramírez Escobar, Gustavo Tobar Fajardo y Osmín Tobar Ramírez. También consideró violado el derecho a la libertad personal, identi-

También la Corte Europea de Derechos Humanos se ha expedido con relación al derecho a la fraternidad y a la separación de hermanos en "Kutzner vs. Alemania" (2002) **(17)** y "Mustapha y Armagan Akin vs. Turquía" (2010) **(18)**.

Así las cosas, pensar la fraternidad en la adopción nos lleva a afirmar, por un lado, que la familia de origen no puede proporcionar —en términos del art. 594, Cód. Civ. y Com.— los "cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales", pero al mismo tiempo, sostener que una parte de esa familia de origen, en el caso sus hermanos/as, sí puede satisfacer las necesidades afectivas de ese NNA.

Receptando el derecho a la fraternidad y su trascendencia en el marco de un proceso encaminado a la adopción, la norma analizada impone priorizar la adopción de grupos de hermanos/as y "en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos". Se impone, entonces, buscar familias que se ofrezcan para todo el grupo de hermanos/as, siempre que ello haga al interés superior de los NNA implicados. No obstante, puede que ello no sea posible, en principio porque escasean las personas que se ofrecen a prohijar grupos numerosos de hermanos/as **(19)** pero también porque puede que no sea lo mejor para ellos/as que vivan juntos en razón del interés superior de alguno/a **(20)** —o de todos/as— la voluntad de uno/a de los/as hermanos/as de no ser adoptado o la posibilidad de que alguno/a permanezca con la familia de origen. Será aquí imprescindible viabilizar el derecho a ser oído **(21)**, garantizando la participación y la escucha de los NNA involucrados en pos de que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, de cara al reconocimiento de su capacidad progresiva **(22)**. Así, la escucha atenta, respetuosa y continente del NNA es una garantía para el acceso a la justicia que debe interrelacionarse con el oportuno otorgamiento de información clara y completa, todo ello necesario para efectuar un bordaje interdisciplinario que permita determinar con cierto grado de certeza el curso de acción a seguir.

Se impone, entonces, mantener esos "vínculos jurídicos" de los que habla la norma para lo

---

dad individual y derecho al nombre de este último (ver BALLARIN, Silvana, "El derecho a la fraternidad", cit.).

(17) *http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162234*, sent. 46544/99, última consulta: 10/10/2019.

(18) *https://hudoc.echr.coe.int/sites/eng?i=001-97957*, última consulta 10/10/2019.

(19) Escasean las personas que se ofrezcan a paternar y/o maternar NNA con condiciones desfavorables de salud, con discapacidad, de edades avanzadas o grupos de hermanos/as. Estas particularidades —edad/número de NNA/salud— se observan muchas veces entrelazadas lo que determina que sea dificultoso encontrar inscriptos en los registros de adoptantes provinciales y/o en la Red Federal de Registros nucleados en el marco de la DNRUA.

(20) Ver al respecto voto del Dr. De Lázzari en la causa C 118.472, del 04/11/2015, donde se afirma que la preservación del vínculo entre los hermanos no puede reducirse a la opción entre adopción simple y plena, ya que, deberán ponderarse varios aspectos. El voto dice: "También cabe observar que las sentencias que declaran la situación de abandono de los niños y sus aclaratorias, pese a determinar que cabe 'asegurar el contacto vincular del menor J. E. G. con sus hermanitas R. B. y M. A. S. y el derecho de comunicación del grupo de hermanos con su progenitora de la manera y modalidad que el equipo técnico establezca respetando en todo momento los tiempos y necesidades de los niños en su condición de sujetos de derechos y en función de su interés superior'; con el otro fundamento 'orientando el presente proceso a la adopción simple' (fs. 214 vta., C. 118.473 y 350 vta., C. 118.474) cae en una simplicidad del tema teniendo en cuenta que el referido principio no tiene un concepto unívoco sino dinámico, debido a que su contenido se reinterpreta de manera diferente para cada niño, conforme las necesidades y repercusiones de lo que se decide y reconociendo las características propias de cada uno de ellos —principio de no discriminación—".

(21) Para ahondar sobre este tema ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída "El derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado. Conforme el modelo de justicia de protección y su concordancia con las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación", SJA del 06/02/2019, AR/DOC/3739/2018; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – MOLINA DE JUAN, Mariel F., "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", RCCyC 11/2015, AR/DOC/3850/2015; SHERMAN, Ida, "El derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes en los procesos y la tarea de los adultos", en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), *Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires; ANTUN, Mariela D., "Designación y actuación del abogado de niños, niñas y adolescentes", RDF 2019-I, ps. 58 y ss.; CÁNEPA, Sara, "Niñas, niños y adolescentes: su patrocinio letrado y la escucha", RDF 2018-VI, dic. de 2018, ps. 25 y ss.

(22) Conf. CDN, Cód. Civ. y Com., leyes 26.061 y las provinciales 13.298 y 14.528 y Corte IDH OC 17 y en el fallo de "Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala", párrs. 228-229.

cual será cuestión de apelar a lo previsto en el art. 621 del Cód. Civ. y Com. que otorga al juez/a facultades suficientes para disponer la adopción simple o plena, admitiendo la posibilidad de mantener subsistentes vínculos jurídicos con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena. Con ello, la o las sentencias de adopción de los hermanos/as plasmarán estos extremos. Ahora bien ¿eso es todo? ¿Los vínculos jurídicos plasmados en la sentencia aseguran el contacto entre los NNA? ¿Qué pasa con los afectivos?

Esta diferenciación entre vínculos jurídicos y afectivos es clara y no hay sentencia que pueda mágicamente generar, preservar o fomentar los vínculos afectivos.

En tal contexto, desde la perspectiva de derechos humanos y como lo sostuvo la Corte IDH en el caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras" **(23)**, las obligaciones del Estado en torno a garantizar el libre y pleno goce de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo adecuado, sino que requiere de una conducta gubernamental y un sistema eficaz, con la capacidad suficiente como para lograr el efecto deseado o esperado. En consecuencia, hace a la responsabilidad del Estado y a su debida diligencia buscar y encontrar la forma más adecuada de gozar de ese derecho.

III. Acciones que favorecen la preservación de los vínculos fraternos cuando el grupo de hermanos no ha podido permanecer en la misma familia

Durante el lapso de tiempo que dure la intervención del Estado se pueden observar y aplicar diversas estrategias que tienden a favorecer la preservación de los vínculos fraternos. Algunas de estas deberán implementarse durante todo el tiempo que conlleve la medida excepcional de protección de derechos (a), otra parte deberá adoptarse luego de disponerse la situación de adoptabilidad (b) y, finalmente, algunas deberán arbitrarse en la misma sentencia de adopción (c) y luego de esta (d).

a) En tal sentido es esencial que se proteja el vínculo fraterno desde la adopción de las medidas de protección de derechos y, así, el abrigo se implemente en espacios institucionales —hogares estatales, conveniados o programas de familias abrigadoras—, de conformidad a lo preceptuado por los arts. 11 y 41, inc. d), de la ley 26.061 permitiendo que el grupo de hermanos/as permanezca junto o, al menos, sostenga el vínculo por medio de llamadas, medios telemáticos y presenciales que les permitan compartir tiempo de calidad.

b) Desde otro ángulo, en el marco de la labor administrativa que desempeñan los registros de adoptantes, es importante que se tenga en cuenta el derecho a la fraternidad y se prepare adecuadamente a los y las aspirantes a guardas con fines de adopción. Sabemos que la preservación de los vínculos fraternos, especialmente respecto de NN pequeños depende en gran parte de sus padres y/o madres adoptivos y es por ello que se impone la búsqueda de personas que estén dispuestas a sostener y fomentar el encuentro y la relación entre los hermanos/as. Esto implica aceptar que es el niño/a, sus necesidades y sus derechos lo que debe priorizarse, reconociéndolos como sujetos de derecho con una historia previa, que hace a su identidad y con ello a su interés superior y su protección integral.

En tal contexto, las inscripciones en los registros de adoptantes deben estar sostenidas en el actual paradigma de niñeces **(24)**, lo que implica aceptar que si bien el deseo de prohijar es claramente lo que mueve a las personas a inscribirse, esta inscripción es un ofrecimiento a restituir derechos de NNA a los que se los han vulnerado. La búsqueda de familia **(25)** será

(23) Sent. del 29/07/1988 (Fondo).

(24) Ver PORTILLO, Claudia E., "Adopción: en busca de familias para niños, niñas y adolescentes reales", RDF nro. 76, 183, AR/DOC/4645/2016.

(25) Cuando hablamos aquí de búsqueda de familia nos referimos a dos instancias diferentes. Primero, la que se lleva a cabo en el marco de las inscripciones en los registros de adoptantes que deben pensarse sobre las generalidades que presentan todos NNA que se encuentran en situación de adoptabilidad. La capacidad que se requiere aquí es específica, es parental y es adoptiva y deberá establecerse desde interdisciplinariamente aunando las perspectivas jurídica, psicológica y social. En segunda instancia, y ya en el marco jurisdiccional dado por expediente judicial con un/a NNA en particular, vendrá el tiempo de diagnosticar cuál de las familias inscriptas es la más compatible con él o ella y seleccionarlo así de entre aquellos que remitió el Registro

entonces, especialmente minuciosa en tanto la persistencia de algún vínculo con hermanos/as y la necesidad de que ese vínculo jurídico tenga un correlato en lo afectivo, requiere de personas amplias, flexibles, despojadas de prejuicios y tolerantes que se permitan admitir en su dinámica y en su conformación familiar a los padres/madres adoptivos de los hermanos/as de sus hijos/as, y/o a parte de la familia de origen que quede al cuidado de otros hermanos/as. En otras palabras, aceptar y propender a que todos estos "extraños" devengan en familia conlleva un esfuerzo y dedicación especial.

c) En cuanto a la sentencia de adopción, además de expedirse en torno a la preservación de los vínculos jurídicos, resulta de importancia incorporar en ella pautas que permitan disfrutar de esos vínculos fraternos que se busca resguardar. Es que, en virtud de las obligaciones impuestas es esencial pensar en medidas que garanticen el goce y ejercicio de los derechos, aun cuando ellas no estén expresamente previstas en la normativa aplicable. Así, se impone a los y las juezas la implementación de estrategias que hagan viable el "ejercicio" de la fraternidad luego de dictada la sentencia de adopción. En tal sentido, sabiendo que ello dependerá en gran parte del compromiso de los adultos/as en sostenerlo más allá de la mera formalidad, puede resultar necesario que las sentencias de adopción incorporen un régimen de comunicación, aun sin un pedido en tal sentido de las partes, ello en el marco de la relatividad que el principio de congruencia presenta en el derecho de familia, alejado del modelo adversarial clásico.

Desde otro ángulo, podría preverse una instancia de acompañamiento y facilitación del régimen de comunicación, ello en función de las obligaciones que le caben al Estado como garante de los derechos de los NNA, grupo reconocido entre aquellos que merece especial tutela **(26)**. En tal sentido, esos espacios de acompañamiento deben ser parte de la política pública en materia de niñez, dotando al sistema de los medios necesarios para cumplir sus fines, lo que impone que la actividad estatal sea coherente con el derecho que intenta satisfacer.

Obviamente, el derecho a la fraternidad y las medidas que en pos de su preservación se dispongan deben ponderarse a la luz de interés superior del NNA, poniendo aquel derecho en tensión con los que hacen al respeto a la vida privada y familiar, consagrados en el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y, con ello, a la autonomía y la libertad para diseñar e implementar un plan de vida familiar **(27)**.

Por otra parte, más allá de lo que se disponga en este aspecto en la sentencia de adopción, es esperable que con el paso del tiempo y la mayor de edad de los implicados las medidas y estrategias dispuestas deban ajustarse y adecuarse.

d) Luego de dictada la sentencia de adopción.

Son pocas las normas que prevén una actuación posterior al dictado de la sentencia de adopción. Entre ellas encontramos las plasmadas en los arts. 622 del Cód. Civ. y Com. acerca de la conversión de una adopción simple en plena; el art. 628 del Cód. Civ. y Com. cuando, ya dispuesta la adopción simple, admite la acción de filiación contra los progenitores y el reconocimiento del/la adoptado/a; el art. 629 del

de Adoptantes, Se trata, claramente, de dos evaluaciones o diagnósticos que tienen diferentes objetivos y que no pueden reemplazarse, ni confundirse.

(26) El goce de los derechos supone mecanismos institucionales, estatales y burocráticos que los sostengan y con ello recursos. La inversión en ciertos derechos debe privilegiarse. Históricamente el abordaje del tema fue discrecional, siendo la ley de presupuesto un tema de agenda política y no jurídica. Los instrumentos de derechos humanos han establecido al respecto mandatos de optimización. Ver al respecto GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Principios dogmáticos del orden socioeconómico constitucional", *Boletín Informativo de la AADC*, mayo de 1998, donde sostuvo que la secuencia lógica en la historia de las finanzas públicas está compuesta por tres etapas, juridización, legalización y constitucionalización. Ver al respecto CORTI, Horacio, "Derecho y actividad financiera", LA LEY 1995-E, p. 1078 y "La constitucionalización del gasto público", *Lecciones y Ensayos*, 64/65, 1995/6, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, p. 33. Ver también dec. 295/2014, art. 29.

(27) En lo que hace a la protección de las familias,, ver los arts. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, VI de la Declaración Americana, 17 y 19 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, 15 de su Protocolo Adicional (Protocolo de San Salvador), 10, inc. 3º del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 17, 23 y 24, inc. 1º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como también la CDN en su preámbulo y en los arts. 5º, 9º, 10, 11, 18 y 21.

Cód. Civ. y Com., dedicado a la revocación de la adopción simple, y el art. 596, también del Cód. Civ. y Com., que prevé una acción autónoma a los fines de conocer la identidad de origen.

Nada se ha previsto expresamente para garantizar el ejercicio de la fraternidad de hermanos/as que han sido sumados a familias adoptivas diferentes o han quedado algunos/as bajo la órbita de su familia de origen y otros en familias adoptivas o en instituciones del Estado. Puede que muchas familias nunca lo necesiten, pero lo cierto es que cada vez con más frecuencia se observa la necesidad de pensar estrategias que aporten soluciones a esta cuestión cuando en la sentencia de adopción no se ha previsto un régimen de comunicación. Ello implicará ahondar en cómo se implementarán los contactos, dónde y bajo qué supervisión, así como también qué responsabilidad asumirán los adultos y adultas a cargo de cada uno de los NNA del grupo de hermanos/as y el rol que asumirán las instituciones.

Varias podrán ser las vías para facilitar un régimen de contacto entre los hermanos/as. Algunas de estas podrán incluso ser extrajudiciales, ello merced a las previsiones de la ley 14.442, que cuyo art. 38 establece las atribuciones de los asesores de incapaces, previendo entre ellas la de intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial que interese a la persona o bienes de los incapaces, autorizando luego la posibilidad de peticionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando carezcan de representantes o existan entre estos y los incapaces conflicto personal u oposición de intereses o resulte necesario para impedir la frustración de los derechos.

También podrá intentarse una instancia de acuerdo voluntario, llevada adelante —según el régimen procesal vigente en provincia de Buenos Aires— por el/la consejero/a de familia. Superada esta, la judicialización del conflicto requerirá de un juez/a que de una forma activa con miras a garantizar la tutela judicial efectiva arbitre las medidas tendientes a ensamblar las voluntades de esos grupos familiares. Al efecto, puede resultar de interés la aplicación de un procedimiento con estructura monitoria que si bien se aplica usualmente a cuestiones de índole patrimonial, podría activarse en estos supuestos con la sola petición de una de las partes, postergando o incluso descartando la bilateralidad, a condición de que la otra parte no manifieste expresamente su oposición.

Por su parte, de judicializarse el conflicto es de recordar que se trata de supuestos donde surge evidente el derecho de los hermanos/as plasmado en una sentencia de adopción firme y consentida, por lo cual será de vital importancia determinar y fijar los hechos controvertidos y/o a quien obstruya el vínculo, debiendo quien pretenda interrumpirlo alegar circunstancias que pongan en peligro la integridad psicofísica del NNA en cuestión, todo ello —repetimos— teniendo como premisa de trabajo la necesidad de pensar procedimientos que no solo tengan por objeto "hacer bien", sino también "hacer pronto" **(28)**, brindando soluciones provisionales sujetas a revisiones y acomodamientos que eviten generar situaciones de hecho que se consolidan en el tiempo.

III.1. El rol del recurso Punto de Encuentro Familiar **(29)** *en cada una de estas etapas*

En aquellas jurisdicciones nacionales en las que existe actualmente el dispositivo Punto de Encuentro Familiar (PEF), su intervención en pos de la preservación de los vínculos fraternos en contextos de guardas simples, adoptivas o, aún, adopciones, ha sido una herramienta efi-

(28) BERIZONCE, Roberto O., "Procesos sumarios de tutela provisional", *Revista de Derecho Procesal*, 2019-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 132.

(29) Una primera acepción podría definirse al PEF como un espacio neutral en el que se lleva a cabo temporariamente el encuentro entre un NNA y un familiar o referente afectivo no conviviente con la asistencia de profesionales idóneos, cuando las circunstancias propias de la conflictiva familiar desaconsejan su realización sin intervención de terceros. No obstante, y a partir de la experiencia de los PEF en funcionamiento en Mar del Plata (provincia de Buenos Aires) y Rosario (Santa Fe), podría definirse el PEF como herramienta dirigida a la persona de los NNA, cuya finalidad es crear condiciones de posibilidad para el encuentro que permitan establecer o restablecer vínculos familiares, y/o para garantizar la no interrupción de ellos. En este sentido se orientan diferentes líneas de abordaje centradas en la persona del NNA. El dispositivo se establece sobre una base flexible que permite a los profesionales analizar, evaluar y realizar diferentes propuestas a los jueces y autoridades de aplicación, según sea lo requerido en cada situación. V. BALLARIN, Silvana – MINNICELLI, Mercedes, "Puntos de Encuentro Familiar", en *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Ed. Thomson Reuters, Buenos Aires, 2021, 2ª ed. act. y amp., t. II, cap. 6.

caz de preservación de derechos. El PEF Mar del Plata, incluso, formuló y materializó un subdispositivo (llamado *Merienda de hermanas y hermanos*) dedicado exclusivamente a la preservación de vínculos fraternos en aquellos contextos en los que los hermanos se encontraban conviviendo con diferentes grupos familiares: a veces diferentes familias adoptivas —o familias a las que, sin haber llegado a la sentencia de adopción, se les había atribuido la guarda con fines de adopción—; otras veces, hermanos que continuaban conviviendo con su familia de origen, mientras que otros hermanos habían iniciado el camino de la adopción.

La merienda de hermanos y hermanas (MH) surgió como una propuesta que permite el encuentro entre aquellos no convivientes cuando se requiere para encontrarse de un espacio que no pertenezca a ninguna de las partes. Esta modalidad de encuentro se realiza como instancia de intervención profesional, en la cual se crean condiciones de posibilidad para que los encuentros acontezcan. Se llevan a cabo diálogos clínicos que permiten a los profesionales operar en favor de atender a las dificultades de las relaciones de hermanos y hermanas no convivientes, sus progenitores adoptivos o de crianza (diferentes para cada NNA en numerosos casos) y se acompaña la resolución de aquellas dificultades propias a la complejidad que la experiencia implica a cada uno de los involucrados **(30)**.

Las resistencias de las personas adultas a cargo de los NNA dificultan en muchas oportunidades la continuidad de dichas intervenciones, en gran medida, por los temores de los adultos en que el fomento de tales vínculos —en particular, en el caso de NNA que continúan conviviendo con la familia de origen— pudiera poner en riesgo la continuidad y construcción de los nuevos lazos familiares.

La concurrencia al dispositivo PEF ha sido un recurso dispuesto por sentencias —interlocutorias o definitivas— a veces, otras, por acuerdo entre las partes en el marco de la etapa previa **(31)**.

(30) *Ibid.*

(31) BALLARIN, Silvana, "Puntos de Encuentro Familiar en la Argentina: primeras experiencias. Primeras sentencias", DFyP 2018 (agosto), 03/08/2018, 23, AR/DOC/906/2018.

IV. Las fraternidades que construye la adopción a partir del parentesco socioafectivo: hermanas y hermanos adoptivos

También los vínculos fraternos que se construyen dentro de la familia adoptiva deben ser valorados como parte del derecho a la identidad dinámica de los NNA. Un ejemplo claro de ello es el caso de M., cuya adopción plena resolviera la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, revocando la sentencia de grado **(32)**, que había confirmado la adopción simple de la joven basándose —entre otros fundamentos— en el mantenimiento de la vinculación con los hermanos de origen.

Sin embargo, en el caso de M., no solamente existían hermanos de origen, sino que en la familia adoptiva había mantenido una nutrida relación fraterna con los hijos —biológicos y adoptivos— de sus padres adoptivos: "Desde hace diez años, sus sentimientos, su afecto, su afinidad y trato la unen verdaderamente con estos, en un vínculo que —forjado por el devenir existencial— se ha tornado real, contenedor y sanador para la joven" **(33)**.

Por otra parte, la propia M. —ya mayor de edad al tiempo de dictarse la sentencia del Superior Tribunal Provincial— había dejado en claro que le bastaba mantener con sus hermanos de sangre contacto como hasta ese momento, pero no así vínculo jurídico: "M., que insiste en que su integración a la familia E.-M. sea total y plena, y no así —en cambio— con su familia de origen (hermanos biológicos), con quienes mantiene contacto frecuente y dice que ello le basta" **(34)**. En otro párrafo de la sentencia, vuelve a aludirse al resguardo del contacto con los hermanos de origen, a través de una vinculación que la propia joven asume libremente, pero

(32) SCBA, 18/04/2018, "E., A. G. y M. A. J. Solicitud adopción plena", *www.juba.gov.ar*.

(33) *Ibid.*, del primer voto del ministro Eduardo J. Pettigiani.

(34) *Ibid.*

a la que no le asigna el carácter pretendido por la sentencia en crisis **(35)**.

De esta manera, la SCBA deja de lado criterios adultocéntricos basados, muchas veces, en las propias vivencias y construcciones ideológicas de los operadores jurídicos respecto del concepto de —utilizando palabras de Eva Giberti— la familia, comprendiendo que mantener a ultranza una vinculación jurídica no deseada por la joven, resultaría, como bien señala Eduardo de Lázzari en su voto, juzgar sin perspectiva de infancia **(36)**. Es cierto que el Cód. Civ. y Com. prevé en el art. 621, párr. 2º, la posibilidad de mantener vínculos jurídicos con la familia de origen en el caso de la adopción plena, siempre *a pedido de parte y por motivos fundados,* y cuando ello *sea más conveniente para el niño, niña o adolescente*. Pero en el caso en análisis, surgía evidente que tal interés no resultaba vulnerado por la sentencia que consagró la adopción plena, sin otro aditamento.

Por ello, los vínculos de hermandad, de origen o socioafectivos, deben ser reconocidos por la ley, antes que impuestos. La mutua contención que se produce entre hermanos y hermanas no reemplaza la relación materno/paterno-filial, pero la enriquece.

Piénsese en el caso de los hermanos adoptivos María Diemar y Daniel Olsson, ambos de origen chileno, a los que adopciones internacionales irregulares, propias de la dictadura de Pinochet, los llevaron a convivir en Suecia, junto a sus progenitores adoptivos. Ellos compartían un mismo origen nacional, pero no existía lazo fraterno de origen. Sin embargo, el vínculo de hermandad que construyeron lejos de su país de origen los llevó —en distintas etapas de su vida— al conocimiento no solo de su realidad biológica —sus padres adoptivos no le habían ocultado su origen— sino el contexto en el que la adopción internacional había tenido origen, en violación a los derechos humanos de los niños y de sus madres. La lucha y búsqueda de Diemar resultó inspiradora para su hermano adoptivo **(37)**.

V. Adopción y fraternidades en contextos de pluriparentalidad

Más allá de la ausencia de normativa legal que incluya la posibilidad de emplazamiento pluriparental, y de la postura asumida por la doctrina hace ya algunos años respecto de la innecesariedad de su regulación **(38)**, la pluriparentalidad ha sido reconocida tanto con relación a la filiación mediante TRHA, filiación natural y filiación adoptiva **(39)**.

(35) "De hecho, en su presentación de fs. 398/399, efectuada en ocasión de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, descarta expresamente la posibilidad de mantener algún vínculo jurídico con alguno de sus hermanos" (sent. cit.).

(36) Recuerda De Lázzari en su voto que la Cámara de Apelaciones no había siquiera oído a la joven antes de dictar sentencia: "La argumentación precedente implica desconocer el juzgar con perspectiva de infancia y discriminar a M. en razón de su edad (...). Las dificultades que M. ha vivenciado en el ejercicio de su derecho a opinar, al no ser escuchada en una audiencia ni tener importancia su participación para conocer su punto de vista sobre lo ocurrido (v. fs. 117, 'adhiere a expresión de agravios - ejerce derecho a ser escuchada') en función de considerarla incapaz y con ello adjudicarle la imposibilidad de tomar decisiones adecuadas no pueden admitirse. Conforman, nada menos, que el desconocimiento de la infancia como sujeto pleno de derechos" (ministro Eduardo de Lázzari, su voto, sent. cit.).

(37) *https://la-lista.com/derechos-humanos/2021/02/03/solo-queria-encontrar-a-mi-familia-el-escandalo-de-los-ninos-robados-de-chile.*

(38) Por unanimidad, Conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2015, Bahía Blanca, Comisión 6: "No se debería incorporar al Código Civil y Comercial de la Nación una regulación específica que incluya los supuestos de pluriparentalidad". Guillermina ZABALZA (UNICEN), Paula FREDES (UNRN), María Teresa VEGA (UNCA), Ana PERACCA (UNCA), Natalia De La TORRE (UP), Federico NOTRICA (UP), Carolina DUPRAT (UNS), Marisa HERRERA (UBA), Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (UNCuyo) y Adriana KRASNOW (UNR), disponibles en *https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf*.

(39) KRASNOW, Adriana, "La socioafectividad en el derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho* (Valdivia), 1, vol. 32, 2019, *www.dx.doi.org*; FERNÁNDEZ, Silvia — HERRERA, Marisa, "Uno más uno tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad", RDF 83, AP/DOC/83/2018; BALLARIN, Silvana, "El derecho a la vida familiar, la pluriparentalidad y los lazos fraternos: poniendo nombre a lo insignificante", Ed. Erreius, mayo 2020, ps. 420-428.

La autora brasilera María Berenice Dias define la pluriparentalidad como el vínculo jurídico de una persona con más de dos progenitores que tienen a cargo funciones parentales. Ello le garantiza derechos con respecto a todos sus progenitores, quienes deben asumir los deberes derivados del vínculo pluriparental **(40)**. Se trata, en consecuencia, de ponerse en el lugar del hijo y, desde ahí, reconocer vínculos y, por lo tanto, derechos **(41)**. De tal manera, no existiría pluriparentalidad porque el hijo adoptivo conozca quién o quiénes son sus progenitores biológicos, sino cuando exista una relación materno/paterno-filial que lo una a ellos de tal manera que su desconocimiento pudiera afectar su derecho a la identidad **(42)**.

En estas nuevas realidades, la relación entre quienes tienen vínculo jurídico de hermanos y quienes, sin tenerlo, viven como tales, es expuesta en las sentencias: así, en la sentencia que emplaza a una niña y su padre biológico como tales, sin desplazar al progenitor reconociente, consagrando de tal manera la pluriparentalidad de su progenitora y ambos padres. Más allá de la relación con sus progenitores, alude la jueza a las relaciones fraternas de la niña: "tanto su madre como R. y J. tienen otros hijos, por lo que J. refiere tener 'cuatro hermanos más' y que con todos ellos comparte tiempo: 'una hermana por parte del papá J., otra hermana por parte del papá R., más una hermana y un hermanito de meses por parte de la mamá'". Como se advierte, no se trata solamente de reconocimiento de progenitores, sino, también, de reconocimiento de vínculos fraternos y sororos que forman parte de los fundamentos mismos de la sentencia: "Afianzados en el amor y apego familiar (padres, madre, hermanas y hermano)" **(43)**.

Ya con relación a la pluriparentalidad en la adopción, otra sentencia, dictada escasos días después que la referida en los párrafos anteriores **(44)**, consagra la adopción plena pluriparental de una niña con relación a quienes habían conformado el matrimonio guardador —luego divorciados— y el nuevo marido de la guardadora. Resulta de interés observar que, en este, el contacto con los restantes hijos de los adoptantes no se ha establecido de la misma manera: en algunos casos, la socioafectividad obró en la construcción de un vínculo que, ante la ausencia de contacto, no se estableció respecto de otros. Refiere la juez haber observado en la audiencia de vista de causa el contacto directo de la niña no solamente respecto de sus pretensos adoptantes, sino con relación a sus hermanos: "eran de una familia plenamente integrada y cada hermano en su individualidad siente a la niña como su hermana, a excepción de los hijos del Sr. F. quienes no asistieron a la audiencia y obrando constancia únicamente de la Srta. P. F. su desinterés de acudir a la misma tanto por razones económicas como personales por no tener vínculo actual con su padre" **(45)**. Esto evidencia la necesidad de no incurrir en generalizaciones basadas en ideologías propias de juristas, sino en observar, en cada caso, cuáles son los vínculos socioafectivos que reclaman ser reconocidos, evitándola creación de ficciones ajenas al sentir de los protagonistas y, en consecuencia, a su derecho a la identidad, norte que

(40) DIAS, María Berenice, "Familia pluriparental, uma nova realidade", p. 2, disponible en *http://www.mariaberenice.com.br/uploads/15_-_fam%EDlia_pluriparental,_uma_nova_realidade.pdf*. También alude al concepto de familia pluriparental relacionado con la constituida por la convivencia entre hermanos u otros parientes colaterales.

(41) "De un lado está la verdad biológica y, de otro, la verdad afectiva. La multiparentalidad es siempre considerada por la visión del hijo, que ve como padres o madres" (GIMÉNEZ, Ana P., "La desbiologización de la parentalidad: filiación socioafectiva y la posibilidad de la multiparentalidad por el Tribunal Federal brasileño", DFyP del 17/10/2017, 40; AR/DOC/2365/2017, última consulta: 20/03/2020).

(42) BALLARIN, Silvana, "De adopciones, pluriparentalidades y otras formas de construir familia", RCCyC, 4, año 6, Ed. Rubinzal-Culzoni, mayo 2020, ps. 5-16.

(43) JFam. y Suc. Tucumán, 07/02/2020, "L., F. F. C. c. C. O. s/ filiación", jueza Mariana Josefina Rey Galindo (JCiv. Fam. y Suc. Monteros, Tucumán, "L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación", AR/JUR/132/2020).

(44) "F., F. C.; V. A. F.; F. C. A. s/ adopción", Córdoba, 18/02/2020, jueza Laila Córdoba, disponible en *https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22011*. La jueza resuelve declarar "la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del párr. 3º de los arts. 558 y 634 inc. d) del Cód. Civ. y Com." y decretar la adopción plena de la niña, con efectos retroactivos al inicio de cada una de las guardas con fines de adopción: 28/06/2010 respecto de V. A. F. y C. A. F., y 01/06/2017 respecto de F. C. F.

(45) Sent. cit., consid. IV.

debe guiar todo reconocimiento de lazos fraternos. Incluso son sus hermanos quienes contribuyen a aportar elementos a la juzgadora a los efectos de analizar el vínculo pluriparental de la niña M.: "Por su parte, los hijos de la dupla V. F., fueron quienes definieron el real emplazamiento de la niña. Tanto L. como D., no solo refirieron que la sienten como hermana, sino que determinaron cuál era la diferencia de la relación entre el Sr. F. y la niña con respecto a ellos. Los dos conviven con F. C. F., pues su progenitor —C. A. F.— por su profesión de camionero pasa bastante tiempo ausente en su hogar, pero a la hora de definir el vínculo, D. fue el encargado de señalar 'mi viejo es mi viejo'. Con M. no observo eso, ella los ve a los dos como sus papás. Yo creo que siento las cosas así porque yo ya era grande cuando F. vino a mi casa, en cambio M. es chica" **(46)**.

Queda claro, entonces, para la juzgadora, que la niña ha construido su identidad no solamente junto a los tres adoptantes sino "significando también a los jóvenes I. A. P., D. E. F. V., L. Y. F. V. y P. S. F. como sus hermanos", razón por la cual decide otorgar la adopción plena pluriparental. Sería conveniente, en este caso, que los efectos de dicha adopción no incluyeran la determinación de lazos fraternos con aquellos hijos de uno de los adoptantes con quienes no surge vínculo socioafectivo alguno y, aún, decidieron mantenerse ajenos al proceso.

VI. Palabras finales

A modo de cierre o, mejor dicho, para confirmar que no hay conclusiones ni cierres en la dinámica del derecho, queremos dedicar nuestras últimas reflexiones a mencionar la creación de un Registro de Cuidadores Familiares que se encuentra en etapa de prueba piloto **(47)**. Aplaudimos esta iniciativa de nuestra Corte Provincial, que da una respuesta al derecho a vivir en familia más allá del límite de los vínculos filiales **(48)** que comenzó funcionando en el Juzgado de Familia Nº 2 de San Miguel, Departamento Judicial de San Martín, y se extiende ahora a los Juzgados de Familia Nº 5 de Mar del Plata, Nº 1 de Tigre —Departamento Judicial de San Isidro— y Nº 5 de La Plata, quienes están encargados de inscribir y preparar mediante talleres a personas que se ofrezcan para constituirse en cuidadores —convivientes o no convivientes—, de NNA de 10 a 17 años de edad, sin cuidados parentales, para los que la adopción no es —por distintos motivos— una alternativa posible. También en estos casos el derecho a la fraternidad deberá ser preservado y las herramientas que ofrezca el Estado deberán estar a disposición de los NNA que emprendan ese camino y esa forma de vivir en familia.

Decíamos hace algunos años, parafraseando a Seamus Heaney, que la misión de los operadores/as del sistema de protección de derechos, sean estos del ámbito administrativo o judicial consistía en "colocar una contrarealidad en los platillos de la balanza; colocar una realidad que, aunque únicamente pueda ser imaginada, tiene peso porque ha sido imaginada dentro de la fuerza gravitatoria de lo real" **(49)**. De eso se trata cuando dejamos que la imaginación cree realidades, y comenzamos a ponerle nombre a lo, hasta entonces, relegado: el derecho a vivir en familias excede las relaciones parentales, excede la institución de la adopción, y comprende aquello que para cada uno de nosotros es familia, sea fundada en el origen o en la socioafectividad.

(46) Sent. ref., consid. IV, últimos párrafos.

(47) Res. SCBA 1461 del 26/06/2019, ampliada por la res. SCBA 430 del 14/04/2021.

(48) BALLARIN, Silvana, "Niñas, niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad: Adopción y otras modalidades alternativas ante la ausencia de cuidados parentales", RDF, 86, sept. 2018, AP/DOC/575/2018.

(49) HEANEY, Seamus, "De la emoción a las palabras", Ed. Anagrama, España, 2011.

Interpretación y aplicación del régimen patrimonial del matrimonio en perspectiva de géneros

Algunas reflexiones frente a múltiples desafíos en la protección de los derechos patrimoniales de las mujeres

María Victoria Schiro (*)

Sumario: I. Palabras de inicio.— II. Interpretación y aplicación del régimen patrimonial del matrimonio. El funcionamiento de la norma en perspectiva de géneros.— III. Palabras de cierre.

I. Palabras de inicio

Las perspectivas captadas en la regulación del régimen patrimonial del matrimonio incluyen básicamente una pluralización de las estrategias de organización económica familiar, un avance de la autonomía en la regulación del contenido de la relación jurídica entre cónyuges, así como una pretensión de equilibrio con la noción de solidaridad familiar. Reconocer y proteger una pluralidad de arreglos familiares implica a la vez reconocer un piso mínimo de protección, que atiende la tutela de los derechos fundamentales de los integrantes de la unión.

Ahora bien, tal base mínima no puede omitir en su consideración la perspectiva de géneros, como los marcos teóricos que implican "i) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los varones como grupo social y discriminatorias para las mujeres; ii) que estas relaciones han sido constituidas social e históricamente y son constitutivas de las personas, y iii) que ellas atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión" **(1)**. Asumir este prisma de análisis se vuelve indispensable para el Derecho, que durante la mayor parte de su extenso devenir, obró como poderoso reproductor del sistema patriarcal. "El derecho se entrama con otros sistemas normativos (social y moral), que, al igual que este, contribuyen al disciplinamiento de género. Sin embargo, el poder del derecho es más fuerte que el de cualquiera de estos sistemas, en tanto hace recaer

(*) Profesora asociada de Derecho de las Familia, Derecho Sucesorio, y Bioderecho (Facultad de Derecho, UNICEN); vicedirectora del Centro de Estudios Jurídicos de la Persona y de la Familia (Facultad de Derecho, UNICEN); magíster en Derecho Privado; doctora en Derecho (Facultad de Derecho, UNR).

(1) GAMBA, S. (coord.), "Diccionario de estudios de género y feminismos", E. Biblos, Buenos Aires, como se cita en RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, "La cuestión del cuidado: ¿El eslabón perdido del análisis económico?", *Revista CEPAL* nro. 106, abril 2012, p. 24, *https://www.cepal.org/es/publicaciones/37365-revista-cepal-no106.*

sobre sus regulados la amenaza de la fuerza y el temor ante su incumplimiento. Además, este sistema de normas contiene en sí mismo sus propias reglas de legitimación, las que consolidan el poder de quienes son, en definitiva, los sujetos creadores del derecho, los hombres" **(2)**.

Más allá de señalar la adecuación al bloque de constitucionalidad federal de la regulación del Código Civil y Comercial sobre los bienes en el matrimonio desde una perspectiva de géneros **(3)**, ello debe complementarse con una interpretación y aplicación del plexo normativo que asuma tal marco teórico y detecte en la práctica aquellas situaciones que responden al contexto sociocultural opresivo al que han sido sometidas históricamente las mujeres en el ejercicio de sus derechos. La labor de lxs operadorxs jurídicxs será de central importancia, y en particular la adopción de medidas que le cabrá como obligación al poder judicial en los casos de esta naturaleza que le toque resolver, y deberán tener como norte morigerar las consecuencias de tal desbalance de poder que la estructura patriarcal ha determinado en la práctica. Analizar algunas de las aristas del fenómeno es el objetivo de las páginas que siguen.

II. Interpretación y aplicación del régimen patrimonial del matrimonio. El funcionamiento de la norma en perspectiva de géneros

La previsión normativa de los efectos patrimoniales del matrimonio, como una constante en las legislaciones del globo, implica por un lado reconocer que la familia comporta también una institución económica **(4)**, y a la vez devela, en relación con este arreglo familiar, cuáles son las formas de organización económica familiar presentes en la sociedad y que cada ordenamiento decide reflejar en su regulación. Al respecto, Krasnow cita a Vidal Taquini cuando afirma que "las relaciones patrimoniales entre cónyuges deben ser regidas por disposiciones propias que, por el doble orden de las relaciones, tienen que asegurar el interés económico de ambos esposos sin defraudar el de los terceros, e insertadas en la economía general con contemplación de las diversas concepciones sociojurídicas que cada sociedad tiene en un momento determinado" **(5)**. De modo que en la regulación, interpretación y aplicación de los regímenes patrimoniales matrimoniales debe contemplarse asimismo el contexto económico en que se hallan insertos, para lo cual es imperioso reconocer desde qué perspectiva concebimos el funcionamiento de la economía.

Conforme afirmara Rodríguez Enríquez, la mirada dominante en economía (basada principalmente en los desarrollos de la teoría económica neoclásica) ha tendido a minimizar la relevancia de dimensiones políticas, sociales y culturales en el análisis del funcionamiento económico mundial **(6)**. Una mirada alternativa proviene de la economía feminista, "una corriente de pensamiento que pone énfasis en la necesidad de incorporar las relaciones de género como una variable relevante en la explicación del funcionamiento de la economía, y de la diferente posición de los varones y las mujeres como agentes económicos y sujetos de las

(2) FACIO-FRIES, "Feminismo, género y patriarcado", *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, nro. 6, primavera 2005, p. 291.

(3) HERRERA, Marisa – SALITURI AMEZCUA, Martina, "El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros", *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, nro. 49, 2018, ps. 42-75, *https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/9783*. Las autoras traen a colación el informe elaborado por ELA (2012) donde se sostuvo que las "modificaciones al régimen patrimonial del matrimonio, a la unión convivencial, al divorcio y a la responsabilidad para con las personas dependientes, entre otras, tienen consecuencias diferenciadas para varones y mujeres. Las normas propuestas por el proyecto de reforma rescatan la autonomía de la voluntad de las partes y el ejercicio de su libertad y al mismo tiempo aciertan en procurar estándares de protección en atención a las desigualdades sociales que todavía existen en la sociedad actual" (p. 64).

(4) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomend. gral. relativa al art. 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución), CEDAW/C/GC/29, 30/10/2013, párr. 1.

(5) VIDAL TAQUINI, Carlos, "Regímenes matrimoniales", en *Enciclopedia de derecho de familia*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, t. III, 438. Citado por KRASNOW, Adriana N., "El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino", *Revista de Derecho Privado*, 17 (dic. 2009), p. 204, *https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/415*.

(6) RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, ob. cit., p. 24.

políticas económicas" **(7)**. Uno de sus aportes principales, es la visibilización en el análisis económico del trabajo de cuidado, lo cual es importante por variadas razones **(8)**, entre la que nos interesa resaltar al efecto de nuestro análisis, la manera en que se organiza socialmente el cuidado, como la distribución de las responsabilidades de cuidado entre Estado, mercado y hogares, por una parte, y entre varones y mujeres, por otra, que explica una proporción sustantiva de las desigualdades existentes **(9)**. Desde la óptica de la economía feminista, "Asociar la idea de cuidado a la economía implica enfatizar aquellos elementos del cuidado que producen o contribuyen a producir valor económico. Y aquí reside la peculiaridad del abordaje. A través del concepto de economía del cuidado, la economía feminista pretende al menos dos objetivos: en primer lugar, visibilizar el rol sistémico del trabajo de cuidado en la dinámica económica en el marco de sociedades capitalistas, y en segundo lugar, dar cuenta de las implicancias que la manera en que se organiza el cuidado tiene para la vida económica de las mujeres" **(10)**.

La perspectiva de análisis económico referida nos reafirma que las instituciones familiares no son inocuas para el presente y el destino económico de las mujeres. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha mostrado preocupación "por las consecuencias económicas para la mujer del matrimonio, el divorcio, la separación y la muerte ha ido en aumento. Los estudios realizados en algunos países han puesto de manifiesto que, mientras que los hombres suelen experimentar pérdidas de ingresos pequeñas, incluso mínimas, después del divorcio o la separación, muchas mujeres experimentan una reducción sustancial de los ingresos del hogar y una mayor dependencia de la asistencia social, cuando existe. En cualquier parte del mundo, los hogares encabezados por mujeres tienen más probabilidades de ser pobres (...) Pese a las contribuciones de la mujer al bienestar económico de la familia, su inferioridad económica se refleja en todas las etapas de las relaciones familiares, debido a menudo a las responsabilidades que asumen respecto de los dependientes" **(11)**.

Las tareas de cuidado han sido contempladas y mensuradas en su valor económico por parte del Derecho de las Familias en el Código Civil y Comercial. Tanto en relación con lxs hijxs, al determinar expresamente que las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención (art. 660), como en el contexto de la regulación de las relaciones de pareja. Así a título de ejemplo en materia matrimonial y a nivel de las uniones convivenciales, se considera al trabajo en el hogar como parte de la contribución a las cargas del hogar prevista en los arts. 455 y 520 **(12)**; a la vez, y como previsión de las consecuencias de la ruptura de una unión convivencial o conyugal, cuando estas se traducen en un desequilibrio económico que el ordenamiento acude a morigerar a través de la herramienta de la compensación económica **(13)**. Las previsio-

(7) *Ibid.*

(8) *Ibid*. Puede verse el desarrollo *in extenso* efectuado por la autora citada.

(9) *Ibid.*, p. 24.

(10) RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Corina, "Economía feminista y economía del cuidado. Aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad", *Nueva Sociedad* nro. 256, marzo-abril de 2015, p. 36 *https://static.nuso.org/media/articles/downloads/4102_1.pdf.*

(11) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomend. gral. relativa al art. 16, cit., párr. 4.

(12) Art. 455: "Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

"El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas".

Art. 520: "Contribución a los gastos del hogar. Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el art. 455".

(13) Art. 441: "Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez".

nes citadas constituyen una de las respuestas del derecho reglamentario a una realidad histórica de naturalización de las funciones de cuidado, que convirtieran en trabajo no remunerado el realizado en el hogar; con ello, entendemos, se procura contribuir a revertir una historia de consolidación de estructuras económicas familiares ancladas en la desigualdad **(14)**.

Ahora bien, ¿cuál es entonces el rol de la regulación del régimen patrimonial del matrimonio en dicha tarea? Más allá de la previsión nombrada en materia de disposiciones comunes a ambos regímenes contemplados normativamente, podemos decir que el ordenamiento capta en su regulación una diversidad de vínculos conyugales (teniendo como pilar el principio de igualdad contenido en el art. 402 Cód. Civ. y Com.), y por tanto una diversidad de roles y funciones económico-familiares. Será por tanto en las tareas de funcionamiento de la norma, frente a las particularidades del caso y su contexto, en que el/la operador/a jurídico/a penetrará en la trama y deberá dispensar al caso una solución basada en la igualdad. Las normas que regulan las consecuencias patrimoniales del estado de cónyuges requieren que en su interpretación y aplicación se tome en consideración el contexto socio cultural en cuyo marco se desarrolla la vida matrimonial. La fuerza pedagógica de las normas, y a la vez su potencial transformador cuando visibiliza y protege, debe complementarse con una aplicación situada de ellas, que reconozca las dificultades estructurales del grupo vulnerable al que la persona pertenece, y las propias que en su trayectoria individual le tocó atravesar para el pleno ejercicio de su autonomía. Tal como afirma el Comité CEDAW, "Con independencia de la vasta gama de arreglos económicos dentro de la familia, las mujeres comparten en general, tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados, la experiencia de verse más perjudicadas econó-

Art. 442: "Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

"a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;

"b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;

"c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;

"d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del. cónyuge que solicita la compensación económica;

"e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

"f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

"La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio".

Art. 524: "Compensación económica. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.

"Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez".

Art. 525: "Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

"a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión;

"b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;

"c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;

"d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;

"e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;

"f) la atribución de la vivienda familiar.

"La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el art. 523".

(14) Más allá de las respuestas jurídicas propias del derecho de las familias, el recurso a herramientas brindadas por otras ramas del derecho privado, como el derecho de daños, pueden contribuir al reconocimiento del valor económico de las tareas de cuidado. Así, postulamos la posibilidad de que la progenitora acuda como damnificada directa a herramientas resarcitorias frente a la inobservancia del progenitor de los deberes inherentes a la responsabilidad parental. Puede verse: SCHIRO, María Victoria, "Visibilización jurídica del cuidado en perspectiva de género. Algunas respuestas del derecho de familias y de la responsabilidad por daños intrafamiliar", RDF, nro. 91, 09/2019.

micamente que los hombres en las relaciones familiares y tras su disolución" **(15)**.

Por ello, debemos situarnos en las particularidades del proceso y en la respuesta que en sede judicial pueda otorgarse a una controversia, en este caso de naturaleza patrimonial, la que debe resolverse en perspectiva de géneros, pues "la vulnerabilidad o inferioridad de poder de una de las partes frente a la otra se proyecta en el proceso y en la capacidad de producir prueba" **(16)**. Los ejemplos jurisprudenciales, centrados en la comunidad de ganancias, nos plantean los siguientes puntos de análisis ¿Cuáles son las consecuencias que en materia probatoria **(17)** proyecta este marco teórico cuando se transita un proceso de liquidación de comunidad de ganancias? ¿Cuál es el rol del/de la juzgador/a al momento de poner en acto las tareas de funcionamiento de la norma cuando se dispone a analizar la actividad de las partes en el proceso, sus límites y posibilidades en la tarea de acreditar lo afirmado? ¿Cuáles son las obligaciones estatales cuando se devela la existencia de violencia económica?

Traemos a colación un decisorio del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 92 que precisamente penetra en el entramado del vínculo y en las circunstancias que lo rodearon, para evaluar los dichos y probanzas de las partes en un proceso de liquidación de la comunidad de ganancias **(18)**. El fallo describe integralmente en su relato la situación sujeta a juzgamiento, que devela claramente el contexto familiar, los roles económicos y sus consecuencias. Como ejemplo de análisis de la prueba apreciada en perspectiva de géneros, nos detenemos en uno de los reclamos de la demandante, cual es el monto de los alquileres de un local calificado como propio de su exesposo, puesto que alega que las rentas que la empresa locataria abonó por el uso de dicho local fueron percibidas en forma exclusiva por el demandado, quien atesoró el dinero ganancial como ahorro, sin destinarlo a gastos comunes ni compartirlo con su cónyuge. El demandado por su parte manifiesta que el dinero percibido por los alquileres fue consumido en beneficio de la comunidad, amparándose en la presunción genérica por la cual todo lo percibido durante la vigencia de la comunidad se presume invertido y consumido durante el matrimonio. Al respecto, la jueza advierte que "El demandado se ampara en dicha presunción adoptando —al igual que frente al resto de los reclamos de autos— una posición de relajo probatorio, en contra del principio de las cargas probatorias dinámicas, hoy reconocido expresamente por el art. 710 del Cód. Civ. y Com.". Al respecto cabe destacar que el artículo en mención consagra un criterio solidarista en materia probatoria que, conforme afirma De los Santos, "establece una distribución subjetiva del esfuerzo probatorio basada en la mayor facilidad en el aporte de los elementos de convicción. Tal reparto constituye lisa y llanamente la regla general de distribución de la carga de la prueba conforme el criterio de facilidad en su aportación, que es aplicable a todos los procesos de familia, se plantee o no dificultades probatorias específicas. Se trata de una regla específica para los procesos de familia, de carácter general, con incidencia en la carga subjetiva y objetiva, y que consagra el deber de colaboración y solidaridad en el aporte de la prueba en los procesos de familia. La regulación tiene fundamento en la relevancia del conocimiento efectivo de los hechos de la causa en los conflictos familiares, presupuesto imprescindible para el dictado de sentencias justas, que aseguren la tutela efectiva de los derechos involucrados y de ella deriva el mencionado deber de colaboración probatoria" **(19)**. Considerando entonces el decisorio como la parte más vulnerable del matrimonio a la cónyuge, vulnerabilidad que se proyecta en el proceso y en la capacidad de producir prueba, corresponde analizar desde tal perspectiva la

(15) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomend. gral. relativa al art. 16, cit., párr. 5.

(16) JNCiv. Nº 92, "M. L. N. E. c. D. B. E. s/ liquidación de régimen de comunidad de bienes", 29/03/2021 (sent. no firme). Recuperado de: *https://victoriafamafamilias.blogspot.com/2021/05/liquidacion-de-la-comunidad-de-bienes.html*; fecha de obtención: 04/05/2021.

(17) Puede verse a efectos de tener una perspectiva del fenómeno: SCAGLIA, Romina, "La prueba con perspectiva de género", MJ-DOC-14892-AR, 09/05/2019.

(18) JNCiv. Nro. 92, "M. L. N. E. c. D. B. E. s/ liquidación de régimen de comunidad de bienes", 29/03/2021 (sentencia no firme).

(19) DE LOS SANTOS, Mabel A., "Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial", *Revista Derecho Privado*, año II, nro. 6, Infojus, 2013, ps. 30-31.

prueba aportada. Así, la sentencia expresa que nos hallamos frente a un matrimonio que se estructuró sobre la base de un esquema tradicional de poder donde el dinero era administrado e invertido unilateralmente por el hombre, sin participar ni rendir cuenta alguna de su empleo a la mujer, siendo una muestra de ello el destino de las rentas percibidas por el alquiler del mencionado bien propio. Una serie de indicadores reseñados en el fallo, analizados a la luz de los principios de la carga probatoria dinámica y la necesidad de juzgar con perspectiva de género, permiten a criterio de la juzgadora desvirtuar la presunción en la que se ampara el demandado de haber consumido los alquileres en gastos de la comunidad; por el contrario, resulta a su criterio evidente que el demandado atesoró para sí las sumas percibidas en concepto de alquiler durante la convivencia y tras la separación de los cónyuges, sin participar a la actora de su derecho sobre los frutos gananciales. Por tanto, entiende que corresponde incluir dentro del acervo ganancial a liquidar todas las sumas percibidas en concepto de alquiler.

En esta línea, podemos mencionar asimismo otro decisorio de la sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil **(20)**, que realiza el análisis de la prueba atendiendo a los roles económicos desplegados durante la vigencia de la comunidad de ganancias, y afirma que en el contexto de violencia económica y psicológica ejercida sobre la actora por el exesposo, "era el demandado quien debía aportar al proceso la explicación detallada de todo lo acontecido con los bienes más importantes de la comunidad, toda vez que la actora no tenía antes ni tuvo después, acceso alguno a la administración o disposición de los mismos".

Este último ejemplo jurisprudencial considera al momento de analizar el obrar procesal de las partes el contexto de violencia económica ejercida sobre la actora, tema sobre el que introduciremos algunas líneas reflexivas y ejemplos de sentencias al respecto en lo que sigue. Previo a ello, y como punto de análisis en relación con la visibilización de los roles desempeñados durante la vigencia del matrimonio y la posibilidad de reconocerles a través del funcionamiento de la norma el valor económico que poseen, dejamos planteado el tema de la disolución del régimen patrimonial por muerte de uno/a de los/as cónyuges. Allí el proceso liquidatorio tendrá como escenario la comunidad hereditaria, y será el/la juez/a del sucesorio quien dirimirá las cuestiones que venimos analizando. A nuestro entender, ello requerirá de un escrutinio aún más estricto de la respuesta jurídica con perspectiva de géneros dispensada a la situación del cónyuge supérstite. Pues, a la par del desarrollo de un proceso de familia en un fuero no especializado —art. 706, inc. b), Cód. Civ. y Com.—, la compensación económica como respuesta jurídica específica al trabajo de cuidado estará ausente, pues no opera cuando la extinción del matrimonio ocurre por muerte.

II.1. Violencia económica y patrimonial. Visibilización y respuestas jurídicas

La diversidad de circunstancias de afectación de la situación patrimonial de las mujeres en contexto familiar puede presentar situaciones que configuran violencia de género. Como expresa Molina de Juan, una de las formas en que se manifiesta este complejo y polifacético fenómeno, quizás la más oculta y silenciosa, es la que se desenvuelve en el terreno económico **(21)**. Conforme a la ley 26.485, la violencia económica y patrimonial es "la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) la pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo" (art. 5º, inc. 4º).

(20) CNCiv., sala L, 11/12/2020, "P. B. L. B. c. L. R. M. s/ liquidación de régimen de comunidad de bienes", *https://victoriafamafamilias.blogspot.com/2021/03/liquidacion-de-la-comunidad-ganancial.html*, fecha de obtención: 15/05/2021.

(21) MOLINA de JUAN, Mariel F., "Justicia penal, perspectiva de género y violencia económica", LA LEY 2017-D, 15, AR/DOC/1586/2017.

El esquema de roles fijos y rígidos de hombre proveedor/madre cuidadora en el hogar, con una clara dependencia económica, determina la resistencia a renunciar a los privilegios patriarcales que supone ser el dueño de los medios económicos, bajo el entendimiento de que quien provee el dinero, pone las reglas. Y este fenómeno puede observarse tanto en el marco de una comunidad de ganancias, donde al momento de su disolución y liquidación tal cosmovisión de naturaleza patriarcal se refleja en la resistencia a "compartir" lo que se entiende ganado exclusivamente con base en el propio esfuerzo, sea en el contexto donde, independientemente del régimen aplicable, no se concibe espontáneamente el recurso a una herramienta equilibradora como la compensación económica y esta debe dirimirse en un marco litigioso. En un extremo de tales conductas, ajenas al principio de solidaridad familiar, se presentan las acciones fraudulentas tendientes a privar de la participación en los bienes gananciales al cónyuge y de esa manera frustrar su expectativa **(22)**.

Como ejemplos de lo expuesto, podemos acercar algunos precedentes que reflejan la aplicación del deber de debida diligencia estatal en los casos de violencia económica y patrimonial vinculados al régimen patrimonial del matrimonio. Previo a ello, delinearemos brevemente este deber jurídico asumido por el Estado en materia de violencia de género, y que es aplicable a cualquier tipo y modalidad que ella asuma **(23)**.

El contexto normativo que enmarca en el ámbito interamericano el deber de debida diligencia estatal, como la obligación del Estado de investigar graves violaciones a los derechos humanos, a efectos de garantizar la tutela de los derechos fundamentales **(24)**, se encuentra en los arts. XVIII de la Declaración Americana y en los arts. 8º y 25 de la Convención Americana, cuando establecen que todas las personas tienen el derecho a acceder a recursos judiciales y a ser oídas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial cuando creen que sus derechos han sido violados; protección reforzada por la obligación general de respetar, impuesta por el art. 1.1 de la Convención Americana **(25)**. Las acciones fundamentales que dicho deber implica: prevenir, investigar, reparar, sancionar, requiere de una disponibilidad de recursos real, puesto que "El deber de los Estados de proveer recursos judiciales no se limita a una disponibilidad formal, sino que tales recursos deben ser idóneos para remediar las violaciones de derechos humanos denunciadas" **(26)**. En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, en el caso "Kawas Fernández vs. Honduras", a título de ejemplo, la Corte determinó que tal obligación de investigar se mantiene "cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado" **(27)**. Esto último resulta de central importancia en los casos de violencia de género, particularmente en aquellos ejercidos en el ámbito doméstico.

(22) Molina de Juan trae a colación un fallo inédito del Juzg. Civ. y Com., 4ª Nom. Villa María (01/02/2017, "P., O. - G., M. A. - Divorcio vincular — No contencioso") que impuso al exmarido las costas del juicio de liquidación de la comunidad de ganancias por razones de violencia de género. "Aunque las agresiones físicas (que habían existido durante la convivencia) cesaron con el divorcio, su conducta se encuadró como una manifestación de violencia económica ejercida sobre la mujer, en tanto la obligó a reclamar judicialmente para obtener el reconocimiento de sus derechos, por desconocer e incumplir el acuerdo que habían firmado. De este modo, la colocó en una condición de vulnerabilidad, de conformidad con las reglas de Brasilia" (MOLINA de JUAN, Mariel F., ob. cit.).

(23) El análisis que sigue se corresponde a una síntesis de lo desarrollado en: SCHIRO, María Victoria, "Avances y desafíos en la protección de las niñas. El deber de debida diligencia frente a las niñas víctimas de violencia en el Sistema Interamericano", en HERRERA, Maris – GIL DOMÍNGUEZ, Andrés – GIOSA, Laura, *A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Avances, críticas y desafíos*, Ediar, Buenos Aires, 2019, ps. 1253 y ss.

(24) Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL, "Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos", CEJIL, Buenos Aires, 2010, p. 1. *https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25129.pdf.*

(25) CIDH, "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20/01/2007, párr. 24. *https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf.*

(26) Ibid., p. 8.

(27) Corte IDH, 03/04/2009, "Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas", párr. 78.

Ahora bien, en los casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los arts. 8º y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan **(28)** con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su art. 7º, inc. b), fija la obligación del Estado de "actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer" **(29)**. Las referencias al Sistema Universal parten de la labor del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la mujer. Recordemos que la CEDAW, en su art. 2º, establece como obligación general de los Estados parte la eliminación de la discriminación contra la mujer. Dicha obligación consiste en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, en especial la violencia por razón de género; al tratarse de una obligación de carácter inmediato, las demoras no se pueden justificar por ningún motivo, ya sea económico, cultural o religioso **(30)**. La recomend. gral. 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, detalla una serie de medidas a ser adoptadas por los Estados partes "en las esferas de la prevención, la protección, el enjuiciamiento y el castigo, la reparación, la recopilación y supervisión de los datos y la cooperación internacional a fin de acelerar la eliminación de la violencia por razón de género contra la mujer. Todas las medidas deberían aplicarse con un enfoque centrado en la víctima o superviviente, reconociendo a las mujeres como titulares de derechos y promoviendo su capacidad para actuar y su autonomía, en particular la evolución de la capacidad de las niñas, desde la infancia hasta la adolescencia. Además, las medidas deberían concebirse y aplicarse con la participación de la mujer, teniendo en cuenta la situación particular de las mujeres afectadas por las formas interrelacionadas de discriminación" **(31)**.

A partir de esas nociones, citaremos dos fallos que concretan este deber en el marco de actos de violencia económica y patrimonial en el contexto de las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio.

El primero que comentamos es el de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal que revocó el sobreseimiento del excónyuge quien enajenó un vehículo de carácter ganancial a espaldas y sin el consentimiento de su exesposa, quien en consecuencia se vio perjudicada al no recibir la parte que le correspondía por la venta del bien. Para ello, conforme alude expresamente el fallo, el imputado falsificó las firmas de su exmujer y justificó la ausencia de su cónyuge alegando un cuadro depresivo a raíz del conflicto matrimonial. Asimismo, en orden a perfeccionar tal operación, llevó a una mujer al Registro de la Propiedad Automotor quien se hizo pasar por su excónyuge **(32) (33)**. El juez de grado dictó el procesamiento del imputado por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de estafa en concurso ideal con el delito de falsificación de documento público. La Cámara confirmó el criterio del juez y descartó la tacha de arbitrariedad alegada por la defensa en su recurso pero entendió que correspondía evaluar el caso a la luz del art. 185 en atención a que, a la fecha de los eventos estaban casados.

(28) "Los instrumentos internacionales que rigen la materia, a la luz de la interpretación que de ellos han ido haciendo los organismos internacionales —esto es, 'en las condiciones de su vigencia'— han construido un estándar superior del deber de debida diligencia para los casos de violencia contra las mujeres" (UFEM - Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres, "Jurisprudencia y doctrina sobre debida diligencia reforzada en la investigación de crímenes de género", Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, p. 8 *https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2017/08/Ufem_Dossier-2.pdf*.

(29) A efectos de visualizar la construcción jurídica del deber de debida diligencia por parte de la Corte IDH en los casos de violencia de género, la sentencia dictada en el caso "González y otras ('Campo algodonero') vs. México" (sent. de 16/11/2009), nos ilustra acerca del *corpus iuris* que rige en la materia.

(30) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomend. gral. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomend. gral. 19, CEDAW/C/GC/35, párr. 21.

(31) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general núm. 35 citada, párr. 28.

(32) Cámara Federal de Casación Penal, sala I, "R., E. Á. s/ delito de acción", 30/12/2016, LA LEY 2017-C, 121, AR/JUR/91383/2016.

(33) Puede verse el interesante comentario del fallo en cuestión efectuado por MOLINA de JUAN, Mariel, ob. cit.

El fallo de Casación, en el voto del juez Hornos, analiza la solución desde una perspectiva de género. Enmarca el caso en las previsiones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y las recomendaciones del Comité que la misma crea; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer) y en lo dispuesto en la ley 26.485, y encuentra que la conducta del cónyuge orientada a defraudar los derechos patrimoniales de su esposa constituye violencia de género del tipo económica y bajo la modalidad de violencia doméstica (arts. 5.4.a y 6.a de la ley 26.485), y que la maniobra investigada estuvo rodeado de prejuicios asociados a estereotipos discriminatorios hacia la mujer —art. 6º de la Convención Do Pará y art. 5º inc. a) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer—. Por tanto entiende que "la cláusula del art. 185 en cuanto exime de pena por los delitos de orden patrimonial causados por el cónyuge hombre en perjuicio de la cónyuge mujer e impide la investigación de los hechos, contraviene en forma expresa, las obligaciones asumidas por el Estado Argentino al momento de ratificar la Convención de Belém Do Pará y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", en particular, el deber de debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Por lo que "la aplicación del art. 185 del Código Penal, no supera el test de convencionalidad porque atenta contra la posibilidad de investigar y sancionar hechos calificados como violencia de género a cuya erradicación el Estado se comprometió. A la vez, entiende que los fundamentos del mencionado artículo que esgrime la Cámara, anclados en sustraer de la injerencia estatal las relaciones que se dan en el ámbito familiar, no resultan aplicables a casos como el de autos, pues "ya no es posible sostener que la violencia de género intrafamiliar es un supuesto en el cual el Estado no debe intervenir". Entendemos resulta de central importancia este argumento, puesto que reivindica una conquista fundamental en materia de géneros, como es la responsabilidad estatal en relación con las violaciones de derechos que ocurren dentro de las familias. El devenir de la historia de las familias demuestra que durante siglos muchas de las conductas violatorias de los derechos de las mujeres quedaban fuera de la injerencia estatal y sometidas a la jerarquía masculina que se erigía en el ámbito de lo doméstico.

El otro decisorio que comentamos, del Tribunal Colegiado de Familia Nº 7 de Rosario **(34)**, se dicta a partir de la solicitud de tutela anticipatoria solicitada por la cónyuge de lo que en definitiva le corresponda en la liquidación final de los bienes pertenecientes a la comunidad de ganancias habida con quien fuera su esposo, del que se encuentra divorciada desde el 02/06/2016. Se separó de hecho en el año 2013 y desde ese momento la administración y disposición de los bienes de la comunidad de ganancias se encontraron exclusivamente en manos de su cónyuge. El tribunal advierte "claramente una posición dominante, una relación desigual de poder por parte del exesposo respecto de quien fuera su esposa y madre de su descendencia, la cual afecta su integridad psicológica y económico-patrimonial". Tal posición dominante, afirma el fallo, se desprende del accionar del demandado a lo largo de los procesos **(35)**, tanto des-

(34) TColeg. Familia Nº 7 Rosario, 18/08/2017, "L., S. M. c. M., C. D. s/ tutela anticipada", AR/JUR/70695/2017.

(35) Citamos el complejo de causas que trae a colación el fallo: "1) Causa "L.S. c. M. C. s/ alimentos', iniciado en fecha 01/08/2014, en la cual recayó sentencia Nro. 4970 de fecha 11/12/2015, en la que se fijó una cuota alimentaria definitiva a favor de dos hijas en la suma de $6.000 mensual a cada una de ellas y a favor de la cónyuge separada de hecho la suma de $3.000 mensual. Debe señalarse que una vez dictado el divorcio vincular, el señor M. solicitó el cese de los alimentos con resultado favorable, iniciando la señora L. la compensación económica. 2) Causa 'M.C. c. L. S. s/ divorcio vincular', iniciado el 21 de setiembre de 2015, con sentencia Nro. 2145 de fecha 2 de junio de 2016, en la que se establece que la comunidad de ganancias se extingue en fecha 11 de marzo de 2016. En dicho proceso se fijaron tres audiencias conforme lo normado por el art. 438 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, a los que el señor M. nunca compareció (...)3) Causa 'L.S. c. M.C.', iniciada el 24 de octubre de 2016, en turno de urgencia, habiéndose ordenado la medida de prohibición de acercamiento del señor M. hacia la señora L. por la Jueza Dra. Graciela Carciente. Resulta importante destacar que la denunciante manifiesta que en el marco de una reunión familiar 'para ver el tema de la partición de bienes, yo le dije que de mi casa no me iba a ir, que me correspondía la mitad, él respondió que si no me iba de mi casa me sacaba con los pies para adelante, es decir muerta' (fs. 3). La Psicóloga Belmonte, integrante del

de el punto de vista fáctico como discursivo. De sus dichos "se desprende una visión de la mujer estereotipada que restringe su libertad, su capacidad, su desarrollo, cercenando claramente el derecho de toda mujer a elegir libremente y tener una vida digna de acuerdo con sus principios y valores (...) Juzgar el modus vivendi adoptado por el matrimonio, en relación con las tareas del hogar, la comida, etc., como responsabilidad única de la señora L. pone en evidencia el lugar al que la misma quedó relegada a lo largo de 25 años de matrimonio y la función de "proveedor", detentador del poder económico y general del grupo familiar en la cual se asentó el señor M. Por otra parte, la crítica que este realiza sobre el modo en que la señora L. resolvió las labores que quedaron a su cargo, revela su visión de que ha de ser la esposa quien cargue, en el sentido de la responsabilidad y del trabajo físico, con todas las tareas" **(36)**. A la vez, el fallo revela la conducta obstruccionista del cónyuge en los procesos (falta de interés en resolver los efectos derivados del divorcio, entre ellos la cuestión de los bienes; incomparecencia injustificada a las tres audiencias dispuestas conforme al art. 438 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; a la vez estima posible inferir mala fe de la propuesta formulada por el exesposo en relación con los bienes, dado el ocultamiento del patrimonio real, específicamente, respecto del cereal acopiado). Entendiendo entonces que la demandante es una pretensora diferenciada, que conforma el grupo de personas denominadas vulnerables, que exigen una tutela de protección especial, otorga la tutela anticipada solicitada y encuadra normativamente la decisión en el plexo normativa que brinda protección para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

III. Palabras de cierre

La relectura y resignificación de las herramientas jurídicas del derecho privado, en particular del derecho de familias, en perspectiva de géneros, comprende el análisis del devenir de su interpretación y aplicación. Conscientes que la armonización de la rama con el derecho internacional de los derechos humanos tiene en el derecho reglamentario su primer y decisivo paso, pero que el arribo a la letra de los Códigos de institutos que pretenden que cobre visibilidad la desigualdad histórica entre los géneros no alcanza, si no va de la mano con una interpretación y aplicación que devele en cada caso la trama de subordinación y brinde una respuesta jurídica en pos de la igualdad.

equipo Interdisciplinario observa que la problemática es esencialmente económica y la forma como cada parte resarcirá a la otra de acuerdo a lo que sienta le corresponde como derecho adquirido o como producto del esfuerzo propio (fs. 30/32). 4) Causa 'L. S. s/ atribución de vivienda' (...). 5) Causa 'L.S. c. M.C. s/ compensación económica' (...). 6) Causa 'L. S. s/ medidas cautelares y preparatorias' (...). 7) Causa 'L. S. c. M. C. s/ administración y disposición de bienes' (...) 8) Causa 'M. C. c. L. S. s/ medidas cautelares y precautorias' (...) 9) Causa 'M. C. c. L. S. s/ venias y dispensa' (...), para la venta del inmueble asiento del hogar conyugal'.

(36) Pueden citarse algunas de las manifestaciones del demandado al contestar traslado que trae a colación el fallo y que denotan tal visión estereotipada de roles y funciones familiares 'la señora L. durante los días de semana no cocinaba, sino que compraba viandas ya preparadas, que suelen tener mayor costo que las elaboradas por sus propias manos, que contaba con una persona que hacía tareas de limpieza a la que se suele abonar entre $60 y $100 la hora, cuenta con una persona que hace tareas de jardinería al que abona entre $250 y $320 según la superficie de césped que corte (...). Manifiesta que no le sorprendería que al estar actualmente haciendo dieta bajo órdenes del médico endocrinólogo Dr. P. lo sea para acreditar en autos que bajó de peso por no alimentarse".

La legítima hereditaria y su protección: reflexiones a propósito de la ley 27.587

María José Fernández (*)

Sumario: I. Introducción. Planteo de la cuestión.— II. Evolución.— III. Vientos de cambio. ¿Que modificó la ley 27.587?— IV. La finalidad de la reforma. Principales críticas.— V. Breves palabras de cierre.

I. Introducción. Planteo de la cuestión

En el campo del derecho de las sucesiones, la sanción del Código Civil y Comercial no ha significado una total ruptura con lo anterior, sino el propósito de su perfeccionamiento y de su adecuación a la realidad del mundo jurídico actual **(1)**, razón por la cual el legislador ha sostenido la estructura del Código Civil derogado y sus tradicionales instituciones.

Coincidimos con la afirmación según la cual la búsqueda de un derecho sucesorio acorde con las necesidades sociales contemporáneas debe estar guiada por el interrogante acerca de cuanta libertad puede soportar el régimen jurídico sin violar el respeto y los derechos de los terceros, por lo que el verdadero desafío gira en lograr un sistema legal abierto, receptivo y respetuoso de la autonomía/libertad con responsabilidad y solidaridad **(2)**.

La legítima, porción de la herencia de la que ciertos herederos no pueden ser privados por disposiciones de última voluntad ni por actos entre vivos, resulta ser el punto de confluencia de principios jurídicos que gozan de idéntica jerarquía, tales como la libertad de disponer de la propiedad, la solidaridad y la protección del patrimonio familiar; que opera limitando fundamentalmente el poder dispositivo de la persona humana en lo que a los actos gratuitos se refiere.

Como hemos sostenido en otro trabajo **(3)**, la consagración de la legítima como institución de orden público del derecho sucesorio justifica la articulación de distintas herramientas y acciones tendientes a su protección. En tal entendimiento, el legislador ha mantenido como principio la irrenunciabilidad de la legítima futura (art. 2449, Cód. Civ. y Com.), la prohibición al testador de imponer gravámenes o condiciones a dicha porción (art. 2447, Cód. Civ. y Com.), y la consagración legislativa de las acciones típicas destinadas a su protección: la acción de entrega de la legítima, la acción de complemento y la acción de reducción **(4)**.

(*) Abogada; escribana pública titular del registro notarial 259 (CABA); profesora regular adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA); correo electrónico mariafernandez@derecho.uba.ar.

(1) BELLUSCIO, Augusto C., "Los puntos fundamentales del Anteproyecto de Código Civil en materia de sucesiones", JA 2012-III, 1292.

(2) HERRERA, Marisa – PELLEGRINI, María V., "Manual de derecho sucesorio", Ed. Eudeba, Bahía Blanca, 2015, p. 19.

(3) FERNÁNDEZ, María José, "Protección de la legítima vs. títulos perfectos", en ILUNDAIN, Mirta – ARIANNA, Carlos A. (coords.), *El derecho de familia y sucesiones en la jurisprudencia Nacional*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 205 y ss.

(4) El Cód. Civ. y Com. regula tres acciones cuya finalidad es la protección de la legítima hereditaria, a saber: 1. La acción de entrega de la legítima (art. 2450, Cód. Civ. y Com.) concedida al legitimario omitido en el testamento del causante mediante la institución de herederos universales, o cuando el difunto no ha dejado bienes pero

Circunscribiendo nuestro análisis a la vulneración de la porción legítima que tiene su causa en donaciones —cuestión que es objeto de la reforma legislativa bajo análisis— cabe señalar que la gratuidad de los actos realizados en vida por el causante ha sido abordada por el Código Civil y Comercial a través de dos tradicionales instituciones: la colación y la reducción.

La primera, ajena a la vulneración de la legítima, se funda en la idea de que toda donación a favor de un descendiente o el cónyuge importa un anticipo de su porción hereditaria, de modo que el valor de lo donado —valuado en la forma que indica el art. 2385, Cód. Civ. y Com. **(5)**— debe ser computado contablemente en la masa hereditaria e imputado como "valor recibido a cuenta" en la hijuela del donatario **(6)**. Por tratarse de una operación contable, la colación no afecta en modo alguno los bienes registrables que fueron objeto de la donación, engendrando un dominio y un título perfecto.

La segunda, una de las acciones tutelares de la legítima y la que mayores decisiones jurisprudenciales ha originado **(7)**, resulta procedente cuando su agravio está causado en disposiciones testamentarias y/o donaciones inoficiosas, definidas estas últimas como aquellas "cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante" (conf. art. 1565, Cód. Civ. y Com.). Esta acción, cuando de donaciones se trata, tiene como efecto la resolución del contrato y la reducción de la liberalidad a los términos necesarios para cubrir la legítima lesionada.

Adicionalmente, la reducción está dotada del efecto "reipersecutorio" que permite al agraviado perseguir los bienes registrables objeto de la donación (art. 2454, Cód. Civ. y Com.) contra terceros adquirentes de estos, sin perjuicio de la opción reconocida al donatario y a los terceros de impedir la resolución entregando al legitimario la suma de dinero para completar el valor de su legítima.

En cualquier caso, la amenaza resolutoria de la donación "potencialmente" inoficiosa, convierte el dominio del donatario en imperfecto y determina que los bienes registrables donados queden colocados fuera del comercio o resulte depreciado su valor.

II. Evolución

La cuestión de la inoficiosidad de las donaciones y la imperfección de los títulos provenientes de ellas ha dado lugar a uno de los temas de mayor debate y controversia en el ámbito jurídico en general. Ello así porque, a la par que el contrato de donación se encuentra enormemente difundido en nuestro medio —especialmente entre ascendientes y descendientes, es decir como un típico negocio jurídico familiar **(8)**—, la revocabilidad del dominio que tiene su origen en la gratuidad del acto termina por expulsar temporalmente del tráfico jurídico y el acceso al crédito una gran cantidad de inmuebles —entre otros bienes registrables—.

Esta es la cuestión que abordan las modificaciones introducidas al Código Civil y Comercial de la Nación por ley 27.587, y que ya ha desatado renovados debates así como interpretaciones

---

ha efectuado donaciones; 2. La acción de complemento (art. 2451, Cód. Civ. y Com.), que permite al legitimario que por cualquier título ha recibido menos de su porción legítima demandar su complemento; y 3. La acción de reducción de las disposiciones testamentarias y de las donaciones efectuadas por el causante que hubieran resultado inoficiosas (arts. 2452 y 2453, Cód. Civ. y Com.).

(5) Esta norma, en lo que aquí interesa dice: "Art. 2385.- Personas obligadas a colacionar. Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento. Dicho valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación ..."

(6) FERNÁNDEZ, María José, "Herencia forzosa y liberalidades en el Código Civil y Comercial de la Nación", RDF 69, 191, AR/DOC/4820/2015.

(7) HERNÁNDEZ, Lidia B. – UGARTE, Luis A., "Tratado de las sucesiones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, t. II, ps. 373 y ss.

(8) En la Sesión de la Cámara de Diputados del 11/11/2020 de aprobación de la ley 27.587 se destacó: "Esta situación la observamos patentemente tanto en la ciudad como en la provincia de Buenos Aires, ya que el 40 por ciento de los inmuebles tiene entre sus antecedentes dominiales una donación. Si hablamos de inmuebles rurales, el universo avanza al 50 por ciento".

encontradas y aparentemente irreconciliables en la doctrina nacional **(9)**.

Haciendo un breve repaso De la evolución del tema, cabe señalar que, vigente el Código Velezano, se perfilaron —en lo que aquí interesa— distintas líneas de interpretación **(10)** que podrían sintetizarse así:

a. quienes entendían que entre coherederos forzosos la acción vinculada a las liberalidades era siempre la colación, con lo cual la reparación de la desigualdad o la eventual afectación a la legítima con origen en una donación efectuada a un legitimario era siempre en valores, siendo su consecuencia la perfección del dominio del bien donado en cabeza del donatario y los sucesivos adquirentes y **(11)**;

b. quienes sostenían que ninguna norma al conceder la colación negaba al heredero forzoso la reducción **(12)**, por lo que, si la donación al legitimario avanzaba sobre la porción legítima de un coheredero, este podía accionar por reducción **(13)**. En esta posición, la vulneración de la legítima habilitaba siempre la reducción sin importar el carácter que revistiera el destinatario de la donación, y engendraba en cabeza del donatario un dominio imperfecto, por encontrarse siempre sujeto a la condición resolutoria de no afectar —al fallecimiento del donante— la legítima hereditaria; y

c. quienes entendían que la acción de reducción tenía siempre carácter personal y negaban el carácter reipersecutorio al que refería el art. 3955 del Cód. Civil derogado. En el caso, el contrato de donación se reputaba siempre un título perfecto **(14)**.

El Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1/08/2015 se hizo cargo de la disputa y —para gusto de algunos y disgusto de otros **(15)**— abordó la cuestión de la legítima hereditaria y la acción de reducción de las donaciones inoficiosas de la siguiente forma:

— Redujo las porciones legítimas de 4/5 a 2/3 en el caso de los descendientes; de 2/3 a 1/2 en el caso de los ascendientes y mantuvo en ½ la

(9) Ver entre otros: AZPIRI, Jorge O. – CÓRDOBA, Marcos M. – FERRER, Francisco A. M. – GUILISASTI, Jorgelina – GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban M. – IGLESIAS, Mariana B. – MARTÍNEZ, Gerónimo J. – MEDINA, Graciela – ORLANDI, Olga – PÉREZ LASALA, Fernando, en FERRER, Francisco A. M. (coord.), "Dossier de derecho sucesorio. Ley 27.587 de reformas al Código Civil y Comercial en materia de sucesiones", Ed. Rubinzal-Culzoni; SOLARI, Néstor E., "Donaciones realizadas a descendientes y cónyuges", LA LEY 02/12/2020, 10; CAPPARELLI, Julio C., "Donación a un descendiente o al cónyuge. Modificación sobre la acción de colación y reducción. Ley 27.587", LA LEY del 22/02/201, 1; CABULI, Ezequiel – LORENZO, José María, "El proyecto de modificación de la acción de reducción en donaciones inoficiosas", LA LEY del 23/10/2020, 1; MOURELLE de TAMBORENEA, María C., "La ley 27.587: las donaciones a herederos legitimarios y sus efectos reipersecutorios respecto de los terceros de buena fe a título oneroso", RCCyC 2021 (marzo), 46, AR/DOC/103/2021; ZAVALA, Gastón A., "La acción de reducción y la aplicación temporal de la ley 27.587", RCCyC 2021 (marzo), 73, AR/DOC/168/2021; URBANEJA, Marcelo E., "Los títulos provenientes de donaciones inmobiliarias a partir de la vigencia de la ley 27.587", LA LEY del 20/04/2021, 1; MAZZINGHI, Jorge A. M., "La ley 27.587 persigue un fin específico y se lleva por delante instituciones importantes del derecho civil", RCCyC 2021 (marzo), 37, AR/DOC/109/2021; ETCHEGARAY, Natalio P., "Análisis de la observabilidad de los títulos de propiedad según la fecha de la donación", ADLA 2021-3, 17.

(10) Para un mayor desarrollo de la cuestión, ver FERNÁNDEZ, María José, ob. cit., p. 205.

(11) El Proyecto de Reformas al Código Civil del año 1998 elaborado por la Comisión designada por Decreto del PEN 685/1995, fuente directa del Cód. Civ. y Com. aprobado por ley 26.994 al abordar esta debatida cuestión —y con el declarado propósito de dar certeza sobre ella— se inclinó por esta posición. Así, en el art. 2340 estableció que "La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor exceda la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero". Reservó en consecuencia la acción de reducción de donaciones para aquellos casos en que sus beneficiarios no revistieran el carácter de descendientes o cónyuges del donante.

(12) DI LELLA, Pedro, "Reducción de la donación a herederos forzosos (O de como la donación es siempre un título imperfecto al dominio)", JA 1995-IV-689.

(13) ZANNONI, Eduardo A., "Derecho civil. Derecho de las Sucesiones", t. 2, nros. 983 y ss.; BORDA, Guillermo A., "Tratado de derecho civil. Sucesiones", 6ª ed., t. II, nros. 966 y ss.; entre otros.

(14) LLORENS, Luis Rogelio, "Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares", en ARMELLA, Cristina N. – LLORENS, Luis R. – LAMBER, Rubén, Ed. Centro Norte, p. 130.

(15) Ver entre otros CERAVOLO, Francisco, "Donaciones Inoficiosas. Propuesta de Modificación del Proyecto de Código", LA LEY 2012-F, 904.

del cónyuge, a la par que incorporó la mejora estricta a favor del ascendiente o descendiente con discapacidad (art. 2448, Cód. Civ. y Com.).

— Mantuvo la definición y caracterización como inoficiosas de aquellas donaciones que, al fallecimiento del donante, exceden la porción de la que el causante puede disponer sin agravio a la legítima (art. 1565, Cód. Civ. y Com.).

— Legitimó en forma expresa a los herederos obligados a colacionar —descendientes y cónyuge **(16)**— como sujetos de la acción de reducción, reglada por los arts. 2453 a 2459 del Cód. Civ. y Com. (conf. art. 2386 *in fine*), adoptando la posición expuesta en el punto b) anterior.

— Adoptó la tesis según la cual toda donación proviene de un título que, en virtud de la ley, conlleva la posibilidad de ser resuelto o revocado (conf. arts. 2454 y 2457, Cód. Civ. y Com.), y reguló con claridad su efecto reipersecutorio contra terceros adquirentes de los bienes registrables objeto de la donación (art. 2458, Cód. Civ. y Com.).

— Atemperó el principio de la reducción en especie admitiendo que tanto el donatario como los subadquirentes del bien registrable objeto de la donación desinteresen al legitimario en dinero (conf. art. 2458, Cód. Civ. y Com.).

— Limitó el efecto temporal de la revocabilidad del dominio y la correlativa imperfección de los títulos, estableciendo la improcedencia de la reducción contra el donatario y/o el subadquirente que hubiera poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión (art. 2459, Cód. Civ. y Com.) **(17)**.

III. Vientos de cambio. ¿Que modificó la ley 27.587?

La norma referida, en vigencia desde el 25/12/2020 modificó los arts. 2386, 2457, 2458 y 2459 del Cód. Civ. y Com., inclinando la balanza en favor de dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico (seguridad dinámica) en desmedro de la protección legitimaria (seguridad estática), con la declarada finalidad de revitalizar la circulación inmobiliaria.

Para la consecución de su objeto apela a los siguientes instrumentos: a. Reconfigura el elenco de legitimados para el ejercicio de la acción de reducción de donaciones, y b. Priva de efectos retroactivos a la resolución del dominio con motivo de la reducción declarada por los jueces limitando el efecto reipersecutorio de la reducción frente a los adquirentes de buena fe y a título oneroso de los bienes donados.

A continuación, analizamos separadamente las modificaciones introducidas por la ley 27.587, a saber:

III.1. El artículo 2386 del Código Civil y Comercial

El art. 2386 del Cód. Civ. y Com. en su redacción definitiva dice: "Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero".

La norma **(18)** excluye la legitimación activa y pasiva de los descendientes y el cónyuge para accionar por reducción de donaciones inoficiosas cuando el beneficiario de la donación hubiera sido un coheredero, no resultando aplicables en tal caso las normas contenidas en el tít. X del Libro Quinto del Cód. Civ. y Com.

Como se ha señalado, lo que hace la reforma es "quitar" la acción de reducción propiamente dicha, evitando que el bien sea restituido en

(16) El Cód. Civ. y Com. al igual que el Proyecto de 1998 excluyó a los ascendientes de la nómina de obligados a colacionar aun cuando mantienen su carácter de legitimarios.

(17) Esta norma ha dado lugar también a encendidos debates, y si bien su análisis en este aspecto excede los temas a abordar en este trabajo se sugiere compulsar KIPER, Claudio, "Naturaleza del plazo para sanear una donación", *Revista del Notariado* nro. 928, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 2017; HERNÁNDEZ, Lidia B. – UGARTE, Luis A., ob. cit., p. 403; MIRABILE, Andrea L., "Las donaciones en el Código Civil y Comercial de la Nación y su trascendencia en el mercado inmobiliario y en la planificación sucesoria", en ZABALA, Gastón A. (dir.), "La función notarial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 587.

(18) Con idéntica redacción al art. 2340 del Proyecto de 1998 que hemos transcripto en la nota 13.

especie **(19)**, disponiendo expresamente que corresponderá la acción de colación. La modificación tiene una importancia significativa, porque como la colación se hace en valores y no en especie, se concreta en una operación contable pero nunca con la reipersecución del bien donado **(20)**.

En consecuencia, la donación al descendiente o cónyuge engendrará siempre un dominio perfecto y un título inobservable, pudiendo el donatario disponer libremente de los bienes registrables comprendidos en la donación, pues en virtud de la nueva normativa su obligación ha mutado a la de entregar una suma de dinero para compensar la diferencia entre el valor de lo que efectivamente recibió por donación y lo que le correspondía por su cuota hereditaria más, en su caso, lo atribuido por dispensa o mejora en la medida de la porción disponible **(21)**.

Debe destacarse que —en esta hipótesis— los actos de transmisión o constitución de derechos reales sobre bienes registrables realizados por el donatario resultarán inatacables aun cuando hubieran sido realizados a título gratuito, pues el efecto reipersecutorio está ausente en la colación sin distinciones. Si no hay resolución del dominio del donatario no puede haber reipersecución contra sus sucesores universales o particulares por cualquier título.

Tratándose de la colación, tampoco resulta aplicable el límite temporal que establece el art. 2459 del Cód. Civ. y Com. por cuanto dicha norma enerva exclusivamente la acción de reducción.

III.2. La modificación de los artículos 2457 y 2458 del Código Civil y Comercial

Los arts. 2457 y 2458 del Cód. Civ. y Com. refieren a las consecuencias de la reducción declarada por los jueces sobre los actos de constitución o transmisión de derechos reales realizados por el donatario o sus sucesores respecto de los bienes registrables que fueron objeto de la donación y los límites a su reipersecución.

La primera de dichas normas dispone: "Derechos reales constituidos por el donatario: La reducción extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o sus sucesores. Sin embargo, la reducción declarada por los jueces no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso".

Conforme a lo expuesto, en virtud de la posición adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación, el donatario detenta sobre el bien registrable objeto del acto gratuito un dominio imperfecto, por cernirse sobre él una causa de resolución que afecta su perpetuidad: la condición legal de que la donación no resulte a la postre inoficiosa.

En materia de transmisión de derechos reales y personales, el art. 399 del Cód. Civ. y Com. consagra el principio según el cual "Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene". Por ello, y concretamente en materia de bienes registrables, la resolución del dominio tiene —en principio— efectos retroactivos (conf. art. 1967, Cód. Civ. y Com.). Ese mismo principio es el que recoge el art. 2457 del Cód. Civ. y Com. en su texto según ley 26.994, que continúa plasmado en el primer párrafo de la norma.

La modificación del art. 2457 introduce una excepción al principio *nemo plus iuris* que —a pesar de su innegable trascendencia— no es de carácter absoluto, configurando un supuesto de adquisición legal en los términos del art. 1894 del Cód. Civ. y Com. **(22)**. Consecuencia de ello es que la resolución de la donación, que tiene lugar con motivo de la reducción declarada por los jueces, quedará privada de sus efectos retroactivos en razón de la concurrencia de dos

(19) SOLARI, Néstor E., "Donaciones realizadas a descendientes y cónyuges", LA LEY 2020-F, 565.

(20) AZPIRI, Jorge O., ob. cit., p. 5 y ss.

(21) *Ibid.*

(22) Habrá adquisición legal cuando la atribución de un derecho de propiedad acaezca por imperativo legal. Ello acontece frente a distintas hipótesis "sobrevinientes" que esta norma contempla, las que han sido admitidas en beneficio del titular o titulares (CAUSSE, Federico – PETTIS, Christian R., en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián [dirs.], "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Infojus, t. V, p. 17).

factores que determinarán la adquisición legal del derecho: la onerosidad del acto y la buena fe del adquirente. A contrario sensu, el efecto retroactivo y el reipersecutorio subsistirán cuando alguno de los factores aludidos no se verifique.

La reforma de la norma anteriormente comentada ha causado la necesaria reforma del art. 2458 *in fine* que en su nueva versión dice: "Acción reipersecutoria. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota de legítima".

¿Por qué decimos que se trata de una consecuencia lógica de la modificación al art. 2457? Básicamente, porque el art. 2457 obtura el efecto retroactivo de la resolución del dominio dotando de plena validez a los actos de constitución o transmisión de derechos reales realizados por el donatario en las condiciones de la norma. En tales casos, los terceros no podrían estar alcanzados por la reipersecución pues su dominio es perfecto.

Va de suyo que, en la hipótesis, tampoco podrá reclamarse de los subadquirentes la compensación en dinero del perjuicio a la legítima, pues ello resulta ser un sucedáneo de la reipersecución o, mejor dicho, una opción para el obligado a restituir en especie. Si esta obligación no existe tampoco aquella.

*III.3. La modificación del artí*culo *2459 del Código Civil y Comercial*

A esta altura resulta relevante determinar en qué consiste la "buena fe" del adquirente a título oneroso, que le permitirá ponerse a cubierto del efecto retroactivo y reipersecutorio de la reducción. Es aquí donde la reforma a los arts. 2457 y 2458 del Cód. Civ. y Com. empalma con la introducida al art. 2459 del Cód. Civ. y Com. que en su definitiva redacción dice: "Prescripción adquisitiva. En cualquier caso, la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el art. 1901. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación".

El bloque de normas reformadas no brinda un concepto especial de lo que debe entenderse en esta situación concreta por buena o mala fe **(23)** del adquirente. Sin embargo establece en forma expresa que el conocimiento de la existencia de la donación no es causa suficiente para excluir o descartar la buena fe del poseedor. Es decir que, el conocimiento de la donación no lo excluirá automáticamente de la protección legal que las normas reformadas procuran a su favor.

La interpretación armónica de las normas modificadas y la presunción de buena fe que informa nuestro ordenamiento jurídico (conf. art. 1919), nos lleva a concluir que el tercero a favor de quien se constituyan o transmitan reales sobre bienes registrables no podrá ponerse a resguardo de los efectos de la reducción cuando se demuestre que la adquisición fue gratuita o cuando conociera que el acto se realizaba en fraude a la legítima de alguno de los herederos del donante.

Como señala Graciela Medina: "La buena fe del adquirente se verá afectada cuando el mismo comprador sea parte de la maniobra defraudatoria o conozca que la venta es con fines fraudulentos o de mala fe, pero la simple existencia de la donación entre los antecedentes no hace presumir la carencia de buena fe en el comprador" **(24)**.

Será en definitiva la jurisprudencia la que a través de los casos que se presenten para su intervención dará contenido y determinará las pautas para la calificación de la buena o mala fe del adquirente.

(23) Esto marca un contrapunto con otros supuestos de excepción al principio *nemo plus iuris* que aparecen en el campo del derecho sucesorio, en los que el legislador ha establecido una definición de lo que debe entenderse por buena o mala fe. En tal sentido, el art. 2283, Cód. Civ. y Com., impide extender los efectos de la indignidad a los sucesores particulares del indigno de buena fe, reputando de mala fe al que conociera la existencia de la causa de indignidad; y el art. 2315 reputa validos los actos de disposición otorgados por el heredero aparente a favor de terceros de buena fe, siendo tales los que ignoraran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de este último estaban judicialmente controvertidos.

(24) MEDINA, Graciela, ob. cit., p. 92.

IV. La finalidad de la reforma. Principales críticas

La reforma que instrumenta la ley 27.587 tiene el deliberado propósito de favorecer el tráfico jurídico de los bienes registrables, y particularmente la circulación inmobiliaria, privilegiando lo que se ha dado en llamar "la seguridad dinámica" **(25)**, por lo que ha traído al centro de la escena la permanente tensión que se presenta entre los distintos principios en juego: el tráfico jurídico, la protección de la legítima hereditaria y la autonomía de la voluntad, todos ellos ponderables y representativos de intereses dignos de protección por parte del ordenamiento jurídico.

La conjugación de los intereses apuntados aparece como irreconciliable, pues inclinar la balanza en favor de alguno de ellos supone algún grado de sacrificio de los restantes; razón por la cual la reforma ha despertado críticas de distinta índole entre quienes inclinan sus preferencias en favor de una protección más intensa de la legítima hereditaria.

Los argumentos de las voces más críticas se han centrado en general en los siguientes puntos: 1) La constitucionalidad de la reforma **(26)**; 2) La falta de armonía de la ley en el contexto del Código Civil y Comercial y la violación del orden público sucesorio; y 3) El concepto de buena fe que resulta del art. 2459 del Cód. Civ. y Com., a los cuales nos referiremos sintéticamente a continuación.

IV.1. Constitucionalidad de la reforma

Se ha sostenido que la reforma desvirtúa el sistema de legítimas y estructura un régimen que frustra totalmente el mecanismo defensivo del heredero forzoso lesionado con desconocimiento de las garantías constitucionales de la propiedad, de la herencia, de la igualdad y de la protección de la familia **(27)**.

Participamos de la idea que la protección de la familia consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y recogida por los instrumentos de Derechos Humanos que integran el bloque de Constitucionalidad Federal encuentra una de sus expresiones en el sistema legitimario con fundamento en la solidaridad y la conservación del patrimonio familiar, pero sin duda no es la única.

No coincidimos, sin embargo, con la tacha de inconstitucionalidad. Nuevas realidades y contextos pueden llevar al legislador a introducir cambios que determinen nuevos puntos de equilibrio en la interacción de los derechos fundamentales aludidos, sin suprimir ninguno de ellos. La reforma sostiene la legítima hereditaria y sus acciones protectorias variando la intensidad de su protección. La solución puede resultar opinable, pero es una decisión de política legislativa que puede adoptarse sin que implique vulneración de derechos fundamentales.

IV.2. La falta de armonía de la ley con el Código Civil y Comercial y el orden público sucesorio

En este punto, aunque algunos aspectos metodológicos de la ley puedan resultar cuestionables, la reforma luce ajustada al resto del ordenamiento en razón de que:

— Mantiene la vigencia de la definición de donación inoficiosa establecida por el art. 1565 del Cód. Civ. y Com. a la par que conserva el sistema legitimario y la calificación de la legítima hereditaria como institución de orden público del derecho sucesorio.

— Consagra acciones destinadas a la tutela de la legítima hereditaria a las que ya nos referimos al inicio de estas líneas, modificándose con exclusividad el efecto retroactivo y reipersecutorio de la acción de reducción.

— Establece en el art. 2457 del Cód. Civ. y Com. un supuesto de adquisición legal —lo cual se encuentra dentro de las competencias legislativas— morigerando el efecto reipersecutorio

(25) De ello dan cuenta los debates que tuvieron lugar en el parlamento con motivo de la aprobación de la ley en ambas Cámaras en las que se aprobó el proyecto por unanimidad y con una única abstención en la Cámara de Diputados.

(26) FERRER, Francisco A. M. – GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban M., "La amputación de la acción de reducción", LA LEY del 02/12/2020, 2.

(27) *Ibid.*

de la acción de reducción. Se elimina, en tales casos, el efecto retroactivo de la resolución del dominio lo cual también está dentro de las competencias del legislador a tenor de lo dispuesto por el art. 1967 del Cód. Civ. y Com.

— Se mantiene el efecto resolutorio de la reducción frente a los casos patológicos en los que se determine la existencia de negocios simulados o realizados en fraude a la legítima, pero se suprime en aquellos supuestos en los que el adquirente de derechos reales a título oneroso ha obrado con buena fe.

— La acción de reducción ha sido caracterizada tradicionalmente como una acción de carácter personal cuyo efecto reipersecutorio está ligado a que el objeto de la donación haya sido un bien registrable **(28)**. Es decir, que el efecto persecutorio de los bienes donados no es de la esencia de la acción de reducción. Ello ha quedado plasmado en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación que admite, en cualquier caso, que el donatario y/o el subadquirente compensen en dinero el perjuicio de la legítima.

— Limitar el efecto reipersecutorio no priva de acción al heredero. Su consecuencia directa es que el legitimario no estará cubierto frente a la eventual insolvencia del donatario. La insolvencia es, sin embargo, una vicisitud que puede afectar toda clase de créditos y obligaciones.

IV.3. El concepto de buena fe que resulta del artículo 2459

El legislador no ha estipulado un concepto preciso de lo que debe entenderse por buena fe, y a partir de ello se ha sostenido que, por tratarse de bienes registrables, corresponde estar a lo dispuesto por el art. 1902 del Cód. Civ. y Com. según el cual, cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales. Se llega por este camino a concluir que quien conoció la existencia de la donación no puede ser un adquirente de buena fe, pues sabe que la donación engendra un dominio resoluble.

Dicha interpretación, coherente con las normas derogadas y deducidas de lo que *no* dice el art. 2459 del Cód. Civ. y Com., prescinde sin embargo de lo que *sí* dice dicha norma: que el conocimiento de la donación no descarta de plano la buena fe del adquirente, lo cual guarda absoluta coherencia con la finalidad proclamada por el legislador al momento del debate y sanción de la norma que no puede ser dejada de lado al momento de la interpretación (conf. art. 2º Cód. Civ. y Com.).

Sin duda, cuesta cambiar el cristal a través del cual hemos analizado tradicionalmente el instituto, pero el agregado al art. 2459 no puede tener otro sentido que el de hacer pesar sobre el legitimario la carga de probar la mala fe del adquirente o la gratuidad del acto cuando quiera hacer valer los efectos resolutorios y/o persecutorios de la reducción. La mala fe del tercero no podrá presumirse y consistirá en el conocimiento cierto y probado de su parte de que la donación afectará ostensiblemente los derechos del heredero.

El Código Civil y Comercial ha ubicado la buena fe en su título preliminar lo cual supone adoptar su mayor grado de generalización: no ya una cuestión particular en materia contractual, ni siquiera de los actos jurídicos, sino más ampliamente, como un principio que informa todo el ordenamiento jurídico **(29) (30)**.

Sistematizando su contenido se ha distinguido entre buena fe "subjetiva" o buena fe "creencia" y buena fe "objetiva" o buena fe "lealtad". La primera, ajena al campo de los contratos, actúa ampliamente en el de los derechos reales, en el de obligaciones y en el de familia y sucesiones. Es la creencia del propio derecho que se utiliza

(28) En el Código Velezano el efecto reipersecutorio solo se desplegaba en caso de que la donación hubiera tenido por objeto un inmueble.

(29) TOBÍAS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), "Código Civil y Comercial comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª ed., t. I, coment. art. 9º, p. 69.

(30) En los Fundamentos del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. se dice: "Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, tuvieron un proceso histórico de generalización creciente. Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado".

para justificar la propia conducta atenuando los efectos de la ausencia de derecho **(31)**.

Como sostienen Spota y Leiva Fernández, "Por buena fe creencia entendemos la convicción razonada y diligente del contratante que se atiene a lo que surge de la apariencia, de lo externo, porque existe una situación invencible para poner de resalto la verdad jurídica" **(32)**.

Lógicamente, no podrá prescindirse del estudio de títulos, "investigación prolija, personal y crítica del derecho invocado por una persona, que la hace o no indudablemente titular de ese derecho" **(33)**, pero aquel resulta inhábil para valorar la buena o mala fe del adquirente cuyo contenido es extradocumental.

V. Breves palabras de cierre

Es indudable que el derecho no puede quedar indiferente a la evolución de la sociedad. El derecho, y en particular el de las sucesiones, es una realidad viva, en transformación, que comprende múltiples matices y que debe adaptarse a las relaciones sociales que reglamenta **(34)**.

No cabe duda de que la protección constitucional—convencional de las familias encuentra en la sucesión *ab intestato* y el sistema de legítimas una de sus expresiones, y que tal sistema sucesorio se encuentra sumamente arraigado en nuestra tradición jurídica y prácticas sociales, de las cuales también forma parte el contrato de donación como negocio típicamente familiar. También el altruismo **(35)** puede encontrar su cauce a través de la contratación gratuita, sin que las liberalidades queden limitadas al ámbito familiar.

La realidad demuestra que los negocios a los que se recurre con mayor frecuencia con la finalidad de vulnerar la legítima son los realizados en fraude a la ley y los simulados **(36)**, casos en los cuales se mantienen las sanciones legales, y que la voluntad encuentra siempre algún cauce por el cual realizarse. También enseña que el sistema legitimario no incluye a la pluralidad de formas de vivir en familia, ni asegura en todos los casos la realización de la justicia, especialmente en aquellos casos en los que los afectos presumidos por la ley no encuentran un correlato en los hechos.

Todo parece indicar que de esta batalla entre la autonomía, la seguridad del tráfico y la protección de la legítima hereditaria ha resultado un nuevo equilibrio. Solo el transcurso del tiempo nos permitirá evaluarlo a través de sus resultados concretos. Mientras ello ocurre, la realidad social de las familias seguirá cambiando y retroalimentando el debate.

---

(31) TOBÍAS, José W., ob. cit.

(32) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), ob. cit., t. III, coment. art. 961, p. 52.

(33) MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, "Estudio de títulos de dominio", *Gaceta del Notariado*, Santa Fe, año 9 mayo/diciembre de 1970, p. 627 cit. por ALTERINI, Ignacio E., "Transmisiones inmobiliarias", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 1ª ed.

(34) PÉREZ RAMOS, Carlos, "La autonomía de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar", en *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, nro. 33, Thomson Reuters - Aranzadi, p. 107.

(35) Debe destacarse que la reforma estuvo apoyada e impulsada por diversas instituciones sin fines de lucro que al recibir donaciones de bienes registrables encuentran obstáculos para su realización en virtud de la observabilidad de los títulos.

(36) ARIANNA, Carlos A., "Fraude a la legítima", *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2019-1, Ed. Rubinzal-Culzoni.

Derecho internacional privado y perspectiva de género: reflexiones en torno a la sustracción internacional de NNyA

Adriana Dreyzin de Klor (*)

Candela N. Villegas (**)

Sumario: I. Derecho internacional privado y perspectiva de género.— II. Tratados de derechos humanos con perspectiva de género.— III. Consideraciones finales.

"No estoy aceptando las cosas que no puedo cambiar, estoy cambiando las cosas que no puedo aceptar".
Angela DAVIS

I. Derecho internacional privado y perspectiva de género

Resulta difícil en la actualidad efectuar un adecuado análisis de la normativa de esta ciencia, sin tomar en consideración la perspectiva de género, dado que a través de esta mirada se trata de garantizar la tutela integral de la persona. En efecto, la igualdad de género se presenta como un criterio interpretativo de la normativa aplicable a las relaciones iusprivatistas internacionales imprescindible para garantizar el acceso a justicia.

Considerando esta perspectiva como instrumento para la igualdad, puede distinguirse una evolución que parte de una posición inicial centrada en la eliminación de las discriminaciones legales existentes contra las mujeres, hasta una actitud notablemente dinámica. Así, refleja la necesidad de adoptar medidas de acción positiva y políticas específicas para alcanzar la igualdad material o de facto **(1)**.

La adopción de la estrategia conocida como *gender mainstreaming,* expresión que se traduce al español como "transversalización de la perspectiva de género" implica ascender un escalón en la consecución de la igualdad de género; no se trata de un fin en sí mismo, sino de un medio para conseguir la igualdad.

Se debe destacar: "[S]i bien los modelos jurídicos tradicionales quisieron dirigir las reivindicaciones feministas desde el paradigma de la discriminación e igualdad de oportunidad, ello resultó inadecuado hasta la inclusión en todas las políticas públicas de la cuestión de la desigualdad de género" **(2)**.

(*) Profesora Emérita UNC. Miembro de número de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Colaboradora de la Comisión de reforma del Código Civil y Comercial en la elaboración de las normas de Derecho Internacional Privado. Investigadora 1 SECYT.

(**) Abogada. Escribana. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Becaria posdoctoral CONICET. Profesora de Derecho Internacional Privado, Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Siglo 21.

(1) DREYZIN de KLOR, Adriana, "Perspectiva de género en Derecho internacional privado", LA LEY 2020-A, 1080.

(2) RUIZ SUTIL, Carmen, "La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la vio-

Pensar la articulación de la perspectiva de género en el derecho internacional privado nos lleva a enfocarnos en esta oportunidad, en unos de los institutos más sensibles a la temática, la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes (RINNyA).

La regulación universal del instituto la encontramos en el Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH1980). Resulta imprescindible tomar en consideración que este Convenio data del año 1980, es decir ya hace cuatro décadas que se encuentra en vigencia, por lo que se debe ponderar el contexto histórico al momento de su celebración, que ciertamente, difiere del actual. La dinámica de las relaciones familiares ha ido variando con el transcurrir del tiempo y por lo tanto estimamos que las soluciones jurídicas que ofrece el DIPr deben acompasar el devenir y las transformaciones acaecidas en la sociedad.

A la hora de celebrar el CH1980, la perspectiva de género no fue tenida en cuenta; esta mirada no se abordaba del modo en que hoy la entendemos. Inclusive, las causas que daban lugar al traslado o retención ilícita de NNyA, también se han visto modificadas, existiendo una tendencia creciente a fundarse en problemas de violencia de género **(3)**.

En este trabajo analizamos las maneras de abordar la problemática de la perspectiva de género en la RINNyA a partir del recorrido jurisprudencial que vienen esbozando los tribunales argentinos. Nos animamos a identificar dos caminos: el primero de ellos se enrola en la concepción axiológica del DIPr, consistente en indagar en los valores de esta sociedad multicultural y pluralista respetuosa de las diversidades, para lo cual es esencial acudir al diálogo de las fuentes entre los convenios internacionales ratificados por nuestro país en materia de Derechos Humanos y los tratados que abordan el instituto en la órbita convencional del DIPr. El otro camino posible consiste en la consideración de la violencia contra la mujer como configuración de la causal de grave riesgo funcionando como mecanismo de excepción a la RINNyA contemplada en el art. 13 b) de la CH1980.

A partir del análisis de estos supuestos se puede advertir la manera en que la perspectiva de género hoy se está imponiendo no solo a través de la legislación, sino a través de la interpretación que realizan los jueces. Jurisprudencialmente se ha señalado que "Juzgar con perspectiva de género, entonces, importa una obligación constitucional y convencional para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en cada caso concreto, situaciones de asimetría de poder en base al género —cfr. inc. e), art. 3º, ley provincial 10.401, e inc. i), art. 16, ley nacional 26.485—. Implica el necesario reconocimiento de una situación de desigualdad, resultado de una construcción sociocultural que reclama de todos los poderes del Estado y, en general, de todos los actores sociales, acciones positivas dirigidas a restablecer la paridad" **(4)**.

Se ha señalado de manera acertada, que la perspectiva de género no implica solo un problema de técnica legislativa, sino que fundamentalmente, debe abordar la forma en que el intérprete aplica las disposiciones, puesto que las autoridades judiciales "muchas veces actúan condicionadas por estereotipos de género que les impiden alcanzar una solución del litigio materialmente orientada a salvaguardar los intereses de la mujer en el caso concreto y, de este modo, contribuyen a perpetuar un androcentrismo jurídico que incrementa la vulnerabilidad de la mujer" **(5)**.

II. Tratados de derechos humanos con perspectiva de género

La igualdad de género se presenta como base fundacional de la Carta de las Naciones Uni-

lencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea", Ley Unión Europea 83, 01/07/2020, Ed. Wolters Kluwer, p. 8.

(3) BALTAR, Leandro, "La violencia familiar en la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes: ¿Un 'grave riesgo' como excepción?", *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, nro. 13, dic. 2020.

(4) Trib. Sup. Justicia, sala civil y comercial, "P. S. M. c. S. M. M. V.".

(5) VAQUERO LÓPEZ, Carmen, "Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2018), vol. 10, nro. 1, ps. 439-465 p. 440.

das, al señalar derechos iguales para hombres y mujeres. Garantizar esta igualdad y velar por el efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos de las mujeres es responsabilidad de todos los Estados. Bien sabemos que, desde su celebración en 1945 hasta la actualidad, el camino no ha sido fácil. Existen desigualdades que se manifiestan en un acceso diferenciado a los derechos y libertades fundamentales.

En nuestro país, desde el Estado se han promovido iniciativas tendientes a la igualdad de género, contando así con un marco normativo que habilita la exigibilidad de derechos. En la reforma constitucional del año 1994, se le otorga jerarquía constitucional a diversos tratados y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos **(6)**. Entre estas, se debe destacar la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) signada en 1979 **(7)**.

Por otra parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer **(8)**, conocida como "Convención de Belém do Pará", si bien no forma parte del bloque de constitucionalidad, detenta jerarquía superior a las leyes conforme lo dispuesto en el art. 75, inc. 24. Esta convención se presenta como el primer instrumento internacional que específicamente aborda la problemática de la violencia contra la mujer.

II.1. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Esta Convención es fruto de la labor realizada por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, que es el principal órgano internacional intergubernamental dedicado exclusivamente a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer. Creada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, desempeña "una labor crucial en la promoción de los derechos de la mujer documentando la realidad que viven las mujeres en todo el mundo, elaborando normas internacionales en materia de igualdad de género y empoderamiento de las mujeres" **(9)**. Este instrumento está inspirado en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de Naciones Unidas de 1967.

Por este tratado se impone entre los Estados ratificantes la obligación de consagrar "la igualdad de género en su legislación nacional derogando todas las disposiciones discriminatorias de sus leyes y promulgando nuevas disposiciones contra la discriminación de la mujer" **(10)**.

En el art. 1º, la Convención define el concepto de "discriminación contra la mujer" como "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

Este importante instrumento jurídico pretende convertirse en un verdadero programa de acción, tomando como punto de partida la necesidad de advertir que las mujeres han venido sufriendo una discriminación sistemática, por lo que "su objetivo consiste en remover los obstáculos que impiden que las mujeres puedan gozar de una auténtica libertad y llevar una vida en igualdad de condiciones que los hombres" **(11)**. Con la Recomendación General número 19, el Comité CEDAW declara "que la violencia contra la mujer representaba una forma de discriminación incluida en el art. 1 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La violencia contra la mujer —ausente en el texto de esta Convención—, se consideró a partir de ese momento

(6) Art. 75, inc. 22.

(7) Aprobado por ley 23.179.

(8) Aprobado por ley 24.632.

(9) Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. ONU Mujeres. *https://www.unwomen.org/es/csw* Consultado: 23/04/2021.

(10) SALVADOR, Rosa, "Violencia de género en España, Francia, Reino Unido e Italia. ¿Un concepto global?", Ed. Dykinson, 2015, 1 ª ed. JSTOR, www.jstor.org/stable/j.ctt1k232kn. p. 14.

(11) PELÉ, Antonio, "La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: alcance y límites", VLEX-410200486 p. 82.

una forma de discriminación de las prohibidas en el tratado" **(12)**.

II.2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. "Convención de Belem do Pará"

En su Preámbulo, afirma la Convención que "la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades". Se trata de un aporte a la creación de un corpus normativo basado en el "desarrollo de estándares en materia de derechos humanos de las mujeres, que constituyen un cuerpo jurídico común en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos, que puede y debe ser recepcionado por Estados que integran el sistema regional de derechos humanos" **(13)**.

La Convención fue celebrada en el año 1994 en Belém do Pará, Brasil, entrando en vigor en el año 1995 y a la fecha ha sido ratificada por treinta y dos Estados de la Organización de Estados Americanos (OEA), entre ellos Argentina. Es un instrumento que "ha sido calificado como acuerdo histórico que ha dado las pautas a los Estados para la adopción de leyes y marcos políticos y estratégicos sobre la prevención, erradicación y sanción de la violencia contra las mujeres".

Si bien la Convención de Belém do Pará - a diferencia de la CEDAW-, no tiene aún jerarquía constitucional, se está trabajando para su incorporación en el listado del art. 75, inc. 22, de la CN. En el Proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados se ha argumentado la necesidad de su incorporación puesto que se trata de un instrumento internacional que "constituye un avance de fundamental importancia en la reconceptualización de los derechos humanos, que debería marcar los lineamientos fundamentales para el diseño, implementación, coordinación y seguimiento de las políticas públicas a desarrollar en materia de violencia doméstica y sexual, convirtiéndose en el instrumento principal en la jurisdicción interna a los efectos de interpretar los derechos de las mujeres" **(14)**.

Por su parte, la Argentina, haciéndose eco de las obligaciones internacionales que asumiera en materia de protección a los derechos humanos de la mujer y su igualdad de trato, a nivel interno ha venido trabajando en la formación de un marco normativo autónomo en contra de la violencia de la mujer. 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", sancionada en el año 2009, entre sus objetivos busca promover y garantizar, "la eliminación de la discriminación entre la mujer y el varón entre todos los órdenes de la vida" y "el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia" **(15)**.

En derecho interno también resulta importante destacar que el Código Civil y Comercial legisla en varios títulos sobre el tema mostrando avances relevantes a favor de la igualdad de derecho, plasmados entre otros, en los siguientes puntos: el valor económico del trabajo en el hogar; la igualdad de derechos en los apellidos de los hijos; la compensación económica en las parejas y la convención matrimonial; la incorporación de las uniones convivenciales; las TRHA; la modificación del matrimonio; el régimen de bienes; el divorcio; el parentesco; la filiación y la adopción.

De manera específica en el DIPr, se regulan institutos como la adaptación (art. 2595. Aplicación del derecho extranjero, inc. c), la cláusula de escape (art. 2597) y el orden público (art. 2600), que coadyuvan al objetivo enunciado. Estos institutos funcionan en su articulación con las situaciones jurídicas privadas interna-

(12) MERCADO CARMONA, Carmen, "La erradicación de la violencia contra la mujer 'por tratado': un análisis comparado del Convenio de Estambul y de la Convención de Belém do Pará", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, segundo semestre 2017, 30, ps. 213-239.

(13) IRIARTE RIVAS, Claudia, "La sustancialidad de la Convención Belém do Pará para la superación de la discriminación estructural y la violencia contra la mujer fundada en el género", *Anuario de Derechos Humanos*, nro. esp. 2020, ps. 171-185.

(14) Proyecto de ley expte. 0755-D-2016. Sumario: Otorgar jerarquía constitucional a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará, ratif. por ley 24.632. Fecha: 17/03/2016.

(15) Art. 2º, ley 26.485.

cionales, analizadas bajo la óptica de la justicia material en el caso concreto y desde la visión axiológica **(16)**.

II.3. Excepción de grave riesgo

Como bien sabemos, la acción autónoma de restitución pretende lograr de forma inmediata el reintegro de NNyA al Estado en el que se encuentra su centro de vida por haber sido desplazados o retenidos ilícitamente, siendo víctimas del desarraigo social y familiar **(17)**. La finalidad del CH1980 es la restitución inmediata de NNyA al lugar de residencia habitual, salvo que se configuren algunas de las excepciones por las que se habilita al juez o a la autoridad administrativa a que no ordene la restitución, aun cuando se constate la situación de residencia ilícita.

En este sentido, nos detendremos en este trabajo, en una de esas excepciones, el supuesto contemplado en el art. 13, inc. b), en tanto señala que no están obligados a restituir cuando "existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable". Esta excepción requiere un análisis por parte del juez en cada caso concreto para valorar su posible utilización. El examen de su configuración resulta fundamental puesto que su incorrecta aplicación podría debilitar la finalidad de la Convención, como también la "estructura del sistema diseñado para garantizar la inmediata restitución y para que sea un tribunal del Estado de residencia habitual el que conozca el fondo del asunto, en lo atinente a la custodia del niño o de la niña" **(18)**.

Si bien el CH1980 le ha otorgado amplia discrecionalidad al juez para denegar la restitución en función de esta excepción, resulta importante destacar que debe ser interpretada con carácter restrictivo y excepcional. Asimismo, deberá ser probado ese grave riesgo al que se expondría a NNyA de producirse la restitución, no siendo suficiente la mera invocación de la causal por parte de quien se ampara en ella. Es imprescindible que se delimiten "los argumentos que por su trascendencia hagan inviable el pedido de restitución de aquellos argumentos propios del juicio de tenencia que solo podrán ser meritados por el juez del lugar de residencia habitual del menor" **(19)**.

El rol de los jueces es trascendental; por un lado, deben equilibrar la necesidad de realizar un análisis exhaustivo, ya que se trata de la configuración de una excepción, en tanto que por otro, ponderar la celeridad con la que deben expedirse conforme las exigencias del CH1980, sumando a esta complejidad el hecho de que las pruebas de la configuración de la excepción en su mayoría se encuentran en el Estado de la residencia habitual de NNyA, hecho que dificulta el examen exhaustivo de la situación **(20)**. Se trata de una excepción que, de no ser atendida, colocaría a NNyA en una "encrucijada psicológica y anímica inaceptable" **(21)**.

El Estado ha asumido la obligación internacional de restituir a NNyA que han sido trasladados o retenidos de manera ilícita, estando los jueces obligados a ordenar su restitución y "en principio, no puede entenderse que esta obli-

(16) DREYZIN de KLOR, Adriana, "El derecho internacional Privado y la perspectiva de género: un encuentro impostergable", en *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias a un lustro del Código Civil y Comercial Libro homenaje a la memoria de Nora Lloveras*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, ps. 685-699.

(17) DREYZIN de KLOR, Adriana, "La incidencia del COVID-19 en la protección internacional de niños, niñas y adolescentes", en ANDRUET, Armando (dir.), *Consecuencias jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia de COVID-19*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020.

(18) ALBORNOZ, Mercedes, "Nueva guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores", disponible en: *https://cartasblogatorias.com/2020/03/17/nueva-guia-de-buenas-practicas-la-excepcion-de-grave-riesgo-en-la-restitucion-internacional-de-menores.*

(19) SCOTTI, Luciana, "El proceso de restitución internacional de menores a la luz de las normas vigentes", en SCOTTI, Luciana (dir.), *Restitución internacional de menores*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2014. p. 51.

(20) CELIS AGUILAR, María Mayela, "El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia", *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 13.

(21) MIZRAHI, Mauricio, "Restitución internacional de niños", Ed. Astrea, Bogotá, 2016, p. 164.

gación está en oposición al interés superior del niño, por el contrario, es su derecho reconocido internacional y constitucionalmente" **(22)**, por lo que la causal de grave riesgo debe ser valorada por el juez en el caso en concreto.

El creciente uso de la excepción de grave riesgo ha despertado una suerte de alarma en la comunidad internacional, al entender que la aplicación incorrecta de esta disposición puede poner en peligro el frágil equilibrio alcanzado por la convención **(23)**.

Es importante destacar que en la Sexta Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la Competencia, Ley Aplicable, Reconocimiento, Ejecución y Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, celebrada en La Haya en junio de 2011 se expresó "que ha habido una mejora en la gestión en los supuestos de violencia doméstica cuando se conecta con la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus progenitores. Una de las convicciones de esta mejoría —fundamentalmente a partir de la Quinta Comisión Especial de 2006— es la sensibilización y capacitación de jueces como un elemento esencial y en donde, por otra parte, las técnicas de *softlaw* cumplen un papel fundamental, ya sean leyes modelos o incluso la implementación de guías de buenas prácticas" **(24)**.

Otro aspecto importante para destacar es el hecho de que el CH1980 contemple excepciones a la obligación de ordenar el traslado no se contrapone ni implica dejar de lado el interés superior del niño. El hecho de asimilar este principio a la premisa por la cual NNyA deben regresar indubitadamente al lugar de residencia habitual para que se garantice el principio, refleja una mirada parcial de la problemática, puesto que de configurarse una de las situaciones que refleja el art. 13, inc. b), la no restitución se encontraría justificada.

II.3.a. Guía de Buenas Prácticas (GBP)

En orden a la invocación de la excepción de grave riesgo, la GBP, que en la actualidad se presenta como el instrumento de *softlaw* más importante en materia de RINNyA, ha venido a sentar algunas pautas importantes. En este orden de ideas, cabe consignar su utilidad "frente a las preocupaciones generadas por decisiones que reflejan malas prácticas en el empleo de la noción de grave riesgo en este contexto, aderezadas por la diversidad de casos y la tendencia de los progenitores sustractores a invocar el grave riesgo de manera general e incluso sin aportar pruebas **(25)**.

A cuarenta años de la celebración del CH1980 se torna imprescindible contar con un instrumento lo suficientemente flexible que permita su adaptación a la realidad actual y lo suficientemente claro para ser útil como orientador de jueces, autoridades centrales y otros operadores jurídicos en relación con una excepción que ha generado conflictos en su interpretación.

La GBP con respecto a la excepción de grave riesgo, como adelantamos, implica fijar pautas preliminares importantes para detectar su configuración. Por un lado, establece que no requiere que NNyA "sean la victima directa o principal del daño físico si existe prueba sufi-

(22) RUBAJA, Nieve, "La nueva 'Guía de Buenas Prácticas' para la aplicación del art. 13.1.b) —'excepción de grave riesgo'— del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", en *Práctica de las relaciones de familia…*, cit.

(23) ECHEGARAY de MAUSSIÓN, Carlos – LUCERO, Myriam, "La excepción de riesgo grave en la restitución internacional de niños: nueva guía de buenas prácticas para su aplicación", ElDial, agosto 2020.

(24) GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Relatoría de la sexta reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la Competencia, Ley Aplicable, Reconocimiento, Ejecución y Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, La Haya, Holanda, 1-10 junio 2011", *Anu. Mex. Der. Inter*, vol. 12, México ene., 2012.

(25) ALBORNOZ, Mercedes, "Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores". Disponible en: https://cartasblogatorias.com/2020/03/17/nueva-guia-de-buenas-practicas-la-excepcion-de-grave-riesgo-en-la-restitucion-internacional-de-menores

ciente de que, como consecuencia del riesgo de daño dirigido al padre o madre sustractor, existe un grave riesgo" para NNyA (párr. 33). En cuanto al nivel de grave riesgo, se aclara que "el riesgo debe ser real y alcanzar un cierto nivel de seriedad" (pár. 34) y colocar a NNyA, como expresa la redacción del art. 13, inc. b), en una situación intolerable. Por último, la GBP resalta el carácter prospectivo de la excepción, que sin restarle importancia a los acontecimientos ocurridos con anterioridad, "requiere mirar hacia el futuro, esto es, a las circunstancias que existirían si el niño fuera restituido inmediatamente" (párr. 36).

La excepción de grave riesgo, conforme al párr. 38 de la GBP contempla una variedad de situaciones que podrían encuadrar en este supuesto, entre ellas: "maltrato físico, abuso sexual u otro tipo de maltrato hacia el niño, o exposición del niño a violencia doméstica ejercida por el padre o madre privado del niño contra el padre o madre sustractor". Podemos apreciar cómo la violencia doméstica **(26)** es incorporada explícitamente por la GBP entre los supuestos de grave riesgo.

Para la evaluación de la excepción no se incorporan criterios diferenciales entre los distintos supuestos, por lo que se establecen una serie de pautas aplicables a todos los casos en lo que se alegue esta. Es también importante considerar que la carga de la prueba recae sobre la "persona, institución u otro organismo que se opone a la restitución del niño" (párr. 51).

Respecto del supuesto de violencia doméstica, la GBP pone foco en el análisis del "efecto que la violencia doméstica produce en el niño tras su restitución a su Estado de residencia habitual, y si dicho efecto alcanza el alto umbral de la excepción de grave riesgo, según la naturaleza, frecuencia e intensidad de la violencia y también las circunstancias en que es probable que se manifieste" (párr. 58).

Como instrumento orientativo y de *softlaw*, que echa luz a la utilización de esta excepción, la GBP trata "de establecer lineamientos que pueden ser tenidos en cuenta en su interpretación, puesto que, en definitiva, solo el juez competente podrá dilucidar el interrogante evaluando las particularidades del caso en concreto" **(27)**.

Además, podría afirmarse que la GBP avanza sobre las exigencias del CH1980 al establecer que los "tribunales deben tener en consideración la disponibilidad, idoneidad y efectividad de medidas necesarias para proteger al niño del grave riesgo" (párr. 59).

II.3.b. Resoluciones judiciales

Analizaremos brevemente dos casos judiciales que señalan los caminos seguidos por los tribunales argentinos para resolver casos de restitución internacional de NNyA en los que se alega violencia de género hacia sus progenitoras. El primero de ellos transcurre en el marco de la justicia nacional de Provincia de Buenos Aires y el segundo en la justicia ordinaria de Córdoba, sin que hasta el momento haya sido elevado recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II.3.b.i. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, "P. S. M. c. S. M. M. V."

El caso llega al TSJ en apelación de la decisión de la jueza de primera instancia que rechazó la solicitud de restitución internacional. Se trata de una solicitud articulada por P. S. M., progenitor de la niña M. O. P. S. para que regrese a México. La madre de la niña, la Sra. S. M. M. V. se trasladó en febrero de 2020 junto con su hija a Argentina para acompañar a su abuela en una cirugía. Para realizar el mencionado viaje, el progenitor le otorgó una autorización de viaje al exterior aclarando que el retorno debía producirse dentro del mismo mes. Al no cumplir con el regreso de la niña a México, su padre decide viajar a Argentina. Estando en este país el Sr. P. S. M., la Sra. S. M. M. V. le expresa su decisión de disolver el matrimonio y quedarse con la niña en el país. Frente a esta situación, el padre decide regresar

(26) Concepto de violencia domestica conforme la Guía de la Buenas Prácticas: "El término 'violencia doméstica' o 'violencia familiar' puede, según la definición utilizada en cada jurisdicción, cubrir un abanico de diferentes comportamientos abusivos en el marco de la familia, entre ellos, el maltrato físico, emocional, psíquico, sexual y económico. Pueden estar dirigidos hacia el niño ('maltrato infantil'), hacia la pareja (a veces denominado 'maltrato conyugal' o 'violencia en una relación íntima de pareja') o hacia otros miembros de la familia".

(27) RUBAJA, Nieve, ob. cit.

a México y entablar la acción de restitución internacional alegando que se ha configurado una retención ilícita de la niña.

La madre invoca "haber sido víctima de violencia en su modalidad psicológica, física, económica y sexual por parte de su esposo y peticionante (padre de la niña), circunstancias a las que su hija se ha visto expuesta, por lo que teme por su propia vida y la de la niña".

El progenitor apela la sentencia centrando sus argumentos en dos cuestiones, por un lado, la efectiva configuración de la excepción de grave riesgo y por otro, que se puede recurrir a medidas de protección en el Estado de residencia habitual de la niña.

El TSJ al comenzar su análisis, refuerza la premisa respecto del criterio interpretativo del tribunal que impone un "juicio crítico, riguroso y estricto en orden a meritar los supuestos de excepción previstos por la normativa en cuestión".

Uno de los primeros puntos que aborda la sentencia es la idea subyacente al principio de interés superior del niño, concebida como necesidad de volver al status quo anterior al traslado o la retención. En este sentido el TSJ aclara que el contenido de este principio "debe determinarse en función de los elementos objetivos y subjetivos propios de cada caso en concreto".

En consecuencia, estima insoslayable considerar la perspectiva de género, que no implica consolidar la retención ilícita de NNyA, sino "valorar las complejas circunstancias familiares representadas" y son los jueces los encargados de "considerar todas estas variables jurídicas, enfocadas minuciosa y detalladamente en la particular y especial circunstancia familiar, con la historia, las tensiones y la complejidad que cada uno de estos casos encierra".

Con relación al análisis de la configuración de la excepción de grave riesgo, el TSJ pondera dos circunstancias que busca equilibrar, por un lado, la necesidad de otorgar una solución expedita al trámite de restitución y por otro lado, la dificultad de la obtención de la prueba. En este marco es que primeramente acude al informe interdisciplinario realizado por el Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario del Poder Judicial (CATEMU) del que surge "la presencia de "matices perturbadores", "desbordes", "descontrol físico", "progresivo control y posición de tintes dominantes de parte del Sr. P.", "conductas impulsivas del Sr. P., en el marco de una relación ya sumamente tensionada", "actitudes rígidas de parte del progenitor, generadoras de discusiones y situaciones de tensión a las que estuvo expuesta la niña".

Al informe del CATEMU se suman las dos denuncias efectuadas por la Sra. S. M. M. V. en México y en la Argentina. En la denuncia radicada en la Argentina en el fuero de Niñez, Adolescencia, Violencia y Género de la Ciudad de Córdoba, las profesionales pertenecientes al Área de Asistencia de la Dirección General de Violencias de la Secretaría de Lucha contra la Violencia a la Mujer y Trata, resalta que la Sra. S. M. M. V. se encuentra en una situación de "extrema vulnerabilidad debido a que no sabe si P. S. M. se encuentra en la Argentina o en México, lo cual le genera un estado de angustia como consecuencia de la incertidumbre y del miedo a que el señor pueda violentarla o matarla" y que "se encuentra en una situación de *alto riesgo de femicidio*, y/o de que se susciten nuevos episodios de violencia". El TSJ también toma en consideración el informe de los peritos en la causa penal por violencia doméstica y en relación con el impacto que genera en la niña, indican que "identifican señales de naturaleza traumática que podrían impactar negativamente en el crecimiento y desarrollo evolutivo de María Olivia, como consecuencia de las situaciones de violencia familiar".

En este contexto, el TSJ valora todos los elementos que han sido incorporados a la causa para evaluar con el criterio restrictivo que impone la CH1980 si se ha configurado la excepción de grave riesgo en el caso particular, aclarando que se limita a análisis de las "cuestiones vinculadas con la violencia alegada y su impacto prospectivo en la salud de la niña", dejando de lado todas aquellas circunstancias que hagan a la "posterior discusión de las cuestiones fondales implicadas en estos complejos escenarios familiares transfronterizos y que serán objeto de oportuna decisión ante la jurisdicción internacionalmente competente".

La decisión del TSJ fue confirmar la sentencia de primera instancia por la que no se procedía a la restitución de María Olivia a su residencia habitual en México.

En lo relativo a la solicitud del progenitor, esto es que se proceda a la restitución arbitrando medidas de protección, el TSJ establece que "no se advierte factible la implementación de medidas que eficientemente logren proteger a la niña y a la Sra. S. M. M. V. ante un eventual retorno en cumplimiento de una orden de restitución. Ello así, a la luz del inobjetable dato que se desprende del destino de las actuaciones iniciadas por la progenitora ante las autoridades del país de la residencia habitual anterior al desplazamiento".

II.3.b.ii. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "V., M. c. S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños"

Este caso llega a la CS por recurso de hecho interpuesto frente a la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones.

El Sr. V. M. requiere la restitución internacional de una niña por considerar que ha sido retenida ilícitamente en la Argentina por su madre. La niña había ingresado al país con una autorización de viaje entre el 9 de enero y el 12/03/2019. Una semana antes de la finalización del plazo, la progenitora pone en conocimiento del Sr. V. M. vía mail que no regresarían a Bordeaux, lugar del que partieron y donde se encontraba el padre de la niña, por lo que este inicia el trámite de restitución internacional.

El Sr. V. M. originario de Francia y la Sra. S. Y. C. R. de la Argentina, se conocieron en el año 2017 un día antes del regreso a Francia de V. M. Unos meses más tarde él regresa a la Argentina y comienza una relación con S. Y. C. R. Transcurridos tres meses, ella queda embarazada y en abril de 2018 nace la niña N. L. S. V. En septiembre de 2018 emprenden un viaje a varias ciudades europeas para luego radicarse en Bordeaux, hasta enero de 2019 cuando la Sra. S. Y. C. R. emprende el viaje a la Argentina.

En primera instancia, el juez resuelve desestimar el pedido de restitución argumentado la necesidad que el caso sea juzgado con perspectiva de género, indicando que la residencia habitual de la niña se encontraba en la Argentina y que "no existen elementos probatorios suficientes que me lleven a convicción que las partes modificaron su proyecto familiar inicial de vivir en Argentina, donde la demandada tenía trabajo, amigos, familia, actividad cultural, comunitaria y espiritual, para ir a vivir a un país hostil con los latinos, que generaba un gran dolor por el pasado particular de la demandada, en el que quedaría reducida a ser ama de casa y vivir del subsidio del Estado".

El análisis del juez pone énfasis en que el progenitor ha impuesto unilateralmente un nuevo centro de vida y de esa manera, ha ejercido una forma de violencia específica y que "en el caso específico del lugar, dada la historia personal de S. podría hasta resultar una cruel imposición compatible con formas aún más categóricas de modalidades violentas contra la mujer". Se trata de situaciones contempladas en la CEDAW —arts. 15.4 y 16.4— y en la Convención de Belem do Pará —arts. 1º, 2º, 4º b), e) y g)—. Y agrega que "quedarse en Francia implicaba consentir el poder masculino de V. quien unilateralmente modificaba la residencia del grupo familiar, sometiendo a S. a vivir en el país de su exilio, lo que simbolizaba para ella un trato cruel que jamás hubiera consentido de no haber sido engañada; expresión de violencia contraria a la Convención sobre Eliminación, de todas las formas de Discriminación 'contra la Mujer —y por ello, entiendo, resulta de aplicación la excepción prevista en el art. 20 de la Convención".

De esta manera, el juez entiende que la situación queda captada en el art. 20 de la CH1980, que contempla la posibilidad que se deniegue la restitución cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido, que en el caso en particular afectaría las disposiciones de instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, como es la CEDAW y la Convención do Belém do Pará.

Resulta importante aclarar que en uno de los considerandos de la sentencia se refiere al centro de vida de la niña, tomando la definición del art. 3º, inc. f), de la ley 26.061 de protección integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, que establece que "se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existen-

cia". Conforme a este artículo el juez infiere que su centro de vida se encuentra en la Argentina, porque "la niña vivió nueve meses de embarazo y cinco meses de vida en Buenos Aires, Argentina; tres meses y medio en distintas ciudades de Europa, en las que ni siquiera Bordeaux fue la principal ni la única". A nuestro entender no puede contabilizarse el período de tiempo de embarazo, aunque si corresponde tomar en cuenta los cinco meses de vida transcurridos en el país.

Esta sentencia es apelada ante la Cámara Nacional Civil, que resuelve hacer lugar al pedido de restitución, desestimando la configuración de la excepción de grave riesgo de los arts. 13.b y 20 esgrimida por el juez de primera instancia, estableciendo que "el supuesto de autos debe encuadrarse en la primera parte del art. 1 de la Convención de la Haya, que establece que deberá ordenarse la restitución cuando se trate de un acto que la norma califica como ilícito y a ese efecto el regreso debe ser inmediato, con el fin de evitar que el transcurso del tiempo permita la consolidación de la niña en su nuevo entorno". La Cámara entiende que no se ha acreditado en la causa discriminación contra la mujer, conforme CEDAW, ni violencia contra la mujer, conforme la Convención Belém do Pará y considera en cambio, acreditado que la residencia habitual se encontraba en Francia.

La progenitora acude a la CS a través de recurso extraordinario. El 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 CH1980, 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". En consecuencia, entiende que debe revocarse la decisión de la Cámara.

La primera consideración que evalúa la CS es acerca de la configuración del supuesto de retención ilícita en el caso de la niña N. L. S. V., señalando que "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 Código Civil y Comercial de la Nación ha receptado dicha interpretación".

Establece en consecuencia, que la determinación del lugar de residencia habitual "debe encontrarse acreditado de manera fehaciente e indubitada" y que "no cabe tenerla por configurada a partir de un concepto de simple residencia".

En este contexto, para la CS no se configura una retención ilícita, puesto que la residencia habitual de la niña se encontraba en la Argentina y que por lo tanto no correspondía examinar la excepción de grave riesgo del art. 13, inc. b), de la CH1980.

Como puede advertirse, la Corte no se pronuncia sobre la problemática de violencia de género planteada en autos, sino que se limita a determinar que no se configura la sustracción internacional de la niña y por tanto no es de aplicación el Convenio.

III. Consideraciones finales

Los derechos de las mujeres son una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos y su reconocimiento y desarrollo internacional cooperan decisivamente para avanzar en la erradicación de la discriminación de la mujer a nivel global. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible impone a los países del mundo nuevos desafíos que requieren de enormes esfuerzos para lograr el pleno cumplimiento de los diecisiete objetivos. Si hay una verdad irrefutable es que estos objetivos no podrán alcanzarse si la igualdad de género no está presente de manera explícita y transversal.

En el DIPr son numerosos los ámbitos que requieren ser atendidos desde la incorporación de la perspectiva de género tanto por legisladores como por aplicadores del derecho y autoridades en general. El camino para llegar a la equidad de género necesita encontrar estrategias de cambio

cultural para que la mujer haga efectivos sus derechos ya que estos no pueden ser simples declamaciones **(28)**.

En un tema tan sensible como es la protección internacional de NNyA, es imprescindible abordar la problemática con perspectiva de género, atendiendo tanto a los principios sustanciales que responden a los tratados de Derechos Humanos como a las convenciones vigentes en el país.

Para lograr este objetivo, se torna imprescindible reforzar la cooperación jurídica internacional en la materia, puesto que es necesario que se adopte un enfoque de género sobre la base de la confianza mutua entre los Estados vinculados convencionalmente y además contar con la asistencia de operadores jurídicos especializados.

A los efectos de su ponderación, la excepción de grave riesgo requiere del cumplimiento de ciertos parámetros que deben ser analizados en el caso concreto, de manera tal que permita realizar una valoración conforme al interés superior de NNyA. A tal fin resulta esencial el auxilio de especialistas en este tipo de problemática de manera tal que se la utilice correctamente sin desvirtuar su propósito.

Atendiendo a estas necesidades, con buen criterio desde la Conferencia de la Haya se ha abordado de manera completa en la GBP la violencia doméstica como excepción de grave riesgo. Así, los jueces, las autoridades centrales y los operadores jurídicos cuentan con pautas interpretativas que coadyuvan a mejor aplicación.

Queda todavía un largo camino por recorrer, pero estamos avanzando.

(28) LLOVERAS, Nora – DREYZIN de KLOR, Adriana, "Conferencia dictada en el Seminario sobre Perspectiva de Género", organizado por la CS y el TSJ Córdoba, 08/05/2019.

Salud mental y olvido social: la encrucijada del trámite civil tras la declaración de inimputabilidad en sede penal

María A. Navarro Lahitte Santamaría

Alejandro J. Siderio

Sumario: I. Introducción.— II. M. C., solo, en situación de calle.— III. R. L. M., un asesino serial.— IV. El caso de J. P. A.— V. Los estándares internacionales. Normativa.— VI. Los lineamientos de los organismos internacionales.— VII. Un amparo para exigir los derechos convencionales.— VIII. Ni cárcel, ni manicomio, tampoco la calle.

I. Introducción

Pobres, delincuentes, violentxs, locxs, son poco toleradxs en la sociedad, y esta tiende a esconderlos, marginarlos, ocultarlos, olvidarlos. Parece empecinada en forjar una fantasía autocumplida, muy propia de su organización jurídica: lo que no se ve, no existe **(1)**.

Sin embargo, la sociedad sí ve a estas personas porque, al ser disruptivas, molestan. Es entonces que busca alternativas para invisibilizar(lxs): cárcel, hospitales y cuando están en la calle, que no sea en las transitadas...

La respuesta de la sociedad a estas personas no es para integrarlas, para restituir derechos, sino para sacarlas del medio, para no verlas; tal vez porque la imagen que devuelven como espejo, es intolerable y por eso se acude a un mecanismo de evasión, de negación. Verse en otrx violentx, locx, pobre, delincuente, nos aborrece, no nos permite pensarnos en esa situación, no nos permite pensar en otrx como si fuéramos nosotrxs mismxs.

El decreto de inimputabilidad en una causa penal, por motivos de salud mental implica en gran cantidad de casos el dictado como medida de seguridad la internación compulsiva de una persona sobreseída, la que queda bajo control de un juzgado civil de familia. El internamiento se mantiene en el contexto penitenciario a través del Programa dependiente del Servicio Penitenciario Federal —creado con fecha 27/07/2011 por res. conj. 1075/2011 y 1128/2011 de los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Salud de la Nación— Interministerial de Salud Mental Argentino (PRISMA), pero el relevamiento de las condiciones de ese tratamiento pasa a depender del juez civil.

Tampoco faltan los fallos en que el dictado de la medida de internación queda bajo el control del juzgado penal con intervención concomitante de la justicia civil. Esta opción es cada vez menos recurrente tras la jurisprudencia de la CFed. Cas. Penal en la causa 12.644, CNPA, sala I, 13/04/2010, "Gómez, Gustavo D. s/ recurso de casación penal", en coincidencia con lo resuelto por la sala IV de la CFed. Cas. Penal en "González, Cristian F. s/ recurso de casación", del 18/05/2009.

Vale siempre aclarar que la internación psiquiátrica involuntaria solo se justifica frente a la existencia de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros conforme al dictamen interdisci-

(1) Se utiliza lenguaje inclusivo a requerimiento de la coordinación.

plinario del servicio asistencial. La internación por motivos de salud mental es un recurso terapéutico excepcional que tiene lugar cuando el abordaje ambulatorio no es posible o ha fracasado (arts. 20, ley 26.657 de Salud Mental y 41 del Cód. Civ. y Com.).

La intervención de la justicia civil puede implicar el inicio de actuaciones sobre determinación de la capacidad en los términos de los arts. 31 y ss. del Cód. Civ. y Com. a través del defensor de menores e incapaces de turno, si ante el control de internación en los términos del art. 42 considerara que el ejercicio de la plena capacidad pudiera provocar daño a la persona o a sus bienes (art. 32, Cód. Civ. y Com.), o meramente mantenerse como control de la internación, si así no lo considerase el Ministerio Público. Nada obsta a que se promueva con posterioridad el proceso de capacidad si la intervención en el control de internación resultare insuficiente. Otras tantas veces, las actuaciones penales se incorporan a los legajos que ya tramitan ante el juzgado civil de familia. Allí se releva la existencia de recursos materiales, red social y eventuales apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica.

En torno a la internación, el objetivo central de los distintos operadores tenderá a lograr el egreso tan pronto como cese el riesgo. La compensación psiquiátrica del cuadro no tarda en acontecer. La evaluación debe ser actual y concreta y no potencial (ver dec. 603/2013, reglamentario de la Ley Nacional de Salud Mental). En consecuencia, rápidamente se impone la búsqueda de alternativas para la continuidad del tratamiento en dispositivo menos restrictivos y la mayoría de las veces sin los recursos económicos de respaldo.

La ley nacional 26.657 de Salud Mental del año 2010 establece que la internación psiquiátrica debe ser acotada en el tiempo y que no podrá prolongarse para resolver problemáticas sociales o falta de vivienda. En ese caso el Estado debe proveer a la persona los recursos necesarios para poner fin a la institucionalización (art. 15). Asimismo, se describen los dispositivos alternativos que deberán estar disponibles (art. 11). Diez años antes, la ley 448 de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires en su art. 14 (año 2000), hizo lo propio al enumerar una serie de efectores de distinto tipo que deberían estar disponibles en el circuito público.

Llegados a este punto, el sentido común de cualquier lector ya le ha hecho sospechar que el sistema de salud nacional y local no cuenta con las alternativas descriptas en las leyes. Así es, no existen o son muy pocos y por eso las internaciones psiquiátricas se prolongan años, décadas.

Cuando la internación psiquiátrica tiene por antecedente una causa penal, la cuestión tiene otra arista muy concreta, la privación de la libertad se sostiene incluso más tiempo que el que le habría correspondido si la persona hubiera sido condenada.

En "R. M. J." (2008), la Corte Suprema sostuvo que "tanto el principio de proporcionabilidad, como el propósito de respetar el principio de igualdad, que se buscó con la declaración de inimputabilidad, se ven seriamente comprometidos debido a que se muestra como irrazonable que una persona, a la que el Estado no quiere castigar, se vea afectada en sus derechos a una medida mayor de la que le hubiese correspondido de haber sido eventualmente condenada como autor responsable" **(2)**.

Las particulares condiciones que atraviesan las personas que han cometido acciones violentas o disruptivas socialmente y que no han sido condenadas penalmente, desafía a la búsqueda de dispositivos idóneos para permitirles consolidar un tratamiento y brindar la posibilidad de una integración saludable en la comunidad.

Nos proponemos ilustrar con tres viñetas, situaciones dilemáticas, donde lo penal y lo civil resultan insuficientes, pues no restituyen derechos, porque los derechos, antes de ser jurídicos, son sociales y políticos. Analizaremos luego los estándares internacionales que demandan respuestas positivas del Estado y evidenciaremos las deudas existentes en la materia.

II. M. C., solo, en situación de calle

Por elementales principios éticos y jurídicos no habremos de identificar a quien protagoniza

(2) CS, competencia 1195 XLII, "R. M. J. s/ insania".

nuestro ejemplo. Ejemplo que se repite con frecuencia, existiendo tres o cuatro casos similares en cada Juzgado **(3)**.

"M. C." se encuentra atravesado por tres condiciones que requieren de una atención particular.

— Es una persona en situación de calle.

— Padece una enfermedad mental **(4)**.

— Por momentos es sumamente agresivo.

— Y, a veces, es altamente peligroso.

De más está decir que no todas las personas en situación de calle padecen trastornos mentales, o son agresivas o peligrosas. Pero en el caso de M. se conjugan todos estos factores.

Estar en situación de calle (¿le?) provoca que se potencien factores de agresividad que en determinados momentos pasan a actos altamente violentos, provocando destrozos o produciendo lesiones, o realizando amenazas y atemorizando.

Se trazan diferentes circuitos: el de la salud mental o el del sistema penal. Cuando se detecta que se encuentra violento y sin control, se da intervención a SAME, cuando concurre —si concurre— es trasladado a algún hospital, donde la guardia tras examinarlo, o lo deja internado quizás no más de 48 hs, o incluso el mismo día establece que no posee criterio de internación y lo externa volviendo a la calle.

En dicha situación, en un nuevo episodio de violencia interviene la fuerza policial, lo detiene, lo pone a disposición de la justicia correccional, a veces lo llega a procesar para luego declararlo inimputable y poner la medida de seguridad en cabeza de la justicia civil; en otros casos, ni siquiera toman la medida de seguridad pertinente.

Dentro del sistema civil, estando internado abandona el establecimiento pues en la red pública no hay lugares de puertas cerradas y vuelve a la calle donde nuevamente provoca disturbios, daños o lesiones.

Tomando como recorte un año, tuvo numerosas internaciones y externaciones: en una de las ocasiones luego de concurrir al Juzgado uno de sus días de violencia fue llamado el SAME psiquiátrico, quien se hizo presente tres horas después.

Estando en situación de calle, M. se puso a dormir en un sillón que encontró allí, se le acercaron dos oficiales de la policía metropolitana y el incidente terminó en un forcejeo donde arrebató el arma de un oficial y luego antes de poder ser reducido le rompió una baldosa en la cabeza a otra. Fue detenido, sobreseído declarado inimputable y alojado en Prisma del Complejo Penitenciario de Ezeiza, puesto a disposición de la justicia civil **(5)**. Ante ello se requirió a la Asociación Salud Integral, que era la entidad en la que el GCBA delegaba la ejecución del Programa Federal de Salud, al ser M. C. titular de una pensión no contributiva. ASI, al no evaluar y proporcionar el recurso para el alojamiento en dispositivo de salud mental, fue intimada, y luego se le colocó una multa, siendo la respuesta... ¡la apelación a la multa!, por parte ahora de

(3) En CABA son 24 los juzgados civiles con competencia en Asuntos de Familia y Capacidad de las Personas.

(4) Desde el 2006 fueron realizados distintos diagnósticos tanto por el Cuerpo Médico Forense, como por diversos servicios de salud mental, variando entre: psicosis esquizofreniforme, síndrome delirante, trastorno psicopático no especificado, trastorno antisocial de la personalidad y antecedentes de trastorno por consumo de sustancias psicoactivas.

(5) Los juzgados civiles de Capital Federal no cuentan con equipos interdisciplinarios. Solo con dos trabajadorxs sociales. No contamos con psicólogxs, ni psiquiatras. El Cuerpo Médico Forense realiza pericias excepcionalmente para la justicia civil, sin trasladarse de sus oficinas —existen importantes vacantes aún no cubiertas en el organismo, y el número de profesionales es escaso en comparación a la demanda—. Los recursos de alojamiento o internación dependen de las obras sociales, de Incluir Salud (Programa Federal de Salud), de PAMI (en caso de poseer jubilación), de la Dirección de Salud Mental del GCBA. Por ello cuando se pone a disposición de la justicia civil a una persona inimputable, se carece de dispositivo adecuado para su evaluación y derivación, debiendo ser responsabilidad de la justicia penal, que al momento de declinar la competencia, la persona se encuentre en un establecimiento de salud adecuado que le permita consolidar tratamiento, y no en el servicio penitenciario, pues la justicia civil, carece de dispositivo y recurso para realizar la evaluación y derivación.

FACOEP SE, que era la continuadora de la obligación prestacional a M. C. Como el transcurso del tiempo en medio carcelario deterioraban a M. C., quien allí estaba medicado, a petición del defensor público curador, el Cuerpo Médico Forense estableció que debía trasladárselo al hospital Alvear; pero como allí no había vacante se lo trasladó al Hospital Borda, de donde en pocas horas desertó **(6)**. Así, comenzó a venir diariamente al juzgado, en estas mañanas frías y conociendo su derrotero, se le ofrecía un té o un mate cocido, alguna ocasional factura, que pusiera carga a su celular, se quedaba dormido algunas horas en el *hall* de tribunal, donde había calefacción —bajo la mirada descalificadora de camaristas y público en general a quien la escena les causaba rechazo—, mientras se seguía reclamando a su prestadora médico-asistencial que lo evaluaran, que proporcionaran una vacante en lugar apropiado.

En uno de sus episodios se presentó al juzgado alterado, se trató de convencerlo para que entrara en un dispositivo de Buenos Aires Presente, que primero rechazó y que después aceptó, pero después volvió a rechazar. Violento sobre la última parte de la jornada, rompió arrojando contra el piso y a la mesa de entradas tres computadoras, un ventilador y un cargo mecánico. Pudo haber sido una tragedia si el cargo rompía el *blindex* tras el cual había una mujer con su bebé en brazos esperando el oficio de una medida dictada en el marco de una violencia familiar. Ese día se intentó llamar a SAME, que ni siquiera contestaba los llamados. Se llamó al 911, y la supervisora indicó que el SAME lo debía pedir "modulando" el personal de la Comisaría 3ra. Cuando se le indicó al oficial que debía retirar a M. del juzgado, porque ya estábamos fuera del horario judicial y el personal que quedaba estaba alterado, para esperar a SAME en la Seccional 3ra, "casualmente", M., quien estaba con otros tres oficiales, se fue... Esa misma noche M. fue visto por la calle por personal del juzgado, en la zona de Alto Palermo, rodeado también de policías.

(6) Junto con el defensor público curador, en una audiencia posterior al preguntarle por qué se había escapado, nos decía: "es que no me banco cuando Susana Giménez reparte la medicación y está a los besos con todos".

Días después desde las oficinas interiores del juzgado se escuchó un gran tumulto que produjo M. quien entrando cual una tromba y gritando amenazaba que venía por el juez —según algunos empleados que lo vieron pensaban que venía a matar—... luego comenzaron a llegar policías, quienes trataban de calmarlo. No pudieron reducirlo ni siquiera entre cuatro oficiales durante más de una hora y media. Debieron esposarlo y a pesar de ello seguía gritado, amenazando con estrangularse las muñecas con las esposas, pateando, golpeando e insultando. Luego que el personal policial lo retiró, los empleados del Juzgado y los de enfrente no pudieron seguir atendiendo por el *shock* en el que se encontraban.

Al día siguiente en juicio abreviado **(7)** el Juzgado penal de la Ciudad no había tomado ninguna medida de seguridad y habiendo pasado 24 hs debían dejarlo bajo el cuidado del servicio de salud mental del Hospital Ramos Mejía, a lo que anteriormente se le había dado la orden (del juzgado civil) de que mantuviera la internación, con consiga policial, hasta que el Cuerpo Médico Forense pudiera evaluarlo teniendo a la vista todos los antecedentes.

Sin lugar a duda para muchos casos los procesos abreviados son útiles y eficientes, pero para otros de mayor complejidad son hasta peligrosos. Dejar a M. en la calle nuevamente sin considerar los antecedentes, que tampoco tiene a la vista el servicio de guardia del Hospital Ramos Mejía, es peligroso para la población y para él mismo, pues en otro rapto de violencia, en la escalada, tal vez pueda sufrir él mismo un grave o irreversible daño. Me pregunto qué hubiera pasado si en el suceso donde arrebató el arma a un oficial hubiera comenzado a disparar y si el apoyo policial para reducirlo hubiera abierto fuego.

(7) Esperando a declarar, la psiquiatra que había revisado a M. el día anterior decía que se notaba al momento de revisarlo que estaba transitando una psicosis violenta, pero, por ejemplo, él narraba que ese día había venido tranquilamente a hablar con el juez y no sabía por qué estaba ahí... la médica no sabía qué había pasado ni tenía relato de terceros de la escena de la violencia. Esto es justamente lo que pasa muchas veces, cuando la revisación procede sin tener en cuenta los antecedentes ni otros elementos adicionales al solo relato del paciente.

Las estadísticas ilustran por sí solas la cantidad de pacientes de salud mental que transitan por los estrados judiciales, solo una reducida parte tienen la complejidad y peligrosidad que presenta M. C.

Su situación de calle impide que pueda sostener cualquier tipo tratamiento. Sin tratamiento, es violento, a veces agresivo y a veces peligroso. No se soluciona con proporcionarle un parador, o un lugar para dormir por caridad de una iglesia, ni tampoco con una pensión no contributiva (de hecho en el día de haberla cobrado la gastó comprado una pelota, un pantalón corto y un par de botines).

M. C. ha tenido luego estos sucesos, "nuevas entradas" al sistema penal: desde agresión y golpes a empleados judiciales, a hurto de un cucharón de un comedor popular.

No hemos podido ayudar a M. C. Y, como dijo aquel día jueves: "para qué sos mi juez si no me podés ayudar? ... Yo no quiero que seas más mi juez, si te agarro te mato y te vuelo tus anteojitos y voy a venir con un encendedor y un bidón y los voy a incendiar a todos".

Desde el juzgado civil se ha hecho todo lo posible y aún más (personal del juzgado en horario extrajudicial ha acompañado a M a realizar trámites y hasta el defensor curador público le regaló ropa y lo trasladó en su auto particular para hacer diligencias) le dimos de comer y lo tratamos dignamente (como se lo merece); desde lo jurídico cursamos peticiones, intimaciones, aplicamos multas, ordenamos sumarios administrativos, dimos intervención a la justicia penal.

La articulación de la Ley de Salud Mental con los recursos de salud y desarrollo social han fracasado en este caso —y en muchos otros—. La justicia penal tampoco puede dar respuesta. La Asesoría General Tutelar cumple acabadamente su función en aquel fuero, pero parece ausente en la exigibilidad de la articulación de los servicios que el Estado —poder ejecutivo local— requiere para la satisfacción de sus derechos sociales.

III. R. L. M., un asesino serial

M. fue separado de la sociedad por más de treinta y cuatro años por ser peligroso para esta ante la posibilidad que volviera a cometer homicidios. Contando con 19 años, asesinó a cuatro taxistas en el año 1982 **(8)**.

R. L. M. fue un asesino serial. Sin embargo, el tratamiento de los hechos vaciló en el "discurso jurídico". Así, mientras una jurisdicción penal lo declaraba inimputable, otra lo condenaba a prisión perpetua y reclusión por tiempo indeterminado de cumplimiento efectivo y la civil dictaba su interdicción.

Una jurisdicción de la Justicia penal aplicó una medida de seguridad ordenando su inclusión en un dispositivo de salud mental dependiente del Servicio Penitenciario Federal; otra lo condenó a cadena perpetua. Luego de transcurridas tres décadas, los fueros penales de la Capital Federal y de Morón cesaron su intervención y lo pusieron a disposición de la Justicia Civil.

Pero no fue solo el discurso del derecho el que operó en contrapuntos.

También fueron modificadas las apreciaciones periciales acerca del cuadro clínico médico psiquiátrico que presentaba y su encuadre legal **(9)**.

---

(8) Puede recurrirse a la lectura de BUSQUED, Carlos, "Magnetizado", Ed. Anagrama, Buenos Aires, 2018, quien en diálogo con el protagonista brinda detalles de los hechos y sus posteriores consecuencias.

(9) Desde 1984 los distintos dictámenes periciales diagnosticaron: síndrome delirante crónico, compatible con una parafrenia o con una paranoia con defensas obsesivas psicopáticas que habría comenzado, a criterio de los galenos tratantes antes de 1982 (es decir aproximadamente a los 20 años de edad); ampliándose, asimismo, declarando el tipo esquizofrénico. También pericialmente se sostuvo que era portador de una anomalía caracterial, rotulada como psicopatía grave; bajo la forma clínica de esquizofrenia sin síntomas de productividad psicótica; que padecía esquizofrenia y rasgos psicopáticos, Más tarde su diagnóstico era de personalidad anormal con psicopatía perversa. En 2004 se indicó que su patología era un trastorno de la personalidad con rasgos perversos y sádicos, esquizotípicos y antisociales que no lo alienan en dicho momento, encuadrable en el art. 152 bis, inc. 2º, Cód. Civil, pero manteniéndose necesaria su internación, atento a "lo recidivante del cuadro y la estructura de personalidad que torna imprevisible su accionar". En 2007 se indicó que presentaba un trastorno grave de la personalidad con características sádicas y manejos omnipotentes, con posibilidad de incurrir en

Nos encontramos así que el discurso médico psiquiátrico, encuentra que R. L. M. es una persona peligrosa para la comunidad con una potencialidad de agresión cuya inminencia no puede precisarse, pero que dicha peligrosidad proviene de una estructura de personalidad no encuadrable dentro de las categorías que la psiquiatría hoy considera como enfermedad.

conductas de descontrol impulsivo por lo cual continuaba siendo peligroso para terceros. En 2008 la Unidad 20 del Hospital Borda señaló un trastorno esquizoide de la personalidad y en condiciones de alta de dicha unidad. La evaluación realizada por la facultad de Psicología de la UBA con fecha 21/04/2008 señaló que (M.) "siente a la reclusión como segura, y busca en la institución la contención de su expresión afectiva. Podría quedar librado al descontrol de no estar enmarcado en dicho ámbito. El diagnóstico sería compatible con una personalidad psicopática perversa con rasgos esquizoides y ansiedad paranoide, resultando imprevisible su accionar (...). Si además, se considera la gravedad del delito cometido, al tratarse de conductas que se repitieron cuatro veces, la falta de contención familiar y social y las contingencias que se le pudieran presentar al Sr. M., resulta difícil inferir una predicción sobre su posible peligrosidad". PRISMA en 2010 informó que M. no tenía criterio de internación. En 2013 el CMF indicó: "presenta un trastorno de la personalidad con rasgos perversos, sádicos, esquizotípicos y antisociales que no alienan al momento del examen. Pensamos que necesita un sitio con asistencia continuo no pudiendo ser realizado en un ámbito menos restrictivo, teniendo en cuenta que aún persisten indicadores de riesgo cierto a inminente para terceros. Los rasgos de su personalidad no han sufrido cambios de importancia persistiendo los índices de riesgo inminente para terceros fundamentalmente y el causante no ha evolucionado hacia la cura respecto al estado comprobado en el momento de la comisión de los hechos" y "evidencia desajuste adaptativo amplio, mostrándose pseudoadaptado en su actual detención, no muestra depresión ni autocrítica genuina en tanto teniendo en cuenta los antecedentes y el presente examen se considera que no han desaparecido las inclinaciones de riesgo en la interacción socio-ambiental". PAMI evaluó en fecha 2015 que el Sr. M. por tratarse de un sociópata, aunque requiere contención institucional por ser potencialmente peligroso para terceros no se considera apropiado un establecimiento de internación para enfermos psiquiátricos de tipo asistencial. La Asesoría Pericial del Departamento Judicial de Morón en fecha 31/08/2015 concluye que el Sr. M.: 1) no denota presencia de sentimientos de culpa, ni conciencia de conflicto que le permitan realizar una introspección o reevaluación de los hechos, la disociación ideo-afectiva expresada evidencia una caracterología con rasgos psicopáticos; 2) es portador de un trastorno severo en la estructura de su personalidad, con rasgos caracterológicos esquizoides, psicopáticos, perversos y antisociales; 3) presenta índices médicos de peligrosidad al momento del estudio; 4) se recomienda que permanezca internado en un instituto neuropsiquiátrico penitenciario; 5) no se recomienda que sea incorporado al régimen terapéutico de externaciones transitorias y 6) si bien la peligrosidad —actualmente considerada como riesgo cierto e inminente para sí o para terceros— no es privativa de una estructura patológica particular, su característica de inminente y transitoria hace que sea imposible predecir desde la psicología con exactitud de valor científico la posibilidad de que un sujeto esté en situación de riesgo autoagresivo o bien heteroagresivo —con relación a cometer un pasaje al acto criminal. El órgano de revisión de la ley nacional 26.657 de Salud Mental acompañó evaluación de fecha 22/10/2015. Allí se informa que no se identificó situación de riesgo cierto e inminente, ni estado de descompensación psíquica, ni rasgos de deterioro cognitivo que justifiquen la prolongación de una medida restrictiva como es la internación). En 2016 se llega a la conclusión de que el evaluado padece un trastorno mixto de la personalidad, esquizotípico, aclarando: "En el caso específico del trastorno esquizotípico de la personalidad, la extrema introversión (en el sentido de la falta de necesidad emocional de compartir las experiencias internas), junto a la peculiaridad de las experiencias mentales, puede dar lugar a la eclosión de comportamientos violentos, aparentemente inmotivados, pero que constituyen reacciones idiosincrásicas, muchas veces del todo imprevisibles. Estas reacciones al estrés, incluyen la eventualidad de un episodio psicótico (...) el Sr. M. se encuentra aceptablemente adaptado al medio institucional. Esta adaptación, entendemos, se encuentra relacionada con hallarse alojado bajo condiciones de control y tratamiento... el Sr. M. requiere transitar internación terapéutica, con reevaluaciones periódicas". En 2016 se afirma que R. L. M. sí se encuentra en la normalidad jurídica, revistiendo la forma clínica de personalidad psicopática severa con rasgos esquizo-paranoides. Su pronóstico es malo visto lo inmodificable luego de más de 30 años de tratamientos, señalando que debe permanecer internado para la seguridad de terceros y no poner en riesgo a la sociedad toda. Asimismo, señalaron que la reinserción en la sociedad es un peligro para la misma, siendo altísimamente peligroso por todo lo citado. A diferencia de ello, el centro de internación, el 09/05/2016 evalúa que "el paciente no ha presentado durante el transcurso de la internación sintomatología psicótica aguda ni clínica de peligro real e inminente". El Cuerpo Médico Forense (14/10/2016) señaló que "el diagnóstico no implica enfermedad mental que amerite estrictamente la internación psiquiátrica involuntaria en los términos de la Ley de Salud Mental por no tratarse de un riesgo cierto e inminente", pero sí pudieron manifestar que "es altísima la posibilidad de reiteración de los actos por los que fue procesado (...) pero en este caso, con el severísimo trastorno de la personalidad, la falta total de arrepentimiento y ese aplanamiento afectivo con el que habla de sus homicidios, lo hacen altamente peligroso para la sociedad en caso de reincorporarse a la misma (...) lo que sugerimos respecto a procesar es proteger a la sociedad de este sujeto".

Este discurso de poder expulsa al diagnóstico de "personalidad psicopática severa con rasgos esquizoparanoides" del catálogo de padecimientos susceptibles de encuadre psiquiátrico e impide que desde el otro discurso del poder "derecho" se posibilite la internación de la persona.

En efecto, los arts. 41 del Cód. Civ. y Com. y 20 de la Ley Nacional de Salud Mental solo prevén la internación en caso de ser evaluado por un equipo interdisciplinario, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva a su libertad; solo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de enditad para la persona protegida o para terceros; es considerada un recurso terapéutico restrictivo y por el tiempo más breve posible.

Ahora bien, de los últimos informes reseñados los profesionales de la salud y del propio Órgano de Revisión, indicaban que pese a la peligrosidad que reconocen en M., ella no procedería de una afección encuadrable dentro de las previsiones de la ley nacional 26.657 de Salud Mental.

Es decir, nos encontramos desde el punto de vista formal, en una laguna del derecho, típica nota de incompletitud del sistema iuspositivista.

Y ello es así, pues, la ley penal ha dejado de intervenir haciendo cesar toda medida de seguridad; desde el discurso médico forense M., no es un enfermo mental y por ello no podría —sin forzarse la ley— disponer su permanencia en una internación psiquiátrica involuntaria.

Ante ello podría suponerse que el Estado argentino, debería desentenderse, ordenar la rehabilitación total y la externación, por lo que luego de 34 años, M. debería volver sin más a la calle, sin otra cosa que sus ahorros y esperar a que eventualmente reincida y cometa nuevos homicidios para así luego intervenir en las consecuencias de por sí ya irremediables de los sucesos consumados.

Y es que a diferencia de otras personas, que luego de cumplir una pena, ellas gozan de libertad y en uso de ella pueden decidir, reincidir o no, en el caso de M. esta libertad se encuentra severamente condicionada por una estructura de personalidad que hoy el discurso médico jurídico deja por fuera de medidas de seguridad idóneas.

El discurso actual de la salud mental no contempla casos, cuya peligrosidad deviene de una estructura de personalidad que hoy (por ahora), la ciencia positiva no cataloga como patológica; pero ello es insuficiente para que el Estado no arbitre mecanismos de seguridad idóneos para la protección del resto de la sociedad y de la propia persona.

En estos términos, pareciera que quienes están habilitados legalmente para emitir diagnósticos desde el campo de la salud mental, indican que la peligrosidad de M. no es un problema del sistema de salud, sino del sistema de seguridad, por lo que sugieren, forzar la letra de la ley y mantener la internación en un dispositivo psiquiátrico, pues no existe otro dispositivo diferente ya que el penitenciario también se encuentra vedado ante la claudicación realizada por los Fueros Penales ante el agotamiento de los plazos.

Tal vez hay que asumir que el Estado, como conjunto, Poder Judicial (de los distintos fueros penales que intervinieron y el civil), Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, no han previsto instrumentaciones eficaces para este tipo de casos no contemplados en el actual discurso médico-jurídico.

Ante el deber de seguridad que respecto de los miembros de la comunidad le caben al Estado argentino, de raigambre constitucional, existe una inconstitucionalidad por omisión al no prever un mecanismo eficaz, compatible con el derecho individual de quien sufre una sociopatía grave, como la de M.

IV. El caso de J. P. A.

J. P. A. ingresó al país de manera ilegal en el año 2005. Lo trajeron sus hermanas desde Perú en ómnibus con la intención de que recibiera atención de salud adecuada en Buenos Aires y una pensión no contributiva (PNC).

J. P. A. padecía un trastorno mental moderado y también fue diagnosticado con esquizofrenia hebefrénica.

Al poco tiempo de arribar al país, en el año 2006, J. P. A. se descompensó y fue internado en el Hospital Dr. José Tiburcio Borda. El control de la internación psiquiátrica derivó en la promoción de actuaciones sobre determinación de la capacidad y la designación de un defensor público en el rol de curador provisorio. Los esfuerzos de la defensa pública se centraron en el control de la internación psiquiátrica, el egreso a un dispositivo menos restrictivo y la obtención de recursos económicos a través de una acción de amparo contra el Estado por cuanto se le denegó la pensión no contributiva por carecer de los años mínimos de residencia.

En el año 2017 se restringió la capacidad J. P. A. para realizar actos de administración y disposición de bienes si existieran y se designó en el rol de persona de apoyo con facultades de representación a la Defensora Pública Curadora.

El expediente civil sumó innumerables pedidos de derivación a instancias del equipo tratante que informó vez tras vez que el Hospital Borda no era el lugar adecuado para J. P. A. El riesgo cierto e inminente había cesado por lo que debía egresar, su permanencia en el hospital se encontraba en contradicción con los presupuestos de la Ley de Salud Mental.

En el hospital se integró a las actividades del Frente de Artistas e incluso cantó con Manu Chao cuando el cantautor franco español visitó la radio La Colifata, que fueron paliativos a los largos años de internamiento.

El recurso terapéutico alternativo nunca apareció, por la sencilla razón de que no existía. La familia tampoco podía alojarlo y tenía una postura contradictoria en orden al egreso del hospital. A su vez recorrieron varios organismos de derechos humanos criticando la labor de los distintos operadores judiciales lo que solo entorpeció la marcha de las actuaciones y opacó la voz del propio interesado que finalmente surgió viva y clara en una de las tantas entrevistas mantenidas cuando se le dio oportunidad de expresarse por sí mismo.

J. P. A. reclamó concretamente volver a su país, aunque su familia en Argentina también se oponía a la repatriación y reclamaba el otorgamiento de la PNC, beneficio que también se veía obstaculizado por la existencia de familiares con deber alimentario **(10)**.

Entre los derechos de las personas internadas por motivos de salud mental enumerados en el art. 7º de la Ley Nacional de Salud Mental se destacan el derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia; derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación —b), e), k) y l)—.

En consecuencia, la colaboración que originalmente se había requerido a las autoridades consulares para que cubran un dispositivo de salud en este país se recondujo al pedido de ayuda económica para el regreso de J. P. A. a su tierra.

Largos meses mediante, se logró que el consulado se hiciera cargo del pasaje de su connacional y el de un acompañante del Hospital Borda.

Sin embargo, firmado el compromiso respectivo, aconteció el lamentable hecho que dio origen a la intervención penal: la muerte violenta de un compañero del Borda sumado al abuso de una joven en un colectivo los días previos. J. P. A. fue inmediatamente trasladado al Complejo Penitenciario Federal Nº 1 en Ezeiza con intervención del PRISMA conforme a las previsiones del art. 77 del Cód. Proc. Penal **(11)**.

---

(10) Por ello se inició reclamo alimentario y se acordó en mediación un aporte mínimo para J. P. A. mientras estuviera en este país. En ese ámbito también se pudo acordar con la familia la colaboración necesaria para llevar adelante la vuelta de J. P. A. a Perú en contacto con la familia residente allí.

(11) J. P. A. había protagonizado incidentes de ataques sexuales con anterioridad. En la última ocasión se había bajado los pantalones en un colectivo y había apoyado su miembro en una adolescente. Sus compañeros lo burlaban llamándolo "violín" (destinado en la jerga a los violadores); cansado de las burlas, una noche esperó a que todos estuvieran dormidos y asesinó a uno de sus com-

Bien se ha dicho que el encierro no cura...

J. P. A. fue finalmente sobreseído, en orden a los hechos denunciados, por imposibilidad de continuar con la persecución penal a su respecto (de conformidad con lo normado por los arts. 334 y 336, inc. 1º, Cód. Proc. Penal) **(12)**. Asimismo, se mantuvo el alojamiento en el ámbito del Programa Interministerial de Salud Mental —PRISMA—, emplazado en el Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, a exclusiva disposición del juzgado civil de familia de esta ciudad que ya intervenía, "debiendo seguir el control de legalidad de la internación involuntaria en el ámbito de PRISMA, para el eventual mantenimiento, atenuación o supresión de la medida (arts. 41 y 42 del Cód. Civ. y Com.), de conformidad con los lineamientos generales fijados por la CS en el precedente 'R. M. J. s/ insania' del 19/02/2009 (Fallos 331:211)".

El juez penal puso de resalto que J. P. A. "ha visto vulnerada su condición humana y sus derechos esenciales, a partir de un permanente estado de internación en un sitio inapropiado y con escaso acercamiento y compromiso familiar **(13)** en pos de su efectiva evolución, lo que constituye una transculturización y un despojo de lazos familiares óptimos. Traduciéndose a su vez, en la privación de un hábitat en la comunidad, de vínculos afectivos, de actividades comunitarias, entre demás pérdidas fundamentales a la dignidad humana".

Así las cosas, estaba claro que la intervención civil debía enfocarse a sacar a la persona sobreseída del circuito penitenciario, pero no podía apuntar al traslado al Borda que además, y como el resto de los neuropsiquiátricos públicos es de puertas abiertas. Tampoco se contaba con un recurso terapéutico alternativo.

A partir de allí y ya en medio de la pandemia se continuó trabajando en pos del regreso de J. P. A. a su país de origen con la colaboración del equipo tratante del PRISMA y se tramitó la renovación del Certificado Único de Discapacidad con intervención del Programa sobre Temáticas de Salud, Discapacidad y Adultos Mayores y de la Comisión de Cárceles de la Defensoría General de la Nación. Para la misma época se obtuvo sentencia favorable en el amparo tramitado para la obtención de la pensión no contributiva (PNC).

Se celebró audiencia virtual con la que participan el cónsul del Perú, la Trabajadora Social del consulado y los representantes de J. P. A. (defensores públicos). En dicha ocasión, se definieron los pasos a seguir en las gestiones de repatriación, haciéndose hincapié a que el traslado debe realizarse a un establecimiento de salud no carcelario, siendo que tanto el tratamiento que J. P. A. realiza como el apoyo que este requiere se emplazan en la órbita civil, no penal.

En los días subsiguientes se logró la reserva de los asientos correspondientes para el vuelo de repatriación programado, la cobertura del pasaje de J. P. A. a cargo del Consulado de Perú, la provisión de dos acompañantes para el viaje, a requerimiento de Aerolíneas Argentinas y cuyos pasajes fueron abonados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a instancias de la Defensoría, bajo apercibimiento de multa de $100.000 mediante.

En forma paralela tomó intervención el Primer Juzgado de familia del Callao, que resolvió declarar fundada la Solicitud de Designación de Salvaguardas a favor de J. P. A., designando como sistema de apoyo al Hospital Víctor Larco Herrera del Ministerio de Salud y disponiendo que "se habilite al personal de salud correspondientes, quien deberá brindar las condiciones necesarias para recibir al beneficiado J. P. A., a su llegada al Perú, proveniente de la Argentina,

---

pañeros a golpes con un caño pegándole varias veces en la cabeza; lo tapó y fue a hacer lo mismo con otro, lo que fue impedido circunstancialmente por otro interno que lo vio con el caño con sangre por un pasillo. Contaba con otras diez causas por arrebatos y antecedentes de agresión a sus cuidadores del hospital Borda.

(12) La pericia psiquiátrica producida en la causa penal diagnosticó: retraso mental leve con antecedentes de descompensación psicótica y de desajustes de la conducta dentro del contexto de consumo y/o situaciones de estrés.

(13) En sede penal, no así ante la justicia civil, las hermanas manifestaron también habrían sido acosadas sexualmente por J. P. A., teniendo también problemas en el barrio —Villa 31—, dado que su comportamiento sexual se repetía con distintas mujeres de diferentes edades, lo que provocaba la reacción violenta de los vecinos habría acosado a enfermeras y personal de limpieza en el Hospital Borda.

debiendo disponer su recibimiento, custodia y traslado a las instalaciones del Hospital Víctor Larco Herrera; lo que deberá realizarse previa coordinación con la Quinta Fiscalía Provincial de Familia del Callao, en su calidad de parte solicitante de los presentes actuados".

En el auto de sobreseimiento del 11 de mayo de 2020, el juez penal expuso: "Insisto para finalizar que, no cabe duda alguna que queda por delante un arduo camino en el que se debe exhortar a todos los actores posibles —Cuerpos del Ministerio Público de la Defensa, Ministerios de Salud de la Ciudad y Nación, Consulado del Perú en Buenos Aires, y otros que puedan aparecer con interés o alternativas viables— a conciliar propuestas que den una solución pacífica a la problemática del causante, sin dejar de tener en consideración la necesidad de preservación de la sociedad en general, como variable indiscutible del derecho y la justicia en su máxima expresión".

El 30 de octubre de 2020, J. P. A. regresó a su país de la mano de la justicia civil.

V. Los estándares internacionales. Normativa

Además de los instrumentos internacionales de derechos humanos que forman el bloque de constitucionalidad federal **(14)**, el Estado argentino se encuentra internacionalmente comprometido al haber suscripto también el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) **(15)**, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y su Protocolo Facultativo, aprobada por la ley 26.378, a la que se le otorgó jerarquía constitucional a través de la ley 27.044 **(16)**; la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad **(17)**.

La Convención sobre los Derechos de las Personas establece como principios rectores: i) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; ii) la no discriminación; iii) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; iv) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; v) la igualdad de oportunidades; vi) la accesibilidad; vii) la igualdad entre el hombre y la mujer; y viii) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

La CIDH remarca que la CDPD implicó un cambio de paradigma fundamental para la adecuada comprensión de los derechos de las personas con discapacidad, en cuando a su entendimiento como sujetos de derechos y no como objetos de protección. Además, resulta de crucial relevancia pues adopta un enfoque social para abordar la discapacidad. Ello implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas **(18)**.

La República Argentina ha modificado su sistema normativo de forma tal de compatibilizarlo con las normas y compromisos internacionales asumidos; así dictó la ley 26.657 de Salud Mental, y luego, incorporando los lineamientos en el Código Civil y Comercial de la Nación.

(14) En lo que resulta de interés para el presente: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto de San José de Costa Rica; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (art. 75, inc. 22, CN).

(15) Adoptado el 17/11/1988, en vigor desde el 16/11/1999, ley 24.658.

(16) BO del 22/12/2014.

(17) Ley 25.280, sanc.: 06/07/2000; promul. de hecho: 31/07/2000.

(18) CIDH, inf. 111/18, caso 12.786 "Luis Eduardo Guachalá Chimbó y familia vs. Ecuador", 05/10/2018, párr. 118.

Sin embargo, el marco normativo —necesario—, aún resulta insuficiente **(19)**, pues las prácticas y los recursos aún no han implementado las soluciones adecuadas.

VI. Los lineamientos de los organismos internacionales

Como es sabido, las intervenciones, disposiciones y jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos pueden resultar ilustrativos y orientadores para la labor nacional, ya que sus contenidos indican cuales son los estándares a los que se encuentran sometidos los Estados en virtud de los compromisos internacionales asumidos y la responsabilidad que ante su incumplimiento o cumplimiento defectuoso conlleva **(20)**.

Los Estados tienen la obligación de proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica **(21)** y deben reconocer que todas las personas son iguales ante la ley, y tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley sin discriminación —la que puede ser consecuencia del efecto discriminatorio de una norma o medida carente de la intención de discriminar pero que afecte desproporcionadamente a las personas con discapacidad **(22)**.

Las personas con discapacidad puedan exigir el cumplimiento de sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones **(23)** con las demás, debe reconocérseles la personalidad jurídica con la misma capacidad ante las cortes de justicia y los tribunales **(24)**.

La Corte Europea ha resaltado que los Estados deben proveer a las personas con discapacidad de recursos que permitan cuestionar cualquier limitación a su derecho a la capacidad jurídica **(25)**.

Todas las personas con discapacidad y, en especial, las personas con discapacidad intelectual y psicosocial tienen derecho a la libertad de conformidad con el art. 14 de la Convención **(26)**.

---

(19) KRAUT, Alfredo J., "Concepciones, modelos y cambios en materia de salud mental", en *Derecho y salud mental*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 337.

(20) La Corte Suprema de la Nación, al mencionar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos sostiene que ha sido establecido por voluntad expresa del constituyente: "en las condiciones de su vigencia"; "esto es tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación". "De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte IDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH" (CS, 07/04/1995, "Giroldi, Horacio D. y otro"); GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "En busca de una interpretación constitucional", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1997, p. 182; ALBANESE, Susana, "La Corte Suprema y el alcance de las recomendaciones de la Comisión Interamericana 1994-2014", *Revista de Pensamiento Penal*, 09/01/2015.

(21) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas), 06/09/2019, CRPD/C/22/D/32/2015, "Medina Vela vs. México".

(22) CIDH, com. 10/2013, "S. C. vs. Brasil", decisión de inadmisibilidad del 02/10/2014, párr. 6.4.; Véase también la com. 7/2012, "Marlos James Noble vs. Australia", dict. del 02/09/2016, párr. 8.4.

(23) Es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad (Corte IDH, 31/08/2012, "Furlan y Familiares vs. Argentina", excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, nro. 246, párr. 134). Ello a efectos de garantizar que las limitaciones normativas o de facto que perpetúan o profundizan dicha vulnerabilidad y exclusión, sean desmanteladas (Corte IDH, 29/02/2016, "Chinchilla Sandoval vs. Guatemala". Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, nro. 312, párr. 208). Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras (ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 5, 1994, párr. 13).

(24) Obs. gral. 1 (2014), relativa al art. 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley (CRPD/C/GC/1, párr. 38; CIDH, "Luis Eduardo Guachalá Chimbó", cit.

(25) Corte EDH, 31/08/2016, "A. N. vs. Lituania", párr. 90.

(26) Directrices del Comité sobre el art. 14 de la Convención, relativo al derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad, aprobadas durante el 14 período de sesiones del Comité (2015), párr. 3º; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas) 06/09/2019 en CRPD/C/22/D/32/2015, "Medina Vela vs. México".

Dentro de las vulneraciones que se pueden presentar la CIDH resalta la institucionalización en establecimientos psiquiátricos de personas que tienen un trastorno o condición en salud mental sin su consentimiento, el tratamiento médico forzado y la imposibilidad de vivir una vida en comunidad. En estas situaciones, la propia institucionalización puede resultar el condicionante para que un trastorno o condición en salud mental se termine convirtiendo en una discapacidad, justamente por constituir la barrera en los términos del enfoque social ya referido **(27)**.

Según el art. 14, 1º, b) de la Convención, "la existencia de una discapacidad no justifi[ca] en ningún caso una privación de la libertad" **(28)**.

En su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, la CIDH indicó: "El derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la comunidad, de acuerdo con el Comité de la CDPD, involucra por una parte, que dichas personas deben contar con todos los medios necesarios que les permita tener control y tomar decisiones respecto de su propia vida. Por otra parte, este derecho se relaciona con la participación e inclusión plenas de las personas con discapacidad en la sociedad, a través del desarrollo de ambientes inclusivos. En sí, la garantía de este derecho involucra que la vida de las personas con discapacidad se desarrolle fuera de cualquier institución residencial, debido a que por su naturaleza, las imposiciones que derivan del régimen de institucionalización, ocasionan que estas personas pierdan su autonomía y posibilidad de tomar decisiones sobre su vida".

Ante la falta de alternativas en la comunidad, las instituciones segregan a las personas con discapacidad y se convierten en la única opción para que las personas con discapacidad puedan recibir la atención y servicios que necesitan. Al respecto, el Comité de la CDPD ha establecido que el internamiento involuntario por motivo de discapacidad es frecuentemente causado o agravado por la falta de apoyos específicos, y conlleva a una privación arbitraria de la libertad **(29)**.

El Comité CDPD **(30)** ha sostenido que los Estados deben eliminar dichas prácticas y establecer un mecanismo para examinar los casos en que se haya internado a personas con discapacidad en un entorno institucional sin su consentimiento expreso. Asimismo, los Estados deben proceder a la desinstitucionalización, y todas las personas con discapacidad deben recobrar la capacidad jurídica, con los apoyos correspondientes, y poder elegir dónde y con quién vivir. Los deberes del Estado en este punto se vinculan con el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, establecido en el art. 19 de la CDPD.

La institucionalización de una persona en un centro de salud mental puede constituir un obstáculo para tal objetivo fundamental y, como se ha indicado, constituir una privación de libertad arbitraria en los términos de la Convención Americana.

Entre otras circunstancias, la arbitrariedad en la privación de la libertad tiene lugar ante el incumplimiento de las previsiones sobre consentimiento informado. Cabe destacar que en el caso de personas con discapacidad mental el consentimiento no se configura por el brindado por un familiar.

En todo caso, cualquier excepción a la obligación de obtener el consentimiento informado debe basarse en una situación concreta y excepcional de emergencia en el caso particular,

(27) CIDH, "Luis Eduardo Guachalá Chimbó", cit., párr. 132.

(28) El internamiento basado en una discapacidad psicosocial o intelectual real o percibida está prohibido y los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para prevenir y reparar los internamientos involuntarios o basados en la discapacidad [Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas), 06/09/2019 en CRPD/C/22/D/32/2015, "Medina Vela vs. México"].

(29) Considerando lo anterior, la CIDH entiende que la falta de apoyos y servicios en la comunidad para las personas con discapacidad y sus familias, incentivan la institucionalización, y en consecuencia, vulneran el derecho a vivir en la comunidad de las personas que viven con esta condición de vida. CIDH. Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Guatemala. Aprobado el 31/12/2017; CIDH, "Luis Eduardo Guachalá Chimbó", cit., párr. 134.

(30) ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, obs. gral. 1º. Art. 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, 19/05/2014.

situación que en ningún caso puede configurarse por el solo hecho de tener una discapacidad mental. En este sentido, existe una relación directa entre el derecho al consentimiento informado y la arbitrariedad de una privación de libertad en una institución de salud mental en incumplimiento de dicho derecho **(31)** y **(32)**.

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce que individuos con enfermedades mentales internados en una institución psiquiátrica, tienen derecho al consentimiento informado y por ello, el derecho a rechazar el tratamiento. De manera excepcional, el tratamiento coercitivo puede ser justificado en caso de emergencia, cuando sea considerado por una autoridad médica como necesario para prevenir un riesgo inminente para la persona o terceros; en casos de ausencia de emergencia, se justifica solamente bajo la revisión de una autoridad médica independiente **(33)**.

El Comité CDPD ha sostenido que en ningún caso los Estados deben permitir que se institucionalice a una persona con base en la presencia real o percibida de una discapacidad psicosocial o bajo el supuesto de "constituir un peligro para ella misma o para los demás **(34)**.

Debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud **(35)**, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico. Esa vulnerabilidad aumentada, se da debido al desequilibrio de poder existente entre los pacientes y el personal médico responsable por su tratamiento, y por el alto gra-

---

(31) CIDH, "Luis Eduardo Guachalá Chimbó", cit., párr. 138.

(32) En el informe presentado en marzo de 2019 la exrelatora de Discapacidad de la ONU, Catalina Devandas Aguilar, sostuvo que "la privación de libertad de las personas con discapacidad es uno de los principales motivos de preocupación en materia de derechos humanos en todo el mundo. Si bien no hay datos exhaustivos sobre el número de personas con discapacidad privadas de libertad, las estadísticas y la información administrativa disponibles de una serie de países demuestran que las personas con discapacidad son sistemáticamente encarceladas, recluidas, detenidas o sometidas a algún tipo de restricción física en todo el mundo, independientemente de la situación económica del país o de su tradición jurídica". También sostuvo que "el derecho a la libertad personal, como está contemplado en el derecho internacional de los derechos humanos, no es un derecho absoluto. Puede limitarse con arreglo a la ley, por ejemplo, en aplicación de la legislación penal o en interés de la seguridad o la salud públicas. Sin embargo, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona constituye una garantía sustantiva de que la privación de libertad no será ilegal o arbitraria. Esta última es ilegal cuando contraviene la legislación nacional o internacional de los derechos humanos, y es arbitraria cuando se impone de manera inapropiada, injusta, desproporcionada, impredecible, discriminatoria o sin las debidas garantías procesales. Con frecuencia, estas dos prohibiciones se solapan (Consejo de Derechos Humanos 40º período de sesiones 25/02 a 22/03/2019).

(33) CIDH, 04/07/2006, "Ximenes Lopes vs. Brasil".

(34) ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Honduras, 12/04/2017, párr. 35.; ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Jordania, 12/04/2017, párr. 29.

(35) El Tribunal regional considera que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto de su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. Reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado. Cfr. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, principios 9.4 y 11; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias. Diez Principios Básicos de las Noemas para la Atención de la Salud Mental, principios 5, 6 y 9; Organización Panamericana de Salud, Declaración de Caracas, adoptada por la Conferencia Reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina el 14/11/1990, art. 3º; Asociación Psiquiátrica Mundial (APM), Declaración de Madrid Sobre los Requisitos Éticos de la Práctica de la Psiquiatría, aprobada por la Asamblea General de la APM el 25/08/1996, revisada el 26/08/2002, preámbulo y párr. 4º; y World Psychiatric Association (WPA), "Declaration of Hawaii/II", adoptada por la WPA General Assembly el 10/07/1983, ps. 2 y 5; Corte IDH, "Ximenes Lópes vs. Brasil", cit., párr. 130.

do de intimidad que caracterizan los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas **(36)**.

La Comisión Interamericana también reconoce que existen situaciones excepcionales en donde no se aplica el consentimiento. Dichas excepciones están relacionadas con situaciones vinculadas a emergencias, por ejemplo, cuando se debe tratar médicamente a una persona para preservar su vida o su salud, pero ni ella ni un familiar cercano pueden otorgar el consentimiento **(37)**.

De conformidad con el art. 4º de la Convención, los Estados parte tienen la obligación general de tomar todas las medidas necesarias para asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad **(38)**.

Además, de las obligaciones generales del Estado de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición encuentre personal o por la situación específica en que se encuentre **(39)**.

En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, estos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. Por ello, tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad **(40)**.

Entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial **(41)** apropiado a su condición **(42)**.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que los instrumentos emanados del sistema de la Organización Mundial de la Salud, tales como los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de las Naciones Unidas, y Normas Uniformes a la Igualdad de Oportunidades para Personas con Discapacidad, así como los estándares técni-

(36) Cfr. Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidades, art. 9.4; Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General 5, "Personas con Discapacidad", párr. 9º; y Normas del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2004, párr. 51. En ese sentido, cfr. European Court of Human Rights, "Keenan vs. United Kingdom", Application no. 27229/95, judgment 03/04/2001, p. 111, y European Court of Human Rights, "Herczegfalvy vs. Austria", Application no. 10533/83, judgment 24/09/1992, p. 82; Corte IDH, "Ximenes Lópes vs. Brasil", cit., párr. 129.

(37) CIDH, "Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos", 22/11/, 2011, párr. 74; CIDH, "Luis Eduardo Guachalá Chimbó", cit., párr. 167.

(38) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas), 06/09/2019 en CRPD/C/22/D/32/2015, "Medina Vela vs. México".

(39) CIDH, "Baldeón García", párr. 81; "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa", párr. 154; y "Caso de la Masacre de Pueblo Bello", párr. 111; "Ximenes Lópes vs. Brasil", cit., párr. 88.

(40) CIDH, "Ximenes Lópes vs. Brasil", cit., párrs. 89 y 98.

(41) La atención de salud mental debe estar disponible a toda persona que lo necesite. Todo tratamiento de personas que padecen de discapacidades mentales debe estar dirigido al mejor interés del paciente, debe tener como objetivo preservar su dignidad y autonomía, reducir el impacto de la enfermedad, y mejorar su calidad de su vida [Cfr. Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias, "Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental (1996), principios 2, 4 y 5]. CIDH, "Ximenes Lópes vs. Brasil", cit., párr. 109.

(42) Cfr. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, aprobada en Ciudad de Guatemala, Guatemala, el 07/06/1999, art. III.2; y Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General 5, "Personas con Discapacidad". Naciones Unidas, Documento E/1995/22 (1994), párr. 9º; Corte IDH, "Ximenes Lópes vs. Brasil", párr. 104.

cos dispuestos en la Declaración de Caracas y la Declaración de Madrid, son particularmente importantes para el análisis del comportamiento de los Estados al analizar su responsabilidad internacional **(43)**.

Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental **(44)**. Lo que se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud **(45)** mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales **(46)**.

El relator especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Dainius Puras, ha indicado que "La dependencia excesiva de las intervenciones farmacológicas, los enfoques coercitivos y los tratamientos en régimen de internamiento es incompatible con el principio de no hacer daño, así como con los derechos humanos. Se debería prestar asistencia sistemáticamente para la creación de capacidad en materia de derechos humanos entre los profesionales de la salud mental" **(47)**. En ese sentido, para la CIDH los Estados a través de sus sistemas de salud deben empoderar a las personas con necesidades particulares de salud mental, en el que se priorice la defensa de sus propios intereses, se busque un mayor control e independencia sobre su salud, se promueva su inclusión en la comunidad, y ofrezca tratamientos basados en sus derechos y apoyo psicosocial que los protejan de prácticas médicas nocivas que contribuyen a su exclusión o maltrato.

Tal como lo ha señalado la Corte, el art. 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de este por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación **(48)**.

---

(43) CIDH, "Ximenes Lópes vs. Brasil", cit., párr. 111.

(44) Cfr. Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, principio 1; Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias, Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental, principio 2; Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidades, res. 48/96 de la Asamblea General de la ONU, doc. A/48/49 (1993), art. 2º; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental; res. de la Asamblea General de la ONU, doc. A/8429 (1971), art. 2º; y Programa de Acción Mundial para los Impedidos; res. 37/52 de la Asamblea General de la ONU, doc. A/37/51 (1982), párrs. 95 al 107; CIDH, "Ximenes Lópes vs. Brasil", cit., párr. 128.

(45) Sobre los contenidos del derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que todos los servicios, bienes e instalaciones de salud deben cumplir con requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Tanto la Comisión como la Corte han tomado en cuenta estos conceptos y los han incorporado al análisis de diversos casos. En ese marco, los Estados deben asegurar la disponibilidad de establecimientos y servicios adecuados de salud mental, los cuales deben encontrarse integrados a los servicios generales de salud, limitando el enfoque de atención psiquiátrica segregada, centralizada y de larga duración (ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14, E/C.12/2000/4, 11/08/2000, párr. 12; CIDH, inf. 2/16, caso 12.484, Fondo, "Cuscul Pivaral y otros", Guatemala, 13/04/2016, párr. 106; Corte IDH, 08/03/2018, "Poblete Vilches y otros vs. Chile". Fondo, reparaciones y costas, serie C, nro. 349. párr. 120.

(46) Cfr. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, art. III.2; y Organización Mundial de la Salud. División de Salud Mental y Prevención del Abuso de Sustancias, "Diez Principios Básicos de las Normas para la Atención de la Salud Mental", principios 1, 2 y 4.

(47) Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, UN Doc. A/HRC/35/21, 28/03/2017, párr. 58.

(48) Cfr. "Baldeón García", cit., párr. 175; "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa", cit., párr. 196; y "Acevedo Jaramillo y otros", cit., párr. 295. Dicha responsabilidad internacional es distinta a la responsabilidad en el derecho interno (cfr. "Caso de la Masacre de Mapiripán", cit., párr. 211; "Caso de las Hermanas Serrano Cruz", cit., párr. 56; "Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri", cit., párr. 73; y 26/01/1999, "Cesti Hurtado", excepciones preliminares, serie C Nro. 49, párr. 47; "Ximenes Lópes vs. Brasil", cit., párr. 238.

Con motivo de la responsabilidad internacional en que ha incurrido el Estado, nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar **(49)**.

VII. Un amparo para exigir los derechos convencionales (50)

La inexistencia de recursos terapéuticos alternativos a la internación psiquiátrica y la nula efectividad de la imposición de multas en sede civil motivaron en el año 2014 la promoción de un amparo contra el Ministerio de Salud de la Nación y contra su par local ("S. A. F. s/ amparo ley 16.486", expte. 74.516/2014 en trámite por ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal Nº 9). Allí, a través de un litisconsorcio facultativo se reunieron cuatro casos bien distintos en orden al cuadro de base. Tres mujeres alojadas en el Hospital Moyano de la Ciudad de Buenos Aires y un hombre internado en la Colonia Cabred, Open Door, Partido de Luján, Provincia de Buenos Aires. En los cuatro casos el equipo tratante había informado reiteradamente la inexistencia de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros que justifique la internación, también habían informado que estas personas necesitaban continuar su tratamiento de salud mental, que no podían vivir solas y que carecían de red continente. Todos con más de una década de internación, sin recursos económicos, solo una pensión no contributiva (siempre extremadamente magras). Se planteó la necesidad de que la sentencia aproveche a los centenares de personas internadas en neuropsiquiátricos públicos del país, sin riesgo cierto e inminente y que no pueden salir del hospital por la inexistencia de los distintos tipos de dispositivos previstos en la ley.

En abril del año 2015 se obtuvo sentencia favorable la que condenó al Ministerio de Salud de la Nación y al Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires **(51)**, en sus respectivos caracteres de autoridades de aplicación de la ley nacional 26.657 y 448 de la Ciudad de Buenos Aires, a que en el ámbito de sus respectivas competencias adopten las medidas necesarias para dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Protocolo Facultativo, aprobados por la ley 26.378, y en los arts. 9º, 11, 14, 27, 31, y concs. de la ley 26.657 de Protección de la Salud Mental. Se ordenó concretamente que se proveyeran los dispositivos alternativos para la continuación del tratamiento de los actores, en forma directa o mediante las unidades de gestión local. Asimismo, se sostuvo que la sentencia debía entenderse con el alcance que surge de la doctrina que surge de los casos "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus" (Fallos 328:1146) y "Halabi" (Fallos 332:111), es decir, como aquella concerniente a un proceso colectivo, tal como había sido solicitado en la demanda.

Entre los fundamentos se recordó que "en el caso de Fallos 331:211, consids. 6º y 8º, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya puso de manifiesto la situación de extrema vulnerabilidad en que se hallan las personas que sufren de padecimiento mentales internadas en los hospitales psiquiátricos por tiempo indefinido, así como la consiguiente vulneración de sus derechos fundamentales que deriva de ello. Recordó que en el dictamen de la Procuración General de la Nación emitido en la causa P. 698. XLVII 'P. A. C. s/ insania', del 11/12/2014, a cuyos fundamentos se remitió la Corte Suprema, se destacó que si bien la internación psiquiátrica podía

(49) Cfr. "Baldeón García", cit., párr. 175; caso "Comunidad Indígena Sawhoyamaxa", cit., párr. 196; y 28/11/2003, "Baena, Ricardo y otros", competencia, serie C, nro. 104, párr. 65. Distinta a la reparación que los familiares de la víctima pudieran obtener de otras personas naturales o jurídicas.; Corte IDH, "Ximenes Lópes vs. Brasil", cit., párr. 232.

(50) La coautora de este capítulo, Dra. María Adelina Navarro Lahitte Santamaría, fue una de las curadoras públicas actoras en la acción colectiva junto a la Dra. Soledad Fernández Mele.

(51) PRADA, Mariana, "El proceso colectivo como herramienta para incentivar el cumplimiento de políticas públicas", en KRAUT, Alfredo (dir.), *Derecho y salud mental*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, t. 1, ps. 601 y ss. MARCHESCHI, Cecilia A., "El modelo social en salud mental y su presencia en el Código Civil y Comercial de la Nación", https://informacionlegal.com.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc60000017b88d8aeebe4978e5e&docguid=i012191444485500 5E516878AB5D2CCAF&hitguid=i012191444485500 5E516878AB5D2CCAF&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=13&crumb-action=append&, 2017 (marzo), p. 197; BONPLAND, Viviana, "El proceso colectivo y la salud mental. Fallo 'Scaturro' (Parte I y II)", *Diario DPI*, supls. "Salud", 54, 05/02/2018, y 55, 05/03/2018.

constituir una alternativa terapéutica necesaria y jurídicamente relevante, al afectar la libertad ambulatoria también suscita serias consecuencias en el plano de los derechos humanos, lo que obliga al sistema judicial a extremar los medios de tutela efectiva. Agregó que, de conformidad con tales precedentes, y de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Furlán y familiares vs. Argentina', del 31 de agosto de 2012, así como por la CS en la causa P.876.XLVII 'P. L. J. M. c. IOMA', del 19/03/2014, y en sus citas, en materia de salud el Estado se halla obligado a adoptar medidas positivas determinadas en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal, o por la situación específica en que se encuentra".

También puso de resalto que el propio Ministerio de Salud de la Nación, órgano de aplicación de la ley 26.657, había admitido la inexistencia de los dispositivos denominados "casas de medio camino o residencias protegidas", y señaló que ese deber también pesaba sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en cuanto a las prestaciones de salud mental que debe proveer en el ámbito de su jurisdicción territorial (cfr. ley 448).

En diciembre de 2015, el pronunciamiento fue confirmado por la sala V del fuero contencioso administrativo federal y la sentencia se mandó a inscribir en el Registro de Sentencias Colectivas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En la segunda instancia se puso de resalto que "no es posible argumentar que la decisión judicial que condena a poner en práctica tales dispositivos constituye una 'intromisión' indebida en las atribuciones propias de la administración local, que como regla está sujeta al principio de legalidad; porque no se trata de formular un juicio de valor sobre una determinada política pública, sino determinar si esta concretamente respeta la ley en virtud de la cual se la ejecuta, y los derechos que en ella se reconocen. Ello presupone tanto la oportuna y eficiente articulación entre la jurisdicción nacional y la local, la asignación de las partidas presupuestarias, la individualización de los pacientes, y la selección de establecimientos, profesionales, del personal de apoyo, y de todos los demás elementos necesarios para su ejecución".

Las promisorias sentencias se quedaron en eso. Las actuaciones llegaron en más de una oportunidad a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la tenue ejecución de la manda y las paupérrimas multas impuestas. La Corte no abrió los recursos de queja respectivos los que, sin embargo, contaron con el dictamen favorable de la Defensora General de la Nación.

Vale destacar que, al principio de la etapa de ejecución, la respuesta del Juzgado fue positiva para la pretensión de los amparistas y para la clase. La resolución del 12/07/2016 dejó en claro que la sentencia beneficiaba a todas las personas que estuvieran en condiciones de externarse de neuropsiquiátricos públicos.

Sin embargo, ese ímpetu original decayó drásticamente cuando se pusieron los números sobre la mesa.

Al no existir propuestas viables para los amparistas, desde la defensa pública se propusieron alternativas de externación privadas, conforme prevé el código de procedimientos que en su art. 513 establece que cuando una persona no cumple una sentencia, la parte interesada pueda hacerla cumplir, por un tercero, a costa del demandado. El valor de las vacantes en el circuito privado generó un cambio de postura en el Juzgado y dio origen al derrotero de multas sumamente exiguas, a saber $200 (en el año 2017) contra el Estado Nacional y local a pagarse con el presupuesto del año siguiente para cubrir una prestación que en ese momento rondaba los $80.000 conforme al nomenclador publicado por la Agencia Nacional de Discapacidad.

Con respecto al efecto colectivo, no se tomó ninguna medida para contrarrestar las reiteradas evasivas de las carteras del Estado. Si bien se hicieron intimaciones y las demandadas presentaron cantidad de documentos, en los hechos nada cambió. No se abrió ni un solo dispositivo comunitario.

Ninguno de los jueces conoció a los amparistas, y tampoco los neuropsiquiátricos donde siguen internados centenares de personas en forma indebida.

Se intentó indagar sobre el valor exacto de una cama en un neuropsiquiátrico pero el sec-

tor público no ha querido brindar esta información de manera concreta y desagregada.

También se han presentado el caso de otras personas que están en la misma situación a través de incidentes que lleva el mismo juez, tienen sentencia de ejecución favorable, pero continúan internados en el mismo lugar.

De todos modos, la sentencia pudo ser ejecutada en los respectivos juzgados de familia donde tramitan los expedientes de determinación de la capacidad a partir del armado artesanal de dispositivos adecuados para cada persona y multas sustanciosas que pudieron ser ejecutadas mediante el rastreo de cuentas no sujetas a leyes de inembargabilidad.

El caso ha tomado relevancia porque apunta a una solución estructural y tiene efecto colectivo. Fue incluido en un informe alternativo 2013/2017 que la sociedad civil presentó ante el Comité de seguimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Estado Argentino va a tener que responder qué hizo al respecto.

Las personas internadas injustificadamente, esto es, sin que exista riesgo cierto e inminente, siguen esperando la respuesta del Estado, de todos sus poderes.

La responsabilidad del Estado ya está comprometida.

No puede perderse de vista que la acción judicial tuvo como fundamento el cumplimiento de obligaciones legales, el daño es concreto y continuado. Cada día que las personas continúan injustificadamente internadas se enferman más.

VIII. Ni cárcel, ni manicomio, tampoco la calle

Han existido tres modelos de tratamiento que a lo largo del tiempo se han dispensado a las personas con discapacidad. Un modelo denominado de *prescindencia*, en el que se asignaba un motivo religioso a las causas que dan origen a la discapacidad y en el que las personas con discapacidad se consideran innecesarias por diferentes razones, aplicándoseles políticas eugenésicas, situándolas en el espacio para los anormales, en el que son tratadas como objeto de caridad y sujetos de asistencia; así se crearon las instituciones asistenciales y los manicomios. Ello implicó el paso determinante desde una concepción demonológica (basada en la idea del pecado) a una concepción de corte naturalista (basada en la idea de enfermedad); se abandonó la demonología, pero se fabricó la locura. Ello sentaría las bases del que se conocerá como el *modelo médico/rehabilitador de la discapacidad*; este modelo considera que la causas que originan la discapacidad derivan de las limitaciones individuales —deficiencias—, a quienes es imprescindible rehabilitar, pues la persona "está desviada de un supuesto estándar social". Finalmente un nuevo enfoque conforma el modelo social y la discapacidad como cuestión de derechos humanos. Se considera desde allí que la discapacidad es el resultado de la interacción entre la condición de una persona (una diversidad física, mental, intelectual o sensorial) y las barreras sociales que lo limitan y/o impiden vivir una vida en sociedad. Por ello, si las causas que originan la discapacidad son preponderantemente sociales, las soluciones no deben apuntase en exclusiva a la persona, sino también deben encontrarse dirigidas hacia la sociedad. De este modo, el modelo social aboga por la rehabilitación o normalización de la sociedad, que debería ser pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas; propiciando la igualdad y no discriminación, la accesibilidad y el diseño universal, los ajustes razonables, los sistemas de apoyos y la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad **(52)**.

Las condiciones de encierro deterioran aún más a las personas que padecen cuadros psiquiátricos de base **(53)**. Sea en la cárcel, hos-

(52) PALACIOS, Agustina, "Las personas con discapacidad mental...", ob. cit.

(53) Pablo Antonio Vitalich Sallán nos invita a reflexionar sobre la participación de los sistemas asistenciales en la producción del malestar. Afirma: "las prácticas tutelares se caracterizan por la paradójica tendencia a intensificar la exclusión social de quienes se desvían de una supuesta norma —al deshabilitarlos de cuajo por la deficiencia que sea que se les esté atribuyendo— en el acto de asistirlos. Y esta lógica está bien extendida por todo el entramado social, no es exclusiva del manicomio, la justicia y la cárcel". (VITALICH SALLÁN, Pablo A., "Comentarios preliminares a la cuestión de la salud mental y la cárcel a la luz de la experiencia del PRISMA", en *Miradas*

pitales, clínicas o geriátricos, el aislamiento, la falta de afectos, de actividades, de palabra, las rutinas vacías, aumentan negativamente las condiciones iniciales. Así al padecimiento inicial, se suman singulares características por el medio en el que trascurren los días, los meses, los años.

Observamos que tampoco es la solución la *perversa política pública* de vaciar los hospitales —para cumplir con los estándares y compromisos internacionales— sin que a cambio se instalen los dispositivos alternativos correspondientes (casas de medio camino; hostales; residencias protegidas; centros de atención comunitaria coordinados con dispositivos de alojamiento, y seguimiento; acompañantes domiciliarios, terapéuticos).

El resultado actual es que los hospitales monovalentes tienen muchas menos personas internadas, pero ha crecido la población en situación de calle con problemas de salud mental.

Las vemos durmiendo en parques, plazas (si no tienen rejas), en los alrededores de los hospitales generales, en los umbrales de edificios, en el interior de cajeros automáticos de bancos; mal alimentados, con falta de aseo, con ropas deterioradas. A la intemperie en días de lluvia o frío. Echados a su suerte en interrelaciones violentas o cooperativas. Buscando estrategias para sobrevivir, en las cuales la violencia y el delito pueden resultar para ellas la forma de sobrevivir. Este "olvido" por parte del Estado, aumenta su vulnerabilidad, al tiempo que a veces aumentan su respuesta "inadaptada", violenta, hacia una sociedad que lxs violenta y no se adapta a sus necesidades.

El cierre de los hospitales monovalentes sin más nos lleva a un nuevo modelo de prescindencia.

Es un desafío de toda la comunidad generar los espacios adecuados para posibilitar que se consoliden tratamientos, que tal vez por algunos espacios de tiempo deban contener medidas de restricción —debido a la peligrosidad real de algunos cuadros—, pero además, brindar alternativas para posibiliten que luego de compensados los cuadros agudos, se transiten formas de acompañamiento menos restrictivas y que tiendan a la integración y contención comunitaria.

Las familias pueden tener sus propios límites **(54)**. Debemos compatibilizar la mirada y la actuación, no solamente en virtud de los principios de los derechos de las personas con padecimiento mental, sino también con perspectiva de género y en virtud del interés superior de niños, niñas y adolescentes.

Y allí donde no hay familia, o no puede, es donde el Estado debe recobrar su función indelegable como representante el vínculo de solidaridad que nos erige como Nación **(55)**.

Si el encierro crónico es un factor de vulneración de derechos, la desprotección social, el abandono a la situación de calle y el olvido social, también. Como señala Fito Páez **(56)**, la calle no es un lugar para vivir, mucho menos para morir.

interdisciplinarias sobre la ejecución penal, Ed. IJ, Buenos Aires, 2020.

(54) Es prudente poder empatizar con las familias y reconocer sus propios límites. En muchos casos transitan años de sufrimiento y violencia. Desde un puritanismo descontextualizado pueden hacer juicios de valor y acusar de abandono. Sin embargo, a veces la salud mental de sus integrantes les impone distancia para poder sanar largos padecimientos y reivindicar sus propios derechos. Viñeta extra: en una recorrida por el hospital Borda, un jefe de servicios nos pedía colaboración para contactarse con la hija de un paciente que llevaba algunos años internado, era ya anciano y tenía pie diabético; de otras constancias existentes en el juzgado (y la memoria de la trabajadora social), surgía que el hoy "paciente", en sus años de juventud, había sido extremadamente violento con su esposa e hija, tenía consumo problemático de alcohol y su hija había sido testigo de cómo le había pasado por arriba a su madre con un tractor.

(55) El Estado es, en definitiva, la materialización del vínculo de solidaridad existente entre los miembros de una Nación. Es quien debe encarnar la solidaridad que une a la población, pues es la nota característica, fundante, que convierte a un grupo aislado de hombres y mujeres, en país, en Nación. CALLEGARI, M. – SIDERIO, A. (dirs.), "Alimentos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017.

(56) PÁEZ, Fito, "La ciudad liberada", álbum de 2017.

Inscripción tardía administrativa y filiación

Gonzalo Carrillo Herrera
Daniela Ruiz Acuña (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El problema no resuelto del subregistro.— III. Inscripción tardía administrativa en la ley de los 1000 días.— IV. Inscripción y afiliación.— V. Cómo se efectúa la determinación de la maternidad en la inscripción tardía de nacimiento.— VI. El trámite de inscripción tardía administrativa.— VII. Requisitos del trámite de inscripción tardía.— VIII. La inscripción tardía y la migración interna ¿Dónde inscribir?— IX. Conclusiones.

I. Introducción

La sanción de la ley 27.611, denominada Ley Nacional de Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia o como comúnmente se la conoce "Plan de los 1000 días", trajo consigo algunas innovaciones en materia de identidad, reformulando ciertos artículos de la ley 17.671 y de la ley 26.413 de Registración Civil.

En materia identitaria, la ley tiende a acelerar un sistema de inscripción registral que en la ley 26.413 había mejorado, con el objeto de garantizar el acceso a la identidad de todas las personas nacidas en territorio argentino, previendo la comunicación entre todos los organismos del Estado Nacional y provincial involucrados, esto es, Registro Nacional de las Personas y registros civiles provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En resumidas cuentas, lo que intenta alcanzar la ley 27.611 es reducir el subregistro en la Argentina, es decir, que queden invisibilizadas aquellas personas que no cuentan ni con registración —acta de nacimiento— ni con identificación —documento nacional de identidad—.

El espíritu que rige en la ley es lograr la inscripción del recién nacido lo más pronto posible. Con esta afirmación deberemos interpretar cada párrafo de esta ley, la cual es la base esencial para explicar cualquier laguna que pueda surgir en su texto.

II. El problema no resuelto del subregistro

Para alcanzar el objetivo descrito, la ley introduce dos instrumentos como lo son la alerta temprana de nacimientos y la inscripción tardía administrativa; ambos institutos pretenden corregir ciertas falencias existentes en la aplicación del procedimiento en la práctica de la ley 26.413 pero, a poco de ahondar en ambos institutos y su relación con lo establecido en la mencionada ley de registración, alcanzamos a comprender que no cumplen acabadamente con su finalidad.

Para comprender cómo se llegan a estos institutos hay que recordar cómo funcionaba el sistema de inscripción de nacimientos y su relación con el subregistro existente.

El primer ordenamiento legal que reguló la actividad de los registros civiles del país —dec.-ley 8204/1963— impuso el certificado de nacido vivo o certificado médico en donde constaba el binomio madre-hijo (art. 31, dec.-ley 8204/1963), otorgándole la habilidad para probar el nacimiento de una persona, pero

(*) Exdirectores de Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de las provincias de Santa Fe y Santa Cruz, respectivamente.

este texto adolecía de un problema: imponía la obligación de "solicitar la inscripción del nacimiento" a los progenitores, sus parientes, administradores de hospitales o cualquier persona que hallare un recién nacido.

En la práctica, los efectores de salud en donde se producía el nacimiento emitían el certificado médico y se lo entregaban a los progenitores para que estos fueran al registro civil correspondiente a cumplir con la obligación de solicitar la inscripción de nacimiento. Sea por desconocimiento del texto legal, por la creencia de que aquel certificado médico implicaba la registración del recién nacido o incluso, con motivo o en líneas generales por no estar conscientes de sus derechos con relación al registro de nacimiento, no en pocos casos los progenitores no concurren a la registración del recién nacido, creando así el llamado subregistro.

¿Qué es el subregistro? Es simplemente la inexistencia jurídica de una persona con motivo de no haber efectuado oportunamente (o extemporáneamente) su registro de nacimiento.

El subregistro produce la limitación absoluta de los derechos de las personas y afecta principalmente a los grupos vulnerables del país y, dentro de ellos, tiene mayor incidencia en las zonas rurales o en migrantes no documentados. El subregistro no tiene limitación etaria, pues si bien se da mayormente en la población infantil, no es menos cierto que existe un porcentaje de adultos que también son víctimas de la subregistración.

Los principales actores en la lucha contra esta problemática son justamente los registros civiles provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quienes son los encargados de hacer constar todos los actos que "den origen, alteren o modifiquen el estado civil y capacidad de las personas" **(1)**. El subregistro es, a nuestro criterio, una de las problemáticas más grandes que debe resolver el Estado Nacional, pues afecta el derecho a la identidad de toda persona sin distinción alguna de raza, credo, estrato social o localización geográfica, como así también perjudica al Estado mismo, pues al no contar con información precisa y exacta de la cantidad de nacimientos, no podrán realizarse políticas públicas efectivas en cualquier otro ámbito del Estado nacional, provincial o municipal.

La problemática del subregistro, evidenciada por el dec.-ley 8204/1963, pretendió ser solucionada —y en gran parte se logró— mediante la modificación de aquel decreto en el año 2008 por la ley 26.413, la cual diferenció entre los obligados a notificar el hecho del nacimiento y quienes se encontraban obligados a solicitar la inscripción del nacimiento. Asimismo, imponía la obligación a quienes debían notificar el hecho del nacimiento de remitir inmediatamente al registro civil el certificado médico de nacimiento sin que este fuera otorgado a los progenitores en mano para que concurrieran al registro civil a inscribir al recién nacido. Esa pequeña diferencia disminuyó enormemente el subregistro en la Argentina, pues ahora no depende de la voluntad de los progenitores sino de una remisión de organismo a organismo.

A partir de allí, sin la intervención de los progenitores en el traslado del certificado de nacido vivo (en adelante, CNV) para realizar la correspondiente inscripción en el Registro Civil, se fue mejorando el sistema de registración alcanzando uno de los mayores porcentajes de registro en América Latina. Esta ley estableció un sistema escalonado de inscripción otorgándole a los progenitores 40 días para concurrir al registro civil para efectuar la inscripción e imponiendo al Estado provincial —a través del registro civil— que, transcurrido el plazo mencionado, la obligación de realizar la inscripción de oficio con la única prueba que se tenía: el CNV.

La ley 26.413 tampoco olvidó de regular aquellos nacimientos que se producían fuera de un efector de salud y sin atención médica y que, por ende, carecían de CNV **(2)**, otorgando o estable-

(1) Art. 1º: "Todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

(2) Art. 28: "...En el supuesto de nacimientos ocurridos fuera de establecimientos médico-asistenciales sin intervención de profesional médico, la dirección general podrá por disposición o resolución motivada, admitir la inscripción cuando existan causas justificadas fehacientemente, hasta el plazo máximo de un año, previa intervención del Ministerio Público".

ciendo la posibilidad de realizar la inscripción tardía de nacimientos bajo una modalidad diferente. Al poco tiempo de la sanción de aquella normativa, se advirtió que continuaba habiendo una gran cantidad de subregistro en la Argentina y en el año 2009, el Estado Nacional se vio obligado a emitir el primer decreto de suspensión del procedimiento establecido por la ley 26.413 extendiendo la inscripción administrativa —que se limitaba a un año— hasta los 12 años de edad **(3)**. A partir de esa edad, la persona debía recurrir a solicitar su inscripción registral en el ámbito judicial retomando el procedimiento establecido en los arts. 28 y 29 de la ley 26.413.

En los considerandos de aquel decreto ya se advertía que la escasez de los plazos impuestos por la ley 26.413 para realizar la inscripción fuera de término por la vía administrativa obligaba a recurrir a la vía judicial para la registración de un nacimiento "en desmedro del derecho a la identidad del menor, dado que la falta de registración oportuna priva al niño de un derecho subjetivo y personalísimo como es desarrollarse en su medio familiar y acceder, entre otros derechos, a la educación, salud y vivienda".

El decreto de suspensión de plazos administrativos —que era de carácter excepcional— fue prorrogado incansablemente todos los años manteniendo la edad de 12 años para realizar la inscripción administrativa; recién en el año 2019 y ante la falta de solución permanente, con el objeto de alcanzar a la mayor cantidad de población subregistrada, se eleva la edad para la inscripción tardía administrativa a 18 años.

Los decretos de suspensión de plazos administrativos traían casi los mismos requisitos que hoy se establecen en la ley 27.611 es decir: CNV si lo tuviere o en su defecto, certificado médico de edad presunta de quien se pretende inscribir; certificado negativo de inscripción del registro civil de la jurisdicción en donde se ha producido el nacimiento; y declaración de dos testigos que declararon la fecha y lugar de nacimiento. La única incorporación que trae la ley de los 1000 días en materia identificatoria es plasmar en el texto algo que ya se venía exigiendo en la práctica pero que no se encontraba contemplado en el marco legal: el certificado de no identificación del ciudadano emitido por el Registro Nacional de las Personas. A su vez, esta ley trae la posibilidad para que supletoriamente y en caso de no contar con el certificado negativo de identificación, este pueda ser reemplazado por el nuevo trámite de certificado de preidentificación en el que conste que los datos aportados y la información biométrica obtenida no obran antecedentes de identificación.

III. Inscripción tardía administrativa en la ley de los 1000 días

En vista a estos antecedentes y con el objetivo de lograr una mayor eficacia en la registración y posterior identificación del ciudadano, se sanciona la ley 27.611, que establece que el trámite de inscripción tardía se efectuará permanentemente en forma administrativa sin límites de edad, debiendo recurrir a la vía judicial en forma supletoria en los casos que no se reúnan ciertos requisitos impuestos por el ahora modificado art. 29 de la ley 26.413 o la inscripción tardía administrativa haya sido denegada en el ámbito administrativo.

Lo acertado de esta modificación se puede observar desde varios aspectos: desde el ámbito judicial, se elimina un procedimiento que a todas luces resultaba engorroso, lento y que en muchos casos no se dimensionaba la problemática a resolver —identidad—, desde el ámbito administrativo se logró lo que los registros civiles reclaman, esto es, resolver aquellos trámites de inscripciones de personas que, a pesar de los esfuerzos de los organismos provinciales y el Re-

Art. 32: "El hecho del nacimiento se probará: (…) c) Los nacimientos ocurridos fuera de establecimiento médico asistencial, sin atención médica, con certificado médico emitido por establecimiento médico asistencial público con determinación de edad presunta y sexo, y en su caso un certificado médico del estado puerperal de la madre y los elementos probatorios que la autoridad local determine. Se requerirá además, la declaración de dos testigos que acrediten el lugar de nacimiento en la jurisdicción de que se trate, el estado de gravidez de la madre y haber visto con vida al recién nacido, los que suscribirán el acta de nacimiento".

(3) El primer decreto de suspensión de plazos para la inscripción tardía es el 90/2009, menos de un año después de la modificación de la ley del registro civil. A falta de solución permanente, ese decreto fue sucesivamente prorrogado por los decs. 92/2010, 278/2011, 294/2012, 339/2013, 297/2014, 406/2015, 459/2016, 160/2017, 222/2018, 185/2019 y 285/2020.

gistro Nacional de las Personas, no han podido hasta el momento realizarlo con los consecuentes perjuicios para el habitante del territorio nacional. No obstante no ser la solución de fondo que se pretende, es un importante avance, pues mantiene en el organismo natural y más entendido en la materia —el registro civil— la inscripción de las personas sea la misma en forma tempestiva por sus progenitores, en forma oficiosa por el Estado o en forma tardía, ahora también por el Estado a través del registro civil.

Ante la sanción de la ley denominada de atención integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia, los registros civiles del país se han visto convulsionados y paralizados al mismo tiempo. Convulsionados porque sin consulta previa a la sanción de la ley se les ha trasladado el trámite de inscripción tardía a la faz administrativa, ampliando enormemente el trabajo de estos organismos y sin previsión oportuna; los registros civiles carecen actualmente de recursos materiales y humanos para la correcta tramitación y estáticos pues, salvo algunas excepciones, los registros civiles provinciales hasta la fecha no han emitido las resoluciones respectivas para hacer efectiva la orden emanada de la ley 27.611 permitiendo el trámite de las inscripciones tardías de nacimiento en sus respectivas delegaciones, sin perjuicio de que a nuestro criterio y como se expondrá en el presente trabajo, tales resoluciones son innecesarias para comenzar a realizar los trámites dispuestos por el art. 15 de la 27.611. Se debe destacar que a la mayoría de los registros del país no los han provisto de recursos materiales ni humanos para hacer frente a estas tramitaciones, no hay información hacia la ciudadanía sobre dónde realizar la inscripción tardía de nacimientos que se verifica al punto que, a la fecha del presente escrito, se siguen iniciando procesos de inscripción tardía en el ámbito judicial, las mismas defensorías judiciales continúan tomando trámites y los jueces, salvo casos aislados, siguen dando curso a aquellas peticiones.

IV. Inscripción y afiliación

Dentro del ámbito registral, todavía se sigue discutiendo la implementación de la norma y se ha planteado un debate que, a nuestro criterio, no es tal.

Sea por olvido o por innecesidad, el art. 15 de la ley 27.611 establece el mecanismo de inscripción tardía de nacimientos en forma administrativa pero no hace mención alguna a la filiación de quien se pretende inscribir y allí radica el debate presentado en los registros civiles. ¿Puede inscribirse una persona sin ningún tipo de filiación? La respuesta afirmativa se impone, el espíritu de la ley es lograr la inscripción de la persona y su posterior identificación, la materia filiatoria pasará a un segundo plano que podrá probarse o no en el ámbito administrativo o deberá probarse en el ámbito judicial, pero, en cualquier caso, la persona ya se encuentra registrada e identificada que es la prioridad para el Estado pues el subregistro se combate con la inscripción registral y no con la determinación de la filiación.

Un dato no menor para recordar que este debate, planteado en los registros civiles del país, carece de asidero: antes de la sanción de la ley 27.611, en las inscripciones tardías de nacimiento tramitadas administrativamente en los registros civiles (menores de 18 años), ¿se había planteado la pregunta de la filiación? ¿Qué cambió con la sanción de la 27.611 en esta materia? Absolutamente nada, solamente la extensión de la edad para que el trámite sea administrativo y no en sede judicial.

La problemática no radica en la filiación paterna que por aplicación del art. 571 se resuelve a través del reconocimiento expreso del progenitor en el Registro Civil o instrumento público. La pregunta es cómo se determina la filiación materna en los casos de inscriptos tardía, pues antes del 2015 las mujeres tenían la posibilidad de efectuar un reconocimiento de su hijo en las mismas condiciones que el varón.

V. Cómo se efectúa la determinación de la maternidad en la inscripción tardía de nacimiento

El viejo Código Civil en su art. 242 expresaba que "la maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscrip-

ción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido". Por la redacción del texto, se advierte que el principio general consistía en el reconocimiento expreso por parte de la madre sobre su maternidad, imponiendo esta —aun sin su reconocimiento expreso— por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (con certificado médico u obstétrico...). Es decir, el principio general era el reconocimiento y a falta de este —o aun en caso de oposición— se impone la maternidad en forma legal a través del instrumento médico que lo acredita.

Si bien la redacción de este artículo pertenece a tiempos más que lejanos en donde el CNV no era tan común como en la actualidad, la relevancia que fue adquiriendo el CNV en el transcurso del tiempo hizo que se comenzara a ir dejando de lado paulatinamente la "voluntariedad" del reconocimiento materno para que el CNV obrara como prueba absoluta e indispensable para la determinación de la maternidad. Así, en la sanción de la ley 26.413 se da cuenta de la importancia del CNV, dándole prioridad como prueba del hecho del nacimiento. Encontrándonos que aquel certificado era la prueba fundamental para la determinación de la maternidad, el art. 242 del Cód. Civil de Vélez que permite el reconocimiento materno quedaba relegado —hasta el año 2015— solo a los casos de ausencia de CNV.

El Código Civil y Comercial, con muy buenas intenciones, vino a limitar, en su art. 565, la determinación de la maternidad eliminando el reconocimiento materno y determinando la maternidad exclusivamente con "la prueba del nacimiento y la identidad del nacido", es decir, con el CNV expedido por el médico que se convertiría en el único medio de prueba válido para acreditar un nacimiento. Pero como la naturaleza responde a sus propias leyes y los partos pueden ocurrir en distintos lugares a los previstos, pudiendo incluso no ser atendidos por profesionales médicos u obstétricos que confeccionen el certificado correspondiente para acreditar el nacimiento, el último párrafo del art. 565 del Cód. Civ. y Com. prevé que la determinación de la maternidad, en los casos que se carezca del certificado médico, deberá realizarse conforme a las disposiciones de los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y allí entra en vigor nuevamente la ley 26.413 que en su art. 32, inc. c), prevé la prueba del nacimiento en los partos fuera de establecimiento de salud y sin atención médica.

Si analizamos el art. 32, inc. c), que se aplica supletoriamente —ante la ausencia de CNV— primeramente, observaremos que no habla de determinación de la maternidad sino de la prueba el hecho del nacimiento para lograr la inscripción de quien no se encuentra registrado. Sin embargo, la existencia de algunos agregados en los requisitos del inc. c) del mencionado artículo nos daría cuenta de la posibilidad de relación filiatoria de quien se pretende inscribir: los testigos. Los testigos que se requieren para el trámite de inscripción en estos casos deben necesariamente acreditar tres elementos: a) El lugar de nacimiento en la jurisdicción; b) el estado de gravidez de la madre y c) haber visto al recién nacido con vida. Con estas tres declaraciones de los testigos se estaría logrando la registración de la persona y su vínculo filiatorio con la madre, intentando suplir así la ausencia de un CNV que acredite el binomio madre hijo. En cuanto a la filiación paterna estaría cubierta a través de la aplicación del art. 571 que regula "la paternidad" por reconocimiento.

Establecido ello, aparentemente no habría inconvenientes para imponer la filiación materna determinando la maternidad a través de la prueba de aquellos testigos, pero nuevamente observando la realidad y la práctica en los registros civiles nos encontramos con otras dificultades. Como se advirtió anteriormente, en la mayoría de estos casos, el art. 32, inc. c), se utiliza para las inscripciones tardías de nacimiento y en consecuencia, la prueba testimonial sobre haber visto el estado de gravidez materno y el nacimiento con vida del menor, se va complicando en el transcurso del tiempo al punto que a una persona de más de 30 años sin inscripción registral se le torne dificultoso la obtención de aquella prueba testimonial. A los fines de comprender acabadamente, planteamos un ejemplo:

Joaquín Acuña, formoseño de 32 años de edad, no ha sido inscrito nunca en el registro civil y por ende carece de identificación para el Estado. Joaquín vive con sus padres M. y S. en

la provincia de Buenos Aires. Como Joaquín no puede acceder a ningún derecho por su falta de identificación, deciden concurrir al registro civil a realizar el trámite de inscripción tardía de nacimiento conforme al procedimiento de la nueva ley 27.611. A través del registro civil obtienen el certificado negativo de inscripción del registro civil de la provincia de Formosa, que acredita que allí no fue registrado (art. 15, inc. 1º); el certificado de edad presunta en un efector de salud público (art. 15, inc. 2º); el certificado negativo de identificación expedido por el Renaper (art. 15, inc. 3º) y dos testigos (art. 15, inc. 4º) que acrediten el lugar de nacimiento y el nombre con el que es públicamente conocido Joaquín. Luego de todo este trámite, hemos logrado que Joaquín Acuña se encuentre inscripto en el registro civil y se haya identificado en el Renaper, obteniendo también su DNI. Ahora bien, ¿y el vínculo filiatorio con Martín y Silvana? Para su padre Martín no habrá inconvenientes pues por aplicación del art. 571 del Cód. Civ. y Com. puede presentarse en cualquier registro civil y reconocerlo, acto seguido de la registración tardía, pero ¿qué debería ocurrir con la madre Silvana?

Es sabido que, con la modificación del Código Civil y Comercial, la prueba de la maternidad es legal a través del CNV, pero con la carencia de este se deberá recurrir al trámite dispuesto por el art. 32, inc. c), de la ley 26.413 y la maternidad podrá ser probada con los testigos que acrediten el estado de gravidez de la madre y haber visto el nacimiento de la persona. Si aún no se cuenta con aquella prueba testimonial, no quedará otra opción que efectuar una acción judicial de reclamación de filiación, definiéndose, solo por este medio y ante la imposibilidad de acceso a las pruebas mencionadas anteriormente, la filiación materna.

VI. El trámite de inscripción tardía administrativa

La inscripción tardía administrativa hasta el dec. 285/2020 establecía los siguientes requisitos: a) certificado negativo de inscripción de la jurisdicción en la que supuestamente ocurrió el nacimiento; b) certificado negativo del Registro Nacional de las Personas expresando que el ciudadano no se encontraba identificado; c) certificado de edad presunta expedido por un centro de salud público; d) dos testigos que acrediten el lugar de nacimiento y nombre con el que socialmente es conocida la persona que se pretende inscribir.

El trámite era por demás sencillo. El ciudadano se presentaba al registro civil de su jurisdicción de residencia y se iniciaba el trámite de manera administrativa, solicitando el mismo registro civil los requisitos que el decreto establece. A partir de allí, con todos los certificados y la presencia de dos testigos para suscribir el acta, se labraba el acta de registración (nacimiento) y con ella se accedía al trámite de identificación del ciudadano (DNI).

La ley 27.611 no innovó en absoluto en el procedimiento de la inscripción tardía administrativa, lo único que plasmó es la ampliación de la edad para realizar el trámite, por ende, ningún obstáculo ni impedimento se les presenta a los registros civiles para seguir realizando este tipo de inscripción con el viejo procedimiento instrumentado.

Ahora bien, la filiación, ¿es un requisito necesario para la inscripción tardía? Antes no lo era y entendemos que actualmente tampoco lo es. Como se expresó anteriormente, la ley pretende la inscripción de la persona no siendo la filiación una materia de impedimento para realizarla. Si en el trámite de inscripción tardía actual se acompaña prueba para demostrar algún tipo de vínculo filiatorio —v.gr., los dos testigos que exige la ley o constancia de libro de parto— podría administrativamente imponerse la filiación materna. Y si no se acompaña constancia alguna ni testigos que acrediten el estado de gravidez de la madre, lo único que quedaría como posible para imponer el vínculo filiatorio es reclamarlo judicialmente.

VII. Requisitos del trámite de inscripción tardía

El reformado art. 29 de la 26.413 establece cuatro requisitos para emitir la resolución la inscripción tardía administrativa; los requisitos no son a los efectos de la presentación del trámite sino se los exige al registro civil para emitir la resolución de la inscripción, es decir, la obligación recae sobre el organismo administrativo y no sobre la persona que pretende su inscripción.

Los requisitos son:

a) certificado negativo de inscripción de nacimiento emitido por el registro civil del lugar de nacimiento;

b) certificado expedido por médico oficial en el que se determine la edad y la fecha presunta de nacimiento;

c) informe del Registro Nacional de las Personas donde conste si la persona cuyo nacimiento se pretende inscribir está identificada, matriculada o enrolada, terminándose mediante qué instrumento se justificó su nacimiento; o, en su caso, certificado de preidentificación, en el que conste que, con los datos aportados por la persona y la información biométrica obtenida, no obran antecedentes de matrícula en el mencionado organismo; y

d) Declaración bajo juramento de dos testigos respecto del lugar y fecha de nacimiento, y el nombre y apellido con que la persona es conocida públicamente.

El primero de los requisitos —certificado negativo de inscripción— consiste en que el registro civil del lugar en donde se haya producido el nacimiento de la persona que se pretende inscribir emita, luego de una compulsa con sus libros de nacimiento, una constancia de que, en ellos, la persona no se encuentra inscripta.

El segundo de los requisitos consiste en un certificado médico oficial que determinará la edad que posee la persona que se pretende inscribir y con ello una fecha presunta de nacimiento. Se hace notar que no cualquier certificado médico que acredite esto es válido para la tramitación de la inscripción tardía. Conforme lo que expresa la ley, el certificado médico debe ser confeccionado por un médico oficial perteneciente a un efector de salud de carácter público.

El apart. c) establece, como se dijo, un informe del Registro Nacional de las Personas donde conste si la persona cuyo nacimiento se pretende inscribir está identificada, es decir, si posee o se le ha adjudicado en algún momento un documento nacional de identidad y en caso afirmativo el Registro Nacional de las Personas deberá justificar bajo qué instrumento legal emitió esa matrícula. El mismo inciso establece que supletoriamente se podrá reemplazar aquel negativo de inscripción por el nuevo certificado de preidentificación en el que conste que conforme los datos biométricos de la persona no existen número de matrícula asignada a ella. Este punto ha generado algunos conflictos entre los registros civiles y el Registro Nacional de las Personas, pues este último considera que solo se cumplirá con este requisito tramitando el certificado de preidentificación. Consideramos que no es correcta ni —actualmente— conveniente la postura del organismo nacional, por cuanto la demora existente para la tramitación de un certificado de preinscripción hasta el momento supera los treinta días mientras que el certificado negativo de inscripción —que ya se venía tramitando anteriormente— demora un máximo de 48 horas hábiles haciendo que el cumplimiento de este requisito sea más expeditivo y en consecuencia es más acorde con la finalidad que intenta alcanzar la ley 27.611 que es la inmediata registración e identificación del ciudadano.

Por último, se encuentra la declaración de los dos testigos, que acreditan el lugar y la fecha de nacimiento y el nombre y apellido con el cual la persona a inscribir es públicamente conocida. Esta declaración deberá ser tomada ante la oficina más cercana del registro civil y remitida a la Dirección General del Registro Civil para su tramitación.

Hasta aquí se observa que los requisitos son simples y de cumplimiento posible e inmediato, pero conforme a nuestro vetusto sistema de separación entre la registración —de carácter provincial— y la identificación —de carácter nacional— podremos encontrar ciertos problemas que, de ser unificada la registración e identificación de la persona en un solo organismo de carácter nacional, no deberíamos tener.

La situación más compleja a resolver es la migración interna. Lo mejor y de más fácil resolución son los casos de aquellas personas que no hayan sido inscritas oportunamente en los registros civiles y hayan mudado su centro de vida a otras jurisdicciones tornando con ello más dificultoso, oneroso o burocrático obtener el primer requisito que establece la ley, es decir, el certificado negativo de inscripción de la provin-

cia en donde se haya supuestamente producido el nacimiento. Esto se resolvería unificando un procedimiento en todo el territorio argentino, lo que requiere la buena voluntad y aceptación de todos los directores de registro civil del país.

Posible es también que existan personas que se encuentren registradas (y no identificadas) y, diversos motivos no tan legales, expresen que su nacimiento ha ocurrido en una provincia diferente a la que realmente nació. Ante esa declaración, el registro civil emitirá una constancia negativa de registración en sus libros sin ser consultado el registro civil en donde efectivamente se produjo el nacimiento. Este caso daría como consecuencia una doble inscripción de la persona con el consecuente perjuicio al Estado. La posible solución ante este último planteo —sin contar la tan ansiada y solicitada unificación registral— sería la ampliación de la consulta a todos los registros civiles del país que, si bien atenta contra la celeridad del trámite, hace a la seguridad jurídica en materia de identidad evitando la doble inscripción de la persona.

VIII. La inscripción tardía y la migración interna: ¿dónde inscribir?

Las Reglas de Brasilia consideran como beneficiarios de las reglas a aquellas personas que en condición de vulnerabilidad no puedan acceder a ejercitar con plenitud en el sistema de justicia sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Dentro de este grupo de persona vulnerables se debe considerar a aquellos connacionales que por distintos motivos han debido u optado por migrar internamente dentro del territorio nacional y haciendo un análisis armónico de lo que estas reglas pretenden tutelar, deberíamos afirmar que estas reglas, aunque dispuestas para el acceso a la justicia, son, a nuestro criterio, aplicables al sistema de inscripción tardía administrativa de nacimientos regulado por la ley 27.611. El acceso a la justicia para la defensa de los derechos de las personas, no puede ni debe estar limitado al campo judicial. Necesariamente debe incluirse los trámites administrativos

Ya se afirmó y quedó probado que esta ley pretende la registración e identificación inmediata de la persona intentando limitar los obstáculos burocráticos que pueden imponer las leyes. Sabido es que en nuestro país existe una cantidad importante de personas que sin estar registradas ni identificadas han sido trasladadas o se trasladaron a residir a una jurisdicción provincial diferente a la de su lugar de nacimiento y en estos casos existiría un "obstáculo legal" para la inmediata y efectiva tramitación de la inscripción tardía de nacimiento.

La ley 26.413 reguladora de la actividad registral impone en su art. 27 **(4)** que se registrarán en los libros de nacimiento todos los producidos dentro del territorio nacional y establece que ello se deberá hacer en la jurisdicción en donde se haya producido. Es decir, si una persona sin inscripción ha nacido en la provincia de Jujuy y tiene su residencia habitual en la provincia de Santa Cruz, la inscripción tardía de nacimiento debería efectuarse en la provincia de Jujuy. Esta disposición claramente se convierte en un "obstáculo legal" para alcanzar la inmediata y efectiva registración del nuevo ciudadano. Si consideramos que la gran población que no se haya inscrita registralmente pertenece al grupo de personas vulnerables, las distancias, las cuestiones económicas y tal vez un diferente trámite burocrático que contempla la jurisdicción en donde se debería inscribir su nacimiento, no hace más que sumar complicaciones para la tramitación de este instituto.

Hasta ahora, la única resolución dictada por un registro civil sobre la temática que nos ocupa pertenece a la provincia de Misiones **(5)** (resolución que debe tomarse como modelo a seguir por el resto del país) y prevé esta situación distinguiendo a misioneros sin inscripción que al momento de solicitar esta se encuentren radicados en otras provincias, de aquellos originarios de otras provincias que tengan su centro de vida en Misiones.

A los primeros —misioneros radicados en otra provincia— se les exige que la solicitud de inscripción tardía de nacimiento se efectúe en la provincia en donde encuentran su residencia habitual y se remita toda aquella documenta-

(4) Art. 27: "Se inscribirán en los libros de nacimientos: a. Todos los que ocurran en el territorio de la Nación. Dicha inscripción deberá registrarse ante el oficial público que corresponda al lugar de nacimiento".

(5) Res. 63/2021.

ción a la Dirección del Registro Civil de Misiones quien confeccionará el acta de nacimiento, la que quedará a disposición del ciudadano y una copia enviada a la Dirección del Registro Civil correspondiente a donde se halle habitando el recién inscrito.

Para los segundos —originarios de otras provincias radicados en Misiones— se les permite solicitar la inscripción tardía de nacimiento en la provincia de Misiones y la Dirección General de esta jurisdicción será la encargada de reunir toda la documentación —negativo de inscripción, negativo de identificación y declaración de testigos— para luego enviarla al registro civil de la jurisdicción provincial en donde haya ocurrido el nacimiento.

Si bien, la resolución misionera resuelve detalladamente y legalmente la situación conforme lo establecido en el art. 27 de la ley 26.413, consideramos que sería prudente la aplicación de las Reglas de Brasilia para la tramitación de este procedimiento administrativo atento al estado de vulnerabilidad de este grupo de personas que por no encontrarse registradas no pueden acceder a los derechos más básicos del ser humano.

Textualmente, las Reglas de Brasilia imponen en su apart. 33 que "se revisarán las reglas de procedimientos para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y gestión judicial [léase administrativa] que resulten conducentes a tal fin" incluyéndose dentro de esta categoría "aquellas actuaciones que afectan la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales [léase también administrativos]". Asimismo, estas reglas consideran que la migración y desplazamiento interno puede ser una causal de vulnerabilidad de la persona.

Ante ello, es dable considerar que la posibilidad que la persona que pretende obtener su inscripción y halla su centro de vida en una jurisdicción diferente a la que se produjo su nacimiento pueda solicitar que esta inscripción se realice en los libros del registro civil de la provincia en donde se encuentra habitando permitiéndole una inmediatez y celeridad en la tramitación de este procedimiento administrativo como también el pronto acceso a su acta de nacimiento una vez que se encuentre registrado. Esta solución, cuyos beneficios para el ciudadano son innegables, no exigiría más que ampliar el criterio establecido en el art. 27 de la ley 26.413 considerando, para estos casos, que el "lugar de nacimiento" incluye todo el territorio nacional y no solamente la jurisdicción local.

De más está decir que si se lograse la unificación de los registros civiles con el Registro Nacional de las Personas, postura que estos autores comparten, no existiría ningún tipo de las dificultades descritas.

IX. Conclusiones

La inscripción tardía administrativa sin límite de edad impuesta por la ley 27.611, salvo la extensión en el límite de edad, no modificó en nada el trámite que se venía realizando en la órbita de los registros civiles. Como consecuencia de esta afirmación, la ley se tornó operativa desde el mismo momento de su entrada en vigencia. Los registros civiles podrán emitir nuevas resoluciones procedimentales para realizar este trámite, tal como acertadamente lo realizó la provincia de Misiones o como lo están realizando Tucumán y Río Negro, pero lo cierto es que también podrían aplicarlo inmediatamente con las antiguas resoluciones procedimentales con las que venían trabajando hasta el momento, observando que los requisitos impuestos por la nueva ley son los mismos a los que se recurría bajo el imperio de los decretos de suspensión de plazos administrativos para el trámite de inscripción hasta los 18 años de edad.

En cuanto al debate de si se puede realizar la inscripción tardía sin filiación, se ha aclarado que es un debate innecesario, que el espíritu legal es lograr la inscripción lo más pronto posible de la persona que no ha sido oportunamente registrada sin considerar si corresponde o no hacerlo con filiación paterna o materna. Lograda la inscripción, la paternidad se podrá alcanzar por la vía del reconocimiento del art. 571 del Cód. Civ. y Com. y la maternidad a través de la prueba testimonial que exige el art. 32, inc. c), de la ley 26.413, debiendo declarar los testigos sobre el estado de gravidez de la madre y haber visto el recién nacido con vida. Ante la carencia

de estas alternativas, solo podrá determinarse la maternidad mediante las acciones de filiación que se tramiten por la vía judicial.

Por último, celebramos la elaboración de la resolución de la provincia de Misiones, que tiende a dar visibilidad a este instituto y deberá ser tomada como base para una ulterior unificación del trámite de inscripción tardía administrativa en todo el territorio nacional, con la aclaración de que sería prudente considerar la problemática de la migración interna a los fines de no dilatar el procedimiento de registración de la persona.

Derechos personalísimos de NNA: derecho a la salud

Paciente pediátrico: ¿la primacía del derecho a la salud implica profundizar la vulnerabilidad?

María Alejandra Capolongo (*)

Luciana Rosa (**)

Sumario: I. Introito.— II. Derechos personalísimos.— III. Interés superior del niño.— IV. Autonomía progresiva de NNA.— V. Derecho a la salud.— VI. Principio de autodeterminación. Consentimiento informado en NNA.— VII. Conclusión.— VIII. A modo de cierre.

"Todas las personas al principio fueron niños, aunque muy pocas lo recuerden".
Antoine DE SAINT-EXUPERY

I. Introito

El objetivo que perseguimos en el desarrollo de este trabajo es pensar en los derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) especialmente en lo concerniente a su derecho a la salud y lo referente a la toma de decisiones cuando estamos frente a un paciente en condición estructural de vulnerabilidad como lo es el paciente menor de 13 años.

El recorte responde a que, conforme a lo dispuesto en el art. 25 del Cód. Civ. y Com., se distingue entre niñas o niños hasta los 13 años de edad; mientras que el colectivo comprendido entre los 13 a 16 años se los reviste con la condición de persona menor adolescente.

El interés por el universo propuesto responde a la situación jurídica que tienen con relación a la toma de decisiones vinculados con el derecho a la salud y al cuidado del propio cuerpo.

II. Derechos personalísimos

II.1. Marco general

Nos parece oportuno mencionar las distintas posturas doctrinarias con las que ha sido abordado este tema. De esta manera, Cifuentes, los define como "derechos subjetivos, privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de las personas y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse, ni disponerse en forma absoluta y radical" **(1)**.

Por su parte Rivera afirma que "constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuen-

(*) Abogada (UNR); especialista en Derecho de Familia (UNR); adscripta en la cátedra de Derecho Civil V - Derecho de las Familias (UNR).

(**) Abogada (UNR); adscripta en la Cátedra de Derecho Civil V - Derecho de las Familias (UNR).

(1) CIFUENTES, Santos, "Derechos personalísimos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 200.

tran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral" **(2)**.

En similar sentido, Galgano expresa en líneas generales "que los derechos personalísimos son los derechos del hombre que se les reconoce y garantiza" **(3)**.

Completa el encuadre Nicolau, cuando en uno de sus trabajos señala, siguiendo a Cifuentes, que "Los derechos personalísimos han sido agrupados en tres grandes sectores. Un primer sector en el que están los derechos relativos a la integridad física, como el derecho a la vida y la salud, derecho de la persona sobre su cuerpo, derecho sobre las partes renovables. Otro sector que corresponde a los derechos vinculados a la integridad espiritual, en el que se encuentran el derecho a la intimidad, el derecho a la imagen, el derecho a la identidad, el derecho al secreto, el derecho al honor y un último sector en el que se ubica el derecho a la libertad". Por otra parte, también señala que nuestro ordenamiento se ocupa de los derechos personalísimos incluyendo, además, principios éticos en diversas normas legales como los arts. 51 a 61 del Cód. Civ. y Com., la ley 26.529 de Derechos del Paciente, la ley 27.491 de Vacunación Obligatoria y la ley 25.326 de Protección de Datos Personales **(4)**.

De lo expuesto, podemos extraer los caracteres de estos derechos: "absolutos porque su ejercicio se proyecta a todos y se ejercen de forma indefinida; extrapatrimoniales porque los bienes que protegen no son objeto de valuación en dinero; inherentes a la persona por lo cual no depende nacimiento y extinción de estos derechos de la voluntad del titular y se encuentran fuera del comercio" **(5)**.

II.2. Dignidad humana

Con relación a este derecho personalísimo, Krasnow expresa que analizar la persona humana en su relación con sus derechos personalísimos exige partir de la dignidad e inviolabilidad como elementos que marcan su esencia **(6)**.

El concepto de dignidad humana se ve ampliamente contenido en los diversos tratados internacionales de derechos humanos; como, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, al declarar que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (art. 1°), vinculando con la noción kantiana, según la cual cada persona debe ser tratada siempre como un fin en sí y nunca como un medio para satisfacer intereses ajenos, la dignidad exige la no-instrumentalización de la persona humana y por tal razón eses una noción clave en el campo de la bioética **(7)**.

Trasladando la atención al Código Civil y Comercial, se destaca la captación de este derecho, cuando dentro del Libro I, "Parte general", trata a la persona humana en el tít. I; comprendiendo en su cap. 3 los derechos personalísimos. En su art. 51 dispone que "La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad".

En sintonía con la entidad que asigna el Código al derecho que analizamos, Tobías sostiene que "La incorporación de la noción de dignidad, como la de la inviolabilidad de la persona supone un progreso relevante en el esquema del derecho privado argentino: se adecua, como dijimos a una tendencia creciente en el Derecho comparado e internacional reflejado en la recepción por las constituciones nacionales y los tratados internacionales y, además, en las últimas décadas, en su incipiente aparición en los códigos civiles" **(8)**.

(2) RIVERA, Julio C., "Instituciones del derecho civil. Parte general", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 22.

(3) GALGANO, Francesco, "Ditritto privato", Cedam, Padova, 1992, 7ª ed., p. 84.

(4) NICOLAU, Noemí L., "La persona humana, sus derechos personalísimos y la emergencia sanitaria COVID-19", *http://hdl.handle.net/2133/19273*, 2020-08.

(5) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Los derechos personalísimos y sus principales caracteres", en *Estudio de los derechos personalísimos*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 27; CIFUENTES, Santos, ob. cit., ps. 175 y ss.

(6) "Persona, autonomía y protección en la teoría del derecho", Ed. UNICEN, 2019, *e-book*.

(7) KANT, Immanuel, "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", Ed. Ariel, Barcelona, 1999.

(8) TOBÍAS, José W., "La dignitas: principio y valor constitucional. Fundamento de los derechos personalísi-

Por su parte, Eleonora Lamm **(9)** sostiene "que mientras que alguna doctrina considera a la dignidad como un 'derecho personal' o un 'principio' **(10)**, la gran mayoría la califica como la 'fuente' de la cual derivan todos los derechos personales, siendo esta la tendencia actual **(11)**. (...) En este sentido la dignidad humana es el 'valor intrínseco y específico que poseen todos los seres humanos, es decir, el valor que poseen por el hecho de pertenecer al género humano' (...). Así, la dignidad humana como valor fundante exige el respeto a las decisiones personales y de ello deriva la trascendente noción bioética de *autonomía,* dotada en nuestro país de expreso rango constitucional" **(12)**.

Completa lo expuesto la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al sostener que "El art. 19, CN, en combinación con el resto de las garantías y derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de conciencia como esencia de la persona, y, por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores, y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta nuestra norma fundamental" **(13)**.

III. Interés superior del niño

El principio del "interés superior del niño" es el eje rector o columna vertebral del entrecruzamiento entre derechos humanos y derechos del niño que se conoce como modelo o paradigma de la protección integral de derechos NNA. Al respecto, cabe recordar que el párr. 1º del art. 3º de la CDN dispone: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". El interrogante central que ha despertado esta normativa es qué se entiende, qué involucra o qué implica este "interés superior del niño".

El Comité de los Derechos del Niño en su obs. 14, dedicada justamente a profundizar y materializar este concepto jurídico indeterminado, destaca que el interés superior del niño tiene una triple función: ser un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Es un derecho sustantivo, lo cual implica que "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, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general", por lo tanto, se trata de "una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicación inmediata) y puede invocarse ante los tribunales". De manera general, la observación general en análisis afirma que "el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención y el desarrollo holístico del niño" (párr. 4º) **(14)**.

Con relación a considerar como este principio marco como prioritario, se dijo que "El interés puede encontrarse o no vinculado a una situación familiar. Hay que pensar que el interés del menor es autónomo y hasta discordante con

---

mos. Límite a la disponibilidad de los derechos personalísimos", en *Estudio de los derechos personalísimos*, cit., ps. 82-83.

(9) LAMM, Eleonora, "Derecho a la dignidad e integridad personal de niños, niñas y adolescentes. Hacia la eliminación del castigo corporal y humillante", en FERNÁNDEZ, Silvia (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 2283.

(10) APARICI MIRALLES, A., "El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global", *Cuadernos de Bioética*, XXIV-2013.

(11) BIDART CAMPOS, G. J., "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, nueva ed. ampl. y act. al 1999-2000, t. I-B, p. 284.

(12) ANDORNO, Roberto, "Dignidad humana", JA 2013-IV, nro. esp., "Bioética", ps. 34-39; KANT, Immanuel, ob. cit., p. 189.

(13) CS, 21/11/2006, LA LEY del 05/02/2007, ps. 6-7.

(14) HERRERA, Marisa, "Derecho de las familias y derechos humanos", en HERRERA, Marisa (dir.), *Manual de derecho de las familias*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, ps. 39-40.

otros intereses, a pesar de hallarse integrado a una familia" **(15)**.

Con acierto Gil Domínguez expresa que "La satisfacción del interés superior del niño, valorada en cada caso concreto, debe ser el parámetro de actuación tanto de los progenitores como de quien resuelve un conflicto entre progenitores y sus hijos; a mayor desarrollo o madurez del niño, mayor peso tendrá su opinión a la hora de delimitar o definir su interés superior" **(16)**.

IV. Autonomía progresiva de NNA

Con tino se ha sostenido que "las ciencias humanas (antropología, psicología, pedagogía, sociología) evidencian de manera cada vez más clara en el estudio de las etapas evolutivas (no solo a nivel físico, sino también a nivel psíquico, social y cultural) cómo la autonomía (en el sentido de la capacidad de elegir de manera consciente) es algo que se adquiere de manera gradual y progresiva; gradualidad y progresión que se adaptan mal al límite convencional de la mayoría de edad fijado y cristalizado por el derecho (...) el propio término 'menor' lleva consigo la consideración de adhesión a un grupo débil (considerado inferior), que pretende por parte del derecho una protección y una tutela específicas dada su dependencia de los demás" **(17)**.

Siguiendo a Herrera, "la autonomía progresiva puede graficarse con los escalones de una escalera que conducen a la autonomía plena, la que se entiende adquirida para el derecho el día en que se cumple la mayoría de edad. En cada escalón el niño o adolescente podrá ir ejerciendo distintos derechos, según el grado de madurez y desarrollo que se necesite para cada uno de ellos" **(18)**.

Haciendo jugar este principio en el campo de la salud, la autonomía progresiva de NNA se manifiesta en la posibilidad de otorgar su consentimiento informado para determinadas prácticas, entendido aquel como "una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien, luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención" **(19)**. De manera contundente lo ha expresado Kemelmajer de Carlucci al decir: "La autonomía de la voluntad permite decidir el proyecto autorreferencial, y la dignidad humana supone el respeto a los que la persona quiere y decide. Como proyecto de vida o como acto" **(20)**.

Es de consideración en este tema la opinión consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resalta la importancia de contemplar la autonomía progresiva de NNA **(21)**.

En nuestro Código Civil y Comercial se lo prevé como uno de los principios que sustenta el instituto de la responsabilidad parental cuando en el art. 639, inc. b) al decir: "la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los

(15) HIGHTON, Elena I., "Los Jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial", LA LEY 13/04/2015.

(16) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés – FAMÁ, M. Victoria – HERRERA, Marisa, "La Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, comentada, anotada y concordada", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 94.

(17) PALAZZINI, Laura, "Menores, bioética y derecho: autonomía y responsabilidad en la toma de decisiones en relación a tratamientos sanitarios en el derecho italiano", en HERRERA, Marisa (dir.), ob. cit., p. 43.

(18) HERRERA, Marisa (dir.), ob. cit., p. 602.

(19) HIGHTON, Elena I. – WIERZBA, Sandra M., "Consentimiento informado", en GARAY, Oscar E. (coord.), *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 191.

(20) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Dignidad y autonomía progresiva de los niños", RDPyC 2010-3, "Derechos del Paciente", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 137.

(21) Opinión consultiva OC-17/2002, del 28/08/2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *http//www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf*". Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello, debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del derecho internacional de los derechos humanos en este dominio (párr. 100).

progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos".

Entonces, como consecuencia práctica de este principio, debe expresarse que, a mayor autonomía, va disminuyendo la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos. Esta interacción se nutre en la consideración de la personalidad y el respeto de las necesidades del niño en cada período de su vida, en su participación activa en el proceso formativo y en un gradual reconocimiento y efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales, en función de las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo.

En esta misma dirección es receptado de manera expresa en el ordenamiento jurídico argentino cuando se sostiene que las personas menores que cuenten con edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico y, en lo relativo a los tratamientos médicos de los menores de edad, se refleja el derecho de decisión cuando al establecer que desde los 13 y hasta los 16 años se tiene aptitud para decidir por sí mismos sobre aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física; mientras que cuando se esté ante tratamiento invasivos que pongan en riesgo su vida o integridad, el consentimiento del adolescente se deberá integrar con la asistencia de sus progenitores (art. 26, Cód. Civ. y Com.) **(22)**.

Resulta propicio cerrar este apartado con la interpretación que sobre la última parte del art. 26 del Cód. Civ. y Com., nos aporta la resolución del Ministerio de Salud 65/2015: de acuerdo con el art. 26 del Cód. Civ. y Com., corresponde interpretar que a partir de los 16 años el adolescente, equiparado a un adulto en las decisiones atinentes al cuidado del propio cuerpo, puede peticionar los procedimientos que habilita la LIG, prescindiendo de los requisitos que esta última prevé en su art. 11, ya que los procedimientos (terapia de hormonación e intervenciones quirúrgicas de modificación corporal y genital) hacen a la vivencia sentida del género; las prácticas solicitadas deberán ser catalogadas, de forma tal que solo aquellas que serán consideradas "invasivas que ponen en riesgo la salud", deben requerir que la/los adolescentes entre 13 a 16 años, sean asistidos por quienes ejercen roles de cuidado; el criterio de invasividad utilizado por el art. 26 del Cód. Civ. y Com. debe interpretarse como tratamientos de "gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud". En este sentido se interpretará que los tratamientos, terapias, prácticas o intervenciones de modificación corporal relacionadas con la identidad autopercibida, solo serán considerados "invasivos que afecten la salud en los términos del art. 26 del Cód. Civ. y Com.", en el caso que la evidencia científica muestre que existe riesgo de afectación grave del estado de salud general de la persona **(23)**.

V. Derecho a la salud

Al referirnos a este derecho, partimos desde la perspectiva integral que recepta y defiende desde hace tantísimo tiempo la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) cuando en el 1948 sostuvo que "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".

A la tradicional definición de salud de la OMS, se le agrega un concepto multidimensional cuando de niños se trata. Así, se afirma que "la medición de la salud en los niños tiene que tener en cuenta la habilidad de participar plenamente en funciones y actividades físicas, sociales y psicosociales apropiadas para cada edad" **(24)**.

En un primer momento se lo reconocía entre los derechos no enumerados por la Constitución Nacional (en adelante, CN) pero luego de la Reforma del año 1994, pasó a estar contem-

(22) CAPOLONGO, María Alejandra, "Responsabilidad Parental", en KRASNOW, Adriana (dir.) – DI TULIO BUDASI, Rosana – RADYK, Elena (coords.), *Manual de derecho de familia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, ps. 399-400.

(23) La norma citada, reproduce el documento "Nuevo CCC. Lectura desde los Derechos Sexuales y los Derechos Reproductivos".

(24) STARFIELD, B., "Child health status and outcome of care; a commentary on measuring the impact of medical care in children", *J Chron. Dis.* 1987;40 (suppl.); 109-15.

plado en el marco de los derechos de los consumidores y usuarios. También puede inferirse del art. 41 en cuanto reconoce que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano equilibrado y apto para el desarrollo humano.

Muchos instrumentos internacionales de rango constitucional (art. 75, inc. 22) o solo supralegal reconocen el derecho a la salud interrelacionado con la vida digna.

Sobre este, Bidart Campos expresa que "el vivir conlleva el derecho a vivir con la dignidad y en las condiciones que por ser personan exige todo ser humano. En consecuencia, para vivir con dignidad la calidad de vida debe integrarse con la salud. No se trata de un derecho a no enfermarse, sino que la persona enferma disponga de acceso a cuanto requiera en cada situación para vivir con la calidad de vida digna en tanto derecho que tiene todo ser humano en su condición de persona" **(25)**.

Vinculando derecho a la salud con acceso a la salud, Pagano entiende que "cuando hablamos de derecho a la salud estamos significando derecho de acceso a la salud. Es de señalar que junto a aquellos instrumentos que garantizan a los NNA el derecho a la salud en la misma medida que a los adultos por su calidad de persona humana, también se encuentra contemplado en instrumentos dedicados. Por principio, la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) en cuyo art. 24 los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud, debiendo esforzarse por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios" **(26)**.

Trasladando la atención al objeto de estudio, la salud, en cuanto derecho humano fundamental de NNA, se rescata el contar con un marco legal convencional y constitucional. Así, vemos que parte del marco general contenido en la CDN (art. 24) **(27)** y los tratados y convenciones especiales dictados sobre la materia y comprende el conjunto de leyes y disposiciones reglamentarias nacionales y provinciales que en su consecuencia, se fueron dictando.

Además, contamos con la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de NNA, que reconoce en su art. 14 el derecho a la salud de las NNA al expresar que tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud, siendo los organismos del Estado quienes deben garantizar que se cumpla la satisfacción de ese derecho.

Retomando lo expresado en el apartado que precede, el Cód. Civ. y Com. se ocupa del tratamiento de ciertos derechos personalísimos cuyo tratamiento, hasta entonces, había quedado reservado a leyes especiales sobre la materia y aunque no lo haga en forma directa, se ocupa del tratamiento del Derecho a la salud y al cuidado del propio cuerpo de los adolescentes en su art. 26, abordándolo desde la perspectiva de la capacidad de ejercicio **(28)**.

VI. Principio de autodeterminación. Consentimiento informado en NNA

VI.1. Encuadre

En el ejercicio de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes el principio de autodeterminación juega un rol importante, específicamente en materia de salud, puesto que este se encuentra ligado al de consentimiento informado.

(25) BIDART Campos, Germán J., "Lo viejo y lo nuevo en el derecho a la salud: entre 1853 y 2003", Supl. Const. 2003 (abril), p. 157, LA LEY 2003; AR/DOC/3656/2001.

(26) PAGANO, Luz M., "Ejercicio abusivo de la responsabilidad parental en cuestiones de salud", en GROSMAN, Cecilia (dir.) – VIDETTA, Carolina (coord.), *Responsabilidad parental - Derecho y realidad. Una perspectiva psico-socio-jurídica*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2020, p. 185.

(27) CDN, art. 24: "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación a la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios".

(28) "Maluf Martínez, Melina", MJ-DOC-15885-AR, abril 2021.

Siguiendo a Highton y Wierzba, "el consentimiento informado no es acto jurídico sino mera manifestación de voluntad no negocial o mero acto lícito, lo que se traduce en una simplificación de las reglas referidas a la capacidad" **(29)**.

Completando la noción que precede con la autonomía progresiva Gracia informa que "Hasta la aparición del principio de autonomía progresiva, la relación médico-paciente fue de índole paternalista, en el cual el profesional de la salud fundamentado en el principio de beneficencia tomaba las decisiones que consideraba necesarias para el cuidado de la salud del paciente, que no permitía decidir al paciente" **(30)**.

La visión paternalista a la que se hace referencia, también fue debilitada en el derecho interno, destacando especialmente el criterio seguido en la ley 26.529 sobre Derecho del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, puesto que reconoce y regula el consentimiento informado, como un derecho que permite al paciente obtener la información necesaria para hacerse una idea objetiva y correcta de su estado de salud y sea capaz de decidir sobre procedimientos a seguir en su caso concreto.

Esta ley contempla que los pacientes, principalmente los NNA, tienen derecho a ser asistidos por profesionales de la salud, sin distinciones de ninguna condición; como a ser tratados en forma digna y respetuosa. En cuanto a la autonomía de la voluntad establece que el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos con o sin expresión de causa, como a revocar posteriormente su manifestación de voluntad —art. 2º, inc. a)— **(31)**.

Cabe advertir que el encuadre que trae la norma citada sobre consentimiento informado, es seguido en términos muy similares por el art. 59 del Cód. Civ. y Com. **(32)**. En lo que se refiere a la autonomía de la voluntad prevé que "el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad" **(33)**.

(29) HIGHTON, Elena I. – WIERZBA, Sandra M., "La relación médico-paciente. El consentimiento informado", Buenos Aires, 2003, 2ª ed., p. 78.

(30) GRACIA, Diego, "Bioética clínica, ética y vida. Estudios de Bioética 2", Ed. El Búho, Colombia, 1998.

(31) Art. 2º, inc. a): "Asistencia: el paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición (...). b) Trato digno y respetuoso...".

(32) Art. 59: "El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados con relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente".

(33) SALITURI AMEZCUA, María Martina, "¿Quién decide sobre el cuerpo?", RDF nro. 72, 2015, p. 69.

Por su parte el art. 5º del dec. regl. (1089/2012) de la ley 26.529 hace alusión al consentimiento por representación en el caso de los pacientes menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar, estableciéndose que se escuchará su opinión y que deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender a favor del paciente, respetando su dignidad personal y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento.

La descripción que precede debe vincularse con el art. 12 de la CDN, al declarar que los Estados parte 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.

En sintonía con lo que se viene diciendo, se entiende que "las opiniones de las niñas y niños deben considerarse en todas las decisiones que los involucren; deberán ser escuchados e informados de sus problemas de salud de acuerdo con su nivel de comprensión. La participación de ellos en todos los aspectos de sus vidas, incluyendo la salud, debe ser promovida desde la primera infancia. Se pueden reconocer grados evolutivos de su participación que van desde la información sobre la enfermedad, tratamiento y procedimientos médicos, toma de decisiones de los referentes adultos con participación activa de las niñas y niños, hasta decisiones autónomas tomadas por ellos" **(34)**.

En esta línea y destacando el rol protagónico que le cabe a toda niña, niño y adolescente en cuestiones que se vinculen su salud, Kemelmajer afirma que "Si estamos frente a un paciente competente con relación al acto concreto, a pesar de su menor edad, corresponde recordar que el paciente es la niña o el niño y no sus progenitores, por lo que entre la opinión de estos últimos y la de la niña o el niño competente, los profesionales de salud deberían adjudicar un peso extra a la de la niña o el niño. Así, el derecho de los padres se limita fuertemente cuando la niña o el niño competente acepta el tratamiento, pero los padres no consienten; este rechazo no impide el tratamiento, si desde el punto de vista médico es lo indicado" **(35)**.

VI.2. Pacientes pediátricos: dimensiones del consentimiento informado

Para introducirnos en este aspecto, partimos de preguntas orientadoras, como: ¿Qué decisiones respecto de la salud pueden tomar los padres por sus hijos? ¿Cuál es el criterio que debe orientar los límites de estas decisiones? ¿Cuándo un menor de edad es autónomo para tomar decisiones sobre su salud?

Como se viene señalando, las personas adquieren la capacidad de ser autónomos a través de un proceso de desarrollo de su capacidad cognitiva y de su voluntad, que los hace ser capaces de tomar decisiones superando la influencia de sus padres o pares, como en el caso de los adolescentes, o el miedo, a través del aprendizaje de sus experiencias vitales. La ley protege al menor durante este proceso delegando en sus padres, tutores, instituciones o el mismo Estado la representación de este derecho.

Atento a lo expuesto y ante el escenario que contiene el objeto en análisis, consideramos propicio detener la atención en las cuestiones que pasamos a describir:

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

Obtención del consentimiento informado en niños: El proceso de obtención del consentimiento informado en los niños depende de

(34) BARCIA, Marianela – ZUNINO, Carlos, "Reflexiones sobre el consentimiento informado en niños, niñas y adolescentes en la atención clínica", *Rev. Méd. Uruguay*, ps. 147 y ss., *http://www.scielo.edu.uy/pdf/rmu/v35n2/1688-0390-rmu-35-02-163.pdf.*

(35) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "El derecho del menor a su propio cuerpo", en BORDA, G. A. (dir.), *La persona humana*, Ed. La Ley, Buenos Aires 2001, p. 249.

variables relacionadas con el desarrollo psicológico, social y neurológico del menor.

Problemas más comunes en el consentimiento informado en niños: Las situaciones que frecuentemente generan dilemas éticos frente a la autonomía de las personas menores de edad son: a) Discrepancia entre la voluntad de la niña-el niño y su representante legal. b) hijas/hijos menores de edad cuyos padres separados, tienen discrepancia de criterio. c) Desencuentro entre el concepto del mejor beneficio del paciente por parte del equipo de salud y el representante legal del paciente.

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

Cuando los padres no están de acuerdo con el tratamiento propuesto como puede ser el caso del rechazo de transfusiones por motivaciones religiosas, si la regla de familia no favorece a la niña/el niño, y no vela por su mejor interés, el médico puede ignorar estas reglas, siempre y cuando ellas se opongan a principios fundamentales aunque sí puede apoyarse en la toma de decisiones en otra instancia institucional como es el comité de ética, siempre y cuando no se trate de una emergencia **(36).**

En consonancia con esta línea de análisis, se ha dicho que "Estamos frente a un ser vulnerable, muchas veces inmaduro y la relación médica/paciente ya no es de a dos, sino que asume un rol preponderante la actuación de un tercero, a la sazón sus padres y/o representantes legal o adulto de confianza a su cuidado. Vista de esta manera, la toma de decisiones médicas produce una tensión permanente entre el paternalismo médico —más acentuado aún en este caso por tratarse de niños que, casi naturalmente, predispone a los adultos a conducirse en pos de su 'protección' y 'cuidado' y aún con prescindencia de sus opiniones—, la autonomía del paciente pediátrico, situación que, en la mayoría de los casos, presenta serias resistencias a su aceptación (...) lo que implica adoptar decisiones —de diversa índole— en su nombre" **(37)**.

Como cierre del relato que precede, nos servimos del pensamiento de Ciruzzi, cuando sostiene "que la relación asistencial en pediatría supone la búsqueda de consensos mínimos que permitan articular el saber médico, los derechos y deberes de los padres y el respeto a la dignidad del niño (...) donde los adultos juegan un rol imprescindible de contención, acompañamiento y guía" **(38)**.

VI.3. Vacunación obligatoria: ¿decisión de los progenitores o compulsividad?

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la vacunación es una forma sencilla, inocua y eficaz de protegernos contra enfermedades dañinas antes de entrar en contacto con ellas. Las vacunas activan las defensas naturales del organismo para que aprendan a resistir ante infecciones específicas, y fortalecen el sistema inmunitario.

Afirma la OMS, que al vacunarnos, no solo nos protegemos a nosotros mismos, sino también a quienes nos rodean.

Mención especial merece la ley nacional 27.491 de Política Pública de Control de Enfermedades Prevenibles por Vacunación (Ley Yedlin).

Esta ley tiene como finalidad la prevención de enfermedades, entendiéndose la vacunación como una estrategia de salud pública preventiva altamente efectiva y un bien social sujeta a diferentes principios, entre los cuales se destacan aquellos que establecen que es obligatorio la aplicación de las vacunas para todos los habitantes de la República y la prevalencia del interés público por sobre el individual (arts. 2º y 7º) **(39)**.

(36) GÓMEZ CÓRDOBA, Ana Isabel, *Médico pediatra*, magíster en Bioética Universidad del Bosque "Dimensiones del consentimiento informado".

(37) CIRUZZI, María Susana, "La autonomía del paciente pediátrico: ¿mito, utopía o realidad?", Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2020.

(38) *Ibid.*

(39) El art. 2º define qué se entiende por vacunación, y expresa que "se la entiende como una estrategia de salud

Mientras que en el art. 10 surge lo que queremos destacar, atento el objetivo propuesto en este trabajo, ya que, menciona que los que "... Los padres, tutores, curadores, guardadores, representantes legales o encargados de los niños, niñas, adolescentes o personas incapaces son responsables de la vacunación de las personas a su cargo".

Sobre esta ley hay opiniones que sostienen que avasalla la voluntad del paciente, protegida por la ley 26.529, que le garantiza el derecho a rechazar terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa. Del mismo modo, sostienen que la "autorización tácita" presumida de los padres de alumnos en edad escolar que surge de la ley en su art. 22, viola el principio de consentimiento informado, según el cual la terapia requiere una declaración de voluntad expresa y posterior a ser informado (el paciente o su tutor) de las características del tratamiento y su necesidad. En ambos casos, sostienen, el bien jurídico protegido es la dignidad humana, que resulta violada por el nuevo esquema de vacunaciones compulsivas.

Los detractores también manifiestan que no hay antecedentes en el mundo de un calendario de vacunación compulsiva para toda la población de un país, ni de un registro nacional de personas vacunadas como el que se pretende llevar a cabo; sin embargo, en la Argentina su implementación recibió trámite exprés en el Congreso, y nula repercusión en los medios.

La vacunación compulsiva surge expresamente del articulado de la ley (art. 14) **(40)** cuando plantea que ante el incumplimiento de las obligaciones contempladas en dicha ley generará acciones de la autoridad sanitaria jurisdiccional correspondiente, tendientes a efectivizar la vacunación, que irán desde la notificación hasta la vacunación compulsiva.

En este escenario, Pagano señala: "En los últimos años, se advierte que hay un crecimiento sostenido en la negativa de los progenitores a vacunar a sus hijos. Su argumento se centra en que las vacunas pueden tener efectos adversos, así como que contienen sustancias peligrosas que no desean que se incorporen en sus cuerpos. En otros casos de descree de su efectividad. Tampoco faltan motivos religiosos o creencias personales para el rechazo (...). Aun cuando existe sólida evidencia médica y científica sobre los beneficios de las vacunas en orden a prevenir graves enfermedades infectocontagiosas, como resultado de los movimientos 'antivacunas' ha disminuido la cobertura en ciertas comunidades surgiendo brotes epidémicos de enfermedades prevenibles y fatales principalmente en la primera infancia" **(41)**. En vinculación con la anterior, se sostiene que, las personas menores de 13 años son incapaces para tomar decisiones en materia de salud y cuidado de su propio cuerpo y ante ello, requieren la representación de sus progenitores, quienes prestarán el consentimiento para el acto médico, independientemente del derecho de información y participación conforme al art. 2º, inc. c), ley 26.529 Derechos de los Pacientes" **(42)**.

En definitiva, si bien la palabra "compulsividad" quizá tiene un tinte un tanto fuerte y peyorativo, no debe alejarnos de la idea que lo que siempre debe resguardarse es a los NNA, en tanto sujetos de derechos, y por lo tanto, proteger el

pública preventiva y altamente efectiva. Se la considera como bien social, sujeta a los siguientes principios:

"a) Gratuidad de las vacunas y del acceso a los servicios de vacunación, con equidad social para todas las etapas de la vida;"b) Obligatoriedad para los habitantes de aplicarse las vacunas;

"c) Prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular;"d) Disponibilidad de vacunas y de servicios de vacunación;

"e) Participación de todos los sectores de la salud y otros vinculados con sus determinantes sociales, con el objeto de alcanzar coberturas de vacunación satisfactorias en forma sostenida".

Art. 7º: "Las vacunas del Calendario Nacional de Vacunación, las recomendadas por la autoridad sanitaria para grupos en riesgo y las indicadas en una situación de emergencia epidemiológica, son obligatorias para todos los habitantes del país conforme a los lineamientos que establezca la autoridad de aplicación".

(40) Art. 14: "El incumplimiento de las obligaciones previstas en los arts. 7°, 8°, 10 y 13 de la presente ley, generará acciones de la autoridad sanitaria jurisdiccional correspondiente, tendientes a efectivizar la vacunación, que irán desde la notificación hasta la vacunación compulsiva".

(41) PAGANO, Luz María, ob. cit., ps. 186-187.

(42) ASSANDRI, Mónica – ROSSI, Julia, "El cuidado del propio cuerpo por el niño, niña o adolescente", RDF nro. 87, 2018, p. 50.

derecho a la salud como derecho personalísimo inherente a las personas.

Por lo tanto, a nuestro entender, teniendo siempre presente que la representación de los progenitores hoy es concebida en términos de cooperación, apoyo y sustento de los menores de edad, con relación a la vacunación, son ellos por protección al derecho a la salud, quienes deben decidir y llevar a cabo el acto de la vacunación.

VI.4. COVID-19: ¿vacunación en personas menores de edad?

Consideramos pertinente hacer una mención especial en el tema COVID-19, y lo atinente a la vacunación en personas menores de edad: sobre este tema Luz Pagano sostiene: "que para la mayoría de los NNA el COVID-19 no se presenta como un problema serio, ya que, por lo general estos desarrollan cuadros leves o asintomáticos. A su vez, un mínimo porcentaje de infecciones (...) y la pregunta que plantea ante esta situación epidemiológica ¿Por qué resulta importante incluir a las personas menores de edad como sujetos de investigación en las vacunas contra el COVID-19? Algunas de las respuestas brindadas apuntan a que, siendo parte de la cadena de transmisión, una vez inmunizados se disminuiría la propagación del virus hacia las personas con mayor riesgo y que podrían retomar las clases en seguridad garantizando que las escuelas sean zonas libres de virus (...). Si es un niño de escasa edad y hasta los trece años deberá contar con la conformidad de sus representantes legales (...) (art. 12, CDN) (...) Finalmente, resta mencionar que nunca puede prevalecer la voluntad de los adultos por lo cual la objeción o disconformidad de la persona menor de edad, sujeto pleno de derecho, impide llevar a cabo la investigación u obliga a suspenderla si ya se inició" **(43)**.

VI.5. Jurisprudencia

Con frecuencia se han presentado casos en los que los progenitores se oponen a que su hijo recién nacido reciba las vacunas previstas en el Plan Nacional de Vacunación: frente a esta oposición de los progenitores a la obligación impuesta legalmente, ahora por la ley 27.491 y con anterioridad por la ley 22.909, ha llevado como lo mencionamos a llegar a la justicia por esta cuestión. "Como antecedente podemos mencionar: En el año 2010 en un caso en el cual una pareja se opuso a que su hijo recién nacido recibiera las vacunas comprendidas en el Plan de Vacunación obligatorio, debido a que ambos adherían a la medicina homeopática, en particular, la práctica ayúrveda. La titular de la Asesoría de Incapaces N° 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata promovió una medida de protección de derechos del niño, solicitando su internación en un nosocomio público a fin de le fuera administrada la vacunación conforme el protocolo oficial de vacunación y la dosis de vitamina K aconsejada, con el auxilio de la fuerza pública. Esta decisión fue apelada (...). La Corte Suprema de Justicia decidió intimar a los progenitores para que en el plazo perentorio de dos días se acredite el cumplimiento del Plan de Vacunación, bajo apercibimiento de procederse a la vacunación en forma compulsiva (...) Allí la Corte realizó un doble orden de consideraciones: por una parte, la falta de vacunación incide sobre la salud pública, por lo que es un daño a terceros en los términos del art. 19, CN. Pero, además, consideró que "el derecho a la privacidad familiar resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección" **(44)**.

En otro fallo del 28/09/2020, "D., S. R. c. B., A. F. s/ incidente familia" —CN, sala D— se trataba de la negativa de los padres a someter a su hija al plan de vacunación obligatoria. Se los intima para que dentro del plazo de 48 horas de la resolución concurran a un establecimiento médico y/o centro de vacunación a fin de que le apliquen a la niña las vacunas triples bacteriana acelular, antimeningocócica y virus del papiloma humano y demás vacunas del Calendario Nacional de Vacunación de la República Argentina, bajo apercibimiento de disponer la vacunación en forma compulsiva con intervención del SAME y de la Policía de la ciudad, debiendo adjuntar al expediente inmediatamente copia

(43) PAGANO, Luz M., "Investigación de la vacuna contra el Covid-19 en niñas, niños y adolescentes", Rubinzal-Culzoni online RC D 85/2021.

(44) SCBA, 06/10/2010, "NN o U. V. s/ protección y guarda de personas", RCJ 15560/10.

de la libreta de vacunación que acredite dicha aplicación. Los progenitores recurren la medida, y sus agravios se centran exclusivamente en el plazo otorgado por la manda judicial, solicitando que este comience a correr una vez se disponga el levantamiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Sucede que en situaciones como la de autos donde se encuentra en riesgo a salud de la niña no debe atenderse a la mayor comodidad de alguno de los progenitores, ni debe convertirse en una ocasión para reanimar discrepancias que dejan de lado el interés superior de I. D., para anteponer los propios tal como lo evidencia la conducta desplegada por la apelante, la que no puede ser admitida; por otra parte el tribunal no desconoce la situación actual de alta circulación del virus COVID-19, lo que impone por parte de los padres que tomen todas las medidas de protección necesarias (barbijos, lavado de manos, protección ocular, etc.) para que la vacunación de la niña se realice en debida forma y evitar de este modo cualquier situación no deseada. Por los fundamentos expuestos y dictamen de la defensora de menores e incapaces de cámara, se resolvió desestimar las quejas a estudio, con costas a la vencida **(45)**.

El criterio de la CS en este fallo fue seguido por el Juzgado de Familia de Viedma a muy poco tiempo de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. En el mismo sentido, más recientemente, el Juzgado de Familia de Luis Beltrán, Río Negro, ordenó a una pareja ajustarse al calendario de vacunación obligatoria en resguardo de la salud de sus dos hijos menores de edad, y a acreditar el cumplimiento del mismo con la actualización de la información luego de la aplicación de cada dosis de las vacunas. El caso se inició con una presentación del personal del hospital de Río Colorado, luego de que tomaron conocimiento del nacimiento de una niña en un parto domiciliario cuyos padres se oponían a vacunarla. Se sostuvo en la sentencia que el art. 19 de la CN garantiza a los padres el libre ejercicio del derecho a elegir la forma de vida junto a sus hijos y a decidir cómo criarlos y educarlos, es decir, que pueden transmitirles creencias, modos de vida e incluso la elección de terapias alternativas médicas, pero todo ello siempre y cuando no restrinjan su derecho a la salud y a su desarrollo integral. En estos casos, en donde se dispuso en forma compulsiva la vacunación del niño, el Estado intervino en "interés del niño", restringiendo la actuación de los progenitores **(46)**.

(45) CNCiv., sala D, "D. S. R. c. B., D. F. s/ incidente de familia", 2879/2020, Rubinzal-Culzoni Online 41982/2029 RC J 6488/20.

VII. Conclusión

Compartimos y adherimos al pensamiento de Pagano cuando entiende que "La negativa de los progenitores —por sus propias razones— a vacunar a sus hijos se traduce en el ejercicio irregular y antijurídico de los deberes que les competen en el ejercicio de la responsabilidad parental por cuanto atenta contra el superior interés del niño, que en el caso consiste en garantizarles su derecho a gozar del mayor grado de salud" **(47)**.

Por lo tanto, la solución al caso que se plantee será razonable siempre que se respete y se concrete la efectividad del mejor interés del NNA, lográndose de esa manera, la realización de sus derechos humanos personalísimos, con el consiguiente debilitamiento de la condición de vulnerabilidad.

En estos términos, adherimos al pensamiento de Fernández al decir de modo enfático que "tan dogmáticas y discriminatorias resultan las negaciones al reconocimiento de derechos de niñas y niños como las afirmaciones vacías de contenido y fundamentación que sostienen una equiparación con la situación adulta, obviando justamente su especial condición" **(48)**.

VIII. A modo de cierre

Hacemos nuestras las palabras de Cillero Bruñol cuando afirma que "Ser niño no es ser 'menos adulto', dado que la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son parte del ciclo de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra eta-

(46) J. Fam. Nº 7 de Viedma, 30/11/2015, "Hospital Dr. Pedro Bianchi de Sierra Grande (PDO) s/ medida de protección de Derechos", Rubinzal Online, RC J 8163/15.

(47) PAGANO, Luz M., "Ejercicio…", cit., p. 197.

(48) FERNÁNDEZ, Silvia E., "Responsabilidad parental y autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes", en FERNÁNDEZ, Silvia (dir.), ob. cit., t. I.

pa de la vida. Con esta impronta, la infancia no debe ser conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos, sino que esta debe ser concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica" **(49)**.

(49) CILLERO BRUÑOL, Miguel, "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios".

Sexualidad, legalidad y autonomía progresiva

María del Sol Raggio (*)
Antonela Mascheroni (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Conceptos preliminares.— III. Diálogo de fuentes.— IV. Conclusión.

I. Introducción

El objetivo de nuestro trabajo consiste en emprender un recorrido por las nuevas sexualidades y su correlación con las normas nacionales e internacionales en materia de género, intentando de esta manera vislumbrar el abanico jurídico existente sobre la temática, específicamente en lo que atañe a niños, niñas y adolescentes. Mediante este enfoque, entendemos necesario recurrir a una visión integrada desde la transdisciplina.

Con ese propósito estimamos conveniente comenzar con la definición de ciertos conceptos que estarán presentes a lo largo de todo el trabajo, y que son los pilares de la temática que pretendemos abordar. En este sentido, resulta imperioso definir primeramente qué entendemos por sexo y por género, a qué nos referimos cuando hablamos de identidad, expresión de género u orientación sexual y, por último, pero no por ello menos importante, definir y hacer especial mención al concepto de autonomía progresiva.

A lo largo de todo el trabajo se irá haciendo referencia a diversas fuentes normativas, que regulan, o al menos así lo intentan, nuevas realidades en materia de género, para así analizar como el derecho ha captado el pedido de las minorías de tener una ley propia.

En este orden de ideas, el eje central versará sobre la Ley de Identidad de Género, la cual no dudamos en calificar como igualitaria, emancipadora y reparadora, dado que cuenta con el mérito de dejar de considerar patológicos a los pedidos de reasignación de género, como así también, se logra desjudicializar el ejercicio de la identidad de género salvo, como se verá más adelante, respecto de las personas menores de edad.

Con esta impronta, se busca analizar la mencionada ley a la luz de otras normativas nacionales como la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, el Código Civil y Comercial de la Nación y normas internacionales como entre otras, la Convención Americana sobre Derechos del Niño, Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y los Principio de Yogyakarta.

Si bien es cierto que el libre ejercicio de la sexualidad, la intimidad y la dignidad personal se encuentran fuera de la órbita estatal por imperativo constitucional (art. 19, CN), resulta incuestionable que el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, y de cualquier otra índole a fin de asegurar el respeto y el pleno ejercicio de la identidad de género. Para ello es necesario que el Estado reconozca el género de cada ser humano tal como la persona

(*) Abogada UNR; especialista en Magistratura (UCA); prosecretaria del Tribunal Colegiado de Familia Nº 7 de Rosario; aspirante a adscripta cátedra B "Derecho de las Familias" (UNR).

(**) Abogada UNR; aspirante adscripta cátedra B Derecho de las Familias (UNR).

lo percibe, lo que constituye una medida claramente antidiscriminatoria e igualitaria.

Como puede apreciarse, los constantes cambios de paradigma en esta materia nos interpelan y nos obligan a buscar nuevas soluciones, nuevos reconocimientos. Es por esto que en el abordaje que realizaremos, se encauza una mirada integral de la cuestión, considerando no solo el derecho, sino también el trabajo en conjunto con otras disciplinas que propugnan un acompañamiento integral de los niños, niñas y adolescentes —en adelante, NNA— en la búsqueda de su identidad.

En este escenario, nace el deber de tomar conciencia sobre los nuevos planteos y demandas que cuestionarán el posicionamiento estatal frente al pleno ejercicio de los derechos identitarios relativos a otras formas de sexualidad. Por estas razones es que consideramos conveniente evitar normas que precisen o definan tipos sexuales. En efecto, no puede obviarse la ardua lucha para superar el binomio hombre-mujer, y con ello desterrar el criterio napoleónico de que "la anatomía es el destino", para así evitar caer en nuevas clasificaciones que pueden derivar en el volver a discriminar y a vulnerar el derecho a la identidad.

En esta línea de análisis, nos introducimos en un desarrollo que, atravesado por aspectos directamente vinculados al objeto propuesto, nos permitan esbozar nuestro aporte y reflexión final.

II. Conceptos preliminares

"El hombre quiere ser confirmado en su ser por el hombre, y desea la presencia del ser del otro... Secreta y turbadamente espera un sí que le permita ser y que puede llegar a él solo de persona a persona" (Martín Buber).

En este apartado intentaremos definir algunos conceptos sin intención de agotarlos o encasillarlos en tales definiciones, toda vez que la vertiginosidad con que operan los cambios en el plano de la realidad social obtura cualquier intento de abarcarlos en su totalidad.

II.1. Sexo y género

Aunque no es nueva, la distinción entre sexo y género continúa prestándose a confusión, al menos dentro del mundo jurídico. El mero hecho de plantear esta distinción nos ubica dentro de la corriente que entiende que la identidad de una persona admite, al decir de Fernández Sessarego, una faz estática y una faz dinámica **(1)**. Así, la dimensión estática está conformada por el conjunto de componentes biológicos, características anatómicas, datos registrales como ser el nombre, la nacionalidad y los datos referidos al nacimiento, la filiación, y toda serie de signos externos que hacen a la individualización de cada persona. Todo lo referido, hace a la identificación de los seres humanos y están destinados a no modificarse sustancialmente en el tiempo **(2)**. En cambio, la dimensión dinámica como su nombre lo indica es cambiante, y se compone de las vivencias, creencias y principios de las personas, permitiendo así diferenciar al sujeto en sociedad.

No obstante esta distinción, coincidimos con Marisa Herrera cuando señala que "en algunas ocasiones se podrán distinguir unos de otros, pero ello no será siempre así. Con lo cual esta clasificación advierte ciertas limitaciones" **(3)**. En ese sentido, cuando hablamos de identidad de género, los elementos constitutivos de la identidad dinámica de una persona pueden trascender y proyectarse socialmente al punto de provocar cambios en aspectos de la identidad estática, como por ejemplo la rectificación registral del sexo o el cambio de nombre.

En este orden de ideas, "se suele reservar la expresión 'sexo' para referirse a sus connotaciones anatómicas y fisiológicas, mientras que al término 'género' se le otorga un contenido conceptualmente más extenso" **(4)**; dentro de este último se pueden incluir aspectos psicológicos, culturales, sociales, y de autopercepción de su sexualidad, en definitiva "es una construcción

(1) FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., "Derecho a la identidad personal", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113.

(2) KRASNOW, A., "Manual de derecho de familia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 27.

(3) HERRERA, M., "El derecho a la identidad en la adopción", Ed. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 63.

(4) FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., ob. cit., p. 293.

social de lo que somos en términos de plan de vida o autobiografía" **(5)**.

II.2. Identidad y expresión de género. Orientación sexual

Los principios de Yogyakarta **(6)**, que más adelante profundizaremos, establecen en su preámbulo que la identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ella sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Es decir que la identidad de género se conforma con un aspecto interno de cada ser humano que, tal como se dijo, puede coincidir o no con el sexo asignado, y un aspecto externo, en donde el género se manifiesta. Como se ha expresado, "En el ámbito jurídico esta distinción tiene relevancia pues permite la protección de una persona con independencia de si su expresión de género corresponde con una particular identidad de género" **(7)**.

Es nuestro parecer, que esta última consideración tiene una particular relevancia también en el plano social, toda vez que obliga a todos los actores sociales a poner en cuestión la clasificación binaria de sexos en masculino-femenino y a considerar y respetar la autopercepción de los géneros.

Dentro de los principios mencionados, se define a la orientación sexual como 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, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. En función de esta definición podemos hablar de heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad **(8)**.

En tal entendimiento, podemos afirmar que si bien no es lo mismo sexo y género, como tampoco lo es identidad y expresión de género u orientación sexual, todos esos conceptos se encuentran íntimamente ligados a la dignidad y libertad del ser humano, y por tales motivos merecen la protección del Estado. Específicamente en relación con el objeto de nuestro trabajo, parte de esta tutela implica aceptar que la identidad de la persona no se forma a partir de los 18 años, sino que es el resultado de un proceso de construcción que comienza en los primeros años de vida del individuo y que se prolonga a lo largo de toda su existencia, en cuyo devenir confluyen factores biológicos y culturales, como parte fundamental de la consolidación de la persona.

Atento a lo expuesto, la identidad de género respecto del colectivo de personas menores de edad no puede quedar excluida de regulación por parte del Estado. Desde esta perspectiva, afirmamos que ella es un elemento constitutivo de la identidad de las personas y, por tanto, su reconocimiento necesariamente debe vincularse con la construcción identitaria producto de la decisión libre y autónoma de cada persona respecto de su sexo y género autopercibido. La falta de reconocimiento de este derecho en ámbitos sociales y jurídicos nos lleva a perpetuar los sistemas discriminatorios que durante años han sido repelidos en el mundo entero.

(5) GREISER, I., "Sexualidades y legalidades psicoanálisis y derecho", Ed. Paidos, Buenos Aires, 2017, p. 89.

(6) Constituido por una serie de principios que informan sobre cómo se debe aplicar la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. A través de ellos se ratifican estándares legales internacionales vinculantes para los Estados. El documento fue elaborado por dieciséis expertos en Derecho internacional de diferentes países, a solicitud de Louise Arbour, ex Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008), en la ciudad de Yogyakarta (Indonesi)—, entre los días 6 a 9 de noviembre de 2006. En dicho evento, también participaron miembros de la Comisión Internacional de Juristas, del Servicio Internacional para los Derechos Humanos, académicos y activistas.

(7) CANTORE, L., "Intersexualidad, transexualidad y derechos de la infancia", en *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 450.

(8) Sobre el tema, ver entre otros: *http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about* (consultado el 08/05/2021).

II.3. Autonomía progresiva

Para introducirnos en tema, cabe recordar el criterio que sigue el Código Civil y Comercial cuando regula la situación jurídica de las personas menores de edad. En su art. 25 dice que "menor de edad es toda persona que no haya cumplido 18 años". Si bien es cierto que desde el año 2009, en virtud de la ley 26.579 **(9)**, nuestra legislación receptaba esta mayoría de edad, bueno es destacar que, con el art. 25, el código vigente guarda plena armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, aclara en el mismo enunciado que se considera adolescente a aquella persona menor de edad que cumplió 13 años. Es decir que, dentro del universo de las personas menores de edad, se encuentran los adolescentes que son los que tienen entre 13 y 18 años y por debajo de esa edad se está ante niñas y niños. Además, de acuerdo con el art. 26 del mismo cuerpo normativo, también se distingue a los adolescentes que tienen entre 16 y 18 años considerándolos adultos para determinadas decisiones atinentes al cuidado del propio cuerpo.

Vinculando lo expuesto con el modelo de capacidad que instala el sistema vigente, debe advertirse que se invierte el modelo respecto del sistema derogado, dado que se parte de establecer como regla la presunción de capacidad de la persona humana. Aclarado este aspecto sustantivo y teniendo presente que la capacidad es un atributo de la personalidad, se conserva la distinción entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio, esta última en reemplazo de la llamada capacidad de hecho del sistema derogado; recordando que la primera refiere a la titularidad de derechos que le cabe a toda persona por su condición de tal; mientras la segunda se vincula con la facultad de ejercer los derechos que titulariza la persona.

Trasladando la explicación que precede al universo en estudio —niñas, niños y adolescentes—, la regla de capacidad debe ser interpretada a la luz del principio de autonomía progresiva, categoría conceptual esta última que se asocia con la competencia; término que proveniente de la Bioética, y que refiere a la comprensión que se tiene sobre los alcances del derecho a poner en acto.

No obstante, cabe advertir que la situación jurídica que hoy se le reconoce a la persona menor de edad viene unida a su condición de persona vulnerable, dado que sus competencias en el actuar se definirán en función de la autonomía progresiva que adquiera en función de su edad y grado de madurez. Esto motiva el conservar el instituto de la representación legal, con una dimensión que se aparta del criterio con el que se la regulaba en el Código Civil derogado.

En efecto, la representación legal no debe ser pensada como se la concebía en el pasado, es decir como un medio de sustitución de la voluntad del representado para así habilitar la facultad de decisión en su persona, sino por el contrario, como un medio de contención y acompañamiento del representado en el ejercicio de sus derechos. En esta dimensión debe interpretarse lo dispuesto en el art. 26 del Cód. Civ. y Com., cuando expresa que las personas menores de edad ejercen sus derechos por medio de sus representantes legales. Con esta visión de apertura, se incorpora cierta flexibilidad a dicha regla al prever que si la persona menor de edad cuenta con edad y grado de madurez suficiente podrá ejercer por sí determinados actos que le habilita el propio ordenamiento jurídico. Además, el Código prevé que, en situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, el menor de edad puede intervenir con asistencia letrada, y será obligatorio para el juez oír, tener en cuenta y valorar su opinión, como así también darle intervención en todas aquellas causas en donde se ventilen cuestiones atinentes a su persona.

En esta dimensión, la capacidad jurídica debe ser pensada en el presente con un criterio elástico, por la vinculación y retroalimentación continua que tiene con el principio de autonomía progresiva y competencia, tal como lo viene definiendo la jurisprudencia y la doctrina de nuestro país, en consonancia con lo receptado por la normativa de fuente constitucional y convencional.

(9) Ley sobre mayoría de edad; modifica el Código Civil; sanc. 02/12/2009; promul. 21/12/2009; BO del 22/12/2009.

Desde esta perspectiva, se tiene siempre en consideración lo que informa la Convención sobre los Derechos del Niño —en adelante, CDN—, cuando en su art. 12, punto 1 dispone: "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". Con este alcance, se ha dicho que "La capacidad o autonomía progresiva hace referencia a las aptitudes que todo niño o niña adquiere durante su crecimiento y desarrollo. Este nuevo enfoque se vincula con la competencia de todo niño que no se ajusta a un momento determinado, sino que se forma en función de su madurez" **(10)**.

Como puede apreciarse, nos encontramos ante un nuevo paradigma que se impone, el cual nos coloca ante el deber de tener en consideración en el estudio de niñas, niños y adolescentes, la tríada capacidad, autonomía progresiva y competencia. Tal como sostiene Aída Kemelmajer de Carlucci, "la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes de la mayoría de edad" y agrega que con relación al consentimiento informado "debe ser requerido a toda persona que tenga aptitud mental, pero para determinarla no es posible aplicar la ley de los contratos, muy rígida para una cuestión que tiene consecuencias personales trascendentes, lo decisivo es la específica capacidad del menor en cada caso individual para discernir y juzgar las consecuencias de su decisión" **(11)**.

En este escenario, las cuestiones de género como todos los demás problemas atinentes a los derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes, deben ser resueltas en cada caso particular a la luz de dos principios que necesariamente deben conjugarse: el de autonomía progresiva atendiendo a la madurez, al desarrollo, a la capacidad de discernimiento y demás cuestiones personales, y el del interés superior del niño; para así avanzar en la búsqueda de la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos relacionados a la salud, la integridad, la identidad, la dignidad, y al cuidado del propio cuerpo.

III. Diálogo de fuentes

Del bloque de convencionalidad se desprende que "la naturaleza jurídica del derecho a la identidad de género es la de un derecho humano, y por esa naturaleza, tal derecho resulta inherente a la persona humana independientemente de su edad" **(12)** y en consecuencia, goza de las características propias de los derechos humanos.

Siguiendo este análisis, el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, y constituye una puerta de acceso a otros derechos, como son el derecho a la vida privada, el principio de autonomía e individualidad, y el principio de igualdad y no discriminación de toda persona humana. En esta dimensión, su reconocimiento habilita el ejercicio pleno de todos los derechos humanos intrínsecamente vinculados, y que dependen de un efectivo reconocimiento y ejercicio de la propia identidad, para en consecuencia, hacer eficaz el goce de los derechos sociales básicos como la educación y la salud.

III.1. Convención sobre los Derechos del Niño

Ahora bien, en lo que respecta a niños, niñas y adolescentes, en el plano normativo, el derecho a la identidad goza en nuestro país de protección constitucional, sobre todo desde la ratificación de la CDN. Más aún a partir de la reforma de nuestra Constitución en el año 1994, puesto que, si bien el instrumento había sido receptado en nuestro derecho interno a través de la ley 23.849, pasa a formar parte del bloque constitucional, en atención al cambio en el sistema de fuentes interno que consagra el art. 75 de la CN.

En efecto, entre los instrumentos internacionales que sirvieron de base para la normativa interna vigente en la materia, podemos ubicar la CDN como eje central, puesto que si bien no se

(10) KRASNOW, A., "Filiación y mayoría de edad", Supl. LA LEY, 2009, "Mayoría de edad", p. 35.

(11) KEMELMAJER de CARLUCCI, A., "El derecho del menor a su propio cuerpo", en BORDA, Guillermo (dir.), *La persona humana*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 256.

(12) MONSERRAT HENDRICKSE, C., "Identidad de género en niños, niñas y adolescentes. Rectificación registral. Requisitos y trámites", *IFM* nro. 27, Ed. Juris, 14/02/2020, p. 1.

efectúa en ella una mención expresa a la identidad sexual de niños, niñas y adolescentes, ni brinda un concepto amplio de identidad, en sus arts. 7º y 8º lo proclama, al estipular la obligación de los estados partes de velar por garantizar la identidad de los niños, habiendo sido sus disposiciones receptadas por los distintos Estados al momento de legislar en la materia **(13)**.

A la vez que contempla de manera expresa el principio del interés superior del niño (art. 3.1) e introduce en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de autonomía progresiva, al propugnar que el niño ejerza los derechos reconocidos por ella "en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas" (art. 5º). A esto se suma el garantizar en su art. 12 la libertad de opinión de los niños, como ya fuera expuesto, y el principio de no discriminación de cualquier tipo (art. 2º), dentro del cual entendemos resulta menester incluir a la orientación sexual y la identidad de género de niñas, niños y adolescentes, de conformidad a lo plasmado en la obs. gral. 4/2003 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre "La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño" (párr. 6°).

III.2. Convención Americana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva (OC 24-17)

También merece su consideración la Convención Americana de Derechos Humanos, puesto que si bien solo se refiere a los niños, niñas y adolescentes en su art. 19, reconoce el derecho que estos tienen a gozar de las medidas de protección por parte del Estado, de la familia y de la sociedad, además de consagrar la protección al reconocimiento de la dignidad, lo cual nos parece de fundamental importancia, puesto que el reconocimiento de la identidad de género, como ya mencionamos, es una de las aristas que contribuye a consolidar la dignidad de la persona (art. 11).

En este marco, reviste una especial importancia la opinión consultiva 24/2017 sobre "Identidad de género y no discriminación a parejas del mismo sexo" al decir que "los niños y las niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos y de todos los derechos reconocidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el art. 19 de la Convención" **(14)**. Como se desprende del extracto citado, se explicita la extensión del derecho a la identidad de género a las personas menores de edad.

III.3. Principios de Yogyakarta

Otra fuente importante la hallamos en los ya mencionados "Principios de Yogyakarta sobre orientación sexual y la identidad de género". Este documento fue desarrollado y adoptado por unanimidad por un distinguido grupo de 16 expertos en derechos humanos de distintas regiones y diversa formación, a solicitud de Louise Arbour, ex Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el año 2006 en la ciudad de Yogyakarta —Indonesia—, y está constituido por una serie de principios que informan sobre cómo se debe aplicar la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género, estipulando estándares legales internacionales vinculantes para los Estados. A su vez, cada uno de los principios va acompañado de recomendaciones detalladas a los Estados. El propósito de este documento global consistió en generar en los gobiernos, las instituciones intergubernamentales regionales, la sociedad civil y las Naciones Unidas, un compromiso de cumplimiento, habiendo sido presentado el 26 de marzo de 2007 ante el Consejo de Derechos

(13) Art. 7º: "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 a ser cuidado por ellos. Los Estados Parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida, estipulando la obligación de los Estados partes de velar por garantizar la identidad de los niños".Art. 8º: "Los Estados Parte 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 Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

(14) Corte IDH, opinión consultiva del 24/11/2017.

Humanos de las Naciones Unidas con el ánimo de ser receptado como una norma universal.

Transcurrida una década de su lanzamiento, se impulsó la constitución de un Comité de Redacción encargado de ampliar y actualizar los Principios de Yogyakarta, que sumó a los 29 principios iniciales, otros nueve, dando lugar en el año 2017 a los Principios Yogyakarta Más 10 (PY + 10), como suplemento de los principios originales. Esta nueva incorporación no modifica los Principios de 2007, aunque en el preámbulo de los YP+10 sí se afirma explícitamente que las características sexuales (elemento que estaba ausente en los principios originales) deben entenderse como una categoría más protegida por los Principios de Yogyakarta, junto con la orientación sexual y la identidad y expresión de género. Además, se añaden nuevas obligaciones para los Estados y nuevas recomendaciones.

La particularidad que debemos destacar de esta fuente es que con la ampliación incorporada en el año 2017 se contempla específicamente la situación de niños, niñas y adolescentes, al determinar que debe ser de consideración primordial en las acciones que a niños, niñas y adolescentes se refieran, su superior interés, así como el respeto de su capacidad progresiva **(15)**. Puede observarse de su lectura que este plexo normativo contempla los conceptos de interés superior y capacidad progresiva como fundamento del reconocimiento al derecho a la identidad de género en NNA, destacando que este documento ha sido fuente de la ley nacional sobre Identidad de Género 26.743 **(16)**.

Con este somero estudio, observamos que, en el marco internacional, contamos con un sistema de protección integral que se hace presente y se proyecta en nuestro derecho interno, brindando reconocimiento al derecho a la identidad de género de las personas menores de edad, poniendo para ello el foco principalmente en el interés superior; siendo necesario definir el alcance de ejercicio de este derecho por parte de niñas y niños en función de la edad y grado de madurez (autonomía progresiva).

III.4. Ley 26.061 de Protección Integral de NNA

Adentrándonos en el análisis del derecho interno, nos encontramos con la ley 26.061 sobre Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes **(17)**, la cual se erige como corolario del cambio de paradigma tutelar, al modelo de protección integral, pasando así a considerar al niño como sujeto de derecho, reconociéndolo como partícipe activo del sistema de protección que lo involucra, proclamando la importancia de respetar la autonomía o capacidad progresiva del niño, en toda circunstancia de vida de estos, así como también el interés superior del niño (art. 3º) y su derecho a ser oído (art. 24). Si bien en dicho cuerpo normativo se recepta el derecho a la identidad previsto por la CDN en el art. 11, tampoco se hace expresa mención a la sexualidad como parte de este derecho.

III.5. Ley 26.743 de Identidad de Género

Finalmente, y por su vinculación directa con nuestro objeto de estudio, cabe hacer mención especial de la ley 26.743 sobre Derecho a la Identidad de Género —en adelante, LIG—. Con su entrada en vigencia, nuestro país se enrola en un modelo dentro del sistema jurídico que jerarquiza la voluntad de la persona, al considerar que el único indicador válido del género es la autopercepción del individuo. El mismo se extiende a todas las personas, sin distinción de edad, potenciando la mirada sobre NNA como sujetos de derecho plasmada en la CDN, y profundizando de este modo el entendimiento sobre el alcance de la capacidad progresiva. Con esta amplitud de criterio, surge el deber de brindar un trato digno, con especial alcance cuando se trate de niñas, niños y adolescentes que op-

(15) Principio 24, inc. d): "En todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños, velarán por que un niño o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio pueda ejercer el derecho de expresar sus opiniones con libertad y que estas sean debidamente tenidas en cuenta en función de la edad y madurez del niño o la niña".

(16) Sanc. 09/05/2012; promul. 23/05/2012; BO del 24/05/2012.

(17) Sanc. 28/09/2005; promul. 21/10/2005; BO del 26/10/2005.

ten por hacer valer el género con el cual se autoperciben **(18)**.

Mediante dicha normativa se regula la cuestión de género en niñas, niños y adolescentes sobre la base del principio de autonomía progresiva, otorgando a cualquier persona la posibilidad de solicitar la rectificación registral del sexo, cambio de nombre de pila e imagen, cuando estas no coincidan con su identidad de género autopercibida, sin límite de edad (art. 5º), y acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo —incluida su genitalidad— a su identidad de género autopercibida (art. 11), postulando la exclusión de la actividad jurisdiccional, así como también de autoridades administrativas y ciencias médicas, como parámetros determinantes en el género de una persona, bastando solamente que el propio interesado invoque su voluntad en tal sentido.

Lo descripto resulta aplicable a las personas menores de edad, siempre que se observen los extremos dispuestos en la norma, a saber: "a) La solicitud de rectificación debe ser planteada por el representante legal, debiendo contar con la conformidad de la niña, el niño o el adolescente. En el supuesto que mediare oposición de uno o ambos representantes legales, el conflicto de intereses debe dirimirse en sede judicial. En este marco, toda cuestión se resolverá en función del mejor interés de la niña, el niño o el adolescente. b) En el caso de intervención quirúrgica o sometimiento a tratamientos hormonales que permitan adecuar el cuerpo de la niña, el niño o el adolescente al género con el que se autopercibe, debe sumarse al consentimiento informado la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción" **(19)**.

III.6. Ley 26.529 de Derechos del Paciente. Consentimiento informado

Esta normativa fue sancionada y promulgada en el año 2009 **(20)**, con anterioridad a la sanción de la LIG, modificada por ley 26.742 en el año 2012 **(21)** y reglamentada por dec. 1089/2012 **(22)**. Se encarga de regular el ejercicio de los derechos del paciente y su relación con los profesionales de la salud, ponderando la voluntad de la persona en todo lo relativo a su información, documentación clínica y consentimiento informado.

Merece asimismo un reconocimiento especial, por cuanto contempló expresamente el derecho de asistencia de pacientes niños, niñas y adolescentes, por profesionales de la salud, sin menoscabo ni distinción alguna, producto de sus ideas o creencias de cualquier tipo, raza, sexo u orientación sexual, considerando la cuestión relativa al género, ponderando por sobre todo su autonomía y la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagradas en la CDN. Otro gran avance en la materia.

Finalmente, remite a la ley 26.061 en lo que respecta a la intervención de NNA a los fines de la toma de decisiones sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud. Novedoso resulta el art. 2º cuando plantea que "Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona, según la competencia y discernimiento de los menores", previendo que en caso de conflicto con su/s representante/s legal/es, o entre ellos, el profesional deberá elevar el caso al Comité de Ética de la institución asistencial, o de otra institución, si fuera necesario, para que emita opinión, en concordancia con la ley 26.061. Se observa

(18) Art. 12: "Trato digno: Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados".

(19) KRASNOW, A., "El derecho al nombre y el derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes, desde un abordaje comprensivo del derecho a la identidad y el derecho a la identificación", en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2021, 2ª ed. act. y amp., t. I, ps. 561-611.

(20) Sanc. 21/10/2009; promul. 19/11/2009; BO del 20/11/2009.

(21) Sanc. 09/05/2012; promul. 24/05/2012; BO del 24/05/2012.

(22) Del 05/07/2012.

así cómo se pone el énfasis en el reconocimiento a la autonomía de las personas menores de edad, y el reconocimiento de su capacidad progresiva.

III.7. Código Civil y Comercial de la Nación

Vinculando el desarrollo que precede con el modelo que instala el Código Civil y Comercial, nace la exigencia de analizar la LIG a la luz del modelo de capacidad que nos rige en el presente, el cual debe ser interpretado en sintonía con el principio de autonomía progresiva, cuando se trate del universo de niñas, niños y adolescentes.

En relación con el párrafo que precede, se debe considerar lo dispuesto en el art. 26 del Cód. Civ. y Com., cuando establece que las personas adolescentes a partir de los 16 años son considerados adultos para las decisiones atinentes al cuidado de propio cuerpo. A su vez, este artículo debe entrelazarse con el art. 51, que consagra la inviolabilidad de la persona humana y el derecho al reconocimiento y respecto de su dignidad, en cualquier circunstancia. De modo tal, siguiendo a Krasnow podemos concluir que, aplicando los principios de la autonomía progresiva e interés superior, se debe respetar el derecho de niñas, niños y adolescentes a tomar decisiones relativas a sus derechos personalísimos, como el derecho a la identidad, puesto que cuentan con la capacidad madurativa para comprender la trascendencia del acto a realizar.

Con esta visión, el lugar de los representantes legales consistirá en acompañar, contener y proteger a este colectivo en su actuar libre y autónomo.

Respalda la posición que asumimos, el analizar la cuestión a través de una labor de integración del sistema. Sobre esta base, se debe considerar en el estudio los principios generales de la responsabilidad parental consagrados el art. 639 del Cód. Civ. y Com. y su relación con el art. 646, cuando entre los deberes de los progenitores, comprende el respeto de los derechos personalísimos de los hijos. Asimismo, esto debe analizarse sobre la base de una concepción de familia que deja atrás las relaciones de subordinación, para dar paso a distintos tipos de familias de reposan en relaciones horizontales cuya dinámica se basa en relaciones de colaboración, orientación, y guía, que los progenitores deben brindar a sus hijos menores de edad.

De esta manera, puede apreciarse: "[E]l nuevo Código introduce un cambio de paradigma en el vínculo jurídico entre padres e hijos que puede representarse como una balanza que tiempo atrás ubicaba a los padres en el extremo de mayor peso y a los hijos en una situación de debilidad jurídica por el menor peso que tenían dentro de la familia; mientras que en el presente la balanza tiene un equilibrio que denota la igualdad en la que se encuentran los padres y los hijos. Decir esto no permite sostener que los progenitores perdieron autoridad, sino que perdieron el lugar de dominación y jerarquía que les concedía el derecho tiempo atrás" **(23)**.

En este escenario, cabe señalar que en nuestro país hay diversas opiniones doctrinarias respecto de cómo deben compatibilizarse las disposiciones de la LIG con las del Cód. Civ. y Com., ya sea en lo que hace al ámbito registral, así como en lo relativo a prácticas médicas, toda vez que la LIG no hace distinción alguna dentro del universo de las personas menores de edad, mientras que el Código Civil y Comercial sí lo hace.

Al respecto y como se viene diciendo, los derechos personalísimos pertenecen a la esfera de autodeterminación de su propio titular, de modo tal que no puede delegarse su ejercicio o poder de decisión sobre ellos, sino que el rol de los progenitores se limita a brindar el acompañamiento, consejo y colaboración que el hijo demande. Así lo impone el art. 646, al establecer como deber de los progenitores "respetar el derecho del niño y adolescente en todo lo referente a sus derechos personalísimos y prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos —incs. c) y d)—.

Adentrándonos en el análisis de las distintas prácticas previstas por la LIG, debemos destacar que esta normativa no contempla la distinción que incorpora el Cód. Civ. y Com. sobre los adolescentes entre 13 y 16 años, así como tampoco

(23) KRASNOW, A., "Manual de derecho de familia", ob. cit., p. 419.

la situación de los adolescentes mayores de 16 años, sino que solo se refiere a los menores de 18 años en forma genérica.

La primera situación se refiere a la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen de personas menores de edad, para lo cual la normativa requiere que la solicitud sea efectuada a través de sus representantes legales, con la conformidad expresa del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior de NNA, contando este último con la asistencia del abogado del niño (art. 5º). Pareciera resultar admisible que sea requerido el acompañamiento de los representantes legales de NNA, en virtud de lo normado en el art. 26 del Cód. Civ. y Com. que determina que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, y el art. 646 del mismo cuerpo normativo, que impone —entre otros— el deber de los progenitores de participar en todo lo referente a los derechos personalísimos de sus hijos, y prestarle orientación y dirección para el ejercicio y efectividad de sus derechos. No obstante, aplicando todo lo hasta aquí desarrollado, podríamos concluir que este acompañamiento exigido por la norma resulta incompatible con el carácter personalísimo del derecho a la identidad de género. Sin perjuicio, podría interpretarse que la incidencia de la participación por los representantes legales es meramente de asistencia, en el carácter de titulares de la responsabilidad parental. Por nuestra parte, creemos que en virtud de lo normado por el Código Civil y Comercial (arts. 24, 25, 26 y 639), la categoría de adolescente no es una cuestión meramente nominal, sino que denota una presunción de madurez que habilita el ejercicio de derechos personalísimos.

Atento a lo expuesto y apelando a una interpretación armónica, podemos afirmar que, a partir de los 13 años, la persona menor de edad podría efectuar por sí misma el pedido de rectificación en sede administrativa, sin que sea necesario efectuar la presentación por medio de sus representantes, dejando dicho requisito para los casos de niños y niñas menores de 13 años. Por último, destacamos que nos parece sobreabundante la participación del abogado del niño, por cuanto si el propósito es desjudicializar y facilitar el acceso, este requisito nada suma a ello. La normativa también plantea el supuesto de imposibilidad de obtener el consentimiento o negación de aquellos, caso para el cual se habilita el ámbito jurisdiccional por la vía sumarísima para que un juez resuelva el conflicto. Lo cierto es el Código Civil y Comercial no previó en su art. 645 la concurrencia del consentimiento de ambos progenitores para el supuesto bajo análisis, con lo cual podría considerarse que la conformidad de uno solo de ellos resulte suficiente.

La segunda situación se plantea respecto del acceso a intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual y tratamientos integrales hormonales, para los cuales el art. 11 de la LIG exige los mismos requisitos que los establecidos en el art. 5º, con más la conformidad de la autoridad judicial competente para los casos de intervención quirúrgica total o parcial. Es aquí donde cobra mayor relevancia el debate postulado en el párrafo anterior. Un sector de la doctrina coincide con los recaudos exigidos por la LIG, toda vez que consideran la intervención quirúrgica de reasignación sexual como dentro el grupo de intervenciones mutilantes, por lo cual estaría ajena a normativa aplicable a la noción de cuidado del propio cuerpo y, por ende, la autorización judicial previa resulta un requisito hábil para el supuesto de niños, niñas y adolescentes. En tanto que quienes pregonan la aplicación armónica de las normas del Código Civil y Comercial, se fundamentan en la res. 65/2015 el Ministerio de Salud —Secretaría de Salud Comunitaria, Anexo I— en virtud de la cual se estima que tales prácticas son consideradas como cuidado del propio cuerpo reguladas en el art. 26 del Cód. Civ. y Com., echando por tierra la aplicación de las disposiciones de la LIG en cuanto al requerimiento judicial. De esta manera, equiparan a los adolescentes mayores de 16 años a un adulto, y respecto de los adolescentes de entre 13 y 16 años, exigen la asistencia de sus representantes legales.

Prácticamente no existen voces en contra de la no intervención judicial a los fines de acceder a las intervenciones quirúrgicas o tratamientos de reasignación de género en adultos. Esto se debe a que nada justifica la intervención estatal a la hora de tomar decisiones que involucran derechos personalísimos de personas capaces. Sin embargo, la cuestión no es sencilla cuando se trata de personas menores de edad. Pareciera prudente el recaudo de complementar el

consentimiento informado y la asistencia de los representantes legales con la decisión judicial en aras de proteger el interés superior del niño, toda vez que se trata de cirugías de alto riesgo e irreversibles, y que comprometen la salud reproductiva. Sin embargo, también es cierto que existen supuestos en donde la decisión del NNA es tomada en compañía y con la asistencia de sus progenitores, y por lo tanto la judicialización implicaría una innecesaria injerencia del Estado, toda vez que la sola decisión por parte de la persona menor de edad debe ser considerada como un indicio de su madurez y consciencia respecto del propio cuerpo.

Por consiguiente, consideramos que actualmente es oportuna la instancia judicial exigida en estos supuestos, pero somos conscientes que probablemente en unos años, ella implique una injerencia innecesaria del estado, de sesgo tutelar y contraria al moderno derecho de las infancias.

Por último, así como apelamos al reconocimiento de la capacidad progresiva de NNA en este ámbito, también advertimos la necesidad de regulación no solo de los requisitos previos a tales intervenciones que permitan una prudente ponderación de los riesgos previsibles al igual que de los beneficios esperables, sino también la necesidad de contar con un respaldo posterior, que sirva de contención para los NNA sometidos a tales prácticas. En este último aspecto, lo que se pretende no es una revisión de la decisión tomada libremente sino más bien un acompañamiento que permita su consolidación. En este antes y después cobra especial valor la intervención de otras disciplinas y su producto: el informe multidisciplinario.

IV. Conclusión

De los conceptos desarrollados a lo largo del trabajo, observamos que las cuestiones vinculadas a la identidad de género comprometen derechos humanos personalísimos como son la dignidad, la identidad y la libertad de los seres humanos; por tales motivos, es que resulta un verdadero avance que nuestro ordenamiento jurídico recepte la cuestión de género como una cuestión de diversidad y no de patología, plenamente compatible con los principios del derecho internacional humanitario y que, además, garantice el pleno ejercicio de los derechos a la identidad sexual.

Tal como lo expresamos en el desarrollo del presente trabajo, celebramos y consideramos que es oportuna la no judicialización de las cuestiones de género en los adultos, pero consideramos que en este contexto histórico y dado el actual desarrollo de la materia en el universo de NNA, aún resulta necesaria la intervención judicial a la hora de llevar a cabo intervenciones quirúrgicas de reasignación genital de género, toda vez que ellas son irreversibles y comprometen la salud reproductiva de la persona, no con el ánimo de decidir sobre una cuestión inherente a la persona y su autopercepción, sino con el fin de tutelar y acompañar el proceso.

En este sentido, entendemos que el principio de autonomía progresiva debe interpretarse teniendo en consideración que los NNA forman parte del universo de personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, con lo cual resulta oportuna la mentada intervención judicial a la hora de asegurar el debido respeto a sus derechos; garantizándose lo dispuesto en los artículos arts. 706, inc. c), y 707.

En relación con lo que señalamos en el párrafo que precede, advertimos que si bien nuestra posición es cerrada, somos conscientes que la dinámica y cambios continuos que se suceden en la sociedad, motivarán nuevas proyecciones, comprendiendo entre ellas la posibilidad de revisar la previa autorización judicial.

Asimismo, entendemos que el rol del Estado no debe limitarse a la etapa judicial de autorización para la realización de determinadas prácticas médicas, sino también a la hora de brindar la necesaria formación de los operadores del todo el sistema en las cuestiones relacionadas a la identidad de género. En esta línea, propiciamos la inclusión de las cuestiones de género en todos los niveles de la educación formal en aras de dar a conocer las distintas sexualidades y fomentar así la libre elección sexual y el goce del género autopercibido.

Como ya lo dejamos planteado en la introducción, somos conscientes de que surgirán nuevas aristas que cuestionarán el posicionamiento

estatal frente al pleno ejercicio de los derechos identitarios relativos a otras formas de sexualidad, debiendo el plano normativo reformularse y adecuarse a las nuevas realidades sociales que se vayan presentando, dejando desde ya planteado la propuesta de evitar normas que precisen o definan tipos sexuales.

Tal como sostiene Marisa Herrera: "Todavía quedan ciertos prejuicios sobre las personas menores de edad, en especial, sobre los adolescentes porque son ellos —más que ningún otro— quienes traccionan y tensionan en acto las virtudes y emancipaciones que genera el principio de autonomía progresiva en un Estado democrático. Así de compleja y enigmática es la libertad".

Creemos que nuestro trabajo y, en general, todos los que versan sobre esta temática no pueden ni deben ser escritos con el ánimo de cerrar el debate sino más bien con la intención de motivar nuevas discusiones y consideraciones respecto del universo de los NNA y del moderno derecho de las infancias en materia de género. Todavía quedan muchos interrogantes por responder y como operadores jurídicos, debemos seguir trabajando en pos de garantizar la tutela judicial efectiva en todos los sectores de la sociedad, y en especial, respecto de niños, niñas y adolescentes.

El progenitor afín en el Código Civil y Comercial

Mauricio Luis Mizrahi (*)

Sumario: I. El progenitor afín y la regulación del Código Civil y Comercial. Reconocimiento de la familia ensamblada.— II. La familia ensamblada como signo positivo para los hijos. Casos de superposición de funciones.— III. Progenitores e hijos afines en el Código Civil y Comercial. Generalidades.— IV. Configuración del progenitor afín.— V. Alcance del cuidado personal del hijo por el progenitor biológico.— VI. Funciones y deberes del progenitor afín.— VII. Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín.— VIII. Ejercicio conjunto de la responsabilidad parental con el progenitor afín.— IX. La obligación alimentaria del progenitor afín.— X. Jurisprudencia respecto de los alimentos del progenitor afín.— XI. Régimen de comunicación entre progenitor e hijo afín después de cesada la convivencia.

I. El progenitor afín y la regulación del Código Civil y Comercial. Reconocimiento de la familia ensamblada

El Código Civil y Comercial tiene la virtud de incorporar, en el tít. VII, dedicado a la "Responsabilidad parental", un capítulo que titula "Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines" (el 7). Allí se establecen reglas mediante las cuales se atribuye claramente una *función parental* al cónyuge o conviviente de un progenitor que tiene hijos a su cuidado (total o parcialmente) y que son provenientes de una unión anterior.

Con la regulación que mencionamos, el Código —fiel al concepto de socioafectividad— viene a reconocer legalmente lo que se viene denominando más comúnmente como *familia ensamblada*; aunque también mereció que se la identificara como "familia reconstituida", "familia transformada", "familia rearmada"; "familia recompuesta"; y "hogar biparental compuesto" **(1)**. Estamos ante un exponente paradigmático de la era posmoderna y de los cambios y transformaciones sociales y culturales operados en nuestra sociedad **(2)**.

Si bien el fenómeno no es nuevo, el hecho relevante es su difusión en los últimos años a raíz, entre otros factores, del proceso de liberación del divorcio **(3)**, y que culminara con la regulación en el Código vigente de una disolución vincular sin restricciones ni trabas, bien calificado como "divorcio sin expresión de causa" **(4)**. La conexión referida es así porque este tipo de fa-

(*) 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 (UBA); profesor de posgrado de la Universidad de Palermo. Publicó numerosos libros y trabajos en la especialidad. En 2016 recibió el Primer Premio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales por la publicación de su obra "Responsabilidad parental".

(1) Ver GROSMAN, Cecilia, "Familia ensamblada o reconstituida", en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Universidad, Buenos Aires, 1992, t. II, p. 273.

(2) Ver NOTRICA, Federico – MELON, Pablo E., "El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas", RDF nro. 72, Ed. Abeledo Perrot, p. 171, AR/DOC/5388/2015.

(3) Ver MIZRAHI, Mauricio L., "Familia, matrimonio y divorcio", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 260, § 108.

(4) Ver MIZRAHI, Mauricio L., "Divorcio, alimentos y compensación económica", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, ps. 33 y ss.

milias es una *consecuencia de la ruptura de un vínculo anterior* y la posterior constitución de una nueva agrupación familiar por el cónyuge divorciado o conviviente separado que ya tenía hijos.

La familia ensamblada, a su vez, representa también un efecto de la profundización de los valores del individualismo en el seno de la organización familiar. Se cumplen aquí las notas propias de la posmodernidad: desreglamentación de los marcos estrictos; prevalencia de la inclusión por sobre la exclusión (que implica dejar de lado el criterio tradicional de la exclusividad en las funciones parentales); coexistencia de fisonomías de muy diversa naturaleza; superposición de roles, y, en fin, la flexibilización de las relaciones familiares **(5)**. Importa también, desde luego, el reconocimiento de realidades familiares distintas en un marco no discriminatorio.

En el sentido referido, se ha conceptualizado a la familia ensamblada como la estructura familiar originada en el matrimonio o en una unión convivencial de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes del casamiento anterior o de la unión de hecho previa **(6)**.

II. La familia ensamblada como signo positivo para los hijos. Casos de superposición de funciones

Nos parece evidente que, como regla, la familia ensamblada debe estimarse *beneficiosa* para la crianza y educación de los niños. Es que en estas formaciones familiares se favorece el nexo triangular constituido por el hijo, su padre biológico y el cónyuge o pareja de este. Se trata, pues, de un caso de relación triangular *benigna* **(7)**.

No desconocemos que, en situaciones puntuales, es posible que en este tipo de familias se le puedan presentar al niño dificultades —incluso algunas excepcionales que son insalvables **(8)**— derivadas del pasaje de un sistema de familia única a la binuclear **(9)**. Sin embargo, responde en general al interés de los hijos que estos traten de asumir y superar esos eventuales conflictos antes que padecer los perniciosos efectos de los vínculos duales (relación monoparental, padre o madre e hijo) de naturaleza excluyente. En este aspecto, creemos indiscutible que la familia ampliada importa un enriquecimiento para el niño; permite compensar carencias del núcleo primitivo; coadyuva a evitar un exceso de protección, y orienta al hijo en la buena senda de la autonomía **(10)**. Como certeramente se dijo, ninguna ley dispone que los niños deban vivir en un único medio familiar **(11)**; y ahora nuestra ley viene a habilitar estas ampliaciones familiares.

Cuando los hijos del anterior matrimonio o unión de hecho conviven en el ámbito de la nueva pareja formada por el progenitor, no podrá soslayarse la importancia que adquiere la relación entre aquellos y el nuevo cónyuge o conviviente de este. Por lo común, la nueva persona que interviene en la vida cotidiana de los hijos desempeña una labor activa en la fijación de reglas de disciplina hogareña, en la imposición de valores, y en todo lo que hace a la socialización de los niños. De ahí, entonces, la profunda gravitación que tiene la actuación

(5) GROSMAN, Cecilia – MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, "Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada", JA 1995-III, 874.

(6) Ver GROSMAN, Cecilia – MESTERMAN, Silvia, "Organización y estructuras de las familias ensambladas", RDF nro. 2, p. 29.

(7) Las relaciones triangulares en la familia no siempre son benignas. Un caso típico de relación triangular maligna es en los supuestos en que un progenitor forma una alianza con el hijo menor para rechazar y excluir al otro padre (ver MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 672, § 243).

(8) Ver SCBA, 16/08/1994, ED 159-709, con nota de MAZZINGHI, Jorge A., "Un interesante problema de tenencia".

(9) Ver WALLERSTEIN, Judit S. – BLAKESLEE, Sandra, "Padres e hijos después del divorcio", Ed. Vergara, Buenos Aires, 1990, p. 332; FRANCKE, Linda B., "Los hijos frente al divorcio", Ed. Atlántida, Buenos Aires, 1987, ps. 192, 198, 199 y 209; CÁRDENAS, Eduardo J., "La familia y el sistema judicial", Ed. Emecé, Buenos Aires, 1988, p. 209.

(10) FRANCKE, Linda B., ob. cit., p. 300; GROSMAN, Cecilia - MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, ob. cit.

(11) FRANCKE, Linda B., ob. cit., p. 300.

del padre afín en la formación y educación del hijo **(12)**.

Se podrá comprobar que, en los casos en que el progenitor no conviviente (de la unión anterior) se ha desentendido por completo de los hijos, la cuestión —aunque lamentable— es de resolución más sencilla para el derecho. Por ejemplo, si se diera una suerte de abandono por dicho progenitor sanguíneo —ver art. 700, inc. b), Cód. Civ. y Com.—, la regularización legal de las relaciones se obtendrá tras una adopción de integración —art. 619, inc. c), y 630 y ss., del mismo Código—. Empero, el enfoque tendrá que ser diferente cuando el otro padre biológico no ha abdicado de sus deberes parentales; y precisamente para tales situaciones está prevista la regulación de los progenitores afines.

Aunque, como dijimos, este tipo de organizaciones familiares deben ser bienvenidas, al no verificarse una desvinculación significativa del padre genético, parece obvio que la cuestión es más compleja que en el caso del abandono que antes nos referimos. Ello es así ya que se operará una concurrencia de funciones; como mínimo las del citado progenitor biológico, por un lado, y las del padre afín, por el otro **(13)**; aunque es de destacar que dichas funciones no se ejercerán en un mismo ámbito sino en las distintas residencias de esos adultos. Asimismo, la superposición de funciones podrá darse también respecto de un segundo padre afín; cuando uno y otro padre del niño hayan contraído nuevo matrimonio o formado una unión fáctica. Vale decir, que el hijo podrá contar con su madre biológica y un padre afín en las oportunidades que resida en la vivienda de su madre; y de un padre biológico y una madre afín en los casos en que permanezca con esta última pareja.

(12) Ver GROSMAN, Cecilia – MESTERMAN, Silvia, ob. cit., p. 29; GROSMAN, Cecilia, ob. cit., t. II, p. 237; GROSMAN, Cecilia – MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, ob. cit.; CONDORI, Nélida P. – FERREYRA, Ana G., "La familia ensamblada", JA 1993-IV, 724.

(13) GROSMAN, Cecilia, ob. cit., t. II, p. 237; GROSMAN, Cecilia – MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, ob. cit.

III. Progenitores e hijos afines en el Código Civil y Comercial. Generalidades

En el pto. I ya hicimos referencia al capítulo específico contenido en el Código relativo a la materia que ahora consideramos. Bueno es destacar que en los Fundamentos del Anteproyecto se manifiesta que sobre la base del principio de "democratización de la familia", se regulan "ciertos aspectos que involucran a la llamada familia ensamblada, es decir aquella estructura familiar originada en el matrimonio o en las convivencias de pareja, en la cual uno o ambos tienen hijos, nacidos con anterioridad a esta unión".

Es de destacar que en el tema que estamos analizando tiene lugar un cambio sustancial en la terminología. Se eliminan vocablos como "padrastro" o "madrastra", que tienen una fuerte carga negativa, lo cual se verifica advirtiendo la resistencia de la comunidad al empleo de esas palabras **(14)**. En el Código Civil y Comercial, pues, se las sustituye por la expresión "progenitores afines". Acerca de este punto, en los ya referidos Fundamentos del Anteproyecto, se agrega que "esta denominación sigue la más calificada doctrina nacional sobre el tema, que designa con este término a los nuevos cónyuges o parejas de los progenitores; se recurre a un vocablo ya existente en nuestro Código Civil, como es el parentesco por afinidad, que establece lazos de parentesco derivados del matrimonio y con los parientes consanguíneos del cónyuge, y se lo extiende a las uniones convivenciales".

Lo positivo de las disposiciones legales, y de la nueva terminología, también se refleja en la necesidad de erradicar una mentalidad prejuiciosa que observaba con malos ojos las nuevas uniones contraídas por los divorciados e, incluso, por las viudas. De ahí que no sea casual que un viejo texto (obviamente hoy no vigente), que había impuesto la derogada ley 10.903, disponía que "la madre que contrajere nuevas nupcias pierde el ejercicio de la patria potestad de los hijos de los matrimonios anteriores, pero enviudando lo recupera". Por eso, es verdad que la organización de la familia ensamblada se dirige a instituir un nuevo sentido de la identidad fa-

(14) Ver MIZRAHI, Mauricio L., "Familia, matrimonio y divorcio", ob. cit., p. 590.

miliar, en la que ningún miembro se sienta excluido **(15)**.

De todas maneras, para nosotros la denominación más correcta hubiera sido *padres afines* y no "progenitores" afines. Es que el padre afín de ningún modo puede ser un progenitor, sencillamente porque no ha engendrado al hijo afín **(16)**. Contando con el vocablo "padre" no había ninguna necesidad de forzar el lenguaje. La palabra "padre" —se trate de hombre o mujer— es la que nos parece adecuada ya que responde a la realidad, a lo que pasa en los hechos. El progenitor afín, en efecto, desempeña en verdad (o debería desempeñar) una "función parental" (y por tal motivo lo de "padre"), que nada tiene que ver con la faz biológica, propia de los progenitores.

Debe destacarse que los progenitores e hijos afines no necesariamente han de tener un vínculo con el alcance que el art. 536 del Cód. Civ. y Com. confiere al parentesco por afinidad. Esta norma establece que tal parentesco es "el que existe entre la persona casada y los parientes de su cónyuge". Ello es así porque la noción de progenitor afín se extiende a las uniones de hecho; vale decir, a la persona que convive con la que tiene el cuidado personal (total o parcial) de sus hijos, sin que exista un vínculo matrimonial **(17)** (art. 672 del Código). Se trataría entonces de un concepto ampliado del parentesco por afinidad.

La mentada ampliación comporta decir que no hay dos clases de progenitores afines. Es que, para nuestro criterio, el progenitor afín solo ligado al padre o madre biológica por una unión de hecho, constituye también un *familiar* en el sentido amplio de la palabra. Reparemos que el art. 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño menciona a los miembros de la "familia ampliada"; lo que se repite en el art. 7º del dec. 415/2006, norma que además asimila al concepto de familia otros miembros de la comunidad que represente para el niño —en nuestro caso, el hijo afín— "vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección".

En el mencionado sentido decimos entonces que ese progenitor afín, sin vínculo matrimonial, se halla incluido y *pertenece* a la "familia" del hijo afín. No debe haber ningún tipo de distinción y, desde la perspectiva de una hermenéutica integral y comprensiva, tendría que considerarse que se le aplica al progenitor afín no casado el impedimento matrimonial previsto por el art. 403, inc. c), del Cód. Civ. y Com.

La norma del art. 672 del Código, que caracteriza al progenitor afín, hace referencia al cónyuge o "conviviente". Es decir, no menciona a la unión convivencial. De ahí que cabe deducir que no se exige el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 510 del Cód. Civ. y Com.; en el cual —entre otros recaudos— se requiere una convivencia durante un período no inferior a los dos años. Así las cosas, en lo atinente a los derechos y deberes de los progenitores afines, se incluye al cónyuge del progenitor o al conviviente de este, cualquiera sea el tiempo de la unión **(18)**. Es cierto que el tercer párrafo del art. 675 emplea las palabras "unión convivencial", pero esta expresión solo debe entenderse como un error o desliz del legislador, ya que es claro que no son aplicables las prescripciones del tít. III del Código.

Sin embargo, aunque no se exija un tiempo mínimo de convivencia, es un requisito esencial que esta exista para que tenga nacimiento la figura; de manera que quedan excluidos aquellos sujetos que *sin* convivir tienen con aquel progenitor una relación afectiva, aunque se trate de un vínculo muy estrecho **(19)**.

(15) Ver GROSMAN, Cecilia – MESTERMAN, Silvia, ob. cit., p. 29; ILUNDAIN, Mirta, "Responsabilidad parental", RDF 57, p. 305.

(16) Ver BEDROSSIAN, Gabriel, "Obligación alimentaria extendida: múltiples aplicaciones de la figura del progenitor afín", RCCyC, dic. 2019, p. 88, AR/DOC/3313/2019.

(17) Ver UGARTE, Luis A., "Apuntes preliminares sobre la responsabilidad parental en el Proyecto", DFyP, nro. 6, jul. 2012, p. 227.

(18) Ver SOLARI, Néstor E., "La figura del progenitor afín", LA LEY 2017-E, 696, AR/DOC/2147/2017; FULCHIRON, Hugues, "¿Un estatuto para el progenitor afín?", LA LEY 2016-A, 763, AR/DOC/4276/2015; BASSET, Ursula C., "La responsabilidad parental frente a la figura del progenitor afín", RCCyC, agosto de 2015, p. 103, AR/DOC/2534/2015; BEDROSSIAN, Gabriel, ob. cit., p. 88.

(19) Ver HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo L., (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. IV, ps. 462 y 463.

IV. Configuración del progenitor afín

La figura del progenitor afín emerge y deja de existir por cuestiones meramente *fácticas*; como las son el hecho de la convivencia y el cese de ella. De ahí que su nacimiento es *automático* por la sola circunstancia de que la madre o padre que tiene bajo su cuidado (total o parcial) hijos *convive* con otro, haya mediado o no matrimonio **(20)**. Y, obviamente, también cesa automáticamente si se pone fin a la unión de la pareja; y ello aunque persista la unión matrimonial si es que la hubo.

Lo que se acaba de señalar se desprende, sin dubitación, del art. 672 del Cód. Civ. y Com., el cual dispone que "se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente". Por tales razones, no se puede seguir considerando progenitor afín —como equivocadamente se entendió en un fallo **(21)**— a aquel que ha dejado de convivir con el progenitor biológico del niño.

El régimen instaurado por el Código Civil y Comercial se lo ha calificado como *imperativo*; habida cuenta que, como lo señalamos, es un efecto legal *inmediato* de la cohabitación; y, en este sentido, fue criticado por algunos autores. Se articuló que, de ese modo, no se tiene en cuenta la mayor o menor idoneidad del cónyuge o conviviente, y que se prescinde de su voluntad; que quizás sea la de no asumir los deberes de un progenitor afín. Se cuestiona que al fijarse un estatuto obligatorio no se indague tampoco sobre la situación previa; en la que tal vez no exista un vínculo afectivo entre progenitor e hijo afín, sino todo lo contrario **(22)**.

No adherimos a tales críticas y consideramos que resultan acertadas las disposiciones legales, aún en las hipótesis negativas que se aducen; esto es, que no se verifiquen las aptitudes del cónyuge o conviviente o una corriente positiva y de diálogo fructífero entre este y el niño. Es que lo la ley ha tenido en cuenta fundamentalmente es la *vulnerabilidad* del hijo menor de edad y la necesidad de recibir por ello una *protección especial*, tal como lo exigen previsiones específicas (ver el Preámbulo y art. 3.2. de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y arts. 1º y 3º, último párrafo, de la ley 26.061).

Quien contrae matrimonio o decide convivir con un progenitor o progenitora a cargo del cuidado de sus hijos debe saber los compromisos que asume; entre ellos, precisamente, los deberes que se le imponen como progenitor afín (art. 673 del Código). Entre dar mayor libertad a este u otorgar una protección más eficaz a los niños, nuestra ley —con acierto— se inclinó por esto último. Repárese, por lo demás, que la norma citada no obliga al progenitor afín a criar y educar a los hijos de otro sino solamente a "cooperar" en esas tareas, que es la mínima labor de solidaridad que puede requerírsele a este adulto que se decidió por contraer nupcias o convivir con la madre o el padre de esos niños.

V. Alcance del cuidado personal del hijo por el progenitor biológico

El antes mencionado art. 672 del Cód. Civ. y Com. (ver pto. IV), que se refiere a la denominación del progenitor afín, hace alusión a la convivencia de este con aquel padre "que tiene a su cargo el cuidado personal" del hijo. Al respecto, corresponde especificar que comprende tanto al progenitor que se le ha atribuido el cuidado exclusivo o unilateral del niño, como a aquel que lo tiene de modo compartido y aunque el hijo no resida de "manera principal" con él; esto es, que abarca a ambas modalidades del cuidado conjunto (art. 650 del Código).

Bastará, por ejemplo, que ese padre esté con su hijo un fin de semana por medio o que solo pernocte en su casa un día semanal, para que su cónyuge o conviviente se convierta en el *progenitor afín* de ese niño. Vale decir, que, así como

(20) Ver SOLARI, Néstor E., ob. cit.; FICO, Daniela – KERSZBERG, Natalia, "La responsabilidad de los adultos en la maximización de los derechos de los niños", DFyP, feb. 2018, p. 73; BERGER, Sabrina M., "Análisis crítico de la figura del progenitor afín, a cuatro años de su incorporación al Código Civil y Comercial", RCCyC, octubre de 2019, p. 63, AR/DOC/1645/2019; BEDROSSIAN, Gabriel, ob. cit., p. 88.

(21) Ver CCiv., Com., Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 10/04/2017, "S. B. E. por la menor A. C. M. A. por guarda judicial", expte. nro. 337/13/11F-701/15.

(22) FULCHIRON, Hugues, "¿Un estatuto para el progenitor afín?", ob. cit.; BASSET, Úrsula C., ob. cit., p. 103.

no se requiere un mínimo de tiempo de convivencia entre los adultos, tampoco se exige que la vida en común entre el progenitor e hijo afín requiera un determinado tiempo, ni que tal convivencia sea permanente o constante. Por supuesto, claro está, que sus funciones como progenitor afín solo tendrán operatividad durante el período en que ambos convivan.

VI. Funciones y deberes del progenitor afín

Sin perjuicio de los supuestos especiales que después analizaremos (ver VII y VIII), el art. 673 del Cód. Civ. y Com. se ocupa de las funciones y deberes de los progenitores afines. El dispositivo expresa que "el cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental".

En primer lugar, cabe destacar que la función del progenitor afín —como dice la ley— es "cooperar"; y la expresión debe ser tomada en el segundo sentido del Diccionario de la lengua; o sea, el de obrar favorablemente a los intereses o propósitos de otro —el progenitor biológico— que sería quien tiene los principales deberes. Se ha de tratar, pues, de una labor de *apoyo*; quiere decir, *complementaria* de la función central y primordial que les asiste a los padres.

Por ello, no es casual que la norma disponga que, en caso de conflicto, la decisión que se ha imponer es la de los progenitores, lo cual es lógico pues no son responsabilidades que corresponda equiparar. Repárese que el criterio perseguido por el precepto no es el de sustituir o excluir sino el de *sumar protección y enriquecer* las tareas *principales* que desempeñan los padres. De ahí que el dispositivo se ocupa de aclarar que las mentadas colaboraciones no afectan las funciones y prerrogativas que pertenecen a los titulares de la responsabilidad parental.

En la línea apuntada, las actividades de los progenitores afines podrían consistir —tal como lo señalan los Fundamentos del Anteproyecto— en trasladar a los niños en su ida y regreso de la escuela; concurrir a las reuniones programadas por los establecimientos educativos; firmar boletines escolares; otorgar autorización para salidas extracurriculares; conducirlos y recogerlos del club deportivo al que pertenecen; anotarlos en torneos recreativos; acompañarlos en consultas médicas; comprarles diversos objetos de utilidad para los hijos afines, como prendas y juguetes; etcétera.

Más allá de las funciones mencionadas, de índole cotidianas, el artículo autoriza a los progenitores afines a adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. Tal sería el caso de producirse un accidente doméstico, estando ausentes los progenitores, que facultará al progenitor afín a conducir a los hijos afines ante una guardia hospitalaria y autorizar la práctica de intervenciones quirúrgicas de urgencia.

Asimismo, el progenitor afín podrá incluir al hijo afín en su obra social a tenor de lo previsto por el art. 9º, inc. b), de la ley 23.660; ello en tanto se verifique la convivencia total o parcial de uno y otro y el ostensible trato familiar. Igual será la situación en lo atinente a los sistemas de medicina prepaga —art. 14, inc. b), de la ley 26.682— **(23)**.

VII. Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín

El art. 674 del Cód. Civ. y Com. dispone que "el progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este

(23) Ver SOLARI, Néstor E., ob. cit.; BADO, Carlos A., "El rol del progenitor afín", DFyP, dic. 2018, p. 24, AR/DOC/1585/2018; FULCHIRON, Hugues, "¿Un estatuto para el progenitor afín?", ob. cit.; BASSET, Úrsula C., ob. cit., p. 103; NOTRICA, Federico - MELON, Pablo E., ob. cit., p. 171; PELLEGRINI, María Victoria, "Comentario al art. 672 del Cód. Civ. y Com.", en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. II.

último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente".

Lo primero que debemos mencionar es la existencia de una deficiencia en la terminología del recién transcrito art. 674, tal como sucede con el art. 643 que se refiere a los casos en que los progenitores acuerdan que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente **(24)**. En la realidad, estas normas (los arts. 643 y 674) autorizan a delegar en el otro, además del ejercicio de la responsabilidad parental, el *cuidado personal* del hijo y así es como se las debe interpretar. El cuidado personal, tengámoslo en cuenta, es vivir, alojarse y residir con el niño; esto es, que el adulto *lo tenga consigo,* que implica necesariamente la *convivencia* de uno y otro **(25)**.

La distinción merece destacarse porque la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental resultan posibles que se atribuyan a un sujeto *sin* tener el cuidado personal del niño. En otras palabras, es dable tener el conjunto de funciones y deberes que corresponden sobre la persona y bienes del niño (art. 638 del Código), o sea la titularidad de la responsabilidad parental, e incluso también las facultades de actuar concretamente y poner en práctica esos deberes y funciones (el ejercicio) y, al mismo tiempo, *no convivir con el niño* **(26)**.

De ahí la incorrección a la que hicimos alusión, ya que, al menos en principio, no es posible concluir que el art. 674 contemple solo el caso en que un padre delegue en el progenitor afín el ejercicio de la responsabilidad parental y que, paralelamente, retenga para sí —exclusivamente— el cuidado personal del hijo. Esa interpretación no respondería a la finalidad de la norma. Entonces, como resulta evidente que el anotado artículo pretende también que el progenitor afín delegado tenga las funciones propias inherentes al cuidado del niño, corresponde interpretar que cuando se aplica esta figura la delegación es tanto del cuidado personal como del ejercicio de la responsabilidad parental.

Vale la pena destacar que los mismos fundamentos del Anteproyecto, que culminó en el Código actual, confirman que la norma en estudio se refiere también a la delegación del *cuidado personal* del hijo, y no solo al ejercicio de la responsabilidad parental. En efecto, cuando se hace referencia al art. 643 (delegación del ejercicio de los progenitores en un pariente y que resulta aplicable al art. 674), se dice que "la experiencia social y la praxis judicial muestran una significativa cantidad de casos en los que, por diversas circunstancias, los progenitores dejan a sus hijos al cuidado de un tercero".

Por otra parte, diversos fallos y autores realizan la interpretación de marras cuando, al ocuparse de los supuestos de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, señalan que se tratan de casos de entrega en "guarda" de los hijos a otros **(27)**. En definitiva, pues, en todas las situaciones en que se aplica la norma del art. 674 lo que se está delegando, como ya fue explicitado, es tanto el cuidado personal del niño como el ejercicio de la responsabilidad parental sobre él.

---

(24) Ver MIZRAHI, Mauricio L., "Cuidado de niños por terceros. Exégesis de los artículos 104, 643, 657 y 702 del Cód. Civ. y Com.", LA LEY 2019-E, 1145, AR/DOC/2735/2019.

(25) Ver MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", ob. cit., ps. 365 y 369; MIZRAHI, Mauricio L., "Cuidado personal: régimen de convivencia de los padres separados con sus hijos", DFyP, junio 2020, p. 5, AR/DOC/1647/2020.

(26) Ver MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", ob. cit., § 136, p. 369.

(27) Ver Juzg. Familia Paso de los Libres (Corrientes), 14/12/2015, "C., S. I. s/ deleg. ejercicio resp. parental", RC 2912/16; Juzg. Familia Lavalle (Mendoza), 24/11/2016, "A., J. L. y C., M.", expte. nro. 16.908; Juzg. NCiv. Nº 25, 03/11/2015, RDF 2016-V, 101; Juzg. Menores Nº 1 Corrientes, 21/09/2018, "T, R. A. y G. G."; CCiv., Com., Lab. y de Minería Neuquén, sala III, 02/02/2017, "H. M., C. N."; BASSET, Úrsula C., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, ps. 613-618; BURUNDARENA, Ángeles, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), ob. cit., t. I, ps. 462 y ss.; TORDI, Nadia A. – DÍAZ, Rodolfo G. – NEIROTTI, Carlos E., "Figuras derivadas de la responsabilidad parental: La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a un tercero", RDF 79, mayo 2017, p. 175; GALATI, Silvana A., "La responsabilidad del progenitor afín frente a terceros", RDF 2019-V, 240, AR/DOC/2718/2019.

En cuanto a los bienes del hijo, el progenitor afín delegado será también su administrador, sin perjuicio de la intervención que le quepa al progenitor delegante. A pesar de lo que dispone el art. 685 del Código, que otorga a los padres tal administración cuando estuvieren en el ejercicio de la responsabilidad parental (que el delegante trasmitió al progenitor afín), siempre entendemos viable que el progenitor pueda realizar una oposición expresa a tal o cual acto que pretenda impulsar el delegado, lo que conllevará a una intervención judicial para resolver el conflicto (aplicación analógica del art. 642 del Código).

En la hipótesis específica de que se tratara de disponer de los bienes de los hijos no solo se requerirá la autorización judicial sino también la conformidad expresa de los progenitores del niño; dado que en esos supuestos merecerán aplicación los arts. 687 y 692 del mismo Código. A su vez, corresponde puntualizar que el progenitor delegante, que conservará la titularidad de la responsabilidad parental, tendrá además la facultad "de supervisar la crianza y educación del hijo", tal como lo dice el art. 643, aplicable al art. 674.

La norma en análisis no establece un término de vigencia de la delegación al progenitor afín. Creemos que habrá que tener por aplicables los plazos del art. 643; o sea, un año con posibilidad de renovarse por otro período si existen razones fundadas. La transitoriedad de la delegación —que justifica la imposición de plazos— se desprende de la misma norma del 674 cuando hace alusión a "razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria" **(28)**.

Sin embargo, a nuestro juicio habría un supuesto de excepción en los casos de delegaciones parciales y alternadas. No advertimos inconvenientes para que en esos específicos eventos dejemos de lado la transitoriedad y el convenio de delegación se extienda sin plazo alguno. La situación que estamos imaginando es, verbigracia, de un progenitor que, por razones laborales, se debe ausentar de modo constante cada dos meses en la primera quincena o un mes cada seis meses; y por eso hablamos de delegación parcial y alternada. No percibimos en principio una amenaza o vulneración a los derechos o garantías del hijo la circunstancia de que en las aludidas hipótesis la delegación no tenga una fecha prevista de finalización.

Ya vimos que el art. 674 del Código nos indica, como posibles causas de la delegación en el progenitor afín, razones de viaje, enfermedad, o incapacidad transitoria. Tales referencias se las debe entender como meramente ejemplificativas. Ha de ser suficiente, para viabilizar la delegación, que existan "razones suficientemente justificadas", como lo menciona el art. 643.

Como bien se ha dicho, es un error que el art. 674 del Código no exija la homologación judicial cuando el otro progenitor exprese su conformidad al acuerdo celebrado entre uno de los padres del niño y su cónyuge o conviviente **(29)**. Es cierto que esa excepción representa una desprotección a los derechos del hijo, ya que se lo priva injustificadamente del debido control jurisdiccional.

Una vez más debemos insistir que aquí es el *orden público* el que predomina **(30)**, pues una

(28) Ver TORDI, Nadia A. – DÍAZ, Rodolfo G. – NEIROTTI, Carlos E., ob. cit.; GALATI, Silvana A., ob. cit.

(29) Ver BASSET, Úrsula C., en ALTERINI, Jorge H. (dir. gral.), ob. cit., t. III, ps. 613-618.

(30) Sobre el carácter de orden público de todas las cuestiones atinentes a los niños, ver CNCiv., sala B, 10/03/2009, LA LEY 2009-B, 709; íd. 29/02/2012, "C. V. S., L. c. S., R. D. s/ régimen de visitas", R. 590.131; íd., 28/02/2012, "M. A. E. c. G., S. D. s/ art. 250 Cód. Proc. Civ. y Com., Incidente de familia", R.592.724; íd., 25/04/2012, LA LEY 2012-E, 555; íd., sala H, 17/07/2015, "Y., S. c. F. J., s/ régimen de visitas", expte. nro. 76849/2013; íd. 21/11/2016, "M., P. M. y otro c. Z. F., A. R. s/ art. 250 Cód. Proc. Civ. - Incidente de familia", LA LEY del 02/02/2017, p. 9, AR/JUR/83338/2016; SC Mendoza, sala I, 08/04/2014, "DYNAF", RDF 2014-V, 223, con el comentario aprobatorio de RAGANATO, Claudia G., "La adopción de medidas de oficio con el fin de garantizar el restablecimiento del vínculo entre un niño y su padre no conviviente y el derecho a tener una adecuada comunicación entre ellos", RDF 2014-V, 236; C. Apel. Trelew, sala A, 24/02/2011, DFyP, octubre 2011, p. 77; íd., 10/03/2010, LA LEY, AR/JUR/95785/2010; KIELMANOVICH, Jorge L, "Sistema inquisitivo y derechos del niño", DFyP, octubre de 2011, p. 73; MASCIOTRA, Mario, "Poderes-deberes de la Alzada y la protección especial de niños y adolescentes", LA LEY 2017-A, 345, AR/DOC/368/2017; MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", ob. cit., § 63, ps. 169 y ss.

cosa es favorecer la autocomposición y otra muy distinta es invocar una hipotética "autonomía de la voluntad", inexistente en las relaciones paternofiliales **(31)**. Lo decisivo es que están en juego las garantías de seres vulnerables; y este solo dato impone una labor activa de los organismos judiciales.

Por último, entendemos posible la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en la persona que ha sido progenitor afín, aunque después cesara la convivencia; obviamente, sujeto a la existencia de un vínculo afectivo presente —esto es, que se mantuvo— entre dicho adulto y el niño **(32)**. La figura por aplicar en estos casos sería la prevista en el art. 643 y no la del art. 674; sin importar que el exprogenitor afín no revista la calidad de pariente propiamente dicho, pues debe entenderse incluida en aquella norma al referente afectivo **(33)**.

VIII. Ejercicio conjunto de la responsabilidad parental con el progenitor afín

El art. 675 del Cód. Civ. y Com. dispone: "[E]n caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial".

En la situación excepcional referida por la norma, si bien se prevé el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, ese ejercicio no tendrá las mismas características del que existe entre los padres biológicos del niño; ello a pesar de que en estos casos a la labor del progenitor afín se la ha calificado como *sustitutiva* y no meramente complementaria **(34)**. Obsérvese que, a pesar de que en tales supuestos el progenitor afín adquiere un papel mucho más protagónico y, por ende, su función ya no se limita a una mera cooperación o colaboración en la crianza y educación de los hijos del otro (art. 673), de todas maneras, el ejercicio de la responsabilidad parental no será en paridad con el progenitor. La ley establece que prevalece la opinión de este si se suscita una controversia entre ambos.

Se ha sostenido por cierta doctrina que la mentada regla de la prioridad tendría que ser *atenuada* cuando, en la realidad familiar, más allá de la letra del acuerdo celebrado, el progenitor afín cumple un rol muy importante en la atención del hijo; esto es, cuando en los hechos desempeña una intensa y consolidada paternidad socioafectiva **(35)**.

Adherimos a la referida postura y parece lógico que en las mentadas situaciones habría que otorgar legitimación al progenitor afín para cuestionar judicialmente lo decidido por el padre genético. Así planteadas las cosas, consideramos que el juez debería decidir la cuestión conforme a lo que más convenga al interés del niño, sin atenerse ciegamente a la preferencia legal.

Desde otro ángulo, diremos que al art. 675 del Cód. Civil y Comercial se le han imputado algunas omisiones. Por de pronto, la norma menciona solo los casos de "muerte, ausencia o incapacidad del progenitor"; y nada dice de los supuestos de privación de la responsabilidad parental del art. 700 del mismo Código, al que se agrega ahora la previsión incorporada del art. 700 bis. Igualmente, tampoco fueron contemplados todas las hipótesis en que corresponde la suspensión de la responsabilidad parental a la luz del art. 702.

Estimamos que el silencio de la ley no ha de impedir al juez prestar la homologación pertinente a los acuerdos de ejercicio conjunto de la responsabilidad parental en las situaciones que acabamos de mencionar (privación de la responsabilidad parental y suspensión del ejerci-

(31) Ver MIZRAHI, Mauricio L., "Responsabilidad parental", ob. cit., § 92, p. 251.

(32) Ver DOMINONI, Juan Facundo, "La delegación de guarda: laguna normativa en nuestra legislación fondal", DFyP, nov. 2019, p. 3, AR/DOC/3001/2019.

(33) Ver MIZRAHI, Mauricio L., "Cuidado de niños por terceros...", ob. cit.

(34) Ver GALATI, Silvana A., ob. cit.

(35) Ver ALESI, "Derechos y deberes de los padres e hijos afines", LA LEY, Supl. esp. RCCyC, mayo 2015, p. 197.

cio). Sin duda, nuevamente es el interés del hijo el que ha de prevalecer y, en función de ello, el judicante tiene que resolver **(36)**.

Ya pudimos observar que el art. 675 del Código, en su tercer párrafo, dispone que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental entre el progenitor a cargo del cuidado personal de los hijos y el cónyuge o conviviente se extinguirá con "la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental".

Ahora bien, otra causa que habilita también la posibilidad de estos acuerdos de ejercicio conjunto son los supuestos de "ausencia" de este mismo padre (citado art. 675, párr. 1º); ausencia que pueda *cesar* si dicho progenitor *reaparece*. Entonces, aunque la ley no lo diga, es más que evidente que otra causa de extinción del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental ha de ser cuando acontece la reaparición del ausente **(37)**.

El mencionado art. 675 del Código, en su tercer párrafo, prescribe que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental se extingue "con la ruptura del matrimonio". Media aquí un error o, al menos, una deficiencia terminológica. Es que tal "ruptura" exige que se ponga fin al vínculo matrimonial, como podría ser el divorcio; por lo que la separación de hecho de los cónyuges no "rompe" el matrimonio. Sin embargo, ese quiebre de la convivencia de los esposos tendrá el efecto de que desaparecerá la figura del progenitor afín.

Al respecto, repárese que no basta la unión matrimonial para que la figura del progenitor afín pueda nacer; se necesita además que el cónyuge *viva* (en el sentido de "conviva") "con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente" (art. 672). Por lo tanto, si cesa la vida en común de los esposos, ese hecho fáctico no solo provocará que se ponga término al instituto del progenitor afín, sino que también *extinguirá* una de sus posibles consecuencias; como la es el acuerdo sobre el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental.

IX. La obligación alimentaria del progenitor afín

El art. 676 del Cód. Civ. y Com. ordena que "la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cese este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo con las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de convivencia".

Esta norma es un ejemplo de cómo el Código hace efectiva la regla de la *solidaridad* que deviene insoslayable en las relaciones familiares. Repárese que si bien el precepto determina que ese deber cesa en principio en los casos de quiebre de la convivencia matrimonial o de la unión fáctica (porque desaparece la figura del progenitor afín), se establece una importante excepción cuando, como se expresa, el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro. Se especifica que la cuota es "asistencial" y que tiene carácter "transitorio".

Corresponde destacar que el caso en estudio es un supuesto de deber alimentario *unilateral*, pues solo nace en cabeza del progenitor afín a favor del hijo afín, pero no a la inversa **(38)**.

Desde la perspectiva del niño, ser vulnerable, consideramos que es muy atinado el artículo, cuyo alcance —según cómo se presente cada caso concreto— quedará sujeto a la prudencia del magistrado interviniente, sin perjuicio de lo que después se dirá. Dada la subsidiariedad

(36) Ver IGNACIO, Graciela C., en RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 586; SOLARI, Néstor E., ob. cit.; FULCHIRON, Hugues, ob. cit.

(37) Ver IGNACIO, Graciela C., ob. cit., p. 587; SOLARI, Néstor E., ob. cit.

(38) Ver SOLARI, Néstor E., ob. cit., p. 9; BEDROSSIAN, ob. cit., p. 88.

establecida, se ha interpretado que recién podrá ser reclamado su cumplimiento cuando los progenitores biológicos no puedan hacer frente a esta prestación y tampoco se hallen en condiciones de solventarlos los ascendientes o hermanos bilaterales o unilaterales **(39)**.

No creemos que sea estrictamente así. Téngase presente que los alimentos que podría llegar a deber el progenitor afín están contemplados dentro del título de la "Responsabilidad parental", por lo que no habría una razón de peso, ni de justicia, para entender que es prioritaria la obligación alimentaria de los parientes, como es un hermano; aunque es más dudoso si fuera un primer obligado el progenitor afín existiendo abuelos del niño en condiciones de afrontar la cuota. Donde nos parece claro que no ha de tener lugar la subsidiaridad del progenitor afín, mediando convivencia con el progenitor biológico, es cuando se trate de hijos menores con capacidad restringida o con discapacidad; pues nos parecen terminantes las disposiciones de los arts. 455, párr. 2º, y 520, del Cód. Civ. y Com.

De todas maneras, habrá que analizar cada supuesto específico y desentrañar cuáles son las posibilidades de cada uno para asumir este compromiso de solidaridad **(40)**. Adviértase que el principal interés a proteger es el del niño, y en función de esa prerrogativa habrá que decidir. Para decirlo en otras palabras, la referida subsidiariedad de los progenitores afines se ha de interpretar de un modo *flexible*, ya que está en juego —nada menos— el interés superior del niño. En función de esta premisa, por ejemplo, en una misma demanda podrán ser incluidos todos aquellos que el accionante considere eventualmente obligados; esto es, que no será indispensable la promoción de diversos reclamos (promover un segundo juicio recién cuando fracasa el primero), ni tampoco una prueba contundente para demostrar que los obligados que se estiman preferentes carecen de la posibilidad de afrontar los alimentos **(41)**.

Conforme al precedente lineamiento, pues, en el mismo trámite judicial que arriba mencionamos podrán incluirse, verbigracia, el progenitor biológico y el progenitor afín o este y el abuelo del niño. Sobre el punto, corresponde realizar una aplicación analógica del art. 668 del Cód. Civ. y Com.; por lo que el demandante tendrá que acreditar verosímilmente sus dificultades para percibir los alimentos del obligado en primer orden; y así debe ser para no incurrir en demoras que perjudicarían al niño involucrado **(42)**. Asimismo, no obstante que el que inicia la acción afrontará la labor probatoria, obsérvese que el art. 710 del Código establece el principio de la carga dinámica de la prueba. Ello hace que el emplazado no podría ampararse en una cómoda negativa; por lo que no será suficiente que se limite a postular, verbigracia, que no se acreditó fehacientemente la falta de recursos del padre biológico o del abuelo o hermano del niño.

Con relación al *quantum* de los alimentos, hay acuerdo entre los autores que no son iguales los que rigen durante la convivencia del progenitor afín que cuando cesa la unión. En el primer caso, estaríamos ante alimentos regulares regidos por el art. 659 del Cód. Civ. y Com. Por lo tanto, habrá que ponderar diversas situaciones; entre ellas, las condiciones de fortuna del progenitor afín, para lo que cabe tener en cuenta el nivel de vida del niño o adolescente. Obviamente, también se deberá estimar cuáles son las necesidades del alimentado, pues no es lo mismo tener cuatro años que haber alcanzado los dieciséis; e inclusive, aún con la misma edad, la situación de uno y otro podría ser muy diferente.

En el segundo caso, cuando ya no existe la vida en común, la cuestión es bien diferente dado que la regla general es que el deber alimentario del progenitor afín termina cuando ya no se verifica la convivencia de los cónyu-

(39) Ver CNCiv., sala G, 07/04/2016, "S. M. y otro c. S. T. A. s/ alimentos"; AZPIRI, Jorge, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, t. 1, p. 446. En contra, CAZZANI, Graciela E. - SÁNCHEZ, Lorena A., "La figura del progenitor afín y su obligación alimentaria", DFyP, nro. 5, jun. 2015, ps. 6 y 7; BEDROSSIAN, Gabriel, ob. cit., p. 88.

(40) Ver SOLARI, Néstor E., ob. cit.

(41) Ver CLÉMENT, María Florencia – BARRIOS COLMAN, Noelia A., "La procedencia del reclamo de alimentos hacia el progenitor afín", RCCyC, oct. 2020, p. 121, AR/DOC/2863/2020.

(42) Ver ALESI, Martín B., "Derechos y deberes...", ob. cit., p. 197.

ges o convivientes. A nuestro entender, en la redacción del art. 676 del Código se vuelve a incurrir en el mismo error que se cometió con el texto del art. 675 (ver pto. VIII). En efecto, hay que entender que, como desaparece el instituto del progenitor afín cuando la unión se quiebra (art. 672), obviamente también fenecerá como regla su obligación alimentaria si —mediando separación corporal— persiste aún el matrimonio.

Como ya se transcribió, el art. 676 del Cód. Civ. y Com. contempla una excepción: la posibilidad de fijación de los alimentos a cargo del progenitor afín con posterioridad a la ruptura de la unión; aunque el precepto hace referencia a una "cuota asistencial". De ahí que es dable deducir que la pensión alimentaria tendría que ser más reducida; digamos para atender las necesidades básicas del niño; esto es, a su subsistencia, sin que exista el compromiso de solventar al nivel de vida que se ostentaba **(43)**.

El artículo de marras exige dos condiciones —debiendo ambas cumplirse— para viabilizar la cuota alimentaria a cargo del progenitor afín una vez cesada la convivencia. Una, es que con el quiebre de la pareja se le pueda ocasionar al niño "un grave daño"; la otra, es que aquel, mientras duró la vida en común, haya asumido "el sustento del hijo del otro". Por ende, no corresponderá fijar la cuota en los casos en que, por ejemplo, el progenitor afín afrontaba la manutención principal del hijo, pero este no se vio en principio afectado severamente con la separación de los adultos; digamos, porque esos recursos los puede solventar sin dificultad alguno de sus progenitores biológicos. Obviamente, la misma solución —la improcedencia de los alimentos— sería a la inversa; vale decir, en las hipótesis en que por una u otra razón el niño transite por el riesgo de sufrir un perjuicio por el quiebre de la convivencia, pero el progenitor afín en ningún momento de la unión ha procedido a solventar su manutención.

El texto legal nos habla del riesgo de ocasionar un "grave daño" al niño. Entonces, aunque el progenitor afín sustentaba al hijo del otro, no corresponderá la fijación de alimentos si, con la ruptura, el nivel de vida del niño, si bien sufrió un resentimiento, no ocasionó una merma que adquiera proporciones considerables. La respuesta negativa se impone porque en tal evento no estaríamos ante la gravedad del daño que requiere el Código **(44)**.

El art. 676 del Código establece que la cuota alimentaria —una vez producida la ruptura de la pareja— tendrá un "carácter transitorio"; y el alcance de esa duración provisoria —según la norma— dependerá de tres circunstancias: la fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia. Con relación a las primeras dos, el precepto es claro. V.gr., a un progenitor adinerado podrá justificarse que se le imponga una mayor extensión temporal de los alimentos, habida cuenta que la mentada prolongación se supone que no afectará sustancialmente al alimentante. También, si estamos ante un progenitor afín que cuenta con recursos aceptables, el mayor tiempo de la cuota tendría asidero si estamos ante un niño o adolescente que padece importantes necesidades particulares.

La pauta del tiempo de la convivencia es lógica que también sea merituada por el juez. Evidentemente, su análisis no debería ser igual si la unión matrimonial o de la pareja fue relativamente reducida, que en los supuestos en que se extendió por períodos mucho más largos (diez, quince años o más) **(45)**. Al respecto, no coincidimos con lo sostenido por algún autor en el sentido de que la cuota no podría establecerse más allá del tiempo de convivencia de la pareja **(46)**. Eso no es lo que dice la ley, aunque lógicamente la duración de la unión es un elemento relevante que el judicante deberá evaluar. Pero tal evaluación no ha de impedir al tribunal, considerando una serie de circunstancias, fijar el deber de abonar los alimentos por un período superior al tiempo por el cual se extendió la vida en pareja.

(43) Ver IGNACIO, Graciela C., ob. cit., t. II, p. 590; AZPIRI, Jorge, ob. cit., t. 1, p. 446; HERRERA, Marisa, ob. cit., p. 476; CLÉMENT, María Florencia – BARRIOS COLMAN, Noelia A., ob. cit., p. 121, AR/DOC/2863/2020.

(44) Ver BEDROSSIAN, Gabriel, ob. cit., p. 88.

(45) HERRERA, Marisa, ob. cit., t. IV, p. 476.

(46) CAZZANI, Graciela E. – SÁNCHEZ, Lorena A., "La figura del progenitor afín y su obligación alimentaria", DFyP, nro. 5, jun. 2015, p. 8.

Asimismo, en lo atinente a los límites temporales del deber alimentario que estamos analizando, corresponde precisar que esa cuota asistencial llegará a su fin —en principio— cuando el beneficiario alcance los dieciocho años. Sobre el punto, obsérvese que el citado art. 676 solo hace referencia "al niño o adolescente"; estado que cesa al cumplirse aquella edad (art. 25 del citado Código). Sin embargo, en los supuestos de discapacidad, y según cual fuere la situación, el juez podría extender el pago de la cuota más allá de la referida edad **(47)**. El fundamento bien podría ser las previsiones de los arts. 455, último párrafo, y 520 del Cód. Civ. y Com.

X. Jurisprudencia respecto de los alimentos del progenitor afín

En la jurisprudencia se han establecido deberes alimentarios, a cargo del progenitor afín, con sustento en el comentado art. 676 del Cód. Civ. y Com. Por ejemplo, en un precedente judicial, en que la convivencia tuvo una duración de nueve meses, se estableció una cuota alimentaria a cargo del progenitor afín por el período de un año **(48)**. En otros dos casos, los obligados eran los que estaban emplazados como padres biológicos del niño; pero luego perdieron tal condición al hacerse lugar a las acciones de impugnación de la paternidad. En uno de ellos, a pesar de haber cesado la convivencia, se lo obligó a seguir abonando la cobertura médica a favor del niño; y la Cámara delegó en el juez de primera instancia para que estableciera un plazo de cumplimiento de la prestación **(49)**.

En la otra causa, se sentenció que el progenitor afín (emplazado primitivamente como progenitor biológico) no solo debía hacer frente al pago de la obra social, sino también a una cuota alimentaria a favor del niño. Invocando el tribunal el art. 676 del Código, se fijaron entonces los alimentos; y su alcance se determinó conforme a los términos del convenio que había celebrado en el juicio, cuando aún se consideraba progenitor genético. En el caso, la Alzada destacó que en primera instancia se había omitido disponer un término de duración de ese deber; por lo cual se ordenó que la jueza de grado "deberá fijar un plazo razonable de la obligación de pago de la cuota asistencial del padre afín" **(50)**.

Otros dos pronunciamientos efectuaron una aplicación *analógica* del art. 676 del Cód. Civ. y Com. ya que, en la realidad, no se trataban de supuestos de progenitores afines; pero se entendió que podían ser asimilables. Ambos fallos fueron casos de guardas de niños con fines de adopción pero que, finalmente, los adultos a cargo decidieron desistir de la guarda que oportunamente se les había conferido.

En efecto, en el primer expediente se trató de una guarda preadoptiva de una niña de once años otorgada a un matrimonio. Tras haber transcurrido dos años y cinco meses, los guardadores requirieron que se dejara sin efecto la guarda conferida. En consecuencia, se decreta el nuevo estado de adoptabilidad de la niña, pero se fijó una cuota alimentaria a cargo de los excuidadores. La vigencia de los alimentos se estableció por todo el tiempo que ellos estuvieron junto a dicha niña, pero se dispuso su cese anticipado si antes se otorgaba la guarda a un tercero. El tribunal así lo decide con apoyo en el citado art. 676 del Código, argumentando que se presentaban las dos condiciones indicadas por la norma; a saber, que el cambio podía ocasionar un grave daño a la niña y que, durante la convivencia, esas personas habían asumido su sustento. Con acierto se puntualizó que los demandados habían "emplazado a la niña en un determinado estado fáctico-familiar, determinante de su situación de vida y que no puede ser abruptamente cortado" **(51)**.

En los otros actuados, pasados los ocho meses de que se otorgó la guarda con fines de adopción, sobreviene el arrepentimiento de la mujer cuidadora. Se le fijan también alimentos a su

(47) Ver BEDROSSIAN, Gabriel, ob. cit., p. 88.

(48) Ver CCiv., Com., Lab., Minería y Familia Neuquén, 12/10/2017, AR/JUR/100417/2017.

(49) Ver C. 2ª Civ. y Com. Paraná, sala III, 20/02/2017, "G. P., V. S. c. O., C. V. s/ impugnación de paternidad", DFyP, octubre de 2017, p. 118, AR/JUR/137/2017.

(50) Ver CCiv., Com., Lab. y Minería de General Pico, sala A, 24/06/2019, "C. O. c. C. F. y O. s/ impugnación de reconocimiento", RCCyC, dic. 2019, p. 88, AR/JUR/26160/2019.

(51) Ver CCiv. y Com. Morón, sala II, 12/07/2016, "A., O. E. s/ vulneración de derechos", LA LEY 2016-E, 442, AR/JUR/47937/2016.

cargo por el término en que se extendió su guarda. Se afirmó en la sentencia que en el caso se había generado "un vínculo socioafectivo y que la decisión de no continuar con la guarda ocasionaba un daño en la vida de la niña, por lo que se debe considerar a la guardadora como madre solidaria o progenitora afín" **(52)**.

XI. Régimen de comunicación entre progenitor e hijo afín después de cesada la convivencia

La figura del progenitor afín, a tenor del art. 672 del Cód. Civ. y Com., cesa al finalizar la convivencia de ese adulto con su cónyuge o conviviente (ver pto. III). Sin embargo, tal hecho —que se ponga punto final a la unión— no deben afectar los buenos y sólidos vínculos que se pudieron haber cimentado entre el progenitor afín y los hijos del otro progenitor.

De la conclusión precedente se deduce la viabilidad y conveniencia de no interrumpir los contactos entre el progenitor e hijo afín en las situaciones referidas, brindándose el debido resguardo a las relaciones afectivas creadas entre ambos durante la vida en común. Con sustento entonces en el interés superior del niño, los jueces deben adoptar los recaudos del caso para que estos vínculos no resulten afectados por las rupturas de las uniones matrimoniales o convivenciales **(53)**.

Desde luego que, en materia de comunicación, corresponde descartar cualquier discriminación que se pretenda efectuar según que el progenitor afín haya contraído matrimonio o tuviera una unión de hecho con el progenitor biológico. Es que, para nosotros, también en este último caso a dicho progenitor afín se lo debe considerar un *pariente*, en el sentido amplio del término. Como ya lo dijimos en el pto. III, cabe tener en cuenta la disposición del art. 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 7º del dec. 415/2006.

(52) Ver CCiv. y Com. Mar del Plata, sala III, 29/11/2016, "S. V. M. s/ materia a categorizar", DFyP, abril de 2017, p. 135, AR/JUR/77344/2016.

(53) Ver NOTRICA, Federico - MELON, Pablo E., ob. cit., p. 171.

La obligación de reparar en los casos de sustracción internacional de niños: un abordaje desde la responsabilidad civil

María Soledad Pennise Iantorno

Marcela V. Panatti (*)

Sumario: I. Palabras iniciales.— II. El fenómeno social de la sustracción internacional. La celeridad como factor atenuante del daño.— III. Repercusiones que genera la sustracción en cada uno de los integrantes del grupo familiar afectado.— IV. Las consecuencias dañosas que se observan en el niño.— V. ¿Cuál es el fundamento de la obligación de reparar en el marco de las relaciones de familia? Función reparadora y disuasiva.— VI. Presupuestos necesarios para la procedencia de la obligación de reparar en el marco de la sustracción internacional.— VII. Responsabilidad del Estado por las demoras en el proceso judicial.— VIII. Parámetros que deben tenerse en cuenta a la hora de resolver estos casos. El interés superior como eje rector cuando quien reclama es el niño.— IX. Las medidas o modos de reparación factibles y los rubros reclamables.— X. Reflexiones finales.

I. Palabras iniciales

En las presentes líneas nos proponemos abordar un fenómeno social a nivel mundial, como es el de la sustracción internacional de niños, el que a nuestro criterio, se hace cada vez más visible en un mundo globalizado, pues la sustracción parental constituye un flagelo que si bien no surge en el presente siglo, se agudiza en él **(1)**.

Nuestro propósito es analizar si esta vía de hecho ilícita, cometida en forma unilateral por uno de los progenitores, alcanza a provocar un daño en el ámbito familiar y acarrea, consecuentemente, responsabilidad y un deber de reparar **(2)**.

Para tal cometido en primer lugar desarrollaremos, de modo sintético, en qué consiste esta problemática y qué mecanismos ha previsto la comunidad internacional en la materia, para luego analizar qué derechos se ven vulnerados cuando se produce una sustracción internacional de niños o adolescentes, quiénes se ven

(*) Funcionarias letradas de la Defensoría General Adjunta de la Nación (Defensoría ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación); coautoras de diferentes libros y artículos en la materia; ponentes en Congresos nacionales e internacionales.

(1) Conf. HERZ, Mariana "Responsabilidad del Estado por Incumplimiento de las Convenciones sobre Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes. a propósito de la jurisprudencia de la corte europea de derechos humanos".

(2) El presente tema lo hemos abordado con más profundidad en la obra colectiva dirigida por GALLO QUINTIAN, Gonzalo – PANATTI, Marcela V. – PENNISE IANTORNO, María Soledad – QUADRI, Gabriel H., "Tratado de la responsabilidad por daños en materia de familia", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, t. II, ps. 550 y ss.

afectados, qué daños pueden generarse, quién debe repararlos y cuáles son las vías idóneas para ello.

II. El fenómeno social de la sustracción internacional. La celeridad como factor atenuante del daño

Como es sabido, el fenómeno de la sustracción internacional de niños es una problemática que corresponde al derecho internacional privado. La comunidad jurídica internacional durante el siglo XX se ha ocupado de abordarla mediante la suscripción de convenciones de igual tenor, con el objetivo fundamental de obtener el rápido reintegro del niño que fue sustraído por uno de sus progenitores del lugar en el que tenía conformado su centro de vida, a fin de evitar mayores perjuicios a los ya causados por el desarraigo ilegítimo y abrupto de su medio familiar y social.

El Estado argentino a nivel global suscribió y ratificó el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores **(3)** y en el ámbito continental americano, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores **(4)**.

Ambos convenios se presentan como instrumentos destinados a aportar una solución urgente y a evitar la consolidación jurídica de las situaciones inicialmente ilícitas, causadas por el traslado o la retención de un menor, con el objeto de velar porque los derechos de custodia y visitas vigentes en uno de los Estados se respeten en los demás Estados contratantes **(5)**. El objetivo es el restablecimiento del *statu quo* anterior, mediante la restitución inmediata.

Ahora bien, la facilidad de trasladarse de un Estado a otro incidió en la proliferación de casos de desplazamiento de niños llevados a cabo por parte de alguno de los progenitores, sin cumplir con los recaudos legales previstos.

El accionar irregular de la *sustracción internacional* se configura mediante dos conductas: el *traslado ilícito* cuando el progenitor (sustractor) desplaza al niño sin la debida autorización para hacerlo, o una *retención ilícita* que ocurre cuando, pese a contar con la debida autorización, el progenitor decide no regresar en la fecha pactada para hacerlo y, de ese modo, lo retiene en ese país distinto.

El convenio recomienda que esta petición judicial sea resuelta en el plazo de seis semanas. Para tal cometido, el art. 2º del CH (Convenio de La Haya) de 1980 recomienda a los Estados parte que recurran a los procedimientos de urgencia de que dispongan. Si bien la norma no diseña un procedimiento específico, manda a los Estados a aplicar el trámite más acotado con que cuenten en sus ordenamientos.

Al respecto, cabe resaltar entonces que se trata de un procedimiento signado por la urgencia, donde el factor tiempo debe ser tenido insoslayablemente en cuenta, y esto emerge con claridad del espíritu de ambos convenios internacionales.

Esta cuestión no resulta ser un tema menor a la hora de tutelar en forma efectiva los intereses de los niños involucrados en una sustracción internacional y mitigar, así, las consecuencias dañosas que pueden generarse.

En la actualidad, el desafío a nivel mundial es lograr la adecuada implementación y aplicación de estos convenios, adecuando los procesos existentes en cada Estado parte o diseñando procesos específicos que permitan cumplir los objetivos previstos en aquellos instrumentos internacionales.

A nivel global pudo advertirse, que en las últimas décadas se produjo un preocupante crecimiento del fenómeno, frente a ese panorama, es dable insistir en que los pedidos de restitución internacional de niños tramiten mediante un proceso urgente y acotado, limitado al ámbito de conocimiento del juez, que no es más que decidir sobre la procedencia o improcedencia del reintegro del niño al lugar de su residencia habitual, donde deberán resolverse las cuestiones de fondo (custodia y visitas).

---

(3) Incorporado a nuestro derecho interno por ley 23.857.

(4) Incorporado a nuestro derecho interno por ley 25.358.

(5) Al respecto puede verse el Informe Explicativo de la Dra. Elisa Pérez Vera, parágs. 16, 17, 40, 57 (disponible en *http://www.hcch.net/upload/expl28s.pdf* —23/8/2015—).

Corresponde señalar, que en nuestro país los supuestos que han generado demoras excesivas son aquellos que transitaron todas las instancias recursivas previstas en el orden nacional, es decir, hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En esos casos, se han registrado procesos que duraron más de seis años **(6)**, con las consecuencias que ello trae aparejadas en la vida de los niños afectados.

Esta afirmación se circunscribe al período 2010-2016, en atención a que el 28 abril de 2017, fue aprobado el *Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños*, cuyos lineamientos procesales se ajustan a las pautas temporales que recomienda la Comunidad Internacional **(7)**.

Recabados datos acerca del funcionamiento y aplicación del *Protocolo* se han advertido notables avances en la tramitación de los procesos, reduciéndose las demoras.

Tal circunstancia la hemos podido constatar, en atención a que los casos que han llegado a conocimiento del Máximo Tribunal, en los que se ha aplicado el mencionado instrumento, fueron elevados a los seis meses de su inicio —en promedio— y resueltos en lo inmediato **(8)**.

Esto sin duda reduce los impactos negativos que provoca el transcurso del tiempo, y la incertidumbre ante la falta de una resolución.

III. Repercusiones que genera la sustracción en cada uno de los integrantes del grupo familiar afectado

Con base en lo que venimos señalando, podemos sostener que la sustracción internacional de niños es un tema complejo, no solo desde el aspecto jurídico-normativo, sino como veremos a continuación, desde el punto de vista familiar, social y psicológico.

Pero, en realidad este no es el punto que nos moviliza en estas líneas, sino el impacto negativo que produce el fenómeno sobre el niño y su familia.

Como es evidente, toda situación de crisis familiar conlleva una importante carga emocional, la que se ve incrementada ante la presencia de niños y adolescentes.

Las secuelas que provoca el desapego del entorno familiar, y demás afectos que estaban presentes con anterioridad a la sustracción, se agudizan cuando esta implica el desplazamiento a otro país. A ello habrá de sumarse, el desarraigo cultural y, en muchos casos, lingüístico, según el lugar al que fueron trasladados.

Esto puede generar distintas consecuencias sobre todos los actores involucrados, y principalmente sobre el niño víctima **(9)**. Tales efectos

(6) Para graficar la situación enunciada, citaremos algunos casos discriminados sobre la base del cómputo del tiempo transcurrido, desde que el niño ingresó al país y la causa fue elevada a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, a modo de ejemplo, se advierten casos en los que han transcurrido: a) 6 años o más: expte. CIV 35893/2011/2/RH1 "Recurso deducido por G., J. D. en los autos G., J. D. c. C., M. V. s/reintegro de hijo", y expte. CIV 113978/201073/RH2 "Recurso deducido por la Defensora Oficial de V. y V. Q. en los autos Q., A. c. C., M. V. y otro s/reintegro de hijo". b) 5 años o más: expte. letra "P, nro. 1839, libro L, año 2014, "P., C. c. S. B. de P., M. s/exhorto". c) 4 años o más: expte. letra "P, nro. 1839, libro L, año 2014, "P., C. c. S. B. de P., M. s/exhorto"; expte. letra "S", nro. 977, libro XLVIII, año 2012, "S. D c. R. L. M. s/reintegro de hijo". d) 3 años o más: expte. letra "E", nro. 183, libro XLVIII, año 2012, "E., S. s/reintegro de hijo"; expte. letra "G", nro. 129, libro XLVIII, año 2012, "G., P. C. c. H., S. M. s/reintegro de hijo".

(7) El Acta de aprobación podrá consultarse en: *http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ0.020126001493756531.pdf*. El texto del Protocolo puede verse en: *http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ ADJ-0.30507400149375653 8.pdf* (119); ver pto. VII b y sus notas.

(8) Para ampliar información al respecto puede verse PENNISE IANTORNO, María Soledad – PANATTI, Marcela V., "El proceso de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes", en QUADRI, Gabriel H. – GALLO QUINTIAN, Gonzalo J. (dirs.) – PENNISE IANTORNO, M. Soledad (coord.), *Procesos de familia*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., t. III, p. 645 y ss.

(9) A raíz de nuestra labor cotidiana y experiencia en la temática, sabemos que ello es así, y que las consecuencias de una sustracción internacional son graves y, a menudo, traumatizantes. Cabe mencionar que nos desempeñamos como funcionarias letradas, desde hace más de diez años en la Defensoría Oficial que interviene ante la CS en la representación de los niños involucrados en casos de sustracción internacional. Como ya lo hemos

pueden afectar el normal desarrollo de la personalidad y, en algunos casos, son de larga duración, extendiéndose sobre su vida adulta.

La sustracción internacional pone en marcha una reacción en cadena, que va desde una intervención judicial o policial, hasta acciones llevadas a cabo por los miembros de la familia, con el fin de lograr el regreso del niño al lugar de su residencia habitual.

Veamos qué repercusiones pueden darse en cada uno de los miembros del grupo familiar involucrado.

III.1. En la vida del niño

El traslado o la retención ilícita de un niño o adolescente, se caracteriza por cortar de manera repentina, a veces definitiva, el contacto con el otro progenitor y su entorno habitual (casa, escuela, actividades deportivas, familia extensa, amigos, vecinos y mascotas).

Bajo esas circunstancias, pueden generarse secuelas psicológicas graves, en tanto se pone en riesgo el derecho fundamental de los niños a mantener el vínculo con ambos progenitores y sus afectos.

Los niños pueden reaccionar de manera diversa, según las circunstancias que rodearon el desplazamiento. En algunos casos, pueden aparecer comportamientos agresivos, depresiones o una necesidad de auto reclusión o aislamiento del entorno socioafectivo. Sobre esas conductas, profundizaremos más adelante.

En supuestos extremos, los niños y adolescentes han llegado a vivir escondidos o en un estado de fuga permanente, lo que sin duda trae aparejado un serio impacto en su desarrollo psicofísico.

En ese contexto puede ocurrir que el niño:

— no sea escolarizado en el lugar de refugio, para evitar ser detectados por medio de los registros escolares;

— se los induzca a creer que el otro progenitor no lo quiere o que no se tuvieron más noticias de aquel, aunque en realidad lo esté buscando;

— se le enseñe a temer y a desconfiar, de las personas que en realidad podrían ayudarlos (esto es, policías, maestros y médicos);

— no reciba los cuidados adecuados (por ej. que no asista a Controles médicos, o reciba vacunación etc.) o,

—sea víctima de daños psicológicos y físicos, tanto durante el secuestro, como después de él;

— se oculte la verdadera identidad y apariencia del niño para no ser detectados.

III.2. En la vida del progenitor víctima de la sustracción

En el caso del progenitor que ha sido privado de sus hijos, el traslado o la retención es vivido como un choque emocional. Este acontecimiento pone fin —de manera brutal y súbita— a la relación progenitor-hijo y le genera un serio y justificado temor de perderlo para siempre.

Los sentimientos de ansiedad, impotencia y desesperación se agravan cuando el progenitor no sabe exactamente dónde se encuentran sus hijos, cómo están y cuándo los localizará. Tal desconocimiento lo llena de incertidumbre.

Así también, pueden presentarse para aquel, trastornos de orden material o económico, tales como: 1) la distancia geográfica; 2) el costo del pasaje; 3) las restricciones relativas al visado; 4) el pago de honorarios de un abogado; 5) pérdidas económicas tales como las que genera el haber abonado matrículas escolares, o incluso todo un ciclo por adelantado en el lugar de residencia habitual; y 6) gastos de traducción de la documentación, al idioma del lugar donde los niños fueron trasladados (esto es, documentación necesaria para: acreditar vínculos, la existencia de autorizaciones de viaje concedidas para un determinado período, resoluciones judiciales dictadas en el país de origen, etc.).

También pueden presentarse dificultades que obstruyen el contacto paterno filial como: 1) inconveniente de acceso a las tecnologías modernas, en el nuevo lugar de residencia del niño;

mencionado, hasta la aprobación del protocolo, los casos que llegaban a la Corte exhibían graves demoras, que llevaban entre dos y ocho años de trámite hasta llegar al Máximo Tribunal.

2) que el niño no cuente con la edad o grado de madurez para comunicarse en forma autónoma; o 3) que los niños después de un determinado tiempo olviden el idioma del otro progenitor.

Otros factores que suman complejidad a la cuestión son: 1) los que se derivan de la judicialización del caso, debido al cúmulo de planteos estratégicos y dilatorios que pueden articularse y, 2) en algunos supuestos, la exposición mediática que se haga del caso, ya que esto afecta la imagen o privacidad del grupo familiar y, el desarrollo habitual de la vida social del niño.

III.3. En la vida del progenitor sustractor

El impacto de la sustracción también alcanza al progenitor catalogado como sustractor, es decir aquel que unilateralmente decidió irse del país o permanecer en otro Estado con el niño, sin las autorizaciones necesarias.

Aquel corre el riesgo de tener que enfrentarse a procesos judiciales, los que pueden terminar con una orden de restitución del niño al país donde vivían antes del traslado, o incluso, con una denuncia penal en el país de la residencia habitual del niño, si el delito de sustracción está allí tipificado.

A ello se suma, el grave riesgo de enfrentarse a un aislamiento social autogenerado para evitar ser descubierto. Tal circunstancia provoca estrés y ansiedad, síntomas que también están vinculados con la incertidumbre que genera estar a las resultas de una causa judicial.

Todo lo cual puede desencadenar en una depresión severa de este progenitor, la que podría verse agravada si los niños pierden la confianza en él.

Lo hasta aquí señalado, deja en evidencia que los posibles daños generados por el fenómeno abarcarían distintos órdenes, esto es: psicológico, emocional o moral, incluso, material o patrimonial.

Es por ello que entendemos, que estos supuestos que se dan en el seno de la familia, y que generan consecuencias dañosas reclaman tanto del legislador, como de la justicia, una especial sensibilidad a la hora de abordarlos, ya que se encuentra presente la carga sentimental de la que venimos hablando y, que habitualmente no se aprecia en el resto de las cuestiones patrimoniales que se derivan de un reclamo de daños y perjuicios.

IV. Las consecuencias dañosas que se observan en el niño

Todos coincidiremos en que el secuestro internacional de un niño supone un grave atentado contra su interés superior, tal es así, que:

— lesiona su estabilidad, ya que se ve desplazado de su residencia habitual;

— cercena su derecho a mantener el debido contacto con ambos progenitores;

— afecta el derecho del niño a crecer en el seno de una familia y a mantener relaciones con la familia extensa (abuelos, tíos, primos, etc.);

— vulnera también el derecho a la identidad, en sentido dinámico. Esto puede verse cuando el desplazamiento se vincula con países de tradición occidental y de tradición islámica, en cuyo caso, a los problemas propios de este tipo de situaciones, se le suman los relativos al choque de culturas y valores, y al reconocimiento de modelos familiares diversos;

— viola el derecho a la imagen o privacidad cuando se genere exposición mediática del suceso, lo que se traduce en una afectación en el desarrollo habitual de su vida social (los niños muchas veces tienden a aislarse, a retraerse y avergonzarse).

Al respecto la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 9º, establece que tienen derecho a convivir y compartir sus vidas con ambos progenitores, salvo que ello sea perjudicial para su interés superior. Claramente el secuestro internacional impide u obstaculiza el ejercicio de ese derecho y, en muchos casos, interrumpe también la relación con otros integrantes de la familia como pueden ser abuelos, tíos o primos.

En ese sentido, celebramos que el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños en el punto 12, al establecer el contenido mínimo de la primera providencia, prevé el dictado de medidas cautelares tendientes a asegu-

rar el debido contacto con el progenitor víctima de la sustracción, siempre que ello no lesione los derechos del niño.

En la mayoría de los supuestos puede observarse que los niños no cuentan con información suficiente, desconociendo: las razones que motivaron el desplazamiento, cuánto tiempo se prolongará esa situación o qué ha sucedido con el otro progenitor.

En algunos casos se advierte también que la imagen del progenitor que permanece en la otra jurisdicción comienza a desdibujarse, producto de la información distorsionada que brinda el progenitor sustractor, provocando en el niño sentimientos de desconfianza o rechazo.

La ausencia prolongada del progenitor no conviviente, la ruptura con su entorno habitual y la realidad que lo circundaba (esto es: su centro de vida, sus pertenencias, y su cotidianeidad), puede generar como dijimos, angustia y depresión en distintos grados.

Al temor de la desaparición de uno de sus padres, propia a cierta edad **(10)**, se une la amenaza de que el otro también pueda irse, lo que provoca angustia desconsolada y una intensificación exagerada de conductas de apego con la figura parental conviviente. Como consecuencia de ello, pueden aparecer dificultades en la alimentación, como así también, alteraciones en el control de esfínteres y en el ritmo del sueño. Todo esto puede intensificarse en los casos en los que el niño ha sido testigo de cualquier tipo de violencia entre sus padres.

Puede ocurrir que estas experiencias se mantengan actualizadas en el recuerdo del niño, o incluso se conviertan en temas recurrentes en los sueños.

Esto significa que aunque el niño, por la edad en la que tienen lugar esos hechos, no tenga una clara consciencia de las circunstancias que lo envuelven, las viva como genuinos traumas psicológicos, situación que se traduce en la habitual sintomatología del trastorno por estrés postraumático. Síntomas que permanecen a lo largo de mucho tiempo y, a veces, toda la vida.

Es por eso, que en algunos jóvenes y adultos la vivencia de la ruptura entre los padres aparece en forma de episodios fragmentados, a modo de *flash* y en situaciones claves de sus existencias o, cuando sus relaciones adultas atraviesan puntos críticos.

A veces, el desarrollo de problemas emocionales puede traducirse en dificultades para expresar sus sentimientos, que sientan desconfianza de sus padres, pierdan su autoestima o que creen una imagen deformada de la realidad.

Pueden observarse también trastornos psíquicos **(11)**: 1) trastorno de ansiedad, 2) trastornos de aprendizaje, 3) poca concentración y atención dispersa, 4) trastornos sociales, 5) problemas de control de esfínteres y 6) trastornos en el lenguaje. Todo ello, producto de lo que han vivenciado o presenciado.

Frente a lo señalado en los ptos. III y IV, cabe preguntarse cómo debe actuar el derecho de familia. Es decir: ¿Cómo se resarce el perjuicio generado a un progenitor, que ha estado un largo período privado del contacto con su hijo? ¿Qué repercusiones pueden generarse en los niños o adolescentes víctimas de sustracción? ¿Qué perjuicio le causa a un niño la decisión arbitraria de unos de sus padres, que obstruye el contacto con el otro progenitor?

V. ¿Cuál es el fundamento de la obligación de reparar en el marco de las relaciones de familia? Función reparadora y disuasiva

A nuestro entender el deber de no dañar es más exigible en las relaciones familiares, que en las de cualquier otra índole. Así, el daño producido por un miembro de la familia a otro, lejos de merecer una situación privilegiada constituye un agravio. Sin duda, resultan más reprochables los daños que se profieren quiénes —en realidad— tienen el deber de protegerse.

(10) Como es sabido, en la primera infancia, perder la disponibilidad de sus padres supone el mayor precipitante de angustia, dada la escasa capacidad que poseen para reconfortarse ellos mismos.

(11) Para la OMS, en el CIE-10, el trauma ocurre cuando "La persona ha estado expuesta a un acontecimiento estresante o situación (tanto breve como prolongada) de naturaleza excepcionalmente amenazadora o catastrófica, que podría causar un profundo *disconfort* en casi todo el mundo".

En ese entendimiento, podemos destacar que el derecho penal recepta esa idea, en tanto considera como circunstancias agravantes: la relación de parentesco o la convivencia en ciertos tipos penales. Del mismo modo, toma en cuenta la noción de unidad y de paz familiar, cuando esgrime al parentesco como causal atenuante o eximente de pena.

Esto nos conduce a sostener, que el terrible dolor infligido por nuestro entorno más confiable debe ser altamente reprochado y, consecuentemente, reparado.

Ahora bien, la idea de fondo que debe subyacer es que el remedio que proporciona el derecho de daños es subsidiario de las normas especiales fijadas en el derecho de familia, en un doble sentido: a) se aplica en defecto de reglas específicas dentro de cada instituto, y b) solo puede acudirse a él, en la medida en que los remedios indemnizatorios no contradigan los principios de esa rama del Derecho, ni los objetivos que esta persigue.

En ese contexto, el derecho de familia además suele ofrecer respuestas hacia el futuro, en tanto no repara el perjuicio sufrido, sino que intenta brindar protección a quien lo ha padecido, alejándolo del entorno viciado o, aportándole la contención adecuada al caso. Como por ejemplo, el dictado de medidas excepcionales, de impedimento de contacto o exclusión del hogar, de cambio de cuidado personal, de fijación de alimentos o de régimen de comunicación.

Asimismo, tiene una función preventiva, que puede verse, por ejemplo, en los supuestos de sustracción internacional de niños, en tanto las normas que regulan la problemática intentan desalentar que esas conductas ilícitas se lleven a cabo. Sin embargo, cuando la sustracción se produce, ya es pasible de configurar un daño resarcible, que no será cubierto por el derecho de familia, sino por el derecho de daños.

Ese derecho de daños ostenta una doble función: por un lado, da respuesta a los menoscabos padecidos por la víctima en su esfera familiar y por el otro, se erige en un fuerte factor disuasivo de conductas dañosas para el futuro. Podríamos agregar que la procedencia del resarcimiento del daño cumple en estos supuestos, especialmente, una función moralizadora.

VI. Presupuestos necesarios para la procedencia de la obligación de reparar en el marco de la sustracción internacional

En el marco de las relaciones familiares, la responsabilidad civil también se nutre de los cuatro elementos básicos que rigen la materia, esto es: 1) antijuricidad; 2) daño; 3) relación de causalidad; y 4) factor de atribución.

Veamos cada uno de ellos en particular y como han sido receptados por el Código Civil y Comercial de la Nación.

1. El art. 1717 Cód. Civ. y Com., define a la antijuricidad, diciendo que "Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada".

En estos supuestos la antijuricidad está dada por la configuración de la sustracción internacional. Esto es por la comprobación de que se ha producido un traslado o una retención ilícita.

Como es sabido la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado **(12)**.

En estos casos, el sustractor con su accionar viola ese deber y actúa de manera unilateral, obstaculizando el contacto del otro progenitor con sus hijos.

2. El art. 1737 Cód. Civ. y Com., caracteriza el *daño resarcible* y sostiene que "Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

3. Por su parte el art. 1726 establece, en lo atinente a la *relación causal*, que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

(12) Cfr. art. 1716, Cód. Civ. y Com.

En este sentido, conforme surge de nuestro ordenamiento jurídico las consecuencias de un hecho que suceden según el curso natural y ordinario de las cosas, se denominan "consecuencias inmediatas". Mientras que las que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". A su vez, las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

Si trasladamos lo señalado, a los supuestos bajo análisis, ya en los acápites III y IV hemos adelantado cuáles son a nuestro criterio, las consecuencias o impactos que genera el fenómeno de la sustracción internacional, cuyo nexo adecuado de causalidad está directamente vinculado con el hecho ilícito (traslado o retención).

4. Con relación a los *factores de atribución* de un daño al responsable, el art. 1721 del Cód. Civ. y Com. señala que estos pueden ser objetivos o subjetivos, remarcando, que ante la ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

Como la reparación del daño en este sentido no está regulada específicamente, entendemos, *prima facie*, que esa última sería la regla.

Ahora bien, el art. 1725 reza que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones específicas de las partes. En estos casos, entendemos que debe estimarse el grado de responsabilidad valorando la condición especial del agente, esto es el grado de vinculación que los une.

Como es evidente, aquí el agente provocador del daño tiene una condición especial, un deber claro de obrar con prudencia, que emerge del propio ejercicio de la responsabilidad parental.

Quien sustrae actúa con pleno conocimiento de las consecuencias que generará en cada uno de los involucrados en esa circunstancia, y tiene con cada uno de ellos una relación de afectividad, lo que agrava a nuestro criterio su accionar.

Por su parte, el legislador ha especificado, en el art. 1738, que la *indemnización* incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente **(13)**.

Como vimos también en los acápites III y IV al marcar los impactos que el fenómeno genera en cada uno de los involucrados, resulta claro que la reparación o la indemnización que se fije, debe ser integral debido a que podrían verse afectados diferentes derechos personalísimos, y ocasionarse daños de índole material, psicológicos y morales.

En cuanto a la *prueba del daño*, este debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos **(14)**.

Al respecto es dable señalar también que el Cód. Civ. y Com. consagra el principio de la carga dinámica de la prueba, en los procesos de familia y en los de daños. Así, el art. 710 de ese Código dispone, que en los procesos de familia "la carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar". A su vez en el art. 1735 se expresa, que el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla **(15)**.

La carga dinámica de la prueba constituye la aplicación de los principios básicos del debido proceso y, entre ellos, tiene especial importancia el de igualdad: si a una de las partes le resulta imposible o muy difícil probar, mientras que a

(13) Cfr. art. 1739, última parte.

(14) Cfr. art. 1744.

(15) Tal principio está contemplado también en los códigos de las provincias de La Pampa, Corrientes, Santiago del Estero y San Juan.

la otra le es sumamente simple, será esta última quien deberá traer los elementos en que funde su pretensión, defensa o excepción. Se basa también en el deber de colaboración de las partes, que se asienta y desarrolla a partir de la buena fe y probidad procesal.

Finalmente, con relación a los sujetos responsables, cabe señalar que es *responsable directo* quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión **(16)**, mientras que el encubridor responde en la medida que su cooperación ha contribuido a causar el daño **(17)**.

En estos casos el sustractor puede actuar de manera unilateral o en forma conjunta con algún otro familiar, que conoce la situación y contribuye, ocultándolos.

Bajo tales presupuestos, para dilucidar la eventual responsabilidad civil del o la sustractora corresponde esclarecer el momento a partir del cual se empieza a contar el plazo de prescripción de la acción. Es evidente que el punto de inicio es el momento de la sustracción, sin embargo, entendemos que se trata de un daño continuado, esto es, provocado mientras dura esa vulneración de derechos y, fundamentalmente, el impedimento de contacto con el progenitor no conviviente.

Al respecto resulta ilustrativo un caso español en el que el Tribunal falló, que el progenitor que impide, mediante una acción deliberada las relaciones paternofiliales con el otro progenitor, que tiene reconocido por resolución judicial el ejercicio de la guarda y custodia (como quedó demostrado en ese caso), está obligado a indemnizar el daño moral causado **(18)**.

El problema que surge a continuación es la cuantificación de tal daño, que no es posible determinar atendiendo a parámetros objetivos.

Si el progenitor perjudicado reclamara daños patrimoniales sufridos durante la sustracción (honorarios de abogado y procurador, viajes, etc.), a nuestro criterio como lo adelantamos, el tribunal podría tenerlos en cuenta.

Por otra parte, compensar económicamente los daños psicológicos derivados de tal situación no resulta sencillo, ya que requerirá de prueba al respecto, para determinar el daño y la cuantificación.

Desde otra óptica, no debe olvidarse, que si se obtiene una reparación, y el progenitor condenado no cumple voluntariamente, será necesario ejecutar la sentencia en el extranjero, lo que exige un nuevo esfuerzo o desgaste, a la hora de litigar.

VII. Responsabilidad del Estado por las demoras en el proceso judicial

Finalmente cabe analizar, si corresponde o no la posibilidad de demandar al Estado por la eventual responsabilidad en que pueda haber incurrido por omisión, al no adoptarse las medidas adecuadas en tiempo oportuno.

Entendemos que es factible tal reclamo, fundamentalmente por violación al plazo razonable, como lo hemos adelantado, consideramos que el transcurso del tiempo incide en la cuantificación del daño.

Al respecto, es dable señalar que el art. 11 del Convenio de La Haya de 1980, establece que la autoridad judicial actuará *con urgencia* en los procedimientos para la restitución de los niños. Con ese objetivo, la norma también prevé que para el supuesto de que el caso no hubiera sido resuelto en el plazo de seis semanas, a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la autoridad central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la autoridad central del Estado requirente, tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. En caso de que obtenga una respuesta, la transmitirá a quien la haya solicitado.

En cuanto a ese derecho que le concede el art. 11, segundo párrafo, a la autoridad central, cabe señalar que en la práctica se observa que, aunque se efectúen esas peticiones —de hecho,

(16) Cfr. art. 1749, Cód. Civ. y Com.

(17) Cfr. art. 1752, Cód. Civ. y Com.

(18) STS, 30/06/2009 (RJ 2009, 5490), GONZÁLEZ BEILFUSS, C. – NAVARRO MICHEL, M., "Sustracción internacional de menores y responsabilidad civil. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009", *Revista Jurídica de Catalunya*, nro. 3, 2010, ps. 169-196, 174.

puede reiterarlas durante la tramitación de la causa innumerable cantidad de veces— ello no surte ningún efecto en los operadores. Tan es así que en la mayoría de los casos no constan respuestas a esos requerimientos y tampoco se logra el dictado, en tiempo razonable, de la decisión esperada.

Por ello entendemos que el ejercicio de ese derecho por sí solo no es suficiente para evitar la violación a la garantía del plazo razonable, a la tutela judicial efectiva, a la consideración primordial del interés superior del niño, ni mucho menos, para neutralizar las consecuencias perjudiciales que el transcurso del tiempo ocasiona en la vida del niño y en los vínculos paternofiliales.

Todo lo cual conduce a intensificar el daño que la sustracción generó desde que se produjo.

En ese orden de ideas creemos, en primer lugar, que las razones que se den para justificar las demoras deben ser serias y válidas.

En segundo lugar, frente al incumplimiento de la autoridad judicial de dar razones de la demora o de resolver en tiempo oportuno, entendemos que la autoridad central debería instar un pedido de pronto despacho o, eventualmente, efectuar la pertinente denuncia por retardo de justicia, para impedir que se incurra en las violaciones mencionadas, que especialmente perjudican al niño.

En este aspecto celebramos, que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ante la ausencia de un procedimiento específico para dar trámite a los casos de sustracción internacional de niños y ante las preocupantes demoras que se observaban, haya tomado la iniciativa y aprobado en el año 2017, un Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios Internacionales suscriptos en la materia, que fija lineamientos procesales. Dicha circunstancia, tal como se adelantó en el punto II, ha modificado absolutamente el escenario, en tanto se han agilizado notablemente los trámites.

Al respecto creemos, que otra alternativa para minimizar la generación de daños derivados de la sustracción internacional, es tanto la autoridad central como los magistrados intervinientes propicien el uso de la mediación.

En ese sentido la Conferencia de La Haya, ha trabajado en las últimas décadas en la promoción de soluciones amistosas, en el concreto ámbito de las relaciones familiares internacionales, reguladas por los convenios adoptados en su seno, ya que algunos de ellos animan a recurrir a la mediación en sus respectivos campos de actuación.

Tal es así que de los trabajos de La Haya es posible extraer una serie de directrices que se encuentran en la base del éxito de experiencias mediadoras **(19)**.

Es de destacar que nuestra Corte Suprema de Justicia, siguiendo esas directrices, viene instando en forma reiterada el uso de estos mecanismos, exhortado expresamente a las partes a alcanzar acuerdos amistosos o voluntarios en materia de sustracción internacional **(20)** y **(21)**.

Creemos que resulta esencial seguir concientizando a los operadores sobre la importancia de adecuar las actuaciones judiciales y administrativas, a los requerimientos de los tratados; y a los legisladores, de la necesidad de implementar las modificaciones normativas que aseguren que el ordenamiento procesal, sea consonante con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país. Todo ello, a fin de evitar posibles cuestionamientos respecto de los daños que el accionar o la omisión del Estado podrían ocasionar en los supuestos bajo estudio.

VIII. Parámetros que deben tenerse en cuenta a la hora de resolver estos casos. El interés superior como eje rector cuando quien reclama es el niño

Como se sostuvo desde el inicio, esta problemática internacional puede ocasionar perjuicios a los distintos integrantes de la familia y dar lugar a un reclamo de daños y perjuicios.

---

(19) Al respecto pueden consultarse la Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25/10/1980 sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, sobre Mediación disponible en *https://assets.hcch.net/docs/b9315187-a07c-4f4f-a6c4-f764701bd80a.pdf.*

(20) Cf. Fallos 339:1534 y 338:1575.

(21) Cf. Fallos 338:1575.

Ahora bien, cuando la víctima que reclama es el niño —con la debida representación y asistencia letrada— sin duda su interés superior debe ser el eje rector para el análisis del caso sometido a examen judicial.

Tampoco debe perderse de vista que el reclamo nace en el marco de una relación familiar, que ya está quebrada por el solo hecho de haberse generado un daño. Sin embargo, creemos que quizás aquella pueda ser reconstruida, de modo de superar lo vivido, trabajando en red o interdisciplinariamente para fortalecer esos vínculos.

Siguiendo a Pérez Manrique, podemos decir que el interés superior del niño en el marco del Convenio de La Haya de 1980 responde principalmente al derecho del niño a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se diluciden, ante el juez del Estado de su residencia habitual, las cuestiones vinculadas con su custodia y visitas. Es dable destacar que este concepto ha sido receptado en el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños —pto. 5, apart. a)—.

Asimismo, todo el contexto normativo imperante en materia de niñez permite sostener, que el interés superior del niño en los supuestos de sustracción internacional debe construirse a partir de su encuadre lógico y de manera sistemática, ya que cada caso gira en torno a circunstancias únicas.

Obviamente, a la hora de evaluar y determinar el interés superior del niño y examinar la conveniencia o no, de que proceda una reparación patrimonial y su cuantificación, corresponde conocer la opinión del niño según la edad y grado de madurez.

Esa opinión puede conocerse de manera directa (mediante la realización de entrevistas personales) o indirecta (a través de informes elaborados por profesionales auxiliares de la Justicia).

Como es sabido, en todo proceso que involucre a niños, es fundamental que el juez interviniente, tome contacto personal con aquel. Para ello deberá contar con un equipo multidisciplinario, con conocimientos específicos en materia de niñez.

De más está decir, que resulta esencial que los operadores en general cuenten con la preparación y los conocimientos prácticos adecuados que les permitan facilitar la participación del niño, en un ámbito propicio para generar su confianza.

Para que el niño pueda expresar su opinión, se le debe dar información completa, accesible y apropiada a su edad respecto de la situación que lo involucra y sobre la cual se va a manifestar.

En ese contexto, se deberán tomar todas las precauciones posibles a fin de evitar que la participación en el proceso genere en el niño consecuencias negativas o algún grado de revictimización, que pueda repercutir en su integridad psicofísica. En todo momento, deberá hacérsele saber que esa escucha está concebida en su beneficio, conforme a su madurez o necesidades, garantizándoles siempre el derecho a ser protegidos por las manifestaciones que hagan. Asimismo, se le debe informar de qué manera su participación influirá en la decisión que se adopte.

En la motivación de esa decisión se deben señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que han sido considerados pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de dichos elementos en ese caso concreto y la manera en que han sido ponderados.

Para el caso de que la decisión difiera de la opinión del niño, deberán exponerse las razones para demostrar que su interés superior fue una consideración primordial, a pesar del resultado. Es decir, no basta con afirmar en términos generales, se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos que justifiquen ese apartamiento **(22)**.

Por otra parte, una vez adoptada la decisión debe ser informada al niño. Ello debe realizar-

(22) Ver al respecto obs. gral. 12, del Comité de los Derechos del Niño.

se en un entorno que cumpla con las recomendaciones, ya analizadas, de la obs. gral. 12, del Comité de los Derechos del Niño, mediante un lenguaje claro, acorde con su edad y grado de madurez, para asegurar su comprensión.

Desde otra óptica, resulta altamente recomendable, como ya se dijo, que en estos casos se alcancen soluciones voluntarias, que permitirán facilitar su cumplimento en tiempo oportuno y asegurar la efectiva protección de los derechos del niño.

Finalmente, entendemos que la ponderación de la procedencia de la reparación debe equilibrarse con el concepto de reestructuración familiar, base del derecho de familia. Estamos convencidas de que la reparación en estos casos responde a tres objetivos: 1) mejorar la situación; 2) contribuir a afrontar las consecuencias generadas; y 3) restablecer la confianza en el agente generador del daño, que es un miembro de la familia.

IX. Las medidas o modos de reparación factibles y los rubros reclamables

Como es sabido, la reparación es una forma o categoría genérica bajo la cual se articulan diversas medidas destinadas a: suprimir, mitigar, moderar, compensar los daños ocasionados por los hechos violatorios de los derechos, y a garantizar su no repetición.

Las palabras "reparación" e "indemnización" son utilizadas en relación de género-especie. Es decir, las indemnizaciones constituyen una forma de reparación.

Si bien la reparación no pone fin, ni borra lo ocurrido, pues el mal ya se cometió, evita que se agraven sus consecuencias, frente a la indiferencia del agente provocador.

Las reparaciones deberían estar orientadas, de ser posible a:

a) la restitución de la situación jurídica infringida, garantizando a la persona afectada el goce de los derechos conculcados;

b) fijar la indemnización pecuniaria que sea procedente;

c) establecer medidas reparadoras de carácter no pecuniario;

d) establecer medidas de rehabilitación que pueden incluir no solo la asistencia médica y psicológica a las víctimas, sino también la cobertura de servicios legales y sociales,

e) imponer el pago del tratamiento psicológico que fuere necesario;

f) fortalecer o reconstruir los vínculos quebrantados por el evento dañoso, si esto fuera prudente o recomendable, y

g) garantizar la no repetición de los hechos que dieron origen a la demanda.

Sobre la base de lo que venimos delineando en los puntos anteriores, entendemos que según sean las circunstancias que rodean al caso y quién persiga la reparación, podrían reclamarse los siguientes rubros:

1) daño psicológico;

2) daño moral;

3) pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales —según quién reclame—;

4) daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;

5) gastos de asistencia jurídica o de expertos;

6) gastos de medicamentos y servicios médicos o psicológicos, y

7) otros.

X. Reflexiones finales

En estas líneas pretendimos abrir el debate y esbozar una aproximación, a la posibilidad de reclamar los daños que emergen de una sustracción internacional, que como vimos existen e involucran a más de un miembro de la familia, y por ende deben ser reparados.

Por ello invitamos al lector a profundizar y a ampliar los horizontes de los temas que aquí se abordan, pero siempre bajo el tamiz de la pre-

servación de los vínculos familiares, en la medida que ello sea posible.

Creemos que en el camino en busca de la reparación deberán tenerse en cuenta diferentes pautas según quien sea la víctima que reclame la indemnización, ponderando cuáles han sido las circunstancias fácticas que rodearon al caso y quiénes son las personas demandadas.

Obviamente, si el niño es la víctima que reclama, estará presente el principio de su interés superior, como eje rector o pauta central orientadora.

En cuanto a la oportunidad para efectivizar este tipo de reclamo, entendemos que puede llevarse a cabo junto con la promoción del proceso de restitución internacional. En dicha ocasión, el progenitor requirente puede también reclamar una indemnización por daños morales, psicológicos y materiales, en nombre propio y en representación del niño o adolescente víctima. O, posteriormente, como una acción autónoma. En ese caso, si ya ha finalizado el proceso de restitución internacional podrán valorarse o determinarse con mayor precisión los daños generados.

Es muy difícil en estos casos reparar el tiempo perdido y es aquí donde cobran un papel preponderante tanto los jueces como los abogados de parte.

Muchas veces el vínculo con el progenitor que permanece en la jurisdicción de la residencia habitual queda absolutamente roto y debe iniciarse un proceso de re-vinculación, para fortalecer los lazos que se han visto interrumpidos, para lo cual se requiere de un trabajo interdisciplinario.

El transcurso del tiempo también es un factor que incide y debe ser contemplado en tanto en muchos casos intensifica el daño. A la hora de evaluar este factor debe tenerse presente el tiempo que el niño lleva inmerso en ese conflicto familiar.

Estamos convencidas por ello de que, para abordar estos casos de un modo integral y mesurado, se requiere de la labor de jueces especializados, los que con sensibilidad y formación en derecho de familia ayudarán con sus resoluciones a recomponer la situación de la menor manera. Como así también, de la actividad de los abogados colaborativos, quienes deben siempre impulsar la celebración de acuerdos, ya que los primeros que salen beneficiados con la composición del conflicto de un modo amistoso, son los niños**.**

Es importante además prevenir, y evitar que el fenómeno siga creciendo, como así también capacitar a los operadores para que estos casos sean resueltos de modo urgente, pues ello contribuye a minimizar los efectos negativos que una sustracción internacional, como vimos, genera.

La toma de la morada esencial del derecho procesal de familia

Sus principios como arcanas claves constitucionales

Diego Benavides Santos

Sumario: I. La toma de la morada a lo Cortázar.— II. La Ley Procesal de Familia dentro de un sistema isocrónico.— III. El camino que recorre el derecho procesal de familia.— IV. Dos tests imprescindibles en el derecho procesal de familia.— V. El manejo del lenguaje y de la cultura en el derecho procesal de familia. — VI. El sistema procesal de familia es por definición principialista.— VII. Nuestro concepto de principios de derecho procesal de familia.— VIII. Funciones de los principios.— IX. Organización de los principios.— X. Tomando la morada: inventario y definición de los principios.— XI. Cierre.

"Han tomado esta parte —dijo Irene—. El tejido le colgaba de las manos y las hebras iban hasta la cancel y se perdían debajo. Cuando vio que los ovillos habían quedado del otro lado, soltó el tejido sin mirarlo. —¿Tuviste tiempo de traer alguna cosa? —le pregunté inútilmente. —No, nada"

"Casa tomada". Julio CORTÁZAR.

I. La toma de la morada a lo Cortázar

Sentado ante mi computadora en el restaurante de un hotel cercano al Cementerio de la Recoleta y disperso como suelo ponerme cuando escribo, tengo a mi lado el texto de Cortázar proveniente del *Bestiario* y mi mente da mil vueltas e intento ubicar dicha morada en la cual el narrador y su hermana Irene sufren la toma de la casa. Busco en el Google Maps la referencia de Fernández Peña y veo que hay una plaza como a ochocientos metros de donde estoy, mas noto que alguien escribe que más bien se refiere el cuento a la ciudad de Banfield donde vivió el autoexpatriado escritor. Al final, reflexiono que las arcanas claves para descifrar el potente cuento están más dentro de mí que en el mismo texto. Así es como suele suceder en esa función pitagórica del ser humano lanzado cual flecha en el tiempo dentro de una parábola determinada de nacimiento, vida y muerte. Parábola que también recorren los conceptos jurídicos, las leyes, el derecho referenciado en tiempo y lugar. Y me encanta relacionar la literatura con nuestro quehacer jurídico porque inserta el juguetón "ello" en algo muy serio y estructurado como lo es el "superyó" derecho, produciendo un mundo paralelo creativo, que lo puede relanzar. Leo las varias interpretaciones de "Casa tomada", incluso la relacionada en una entrevista que se le hace al autor sobre lo político, y él lo que explica es que fue un sueño, que quizás inconscientemente insertó un sentimiento. Es interesante. Pego el tema que quiero tocar en mi artículo como lo es la esencia de lo procesal de familia **(1)** con esta

(1) Se pueden encontrar antecedentes del autor en la línea del derecho procesal de familia en BENAVIDES SANTOS, Diego (2020), "Curso de derecho procesal de familia", Ed. Jurídica Faro, San José de Costa Rica, ts. I y II; "Instrumentalidad y contextualización: los dos test indispensables en la construcción jurisprudencial y doctrinal del derecho procesal de familia", inédito presentado a considerar a Revista de Sala Segunda de San José de Costa Rica; "Principios del derecho procesal de familia ¿claves constitucionales secretas dentro del CPF?", en *Memoria Formato Digital X Congreso de Derecho Procesal*, Ed. Jurídica Faro, San José de Costa Rica; "Partes y par-

enigmática narración y noto que resulta un vehículo donde el tema corre raudo, pues es claro que la esencia de lo procesal de familia, necesaria construcción postmoderna, debe ir tomando la morada que otrora residían otros conceptos, pero que aún, en algunos sectores, aún lo hacen como en la narración de Cortázar: con las agujas de plata tejen, o bien buscan la literatura francesa, o bien revisan su colección de sellos. Pero el nuevo habitante muy probablemente con el tiempo vea "su" casa tomada y le corresponda vivir en una esquina cerca de la puerta listo para coger el reloj y las llaves para abandonarla. ¡Ja! Cortázar quizá reiría, creo, con este inusitado uso de su enigma. El que faltaba. Pero nada mejor para despertar esas almas exploravitas, quizá como la tuya querido lector, que relacionar todo con nada, y al final, como en el caso del cuento hermoso, lo que interesa es tu pensamiento y, tal vez, el ocaso del sueño inicial del autor. Le pido que mantenga esta idea durante las siguientes líneas.

II. La Ley Procesal de Familia dentro de un sistema isocrónico

Siempre tengo presente el hermoso ensayo del profesor uruguayo respecto de la interpretación de las leyes procesales ¿lo has leído en *Ensayos*? Están sus alumnos en la clase abordando ese tema y uno avisado aporta que no es lo mismo la ley que el derecho:

"La primera dificultad la planteará un alumno que alzará su voz para llamar la atención acerca del hecho de que interpretar la ley no es interpretar el derecho. El derecho es el todo del objeto interpretado, la ley es solo una parte. La ley se interpreta extrayendo de ella un significado más o menos oculto, pero la extracción de ese significado supone la consideración de todo el derecho. La ley es siempre derecho, pero no todo derecho es ley. La primera puntualización consiste, pues, en subrayar que interpretar la ley no es interpretar el derecho, sino un fragmento del derecho, vale decir, desentrañar el sentido de una norma en su sentido plenario, presupone el conocimiento del derecho en su totalidad, y la coordinación necesaria de la parte con el todo" (Eduardo J. COUTURE, "Interpretación de las leyes procesales").

Esa esencia es lo que une la parte con el todo, es lo que nos da el "significado más o menos oculto". En nuestro caso, y desde la perspectiva de este centroamericano, esa esencia nos dará las arcanas claves del derecho para descifrar la ley procesal de familia. Esa esencia hará que ese motor procesal de familia tenga isocronía, armonía, sistematización. La clarificación de esta esencia es lo que permitirá la toma "efectiva" de la morada procesal de familia.

III. El camino que recorre el derecho procesal de familia

Una escala de medida de los sistemas procesales familiares creó la serie de esfuerzos en torno a la construcción que les mencioné de una ley de la materia. En el derecho comparado, se dibuja un camino por el cual se transita con al menos tres fases a las cuales hemos denominado generaciones: una fase primitiva (primera generación), una fase intermedia (segunda generación) y la fase de plenitud (tercera generación). Este camino evidenciado a nuestro juicio parece conducir hacia la protección de la verdadera esencia del derecho procesal de familia, claramente parece dirigirse hacia el refinamiento y tiende aparentemente hacia la especialización de sus diferentes piezas. Al menos, simula caminar hacia un acertado abordaje que permita cumplir de mejor manera su cometido. Este

ticipantes en el derecho procesal de familia: la necesaria trenza entre praxis, teoría y ciencia", RDF nro. 96; "El Código Modelo como parte de las mil y una estaciones de lo procesal familiar", RDF, nro. 86, "Diez pilares en que ha de fundamentarse un sistema procesal de familia de acuerdo con el modelo costarricense", RDF nro. 81, 2017; "En la senda del núcleo duro de la tercera generación del derecho procesal de familia", RDF nro. 76, sept. 2016; "La suficiencia normativa y los principios rectores en el proyecto de Código Procesal de Familia de Costa Rica", RDF nro. 69, 2015; "Máximas de consolidación de derecho procesal de familia", RDF nro. 61, 2013; "Axiomas del derecho procesal de familia", Ed. Jurídica Continental, San José de Costa Rica; "Hacia un derecho procesal de familia", Ed. Juritexto, San José de Costa Rica;— (2005), "Los principios especiales del derecho procesal de familia", *Revista de la Escuela Judicial*, nro. 3, 2006, San José de Costa Rica. También se pueden encontrar desarrollos del autor en los siguientes libros colectivos: GALLO QUINTIAN, Gonzalo J. – QUADRI, Gabriel H. (dirs.) – PENNISE IANTORNO, María Soledad (coord.), *Procesos de Familia*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. 1; KIELMANOVICH, Jorge L. – BENAVIDES SANTOS, Diego, "Derecho procesal de familia. Tras las premisas de su teoría general", Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008.

camino es importante revisarlo, tenerlo presente, no olvidarlo. Hay mucho trabajo pendiente.

IV. Dos tests imprescindibles en el derecho procesal de familia

En el derecho procesal de familia debe, entonces, sobre todo, examinarse continuamente dos ejes fundamentales: la instrumentalidad y la contextualización. Así como los matemáticos utilizan una operación en reversa para demostrar que lo hecho es correcto, así el operador y el científico del derecho procesal de familia deberán hacer dos pruebas, dos exámenes, dos evaluaciones, respecto de sus desarrollos a efecto de verificar que se mantienen aferrados a la esencia de la disciplina. Una de esas pruebas es la de instrumentalidad, fundamental para verificar que todo concepto, que todo instituto, que toda dinámica tiene un carácter de herramienta para el derecho de fondo en el marco del derecho constitucional y de los instrumentos internacionales. El otro examen es el de la contextualización en el cual hemos señalamos niveles para la abstracción generalizante y simplificadora, pero también y sobre todo, para el entramado sistemático dentro de la diferencia de institutos, y ahora bien, el nivel más complejo de la contextualización está precisamente en el caso concreto. Al final se trata de esos dos bueyes sobre los cuales recae el cumplimiento de la esencia de lo procesal familiar. Este tema se relaciona con uno reiterado en otras materias, como es el de la autonomía, pero identificando que dicho tópico no resulta de importancia para la nuestra *per se* pues lo realmente relevante es la construcción firme desde lo interno, a partir precisamente de la instrumentalidad y de la contextualización, y buscando y testeando, estos dos derroteros inexorablemente algo similar a la noción de la "autonomía" será añadida a la operación jurisprudencial y científica. Esos dos tests deben ser aplicados, entonces, al tema de los principios como componentes esenciales del sistema que lo revitalizan, lo perfeccionan y lo completan. Esta idea debe desarrollarse y profundizarse para concluir en el diseño concreto de esos dos tests, en lo que nos ocuparemos en otra ocasión. No obstante también, no puedo dejar de decir que estas dos ideas que abarcan estos tests a mi juicio coinciden con dos competencias profesionales que deben desarrollar y afinar los operadores de esta materia.

V. El manejo del lenguaje y de la cultura en el derecho procesal de familia

En el derecho procesal de familia, considero fundamental para su desarrollo que se utilice el lenguaje al servicio de dicho desarrollo. El derecho es parte de la cultura y la forma de conectar uno con el otro es con el lenguaje. Lo que no tiene un nombre, cuesta que tenga una existencia y un desarrollo. Por ende, aquellas situaciones implícitas y diferenciadoras de lo procesal de familia deben tener un nombre y una consecuente definición. Al momento que se le pone un nombre, se da existencia a un concepto o a un fenómeno, se define y se pone a evolucionar. Esa perspectiva debe darse con los principios del derecho procesal de familia, y en ese esfuerzo estamos en este artículo. En estos tiempos tan diferentes, y en una materia como la nuestra de tan pocas líneas de construcción nuestra perspectiva es que debemos sentirnos libres de la cultura anterior y hablar y construir con vista en nuestro objeto y para nuestro objeto. Debe caminarse con un equipaje ligero y juntar y readaptar de la cultura anterior únicamente lo que nos pueda servir.

VI. El sistema procesal de familia es por definición principialista

Un sistema procesal familiar debe ser principialista, el cual podemos definir como el sistema procesal familiar elaborado a partir de componentes legales esenciales —explícitos e implícitos— a partir de los cuales deben aplicarse las normas o bien interpretarse o bien suplirse. Son componentes, aún los implícitos, de derecho positivo pues están contenidos en su esencia, y por ende, estos principios, aún y cuando no estén expresos, deben estar sometidos al control de la legalidad y desde luego, de constitucionalidad.

VII. Nuestro concepto de principios de derecho procesal de familia

Los principios son esa sustancia vital del ordenamiento y son la derivación en elementos de esa esencia del sistema. Los principios del derecho procesal de familia son componentes esenciales que se encuentran implícitos en artículos de la Constitución Política pues son los realizadores procesales de un mandato protector a la

familia y a los grupos vulnerables. Los *principios del derecho procesal de familia* los definimos entonces, como los componentes esenciales del sistema que se han tenido en cuenta, aún en forma implícita, para el diseño de las normas y que sirven para realizar procesalmente y conectar con el mandato protector constitucional, y de instrumentos internacionales, a la familia y a los grupos vulnerables, para sistematizar el ordenamiento, para vitalizarlo ante los casos concretos, para resguardar la instrumentalidad, para contextualizar en las características y necesidades de los asuntos familiares y para conducir el sistema hacia su finalidad que es tener como centro a la persona humana, proporcionando de todas maneras la perfilación o la caracterización del sistema.

VIII. Funciones de los principios

De acuerdo con la definición dicha podemos referirnos a los diversos papeles o funciones que desempeñan o cumplen los principios en el sistema.

a. Son entonces, *enmarcadores o conectores constitucionales de lo procesal.* Uniendo los puntos entre cada principio, los cuales están íntimamente relacionados unos con otros, subyace los mandatos constitucionales hacia la familia y hacia los grupos vulnerables.

b. Tienen un *papel perfilador o caracterizador.* Delinean los aspectos fundamentales del sistema. Así a través de su descripción sucesiva se está haciendo un retrato del sistema.

c. *Guían el sistema hacia su espíritu y finalidad, que a nuestro juicio debe ser* tener como centro a la persona humana.

d. *Resguardan el carácter instrumental* de las normas procesales, a saber realizar las normas de fondo en el marco de lo constitucional y de los instrumentos internacionales. Los principios son parte de un cinturón de protección de esa instrumentalidad al igual que la recomendable suficiencia normativa y las consecuentes normas diques y normas esclusas. La suficiencia es la característica destacable o deseable de un sistema procesal de familia de bastarse a sí mismo a efecto de asegurar la instrumentalidad, es decir, que no se den remisiones a normativas que obedecen a otra instrumentalidad, de acuerdo con su derecho material. Si hubiere remisiones es donde deben aparecer las normas dique y esclusa. La norma dique es aquella que identifica lo compatible e incompatible de una remisión en forma genérica, para impedir el paso, como un dique, de aquello que no concuerda con lo esencial del derecho procesal de familia. La norma esclusa es aquella que eleva el nivel de una remisión a su armonía con el resto del sistema a partir de los principios del derecho procesal de familia. Estas normas deben entenderse implícitas dentro de una normativa aplicable a lo procesal de familia.

e. *Otorgan una perspectiva contextualizadora* y, por ende, hay una función contextualizadora. Contextualizar es tener en cuenta las condiciones que rodean un fenómeno y sin las cuales no se puede comprender en sus verdaderas dimensiones. El derecho procesal de familia, lo primero que hace debe hacer es contextualizar el concepto complejo de debido proceso agregándole implícitamente el adjetivo "familiar", eso sucede desde ahí ya con la oralidad y con todos los conceptos preexistentes.

f. Es consustancial al tema de los principios, como componentes esenciales del sistema, la *función sistematizadora* pues los principios como sus componentes esenciales dan coherencia y completez al sistema. Son esas claves para convertir la ley en derecho.

g. En íntima relación con lo anterior, esos principios tienen una función fundamental de hacer que ese cuerpo normativo que como tal, en letras, es un cuerpo inerme, se transfigure en un organismo vivo a través de la dinámica de los sujetos procesales. Los principios cumplen, entonces, un *cometido de vitalización,* propician la llegada a un destino de perfeccionamiento del sistema, tienen una utilidad de completar dicho régimen. Vitalizar, perfeccionar y completar un diseño normalmente estático, naturalmente imperfecto, comprensiblemente incompleto. Nuevamente, los principios son esas claves para convertir la ley en derecho.

Es importante preguntarse por otras funciones y por la profundización y precisión de las ya identificadas y descritas.

IX. Organización de los principios

En lo jurídico siempre resulta útil que intentemos agrupar, ordenar u organizar por líneas de ideas. Ello a nuestro juicio ocurre con el tema de los principios. La organización debe obedecer a la lógica del sistema. Primeramente debe hacerse una clasificación en función del espíritu y de la finalidad del sistema, que a nuestro juicio es tener como centro a la persona humana:

— *Principios centrífugos* son aquellas tendencias o propensiones que acercan otras ideas o directrices desde el centro del sistema (el ser humano).

— *Principios implosivos o centrípetos* son los que hacen presión hacia el centro del sistema (la persona humana).

Los clasificamos también en su relación con otros principios del sistema:

— Los *principios regla* son aquellos muy cercanos a que en caso de un conflicto entre principios tengan la cualidad de prevalecer sobre otros.

— Los *principios tendencia* son aquellos principios que no tienen carácter de absolutos, sino que simplemente hay una tendencia hacia la dirección que señala el componente, y en caso de conflicto lo que corresponde es una calibración.

— Los *principios selectivos* son aquellos que operan luego de determinar la presencia de ciertos presupuestos, con exclusión de los otros de su serie. Entran en aplicación conforme se identifiquen las condiciones de los sujetos: igualdad procesal, equilibrio procesal y equilibrio entre las partes. En un caso es cuando hay identidad de condiciones, en otro, no son iguales las condiciones pero no son tan disímiles, pero cuando hay condiciones desiguales hay que aplicar en el selector el equilibrio entre las partes.

Los principios los clasificamos en relación con la forma de su inserción en el sistema, así:

— Los *principios expresos* son aquellos contenidos explícitos en la letra de la ley.

— Los *principios implícitos* son aquellos que derivan de la repetición de una solución en la ley pero que no están expresos.

— Los *principios creados o construidos* son aquellos que no estando ni expresa ni implícitamente en la ley los identifica la jurisprudencia o la doctrina, muy probablemente a partir de aspectos esenciales del derecho procesal de familia no mencionados o que no están implícitos en la ley.

— Los *principios jurisprudenciales* son aquellos que si bien no están contenidos en forma expresa en la legislación las decisiones de los tribunales los infieren y nominalizan a partir de la misma legislación o por factores propios del derecho procesal de familia.

— Los *principios doctrinales* son aquellos que si bien no están contenidos en la legislación de forma expresa, los científicos del derecho procesal de familia los infieren o crean y los nominalizan.

Este ejercicio de agrupar, de ordenar o de organizar por líneas de ideas, es de suma importancia pues nos lleva a la lógica del sistema, a la energía de su dinámica, y nos ayuda a profundizar.

Dando un par de pasos para atrás, debemos mencionar los conceptos complejos y los principios multidimensionales. El *concepto procesal familiar complejo* es aquel que engloba los aspectos procesales fundamentales esenciales propios del asunto de familia y que sería la contracara de la definición del derecho procesal de familia. El prototipo del concepto procesal familiar complejo es el debido proceso contextualizado. Además, podemos considerar los *principios multidimensionales* que son aquellos enlaces que tienen un carácter complejo y se pueden descomponer o están acompañados de otros subcomponentes. Es el caso de la oralidad contextualizada a lo familiar.

X. Tomando la morada: inventario y definición de los principios

Al entrar en la morada procesal de familia debemos tomarla y para ello lo conceptual, el vehículo del lenguaje y la inserción en la cultura

es indispensable. La toma total desde esta perspectiva implica plantear las nociones básicas de principios y su respectiva definición. Queremos plantear para su respectiva discusión un inventario de posibles principios y sus respectivas definiciones. No dejamos de ver que son muchas las nociones y que puede estar de por medio la necesidad de descartar, agrupar y jerarquizar. Pero me ha parecido que resulta más rico dejarlo en este estado bruto. Esto porque quiero que me ayudes en esta construcción. Así, nuestro aporte en ese inventario y definiciones es el siguiente:

— *Abordaje interdisciplinario:* El abordaje interdisciplinario es la propensión procesal para abordar jurídicamente el asunto pero con el auxilio de otras disciplinas a efecto de no violentar la complejidad del asunto familiar. Se puede denominar también enfoque multidisciplinario y tratamiento interdisciplinar.

— *Abordaje interinstitucional:* El abordaje interinstitucional es la propensión a permitir y requerir el cumplimiento en el proceso de una o varias instituciones u organizaciones públicas o privadas relacionadas con un asunto. Se puede denominar también coordinación orgánica y coordinación estatal.

— *Accesibilidad:* La accesibilidad es la cualidad a la que debe aspirar el servicio jurisdiccional de familia en todos sus aspectos y sus entornos de ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de autonomía, seguridad y comodidad. Se puede denominar también servicios y entornos amigables.

— *Ajustes de procedimientos:* Los ajustes de procedimientos es la tendencia a acomodar o adaptar alguno o varios requisitos o formas en virtud de diferencias que justifican dicha adaptación. Se puede denominar también adaptación procesal y acomodamiento procesal.

— *Ausencia de contención:* La ausencia de contención es la desestimulación procesal de la adversabilidad exacerbada e irracional que conlleva agresividad e imposibilita el crecimiento, y el consecuente entonces, estímulo procesal a las cercanías. Debemos entender este principio, al menos en dos sentidos. El primer sentido es con la preferencia de soluciones negociadas. El segundo sentido del principio de ausencia de contención es buscar *que las partes no generen mayor intensidad en el conflicto.* Se puede denominar también desestímulo a la adversabilidad o desaliento de la contienda.

— *Buena fe:* La buena fe es el estímulo procesal hacia la honestidad, la benevolencia a la pureza y el consecuente desestímulo a las actuaciones procesales desleales, abusivas, fraudulentas. Se puede denominar también honestidad procesal, pureza procesal o benevolencia procesal.

— *Búsqueda de equidad y equilibrio familiar:* La búsqueda de equidad y del equilibrio familiar es la tendencia que debe tener el proceso familiar de posibilitar el crecimiento o cambio de las personas miembros de la familia, buscando, consecuentemente y logrando, y decidiendo en su caso, nuevos puntos de equidad y de equilibrio. Se puede denominar también indagación para un nuevo punto de equilibrio o investigación para nueva armonía.

— *Casuismo o acercamiento:* El casuismo o acercamiento es aquel componente esencial del derecho procesal de familia que obliga inexorablemente teniendo como centro a la persona humana a observar, considerar y analizar con esmero las especificidades del caso que se presenta y a estar atentos a su evolución. Implica el respeto a la diferencia. Este es un principio de suma importancia que manda a analizar la situación no desde la perspectiva íntima del operador sino de las características del caso concreto.

— *Celeridad procesal:* La celeridad procesal es la administración del tiempo del proceso en forma efectiva y eficiente en atención al cumplimiento de metas ideales y normales de las etapas o del proceso en su totalidad, con el consecuente ahorro del tiempo en lo que sea posible. Se le puede denominar también prontitud procesal, presteza procesal, urgencia procesal u oportunidad procesal.

— *Colaboración o servicio:* La colaboración o servicio es la tendencia de asignar roles y obligaciones a los sujetos procesales para que aún no sean los obligados principales o bien siéndolo el proceso tenga un resultado óptimo acorde con

la realidad de la familia o del asunto que lo acerque a una decisión justa. Se puede denominar también cooperación procesal, apoyo finalista.

— *Debido proceso contextualizado:* El debido proceso contextualizado en lo familiar es un concepto complejo que engloba todos los derechos fundamentales de los sujetos en los procesos y aquellas características esenciales de raigambre constitucional y de derechos humanos para entender que un proceso de familia es justo y equitativo y a la vez adecuado al asunto familiar que se presenta.

— *Dinamismo:* El dinamismo procesal es un nivel alto de intensidad en el proceso, en virtud de la cualidad de canalizar fuerza, energía, diligencia en el proceso. Se puede denominar también vitalidad procesal, energía procesal.

— *Economía procesal:* La economía procesal es el ahorro procesalmente hablando de trabajo, recursos, tiempo y de cualquier otro esfuerzo de las partes o de los órganos jurisdiccionales. Debe entenderse el concepto a partir de la definición de "economía". Todos los artículos que impliquen ahorro de tiempo y de recursos, de desarrollo de métodos más eficaces, de administración del proceso y de los actos procesales de la forma más eficaz, están en consonancia con este principio, el cual debe estar muy presente en cualquier aplicación procesal o decisión. Desde luego que el desarrollo de métodos eficaces para cumplir con los tiempos ideales y normales que dispone esta propuesta procesal van en consonancia con este principio. Por ende, la economía procesal como tal tiene una dimensión macro, que incide en la dimensión micro referida a un proceso determinado. Se le puede denominar también ahorro procesal o parquedad procesal. El principio se invoca siempre ante situaciones que impliquen un costo o un gasto que se suscita en el proceso. Se relaciona con el de fácil acceso a la justicia en cuanto los costos económicos de los actos procesales pueden constituirse en obstáculos para las partes.

— *Equilibrio entre las partes:* Es el principio selectivo (juntamente con la igualdad procesal y con el equilibrio procesal) que consiste en la propensión a compensar o disminuir una desventaja o desequilibrio que de por sí procesalmente tiene la parte. Hay que reparar en este sistema que hay tres principios que refuerzan esa máxima del equilibrio: equilibrio procesal, equilibrio entre las partes y búsqueda de equidad y equilibrio familiar. Se puede denominar también balanza procesal y ponderación procesal.

— *Equilibrio procesal:* El equilibrio procesal es un principio selectivo (junto con la igualdad procesal y con el equilibrio entre las partes) que consiste en el trato similar a partes que si bien no tienen características idénticas no es tanta la diferencia entre ellas. Se le puede denominar también simetría procesal.

— *Fácil acceso a la justicia:* El fácil acceso a la justicia familiar es el ingreso sin esfuerzo excesivo al servicio jurisdiccional de justicia familiar con la consecuente erradicación o disminución de obstáculos para ejercer ese derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para ejercer los actos procesales de demanda o de defensa y el respectivo contradictorio. Se le puede denominar también paso jurisdiccional irrestricto o remoción de barreras jurisdiccionales.

— *Flexibilidad procesal:* La flexibilidad procesal es la cualidad del diseño del proceso de familia de adaptarse fácilmente a las diversas situaciones o circunstancias. Se puede denominar también adaptabilidad, ductilidad, elasticidad, juncalidad.

— *Gradualidad o intensividad:* La gradualidad o intensidad procesal es la tendencia dentro de una lógica de complejidades, de magnitudes, de potencias, y con un cabal acercamiento al caso concreto hacia personalizar la situación de progresión o de intensidad entre plenos y nulos como quien gira o pone las flechas digitales de varias posibilidades en un caso concreto. Se le puede llamar, asimismo, personalización, regulación, afinamiento, ajuste. Se aplica en el caso de las personas menores de edad, y para la intensidad en los apoyos, en el caso de las personas con discapacidad. Se requiere un acercamiento cabal a cada caso concreto. Esa es la lógica. Lógica que trasgrede criterios simplistas para generalizar, para adentrarse en la complejidad —o quizá simplicidad— de la personalización.

— *Gratuidad o costo mínimo:* La gratuidad consiste en la propensión ante los costos usuales que demanda la participación en los procesos, para que las partes no tengan que asumir aquellos, sobre todo cuando no tienen recursos para cubrirlos. Se puede denominar también ausencia de costos, exención de costos, sin cargo.

— *Igualdad procesal:* La igualdad procesal es un principio selectivo (junto con el equilibrio procesal y con el equilibrio entre las partes) que consiste en el trato idéntico a las partes con características idénticas. Se puede denominar también paridad procesal.

— *Impulso procesal de oficio:* El impulso procesal de oficio es el curso que por propia iniciativa da al proceso el órgano jurisdiccional. Principio que implica que no se requiere gestión de partes para que el tribunal dé el siguiente paso. Se le puede llamar también empuje oficial, Iniciativa jurisdiccional, propulsión procesal judicial.

— *Inestimabilidad de las pretensiones:* La inestimabilidad de las pretensiones es la inclinación hacia la perspectiva procesal de hacer prevalecer lo personal familiar sobre lo patrimonial aún en temas que estén más cercanos a una traducción a valores económicos o a sumas de dinero. Otra posible denominación es preferencia de lo personal.

— *Informalidad:* La informalidad es la tendencia a no estar sujeto a requerimientos o formas rígidas preestablecidas. ¿Qué tal llamarla también ausencia de ritualidad?

— *Interés familiar:* El interés familiar es la inclinación a resolver situaciones de orden procesal para hacer prevalecer lo familiar sobre los posibles intereses de terceros. Podemos pensar en otras denominaciones como profamilia, beneficio parental, provecho de parientes, utilidad familiar. Puede aplicarse cuando hay embargos o medidas cautelares respecto de los bienes que tienen un destino o uso familiar debe decidirse depositarlo de manera que se mantenga su destina o uso.

— *Mejor interés:* El mejor interés en su versión procesal es buscar las condiciones óptimas para las personas menores de edad en cada coyuntura. Desde luego que no hay que pensar mucho en que se llama también interés superior del niño, mayor beneficio de la persona menor de edad.

— *Minimalismo procesal:* El minimalismo procesal indica la propensión del proceso familiar, cuando se presente un halo de alternativas en la aplicación, interpretación o suplencia normativa, a llevarlo hacia las posibilidades que favorezcan la simplicidad, la brevedad y la no adversabilidad. ¿Qué tal llamarla esencialismo procesal, preferencia por el trámite más breve, más sencillo y menos contencioso?

— *Oralidad contextualizada:* La oralidad contextualizada en lo familiar, es un principio multidimensional referido a la comunicación en el proceso familiar como preferencia de la palabra hablada y del resguardo de la comunicación no verbal adyacente que completa los mensajes por lo que debe estar acompañada de la inmediación, de la concentración de la identidad de los sujetos, de la privacidad y de la técnica y modelaje de la comunicación que tiende a bajar la intensidad de la litigiosidad y de la agresividad.

— *Participación e intervenciones especiales y progresivas:* La participación y las intervenciones especiales y progresivas es la tendencia a entender abiertos los canales de participación y de intervención a personas que en otras épocas no las tenían con especial atención a los casos concretos que impliquen observación a progresiones de madurez o a intensidades de apoyo. Se puede ensayar un equivalente: aseguramiento de participación procesal de vulnerables.

— *Preclusión flexible:* La preclusión flexible es la inclinación a la modificabilidad de lo decidido (como regla con excepciones) en la tensión entre el requerimiento de la seguridad jurídica y las necesidades y características de los asuntos familiares. Podemos llamarlo también modificabilidad de lo resuelto.

— *Preferencia de la desjudicialización:* La preferencia de la desjudicialización es la tendencia a proveer alternativas al tratamiento o abordaje jurisdiccional de un asunto. Se le podría denominar también algo así como desviación jurisdiccional.

— *Privacidad:* La privacidad es la tendencia de proteger procesalmente los datos y en general la vida y dinámica familiar y privada de las partes. Podríamos llamarlo también como reserva, resguardo procesal de la intimidad.

— *Proactividad:* La proactividad es la tendencia sobre todo del órgano jurisdiccional para que actúe de oficio, pero también de los otros sujetos procesales, de intervenir activamente y anticipándose a los acontecimientos. Podemos llamarla también resolutividad, Intervención activa.

— *Protección integral:* La protección integral es la tendencia de asignación de roles, poderes y deberes de los sujetos procesales para enfocar, prevenir y amparar la situación de las poblaciones vulnerables**.** Podemos pensar en otros nombres como tutela total, escudo integrado, tuición global**.**

— *Solución integral:* La solución integral es la preferencia por asumir, tratar, conocer, resolver, ejecutar, revisar y ajustar el asunto comprendiendo todos los aspectos y elementos, en su totalidad y no por partes. Se le podría llamar también tratamiento completo de la causa, o comprensión total. Este principio de solución o abordaje integral se refiere a una perspectiva unitaria del conflicto, antes que una fraccionada o por partes.

— *Tutela de la realidad:* La tutela procesal de la realidad es la propensión al espaldarazo procesal de situaciones jurídicas espontáneas que han ajustado extraprocesalmente las partes o la misma realidad familiar, alejándose de lo dispuesto en la letra de una resolución que, por ende, resulta desfasada. Podríamos pensar en un nombre como cotejo realidad-proceso, protección de la verdad familiar actual.

He ensayado mi visión actual de los principios del derecho procesal de familia, pero dije al inicio que lo más importante para mí no era mi pensamiento, máxime en estos trepidantes tiempos líquidos, sino más bien lo que ha generado en esa alma receptora que me hace el privilegio de leer esta líneas, y como en el cuento muero expectante, con suspenso, me encantaría saber tu punto de vista actual sobre esta temática.

"Como me quedaba el reloj pulsera, vi que eran las once de la noche. Rodeé con mi brazo la cintura de Irene (yo creo que ella estaba llorando) y salimos así a la calle. Antes de alejarnos tuve lástima, cerré bien la puerta de entrada y tiré la llave a la alcantarilla. No fuese que a algún pobre diablo se le ocurriera robar y se metiera en la casa, a esa hora y con la casa tomada".

XI. Cierre

Regresando hacia el tema de motivación sobre este tema, en que se relacionó con un misterioso y explosivo relato del estupendo autor de "Rayuela", el derecho procesal de familia va ocupando la morada que le corresponde conquistar a partir de descifrar y luego verter su esencia. El proceso de familia camina, identificando tres etapas al menos en ese camino, hacia su perfeccionamiento, hacia su refinamiento, hacia su verdadera esencia. Recorre un sendero muy sano de filosofía en el derecho procesal de familia. Está en un momento en que plantea sus principales preguntas y hace hipótesis respecto de ellas. En este camino de reflexión y de construcción tenemos la intuición de dos tests necesarios: instrumentalidad y contextualización. Las claves para desentrañar esa esencia y luego anegarla en las partes son sus principios. Las claves arcanas para ello son los principios del derecho procesal de familia. Esas son las llaves maestras para tomar esta morada jurídica. Dentro de esta idea es importante identificar las funciones de los principios y ello tiene que ver con la inducción y definición de su concepto. Identificamos claramente el nexo entre los principios y lo constitucional incluyendo desde luego a los instrumentos internacionales. Los *principios del derecho procesal de familia* los definimos entonces, como los componentes esenciales que se deben tener a la vista a la hora de diseñar un sistema procesal de familia y luego para ejecutarlo y evaluar esa ejecución. Hemos identificado que estos principios sirven para conectar, realizar y enmarcar procesalmente los preceptos constitucionales y de instrumentos internacionales sobre la familia y sobre los grupos vulnerables, para sistematizar el ordenamiento, para vitalizarlo ante los casos concretos, para resguardar la instrumentalidad, para contextualizar en las características y necesidades de los asuntos familiares y para conducir el sistema hacia su finalidad

que a nuestro juicio es tener como centro a la persona humana, proporcionando así la perfilación o la caracterización del sistema. En otras palabras, los principios del derecho procesal de familia a nuestra manera de ver tienen un linaje constitucional. Es la cara procesal necesaria para instrumentalizar lo constitucional. Existe un debido proceso contextualizado a lo familiar. Ese debido proceso "familiar" se desagrega a través de los principios.

To queer or not to queer

Análisis jurisprudencial sobre reasignación de sexo

Érica Baum (*)

Sumario: I. **Resumen.**— II. El impacto del feminismo y la perspectiva queer en los derechos humanos.— III. Resumen de los hechos.— IV. Argumentos de los jueces.— V. La tensión entre el cuerpo y la mente: humillación, odio y repugnancia.— VI. Reflexión final.— VI. Bibliografía.

I. Resumen

Existe una tensión fuerte entre el feminismo radical y el movimiento *queer* respecto de las categorías sexo y género, protegidas por el derecho internacional de los derechos humanos, que contiene discursos de odio que atentan contra el establecimiento de una agenda política proteccionista y socaban el derecho a la no discriminación y a la igualdad de género. Bajo una mirada crítica, este trabajo se propone responder el siguiente interrogante: ¿Cómo el feminismo y la perspectiva queer impactan sobre los estándares de derechos humanos contribuyendo a dar contenido las sentencias judiciales? Analizaré la cuestión a la luz del primer fallo **(1)** que trató la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires sobre reasignación de género, teniendo en cuenta un marco teórico cognitivista respecto del estudio del odio.

II. El impacto del feminismo y la perspectiva *queer* en los derechos humanos

El feminismo mantiene una lucha histórica en defensa por la igualdad ante la ley y de oportunidades entre hombres y mujeres, sobre la base de una desigualdad estructural en desventaja para las mujeres por razón de su sexo biológico y de la sistemática violencia cometida por los hombres contra ellas en todo el mundo por ser el solo hecho de ser mujeres. La categoría "sexo" protege a todas las mujeres por igual, sin discriminación de ningún tipo, en todos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

El movimiento *queer* y las políticas públicas y legislaciones internas de los Estados que lo apoyan, sobre la base de los Principios de Yogyakarta **(2)**, que no forman parte de dichos Tratados ni han sido adoptados internamente por los Estados, conforme al procedimiento del Derecho Internacional de los Tratados, sino que son el resultado intelectual de "un distinguido grupo de expertos en Derechos Humanos" **(3)**, dejan de lado la categoría "sexo" para centrarse en la "orientación sexual" **(4)** e "identidad de género" **(5)**, "real o percibida", como categorías

(*) Abogada (1997) y Magíster en Derechos Humanos (2011) por la Universidad Nacional de La Plata. Línea de investigación: emociones y derecho.

(1) Disponible aquí: Causa: 86.197.

(2) Aquí: Sobre los principios de Yogyakarta - Yogyakartaprinciples.org.

(3) Literalmente proclaman eso.

(4) El Preámbulo de los Principios definen la orientación sexual como: "[L]a 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".

(5) Los Principios definen la identidad de género como: "[L]a vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales".

que, dentro del derecho a la identidad personal, reclaman su visibilidad social, reconocimiento jurídico y protección contra actos de "vigilancia estatal sobre la orientación sexual" y de discriminación o de abusos o crímenes cometidos con odio por razón del género.

Un sector del feminismo acusa **(6)** al movimiento *queer* de hacer lobby en los parlamentos de los Estados para borrar de las normas jurídicas internas el término "sexo" y neutralizarlo con los siguientes: género, identidad de género, cuerpos menstruantes, vientres gestantes o fecundantes, cuerpos lactantes y eyaculantes, entre otros neologismos que reducen a la identidad de género a lo fisiológico y confunden, por ejemplo, la identidad femenina con ser mujer situando a la "mujer" en una categoría más de autopercepción. El feminismo sostiene, que la categoría jurídica "sexo" es la base de la protección contra la discriminación y la violencia ejercida contra las mujeres y que sustituir el sexo por el género autopercibido es un acto de misógina, dado que el género es un sistema de opresión patriarcal, por medio del cual se ha sometido históricamente a la mujer perpetuándola en roles subordinados bajo estereotipos de femineidad. En tal sentido, reafirma que el feminismo no es una teoría de la identidad, ni de la autopercepción, ni de los deseos sino una lucha por la igualdad de derechos.

Contra esta acusación, el movimiento *queer* hace responsable al feminismo radical y de la diferencia de instalar un discurso de odio y transfobia, calificando a las mujeres feministas de TERF, CIS, feminazis u odiosas.

Por su parte, la transexualidad aborda otra dimensión del derecho a la identidad de las personas; cual es, la identificación sexual en oposición al sexo cromosómico asignado al nacer. Resulta una categoría que desde la antigüedad clama por su reconocimiento jurídico y que, pese a haber superado el modelo clínico del síndrome **(7)** —que la ha tratado como un trastorno mental o disforia de género—, ha quedado enredada con las luchas por la identidad de género y al margen de las luchas históricas contra la opresión y la desigualdad de las mujeres.

La decisión judicial que voy a analizar fue dictada el 21 de Marzo de 2007 por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y su valor reside, por una parte, en constituir el primer caso judicializado sobre reasignación de sexo en la partida de nacimiento de una persona transexual y, por otra parte, en que Argentina no contaba en ese momento con un marco jurídico específico; lo que exigió del tribunal un esfuerzo argumentativo y pedagógico en cada uno de los votos que componen la decisión, con remisión a los principios generales del derecho, a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y a los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

III. Resumen de los hechos

En enero de 1998, luego de realizarse en Argentina una serie de estudios médicos, sexológicos y psiquiátricos, C. se sometió en Chile a una intervención quirúrgica de genitoplastía feminizante. Luego, interpuso una acción judicial ante el Tribunal de Familia de Morón, competente en razón de su domicilio, solicitando la rectificación de su partida de nacimiento con el fin de obtener la reasignación de su sexo y el cambio de su nombre **(8)**.

La acción fue rechazada por dicho Tribunal, por mayoría, alegando que: los cromosomas sexuales son inalterables; la situación no estaba regulada legalmente; el caso excedía la función jurisdiccional y que, de acceder a ese reclamo, se vería afectado el orden público y el interés general.

(6) Véanse los Comunicados No Oficiales presentados ante la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de Naciones Unidas por la Campaña por los Derechos de las Mujeres acá: Cartas de queja de la Comisión de la Mujer - Women's Human Rights Campaign (womensdeclaration.com).

(7) Sobre el modelo clínico de la transexualidad léase: "Transsexual. The making of the she-male empire" de Janice RAYMOND, Bacon Press, New York, 1994, ps. 14-17.

(8) En los términos del art. 15 de la ley 18.248, que dice: "Después de asentados en la partida de nacimiento el nombre y apellido, no podrán ser cambiados ni modificados sino por resolución judicial, cuando mediaren justos motivos".

Contra esa sentencia, C. interpuso ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires un recurso de extraordinario de inaplicabilidad de ley denunciando la errada aplicación de la entonces, ley nacional 18.248 **(9)** y la violación de los arts. 5.1 y 24 del Pacto de San José de Costa Rica **(10)**. C. manifestó que de las constancias de la causa surgían los motivos justos de su solicitud y que, además, el Tribunal de Familia omitió considerar un precedente judicial que tramitó ante el Juzgado de Transición Nº 1 de Mar del Plata que autorizó una cirugía de readaptación sexual.

En fecha 4 de abril de 2003, la Procuración General de la Provincia de Buenos Aires aconsejó rechazar el recurso por presentar un criterio personal y carecer de evidencias de impugnación que demostrasen que de la estructura argumental de la sentencia recurrida surgiera una errónea aplicación la ley.

IV. Argumentos de los jueces

A continuación, presentaré los principales argumentos de los jueces de la Corte, según el orden del sorteo para votar la sentencia. A medida que los iré citando, incluiré datos teóricos y jurisprudenciales referenciados por los jueces y haré un breve análisis a modo reflexión personal.

Quien primero votó sobre la pretensión de C. fue el juez De Lázzari, quien sostuvo que pese a cierta deficiencia del recurso presentado, consistente en citar un precedente judicial por medio del cual se autorizó una intervención quirúrgica para la reasignación del sexo —supuesto diferente al traído en este caso, en el que C. ya había readaptado su sexo quirúrgicamente—, consideró el juez que, ante una posible vulneración de derechos humanos, el estudio de admisibilidad del recurso debía ser flexible y proceder:

"En casos como el presente se debe actuar con *máxima prudencia* para evitar que las exigencias formales (de suyo atendibles, pero no definitivas) resulten un valladar para la consideración y, en su caso, el amparo de tales derechos, haciendo que prevalezcan los valores y principios que emergen de la Constitución y de los Tratados a ella equiparados (punto 2, voto De Lázzari)" **(11)**.

De Lázzari excluyó del análisis sobre el fondo de la cuestión el debate bioético sobre la juridicidad de la intervención quirúrgica de genitoplastía feminizante puesto que C. ya la había realizado en Chile —bajo otras normas jurídi-

(9) La ley 18.248, del 10 de junio de 1969, regulaba el régimen de inscripción del nombre de las personas naturales; categoría "personas naturales" para referirse a las personas humanas en oposición las "personas jurídicas". Dicha ley quedó derogada mediante el art. 3º de la ley 26.994, del 8 de octubre de 2014, que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, vigente desde el 1 de agosto de 2015, que dedicó un capítulo para regular el nombre de las personas humanas, estableciendo en la última parte del art. 69: "Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad" (el destacado me pertenece) y en su art. 70, lo siguiente: Todos los cambios de prenombre o apellido deben tramitar por el proceso más abreviado que prevea la ley local, con intervención del Ministerio Público. El pedido debe publicarse en el diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses. Puede formularse oposición dentro de los quince días hábiles contados desde la última publicación. Debe requerirse información sobre medidas precautorias existentes respecto del interesado. La sentencia es oponible a terceros desde su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Deben rectificarse todas las partidas, títulos y asientos registrales que sean necesarios". La ley 18.248 puede consultarse aquí: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/120325/texact.htm#1 Mientras que el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina puede verse aquí: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#6.

(10) El art. 5.1 protege el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral y el art. 24 establece el derecho de toda persona, sin discriminación, a una igual protección de la ley. Véase la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, aquí: Tratados Multilaterales - Departamento de Derecho Internacional - OEA: (oas.org).

(11) El destacado me pertenece para indicar que el juez aplica el principio de prudencia que, junto con la honestidad y la justicia constituyen los tres pilares de la vida feliz, o libre de perturbaciones, según Epicuro; eso que se denomina ataraxia. De tal modo, para Epicuro, las virtudes se eligen no por sí sino por el deleite que producen en la vida humana. Véase: Diógenes DE LAERCIO, "Vida de los filósofos más ilustres", Ed. Porrúa, México, 1984, p. 277.

cas— y consideró, por ello, que su readaptación sexual ya se había concretado. Dio por acreditado con el estudio genético que C. tenía cuarenta y seis cromosomas con un complemento XY (masculino); con el estudio psicológico, que la configuración psíquica de su sexualidad se correspondía con la de una mujer y, con los testimonios, que siempre fue reconocida socialmente como mujer.

En tal sentido, el juez delimitó el campo del debate a esclarecer el fenómeno de la transexualidad y su vínculo con los derechos humanos relativos a la rectificación de la partida de nacimiento y al cambio de nombre sin discriminación.

Cuestionó críticamente al abordaje sobre la transexualidad que efectuó el Tribunal de Familia de Morón, dado que dicho órgano sostuvo que la misma es una idea conceptual **(12)** y que, por lo tanto, "el tratamiento recomendable para los transexuales es la psicoterapia, muy por encima de los abordajes quirúrgicos" (punto 4 del voto del juez De Lázzari).

Contra dicha postura, que concibe a la transexualidad como una ilusión o representación mental, el juez De Lázzari exploró algunas definiciones dadas por organizaciones internacionales y el derecho comparado. En principio, citó la definición del Clasificador Internacional de Enfermedades —CIE10— que, literalmente, en su capítulo cinco define al transexualismo como un "trastorno de la identidad de género":

"(F64) Transexualismo: Deseo de vivir y de ser aceptado como integrante del sexo opuesto, habitualmente acompañado de un sentimiento de incomodidad o de inadecuación al sexo anatómico propio y del deseo de someterse a cirugía y a tratamiento hormonal para hacer el propio cuerpo tan congruente como sea posible con el sexo preferido por la persona" **(13)**.

Teniendo en cuenta la clasificación de la Organización Mundial de la Salud, De Lázzari remarcó cuatro elementos que componen el transexualismo: 1) la identificación "intensa y persistente" con el otro sexo; 2) el malestar permanente con el papel del sexo asignado (disforia de género); 3) la ausencia de intersexualidad (homosexualidad, travestismo, bisexualidad, pseudohermafroditismo, etc.) y 4) la evidencia de un malestar clínico de deterioro social o laboral y la ausencia de alteraciones psíquicas.

A fin de echar luz sobre la transexualidad en el desarrollo jurisprudencial, el juez De Lázzari acudió a dos precedentes judiciales del derecho comparado, uno de la Corte de Casación de Francia y otro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los que se define a las personas transexuales como aquellas que perteneciendo físicamente a un sexo tienen el sentimiento de pertenecer al sexo opuesto e intentan acceder a ello mediante tratamientos médicos para adaptar su características físicas a su psiquis:

"Acompaña a tal síndrome la necesidad intensa y constante de cambiar de sexo y de estado civil, puesto que el sujeto se siente víctima de un error insoportable de la naturaleza, reclamando tanto una rectificación física como jurídica de tal error, para lograr una coherencia entre su psiquismo y su cuerpo" **(14)**.

(12) Los jueces del Tribunal de Familia de Morón citan la siguiente literatura para sostener su postura sobre la transexualidad como un trastorno psíquico: Catherine MILLOT (1984), "Ensayo sobre el transexualismo"; Patricia MERCADER (1997), "La ilusión transexual" y Henry FRIGNET (2003), "El transexualismo".

(13) Hay que destacar que hasta el 1º de enero de 2022, fecha de entrada en vigencia del nuevo Clasificador Internacional de Enfermedades, por su sigla CIE-11, el CIE-10 continúa vigente clasificando al transexualismo como una afección mental. En efecto, el CIE-11 ahora lo clasifica como una "condición" vinculada a la salud sexual y lo describe así: "La discordancia de género en la adolescencia o adultez se caracteriza por una discordancia marcada y persistente entre el género experimentado por la persona y el sexo asignado, lo que a menudo conduce a un deseo de "transición" para vivir y ser aceptada como una persona del género experimentado, ya sea por medio de un tratamiento hormonal, intervención quirúrgica u otros servicios de salud, para que el cuerpo pueda alinearse, tanto como lo desee y en la medida de lo posible, con el género experimentado. El diagnóstico no se puede hacer antes del inicio de la pubertad. Las variaciones en el comportamiento de género y las preferencias no constituyen por sí solas una base para determinar el diagnóstico". Contenido del CIE-10, aquí: ICD 10 en línea, Volumen 1, Español (paho.org) mientras que el CIE-11 puede leerse aquí: CIE-11 - CIE-11 para estadísticas de mortalidad y morbilidad (who.int).

(14) Definición de la Academia de Medicina de Francia, en un comentario sobre el "caso B" del Tribunal Eu-

En efecto, en fecha 11 de diciembre de 1992 **(15)** la Corte de Casación Francesa anuló una sentencia del Tribunal de Apelación de Montpelier que rechazó la sustitución en el acta de nacimiento de la mención "sexo masculino" por la de "sexo femenino" por violación del *principio de respeto a la vida privada* **(16)** que justifica que en el registro sobre el estado civil de las personas se indique el sexo que se corresponde con la apariencia **(17)** de la persona, arguyendo que el principio de indisponibilidad del estado civil de las personas no supone un obstáculo para su modificación.

A su vez, mediante sentencia del 25 marzo de 1992 **(18)**, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Francia a indemnizar con treinta y cinco mil francos a B. por infracción al derecho a la vida privada y familiar (art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos), por negar su derecho a la identidad sexual y por rechazar el cambio de su nombre y la rectificación su sexo en los registros oficiales. La Corte consideró que la justicia francesa quebró el justo equilibrio que debía establecerse entre el interés general y los intereses individuales a fin de salvaguardar el "respeto" por la vida privada.

Siguiendo el pensamiento de Harry Benjamín **(19)**, sostuvo De Lázzari que la concepción de pensar a las personas transexuales como "seres viciosos o pervertidos" que necesitan psicoterapia resulta anacrónica y que, muy por el contrario, se trata de personas en las que "dramáticamente contrastan sus características sexuales exteriores (su fenotipo) con su naturaleza psíquica" (punto 4, voto de De Lázzari).

En efecto, Harry Benjamín ya en 1996 había brindado la siguiente definición sobre transexualidad, diferenciándola del travestismo:

"El hombre o mujer transexual son profundamente infelices como miembro del sexo (o género) al que él o ella fueron asignados por la estructura anatómica del cuerpo, particularmente los genitales. Para evitar malentendidos: esto no tiene nada que ver con el hermafroditismo. El transexual es físicamente normal (aunque ocasionalmente subdesarrollado). Estas personas pueden apaciguar un poco su infelicidad vistiéndose con las ropas del sexo opuesto, es decir, por travestismo, y por tanto, también pueden ser travestis. Pero mientras "vestirse" satisfaría al verdadero travesti (que se contenta con su sexo morfológico), esto es solo incidental y no más que una ayuda parcial o temporal para la persona transexual. Las verdaderas personas transexuales sienten que pertenecen al otro sexo, quieren ser y funcionar como miembros del sexo opuesto, no solo para aparecer como tales. Para ellos, sus órganos sexuales, tanto el primario (testículos) como el secundario (pene y otros) son deformidades repugnantes que deben cambiarse por el bisturí del cirujano. Esta actitud parece ser el principal punto de diagnóstico diferencial entre los dos síndromes (conjuntos de síntomas), es decir, los de travestismo y transexualismo" **(20)**.

Benjamín explica que las personas travestis usualmente son heterosexuales, que suelen sentir, vivir y trabajar como cualquier persona, llevando una vida feliz de familia como esposos, esposas, padres o madres. Pero, que las personas transexuales están atravesadas por una dimensión afectiva dramática que las perturba, tornándolas infelices, por el solo hecho de habitar un cuerpo físico que no se condice con su identidad sexual; lo que dicho autor califica como "tragedia", dado que para ellas sus órganos

ropeo de Derechos del Hombre realizado por Julio César RIVERA en "Transexualismo: Europa condena a Francia y la Casación cambia su jurisprudencia", Revista El Derecho, ps. 151-195.

(15) Ver sentencia aquí: 3. As. Plen. 11 de diciembre de 1992.rtf (courdecassation.fr).

(16) De conformidad con el art. 8º del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el art. 9º del Código Civil francés. Véase el resumen jurisprudencial sobre la aplicación del art. 8º en relación con el derecho a la identidad aquí: Case-law guide on Article 8 (Spanish) (coe.int).

(17) La idea de apariencia será retomada por de Lázzari para justificar su decisión bajo el instituto jurídico de la teoría de la apariencia.

(18) "Caso B. vs. Francia: B. v. France" [Spanish Translation] summary by the Spanish Cortes Generales (coe.int).

(19) Se refiere a la obra de Harry BENJAMÍN, "The transexual phenomenon", The Julian Press, New York, 1996.

(20) Harry BENJAMÍN, ob. cit., p. 11.

sexuales son fuente de repugnancia y odio **(21)**. Y *esa* es la raíz profunda del deseo de la persona transexual de llevar a cabo la readaptación sexual quirúrgica. En tal sentido, la transexualidad no puede reducirse a la disforia de género.

En el caso bajo examen, el juez De Lázzari aplicó el principio del justo equilibrio ponderado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso B. y cuestionó si la cirugía sobre los órganos sexuales externos es una razón suficiente para rectificar en los asientos registrales el cambio de sexo:

"¿Basta argumentar la libertad de decisión para provocar efectos jurídicos sobre relaciones de familia, laborales o comerciales, o sobre cuestiones administrativas, derechos políticos, etc.? ¿No sería esto último como transformar el propio deseo en argumento irresistible o en postulado absoluto? (punto 4, voto de De Lázzari)".

La primera dificultad que encontró el juez fue la ausencia de un marco jurídico que autorice el "cambio de sexo" solicitado por la reclamante. Dicho obstáculo, entendió De Lázzari, queda superado con la aplicación del "principio de clausura" que postula que todo lo que no está prohibido, está permitido; que en el derecho argentino encuentra amparo por la Cláusula 19 de la CN que establece que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe. Con este argumento, De Lázzari refutó uno de los fundamentos del Tribunal de Familia de Morón. En tal sentido, esgrimió que tanto desde una posición jurídica positivista como desde una iusnaturalista moderna, en caso de ausencia de normas, los jueces pueden tomar decisiones correctas con base en directrices y principios generales:

"Nuestra función es —cumpliéndose la estricta condición de que lo requiera el interesado— considerar su caso aunque no esté previsto en la ley y dar adecuada y justificable respuesta a su pretensión (punto 5, voto de De Lázzari)".

Como segunda dificultad, el juez entendió que existía una confusión entre las categorías "sexo" y "género"; razón por la cual, tomando como referencia las ideas de Elena Highton **(22)** aseveró: "el sexo es un dato integral de la persona", cuyo ejercicio se haya dentro de las libertades fundamentales del ser humano, compuesto por seis elementos: 1) veintidós pares de cromosomas más un par XX o XY que determinan el sexo mujer u hombre, respectivamente; 2) el eje gonadal o células sexuales (ovarios en las mujeres y testículos en los hombres); 3) el eje hormonal dominante (estrógenos en las mujeres y testosteronas en los hombres); 4) los genitales externos (vagina en las mujeres, testículos y pene en los hombres); 5) el fenotipo o anatomía dominante (vellosidad y registro de voz grave en los hombres, ensanchamiento de caderas y registro de voz agudo en las mujeres); y 6) la identificación sexual, que puede estar condicionada o no por los demás componentes; es decir, que puede disociarse según las vivencias o sentimientos de la persona. Según De Lázzari, una reducción del sexo a lo cromosómico o a lo biológico, implicaría un cercenamiento del concepto transexualidad que podría acarrear conflictos sobre el derecho a la identidad: "cuando hablamos de la capacidad jurídica de un individuo no atendemos a la salud de sus músculos, sus huesos o sus células, sino a su madurez intelectual y a su desarrollo psíquico (punto 5, c, voto de De Lázzari)".

En tal sentido, De Lázzari, aseveró que el género se define por referencia a lo cultural, que impacta en la psiquis, en las relaciones intersubjetivas y en los roles que la sociedad asigna a los individuos y, nuevamente, citando a Highton, afirmó que la tradicional visión binaria, sustentada en que existen géneros opuestos (femenino/masculino), quedó superada por una visión según la cual lo masculino y lo femenino son grados sucesivos de la identidad entre lo físico-biológico y lo cultural-social-religioso e histórico que integran la personalidad individual.

Contra el argumento del Tribunal de Familia de Morón que sostuvo que el ADN es inmutable, como fundamento para rechazar el pedido de rectificación de la partida de C., el juez De Lá-

(21) Ob. cit., p. 13.

(22) Véase el punto 9 del artículo: "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona" de Elena HIGHTON en: http://www.notivida.com.ar/Articulos/Aborto/La%20salud%20la%20vida%20y%20la%20muerte.html.

zzari arguyó que si bien ello es correcto, porque de todos los componentes enunciados el único que resulta inmodificable es el cromosómico, siendo allí donde reside la tragedia de la persona transexual porque, según sus palabras, "no llega a ser aquello que siente ser" (punto 5, d del voto del juez De Lázzari), también sostuvo que el derecho regula las apariencias, como en el supuesto del poseedor de la herencia, y que en el caso de las personas transexuales le corresponde al derecho aliviar su drama existencial. Contra la postura del Tribunal de Familia basada en el determinismo biológico para rechazar el pedido de rectificación de la partida y el cambio de nombre de C., De Lázzari formuló la siguiente hipótesis:

"Si una constitución cromosómica sana define terminantemente el sexo, el problema de C. no debiera existir ya que, sus cromosomas lo habrían dirigido hacia comportamientos, actitudes y apetitos propios del varón (punto 5, g, voto de De Lázzari)".

El juez exploró algunas teorías sobre el origen de la transexualidad, como la que sostiene que la identidad sexual podría originarse durante la etapa de desarrollo intrauterino cuando el cerebro es impregnado hormonalmente con una sexualidad distinta a la genital, debido al antígeno H-Y **(23)** o la que postula que el tamaño del hipotálamo en los hombres triplica al de las mujeres y que en los hombres transexuales tiene el mismo tamaño que el de las mujeres; todo lo cual llevó al juez a afirmar que aunque el dato cromosómico es relevante no es definitivo para determinar el sexo y, por lo tanto, de la alegada inmutabilidad del ADN (plano de realidad biológica) no se deriva la indisponibilidad (plano del deber ser o del hacer), lo que permite hacer lugar al recurso extraordinario, probada la identificación sexual femenina de C., y proceder a la rectificación de los asientos registrales respecto del sexo y del cambio de nombre por aquel que ella ha elegido y con el que es conocida socialmente. Ello, afirmó el juez, sobre la base del derecho de todo ser humano a que sea tratado intrínsecamente con dignidad según sus intereses y posición moral, según su plan de vida y en un pie de igualdad con todas las personas **(24)**:

"No creo que hacer lugar a lo requerido constituya una violación del orden y la moral pública (...) La identidad sexual de C., que pertenece —sin duda— a la esfera de su mayor intimidad (...) no es de las acciones que interesen al orden jurídico. En todo caso, veo más escandaloso que quien vive (...) como mujer, porte un documento que lo identifique como varón, con un nombre que poco tiene que ver con su género, provocando el escarnio, el desempleo, la desprotección social, el auto desprecio, etc. (véase el inc. c del punto 6, voto de De Lázzari)".

En efecto, aplicando el principio del justo equilibrio entre los intereses privados de las personas transexuales y los intereses generales de la sociedad, sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el famoso caso B., el juez ponderó el daño moral, la humillación y el desamparo al que una persona transexual se encuentra sometida por el simple hecho de no reflejar en su documentación personal y los registros oficiales su vivencia social como mujer. Sin embargo, el juez entendió que la rectificación de la partida podría afectar intereses de terceras personas, por lo que propuso que en el margen de esta se anote que en caso de adopción o matrimonio deberá mostrársele a la persona interesada el contenido de la sentencia.

Por su parte, el juez Roncoroni, adhiriendo a lo expuesto por de De Lázzari, añadió que el tránsito de un sexo a otro es un "proceso" que se gesta en lo profundo de la conciencia y de la psiquis de quienes tienen la íntima convicción de pertenecer al sexo opuesto al genético, fenotípico y legal y que sus roles, hábitos, gustos, gestos, vestimenta y comportamientos "se corresponden con ese estatus sexual con el que se identifica y cuya apariencia morfológica busca desesperadamente mediante una cirugía demo-

(23) Cita a Héctor SABELLI en "Derecho y Transexualidad", LA LEY, 2002-D, p. 607; a Gustavo BOSSERT en "El transexual. Hechos constitutivos del estado civil de las personas", mesa de debate en agosto de 1993 en la facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires y a Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO en "Derecho a la identidad personal".

(24) Basa su decisión, principalmente, en las siguientes normas: arts. 16 y 19 de la CN Argentina, Opinión Consultiva 4/84 y Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados por vía del art. 75, inc. 22 de la CN.

ledora, esterilizadora y reconstructiva (punto 2 del voto del Juez Roncoroni)". Y agregó que dicho proceso, que culmina con el reconocimiento judicial y registral del cambio o adecuación del sexo, no rompe por completo el conflicto humano interno entre ambas dimensiones del sexo: biológico y psicológico.

Arguyó Roncoroni que si bien es cierto que la cirugía y los tratamientos hormonales atenúan en la persona transexual la ambigüedad que padecen entre la imagen corporal deseada y el sexo sentido y vivido:

"Lo obtenido, aún en el plano corporal y genital es una imitación superficial, meramente externa, una imitación o simulacro que (a través de la *amputación de lo odiado* y la implantación o reconstrucción de un remedio de atributos queridos) le trae alivio a su yo interno (punto 3, voto Roncoroni)" **(25)**.

En una palabra, lo que el juez analizó es que la transformación por cirugía u hormonas alivia la identidad sexual de la persona pero no produce un cambio *in totum* ya que, persisten en ella datos biológicos y anatómicos, como la próstata y las vesículas seminales en el caso de C.

Llegado a ese punto, Roncoroni se preguntó cuál es la *ratio decidendi* —cuál es la razón de jurídica— por la que los Tribunales Europeos y distintos órganos judiciales en Argentina se habían pronunciado a favor de pretensiones como la de C. Y halló respuesta en la preeminencia que se le brinda a la identidad sexual por sobre el sexo biológico.

Compartiendo la posición de Marina Camps Merlo **(26)**, Roncoroni entendió que la identidad sexual no consiste en algo acabado y determinado sino en un proceso psíquico-social-cultural, dinámico y singular, que atraviesa cada individuo durante toda su vida, que incluye: el sexo corporal, el sexo asignado al nacer, el sexo psicológico, el rol sexual asumido y la experiencia sexual. Todo ello implica en la transexualidad, según el juez, un "sentirse" y un "pertenecer" al sexo opuesto al biológico que conforma la identidad y se proyecta socialmente como la verdad subjetiva que el derecho debe tutelar.

Convencido de que el "yo" de la persona transexual se encuentra apresado en una realidad jurídica contrapuesta a la de su identidad sexual, el juez Roncoroni adoptó una perspectiva realista y holística sobre el derecho a la identidad sexual y tajantemente sostuvo: "Quienes se oponen a la admisión de tal cambio quedan anclados en el dato biológico (punto 5, voto Roncoroni)".

"El abordaje del problema, si no se quiere desmayar en reduccionismos, ni dar a luz impensadas incoherencias, ha de hacerse con una mirada realista, totalizadora e integral de todas las dimensiones involucradas en el problema de la identidad sexual del transexual, muy en especial: la corporal y la psicológica-social o cultural (punto 7, voto Roncoroni)".

El juez analizó el derecho a la identidad sexual en el marco del derecho a la identidad personal, el que para su ejercicio necesita de otra u otras personas, y sostuvo:

"La identidad personal —para el derecho— no solo tutela el proyecto personal de cada persona y lo que esta desea ser en lo recóndito de su conciencia, sino también la proyección social de esa persona e, incluso, el derecho de los demás a no ser engañados por la identidad de sus semejantes (punto 9, voto Roncoroni)".

De tal modo, el juez avanzó sobre el derecho de las personas a su identidad sexual, insertándolo dentro del marco constitucional de la autonomía personal para elegir el propio plan de vida y que esta sea respetado. Pero, en miras a proteger el derecho de terceras personas a no resultar engañadas por la apariencia, reflexionó sobre la posibilidad de "igualar en todo lo que es, aunque menos, desigual (punto 11 del voto del juez)" ya que, siguiendo con la teoría de la apariencia esbozada por el juez De Lázzari, la equiparación entre apariencia (femenina) y rea-

(25) El destacado me pertenece, puesto que el juez Roncoroni incorpora en su argumento la dimensión afectiva dramática; esto es, el odio de la persona transexual respecto de su sexo biológico.

(26) Cita la tesis doctoral Marina CAMPS MERLO (2001) "La trascendencia jurídica de la identidad transexual: estudio interdisciplinario del transexualismo", https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=189023.

lidad (genética masculina) resulta a su juicio cuestionable:

"[C]asi en la totalidad de los supuestos que el derecho da tutela a la apariencia, el sujeto de tal tutela o amparo no es el creador de la apariencia, sino el tercero que de buena fe creyó en ella y ha de sufrir sus efectos en sí... (punto 11, voto Roncoroni)".

De su análisis se infiere que la rectificación del sexo que los jueces ordenarían anotar en el Registro Civil de las Personas reflejaría la apariencia sobre la identidad sexual y no la realidad sobre la materialidad biológica de C., razón por cual Roncoroni sostuvo que:

"La llamada teoría de la apariencia no es el instrumento jurídico idóneo para dar cobertura a la solución del problema transexual. (...) Más bien, dicha teoría —llegado el caso— ha de dar tutela a los terceros que confiaron en esa apariencia (punto 12, voto Roncoroni)".

En efecto, según Roncoroni, la mera propuesta del juez De Lázzari de efectuar una nota marginal en los registros solo viene a confirmar que el cambio registral no es radical, ya que, el sexo genético o ADN persiste, ni absoluto, ya que tiene efecto frente a terceros. La cuestión se planteó debido a la manifestación del deseo de C. de casarse y de adoptar hijos; frente al vacío legislativo de ese entonces, en Argentina y ante la infinidad de situaciones que podrían suscitarse en asuntos filiales, parentales y sucesorios. Sin embargo, Roncoroni fue más allá y analizó el reproche penal **(27)** que le cabe la mujer, categoría basada en el sexo biológico, por fingir preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le corresponden:

"Pensemos en un transexual varón que muda su sexo de acuerdo con su psiquis femenina. (...) ¿Puede escapar al reproche penal que parece previsto para personas en consideración de su sexo biológico o le cabe el mismo por haber fingido preñez o parto? (punto 13.5, voto Roncoroni)".

El juez analizó varios efectos jurídicos imprevistos, incluida la posible desigualdad dada por la anatomía biológica de las personas en las competencias deportivas y en las tareas laborales o militares o la posible discriminación si se le negara a la persona transexual casarse con otra de su mismo sexo cromosómico o de distinto sexo registral o sufragar según su sexo sentido y vivido.

Entendió Roncoroni que dar preeminencia a la identidad sexual en forma absoluta y excluyente por sobre el sexo biológico implicaría "desgajar" los efectos jurídicos que se derivan de ello. Razón por la cual, aunque que podría argumentarse que la identidad sexual opuesta al sexo biológico se consolida en la primera infancia, el juez consideró razonable negarle efectos retroactivos a la rectificación registral del sexo, debiendo mantenerse incólumes los efectos jurídicos de las relaciones familiares y filiales preexistentes.

Asimismo, sostuvo que su función judicial consiste en dar respuesta al caso concreto y que les corresponde a los legisladores dar cobertura a la problemática de las personas transexuales a través de normas generales que estructuren todos los aspectos del fenómeno: médicos, psicológicos, quirúrgicos, jurídicos y registrales. Según Roncoroni, la ausencia de legislación no hace más que "estragos en la salud, el honor, el equilibrio emocional y en todo el tejido de las relaciones interpersonales" de la persona transexual (punto 16, voto Roncoroni).

Reafirmando su postura anti reduccionista sobre la transexualidad, sostuvo el Juez que no podría dar respuesta absoluta y excluyente sobre la base del dato biológico o al psicológico para determinar la identidad sexual sino que deben tener en cuenta ambos planos e incluirse el dato histórico biográfico de C.

Sostuvo, finalmente, que el Estado no puede ordenar la rectificación de la partida y el cambio de nombre con efectos *erga omnes*: "proclamando una total equiparación de aquella con el sexo femenino, con todos los efectos jurídicos que hacia los terceros ello llevaría implícito (punto 18, voto Roncoroni)".

(27) Conforme al art. 139, inc. 1º, del Código Penal Argentino, la pena consiste en prisión y varía entre 2 y 6 años.

A su turno, el Juez Hitters resaltó el argumento principal de la jueza Glaniver, del Tribunal de Familia de Morón, quien rechazó la pretensión de C. sobre la siguiente base:

"El sexo genético —por regla— no puede ser alterado, pues está en juego el orden público, y porque resulta imposible modificar el deseo de la naturaleza y con más razón cuando se ha hecho en fraude de la ley, y sin resguardo normativo (voto 12, Hitters)".

Y, también, reprodujo el voto de la Jueza Recoder de ese Tribunal de Familia, quien en minoría ordenó la rectificación de la partida de nacimiento de C. alegando: "[N]o se trata en verdad de un cambio de sexo sino de aproximar todo lo posible la apariencia y el sexo con que la persona se identifica socialmente (voto 14, Hitters)".

Queda claro, sostuvo Hitters, que el problema para la persona transexual consiste en una dicotomía entre la naturaleza cromosómica —estática— y la configuración sexual —dinámica— que la persona se representa mentalmente y siente como propia; lo que Hitters calificó como *fictio iuris*, siguiendo un precedente jurisprudencial del Tribunal Superior Español que se refirió a la "ficción de hembra" (voto 19, Hitters); añadiendo que la diferencia entre "masculino" y "femenino" no es absolutamente antagónica ni definitiva sino que representa grados de la categoría "sexualidad" (voto 21 Hitters).

El antagonismo, según Hitters, se produce entre lo cromosómico y lo psicosocial, consistiendo para la persona transexual en "un hondo problema existencial (...) que resulta imposible soslayar (votos 22 y 24, Hitters)", que yace en el deseo "dramático" de que el derecho reconozca la transformación morfológica genital a la que ya ha accedido.

Al igual que el juez de Lazzari, Hitters apeló a un precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al caso "K. B. contra Reino Unido" (2004) **(28)**, en el que se solicitó al Tribunal de Justicia que expida una decisión prejudicial sobre aplicación del principio de "igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras" **(29)**, en el marco del juicio en el que K. B. reclamaba el reconocimiento de una pensión de viudez para su compañero transexual masculino **(30)**, alegando que la exigencia de matrimonio de la Oficina de Pensiones del Sistema Nacional de Salud constituye una discriminación indirecta contra las personas transexuales por razón del cambio del sexo.

En efecto, en dicho caso, el Tribunal sostuvo que la pensión de supervivencia está amparada por el art. 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y que por definición no se retribuye a la persona trabajadora sino a su superviviente siendo *esa* la razón del beneficio: "[D]e modo que la pensión corresponde a este último por el vínculo de empleo entre el empresario y dicho cónyuge y se le paga en razón del empleo de este" **(31)**. Añadió que la reserva de ventajas para parejas que contrajeron matrimonio obedece a razones del Reino Unido, legislativas o judiciales, sin que ello implique un acto de discriminación por razón del sexo por parte de la Comunidad Europea, dado que para el derecho comunitario el dato empírico de que la persona supérstite sea hombre o mujer resulta indistinto para conceder el beneficio previsional **(32)**, quedando acreditado en el caso una desigualdad en el trato **(33)** hacia la persona transexual por razón de su identidad sexual (y no por su cambio morfológico de sexo), que operó como un castigo por parte del Reino Unido.

(28) Disponible aquí: EUR-Lex - 62001CJ0117 - EN - EUR-Lex (europa.eu).

(29) Contenido en los arts. 1º y 2º de Ley de 1975 del Reino Unido de Gran Bretaña, sobre discriminación por razón de sexo que incluye los casos de discriminación por cambio de sexo y en el art. 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, disponible aquí: EUR-Lex - 11997E141 - ES (europa.eu).

(30) Que, según surge del fallo, habiendo nacido mujer y siendo inscripta como tal, a raíz de una operación cambió de sexo, pasó a ser hombre, sin poder modificar su partida de nacimiento para inscribir dicho cambio, ni contraer matrimonio civil con K. B., pese a haber realizado una ceremonia religiosa.

(31) Véase el punto 26 del "caso K. B. contra Reino Unido", precedentemente citado.

(32) Ver punto 29 de dicho fallo.

(33) Por violación al art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: European Convention on Human Rights (coe.int).

Citando a Aída Kemelmajer **(34)**, Hitters remarcó que mientras la transexualidad se basa en el sentimiento de pertenecer al sexo opuesto al que se está inscripto, la homosexualidad se asienta en la preferencia sexual sin alterarse la identificación sexual. Y, compartiendo las ideas de Mauricio Mizrahi **(35)**, analizó la categoría "género", basada en los comportamientos y roles mutables, elegidos por las personas con base en sus preferencias sexuales, que se suele emplear desde la doctrina y la jurisprudencia para reemplazar a la categoría "transexual", como si ambas fueran lo mismo, y enfáticamente dijo:

"Las proyecciones de esta postura son preocupantes ya que, implican la ratificación de una muy actual doctrina posmoderna que aspira a minimizar el sexo, pulverizar el principio de la bipartición sexual humana convirtiendo a todos en ¿iguales', unificar nuestras conductas y, en fin, como lo ¿ordena' la globalización, se dirige a neutralizar todos los rasgos que hagan a la especificidad de la persona, con lo cual se profundizaría todavía más la declinación de la subjetividad (punto 31, voto Hitters)".

Efectivamente, el cambio de género o transgénero es una categoría moderna en la que el cambio sobre la identidad de género es constante y nada tiene que ver con la transexualidad, en la que la identificación sexual con el sexo opuesto es permanente y constituye un fenómeno histórico que "tuvo vigencia desde antaño", manifestó Hitters, agregando que el temor a revelarlo públicamente llevó a muchas personas al suicidio, cuando no eran, por esa razón, "arrestadas y quemadas vivas"; lo que evidencia el "padecimiento y peripecias de quienes han renegado de su sexo" (puntos 33 a 37, voto Hitters).

En los puntos 41 a 59, Hitters revisó la evolución jurisprudencial sobre transexualidad del *Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos*—sede Estrasburgo— que, en el caso "R. contra Reino Unido" (1986), denegó la modificación del acta de nacimiento a una persona transexual alegando que los Estados tienen discrecionalidad para regular la materia sin que eso implique discriminar. En el caso "C. contra Reino Unido" (1990) y en los casos "S. y H. contra Reino Unido" (1998), ratificó la doctrina del precedente caso "R.", doctrina que difiere en "B. contra Francia" (1992), por las razones ya señaladas por De Lázzari en su voto, y en "G. contra Reino Unido" (2002) en el que se resolvió por unanimidad que las normas que prohíben el cambio de sexo, partidas y nombres vulneran el Convenio de Roma de 1950 dado que ningún interés público se opone al interés del demandante de obtener el reconocimiento jurídico sobre el cambio de sexo. A su vez, en los puntos 60 a 65 de su voto, Hitters examinó la jurisprudencia del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* —Luxemburgo— revisando el caso "K. B. contra el Reino Unido", antes citado.

Recordemos que la sentencia que aquí analizo es del año 2007, o sea que los jueces Hitters y De Lázzari tuvieron en cuenta los principales argumentos de ambos Tribunales Europeos, hasta ese momento.

En consonancia con el voto de los jueces antecesores, Hitters sostuvo que frente a la ausencia normativa resulta aplicable la Cláusula 19 de la CN y, por vía del art. 75, inc. 22 de esta, que remite a los Tratados sobre Derechos Humanos a los que Argentina adhirió, apeló a la regla del derecho consuetudinario que establece que el Estado debe adecuar su ordenamiento interno en consonancia con los Tratados Internacionales adoptados y, por lo tanto, consideró aplicables al caso los principios de igualdad ante la ley y no discriminación por razón del sexo y los derechos a la vida privada y a contraer matrimonio, que incluyen para las personas transexuales el cambio de sexo, de nombre y de rectificación del sexo en las partidas. Coincidió en todo con sus colegas respecto insertar una nota marginal en la partida de C. y sobre el efecto de la cosa juzgada hacia el futuro para salvaguardar las relaciones jurídicas preexistentes y los intereses de terceras personas.

Finalmente, la sentencia contiene el voto del juez Genoud, quien adhirió a los votos precedentes y realizó un estudio del caso desde el

(34) Cita el ensayo: "Derecho y homosexualidad en el Derecho Comparado" de Aída KEMELMAJER, publicado en la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 13, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 186.

(35) Cita el ensayo "El transexualismo y la bipartición sexual humana. Características y propuestas de Mauricio Luis MIZRAHI, publicado en LA LEY, 21/06/2005.

punto de vista del alcance jurídico de la pretensión de C., iniciando su argumentación en torno al derecho de C. a que se respete su elección sobre el cambio de su sexo y su nombre y al reconocimiento jurídico de su identidad sexual en miras a garantizar el derecho a su salud:

"La conducta dirigida por el actor a obtener la rectificación de sus datos en la partida de nacimiento es un obrar autorreferente, autodeterminado y voluntario que no daña a terceros, no hallándose justificativo alguno que le vede obtenerla (punto II, Genoud)".

Reconoció Genoud que existen al menos dos posturas: la de quienes admiten una disociación entre el sexo cromosómico y el psicosocial y la de quienes, alegando la inmutabilidad del sexo cromosómico, propician tratamientos de psicoterapia u hormonales para afirmar la identidad en forma previa a una intervención quirúrgica.

Sin embargo, en el caso de autos, reflexionó Genoud, lo último resulta innecesario porque C. reclamó el reconocimiento sobre su identidad sexual luego de haber transitado todo ese proceso, incluida la operación genital; lo que evidenciaba para el Juez que no estaban frente a un "capricho" de C. sino ante una circunstancia en la que estaban comprometidos el respeto de sus derechos humanos. Es el dato ontológico —basado en la libertad— el que marca la diferencia existencial entres los humanos y otros seres vivientes, argumentó Genoud en el punto III de su voto. En consecuencia, sostuvo que la pretensión de C. es la consecuencia de un obrar consciente y reflexivo.

Tanto Genoud como Hitters hicieron referencias a una perspectiva realista del derecho, con citas de Von Ihering **(36)** que indican que el derecho debe dejar de lado todo tipo de formalismo para alcanzar la verdad y abandonar una visión unidimensional para integrar adecuadamente las realidades subjetivas y sociales (punto 96, Hitters y punto II, Genoud).

Afirmó Genoud que el fallo del Tribunal de Familia de Morón soslayó el derecho a la identidad sexual de C. comprendido dentro del derecho a la salud en un sentido amplio, tal como lo define la Organización Mundial de la Salud, que comprende el bienestar psíquico, mental y social:

"¿Goza el transexual de salud? Respondiendo: evidentemente no. Su angustia existencial, producto de su disociación sexual se lo impide. Vive una constante situación en la que no cabe serenidad, equilibrio, sosiego. Carece de estabilidad emocional. Por ello, debe concluirse, aunque resulte obvio y lógico lo que expongo, que C. tiene derecho a la salud".

Asimismo, Genoud argumentó sobre el derecho al reconocimiento de la dignidad humana de C., sobre una base teórica Kantiana **(37)**, que admite dos dimensiones: la protección contra las ofensas que denigran o desconocen al ser humano —que preserva la moral humana y la igualdad en el trato— y la inviolabilidad del individuo —que preserva a la privacidad y autonomía personal de injerencias de terceros o de coacción estatal, permitiéndole al ser humano desarrollar su propio plan de vida.

Desde el punto de vista del alcance del reconocimiento jurídico, sostuvo Genoud que lo que se reconoce no es el cambio de sexo, que materialmente ya fue realizado por C., sino que el derecho reconoce la asignación de sexo que vive C., con lo que se procedería a la reasignación de sexo de C., con el consecuente cambio de su nombre por B. en los documentos de identidad; reconocimiento que "no borra ni hace desaparecer para el pasado su sexo e identidad histórica (punto IV, Genoud)", llamando imperativamente al poder político legislativo a "dar respuesta a las cuestiones que hoy se debaten, en particular sobre los efectos jurídicos respecto de la persona transexual y sus relaciones dentro de la familia y la sociedad (ídem)".

Finalmente, Genoud sostuvo que la sentencia del Tribunal de Familia de Morón incurrió en absurdo por cuanto, conociendo el conflicto existencial en la personalidad de C., lo con-

(36) Véase "La Lucha por el derecho", de Rudolph VON IHERING, Ed. Araujo, Buenos Aires, 1966.

(37) Sobre dignidad humana, véase "Metapysical Elements of Justice: Part I of the Metaphysics of Morals" de Inmanuel KANT, (Trad.) John LADD, Hackett Publishing Company Inc., Indianápolis, 1999.

denaba a padecerlo el resto de su vida (punto V, Genoud).

De tal modo, por unanimidad, los jueces de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires revocaron la sentencia del Tribunal de Familia de Morón y ordenaron la corregir la asignación como varón en la partida de nacimiento de C. y reasignarlo como inscripta en el sexo femenino, con el correspondiente cambio de nombre y emisión de un nuevo documento nacional de identidad, sin publicación de edictos por la índole privada del asunto y por afectar intereses sensibles.

V. La tensión entre el cuerpo y la mente: humillación, odio y repugnancia

Resulta evidente que existe una dimensión afectiva dramática dentro de las sentencias que resuelven reclamos de grupos LGTBQI, más aún en los casos de crímenes cometidos por odio en razón del sexo o del género de la víctima.

Tal como lo expresara Harry Benjamín, las personas transexuales al sentirse identificadas con el sexo opuesto al biológico, asignado al nacer, suelen sentir odio y repugnancia contra sus genitales y *esa* es una razón afectiva fuerte que las impulsa a realizar la cirugía de readaptación sexual, conforme con su identidad sexual, como modo de achicar la brecha existente entre su cuerpo biológico y la imagen del cuerpo deseado y, también, como forma de aliviar la tragedia de vivir y sentirse identificadas con el sexo opuesto al biológico.

Así lo juzgó el juez Roncoroni, al entender que la cirugía de readaptación morfológica sexual constituye un alivio para la persona transexual a la vez que una "amputación de lo odiado", refiriéndose claramente a los órganos genitales sexuales externos con los que la persona transexual no tolera convivir.

A su vez, como lo expresara el juez De Lázzari, el simple hecho de vivir como mujer sin que el Estado lo reconozca en los registros públicos, por medio de los documentos de identidad implica para la persona transexual un escarnio público, una humillación.

Existen diferentes enfoques sobre el estudio de las emociones.

El enfoque centrado en la percepción concibe a las emociones como una tensión, entre el deseo y la voluntad, atravesada por el cuerpo. Su principal exponente fue René Descartes **(38)**, para quien las pasiones son las percepciones, fantasías y figuraciones que, por medio de una glándula situada en la corteza cerebral **(39)**, excitan al alma y al cuerpo con fuerza suficiente para determinar la volición.

Desde esta perspectiva, podríamos afirmar que la autopercepción o mirada interna de las personas transexuales sobre su sexo biológico y las representaciones mentales y fantasías sobre su identidad sexual constituyen el motor que determina su voluntad para eliminar de su cuerpo todo rastro genético y fenotípico que se contraponga al de su identidad, dado que el odio es una emoción con un contenido cognitivo consistente en la eliminación de aquello que resulta odiado.

Para Descartes la pasión ocurre al configurar la realidad por medio de la percepción intelectual o de las fantasías e ilusiones que se producen tanto en los sueños como en el estado de vigilia **(40)**. Por su parte, en su "Tratado de la naturaleza humana", Hume afirmó: "[N]ada está jamás presente en la mente excep-

(38) René Descartes nació en 1596 en La Haye en Touraine, Francia y falleció en 1650 en Estocolmo, Suecia. Se licenció en derecho en 1616 por la Universidad de Poitiers y se dedicó al estudio de la física y de la filosofía, siendo reconocido por su "Discurso del Método" publicado en 1637. En 1646 escribió "Pasiones del alma" para la princesa Isabel, hija mayor de Federico, Rey de Bohemia, Conde Palatino y Príncipe Elector del Imperio, publicado por vez primera en Ámsterdam en 1649. Léase la biografía completa en: http://www.philosophica.info/voces/descartes/Descartes.html. Fue conocido por la formulación del silogismo abreviado: Je pense, donc je suis —pienso, luego existo— argumento previamente elaborado por Aristóteles en "Ética a Nicómaco" al analizar la prudencia como virtud de la razón correcta EN, Libro VI, 1170.

(39) Se trataría de la glándula pineal, aunque Descartes no lo precisó.

(40) DESCARTES, René, "Pasiones del alma", Ed. Altamira, Buenos Aires, 2007, ps. 21-26.

to sus percepciones" **(41)**, que pueden ser de dos clases: impresiones e ideas. Para él, el objeto de conocimiento de las pasiones es el ego, es decir, aquello a lo que la mente dirige su atención cuando percibe. Según Hume, la razón o juicio, consistente en el hallazgo de la verdad o de la falsedad, solo influye sobre la conducta humana cuando provoca o activa una pasión: "[D]e ahí que la ofensa o desprecio hacia nosotros sea una de las mayores fuentes de odio; y los favores o el aprecio, de amistad..." **(42)**. Es por ello, que, para este autor, la moral proviene de las pasiones y no de la razón, que solo se ve afectada por ellas **(43)**.

Desde este enfoque, la percepción actúa como un reflejo de la mirada externa; el odio, que la persona siente, no proviene tanto de cómo se ve a sí misma sino de cómo la ven los demás, lo que hiere su ego, su orgullo. Es por esta posición pasiva de los afectos que, para Hume, la razón se encuentra doblegada a las pasiones —de odio o de humillación— y que, por lo tanto, no es útil para encontrar la verdad cuando está afectada por dicha dimensión moral.

A su vez, William James centró el estado emocional en las percepciones de hechos, acompañadas de expresiones corporales y de sensaciones sobre esos cambios ocurridos en el cuerpo. James distinguió entre percepción meramente sensorial y percepción puramente intelectual, a la que denominó emoción; reconociendo que en ambos supuestos interviene el sistema nervioso central: "[C]ada percepción conduce a algún resultado nervioso" **(44)**. El enfoque de James fue replanteado, desde la neurobiología actual, por Antonio Damasio **(45)** y Jasse Prinz **(46)**, para quienes los estados interoceptivos configuran mentalmente las sensaciones corporales y cumplen un rol en las emociones, pensamientos y decisiones.

Teniendo en cuenta la perspectiva neurobiológica de las emociones, el odio o la humillación que la persona transexual podría llegar a experimentar sería el resultado de una alteración neuronal, que afecta los motores sensitivos cerebrales, que le conduce a realizar cambios y tomar decisiones sobre su realidad. Explican dichos autores que las personas neuralmente afectadas, o desafectadas moralmente, son en consecuencia incapaces de tomar decisiones y conducir su plan de vida. Es por ello, que bien resaltó De Lázzari que la persona transexual carece de patología psíquica o neural. En igual sentido, se manifiesta la OMS en el nuevo clasificador internacional de enfermedades, quitando a la transexualidad como un trastorno mental.

Otro enfoque sobre las emociones es el cognitivista, dentro del cual hay distintas teorías: algunas centradas en las apreciaciones, como la de Lazarus **(47)**; otras en la racionalidad de las creencias en las que se basan, como la de Robert Solomon **(48)**; algunas en las estructuras del pensamiento, como la de Jerome Neu **(49)**; otras en los mecanismos del ego, como la de Jon Elster **(50)** y otras centradas en los juicios

(41) HUME, David, "Tratado de la naturaleza humana, Libro III, Acerca de la moral", Ed. Eudeba, Buenos Aires, p. 16.

(42) HUME, David, "Disertación sobre las pasiones", (Trad.) CARMONA, José Luis Tasset, Ed. Gredos, Madrid, 2012, ps. 672.

(43) HUME, D., "Tratado...", ob. cit., ps. 17-18.

(44) JAMES, William, "What is an Emotion?"Mind, 34, vol. 9, 1884, ps. 188-205.

(45) Véase el conocido texto de Antonio DAMASIO (1994), "El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano", (Trad.) ROS, Joandoménec, Ed. Crítica, Buenos Aires, 2010, 1ª reed.

(46) Uno de los primeros textos de Prinz, en los que replantea la tesis de James, es: "Emotions embodied" en Thinking about feeling. Contemporary philosophers on emotions de Robert SOLOMON, Oxford University Press, Oxford, 2004, 44-61.

(47) LAZARUS, R. — AVERILL, J. — OPTON, E. (1970), "Towards a cognitive theory of emotions. The Loyola Symposium", en M. ARNOLD, Feelings and emotions, Academic Press, New York, ps. 207-232.

(48) Véase, por ejemplo, el trabajo temprano de SOLOMON, "Emotions and Choice" en What is an emotion? de Robert SOLOMON, Oxford University Press, Oxford, 2003, Vol. 27, ps. 224-235.

(49) "Emotions and freedom" de Jerome NEU, en Thinking about feeling. Contemporary philosophers on emotions de Robert SOLOMON, Oxford University Press, Oxford, 2004, ps. 163-180.

(50) Elster ha dedicado muchos textos para explicar cómo influyen los mecanismos del ego, desarrollados por Ana Freud, sobre las emociones, profundizando en

de valor, como la de Martha Nussbaum **(51)**. Pero, todas ellas coinciden en que las emociones contienen creencias y juicios de valor sobre dichas creencias, que interactúan con la razón y que dan cuenta de la percepción subjetiva del ser humano sobre sí mismo y sobre el mundo.

Según Lazarus, el problema más importante que encuentran los psicólogos a la hora de estudiar y definir las emociones, desde su óptica científica, es que desde la experiencia subjetiva estas no presentan "síntomas" ni un "locus" fijo en el cuerpo que les permita clasificarlas como enfermedades; es por ello, que las emociones no pueden describir el comportamiento pero sí explicarlo, dependiendo de las circunstancias y de las relaciones sociales involucradas. De tal modo, para Lazarus, un primer rasgo que distingue a las emociones de otros estados mentales es su carácter relacional; lo que excluye la concepción de las emociones como respuestas reactivas o síndromes. Desde este enfoque, las emociones tienen tres dimensiones: biológica (que incluye lo fisiológico y filogenético); cultural (estudiada por las teorías del conflicto) y cognitiva.

En la sentencia los jueces insistieron en la necesidad de no reducir la cuestión transexual a lo estrictamente biológico, remarcando los efectos jurídicos que en las relaciones sociales tiene el fenómeno; ya sea por interferir con la categoría mujer, basada en el sexo biológico, como remarcó Roncoroni respecto del delito de presunción de preñez o de competencias deportivas y del desempeño en actividades militares, donde la fuerza física es determinante para llevar a cabo la actividad; ya sea por los conflictos sobre el derecho a la identidad sexual, que podría implicar por ejemplo la negación al sufragio según el género sentido y vivido.

Es decir, los jueces ahondaron en dos de esas dimensiones, que ellos mismos calificaron como tragedia: en la biológica y en la cultural, pero no en la cognitiva, que implica una valoración subjetiva sobre las propias creencias y sobre las evaluaciones que sobre dichas creencias hace el entorno social.

Podríamos afirmar entonces, que la denegación de la rectificación del sexo en el registro, como bien rescató De Lázzari en su voto, podría ser evaluada por C. como un prejuicio social sobre su creencia de ser mujer —su identificación femenina—, lo que además, podría implicar para ella un acto de humillación, por cuanto sus creencias quedarían subordinadas a las creencias y valoraciones sociales. La humillación es una emoción social en la que el objeto de conocimiento es la dignidad humana de la persona humillada, que resulta insultada u ofendida, jerarquizándosela socialmente como inferior. Como sostiene Nussbaum, la humillación es: "[L]a cara activa pública de la vergüenza" **(52)**. Ello implica que en el acto de humillar siempre hay un tercero (o sociedad) que atestigua la ofensa.

Por otro lado, la denegación de la reasignación sexual —no es el caso de C., que había llevado a cabo la operación en Chile—, podría reforzar en la persona transexual la idea de contaminación psicológica por contradecir su identificación sexual y llevarla a sentir una mayor repugnancia contra su propio cuerpo. Como afirma Martha Nussbaum, la repugnancia, como rechazo de nuestra condición animal, es una construcción social poderosa que convierte a la atracción en aversión **(53)**.

Finalmente, el odio se encuentra presente en el fenómeno transexual ya que, como lo expresaron los jueces y lo advierten los teóricos expertos, la persona transexual desea mutar su morfología sexual eliminando sus genitales, readaptándolos según su identificación sexual. El odio, como emoción, tiene un objeto de conocimiento al que se dirige con la intención de erradicarlo. La persona que odia algo (sujetos,

"Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones", (Trad.) MOSQUERA, Albino Santos, Ed. Paidós, Barcelona, 2002.

(51) Martha Nussbaum ha sido pionera en investigar sobre la relación de las emociones con el derecho, desde una perspectiva que integra la tradición cognitivista aristotélica de las emociones con la perspectiva apreciativa de las emociones de Séneca, desarrollada en profundidad en "La terapia del deseo. Teoría y práctica en la ética helenística" (1994), (Trad.) Miguel CANEL, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2003.

(52) NUSSBAUM, M. (2006), "El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley", G. ZADUNAISKY, (Trad.), Ed. Katz, Buenos Aires, ps. 240-243.

(53) NUSSBAUM, M. (2006), ob. cit., ps. 89-147.

objetos o ideas), desea profundamente que ese algo deje de existir. Es por ello, que el odio está incluido como categoría jurídica en los crímenes de lesa humanidad, en los genocidios, en los femicidios y en los delitos cometidos con odio en razón del sexo, del género, de la raza, de la etnia, nacionalidad o cualquier otro factor puesto que la persona odia la igualdad que el otro ser humano le refleja, pese a su diversidad cultural, étnica, sexual, de género, racial, etc. Es por ello, que los jueces bien razonaron sobre la dimensión dramática existencial del fenómeno transexual y pese a resolver en el caso concreto, clamaron por un marco jurídico que dé certeza a la sociedad.

VI. Reflexión final

Seleccioné este fallo porque ha sido el primero en la Provincia de Buenos Aires en debatir la cuestión transexual desde una perspectiva de respeto por los derechos humanos teniendo en cuenta dos valores centrales para la vida democrática: la dignidad humana y la autonomía personal. Se trata de una sentencia con un alto valor intelectual, que ha reflexionado en profundidad sobre el equilibrio de intereses entre el derecho a la vida privada de las personas transexuales y los intereses de la sociedad y de terceras personas que podrían verse afectadas por los cambios físicos y legales.

Independientemente de la ausencia de un marco jurídico sobre la transexualidad, ausencia que persiste porque la legislación actual **(54)** argentina aborda rectificación registral con base en la identidad de género y no a la identidad sexual, lo que resulta central para la transexualidad; independientemente de ello, los jueces advirtieron y abordaron la dimensión afectiva implicada en las personas transexuales que, por más que muten su cuerpo para adecuarlo a su identidad sexual y obtengan el reconocimiento jurídico y social, no logran alcanzar internamente aquello que manifiestan ser. Por eso estamos ante un fenómeno de dimensión ontológica que los jueces calificaron como "tragedia existencial". En tal sentido, abordé la dimensión afectiva implicada teniendo en cuenta las emociones de humillación, repugnancia y odio desde un punto de vista cognitivo.

Dada la cuestión existencial en crisis, titulé este ensayo "To queer or not to queer" parafraseando el razonamiento de Shakespeare: "ser o no ser; he ahí el conflicto" **(55)** en la tragedia de "Hamlet", un joven príncipe que aspira a la corona, estudiante universitario con formación en método científico que para descubrir al asesino de su padre —Rey de Dinamarca— (o sea, a su tío quien subvierte el orden establecido de acceso al trono matando a su hermano y casándose con cuñada), busca pruebas para evidenciar la transgresión del adulterio que "huele raro en Dinamarca" y construye un personaje bajo la apariencia de un absoluto loco.

Como explica Sheila Jeffreys **(56)** las teorías y políticas *queer* parten de la hipótesis, con referencia a Foucault, de que el estado vigila la orientación sexual de las personas y que por medio de la simple expresión afirmativa del género, real o aparente, se produce una transgresión sobre el sexo que revoluciona las diferencias sexuales, sin necesidad de adecuación normativa, estableciendo un nuevo orden social sobre la base de las diversidades de género y de las disidencias sexuales. La transgresión constituye así una forma de invertir el poder, donde el dominio de la identidad sexual, que hace al derecho a la identidad de las personas, queda subalternado al domino de las infinitas identidades de género, entre las que podemos mencionar: no binarios, andróginos, *drag-queen, dragking*, reina, rey, marimacho, chica marica, mariquita, transgénero, travesti, el-ella, ella-el, tercer género, género fluido, hermafrodita, chica poco femenina, chico poco masculino, hembra, macho, etc. La subversión del género sobre el sexo reconfigura políticamente la realidad social y arrasa con el ideal feminista de suprimir el género, por constituir un modo de dominación patriarcal por medio de roles y estereotipos.

(54) La ley argentina sobre identidad de género no menciona ni una vez la identidad sexual, ni la transexualidad: InfoLEG - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas — Argentina.

(55) Véase el soliloquio del Acto III, escena 1 de "Hamlet" de William Shakespeare.

(56) Véase "Unpacking queers politics. A lesbian feminist perspective" de Sheila JEFFREYS, Blackwell, Cambridge, 2003, ps. 39-63.

VII. Bibliografía

BENJAMIN, H. (1996), "The transexual phenomenon", The Julian Press, New York.

DAMASIO, A. (1994), "El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano", J. ROS (Trad.), Ed. Crítica, Buenos Aires, 2010, 1ª ed.

DESCARTES, R. (2007), "Las pasiones del alma", Ed. Retórica, Altamira, Buenos Aires.

ELSTER, J. (1999), "Alquimias de la mente. La racionalidad y las emociones", E. ROURE (ed.) — A. S. MOSQUERA (Trad.), Ed. Paidós, Barcelona, 2002.

HIGHTON, E. (1993), "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1.

HUME, D. (2000), "Tratado de la naturaleza humana, Libro III, Acerca de la moral", M. COSTA (Trad.), Ed. Eudeba, Buenos Aires.

HUME, D. (2012), "Disertación sobre las pasiones", J. L. CARMONA (Trad.), Ed. Gredos, Madrid.

IHERING, R. (1877), "La Lucha por el Derecho", Ed. Araujo, Buenos Aires, 1966, doi:https://doi.org/10.2307/j.ctvk3gppn.11.

JAMES, W. (1884), "What is an Emotion?", *Mind, 9[34]*, 188-205.

JEFFREYS, S. (2003), "Unpacking queers politics. A lesbian feminist perspective", Blackwell, Cambridge.

KANT, I. (1999), "Metapysical Elements of Justice: Part I of the Metaphysics of Morals", J. LADD (Trad.), Hackett Publishing Company Inc., Indianapolis.

LAERCIO, D. (1984), "Vidas, Opiniones y Sentencias de los Filósofos más Ilustres", J. O. SÁNZ (Trad.), Ed. Porrúa, México, 1991, 2ª ed.

LAZARUS, R. — AVERILL, J. — Opton, E. (1970), "Towards a cognitive theory of emotions. The Loyola Symposium", en M. ARNOLD, *Feelings and emotions,* Academic Press, New York, ps. 207-232, doi:10.1016/b978-0-12-063550-4.50023-1.

NEU, J. (2004), "Emotions and freedom", en R. SOLOMON, *Thinling about feelings. Contemporary philosophers on emotions,* Oxford University Press, Oxford, ps. 163-180.

NUSSBAUM, M. (1994), "La terapia del deseo. Teoría y práctica en la ética helenística", M. CANDEL (Trad.), Ed. Paidós, Buenos Aires, 2003.

NUSSBAUM, M. (2006), "El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley", G. ZADUNAISKY (Trad.), Ed. Katz, Buenos Aires.

PRINZ, J. (2004), "Emotions embodied", en R. SOLOMON, *Thinking about feeling. Contemporary philosophers on emotions,* Oxford University Press, Oxford, ps. 44-61.

RAYMOND, J. G. (1994), "Transsexual. The making of the she-male empire", Bacon Press, New York.

SOLOMON, R. (2003), "Emotions and Choice", en R. SOLOMON, *What is an emotion?,* vol. 27, Oxford University Press, Oxford, ps. 224-235. Obtenido de http://www.jstor.org/stable/20126349.

Las tareas de cuidado, el contrato social y la pandemia

¿Es posible un nuevo contrato?

María Donato (*)

Claudia Cohen (**)

Sumario: I. Planteos.— II. Las tareas de cuidado.— III. ¿Ahora bien, cómo se consolidaron las tareas de cuidado a cargo de las mujeres? ¿Cuál es el origen fundante?— IV. Lo público y lo privado.— V. ¿Qué implica que las tareas de cuidado queden en cabeza de las mujeres?— VI. La situación sanitaria y las tareas de cuidado.— VII. ¿Es posible pensar en un nuevo contrato social?— VIII. Las tareas de cuidado como derecho humano y política pública.— IX. A modo de cierre.— X. Bibliografía.

I. Planteos

¿Qué son las tareas de cuidado? ¿Estas tareas deberían estar remuneradas? ¿O integran el colectivo de acciones que tienen que ver con el amor, la ternura de atender a otras/os? ¿Si entran dentro de ese colectivo por qué casi siempre la realizan las mujeres? ¿Esta distribución no igualitaria es una manera de ejercer violencia de los varones hacia las mujeres? ¿Cuál es el origen fundante de este postulado? ¿Es un contrato social tácito? ¿La pandemia cambio el contrato social?

Estos interrogantes a modo de disparadores trataremos de ir analizando y complejizando en el presente trabajo.

II. Las tareas de cuidado

Las tareas de cuidado con aquellas actividades indispensables para satisfacer las necesidades básicas de la reproducción de las personas, brindándoles los elementos físicos y simbólicos que les permiten vivir en sociedad (Rodríguez Enríquez y Marzoneto 2016).

Cuando hablamos de las tareas de cuidado hacemos referencia a la primera fuerza reproductiva, sin esa tarea todo el resto de la cadena a la que estamos habituadas/os no podría funcionar, es la base para comprender y darnos cuenta de la importancia que tienen.

(*) Abogada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Especialista en Derecho de Familia. de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Sub- Directora del Instituto de Derecho de Familia. Colegio de Abogados de La Plata. CALP. Abogada de Niñas, niños y adolescentes. Secretaria de la Comisión del Registro de Abogadas y Abogados de NNA. Colegio de Abogados de La Plata. CALP. Profesora titular del Posgrado en Derecho de Familia. UNLP. Filiación. Daños. Alimentos. Directora Académica y docente de la Diplomatura en Niñez y Adolescencia. UNNOBA. Integrante del Equipo Interdisciplinario para el abordaje de las violencias de la Honorable Cámara de la Pcia. de Buenos Aires. Autora de bibliografía y artículos en el ámbito de su especialidad. Participó en distintas jornadas en calidad de disertante.

(**) Periodista. Lic. en Com. Social. UNLP. Coach Ontológico. Con experiencia y práctica profesional en temáticas de género y Derechos Humanos. Integrante del Equipo Interdisciplinario para el abordaje de las violencias de la Honorable Cámara de la Pcia. de Buenos Aires. Autora de bibliografía y artículos en el ámbito de su especialidad. Participó en distintas jornadas en calidad de disertante.

Específicamente consisten en la realización de distintas tareas y actividades necesarias para el desarrollo, preservación y continuidad de la vida de las personas. Comprende las tareas materiales y las afectivas, como la provisión de bienes esenciales para la vida, como la alimentación, la limpieza, atención, acompañamiento, apoyo, transmisión de conocimientos, valores sociales y prácticas mediante procesos relacionados con la crianza.

Son tareas generalmente no reconocidas socialmente, ni valoradas económicamente, altamente feminizadas.

Silvia Federici **(1)**, afirma: "[E]so que suelen llaman amor es trabajo no remunerado".

Las tareas de cuidado son realizadas en un 75,7% por mujeres de recursos económicos más bajos. Las tareas domésticas y de cuidado consideradas como un todo son la actividad que más aporta a la economía: los cuidados representan un 16% del PBI **(2)**. Con la pandemia esta cifra aumentó en casi seis puntos porcentuales por encima de la medición anterior elevándose a un 21,8% del PBI **(3)**.

El término cuidados, abarca tanto a las personas cuidadoras como a aquellas que reciben este cuidado, tales como niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad que requieren apoyo, con problemas crónicos y personas adultas mayores.

Todas/os necesitamos cuidados para seguir viviendo y las sociedades necesitan que alguien realice esos cuidados para seguir funcionando, es un elemento central del bienestar humano no hay manera de sobrevivir sin cuidado.

(1) Frase de la filósofa Italiana Silvia Federici en los años setenta.

(2) Fuente Ministerio de Economía https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-direccion-de-economia-igualdad-y-genero-presento-el-informe-los-cuidados-un-sector.

(3) Véase en https://queportal.fcc.unc.edu.ar/2021/05/17/durante-la-pandemia-crecio-un-6-el-aporte-al-pbi-de-las-tareas-domesticas-y-de-cuidado-por-las-que-ni-el-estado-ni-las-empresas-pagan/.

III. ¿Ahora bien, cómo se consolidaron las tareas de cuidado a cargo de las mujeres? (4) ¿Cuál es el origen fundante? (5)

En este sentido Carole Pateman en 1995, indaga y se interpela acerca del mito fundante, reflexiona sobre el contrato social, el poder patriarcal de los hombres sobre las mujeres es un contrato que no ha perdido vigencia, ni relevancia. Expresa que: el derecho patriarcal se extiende a la sociedad capitalista y su influencia resulta condicionante para los roles dentro de la sociedad, el varón gobernante, padre y esposo, mientras que a la mujer le quedó el papel de hija, esposa y madre.

El patriarcado se transforma, muta, se reinventa **(6)**, se las arregla para subsistir y dotarse de fuerza para seguir siendo el centro del ámbito público y la medida de todas las cosas, que conlleva una situación de distribución desigual del poder entre hombres y mujeres.

Existe también, en las sociedades desarrolladas, lo que Alicia Puleo, denomina patriarcado de consentimiento **(7)**, cuando es el propio sujeto quien busca ansiosamente cumplir el mandato, en este caso a través de las imágenes de la feminidad normativa contemporánea (juventud

(4) Hacemos la aclaración que si bien nos referiremos a las mujeres ya que, son tareas que recaen mayoritariamente sobre estas, las personas travestis y trans u otras identidades feminizadas, también tienen a su cargo las tareas de cuidado cuando no son expulsadas de sus familias, en este caso dependen del cuidado comunitario de sus pares.

(5) Siguiendo a Carole PATEMAN, 1995, "El Contrato sexual".

(6) Se desplaza de un patriarcado premoderno a un patriarcado moderno se reacomoda para seguir ejerciendo el poder.

(7) Alicia PULEO en "Patriarcado: 10 palabras claves sobre mujer", relata dos tipos de patriarcado de coerción y de consentimiento. El primero cuando en el campo jurídico se utiliza para conminar a la mujeres a hacer o no hacer algo, por ejemplo, las mujeres no podían administrar sus bienes, en líneas generales nuestro país ya casi no quedan normas en este sentido. Y el segundo, se refiere a la defensa como propia de intereses de otro colectivo, el de los hombres. Ejemplo: la belleza hegemónica. Esto no quiere decir que las mujeres tengan la responsabilidad de que exista un patriarcado, sino que obedece a la cultura, donde se reproducen formas asimétricas de poder basadas en el género.

obligatoria, estrictos cánones de belleza, etc.). La asunción como propio del deseo del colectivo de los varones, se cree obrar en libertad y en realidad se está obedeciendo a nuevas consignas sociales (Puleo, 1995).

Pateman, busca la escena fundacional, expresa que el poder es por contrato, por lo tanto, es un poder que se revisa cada tanto porque es contractual y todo contrato puede ser revisado en determinado momento. Manifiesta que solo los *hombres* nacen libres e iguales y son frateres. Esa fraternidad es una hermandad de varones. La fraternidad y la política están íntimamente conectadas. El contrato social es una historia de libertad, el contrato sexual es una historia de sujeción. La dominación de los varones sobre las mujeres. En tanto la libertad de los varones y la sujeción de las mujeres se crea a través del contrato original. El contrato es el medio a través del cual el patriarcado moderno se constituye (Paterman, 1995).

El concepto de individuo debe ser revisado **(8)**, puesto que originariamente se deduce que solo los varones son individuos, portadores de derechos y libertades, de ahí que las mujeres sean excluidas del contrato original, ya que, estas no son individuos, acceden al mundo público como mujeres **(9)** auxiliares de los varones, únicamente podían entrar en un contrato particular: el contrato matrimonial (Pateman, 1995).

En el contrato social subyace un contrato sexual antes el rey tenía el poder de acceder sexualmente al cuerpo de cualquier persona del Reino, ese poder al matar al padre (este es el mito fundante de la modernidad), el poder lo tienen los hermanos, los frateres, por lo tanto, van a tener también el acceso al cuerpo, o sea no es solamente un poder político, es un poder sexual (Pateman 1995).

La no incorporación de la mujer en el escenario político parte de que la teoría democrática se sustentaba en la exclusión de la mujer en el espacio público. La importancia política de la diferencia sexual marca la línea divisoria entre libertad y subordinación, se trata de revisar no solo el sexismo sino de profundizar en el entramado teórico-conceptual de la construcción de lo privado y de lo público. Los teóricos solo se ocupan de la esfera pública. Este postulado es producto de la mirada crítica que desde el feminismo se ha hecho a las teorías clásicas de la democracia, concretamente, del contrato social, en la medida en que se plantea la necesidad de la plena y efectiva incorporación de las mujeres al espacio público-político de la ciudadanía y de la democracia, (Agra Romero, 1995. Prólogo a el Contrato Sexual).

IV. Lo público y lo privado

La separación de lo público con lo privado es una distinción que escinde espacios laborales, lógicas, prácticas, subjetividades, formas y posibilidades de circulación de las personas, pero que impide ver los flujos que se dan entre uno y otro ámbito (Tóffoli, 2016).

La dicotomía público/privado fue desarticulada por el movimiento político de las mujeres del último tercio del siglo, con el lema simbólico "lo personal es político". Lo que en el momento es entendido como político y lo que quedaba fuera de ello, o sea, lo otro, la alteridad, que irrumpe en las casas y en la vida personal. Con frecuencia, lo otro es lo femenino (Rivera Garretas, 2003).

Se intentaba sobre todo recordar que la estructura de lo privado no es en absoluto autónoma sino que está regida por un imperialismo político que coloca a los hombres en posición de dominantes, incluyendo la familia patriarcal, y a las mujeres en posición de sometidas (Collin 1994).

La división de las esferas pública y privada de acuerdo con el género ostentado, y la irrupción de las mujeres en el ámbito público es una de

(8) El pensamiento de los teóricos del contrato social clásico se refiere por lo general, a "individuos" que hacen el contrato original, tomándolo como una categoría universal que en principio incluye a todos. Claramente las mujeres no estaban comprendidas.

(9) Las mujeres no fueron incorporadas al contrato original porque estaban representadas por sus esposos. Pero, los participantes varones no toman parte del contrato, en tanto esposos. En realidad, los varones que derrotan al padre, reclaman su libertad natural y, victoriosos, hacen el contrato original, actuando como hermanos; como frateres y al pactar juntos se constituyen en una fraternidad civil.

las razones de la llamada "crisis de la masculinidad" que ha puesto en jaque el orden social impuesto por el patriarcado, y que provoca más violencia. A las mujeres se nos ha ubicado en el ámbito privado, bajo el ideal de la domesticidad, y construyendo la idea de que el hogar es el mejor y natural espacio para una mujer (Cano, 2014).

Con la división social y sexual del trabajo, se ha considerado que la organización de las tareas de cuidado era algo que debían resolver las familias de forma privada y estas a su vez han dejado todo el peso en las espaldas de las mujeres, reproduciendo estereotipos y mandatos culturales y sociales.

Se suele habla de lo público y lo privado, como categorías estancas sin analizar que, para llegar a alguna actividad antes debió haber una concatenación de muchas tareas de cuidado, desde la alimentación, los controles médicos habituales, la ropa, etc. Son tareas muy básicas que se da por hecho que alguien las tiene que hacer y ese alguien es una mujer, si esta no lo realiza, este trabajo recae en las hijas, y sino en otra mujer a la que se le remunera informalmente, como las trabajadoras domésticas, la constante es que son tareas altamente feminizadas.

Es importante apreciar la interrelación que hay entre el trabajo remunerado que realizan las mujeres afuera de la casa con el trabajo que se hace en los hogares y el entrecruzamiento que se da en ambos ámbitos. Las que no se desempeñan en el ámbito público están condicionadas a acceder por la sobrecarga de las tareas de cuidados, y las que se desempeñan en espacios públicos tienen la sobrecarga al llegar a los hogares a realizar además, tareas de cuidado, por eso decimos que ambos espacios se articulan y se complementan.

Lo naturalizado de los roles y los ámbitos —hombre, lo público, lo político, mujer, lo privado, lo doméstico—, genera que se invisibilice, tanto desde los hogares, la sociedad civil hasta el Estado. Acentuando la brecha de la participación en igualdad de condiciones en el mercado laboral, reforzando desigualdades y segmentaciones del sistema sexo-género a escala social.

Desde los estudios de género proponen que lo privado y lo público, lo social y lo político tienen que ser reconceptualizados, tanto el ámbito público, como privado están ligados y relacionadas entre sí.

El feminismo ha significado una búsqueda de autonomía, de rechazo al sometimiento de las mujeres en la familia y en la sociedad, como trabajadoras no reconocidas y no pagadas, una sublevación contra la naturalización de las tareas domésticas y por el reconocimiento como trabajo del trabajo doméstico (Federici, 2018).

Hay que desnaturalizar, empezando por cuestionarse esta distribución de tareas, avanzando en la deconstrucción de esas prácticas que llevan a que las mujeres realizan las tareas de cuidado que son en definitiva las invisibles, pero las que sostienen la actividad productiva.

V. ¿Qué implica que las tareas de cuidado queden en cabeza de las mujeres?

Que las tareas de cuidado recaigan en las mujeres implica una profunda desigualdad e injusticia social, que impacta en las mujeres de sectores de menores niveles de formación y bajos recursos económicos, limitando la participación laboral de estas y esto puede ser un factor determinante para que no construyan su autonomía personal, su proyecto propio, generando dependencia económica. Esta dependencia puede utilizar como un modo de control de dominio sobre la persona, impidiendo en casos de violencia poder salir del círculo de esta.

El cuidado está en el nudo central de las desigualdades de género la naturalización del rol de la mujer asociando que por naturaleza le compete las tareas de cuidado como un trabajo sin reconocimiento ni remuneración, son una forma de ejercer violencia hacia las mujeres.

Nos enfocamos en pensar al trabajo de manera global como lo que una sociedad necesita para desarrollarse como tal, y eso tiene un componente remunerado y no remunerado, este último es el que hay que reformular y redistribuir, para que aquellas mujeres que no se desempeñan en el ámbito público puedan hacerlo sin tener esta sobrecarga y para las que ya se desempeñan fuera de su casa que al llegar, ese

tiempo extra de dedicación a las tareas de cuidado sea una responsabilidad compartida, dentro del marco de la corresponsabilidad.

Permite transformar las relaciones jerárquicas entre varones y mujeres en vínculos democráticos de corresponsabilidad compartida, facilitando al desarrollo personal, laboral y profesional de las mujeres.

VI. La situación sanitaria y las tareas de cuidado

Con la llegada del aislamiento primero —ASPO—, luego el distanciamiento —DISPO—, las mujeres debieron hacerse cargo de más cosas aún, además de las que ya se hacían cargo, por ejemplo, el acompañamiento en las tareas educativas a niños, niñas y adolescentes.

Al modificarse la vida cotidiana, coexistiendo en el mismo espacio físico desde lo productivo a lo reproductivo, los arreglos (mejores o peores que existían) se desarmaron completamente y la situación del cuidado quedó inexorablemente expuesta, entre otras cosas porque el confinamiento implicaba la imposibilidad de recurrir a algunas ayudas externas como las abuelas o las trabajadoras domésticas.

Por su parte el Foro Económico Mundial resalta que la crisis económica producida por el coronavirus golpeó más a las mujeres e incrementó la cantidad de tiempo en el que se podría reducir la brecha de género a nivel mundial que pasó de 99,5 a 135,6 años. Islandia es el país con mayor igualdad de género. Argentina se encuentra en el puesto 35. Al ritmo actual, Latinoamérica tardará 69 años en eliminarla **(10)**.

VII. ¿Es posible pensar en un nuevo contrato social?

Pensar en un nuevo contrato social o un nuevo pacto social incorporando el ámbito privado, y las tareas de cuidado, implica una forma distinta de relacionarnos.

El cuidado es una dimensión de la ciudadanía, esta es la condición que reconoce a una persona un conjunto de derechos políticos, sociales y obligaciones que tenemos todas/os las/os ciudadanas/os, entre sí y que tiene el estado también para con nosotras/os.

Desde el feminismo, se ha instalado el tema en la agenda pública y social, dejar de pensar que es algo privado —un acuerdo entre las personas que integran la familia— para que tome dimensión en el ámbito público y que se empiece a hablar cuidado como un derecho, abarcando tanto la condición de quienes son cuidados, como de las personas cuidadoras.

La economía feminista valoró el trabajo doméstico por sí mismo en cuanto a su condición de proveedor de relaciones afectivas, de cuidados y de calidad de vida. Más aún, esta actividad no reconocida es de hecho la que permite que funcione el mercado y el resto de las actividades. El tiempo que se dedica a los niños y las niñas, a los hombres y mujeres desde el hogar es determinante para que crezcan y se desarrollen como seres sociales, con capacidad de relación, con seguridades afectivas, todas aquellas características que nos convierten en personas (Varela 2008).

Debemos pensar en un nuevo contrato, que coloque el valor y la toma de conciencia de las tareas de cuidado en el eje principal y no, como algo secundario.

Con un doble enfoque en simultáneo, por un lado, dentro de los hogares, una micro negociación, la que llevamos adelante con la otra persona, como distribuimos las tareas del hogar, tiendo en cuenta, además, que, a veces no cuidando prácticamente, la mujer es la que se ocupa de la organización del cuidado, la redistribución en el interior de los hogares de la tarea del cuidado.

Por el otro, relacionarla con el nivel macro, volver a redistribuir a reorganizar socialmente el cuidado involucrando al estado con la inversión pública, y la distribución de los recursos, con infraestructura de cuidado, por ejemplo, servicios para el cuidado infantil para la primera infancia; licencias para los trabajadores en igualdad que las trabajadoras, flexibilidad laboral: jornadas reducidas o adecuadas para los que tienen hijas/os en edad escolar para varones (no solo

(10) https://www.pagina12.com.ar/332971-la-pandemia-amplio-la-brecha-de-genero.

para las mujeres). Estas políticas pueden facilitar que los varones se involucren en el cuidado.

También pensamos en la importancia de incluir a las organizaciones comunitarias, al trabajo en red, en políticas de cuidado, y al Estado como garante del derecho de cuidado.

VIII. Las tareas de cuidado como derecho humano y política pública

Formular el cuidado con un enfoque de derechos en sus tres dimensiones cuidar, ser cuidada/o y auto cuidarse es indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos reconocidos en nuestra constitución y en los tratados internacionales.

Plantear el cuidado desde esta perspectiva, implica repensar principios de igualdad, universalidad, corresponsabilidad y género, dándole un contenido en clave de derechos humanos, tomando al cuidado como un derecho, una necesidad y un trabajo comúnmente sin remuneración. Abarcando tanto la condición de las/os sujetos de cuidado como de las personas cuidadoras.

Dotar al cuidado con enfoque de derechos humanos nos lleva a recorrer nuestro plexo normativo partiendo de la Constitución Nacional, art. 75: inc. 22 que otorga jerarquía constitucional a una serie de tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, inc. 23, que otorga jerarquía superior a las leyes.

Así nos encontramos con:

— Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW **(11)**.

— Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales **(12)**.

— Recomendación General Nº 27 del Comité para la Eliminación de la Discriminación hacia la Mujer sobre las Mujeres de Edad y la Protección de sus Derechos Humanos **(13)**.

— Convención sobre los Derechos del Niño **(14)**.

(11) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW (ley 23.179, 1985). En su art. 11, punto 2, inc. c, se explícita como rol de los Estados: Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

(12) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ley 23.313, 1986). En su art. 6º el Pacto establece las condiciones fundamentales para posibilitar el acceso al derecho al trabajo: 1. Los Estados Parte en el presente pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Parte en el presente pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

(13) Recomendación General Nº 27 del Comité para la eliminación de la discriminación hacia la mujer sobre las Mujeres de Edad y la Protección de sus Derechos Humanos (2010). En el punto 43 manifiesta: Los Estados partes deben velar por que las mujeres de edad, incluidas las que se ocupan del cuidado de niños, tengan acceso a prestaciones sociales y económicas adecuadas, como por ejemplo prestaciones por cuidado de hijos, y reciban toda la ayuda necesaria cuando se ocupan de padres o parientes ancianos. En el punto 45 expresa: Los Estados partes deben adoptar una política integral de atención de la salud. Esta política debe asegurar una atención de la salud asequible y accesible a todas las mujeres de edad mediante el suministro de medicamentos para el tratamiento de enfermedades crónicas y no transmisibles relacionadas con el envejecimiento, la atención médica y social a largo plazo, incluida la atención que permite llevar una vida independiente, y cuidados paliativos

(14) Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849, 1990). El art. 3º establece: 2. Los Estados Partes 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, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de

— Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad **(15)**.

— Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores **(16)**.

su persona sí como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. El art. 18, se establece: 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas. El art. 23, establece: En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párr. 2º del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible. El art. 27 establece: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas 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. 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

(15) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378, 2008). El art. 19 establece que tendrán acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal y a su vez que las instalaciones y servicios comunitarios de la población en general, tengan en cuenta sus necesidades. El art. 23 establece: 1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás (...). 2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. 3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias. 4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. El art. 28 expresa la necesidad de: Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados.

(16) Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (ley 27.360, 2017). El art. 4º establece que los Estados: Promoverán instituciones públicas especializadas en la protección y promoción de los derechos de la persona mayor y su desarrollo integral. El art. 12 expresa: La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía. Los Estados Parte deberán diseñar medidas de apoyo

— Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares (C 156,1981) adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) **(17)**.

— Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos **(18)**.

— Agenda 2030 de Naciones Unidas suscripta por Argentina contiene 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible **(19)**.

— Los Principios de Yogyakarta **(20)**

— Conferencias Regionales sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, dependientes de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), son instrumentos internacionales que cuentan con aportes relevantes sobre este debate.

— Consenso de Quito **(21)**.

— Consenso de Brasilia **(22)**.

---

a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, teniendo en cuenta las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados, así como la plena participación de la persona mayor, respetándose su opinión. Los Estados Parte deberán adoptar medidas tendientes a desarrollar un sistema integral de cuidados que tenga especialmente en cuenta la perspectiva de género y el respeto a la dignidad e integridad física y mental de la persona mayor.

(17) Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares (C156, 1981) adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por la ley 23.451/1986. Allí se alude a la corresponsabilidad social de los Estados y los actores en materia de conciliación de la esfera laboral y doméstica. Art. 3º: Cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

(18) Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos (2011), aprobado por ley 26.921/2013, dispone en el preámbulo: Reconociendo la contribución significativa de los trabajadores domésticos a la economía mundial, que incluye el aumento de las posibilidades de empleo remunerado para las trabajadoras y los trabajadores con responsabilidades familiares, el incremento de la capacidad de cuidado de las personas de edad avanzada, los niños y las personas con discapacidad, y un aporte sustancial a las transferencias de ingreso en cada país y entre países; Considerando que el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos.

(19) Agenda 2030 de Naciones Unidas suscripta por Argentina contiene 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible. Entre ellos el Objetivo N° 5 se refiere a la participación plena y efectiva de las mujeres en todos los ámbitos y establece en la Meta N° 4 el objetivo de reconocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país.

(20) Los Principios de Yogyakarta (2007). Estos Principios afirman la obligación primordial de los Estados de hacer efectivo el acceso a los derechos humanos para la población LGTBIQ+. En particular el Principio N° 13 que plantea el derecho a la seguridad y a otras medidas de protección social asume el compromiso de que los Estados: Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud. En el Principio N° 17, sobre el derecho a formar una familia, expresa: Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.

(21) Consenso de Quito (2007). Décima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe.

(22) Consenso de Brasilia (2010) señala que el derecho al cuidado es universal y que "requiere medidas sólidas para lograr su efectiva materialización y la corresponsabilidad por parte de toda la sociedad, el Estado y el sector privado". A su vez plantea que las tareas de cuidado constituyen "un subsidio invisible al sistema económico" perpetuando la subordinación y explotación de las mujeres. Y que el "acceso a la justicia es fundamental para garantizar el carácter indivisible e integral de los derechos humanos, incluido el derecho al cuidado".

— Estrategia de Montevideo (2015) **(23)** y Consenso de Santiago (2020) **(24)**.

Como podemos observar Argentina ha asumido compromisos internacionales, donde se señalan que el derecho al cuidado es universal siendo necesario lograr su efectiva materialización y se establece el principio de corresponsabilidad por parte de toda la sociedad, el Estado y el sector privado.

A nivel nacional en el año 2015 se sanciona el nuevo Código Civil y Comercial por la ley 26.994 donde incorpora en el derecho de familia principios normativos en este sentido alentando la responsabilidad compartida como regla con el cuidado compartido de las y los hijas/os, empero, si este cuidado es unipersonal, opera como un elemento gravitante en la fijación del monto de una cuota de alimentos. Es decir, ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijas/os, alimentarlos y educarlos, ahora bien, las tareas cotidianas que realiza la/el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo/a tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

De esta manera la norma reconoce de manera precisa que quien se queda a cargo del cuidado del hijo/a contribuye en especie a la obligación alimentaria que tiene. La norma recepta calificada jurisprudencia en la materia remarcando la importancia de las tareas hogareñas y de cuidado, que implican tiempo, energía y recursos, por lo que es incuestionable que se valoren económicamente.

Asimismo, también se incorpora las compensaciones económicas, que consisten en una suma de dinero o equivalente que le corresponde al/la cónyuge o conviviente que sufre un desequilibrio económico como consecuencia del divorcio o de la unión convivencial. Estableciendo para su implementación una serie de pautas tales como la dedicación que cada uno brindó a la familia y a la crianza y educación de las/os hijas/os durante la convivencia y la que se deberá prestar luego, la edad y el estado de salud de las pareja y de las/os hijas/os; la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica y la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

Sin dudas, estas incorporaciones, que si bien no son exclusivas ni excluyentes para la mujer, han sido sancionadas teniendo en cuenta la perspectiva de género y las situaciones asimétricas con la intención de compensar a quien sufre una pérdida del nivel de vida que gozaba durante el matrimonio o la convivencia, o a quién se ha dedicado al cuidado de las/os hijas/os, otorgándole a esas tareas un valor económico y ello debe estar expresamente contemplado.

Por último, mencionamos a la ley nacional 26.844 de Régimen Especial de Contrato para el Personal de Casas Particulares, que representa un avance en el reconocimiento de los derechos laborales de quienes trabajan en el empleo doméstico y tienen a su cargo, en numerosas oportunidades, tareas de cuidado.

En Argentina podemos mencionar políticas sociales de cuidados a:

— Asignación universal por hijo. Tarjeta alimentar.

— Moratoria previsional, para que toda persona que llegó a la edad jubilatoria habiendo tenido o no los aportes, logre jubilarse, como un derecho a la jubilación, más allá de la informalidad en el trabajo, caso de la jubilación por ama de casa.

— El plan de 1000 días para acompañar el desarrollo en los 3 primeros años de vida de NNA.

(23) Estrategia de Montevideo (2015). Este instrumento implica un compromiso político para avanzar en la igualdad de género, la autonomía y los derechos de las mujeres en la región. Allí se identifica a "la división sexual del trabajo y la injusta organización social del cuidado" como uno los nudos estructurales principales de la desigualdad de géneros a superar.

(24) Consenso de Santiago (2020). Se promueven medidas, políticas y programas para la plena participación de los niños, los jóvenes y los hombres como aliados estratégicos en el logro de la igualdad de género, la promoción y la garantía de los derechos de las mujeres y su empoderamiento y autonomía económica, y la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres, las adolescentes y las niñas, e impulsar políticas para la distribución equitativa de las responsabilidades del trabajo doméstico y de cuidados entre hombres y mujeres.

— Construcción de espacios de cuidado integral.

En la actualidad hay una comisión redactora que está trabajando sobre una ley más o menos en clave a Uruguay **(25)**, analizando la dimensión y diversidad que tiene nuestro país, en la creación de un sistema integral de cuidados a nivel nacional, que incorpora un programa integral de reconocimiento de períodos de servicio por tareas de cuidado, sería la posibilidad de compensar años producto de haber criado a niños y a niñas, madres que no pudieron en ese momento tener un salario remunerado.

La Agencia Nacional de Seguridad Social (ANSeS) lanzó el Programa Integral de Reconocimiento de Períodos de Servicio por Tareas de Cuidado **(26)**. Accederán a este derecho durante este año 155.000 mujeres de entre 59 y 64 años que hoy no cuentan con los treinta años de aportes registrados y otras 30.000 en el próximo año, contribuyendo a reducir la brecha de género en materia previsional que permitirán el acceso inmediato a un beneficio jubilatorio.

IX. A modo de cierre

Las tareas de cuidado se han transformado en un prisma para mirar la organización de las relaciones sociales de género y de clase, es una categoría que permite hacer un análisis de un determinado Estado y de sus políticas públicas, integra el concepto de ciudadanía, comporta una función social. La división de la esfera pública con la privada no es tal, ambas se entrelazan en muchos casos son complementaria una de la otra.

El feminismo reclama y plantea cuestiones, como la necesidad de incorporar efectivamente a otros actores en la redistribución de las tareas de cuidado, poniendo en discusión planteos que luego forman parte de la agenda pública, pasando a ser un tema central en nuestra sociedad.

La pandemia se amplificaron las brechas sociales, puso en crisis las tareas cuidado. Se trasladó el concepto de cuidado, como un acuerdo entre las personas que integran la familia, para que tome dimensión en el ámbito público, pensando al cuidado en términos de derechos.

Transformar prácticas concebidas como naturales, implica un cambio social y cultural, con un enfoque transversal como políticas públicas y sociales. El estado cumple un rol central en el cuidado que es central para la vida, y debe ser garante de ese derecho.

Como sociedad la pandemia nos desafía a interpelarnos y reconsiderar instancias que nos lleven a ejercer el reclamo de un nuevo contrato social que produzca cambios inexorables e inmediatos, donde el Estado y los poderes que lo constituyen, sean garantes de la transformación que llega para seguir construyendo la conquista de lo postergado.

X. Bibliografía

AGRA ROMERO, María Xosé, "Prólogo a el Contrato Sexual", Universidad de Santiago de Compostela. 1995.

AMORÓS**,** Celia, "Hacia una crítica de la razón patriarcal", Ed. Anthropos, Barcelona, 1991.

BRANDARIZ**,** Carolina (comp.), "No es amor. Aportes al debate sobre la economía del cuidado", Ed. Indómita Luz, año 2019.

CANO**,** Julieta (s.f), "Violencias contra las mujeres: Tipos y Mitos". Texto presentado en el Seminario Estructuras Elementales de la Violencia, Especialización en Comunicación, Periodismo y Género (FPyCS-UNLP).

COLLIN, Françoise (1994), "Espacio doméstico. Espacio público. Vida privada", en Seminario Permanente "Ciudad y Mujer" (ps. 231-237) Madrid. Disponible en:http://www.derechoshu-

(25) En Uruguay hay una ley nacional de cuidados que se construyó una política pública, un Sistema Nacional de cuidados y el cuidado está reconocido como un derecho y ahí el estado es un actor protagónico. Si bien algo se pudo avanzar, ahora en Uruguay tienen nuevamente un Gobierno de corte neoliberal que está intentando recortar el presupuesto en el sistema de cuidados.

(26) Diario Página 12 edición impresa 27 de mayo 2021.https://www.pagina12.com.ar/344216-la-anses-reconocera-aportes-por-cada-hijo-y-la-jubilacion-ll?gclid=Cj0KCQjw_8mHBhClARIsABfFgphH_vkU7n_a3hSFleG0I2yduAkUXu9fJyBjQLnG_P1d0qL-_7sWZqAaAlZlEALw_wcB.

manos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/espacio-domestico-espacio-publico-vida-privada.pdf.

FEDERICI**,** Silvia, "El patriarcado del salario. Críticas feministas al marxismo", Ed. Traficantes de sueños, Madrid, Año 2018.

FERNÁNDEZ, Ana María (2010), "La mujer de la ilusión: pactos y contratos entre hombres y mujeres", Ed. Paidós, Buenos Aires, 1ª ed., 4ª reimp.

FRASER**,** Nancy, "Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente" en *Debate feminista,* año 4, vol. 7, marzo de 1993, ps. 23-58.

PATEMAN**,** Carol, "El contrato sexual", Ed. Anthropos, Barcelona, 1995.

PULEO, Alicia, "Patriarcado: 10 palabras claves sobre mujer", (dir.) Celia Amorós, Navarra, 1995.

RIVERA GARRETAS, María Milagros, "Ni mujeres privadas ni mujeres públicas: lo personal es político", Duoda, Centro de Investigación de Mujeres. Universidad de Barcelona, Año 2003. Disponible en http://www.ub.edu/duoda/diferencia/html/es/secundario11.html.

RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, C. M. — MARZONETTO, G. L. (2016), "Organización social del cuidado y desigualdad: el déficit de políticas públicas de cuidado en Argentina", *Revista Perspectivas de Políticas Públicas*, 8, año 4 (enero-junio 2015) ISSN 1853-9254.

TÓFFOLI, María Magdalena, "Género y trabajo: la operación de 'lo público' y 'lo privado' en la cotidianeidad laboral de las mujeres", Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, UNLP, Jornadas de Sociología. 2016. Disponible en http://jornadassociologia.fahce.unlp.edu.ar/ix-jornadas/actas-2016/PONmesa35Toffoli.pdf.

VARELA, Nuria, "Feminismo para principiantes", Buenos Aires, 2008.

Páginas web:

https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-direccion-de-economia-igualdad-y-genero-presento-el-informe-los-cuidados-un-sector.

https://queportal.fcc.unc.edu.ar/2021/05/17/durante-la-pandemia-crecio-un-6-el-aporte-al-pbi-de-las-tareas-domesticas-y-de-cuidado-por-las-que-ni-el-estado-ni-las-empresas-pagan/.

https://www.pagina12.com.ar/332971-la-pandemia-amplio-la-brecha-de-genero.

ESTUDIOS

La obligación de alimentos en las relaciones paternofiliales del derecho español y su comparación con la legislación nacional

Leandro Cuesta (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Constitución Nacional.— III. Normativa de fondo.— IV. Conclusión.

I. Introducción

Desde una perspectiva integral, podemos adelantar que el trabajo que aquí nos convoca tendrá por finalidad estudiar determinadas construcciones jurídicas de dos sistemas normativos diversos y, desde allí, intentar trazar un paralelismo que, si bien en algunos casos brindará respuestas ya conocidas, también proporcionará novedosos postulados que, en definitiva y sin duda alguna, derivarán en el enriquecimiento cultural y jurídico de quien se interese en su lectura.

Bajo este prisma, podemos señalar que el solo hecho de la existencia de diferentes normativas jurídicas diseñadas para regular y mejorar la vida de las personas en sociedad, nos invita, si se quiere, al desafío de conocerlas, analizarlas, ponerlas en debate e interpelarlas, para alcanzar, en el mejor de los casos, un progreso constante en nuestra legislación doméstica.

En este orden de ideas, consideraremos necesaria la realización de un minucioso análisis del plexo normativo del Reino de España, examinando las disposiciones establecidas en su Constitución (en adelante, CE), como así también en su Código Civil (en adelante, CC), centrando particularmente el objeto de este estudio en el abordaje de las obligaciones alimentarias de los progenitores para con sus hijos/as, para poder revelar cuál es la preeminencia que consagra el Estado al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA).

A lo expuesto, cabe agregar que el tema en cuestión nos resulta de suma importancia ya que se vincula con el genuino intento de hallar el camino que nos lleve a alcanzar ese desarrollo integral de todos los NNA, suceso primordial que redundará en un futuro mejor para dicho colectivo y, en consecuencia, para la Nación toda.

Por consiguiente, comenzaremos por adentrarnos en la actividad propuesta, pretendiendo alcanzar los propósitos establecidos, ampliando los conocimientos con una perspectiva más integral del derecho de familia y, en lo posible, intentando que el lector interesado se nutra también con el resultado de los objetivos pretendidos.

II. Constitución Nacional

De acuerdo con la idea propuesta, resulta de suma importancia comenzar por examinar la CE, la que entró en vigor el 29 de diciembre

(*) Abogado, Universidad de Buenos Aires (2010); integra el Ministerio Público de la Defensa de la Nación (2007); egresado del Profesorado para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2016); docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2017).

de 1978. En dicho cuerpo normativo, el Estado español reconoció la necesidad de protección de la familia y de los menores de edad, consagrándola en su art. 39 **(1)**. Específicamente, ha declarado los derechos de protección social, económica y jurídica de la familia, que los poderes públicos deberán asegurar la protección integral de los niños, iguales ante la ley con independencia de su filiación; que una ley posibilitará la investigación de la paternidad, y, particularmente, la obligación de los padres de brindar asistencia "de todo orden" a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, principalmente en su minoridad de edad. Finalmente, que los niños gozarán la protección prevista en los acuerdos internacionales.

Resulta de interés resaltar, en este punto, que la consagración de estos derechos y la protección de la familia fueron allí constituidos normativamente, por ejemplo, con anterioridad a la Convención de los Derechos del Niño, que fuera adoptada y abierta a la firma y ratificación en noviembre de 1989 y cuya entrada en vigor data del mes de septiembre de 1990.

Como se observa, y sin ánimo de caer en innecesarias reiteraciones, destacamos la preeminencia que se brinda tanto a la protección de la familia, en un plano social, económico y jurídico, como también al desarrollo integral de los niños/as, facultándose a los poderes públicos a brindar lo necesario hasta alcanzar un plano de satisfacción mínima.

Al respecto, ha señalado la doctrina que "El dispensar la necesaria protección a los menores de edad es un interés irrenunciable del Estado que, además, se ha elevado al mayor rango al haberse previsto en la norma suprema del ordenamiento jurídico. La familia, en este sentido, cumple un papel fundamental a la hora de llevar a cabo esta finalidad constitucionalmente impuesta. Como agente de bienestar social, es la Constitución la que impone a los padres y a los poderes públicos "la asistencia de todo orden" respecto de los primeros y la "protección integral" respecto de los segundos" **(2)**.

A lo indicado, cabe agregar, ya que no puede dejar de advertirse que si bien en la primera parte de la Constitución de la Nación Argentina (en adelante, CN) no hallaremos un artículo redactado en ese sentido, con tanta precisión en orden al interés del Estado Nacional en el desarrollo integral de los NNA, también es cierto que, en su art. 14 bis, *in fine* se consagró la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar **(3)**.

Además, esta diferencia que destacamos, quedará zanjada con el art. 75, inc. 23, por el cual instituye a uno de los poderes del Estado, el poder legislativo federal, a "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".

Y, en esa misma línea, encontramos además el art. 75, inc. 22, de la CN, en el cual se confiere

(1) Art. 39.1: "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos" (*https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27//con*).

(2) GONZÁLEZ ALONSO, A., "Constitución y relaciones paterno-filiales: algunos apuntes", RJUAM, 2018, nro. 38, 179/209.

(3) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina, comentado y concordado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 174. "Consiste en una asignación dineraria que se adiciona al sueldo percibido por el trabajador. Las asignaciones de este tipo procuran sostener las necesidades especiales, propias del estado familiar en sí mismo, o del mantenimiento y educación de los hijos, o las eventuales discapacidades de algún miembro de la familia".

jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XI y XXX) **(4)**; la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) **(5)**; y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3º, 6º, 18 y 27) **(6)**, entre otros.

Lo expuesto adquiere relevancia si se tiene presente que, luego de trazado el paralelismo normativo, la inquietud de atender y analizar cuál es la jerarquía que le brinda el referido país ibérico a los tratados internacionales de los que forma parte, deviene inexorable. Más aún, considerando lo que establece el citado art. 39.4 de CE, que se reitera a continuación: "4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos". Por esas razones, y a partir de esas pautas, entendemos prudente analizar y compartir la opinión del Dr. Antonio Marín López, catedrático de Derecho Internacional, profesor emérito de la Universidad de Granada quien, en la Revista de Derecho Público se sirvió señalar que "Los tratados o convenios internacionales han sido considerados siempre por la doctrina, el Derecho internacional consuetudinario o convencional y la jurisprudencia, nacional e internacional, como superiores a las normas de Derecho interno, a las que se imponen" **(7)**.

Concluye el referido doctrinario señalando que "La supremacía del derecho internacional convencional sobre la Constitución, en principio, es evidente, cuando su art. 95 dice que la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. Esto quiere decir que mientras la Constitución no sea reformada no se podrá celebrar ningún tratado de esta clase sobre la materia y si se celebrara sería un tratado inconstitucional, aunque el tratado sigue siendo válido y España habría incurrido en responsabilidad internacional" **(8)**.

(4) OEA, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948. Art. XI: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. Artículo XXX. Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten".

(5) Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. Art. 25: "1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

(6) Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos del Niño, 1989. Art. 3.2: "Los Estados Partes 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, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas".

Art. 6.2.: "Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño." 18.1. Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. El art. 27.1. Los Estados Parte reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 4. Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Parte promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

(7) LÓPEZ, A. M., "Orden jurídico internacional y Constitución Española", RDP, Granada, 1999, núm. 45, p. 35.

(8) *Ibid.*, p. 65.

Por su parte, el Tribunal Constitucional (TC) de España ha zanjado, aún más, toda duda respecto de la importancia del derecho internacional en el territorio, el cual complementa la normativa interna, al señalar que, "Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (res. A 3-0172/92 de 8 de julio), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores" **(9)**.

En suma, y por las razones expuestas, podemos concluir que ambas constituciones tienen entonces como principal objetivo la protección al desarrollo integral de los NNA, tanto instituyendo a sus poderes del Estado a promover las medidas que fueren necesarias, como, así también, al integrar la normativa internacional dentro del derecho interno, otorgándole diferente preeminencia, pero, no por ello, menor importancia.

III. Normativa de fondo

A continuación, intentaremos trazar cierto paralelismo entre el CC español y el Cód. Civ. y Com. argentino, con la finalidad establecida en los párrafos que preceden.

Para ello, en primer lugar, destacamos que mediante el real decreto del 24 de julio de 1889 se publicó el CC del Reino de España y que desde entonces ha tenido varias actualizaciones y modificaciones, siendo la última, del 4 de agosto de 2018 **(10)**.

Cabe resaltar que el referido cuerpo normativo consta de 1976 artículos, con más disposiciones transitorias y adicionales, y exhibe una estructura que se divide en libros, títulos, capítulos y, en algunas ocasiones, secciones.

Particularmente, el tema que nos ocupa presenta un recorrido sobre el Libro I denominado "De las personas" y en diferentes títulos que se desarrollarán a continuación.

III.1. El primero de ellos, es el tít. IV, denominado "Del matrimonio", cap. IX, "Efectos comunes a la nulidad, separación, divorcio", donde, precisamente, se regulan los efectos del divorcio y, en consecuencia, si existiesen hijos, cómo se garantizará que los progenitores cumplan con sus obligaciones primarias, tales como la alimentación.

Sabido es que nuestro Código Civil y Comercial, con una mirada constitucional y convencional del derecho privado, ha presentado novedosas herramientas y ha modificado sustancialmente procedimientos, en su mayoría, de familia. Con esa perspectiva, se han intentado cambios con especial hincapié en la valorización de los derechos humanos de las personas, intentando potenciar la autonomía de la voluntad, principalmente, en orden al diseño del plan de vida de cada persona. Tal es así, que en nuestra última reforma **(11)** se incorporó, en los procesos de divorcio, el denominado convenio regulador, siendo una idea con referencia en la legislación española.

Retomando el análisis sobre las disposiciones del CC peninsular, nos encontraremos con el art. 90, el cual establece: "1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: a) El

(9) SSTC 141/2000, de 29 de mayo. BOE 156 del 30/06/2000.

(10) *https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf.*

(11) Ley nacional 26.994, Cód. Civ. y Com. 2014.

cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquellos. c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso...".

Si bien en la legislación española se mantienen ciertos términos, que por suerte en nuestra legislación quedaron en el pasado, ejemplo de ello "patria potestad", la cual alude al poder o facultad sobre sus descendientes y no a las responsabilidades que uno debe asumir para con los nombrados, las condiciones que deberán contener un convenio regulador son idénticas a las establecidas en nuestro art. 439 del Cód. Civ. y Com.

A su vez, el art. 90.2 establece: "Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges...". Situación similar plantea nuestro art. 438 del Cód. Civ. y Com. *in fine*. En lo particular, se distingue que ambos códigos limitan la autonomía de la voluntad sopesando sus perjuicios con la finalidad de garantizar el interés superior del niño.

A pesar que nuestro artículo no es categórico con la función del juez, como sí lo hace la legislación comparada, tanto la jurisprudencia como la doctrina han entendido, en el mismo sentido, que "la intervención judicial se reduce a la homologación o convalidación de lo acordado por las partes, en total respeto por la autonomía de la voluntad, siempre que el acuerdo no sea lesivo a los intereses de los hijos menores o incapaces, o de uno de los cónyuges" **(12)**.

Y, finalmente, en caso de no arribar a un acuerdo, el juez establecerá la cuota en razón de las necesidades de estos, conforme así lo desarrolla el art. 93. "El juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y ss. de este Código".

Si bien las características principales presentan similitudes, por ejemplo, que el juez arribará a una solución considerando las circunstancias económicas y las necesidades de los hijos en cada momento, en el procedimiento se visualizan marcadas diferencias.

En efecto, en la legislación comparada se observa que la contribución que hará cada progenitor se resolverá también a consecuencia de la evaluación que se realice del convenio regulador que deberán presentar al interponer la demanda de divorcio, mientras que, en nuestro derecho interno, el art. 438 del Cód. Civ. y Com., último párrafo, establece que "Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local".

Esto último significa que, en caso de no arribar a un acuerdo, deberá iniciarse un procedimiento judicial, generando una demanda y dispendio jurisdiccional que podría haberse evitado. Más, considerando que sobrecargar el convenio regulador en nada repercutirá sobre el divorcio, por cuanto "En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio" (art. 438, párr. 5°, Cód. Civ. y Com.).

También, entendemos se podría haber hallado un término medio, que permitiera con las pruebas presentadas en la propuesta reguladora y en caso de no alcanzar un acuerdo, que se es-

(12) DUPRAT, C., comentario art. 438, en HERRERA M. – CARAMELO, G. – PICASSO, S. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 69.

tablezca una cuota alimentaria provisoria y allí sí, insistiendo que no sería lo ideal, ordenar proseguir en orden a lo que establezca la ley local.

Como ya sabemos, el servicio de justicia se caracteriza por su lentitud. Decimos esto sin propósito alguno de endilgar a los operadores judiciales sobre ello, pues, a nuestro entender, los factores son múltiples y cada uno de los actores, en cada procedimiento tiene su cuota de compromiso, más la que le corresponde a la legislación procedimental de cada jurisdicción. Por consiguiente, debemos actuar y promover la actuación de la justicia para que esta problemática no recaiga sobre los sectores vulnerables, y regular lo necesario, a fin de evitar que las necesidades primarias de los NNA sean insatisfechas.

III.2. En el apartado que sigue, avanzaremos en el estudio de la temática y destacaremos cómo, en ambas legislaciones, la obligación alimentaria subsiste, a pesar de haberse decretado la suspensión o privación la responsabilidad parental para con su descendencia.

Al respecto, resulta adecuado revisar que el art. 110 del CC, situado en el tít. V "De la paternidad y filiación", cap. I "de la filiación y sus efectos", establece que "El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos". El cual se asemeja a nuestro art. 704 Cód. Civ. y Com.: "Subsistencia del deber alimentario. Los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental."

III.3. En atención a que lo expuesto no requiere de mayor profundización, continuamos en valorar cuales son las características principales que presentan las obligaciones alimentarias en ambas legislaciones.

Por su lado, el CC las enseña en el tít. VI "De los alimentos entre parientes", para luego brindar especificaciones en los alimentos que derivan de la "relaciones paterno-filiales" como lo llaman en el Reino de España, situación que se aproxima a nuestra legislación en cuanto se define en el libro segundo (relaciones de familia), tít. IV (parentesco) y luego, específicamente en el tít. VII de (responsabilidad parental).

En razón de ello, nos resulta pertinente comenzar con el tratamiento de la definición que brinda el art. 142 del CC: "Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo". Casi idénticas palabras utiliza el art. 541 del Cód. Civ. y Com. al establecer la subsistencia, habitación, vestuario, asistencia médica y educación si es menor de edad.

Además, nuestra legislación, en el título derivado de la responsabilidad parental, en su art. 659 amplió los rubros, al adicionar manutención, esparcimiento (cuya regulación española no lo contempla explícitamente), gastos por enfermedad y gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio.

III.4. Donde sí encontraremos mayores diferencias entre ambas legislaciones será al momento de determinar hasta cuándo un progenitor deberá cumplir con dicha obligación alimentaria, derivada de la responsabilidad parental, no así desde cuándo, ya que en ambas establecen que el inicio de la obligación comenzará debiendo atender los gastos de embarazo y parto (art. 665, Cód. Civ. y Com.)

Tal es así, que recientemente la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil **(13)** confirmó la resolución de grado que ordenó al progenitor el reembolso del cincuenta por ciento (50%) de los gastos asumidos por la madre durante el período de gestación en los términos del art. 669 del Cód. Civ. y Com.

Respecto del momento en que finalizará la obligación, también podemos señalar algunas diferencias. En tal sentido, observamos que en el Reino de España será hasta la mayoría de edad (conf. art. 315 CC, 18 años) y "aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable".

(13) CNCiv., sala G, 19/02/2021, "D., V. c. R., O. L. s/ incidencia de familia", AR/JUR/5567/2021.

En la experiencia nacional, si bien se establece que la mayoría de edad se adquiere al alcanzar los 18 años (conf. ley 26.579 y art. 25 del Cód. Civ. y Com.), en lo atinente a la obligación alimentaria, instituye tres posibilidades diferentes. Hasta los 18 años, ambos progenitores están obligados a cumplir con su deber y esta obligación subsiste y se extiende hasta los 21 años, salvo que este hijo cuente con recursos suficientes (art. 658, Cód. Civ. y Com., párr. 2º).

A su vez, indica la posibilidad de que el reclamo se extienda hasta los 25 años, invirtiendo la carga de la prueba, esto es, el joven deberá probar la necesidad, siempre que sea para capacitarse en un estudio u oficio (art. 663, del Cód. Civ. y Com.).

En cambio, en la legislación española, se observa que a diferencia de nuestro art. 663 del Cód. Civ. y Com., no se establece una edad límite en la cual cesará la asistencia para poder terminar una formación académica y/o profesional.

Independientemente de ello, deberemos resaltar que, en ambos casos, la jurisprudencia es muy restrictiva en considerar una cuota alimentaria para personas mayores de edad.

Así es que, a nivel nacional se ha dicho que se otorgará solamente siempre que la formación académica se cursara regularmente, se tratara de aquella que genere demanda horaria y no permitiese realizar tareas remuneradas. En este sentido, también se ha resuelto que se rechazará cuando no haya correlato entre la edad y el año escolar o universitario y si, producto de su estudio, percibe ingresos económicos (p. ej. cadete de policía).

En sentido análogo, también así lo ha entendido la jurisprudencia de los tribunales de la península ibérica. Entre tantos casos existentes, escogemos para su análisis aquel que tramitó en la "Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, sent. 160/2017 de 14 Mar. 2017, Rec. 828/2016, Ponente: Fernández Díaz, Miguel" **(14)** donde se desestima la demanda de alimentos presentada por la hija frente a sus padres, que se habían separado cuando la joven ya había cumplido 18 años y no se fijó pensión alimenticia a su favor. En el momento de presentar el recurso de apelación, la joven contaba con 23 años. La Audiencia entendió que la situación de la hija había sido provocada por su propia conducta, que calificó como de abandono, y falta de aprovechamiento de oportunidades, lo que la ha colocado en la situación en la que se encuentra y que no la hace merecedora de recibir la pensión de alimentos que reclama.

Otro caso aconteció en Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sent. 8/2009 del 02/09/2009, Rec. 5/2009 Ponente: Samanes Ara, Carmen, Jurisdicción Civil **(15)**, donde el progenitor solicitó en su demanda que se declarase extinguida la pensión de alimentos a favor de su hija mayor de edad, pretensión que basó en la alegación de que había abandonado voluntariamente sus estudios a los 16 años, y en la evidente posibilidad de encontrar trabajo para una persona joven en la sociedad actual. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ejea de los Caballeros, declaró el cese de la obligación del actor de prestar alimentos a su hija. La resolución halló sustento en los siguientes hechos acreditados: desde que puso fin a su etapa académica, a los 16 años, ha trabajado menos de dos meses en total; figura como demandante de empleo, pero no se ha justificado que además de inscribirse en el INAEM esté llevando a cabo una búsqueda activa de ocupación laboral sin hallarla, más bien parece que espera a ser llamada para trabajar. En los tres trabajos que ha tenido, ha cesado por lo visto voluntariamente en ellos porque se llevaba mal con las encargadas. Y considerando que si la hija del demandante no tenía un oficio era por falta de aplicación o bien en la búsqueda de este o en el desempeño de los que había encontrado, concluyó que esa situación de necesidad es creada por la propia alimentista con su inactividad. La sentencia de apelación revocó la sentencia de

(14) *https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEACtJTCq2NVA1TzYEYiO1xOSS0sQcl_xkW0MQO7MsNSQxydZALTMlxdYr1MDAwNTC2NLQyFKtLLWoODM_z9bIwNDcwNjQBABUy7hWSAAAAA==WKE.*

(15) *https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEACtJTCq2NVA1TzYEYiO1xOSS0sQcl_xkW0MQO7MsNSQxydZALTMlxdYr1MDAwNjUwtDM0kytLLWoODM_z9bIwMASCI0A4vaV7EgAAAA=WKE.*

instancia en cuanto a la extinción de la pensión de alimentos y, por su parte, el Tribunal Superior Aragonés casó y anuló la resolución del inferior, debiendo estarse a los pronunciamientos recaídos en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Ejea de los Caballeros.

Si bien es cierto que en la legislación comparada no se establece un plazo máximo como si ocurre en la nacional, también importa valorar que el art. 152 del CC, particularmente aparts. 3º y 5º, establece cuándo cesará la obligación, situación que seguramente trae luz al momento de resolver planteos de esta índole.

En los términos señalados, el mentado art. 152, establece que "Cesará también la obligación de dar alimentos: 1. Por muerte del alimentista. 2. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia. 3. Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia. 4. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación. 5. Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquel provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa".

III.5. Otra particularidad que comparten ambas legislaciones y que fuera ya adelantada es el tratamiento brindando a partir de cuándo se deben la obligación alimentaria, más allá de su exigibilidad.

En ese sentido, el art. 148 del CC dispone que "La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda. Se verificará el pago por meses anticipados, y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que este hubiese recibido anticipadamente. El juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades".

En similar orden de ideas, el art. 548 del Cód. Civ. y Com. establece que los alimentos se deben desde el día de la interposición de la demanda, agregando —diferenciándose así— desde la interpelación al obligado por medio fehaciente, siempre que la demanda se presente dentro de los seis meses de la interpelación.

III.6. Ciertamente, cuáles son los presupuestos que se tienen en consideración para fijar la pensión alimenticia o cuota alimentaria es otro tema que nos invita, si se quiere, a descubrir sus principales características.

Por su parte, en lo que establece la normativa de fondo, en el CC las encontraremos dentro del título de los alimentos entre parientes y allí tanto el art. 146 y 147, se indica que será proporcionada al caudal o medios de quien los proporciona y a las necesidades de quien los recibe, y se reducirán o aumentarán proporcionalmente, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.

Particular atención merece y se diferencia de nuestra legislación, es que la fijación será, mayoritariamente, objetiva, dependerá de esos parámetros y otros, por ejemplo la ciudad de residencia. Ello no repercutiría en los casos que presenten acuerdos, siempre que no sea en detrimento del interés superior del niño.

Tan es así que cuentan con una herramienta virtual **(16)**, donde completando los requisitos que allí se estipulan, que no son más ni menos que los mencionados, se establece cual será la pensión que corresponderá a abonar. Por lo demás, entendemos que resulta de sumo interés, porque principalmente podría colaborar con el alcance de una mayor cantidad de acuerdos en etapas anteriores a la judicialización de la controversia.

En cuanto a nuestra legislación, el art. 659 Cód. Civ. y Com. *in fine* da cuenta de similares parámetros al establecer que "son proporciona-

(16) http://www6.poderjudicial.es/PensionAlimenticiaWeb/frmGeneral.aspx

les a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado".

III.7. A lo largo de este trabajo, hemos intentado proporcionar un análisis comparativo de las legislaciones española y argentina en temas propios del derecho de familia que, para alcanzar su completitud analítica, requiere que nos avoquemos al título específico que nos convoca, el cual se encuentra presente en el tít. VII, nominado "De las relaciones paterno-filiales" y cap. I "Disposiciones generales".

Sentado ello, podemos mencionar que el título se inicia con los deberes y facultades que recaen sobre quienes detenten la patria potestad sobre sus hijos menores de edad y que no han sido emancipados.

Así ello, el art. 154 del CC menciona lo siguiente: "Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad".

Conforme a lo señalado, podemos mencionar que el referido artículo presenta semejanzas con el art. 646 del Cód. Civ. y Com., donde se establecen los deberes y derechos de los progenitores de "cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo (…) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a los derechos personalísimos. (…) Representarlo y administrar el patrimonio del hijo".

A su vez, el art. 647 *in fine* de la misma norma civil nacional también garantiza la posibilidad de que los progenitores puedan solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

III.8. Como resultado del análisis realizado, podemos concluir que en ambos códigos de fondo nos encontraremos con artículos que regulan el procedimiento de las medidas cautelares y que tengan por finalidad garantizar o restablecer los derechos de los NNA.

En lo atinente al tema en estudio, vale ilustrarse del art. 158 del CC español el cual instituye al juzgador para que de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dicte: 1. Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

Es interesante observar, a los efectos correspondientes, la similitud que perfectamente puede encontrarse entre el artículo mencionado y el art. 553 del Cód. Civ. y Com., el cual también faculta al juez a imponer al responsable de incumplimientos reiterados, medidas razonables en pos de asegurar la eficacia de la sentencia.

III.9. Llegando al final del presente trabajo, no podemos dejar de distinguir e identificar quiénes son los sujetos legitimados para iniciar las acciones pertinentes que tengan por finalidad garantizar, con su tramitación, el cumplimiento de una de las principales obligaciones que emanan del ejercicio de la responsabilidad parental, la obligación alimentaria.

Particularmente, nos compete señalar que en el CC del Reino de España no se precisa quiénes pueden ser los sujetos legitimados, dando a entender, claramente, que el principal sujeto legitimado es el progenitor que se encuentra detentando la responsabilidad parental sobre su descendencia.

En el caso nacional, el art. 661 del Cód. Civ. y Com. faculta al otro progenitor en representación del hijo, al hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada y, subsidiariamente, a cualquiera de los parientes o Ministerio Público a demandar a aquel progenitor que falte a la prestación de alimentos.

Importa resaltar que, cuando el Cód. Civ. y Com. invoca al Ministerio Público, cuya naturaleza es la de un órgano con autonomía funcional

que fue creado en la reforma constitucional del año 1994 (art. 120, CN), y que se integra tanto por el Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa, por lo general, como es el caso recientemente indicado, lo hace en razón de la representación complementaria o principal que establece el art. 103 del Cód. Civ. y Com., esto es, instando la intervención de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces.

IV. Conclusión

A modo de cierre, y como hemos podido apreciar, el estudio del derecho comparado reveló interesantes aportes como resultado de la evaluación y la comprensión de nuestra legislación nacional. Ya desde el plano constitucional trajo novedades significativas, a pesar de las distintas épocas en las cuales fueron reformadas, resultando interesante la forma en que cada uno de los cuerpos jurídicos se avoca a los derechos de las familias y a las garantías que se les brindan.

Luego, y a lo largo de su desarrollo, pudimos cerciorarnos de los aportes legislativos que cada uno presenta en vista de intentar satisfacer el desarrollo integral de los NNA y garantizar sus derechos.

A fin de concluir, nos interesa destacar y reiterar aquellos valiosos aportes normativos que ofrece la legislación española en orden a la simplicidad del proceso judicial de familia y, principalmente, el de alimentos.

Subsistirá para otra ocasión la tarea de analizar si la circunstancias aludidas repercute en los tiempos que pueda llegar a demandar los procesos, entendiendo también que, sobre seguro, no es el único camino que resta por mejorar, y siendo imperioso obtener un incremento de recurso humano calificado, para satisfacer la enorme demanda de servicio de justicia que actualmente se observa en los tribunales civiles de familia.

ENSEÑANZA EN EL DERECHO DE FAMILIA

Géneros y diversidades en las redes sociales

Patricio J. Curti (*)

Sumario: I. Introducción en 2246 caracteres.— II. #Oportunidad.— III. #Amenaza.— IV. Cerrar sesión.

I. Introducción en 2246 caracteres

Instagram, YouTube, Facebook, TikTok, Twitter... Espacios totalmente accesibles a cualquier persona, sin importar su localización, grado de estudios alcanzado, ocupación, edad y cualquier otra variable que podamos pensar.

¿Qué pueden ofrecer estos canales de comunicación? ¿Cuál es el lugar que ocupan en la sociedad a la hora de trasmitir ciertos conceptos y contenidos? En un extremo, a modo referencial, contamos con informes **(1)** que muestran —para enero de 2021— datos muy llamativos. Argentina tenía una población de 45,40 millones, con 36,32 millones de usuarios de internet y 36,00 millones de usuarios de redes sociales (equivalente al 79,3% de la población actual) y 55,19 millones de conexiones móviles. En el otro, nos encontramos con determinados debates dados solamente en lugares específicos como los académicos o, al momento de dar luchas por la conquista de derechos, en distintas esferas del Estado u organizaciones no gubernamentales.

A lo anterior, se suma una omisión significativa: educación sexual integral que pese a estar sancionada en la Argentina desde el año 2006 (ley 26.150), no se aplica de manera uniforme a lo largo y ancho del país, con agravantes tales como, su falta de una verdadera perspectiva de género, ausencia capacitación sobre sus temas transversales por parte de quienes ejercen la docencia, la utilización de material técnico-pedagógico desactualizado, basada en parámetros binarios y biologicistas.

Por lo dicho, los interrogantes que se plantean son muchos. Por ejemplo: ¿en qué materia de nuestra formación educativa se trata específicamente sobre la historia del feminismo o los movimientos disidentes como el de LGBTIQ+? ¿Cuáles son los ámbitos de la formación convencional o medios de comunicación donde se abordan con profundidad temas vinculados con la multiplicidad de conformaciones familiares, el rol actual de las mujeres, las diversidades de géneros y orientaciones sexuales? ¿Se puede pensar en medios alternativos para contribuir a la construcción de una sociedad más plural, igualitaria y justa desde el rol docente del derecho? Veamos si es posible responder algunos de estos interrogantes...

II. #Oportunidad

Primeramente, hay que decir que las redes sociales (en adelante, RRSS) constituyen, hoy, el canal de comunicación y expresión por excelencia de la mayor parte de la comunidad. En realidad, justamente para ello fueron creadas: para conectarnos **(2)**. Así, se instaló una nueva forma

(*) Abogado; magíster en Familia, Infancia y Adolescencia; docente de Familia y Sucesiones (UBA); miembro del Proyecto de Investigación UBACyT "Las guardas de hecho y su prohibición. Un estudio sociojurídico desde el derecho contemporáneo".

(1) *https://datareportal.com/reports/digital-2021-argentina* (compulsa realizada el 15/05/2021).

(2) Lo conocido hoy como redes sociales tuvo como precedente la revolución tecnológica que tuvo su origen hace más de 50 años, cuando se intentó por primera vez compartir información entre diferentes personas, a través de computadoras, sin importar la distancia física entre ellas. Fue en 1958, cuando en los Estados Unidos, fundaron la "Advanced Research Projects Agency" a través del Ministerio de Defensa, que se centró en crear co-

de comunicación con características propias: no presencial, inmediata, sin limitación alguna y dinámica en cuanto al intercambio de información.

Una definición sencilla y clara de RRSS es la que aporta Hütt Herrera **(3)** cuando dice que, más allá de las diferentes definiciones, lo cierto es que ha sido un espacio creado virtualmente para facilitar la interacción entre las personas. O sea, que a través de las RRSS podemos interactuar. Además, resulta interesante observar la palabra que se utiliza en la definición: "facilitar". Entonces, no solo posibilitan la interacción entre personas, sino que la facilitan. Hoy en día con una pantalla (teléfono, computadora, *tablet*, etc.) podemos interactuar con otra u otras personas instantáneamente, en tiempo real, con una cantidad indefinida y ejecutando diferentes acciones de interacción en simultáneo.

A su vez, se generan estructuras de relaciones como entornos que proporcionan oportunidades, o también coaccionan la acción individual. Si bien, las formas de las RRSS pueden ser variadas, lo importante es entender que crean flujos complejos de comunicación, pero que pueden servir para multiplicar el mensaje y llamado a la acción que se desea transmitir.

Sumado al aspecto comunicativo, el creciente número de personas usuarias de las RRSS ha cambiado algunas conductas respecto de la manera de acceder a la información, concretamente, de una forma "menos tradicional". Esto nos lleva al término de "democratización" en la medida en que se han vuelto más horizontales los flujos de información y se puede filtrar o elegir los datos y noticias a las que nos exponemos. Lo anterior puede tener grandes consecuencias para una sociedad que tradicionalmente funcionaba con medios de comunicación más controlados, institucionalizados y verticales. De esta manera, se transforman radicalmente las posibilidades de quienes usemos a las RRSS, permitiéndonos ser a la vez consumidores y creadores, compartir, reinventar y conformar redes de acción. El nuevo ecosistema informativo del que hablamos permite que cualquiera pueda convertirse en generador/a de contenidos y además, en emisor/a de opiniones.

Con base en lo anterior, cuando hablamos de la sociedad actual, indirectamente estamos haciendo referencia a una realidad diferente a la que se conocía hace un tiempo atrás, donde las mujeres ocupan espacios impensados (o se apunta a ello) y donde han cobrado protagonismo una enorme cantidad de construcciones diversas sobre géneros y orientaciones sexuales, hoy, más visibilizadas. Esta realidad, quedó desfasada respecto de nuestro sistema educativo con arraigo patriarcal, basado en construcciones binarias, que olvida la historia de la mujer, del colectivo LGTBIQ+, el lenguaje inclusivo y que invisibiliza cuerpos o identidades disidentes. Hay mucho por hacer al respecto y con el objetivo de que estos contenidos lleguen al "llano" de la sociedad como un mecanismo de concientización, sensibilización de todas las personas que la componen y como un medio de difusión de derechos.

Se trata ni más ni menos de un problema real y vigente. No proponemos que las RRSS ocupen el lugar que el Estado debería monopolizar como un generador de políticas públicas a través de sus instituciones. Claro que no. Pero quedarse con los "brazos cruzados" no es la alternativa más útil. En definitiva, hay que darles entidad a cuestiones instaladas, donde el cruce entre la relevancia de nuevos canales de comunicación y ante la falencia estatal, puede ser vista como una oportunidad, intentando minimizar los efectos provocados por la omisión manifiesta de quien resulta el principal responsable.

Las y los operadores en la transmisión de conceptos del derecho, debemos ser conscientes que el "no optar" por estos medios alternativos, trae como consecuencia que muchas personas queden fuera del conocimiento y discusión de ciertos temas. Al fin de cuentas, si se busca un cambio cultural, cuando las discusiones solo se reiteran en los ámbitos académicos, afines a determinados sectores de la población, o bien en el ámbito estatal donde se debaten la imple-

municaciones directas entre computadoras para poder enlazar las diferentes bases de investigación. En 1982, se creó internet y luego el *e-mail*.

(3) Conforme al concepto desarrollado en: HÜTT HERRERA, Harold, "Las redes sociales: una nueva herramienta de difusión - Social networks: a new difusion tool", *Revista Reflexiones*, 2, vol. 91, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2012, ps. 121 y ss.

mentación —o no— de determinadas políticas públicas o la sanción de normas que amplíen derechos: la tarea queda inconclusa.

Limitar la discusión a esos sectores, ante el desacierto del sistema educativo, nos enfrenta a un problema: nos encontramos con un gran porcentaje de la población que toma esas cuestiones como ajenas o abstractas. Eso se traduce en violencia, exclusión, desconocimiento, desigualdad de oportunidades y desconocimiento de derechos.

¿Podemos ejercer docencia de una manera distinta a la convencional? La respuesta está a la vista. Docentes del derecho deberemos reinventarnos, dirigiendo nuestras acciones y tratando de llegar a todas las personas, participando o pretendiendo participar en procesos que impliquen la difusión y promoción de derechos o temas sociales, utilizando plataformas o herramientas digitales de comunicación, es decir, RRSS y otras nuevas tecnologías para difundir contenidos y multiplicar la concientización. Es importante, que se instale en nuestra labor, la idea de "compromiso social", con este plus reseñado y directamente relacionado con el hecho de que la información no solo circule entre quienes ocupan determinados roles en la sociedad o asisten a capacitaciones específicas sobre determinadas temáticas, sino a una mayor parte de la población de una manera más horizontal.

A veces esta transmisión de contenidos a través de la docencia y desde la perspectiva del compromiso social va más allá. Distinguir esta "subida de escalón" es importante. Cuando en el marco de una sociedad en la que la comunidad se organiza cada vez más alrededor de causas sociales que se buscan comunicar y promover, queriendo cambiar los comportamientos y las políticas públicas, con el objetivo de ser involucrados en las decisiones, para que sean oídas las opiniones, se acojan propuestas o detengan proyectos; estamos hablando de "activismo digital". Es decir, la participación y organización de la ciudadanía utilizando las RRSS para difundir, promover y defender diversas causas civiles, políticas, sociales y culturales, muchas veces buscando un objetivo particular, influir en las políticas o decisiones de las autoridades.

En este nivel, las RRSS permiten el desarrollo de nuevas formas de lucha y la visibilización de reclamos prescindiendo de los medios de comunicación tradicionales para hacer llegar un mensaje. Desde el feminismo, podemos citar como ejemplo local, a la consigna "Ni Una Menos" que hace alusión a un pedido concreto de accionar ante la falta de respuestas del Estado, la comunicación y la cultura. A partir de allí se impuso el *hashtag* #NIUnaMenos con una incidencia de tal magnitud que en solo veinte días desató una protesta masiva y se agenció como una fecha clave para la acción feminista. No se trató de una expansión completamente involuntaria de la consigna, sino que fue parte de un conjunto de tácticas utilizadas para articular con diversos grupos del movimiento de mujeres y feministas, así como trabajadores de prensa y personalidades con capacidad de influenciar en la opinión pública. Si bien desde tiempos históricos la violencia hacia las mujeres fue denunciada por sectores feministas, el espacio virtual fue clave para amplificar la convocatoria a personas que no se habían sentido sensibilizadas por la problemática.

En concreto, pueden usarse en su forma más sencilla, para informar; de una segunda manera, para concientizar y movilizar a otras personas y en su función más sofisticada, como herramienta para incidir en políticas públicas. Hablar de docencia del derecho abarca las dos primeras, la tercera implica puramente activismo digital. Esa es la diferencia entre las tres instancias señaladas.

Son cosas distintas y se torna necesario diferenciarlas para un mejor entendimiento. En este sentido, el rol de quienes hacemos docencia del derecho se torna importante, por la especialidad en ciertas temáticas que podemos abordar, para trabajar hacia la igualdad como una necesidad que no solo afecta a las mujeres y a las diversidades sexuales y de géneros, sino a la sociedad en su conjunto. Desde una visión transversalizada por los derechos humanos, debemos asumir el compromiso de generar conciencia, promulgar y difundir derechos, con el objeto de aportar nuestro "granito de arena" para construir una sociedad más plural e igualitaria, considerando que la "perspectiva de géneros y diversidades" se instaló como una de las categorías centrales para analizar la actualidad,

pudiendo lograrse complementariamente —o de manera principal, ante el problema planteado al inicio— a través de una nueva dimensión y con el uso de RRSS, aprovechando su enorme potencial y ventajas.

No nos olvidemos de que, desde una visión humanística, el Estado debe monopolizar la obligación. Pero con ese mismo punto de partida, también, es necesario entender el lugar que cada persona desde su rol social y en especial, como docentes, ocupamos ante la deficiencia descripta. Independientemente de las falencias del sistema formal y el lugar que vendrían a "llenar" estas nuevas formas de transmisión de contenidos, nos debe quedar realmente en claro que no sustituyen a los espacios tradicionales: los complementan y es necesario saber utilizarlos.

III. #Amenaza

Las ventajas que ofrecen las RRSS no siempre son aprovechadas en el sentido al que se hizo mención con anterioridad. Podemos encontrar muchos contenidos violentos, promotores del odio, la discriminación, etcétera. En este punto es donde aparece el uso responsable de estas herramientas, que no aplicará a la docencia del derecho en términos humanísticos y desde el compromiso social al que apuntábamos.

Sin dudarlo, es posible afirmar que no todo lo que surge de las redes tiene que ser bueno. Hace poco tiempo se autoproclamaba alguien como "*influencer* fascista" española, viralizándose su discurso abiertamente antisemita, homodiante y machista **(4)**. Por la entidad de sus dichos, en pocos días esta persona pasó de tener 4000 a 13000 seguidores. Bajo un cuestionable titular, otra vez los medios de comunicación "bajo la lupa": no solo por no promover espacios positivos en clave de derechos humanos, sino también, plasmando los dichos de la joven en términos de ¿tendencia?

La modalidad en que las RRSS manejan el flujo de comunicación es algo de lo que no tenemos respuesta. Sin embargo, las normas comunitarias que las rigen explícitamente hacen referencia a que para utilizarlas debe respetarse al resto de los miembros de la comunidad. Instagram dice entre sus normas: "Queremos promover una comunidad diversa y positiva. Retiramos cualquier contenido que incluya amenazas creíbles o lenguaje que incite al odio, contenido que, dirigido a particulares con el fin de humillarlos avergonzarlos, información personal utilizada para chantajear o acosar a alguien (...). Resulta inaceptable fomentar el uso de la violencia al atacar a alguien por razones de raza, etnia, origen nacional, sexo, identidad sexual, orientación sexual, creencias religiosas, discapacidad y enfermedades". Al ver el contenido del texto, las mismas RRSS asumen o deberían asumir la responsabilidad social que tienen en la comunidad y el contenido que permiten compartir.

Discusión aparte, pero no menos importante, se relaciona con el desarrollo del pensamiento crítico de las personas al receptar la información que toman de las RRSS. Hoy en día, las instituciones educativas —al menos— deberían orientar sus propósitos en los campos de la educación y la pedagogía a ese objetivo. En estos espacios, la formación del pensamiento crítico, particularmente en el ámbito de los dominios específicos del conocimiento, se constituiría como el propósito central de la didáctica de las ciencias. De tal manera, que la enseñanza y el aprendizaje de principios, conceptos y teorías en los diferentes campos disciplinares pasan a un segundo plano. Lo que se conforma como fundamental es la formación de personas y comunidades que piensen y actúen críticamente con los contenidos que reciban, en la búsqueda de ser más críticos frente a la información que consumimos, corroborándola y siendo capaces de hacer lecturas de diversos medios que nos den diferentes perspectivas alrededor de una sola temática.

IV. Cerrar sesión

La comunicación digital a través de las RRSS tiene un potencial que aún no se ha explorado completamente. Lo cotidiano nos demuestra que tiene grandes posibilidades en los temas sociales y por esto se convierte en un mecanismo valioso que, mediante su uso, ayuda a dar voz a

(4) Polémicamente, el diario en cuestión tituló la noticia en Twitter como "*Influencer* fascista: la nueva referente de 18 años de la ultraderecha española" (*bit.ly/2NxsfZw*, compulsa realizada el 17/02/2021).

causas no son muy visibles en los lugares más tradicionales.

Con mayor grado de especificidad, entramos en una de las misiones que tenemos las y los operadores del derecho en nuestro rol de docentes: lograr el respeto de las diversidades de identidades y géneros, y orientaciones sexuales, en transversalidad con una mirada centrada en los derechos humanos. ¿Cuáles serían *los temas a desarrollar?* Implica plantear contenidos y brindar recursos básicos con el propósito de contribuir a que todas las personas puedan vivir en libertad y sin discriminación; vivir con plenitud su orientación sexual, identidad de género, expresión de género y diversidad corporal; crecer libres de prejuicios, estigmatizaciones y violencias; comprender la riqueza de la diversidad; conocer, respetar y defender siempre los derechos de todas las personas; promover el cambio cultural necesario para conformar un mundo más justo e igualitario y, en síntesis, comprender que cuando hablamos de los derechos de personas LGBTIQ+, estamos hablando lisa y llanamente de derechos humanos. A esto se suma la corriente cada vez más valiosa de los feminismos y su transversalidad, con sus distintas perspectivas.

El paradigma del *online* es una realidad. Negarla sería negar a la sociedad de una herramienta muy ventajosa para no ser excluida, donde a través de su "buen uso" se construye un camino para la promoción de los derechos humanos. El desafío 2.0 llegó para quedarse y está en nuestras manos convertir a las RRSS en espacios nutridos de iniciativas creativas para buscar lograr cambios, conciencia y sensibilidad en la sociedad.

Editemos nuestro perfil como docentes e iniciemos sesión, otra vez.

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