RDF

DERECHO DE FAMILIA

REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Noviembre 2021 | 102

DOCTRINA

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

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 octubre 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

Noviembre 2021 | 102

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

Presentación
Luz M. Pagano - Ida A. Scherman 3

El COVID-19, los países, la vida y nuestros derechos humanos
Mónica Pinto 6

Vacunación: análisis jurídico comparado durante la pandemia de COVID-19 y a la luz de la jurisprudencia reciente
Sandra M. Wierzba - Juli Mansnerus - Toni Malminen 13

Protección de la vivienda en tiempos de crisis sanitaria en el contexto regional, nacional y de la provincia de Buenos Aires
Valeria Antos 37

Niñxs y adolescentes con discapacidad. Prioridades y particularidades del abordaje en centros terapéuticos: inquietudes exhibidas a partir de la emergencia sanitaria
Rosalía Muñoz Genestoux 50

COVID-19: niñas/os, adolescentes y jóvenes en dispositivos residenciales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Florencia Rodríguez 58

El derecho a la educación durante la pandemia: la evidencia de la desigualdad
Gustavo Daniel Moreno 69

El cuidado en tiempos de pandemia: sorteando la emergencia, garantizando derechos
Laura C. Pautassi 85

El derecho a la salud de las personas con discapacidad en tiempos de pandemia. Actuación de las curadurías oficiales de la provincia de Buenos Aires
Ana Carolina Santi 98

Salud sexual reproductiva y no reproductiva en pandemia: recomendaciones de CEPAL y UNFPA
Laura Cantore 106

Apuntes sobre violencias de género en pandemia
Ana Casal 117

Morir en pandemia: una oportunidad para reflexionar sobre el final de la vida
María Marcela Pájaro 133

Pandemia y tecnologías de la información y comunicación (TIC) en el marco de los procesos de familia. La importancia de la ciberseguridad para preservar el derecho a la intimidad y el acceso limitado al expediente
Hugo A. Vaninetti 141

COVID-19 y cuestiones de derecho internacional privado
Liliana Etel Rapallini 155

La respuesta judicial a las acciones colectivas interpuestas en pandemia por ciudadanos contra la Ley IVE: estudio de casos y reflexiones preliminares desde el derecho procesal
Francisco Verbic - Mariela Galeazzi 164

LEGISLACIÓN NACIONAL

Síntesis de legislación nacional
Luz M. Pagano 183

LEGISLACIÓN PROVINCIAL

Síntesis legislativa provincial
Silvia Eugenia Fernández 195

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Coronavirus y derecho de las familias en Latinoamérica: algunas reglas en un momento de incertidumbre y confusión
Javier Muñiz 207

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Jurisprudencia norteamericana.Tecnología y COVID 19: algunas experiencias en los tribunales de familia americanos
Ida A. Scherman 215

Jurisprudencia española
Mariela A. González de Vicel 221

Jurisprudencia francesa
Alicia A. Carnaval 238

INVESTIGACIONES

Derechos políticos de las mujeres en la Argentina
Melina Soledad Zanotti 247

INFORMACIONES

Informaciones 3/2021
Federico Notrica - Martina Salituri Amezcua - Carolina A. Videtta 263

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Novedades bibliográficas 269

Discapacidad y modelo social. Enfoques desde la doctrina y la jurisprudencia
María Silvia Villaverde 270

Adopciones. Un modelo psicojurídico para los procesos adoptivos. Análisis, acciones y propuestas concretas de abordajes
Gisela L. Maxuell 288

REVISTA DE REVISTAS

Revista de revistas 3/2021
Mariel F. Molina de Juan - Marcela Ilacqua - Nadia A. Tordi 295

ARTE, LITERATURA Y DERECHO DE FAMILIA

Leer como abogados y abogar como lectores
Gabriel R. Juan 313

ACTUALIDADES

Actualidad bioética en el mundo 3/2021
Eleonora Lamm - Carolina B. Martino 317

DOCTRINA

Presentación

Luz M. Pagano
Ida A. Scherman

La elección de un número especial que tiene como eje el derecho de las familias y de los niños, niñas y adolescentes aún en el contexto de pandemia debido al COVID-19 resulta no solo necesaria sino diríamos obvia. El problema atraviesa todos los aspectos de la vida familiar y los derechos más fundamentales de la niñez, la adolescencia y las situaciones del ciclo de vida como la discapacidad y la muerte.

Como punto de inicio, Mónica Pinto, autora del "El COVID-19, los países, la vida y nuestros derechos humanos", da cuenta, desde la perspectiva de derechos humanos, de la globalidad del problema y del necesario abordaje colectivo. Seguidamente, revisa las medidas adoptadas en el contexto global y regional a la luz de las reglas de la democracia, la emergencia a la luz de las fortalezas y las debilidades preexistentes en las instituciones, e invita a un diseño de políticas públicas nuevas, adaptadas a la nueva realidad.

A continuación, y en un contexto en el cual los movimientos antivacunas aparecen fortalecidos, Sandra M. Wierzba, Juli Mansnerus y Toni Malminen desarrollan "Vacunación: análisis jurídico comparado durante la pandemia de COVID-19 y a la luz de la jurisprudencia reciente". Se aborda la vacunación como "el hito sanitario que más vidas ha salvado en el mundo a lo largo de la historia de la humanidad" y una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva. El exhaustivo trabajo revisa la reticencia a la vacunación, los derechos de los pacientes, las regulaciones y las soluciones jurisprudenciales en el bloque regional latinoamericano y el europeo a la luz de un equilibrio entre los derechos individuales y la seguridad colectiva.

Valeria Antos efectúa su aporte en "Protección de la vivienda en tiempos de crisis sanitaria en el contexto regional, nacional y de la provincia de Buenos Aires". La autora presenta las medidas tuitivas en materia de vivienda que se adoptaron en razón de la situación sanitaria y social durante la pandemia, tanto a nivel nacional como en la provincia de Buenos Aires, y las soluciones jurisprudenciales que se alcanzaron a la luz de las normas constitucionales y convencionales vigentes con presencia de especial ponderación de condiciones sociojurídicas.

En relación con la niñez y la adolescencia en condiciones de vulnerabilidad se presentan varios trabajos. En el primero, Rosalía Muñoz Genestoux analiza este colectivo en el particular caso de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad en centros terapéuticos, en el marco de la emergencia sanitaria. Por su parte, Florencia Rodríguez aborda cómo han transitado la pandemia los niñas/os, adolescentes y jóvenes que se encuentran en dispositivos residenciales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Gustavo Moreno realiza un detallado análisis del impacto de la pandemia sobre el derecho de la educación, sin dejar de lado la múltiple afectación de los derechos de la infancia bajo el criterio de indivisibilidad de los derechos. El autor exhibe las dificultades que las diferentes jurisdicciones mostraron a los fines de garantizar una actividad educativa no presencial, a distancia, para niñas, niños y adolescentes, la cual no se encontraba legal ni pedagógicamente prevista y que motivara la sanción de la ley 27.550. Explicita las singularidades de la educación virtual que conducen a revisar los estándares internacionales mínimos para superar la brecha digital: entrega de dispositivos tecnológicos, internet y conectividad de banda ancha, a fin de evitar la ampliación de las desigualdades que ya padecen los alumnos en razón de sus distintas realidades sociales y económicas.Laura Pautassi, partiendo de una realidad incontrastable cual es que a las mujeres históricamente se les han asignado las tareas de cuidado, nos conduce por un camino en el que muestra cómo durante la

fase de aislamiento social preventivo obligatorio (ASPO) ellas han quedado más sobrecargadas en función de las nuevas demandas de cuidados de sus familiares, a la par de la presencia de múltiples violencias institucionales y en las relaciones interpersonales.

Ana Carolina Santi aborda el derecho a la salud de las personas con discapacidad en tiempos de pandemia, poniendo énfasis en la actuación de las curadurías oficiales en la provincia de Buenos Aires desde una perspectiva pro-persona. La autora brinda un relevamiento de casos y fallos jurisprudenciales inéditos alcanzados en distintos departamentos judiciales de la provincia de Buenos Aires que reconocen la vulnerabilidad de los sujetos, al disponer que se brinden las prestaciones requeridas.

Laura Cantore se ocupa de salud reproductiva y no reproductiva en pandemia: recomendaciones de CEPAL y UNFPA. La autora parte de la idea de la pandemia como "hecho social total", en el sentido de que convulsiona el conjunto de las relaciones sociales y conmociona a la totalidad de los actores, de las instituciones y de los valores. Con ese lente afirma que el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos se vio afectado por la magnitud de la crisis sanitaria y humanitaria y las dificultades de acceso a los servicios públicos, situación que se prevé continuará en el futuro próximo. En especial resalta la situación de gran inequidad en orden a los sistemas de salud en América Latina. Aporta numerosas fuentes y documentos internacionales que brindan recomendaciones en materia de políticas públicas sobre salud de la población que deberían ser capaces de reducir las inequidades al tiempo de estar fuertemente integradas con diversas políticas de protección social.

Ana Casal aborda la violencia de género en el contexto de pandemia y demuestra su exacerbación a tenor de los datos y el pormenorizado análisis que nos brinda en un completo trabajo. Señala cómo a partir de marzo del 2020, la vivienda pasó a ser el lugar donde se solapan cuidado, trabajo y educación, al tiempo que las paredes del hogar en muchos casos *se resolidificaron* en pandemia, constituyendo el emplazamiento del terror cotidiano. Brinda un extenso panorama de las relaciones entre pandemia y violencia de género.

La muerte es la etapa final que nos toca recorrer a todos por nuestra calidad de seres vivientes. Sin embargo, el cómo ha resultado sumamente angustiante no solo para quienes transitaron ese paso en soledad, sin asistencia de sus seres queridos, sino para aquellos que no pudieron acompañarlos ni despedirlos. Marcela Pájaro resalta la importancia de hacer foco en la persona que está atravesando esta instancia del fin de la vida a través de la perspectiva de los derechos humanos, así como el deber de respetar pautas bioéticas de mínima aun en pandemia, con anclaje en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Y frente a todas las dificultades a las que nos hemos visto sujetos en este marco pandémico, Hugo Alfredo Vaninetti aporta una mirada positiva en relación con los beneficios que las tecnologías de la información y la comunicación han traído en los procesos judiciales. Desarrolla las aptitudes generadas en el marco de la denominada "e-justicia", que se aceleró vertiginosamente entendida, este como los distintos procesos que se dan dentro del Poder Judicial utilizando para tales fines las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC). El autor desarrolla experiencias con la virtualidad en diferentes procesos de familia.

Liliana Etel Rapallini se ocupa de "COVID-19 y cuestiones de derecho internacional privado". La autora señala cómo la pandemia afectó notoriamente los casos con elementos extranjeros, obstáculos que se intentaron superar a través de determinadas prácticas quizá poco ortodoxas hasta el momento de su aparición. Exhibe la creación de redes virtuales seguras y efectivas destinadas a la transmisión de rogatorias internacionales y regionales, así como el expediente electrónico en casos internacionales, en especial en casos relativos a la sustracción internacional de niños.

Con la mirada en el derecho comparado, Ida Ariana Scherman aborda "Tecnología y COVID-19. Algunas experiencias en los tribunales de familia americanos". Se exhiben los desarrollos en el proceso virtual en materia de familia, violencia de género, migración y temas penales vinculados a la violencia y las tensiones que se presentan en relación con las garantías constitucionales. Se proyecta a futuro que será

necesario implementar más tecnología y flexibilidad en los procesos.

Francisco Verbic y Mariela Galeazzi presentan su trabajo "La respuesta judicial a las acciones colectivas interpuestas en pandemia por ciudadanos contra la Ley IVE: estudio de casos y reflexiones preliminares desde el derecho procesal". Los autores analizan en detalle distintos casos promovidos por "ciudadanos" durante la pandemia para impugnar la ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, sancionada el 30 de diciembre de 2020. Con frondosa jurisprudencia, sostienen la existencia de numerosos e irresolubles obstáculos de orden constitucional, procesal y de principio para la admisibilidad y la procedencia de este tipo de acciones colectivas.

El COVID-19, los países, la vida y nuestros derechos humanos

Mónica Pinto (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Lo contextual.— III. La desigualdad y la pobreza estructurales en las Américas.— IV. Las reglas de juego de la democracia y la emergencia.— V. Un enfoque de derechos humanos.— VI. Algunos ejemplos desde la perspectiva de género o desde la falta de perspectiva de género.— VII. Cerrando.

I. Introducción

El COVID-19 devino pandemia el 19/03/2020 cuando la Organización Mundial de la Salud así lo hizo saber al mundo. El 25 de marzo, todos los países de la Organización de Estados Americanos (OEA), solo por dar un dato que permita dimensionar, ya tenían casos de esa enfermedad. En ese momento, el mundo entró en pausa.

La pandemia tiene un importante efecto disruptivo en las relaciones humanas, las relaciones internacionales y, en general, en casi todas las relaciones que se dan en este mundo.

Mi intención es compartir algunos comentarios sobre el *cómo* en la pandemia, *cómo* decidir, *cómo* implementar, con enfoque de derechos humanos en general y de género en particular.

II. Lo contextual

Estamos en una crisis que no es solo sanitaria, humana y económica sino que tiene insoslayables efectos jurídicos. Es, además, una crisis que llega en un momento de desgaste de la confianza en la globalización y el multilateralismo.

Se han dado manifestaciones, por cierto no generalizadas, negando la primera y rechazando el segundo. Entiendo que en América deberíamos capitalizar lo positivo de la globalización que ya está aquí y suscribir sin reservas al multilateralismo.

La globalización no es, como sostienen las lecturas más nacionalistas, la muerte de la soberanía, sino la ocasión para su ejercicio adecuado y con incidencia política, productiva y social **(1)**.

Es posible gobernar en globalización y conducir sus efectos de modo que vivamos en un mundo mejor, aunque ello no es vivir en el mejor de los mundos.

En la globalización nada es enteramente propio ni local ni internacional. Por eso, ningún derecho interno tiene todas las respuestas. No todas las situaciones pueden ser consideradas al interior de la frontera nacional. Hay que mirar afuera. Hay que hacer con otros, con nuestros socios de siempre y también hay que alentar alianzas estratégicas.

Esta globalización tiene distintos significados según quiénes la invoquen y los campos a los que la apliquen. Lo que hay que plantearse, pues, no es si hay o no globalización. Eso ya está resuelto; la cuestión es cómo la globalización nos ayuda a vivir mejor. Se trata de gestionar democráticamente la globalización, generando igualdad de oportunidades, se trata de una globalización con criterio *pro-persona* **(2)**.

(*) Profesora emérita en la Universidad de Buenos Aires.

(1) Así surge de la *lectio magistralis* del presidente Ricardo Lagos en ocasión de la entrega del título de doctor honoris causa de la Universidad de Buenos Aires (LAGOS ESCOBAR, Ricardo, "Ética y globalización", RJBA, 1999-2000, p. 184).

(2) Véase PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín – COUR-

La pandemia ha llegado a todos, Estados grandes y pequeños, Estados ricos y pobres. Eso da cuenta de la globalidad del problema, para el cual parecen no existir las salidas individuales sino que la salida debe ser colectiva.

Desde mediados del siglo XX rige un orden jurídico-político en el que el multilateralismo es la herramienta para abordar un panorama creciente de cuestiones internacionales como esta que hoy nos afecta y convoca. Se han creado instituciones que tienen por cometido justamente considerar un sector de nuestras actividades desde un prisma específico y cuya tarea ayuda a las sociedades nacionales a tratar sus problemas.

III. La desigualdad y la pobreza estructurales en las Américas

La globalización ha significado, entre otras cosas, la generalización, casi planetaria, de los derechos humanos **(3)**. No se trata de afirmar aquí, frívolamente, que los derechos humanos se respetan en todo el mundo, sino que todas las personas son titulares de estos derechos y que todos los Estados tienen la obligación jurídica de respetarlos.

Los derechos humanos integran el orden jurídico positivo de todos los Estados, por la vía de las normas consuetudinarias y convencionales internacionales. Esto no está en discusión.

En nuestra región nos debemos más regulación con eje en la persona. La Declaración del Centenario de la OIT sobre el Futuro del Trabajo **(4)** propone un enfoque inclusivo centrado en la personas, hoy más necesario que ayer para proteger los derechos de las personas y rescatar los negocios y las economías devastadas por las consecuencias de la pandemia **(5)**.

Esto me permite detenerme en cuestiones que en las Américas son estructurales, como la desigualdad que no es producto de esta crisis pero que agrava todas las crisis y que, en esta, como en otras ocasiones profundiza las desigualdades. La desigualdad estructural alcanza a las mujeres, a los pueblos indígenas, los migrantes y refugiados, y al colectivo LGBTI+, entre varios otros.

Nada más distinto que dos personas. La naturaleza, la genética, el clima, la posición social y económica, entre muchos otros factores, contribuyen a que dos humanos sean profundamente distintos. Lo interesante de la noción de derechos humanos consiste en acudir a la herramienta jurídica para igualarnos. El orden jurídico es el que expresa la decisión política de que esto sea así. Se trata, pues, de una construcción histórica que conduce a una imposición legal. La igualdad es el punto de partida para la titularidad de derechos. En el respeto de la diferencia se consagra la igualdad en este campo **(6)**.

La igualdad legalmente consagrada y culturalmente aceptada tiene por finalidad corregir el desequilibrio de poderes. De allí que el principio de no discriminación sea central para el goce y el ejercicio de los derechos humanos de todos.

Sin embargo, esto no agota la igualdad. Señala Owen Fiss que "el principio de no-discriminación supone una concepción muy limitada de igualdad [y por ese motivo propone] delinear otro principio intermedio (...) un principio que dé mejor cuenta de la realidad social, y que haga

TIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. CELS - Del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 163-171.

(3) Hay consenso en que esto se ha logrado hacia fines del siglo XX cuando la Cámara de los Lores británica se pronunció sobre el pedido de extradición del general Pinochet (*House of Lords, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others EX Parte Pinochet* [Respondent] [On appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division]; *Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others [Appellant] EX Parte Pinochet [Respondent]* [On appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division], del 25/11/1998) y cuando se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional, 37 ILM (1998) 1302; 2187 UNTS 3, en vigor para 123 Estados.

(4) OIT, "Declaración del Centenario sobre el Futuro del Trabajo", Conferencia Internacional del Trabajo, 108ª sesión, Ginebra, 2019.

(5) OIT - CEACR, "Adenda al estudio general: Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante", CEACR/XCI/2020/4, Ginebra, 2021, #5.

(6) Esta idea la he trabajado en "Légitimer la diversité", 1 *Revue Aspects [Revue d'études francophones sur l'état de droit et la démocratie, Cultures Juridiques]*, 2008, 17-28.

foco más claramente en las cuestiones que deben decidirse en los casos de igual protección de la ley" **(7)**.

No me refiero, entonces, al enfoque de la igualdad del liberalismo clásico, de corte individualista, sino a una igualdad estructural, que incorpora datos históricos y sociales que dan cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que se encuentran sometidos amplios sectores de la sociedad. Se trata de lograr una igualdad sustantiva para los grupos históricamente considerados más débiles en las relaciones de poder.

Esta es siempre una asignatura pendiente en nuestra región. Con esta pandemia, la desigualdad se está profundizando, por lo que nuestros países deberían pensar seriamente en comenzar su tratamiento antes de que sea más difícil aún.

También es estructural la pobreza en las Américas. Una pobreza que nos duele porque sus causas son políticas y no objetivas y que siempre agudiza los efectos negativos de las crisis. No se trata solamente de una insuficiencia de ingresos para adquirir una cesta mínima de bienes y servicios sino, y más bien, de la falta de la capacidad básica para vivir con dignidad. La pobreza estructural priva de un horizonte de desarrollo humano **(8)** y supone vulnerabilidad y exclusión social.

Abordar la pobreza con un enfoque de derechos humanos supone asumir la exclusión, que hoy más que ayer es un problema globalizado que deja fuera de las oportunidades de desarrollo a millones de personas, y también asumir a los excluidos como actores de esta estrategia **(9)**.

Los enfoques asistencialistas no pueden ser el fin de la ruta ni el camino perpetuo; se hace necesario emplazar el tema en los derechos, toda persona es titular de derechos. En un enfoque de derechos, los titulares tienen reclamos computables y los Estados deberes concretos. Por lo mismo, cabe una elaboración participada de políticas y estrategias, y también de normas.

La crisis que vivimos, desafortunadamente, viene generando desempleo, caída del PBI, y está volcando al campo de la pobreza y de la exclusión a mucha gente, haciendo más pobres a los pobres. La pandemia de COVID-19 ha servido de llamada de atención para alertar a la comunidad mundial sobre la urgencia de acelerar los avances en la construcción de sistemas de protección social, en particular, pisos de protección social **(10)**, especialmente en contextos en los que la economía informal es relevante, cuando no preponderante. El momento llama a pensar las opciones que se abren ante una América que soslaya a los pobres.

IV. Las reglas de juego de la democracia y la emergencia

La crisis no se pensó con consecuencias políticas, pero las tuvo. Probablemente, por aquello de que "el hombre se descubre cuando se mide con el obstáculo", como sostenía Antoine de Saint-Exupéry en *Tierra de hombres* (1939); muchos gobiernos, en la región y en otras partes del mundo, tuvieron respuestas autoritarias.

El emergente autoritario surgió de las sombras de los gobiernos e inicialmente las decisiones prescindieron de las reglas de juego de la democracia. Probablemente, no solo por el hecho de la pandemia sino por una tendencia que ya venía delineándose... pero, en todo caso, fragilizando instituciones y derechos en contextos en los cuales inicialmente los poderes judiciales quedaron paralizados.

Lo cierto es que en pandemia es aún más necesario el respeto de las reglas de juego democráticas. Así, por ejemplo, los mecanismos de seguimiento de personas, los *softwares* de rastreo a los que acudieron muchos gobiernos, resultan más confiables con la vigencia del es-

(7) OWEN, Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, 1976, p. 107, cit. en SABA, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2016, p. 58.

(8) PNUD, "Informe sobre el desarrollo humano 1990", Washington, 1990, p. 33.

(9) De esto me ocupé en "Los derechos humanos desde la dimensión de la pobreza", 48 *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 2008, San José de Costa Rica 2009, ps. 43-62, p. 59.

(10) OIT – CEACR, ob. cit., #37.

tado de derecho —el *rule of law*— y el carácter democrático del gobierno pero, con las mismas características técnicas, en escenarios menos respetuosos de la institucionalidad democrática, resultan menos confiables.

A estas cuestiones contextuales se superponen otras que tienen relación con la administración del poder y que en esta pandemia requieren mayor atención.

La mayoría de los países de la región y del mundo decretaron estados de emergencia y de sitio, incluso con toque de queda, lo que condujo a una acumulación casi inigualable de poder en las ramas ejecutivas, con escaso o casi nulo control de los parlamentos, en contextos nacionales en los que no siempre los tribunales funcionaban y la gente no reaccionaba, por miedo a contagiarse.

La emergencia no puede suponer la cuarentena del Estado; ella necesita del Estado en funciones en todas sus ramas, con modalidades diversas, trabajando remotamente si hace falta, pero funcionando.

Sucede que la emergencia tiene regulación legal en nuestras constituciones y, además, está prevista en el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos **(11)** y en el art. 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos **(12)** y los términos son claros.

Así las cosas, la restricción y la suspensión de derechos requieren del Congreso, de una ley formal "ceñida al bien común" **(13)**, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en caso *The Sunday Times* en 1979, señalando que cuando se exige que la restricción esté "prevista por la ley" se apunta a que dicha ley sea adecuadamente accesible, esto es, que el ciudadano debe poder tener una indicación adecuada en las circunstancias de las normas legales aplicables a un caso dado, y, en segundo lugar, a que ella sea formulada con la suficiente precisión como para permitirle al ciudadano que regule su conducta, pudiendo prever las consecuencias que pueden surgir de una determinada conducta **(14)**.

Se trata de hacer jugar las representaciones parlamentarias como el fiel de una balanza que marca el nivel de lo tolerable como restricción o suspensión en su caso. Ello se compadece con los más clásicos criterios del sistema republicano en el que el Parlamento es el órgano político y popular de control por excelencia **(15)**.

Es claro que la salud pública puede ser invocada para restringir el ejercicio de determinados derechos, de manera de permitir al Estado adoptar las medidas necesarias para prevenir o, en su caso, enfrentar serias amenazas a la salud de la población o de alguno de sus miembros. En este caso, se invocó la declaración del COVID-19 como pandemia por la Organización Mundial de la Salud.

Para suspender alguno de los derechos que sí pueden ser suspendidos, hay que demostrar que ello resulta necesario a la luz de la emergencia, lo que supone demostrar que no puede lograrse lo mismo por una vía menos lesiva de los derechos humanos. Se trata de que sea necesario en una sociedad democrática, lo que introduce un criterio de legitimación política en el proceso de limitación del alcance de un derecho que indica que la legitimidad debe expresar consistencia con los principios de una sociedad democrática. En otros términos, la restricción es necesaria cuando se vincula con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas **(16)**. En América, se trata de incluir las normas de derechos humanos —muchas de las cuales se encuentran ya en nuestras constituciones— o, directamente, las de los tra-

(11) 1144 UNTS 123 (en adelante, CADH).

(12) 999 UNTS 171 (en adelante, PIDCP).

(13) Corte IDH, "La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", opinión consultiva OC-6/86, 09/05/1986, serie C, nro. 6, párr. 37.

(14) 26/04/1979, *The Sunday Times Case*, series A v. 30, párr. 49.

(15) Parliament: Guardian of Human Rights, Inter-Parliamentary Symposium, Budapest, 19-22/05/1993, IPU, *Reports & Documents* 21, p. 84.

(16) Corte IDH, "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", opinión consultiva OC-5/85, 13/11/1985, serie A, nro. 5, párr. 41-2.

tados que nos vinculan, esto es el PIDCP y la CADH **(17)**.

La suspensión conoce de límites temporales y materiales. Así, es legítima "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación", respecto de los derechos susceptibles de suspensión y "siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada (únicamente) en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social".

Trátase, pues, de la aplicación del principio de proporcionalidad, tanto en la intensidad de la suspensión cuanto de la duración. La suspensión solo procede legítimamente si un resultado equivalente no puede lograrse sin tal suspensión. También debe cumplirse con el deber de dar noticia a la CIDH **(18)** y al Comité de Derechos Humanos del PIDCP **(19)**.

La emergencia no faculta a suspender todos los derechos, porque hay derechos que no pueden ser suspendidos. Por aplicación del criterio *pro-persona,* acá y ahora los derechos que no pueden ser suspendidos son los que surgen de la suma de los derechos enunciados en el art. 4º del PIDCP cuanto en el art. 27 de la CADH: la vida, la integridad, la protección contra la tortura, el derecho al nombre y las garantías judiciales, entre otros.

Todo esto da cuenta de la necesidad del Estado en funciones, de la actividad del Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial.

Si los gobiernos tienen una indudable obligación en materia de protección de la salud pública también la tienen en relación con el respeto de los derechos y libertades de las personas. El equilibrio entre ambas cuestiones viene de la mano del enfoque de derechos.

(17) 32 de los 35 Estados de la OEA son partes en el PIDCP; 23 Estados son parte en la CADH, aunque a los 35 los vincula la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

(18) Art. 27.3, CADH.

(19) Art. 4.3, PIDCP.

V. Un enfoque de derechos humanos

Si el siglo XX inventó los derechos humanos, el siglo XXI asiste al desarrollo de los derechos humanos como un conjunto de criterios de interpretación del derecho, como una herramienta hermenéutica que se impone cuando se trata de respetar la libertad y la dignidad de todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminación y con alcances universales **(20)**. Ya no son justificables en derecho las decisiones y las políticas públicas que signifiquen sacrificar los derechos humanos.

No se trata de reducir el mundo a los derechos humanos, sino de legislar cada tema cuidando de respetar esos derechos, por los cuales los Estados son internacionalmente responsables. La cuestión es analizar el derecho considerando, entre otras cosas, que las normas respeten los criterios de los derechos humanos, sustancialmente en los aspectos de libertad, dignidad e igualdad.

Los 35 países miembros de la OEA compartimos el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyos órganos se han ocupado de esta situación, hay una declaración de la Corte IDH **(21)** y una resolución de la CIDH **(22)** de abril de 2020, planteando la necesidad de compatibilizar ambas cosas y sugiriendo áreas y criterios para ello.

Esos órganos también han generado una serie de estándares en varios ámbitos, como los derechos de las personas privadas de libertad, derechos de las mujeres, derechos de migrantes y refugiados, LGBTI+, entre otros que brindan

(20) Sobre esto me explayé en "Les droits de l'homme: un critère d'interprétation du droit", in AKANDJI-KOMBÉ, Jean-François (comp.), *L'homme dans la société internationale, Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 919-945; un trabajo más actual y en español, "Los derechos humanos: un criterio de interpretación del derecho", 71 *Revista del IIDH*, 2020, ps. 83-109.

(21) Corte IDH, declaración 1/20, 09/04/2020, "COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales.

(22) CIDH, "Pandemia y derechos humanos en las Américas", res. 1/2020.

ayuda para elaborar directivas y normas respetuosas de los derechos de esas personas.

Se trata de utilizar los criterios de derechos humanos para minimizar los efectos negativos de la suspensión de derechos o de su restricción.

VI. Algunos ejemplos desde la perspectiva de género o desde la falta de perspectiva de género

En este sentido, el Informe de la Comisión Interamericana de Mujeres sobre el "COVID en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados" **(23)** señala, con razón, que las mujeres debemos ser parte de la decisión para asegurar que el enfoque de género sea adecuado. Admitir que se puede retroceder en terrenos ganados luego de muchos años de reclamar la igualdad de derechos y de trato no es posible, ni en la crisis. Nosotras no somos parte del problema sino de la solución.

Así, la cohabitación en contextos de violencia incrementa la violencia, por lo que debe prorrogarse la vigencia de las medidas de exclusión o admitirse soluciones alternativas. Este es un tema transversal en el mundo, así en la Argentina y en Francia, por ejemplo, la violencia contra la mujer durante la cuarentena o confinamiento aumentó un 30%. Un 30% de casos evitables con un enfoque de género.

También deben preservarse los derechos de los padres y de los niños en casos de cuidados parentales conjuntos, facilitando desplazamientos cuidadosos de las normas de higiene, etc., pero respetuosos de los derechos de niños y padres.

El confinamiento ha puesto de manifiesto y ha empeorado la injusta organización social de los cuidados, dificultando la vida de las mujeres que trabajan y que ahora tienen a sus niños en casa todo el día y deben asistirlos en las tareas educativas, animarlos en su esparcimiento, cumplir con su trabajo y hacerse cargo de las tareas de la casa. Esta es otra de las asignaturas pendientes en lo estructural que tiene nuestra región y que torna aún más gravosa la situación de las mujeres.

Históricamente las mujeres de todos los niveles sociales han podido trabajar porque han delegado al menos una parte de los cuidados en otras mujeres que hicieron lo mismo con sus cuidados. Esa cadena se rompió en el confinamiento o aislamiento social.

A medida que avanza el desconfinamiento, es importante un enfoque de género, porque las mujeres deben y quieren volver a trabajar pero no depende de su sola voluntad sino del conjunto de las medidas que se tomen. Sin escuelas ni guarderías, eso es difícil. Con escuelas con horarios diversos y jornadas especiales, también lo es. No es cuestión de sujetar las políticas sanitarias a lo que nos queda mejor a las mujeres, pero sí de incluirnos en el proceso de adopción de decisiones, de considerar que en una casi mayoría de los casos la cuestión escolar impacta en mayor medida en los esquemas laborales de las mujeres.

Las medidas de cuarentena o confinamiento acabaron con la (poca) igualdad de nuestro medio. En rigor, quienes disponían de hogares más amplios y funcionales la pasaron mejor que quienes debieron convivir entre muchos, en pequeños espacios. Las carencias edilicias se sumaron a otras muchas.

Varias son las consecuencias de la súbita inmersión en el mundo virtual. La desigualdad en el acceso y en la tasa de conectividad es, probablemente, la más evidente. Ella depende de la situación económica, la zona en que se resida, entre otros factores, y por ello afecta a los sectores de más bajos ingresos. Es importante pensar en políticas que democraticen esos accesos, en consideración de la función social primordial que ahora presta el mundo virtual.

Las medidas de confinamiento suspendieron en muchos casos y por mucho tiempo la asistencia a la escuela. El "ir a la escuela" trae aparejado mucho más que aprender a leer y escribir, a saber historia o geografía. Es un ejercicio de socialización imprescindible en las distintas etapas del crecimiento. El pase a la virtualidad, como salida inexorable, ante la severidad de la crisis, puso a los niños y niñas más lejos del ideal igua-

(23) Comisión Interamericana de Mujeres, 2020: "Esta realidad requiere que la participación igualitaria de las mujeres en las decisiones y el enfoque de género sean elementos centrales de las políticas de mitigación y recuperación de la crisis".

litario. No todos los padres y madres pueden hacerse cargo de explicar las lecciones del colegio y menos aún de iniciar a sus hijos en aprender a leer o a escribir, a dividir, a multiplicar. El comentario no apunta al distinto bagaje educativo y cultural de los padres, sino a la importancia del método. Además, la desigualdad es creciente cuando solo se dispone de un *smartphone* para seguir la clase o hacer la tarea.

La pandemia también puso de manifiesto la importancia del control médico regular de muchas patologías que se vio dificultado, cuando no suspendido, por razón de la crisis, generando situaciones de creciente severidad.

Con motivo del 75º aniversario de las Naciones Unidas, el secretario general Guterres lanzó un "Llamado a la acción por los derechos humanos" que establece principios rectores generales y define campos de acción: los derechos humanos como elemento básico del desarrollo sostenible, los derechos humanos en épocas de crisis; la igualdad de género y de derechos para las mujeres, la participación ciudadana en el espacio cívico; los derechos de las generaciones futuras, especialmente la justicia climática, los derechos en el centro de la acción colectiva, y los nuevos horizontes para los derechos humanos.

Toda una agenda de trabajo que hay que implementar.

VII. Cerrando

La pandemia dejará lecciones aprendidas en varios terrenos y también debería permitirnos practicar el enfoque de derechos en el diseño de estas políticas públicas nuevas, adaptadas a la nueva realidad. Un robusto diálogo social es necesario para encontrar salidas constructivas a la crisis, políticas de largo término, estrategias que refuercen la productividad y el crecimiento económico, promoviendo la transición a la formalidad y asegurando mayor cohesión social, resiliencia y estabilidad **(24)**

Necesariamente una regulación que contemple los 360 grados de la actividad humana social es muy compleja y necesariamente se producen lagunas. La pluralidad de miradas, la consideración de situaciones subjetivas se impone aunque no parezca necesario. De ellas se hace cargo el enfoque de derechos humanos, no solo en la distribución de funciones durante la emergencia, sino también al proponer miradas diferenciadas.

(24) OIT – CEACR, ob. cit., #295.

Vacunación: análisis jurídico comparado durante la pandemia de COVID-19 y a la luz de la jurisprudencia reciente (*)

Sandra M. Wierzba (**)

Juli Mansnerus (***)

Toni Malminen (****)

Sumario: I. Planteo.— II. Enfoques jurídicos actuales en materia de vacunación.— III. Reticencia a la vacunación y derechos de los pacientes.— IV. Marco regulatorio y experiencia jurisprudencial latinoamericana.— V. Perspectivas europeas: la jurisprudencia del TEDH sobre la vacunación obligatoria.— VI. Reflexiones jurídicas en torno a la vacunación durante la pandemia de COVID-19.— VII. Reflexiones finales.

I. Planteo

Se considera la vacunación como una de las vías más eficaces para prevenir enfermedades, al tratarse de un método capaz de generar inmunidad contra ellas **(1)**. De hecho, resulta habitual leer que, luego de la potabilización del agua, la vacunación es el hito sanitario que más vidas ha salvado en el mundo a lo largo de la historia de la humanidad **(2)**.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha expresado reiteradamente que la inmunización reduce en gran medida las enfermedades, la discapacidad, la muerte y la desigualdad a nivel mundial **(3)**. Su efectividad puede advertirse en la erradicación de la viruela y la restricción de múltiples enfermedades, como la poliomielitis, el sarampión, la rubéola y el tétanos, esti-

(*) Ampliación del trabajo titulado "Vacunación: hacia un equilibrio entre libertad de conciencia e interés público. Análisis jurídico comparado durante la crisis del COVID-19", de los mismos autores, publicado en LA LEY del 21/12/2020, AR/DOC/3839/2020.

(**) Profesora titular de Obligaciones Civiles y Comerciales (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires).

(***) Investigadora postdoctoral en Derecho Médico y Biomédico (Facultad de Derecho, Universidad de Helsinki).

(****) Profesor de Práctica en Derecho de la Competencia y Defensa Jurídica (Universidad de Eastern Finland).

(1) OMS, "Q&A on vaccines", 2019, disponible en *https://www.who.int/vaccines/questions-and-answers*.

(2) SOCIEDAD ARGENTINA DE INFECTOLOGÍA, "Vacunas: Comunicado Oficial", disponible en *https://sadi.org.ar/index.php?option=com_acymailing&ctrl=archive&task=view&mailid=115&key=HAnrx2a4&subid=665-01e11314b09ca7bd3d3832caee630388&tmpl=component* al 18/10/2020.

(3) OMS, "Vaccination greatly reduces disease, disability, death and inequity worldwide", disponible en *https://www.who.int/bulletin/volumes/86/2/07-040089/en/* al 20/08/2020.

mándose que actualmente las vacunas evitan de dos a tres millones de muertes cada año **(4)**.

A su vez, se destaca la idea de "inmunidad colectiva" o "de rebaño", de acuerdo con la cual se requiere que una proporción suficiente de la población, generalmente una gran parte de ella, se vacune, para proteger a quienes no pueden hacerlo, por ejemplo, por problemas o condiciones de salud previas **(5) (6)**. En otros términos, la eficacia en la prevención de enfermedades depende de la tasa de cobertura de las vacunas **(7)**. Y si bien los procedimientos médicos realizados en una persona suelen referirse únicamente a esa persona en particular, la inmunidad del rebaño y la salud pública son los elementos esenciales que hacen que la vacunación no afecte solo el interés individual, sino, asimismo, el de terceros y de la población en general. Es así como, aunque comprometa una decisión individual, la vacunación afectará el derecho a la salud de los demás.

Por ese tipo de razones, algunos Estados disponen de sistemas de vacunación obligatoria.

Los debates sobre la vacunación obligatoria impactan en el corazón del derecho constitucional, la teoría del derecho, la filosofía política y el derecho a la salud. Giran en torno a un interrogante esencial, que puede expresarse del siguiente modo: ¿Cómo lograr un equilibrio entre la libertad de conciencia —incluidas las excepciones de orden religioso a las leyes generalmente aplicables— y el interés público —incluida la salud pública—?

Tal pregunta se resignifica en un mundo donde los llamados "movimientos antivacunas" vienen cobrando fuerza en los últimos años y donde la inmunización masiva podría poner fin a la mayor crisis sanitaria global desde la gripe española.

Asimismo, la vacunación supone un procedimiento médico y, por lo tanto, involucra también los derechos del paciente **(8)**, que hoy en día están fuertemente asociados a los derechos humanos **(9)** y en algunas legislaciones, a los "derechos personalísimos" **(10)**. En última instancia, el tema planteado compromete la cuestión de la seguridad colectiva frente a los derechos de las personas; la salud de una comunidad y los derechos de cada uno de sus integrantes.

Sin ofrecer una conclusión definitiva, este artículo pretende arrojar luz sobre los temas en juego, mediante la adopción de un enfoque comparativo, describiendo los marcos regulatorios actuales y ciertas experiencias habidas con la vacunación en Latinoamérica y en la Unión Europea, con especial referencia a la situación de Argentina y de Finlandia **(11)**, y al estado de cosas durante la pandemia provocada por el coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19).

II. Enfoques jurídicos actuales en materia de vacunación

En los últimos años ha habido una creciente resistencia hacia las vacunas, con brotes de enfermedades prevenibles por vacunación

(4) OMS, "Cobertura vacunal", disponible en *https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/immunization-coverage* al 06/11/2020.

(5) FINNISH INSTITUTE FOR HEALTH AND WELFARE, "Vaccination coverage", disponible en *https://thl.fi/en/web/infectious-diseases-and-vaccinations/information-about-vaccinations/vaccination-coverage*, al 23/08/2020. Ver, asimismo, "La importancia de vacunarse", disponible en *https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-importancia-de-vacunarse* al 12/10/2020.

(6) ZELAYA, Mario A., "Los nuevos desafíos que enfrenta la ley de vacunación obligatoria", SJA del 18/09/2019, 3, AR/DOC/2178/2019.

(7) SIVELÄ, J. – LAUNIS, V. – JÄÄSKELÄINEN, S. – PUUMALAINEN, T. – NOHYNEK, H., "Käsitykset rokotuksista ja rokotuskattavuuteen vaikuttavat tekijät" [in English: "Perceptions on vaccines and factors affecting vaccination coverage"], 09/03/2018. *Lääkärilehti* 10/2018, 73, ps. 648-652, disponible en *https://www.laakarilehti.fi/tieteessa/katsausartikkeli/kasitykset-rokotuksista-ja-rokotuskattavuuteen-vaikuttavat-tekijat/?public=2f3f74d60f7d8f8e8ef2767ac50c1ca6* al 20/08/2020.

(8) LEHTONEN, L. – LOHINIVA-KERKELÄ, M. – PAHLMAN, I., "Terveysoikeus", [in English: "Health law"], Talentum Media Oy, 2015, p. 162.

(9) NIEMINEN, L., "Terveys ihmisoikeuskysymyksenä" [in English: "Health as a Human Right"], Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2015, p. 1.

(10) Conf. arts. 51 a 61, Cód. Civ. y Com., muy especialmente el art. 59.

(11) Donde los autores hemos desarrollado la mayor parte de nuestra experiencia.

que solían estar mejor controlados, incluso en los países desarrollados **(12)**. Ello ha generado preocupaciones sobre cómo lograr una inmunización efectiva, que garantice la salud pública.

Así, por ejemplo, algunos países europeos, como Alemania e Italia, han dispuesto la obligatoriedad parcial de ciertas vacunas, imponiendo diferentes sanciones a los infractores y prohibiendo la asistencia a la escuela a los niños no vacunados **(13)**. A su vez, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha considerado recientemente una serie de casos conocidos como "Vavřička" (solicitud 47621/13) y otras cinco solicitudes contra la República Checa, todos referidos a la legislación checa sobre vacunación obligatoria y a las consecuencias para los demandantes que se negaron a cumplirla (en lo sucesivo, "Vavřička y otros contra la República Checa") **(14) (15)**. El Tribunal se pronunció por primera vez con relación al concepto de vacunación obligatoria, bajo la perspectiva de los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), brindando su interpretación sobre si resultan justificadas las interferencias que tal método supone, respecto de los derechos individuales. Según la jurisprudencia del TEDH, las cuestiones de política sanitaria están dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales. Y en el caso ahora comentado, que se refiere específicamente al carácter obligatorio de la vacunación infantil, se consideró que tal margen debía ser amplio. Se trata de un caso histórico, ya que, es la primera vez que el TEDH dicta una sentencia vinculante y definitiva sobre la vacunación obligatoria contra las enfermedades infantiles que son bien conocidas por la ciencia médica.

Las políticas de vacunación obligatoria pueden ser una novedad para algunas naciones y son parte de una discusión presente en Europa. Sin embargo, cuentan con una larga tradición y relevancia en varios países de América Latina, muchas veces castigados por enfermedades prevenibles por vacunación, asociadas a la fragilidad de infraestructura y a la carencia de servicios básicos. Así, por ejemplo, en la Argentina, además, de haberse establecido por ley el derecho a la vacunación en todas las etapas de la vida, se ha dispuesto la obligatoriedad de distintas vacunas en el Calendario Nacional de Vacunación, conforme a criterios que establece la autoridad de aplicación (p. ej., según edad; para el personal de salud), con posibilidad de aplicar sanciones que van desde la simple notificación hasta la vacunación compulsiva, en caso de incumplimiento de las obligaciones correspondientes (ley 24.791/2019, arts. 2º, 7º, 8º y 14).

Los cuestionamientos en torno a la vacunación obligatoria resultan de gran actualidad, considerando la pandemia de COVID-19, en curso. Pero, además, las presentes circunstancias pueden condicionar las políticas públicas a futuro, en cuanto los Estados pueden razonablemente plantearse qué tipo de medidas deben tomar de tal modo de garantizar la inmunidad de su población, con el fin de eliminar o prevenir nuevas pandemias. A su vez, se impone investigar este tema y plantearse preguntas sobre posibles violaciones a los derechos de las personas, desde la perspectiva del paciente y con base en los derechos humanos, pero también sobre la seguridad colectiva; mientras se mantienen los esfuerzos por crear vacunas y esquemas de inmunización que sean mejores y más seguros.

Ahora bien, antes de entrar en algunos detalles sobre el estado actual del derecho a la salud en las comunidades de referencia, contrastaremos dos tipos ideales de libertad de creencia.

El primero, suele dar prioridad a las libertades individuales, por sobre el interés público.

(12) OMS, "Improving vaccination demand and addressing hesitancy", disponible en *https://www.who.int/immunization/programmes_systems/vaccine_hesitancy/en* al 23/08/2020. Ver, asimismo, HICKLER, B. – GUIRGUIS, S. – OBREGON, R., "Vaccine Special Issue on Vaccine Hesitancy", *Vaccine*, 2015:33:[34], ps. 4155-4156.

(13) PAUL, K. T. – LOER, K., "Contemporary vaccination policy in the European Union: tensions and dilemas", *J. Public Health Pol.* 2019:40, ps. 166-179.

(14) "The ECtHR 2020: Grand Chamber to examine case concerning compulsory vaccination"; The ECtHR 2020: Factsheet - Health, disponible en *https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_ENG.pdf al 20/08/2020*. ECtHR es el acrónimo en idioma inglés para "TEDH".

(15) Cabe aclarar que el TEDH ya había considerado algunos casos relacionados con la vacunación obligatoria con anterioridad; sin embargo, estos fueron declarados inadmisibles y las circunstancias eran bastante diferentes.

En este sentido, cabe afirmar que el más conocido sistema legal existente que representa este tipo ideal es el derecho de los Estados Unidos de América. Así, por ejemplo, en el caso "Masterpiece Cakeshop" **(16)**, la Corte Suprema de ese país reconoció una excepción a las leyes que garantizan la no discriminación en alojamientos y comercios que prestan servicios al público, al revocar la decisión de los tribunales inferiores que consideraran discriminatoria la negativa a elaborar una torta para el casamiento de una pareja del mismo sexo, priorizando así las creencias religiosas del propietario de una pastelería. Del mismo modo, casi todos los Estados de esa nación prevén excepciones a la vacunación obligatoria por motivos religiosos o filosóficos. Tal modelo es comprensible en una sociedad como la de ese país, nacida de la persecución religiosa, donde la legitimidad del gobierno se cuestiona continuamente y los derechos individuales a menudo triunfan.

Un tipo ideal contrastante es el modelo social nórdico, donde la sociedad se encuentra altamente secularizada, el Estado y las políticas públicas son centrales en el desarrollo y los gobiernos gozan de gran legitimidad. Allí, los movimientos antivacunas han sido contenidos, aunque algunos ejemplos sorprendentes surgieron en los últimos años, en ocasiones, a partir de los debates estadounidenses. Sin historia de persecución religiosa, el logro de un equilibrio entre la libertad de conciencia y el interés público ha resultado más fácil entre los nórdicos. Ello es así, aunque el aumento de la inmigración y el mayor interés en los derechos humanos están ejerciendo algunas presiones sobre este modelo.

Latinoamérica comprende comunidades que presentan fuertes contrastes y desigualdades estructurales. Algunas de sus naciones han sido cuna de construcciones sobre derechos humanos reconocidas a nivel global, incorporando y desarrollando profusamente normas, doctrina y jurisprudencia sobre los derechos de los pacientes. Sin embargo, y acaso por las fragilidades y carencias mencionadas, que impactan fuertemente en la salud de sus poblaciones, la vacunación obligatoria hace a una práctica ya tradicional en distintos países, apreciada por la mayor parte de sus ciudadanos y avalada por la ley.

(16) 584 US, 2018.

III. Reticencia a la vacunación y derechos de los pacientes

La indecisión o reticencia a la vacunación (*vaccine hesitancy*) se asocia a *la "*desgana o negativa a vacunarse a pesar de la disponibilidad de vacunas" **(17)**. En 2019, la Organización Mundial de la Salud incluyó tal conducta entre las diez amenazas para la salud mundial, además, del cambio climático y las pandemias.

Sin embargo, tal fenómeno no es nuevo **(18)**. Existen múltiples razones por las que las personas se oponen a la vacunación, que incluyen las propias creencias, la sospecha generalizada sobre la eficacia de las vacunas y la voluntad de decidir sobre su propio plan de vacunación **(19)**.

Según la OMS, las vacunas pueden causar algunos eventos adversos muy raros pero graves, como parálisis, anafilaxia y meningitis aséptica, que son impredecibles e incluso pueden provocar la muerte **(20)**. Este es un factor que debe tenerse en cuenta en lo que respecta a los derechos del paciente, en especial con relación al derecho a la autodeterminación. Sin embargo, la reticencia no siempre proviene del temor a posibles efectos secundarios adversos. Algunas personas simplemente no quieren vacunarse, incluso por razones que nada tienen que ver con la salud. Y considerando la evidencia científica sobre la eficiencia de las vacunas, la racionalidad de ese tipo de decisiones puede cuestionarse.

En general, cabe afirmar que los pacientes tienen un derecho genérico a tomar decisiones sobre el cuidado de su propio cuerpo, incluido el derecho a rechazar tratamientos, incluso si tal rechazo importa consecuencias negativas para su la salud. En la Argentina, ello surge claramente de profusas fuentes jurídicas, como el art. 59 del Cód. Civ. y Com., de los arts. 5º y 6º de la Ley de Derechos del Paciente (ley 26.529/2009);

(17) OMS, "Ten threats to global health in 2019", disponible en *https://www.who.int/news-room/feature-stories/ten-threats-to-global-health-in-2019* al 20/08/2020.

(18) SIVELÄ, J. – LAUNIS, V. – JÄÄSKELÄINEN, S. – PUUMALAINEN, T. – NOHYNEK, H., ob. cit., ps. 648-652.

(19) *Ibid.*

(20) OMS, "Q&A on vaccines", ob. cit.

de múltiples decisiones judiciales, entre las que se destacan los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Albarracini Nieves" **(21)** y "D., M. A. s/ declaración de incapacidad" **(22)**, y de muy variados trabajos de doctrina **(23)**.

El consentimiento informado del paciente es uno de los temas fundamentales en el derecho de la salud, también amparado por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (en adelante, Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina) **(24)**, el cual en su art. 5º establece que "Una intervención en el campo de la salud solo podrá llevarse a cabo después de que el interesado haya dado su consentimiento libre e informado". Dicho Convenio ha sido considerado en la jurisprudencia del TEDH **(25)**.

A su vez, se ha considerado que el elemento más esencial en el cuidado de la salud de las personas es la autodeterminación, interpretándose que toda persona competente tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo, además de tener derecho a recibir asistencia de otros, con el fin de tomar decisiones informadas **(26)**. También implica la idea de permitir que una persona viva de acuerdo con sus creencias, siempre que no atente contra el derecho de otras a ejercer su propia autodeterminación **(27)**.

Ahora bien, la reticencia a la vacunación no necesariamente depende de la obligatoriedad de las vacunas. Por ejemplo, en Finlandia, a pesar de que las vacunas no son obligatorias para los niños, ha habido cierto rechazo hacia la vacunación, al menos en algunas regiones **(28)**. De hecho, en países donde la vacunación es voluntaria, la reticencia podría generar presión sobre las autoridades de salud pública a cargo de garantizar la cobertura adecuada, llevándolas a considerar la necesidad de optar por un sistema obligatorio. Así, la vacunación obligatoria podría ser una respuesta de algunos Estados hacia la creciente oposición a la inmunización.

Más específicamente, en Finlandia la mayoría de las vacunas son voluntarias, aunque las autoridades sanitarias fomentan enérgicamente su aplicación **(29)**. Sin embargo, la Ley de Enfermedades Transmisibles (ley 1227/2016, en su versión modificada) establece la posibilidad de disponer la vacunación obligatoria en algunos casos puntuales, mediante una resolución gubernamental, si resulta necesaria una inmunización extendida para evitar la propagación de una enfermedad contagiosa generalmente peligrosa, capaz de causar daños sustanciales a la vida y la salud de la población o de parte de ella (art. 47). A su vez, la ley impone una obligación de vacunación a empleados y estudiantes de ciencias de la salud, para proteger a los pacientes (art. 48). Ahora bien, la resistencia general hacia las vacunas y las críticas formuladas por los profesionales de la salud finlandeses a la legislación enmendada lucen indicativas de cierta mirada negativa hacia la obligatoriedad de la vacunación **(30)**. Es que las personas son cada

(21) CS, 01/06/2002, "Albarracini Nieves, Jorge W. s/ medidas precautorias", Fallos 335:799.

(22) CS, 07/07/2015, "D., M. A. s/ declaración de incapacidad", Fallos 338:556.

(23) Solo como botón de muestra, cabe mencionar a AIZENBERG, Marisa – ROITMAN, Adriel J., "Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional", LA LEY 2010-A, 826, AR/DOC/4541/2009; BENAVENTE, María Isabel, "El respeto por la autonomía del paciente. Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado", ED 186-1344; HIGHTON, Elena I. – WIERZBA, Sandra M., "La relación médico-paciente: el consentimiento informado", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, 2ª ed. act. y amp.; TOBÍAS, José W., "El consentimiento del paciente en el acto médico", ED 93-803 y "El asentimiento del paciente y la ley 26.529", *Academia Nacional de Derecho* 2010 (sept.), 20/01/2011, 5 - DFyP, 171.

(24) Oviedo, 04/04/1997.

(25) NIEMINEN, L., ob. cit., p. 45.

(26) LOUHIALA, P. – LAUNIS, V., "Parantamisen ja hoitamisen etiikka" [in English: "Ethics of healing and care"], Edita Publishing Oy, 2009, p. 31.

(27) *Ibid.*

(28) SIVELÄ, J. – LAUNIS, V. – JÄÄSKELÄINEN, S., PUUMALAINEN, T., NOHYNEK, H., ob. cit., ps. 648-652.

(29) LEHTONEN, L. – LOHINIVA-KERKELÄ, M. – PAHLMAN, I., ob. cit., p. 110.

(30) TEHY (THE FINNISH UNION OF HEALTH AND SOCIAL CARE PROFESSIONALS), "Tartuntatautilaki uudistui, näin henkilöstön rokottaminen muuttuu" [in English: "The Communicable Disease Act was amended, that is how practices regarding vaccination of health care personnel were changed"], 28/02/2017, disponible en *https://www.tehy.fi/fi/ajankohtaista/tartuntatauti-*

vez más conscientes de sus derechos, existen pocos procedimientos médicos obligatorios en este país y un esquema de esa naturaleza puede resultar incompatible con el individualismo, en una sociedad donde no se acostumbra a renunciar al propio derecho a la autodeterminación.

En ese contexto, la idea de "dañar los derechos de otras personas" puede aparecer como bastante vaga. Y teniendo en cuenta los derechos de los pacientes y particularmente, el derecho a la autodeterminación, la vacunación obligatoria podría considerarse como propia de una facultad del poder supremo del Estado, de carácter extraordinario.

En cambio, a pesar de la acción de grupos antivacunas inspirados generalmente en razones no religiosas, cabe afirmar que en la Argentina la vacunación obligatoria —para ciertos grupos humanos y con relación a ciertas patologías— hace a un criterio claramente prevaleciente en la ley, en las políticas públicas y en la jurisprudencia. El temor al contagio de enfermedades infectocontagiosas como la gripe o las hepatitis; la idea generalizada en el sentido de que ningún medicamento ha salvado tantas vidas como las vacunas e incluso la impronta dejada por la epidemia de poliomielitis en la década del 50 del siglo pasado **(31)** justifican tal criterio. A su vez, el supremo tribunal de la Nación, al pronunciarse en un caso de reticencia, sostuvo que "el obrar de los actores en cuanto perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del art. 19 de la CN; y por lo tanto, se trata de comportamientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal la que, en el caso, está plasmada en el Plan de Vacunación Nacional" **(32)**, fijando así un límite a la autonomía personal y al derecho a decidir el modelo de vida familiar.

Este criterio, que pudo verse fortalecido por la reaparición de enfermedades erradicadas, como consecuencia de la falta de vacunas suficientes para inmunizar a la población, evidenciada años atrás en un contexto de recortes de gastos en materia de salud **(33)**; luce explícito en la ley especial vigente, que se pronuncia directamente por la "Prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular" —ley 27.491/2019, art. 2º, inc. c)—.

En cualquier caso, los derechos de los pacientes hacen al núcleo de los derechos humanos y comprenden, además de la autonomía y la autodeterminación citadas, la integridad física, siendo esta una de las cuestiones que también ha abordado el TEDH en sus decisiones **(34)**. Tales derechos también cuentan con anclaje en la normativa fundamental americana, tal como surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) **(35)**, especialmente en los arts. 5º, 7º y 11. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció muy especialmente sobre el derecho a la integridad física y mental (en conexión con los derechos reproductivos de las personas), en los autos "Artavia Murillo c. Costa Rica" **(36)**.

---

laki-uudistui-nain-henkiloston-rokottaminen-muuttuu al 20/08/2020.

(31) MARCÓ DEL PONT, José, "Poliomielitis: ¿qué tipo de vacunas debemos utilizar?", *Arch.argent.pediatr* 2002; 100[1]/3, disponible en *https://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/archivosarg/2002/3.pdf*, al 13/11/2020. La epidemia habría afectado a casi 6500 personas, con una mortalidad mayor al 30% y gran cantidad de casos de parálisis infantil,

(32) "N. N. o U. V. s/ protección y guarda de personas" 2012, 157.XLVI.REX12/06/2012, Fallos 335:888. Ver especialmente, consids. 14 y 23.

(33) Este fenómeno se hizo público en los más variados medios periodísticos. Ver por ejemplo, "Alarma por la falta de vacunas: causas y consecuencias", del 12/07/2019, *https://www.perfil.com/noticias/equipo-de-investigacion/causas-consecuencias-faltante-de-vacunas-salud.phtml*; "Presentación en Diputados. Polémica por las vacunas: según un informe oficial, en 2018 se compraron menos dosis", actualizado al 02/07/2019, *https://www.clarin.com/buena-vida/polemica-falta-vacunas-informe-oficial-compraron-dosis_0_kyQsH-dd3.html*; "Falta de vacunas: nuevo pedido de informes al Gobierno", del 13/07/2019, *https://www.pagina12.com.ar/205906-falta-de-vacunas-nuevo-pedido-de-informes-al-gobierno*, todos recuperados el 20/10/2020.

(34) "Passannante v. Italy", application n. 32647/96, 01/07/1998, parágs. 91-93.

(35) San José, Costa Rica, 22/11/1969, texto que en la Argentina se incorporara por ley 23.054/1984.

(36) Sent. del 28/11/2012, texto disponible en *https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235&lang=es* al 18/10/2020.

Por lo demás, cabe mencionar que, si bien durante mucho tiempo los derechos de los pacientes fueron leídos desde una perspectiva individual, en la actualidad tal concepto se ha ampliado, siendo que se está tomando en consideración el nivel colectivo en lo que respecta a la ética del tratamiento **(37)**.

IV. Marco regulatorio y experiencia jurisprudencial latinoamericana

Nos referiremos en este apartado a la normativa y jurisprudencia de algunos países de Latinoamérica, centrándonos en la Argentina, pero mencionando el caso de otras naciones que cuentan con verdaderos precedentes sobre disputas que involucran la vacunación.

IV.1. Normativa aplicable

IV.1.a. Argentina

En el año 1941, el Congreso Nacional argentino aprobó la ley 12.670 **(38)**, que declaró obligatoria y gratuita en todo el territorio la vacunación y revacunación antidiftérica en los niños desde la edad de nueve meses a doce años.

Más de cuarenta años más tarde, el mismo cuerpo legislativo estableció un régimen general para la vacunación contra las enfermedades prevenibles. Se trató de la ley 22.909/1983, norma que delegó en la autoridad sanitaria nacional la nómina de enfermedades a incluirse en tal régimen, a ejecutarse en programas de vacunación de las distintas jurisdicciones, con obligación de garantía oportuna y suficiente, tanto en cuanto a las vacunas en sí, como en cuanto a los medios para su administración, con alcances hasta los núcleos más alejados de población. Se destacó en dicha normativa la importancia de la información y asesoramiento a los ciudadanos, el desarrollo de campañas permanentes de educación sanitaria y el reconocimiento de un deber social de someterse a este medio de inmunización (art. 7º). A su vez, la norma previó la vacunación *gratuita* (arts. 8º y 9º) y *obligatoria,* colocando en manos de los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o incapaces la responsabilidad de su efectivización (art. 18). Pero, además, la norma dispuso que "La falta de vacunación oportuna en que incurran los obligados (...) determinará su emplazamiento, en término perentorio para someterse y/o someter a las personas a su cargo, a la vacunación que en cada caso corresponda aplicar, sin perjuicio, en caso de incumplimiento, de ser sometidos los obligados o las personas a su cargo a la vacunación en forma compulsiva" (art. 18).

Ya en el siglo XXI y como parte de una política pública de un gobierno elegido democráticamente, el Congreso Nacional aprobó la ley de "Control de enfermedades prevenibles por vacunación" (27.491/2018) **(39) (40)**, donde se califica la vacunación como "una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva", concepto que define el lugar prioritario que el Estado argentino asigna a esta herramienta sanitaria. Se mantiene su carácter gratuito —garantizado por el Estado en los centros de salud y hospitales de todo el país— y obligatorio, haciéndose explícito a su respecto el principio de equidad social para todas las etapas de la vida —art. 2º, incs. a) y b)— e imponiéndose a la autoridad pública obligaciones concretas en materia de información y educación —art. 24—. La norma define la vacunación como un bien social y, según mencionáramos, dispone explícitamente la prevalencia de la salud pública sobre el interés particular —art. 2º, inc. c)—, y prevé sanciones ante la omisión, que van desde la simple notificación, hasta la vacunación compulsiva —conf. arts. 7º, 8º, 10, 11, 13 y 14—.

Y si bien dicha ley no prevé excepciones fundadas en razones médicas (al igual que las de Chile, Bolivia, Paraguay, Uruguay y Perú y diversamente a lo previsto por diversas legislaciones estatales de los Estados Unidos), se ha afirmado que los profesionales médicos, en cumplimiento del deber de cuidado, tendrían que analizar eventuales contraindicaciones que aumenten el riesgo de padecer un efecto adverso en sus

(37) LOUHIALA, P. – LAUNIS, V., ob. cit., p. 153.

(38) BO 08/05/1941. Aunque hubo normativa relevante previa sobre vacunación, a nivel provincial, como, por ejemplo, la ley 1839 PL Provincia de Buenos Aires sobre Vacunación Antivariólica, del 17/08/1886.

(39) BO del 04/01/2019.

(40) Puede verse una revisión detallada de la ley, en SUÁREZ, Enrique L., "Sobre la ley 27.491. Control de enfermedades prevenibles por vacunación", 2019-07-26, MJ-DOC-14982-AR||MJD14982.

pacientes **(41)**. De hecho, existe una práctica extendida en las escuelas, por la que se da intervención a las autoridades sanitarias, en el caso de alumnos que carecen de certificación sobre vacunación completa, solo cuando se omite presentar un certificado médico que lo justifique.

Ahora bien, en esencia, los supuestos de vacunación obligatoria se explicitan en el Calendario Nacional de Vacunación **(42)**, considerado uno de los más completos de la región **(43)**. Si bien allí se incluyen vacunas para todas las etapas de la vida, para situaciones especiales y para grupos específicos, debiendo certificarse su aplicación en las escuelas, en el marco de las relaciones laborales, ante la tramitación de distintos documentos (DNI, pasaporte, licencia de conducción, etc.) y ante la tramitación de asignaciones familiares, lo cierto es que tales certificaciones se controlan fundamentalmente en el ámbito educativo y previsional, para niños, niñas y adolescentes (NNA). Y aunque algunas instituciones sin duda cumplirán con su obligación en este sentido, por lo general no se advierte una verificación estatal sobre tal cumplimiento. La casuística jurisprudencial argentina referida a reticencia, se refiere casi exclusivamente a la situación de NNA, donde la tensión entre derechos individuales y salud pública se ve incrementada por el compromiso del interés superior de personas muy jóvenes, generalmente incompetentes para decidir.

En cuanto a la vacunación de los trabajadores de la salud, la obligatoriedad se justifica cuando puedan actuar como vectores del contagio de enfermedades prevenibles por vacunación **(44)**.

En cambio, al menos en el contexto previo al COVID-19 y durante la pandemia, la vacunación obligatoria para adultos luce más bien asociada a la protección de tales personas, a su derecho a una aplicación gratuita en ámbitos públicos y a su financiamiento por el sector privado y de la seguridad social. Cuesta imaginar la persecución legal a un adulto mayor por no haber recibido vacunación contra la gripe. Ello tiene todo un sentido, ante cualquier discusión sobre una posible vacunación "obligatoria" contra el COVID-19, que abordaremos más adelante.

Por lo demás, cabe advertir que si bien nuestro derecho sanitario prevé otros casos de imposición de prácticas médicas a la población **(45)**, el caso de la vacunación luce como un verdadero paradigma de intervención estatal en pos de la salud pública, por sobre las decisiones privadas. Es así que, si bien toda actuación médica requiere de consentimiento informado y puede ser rechazada incluso sin expresión de causa **(46)**, bien puede interpretarse que la vacunación obligatoria constituye una excepción a tal criterio, justificada en normas de carácter especial y posterior (conf. ley 27.491 y Cód. Civ. y Com.) **(47)**.

IV.1.b. Costa Rica

Según el art. 46 del Cód. Civil de este país, "Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obli-

(41) Conf. ZELAYA, Mario A., ob. cit.

(42) Conf. "Vacunas y calendario nacional de vacunación", disponible en *https://www.argentina.gob.ar/salud/vacunas*, al 16/10/2020.

(43) Conf. Organización Panamericana de la Salud (OPS), ver *https://www.telam.com.ar/notas/201305/18565-para-la-ops-argentina-tiene-uno-de-los-calendarios-de-vacunacion-mas-completos-de-la-region.html*, disponible al 18/10/2020.

(44) Así, por ejemplo, según el reciente anuncio de su Presidente, Emmanuel Macron —julio de 2021—, "La vacunación será obligatoria 'sin demora' para el personal sanitario, pero también para todos los empleados de hospitales, residencias de ancianos, establecimientos para discapacitados o incluso voluntarios que trabajen en contacto con personas mayores y frágiles, incluso a domicilio", conf. *https://www.rts.ch/info/monde/12342851-vaccination-obligatoire-contre-le-covid19-pour-le-personnel-soignant-en-france.html*, disponible al 22/07/2021.

(45) P. ej., de exámenes obligatorios, según las leyes 22.360/1980 de Chagas y 23.798/1990 de Lucha contra el Sida —criterio revisado en su dec. regl. 1244/1991—; tratamiento obligatorio según la ley 22.953/1983 de Rabia; y, en su tiempo, ley 12.331/1937 de Profilaxis de Enfermedades Venéreas.

(46) Conf. arts. 2º, inc. e), y 6º, ley 26.529/2009 de Derechos del Paciente.

(47) Más precisamente, conf. art. 2º, inc. b), ley 27.491/2018, de Vacunación y art. 59, Cód. Civ. y Com., en cuanto establece que "Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario".

gatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el art. 98 del Código de Familia...".

A su vez, según el art. 2º de la Ley Nacional de Vacunación (8111, 18/07/2001), garantiza "a toda la población la obligatoriedad y gratuidad de las vacunas, así como el acceso efectivo a la vacunación, en especial, para la niñez, los inmigrantes y los sectores ubicados por debajo del índice de pobreza. Las vacunas aprobadas deberán suministrarse y aplicarse a la población, sin que puedan alegarse razones económicas, o falta de abastecimiento en los servicios de salud brindados por instituciones estatales. Estas vacunas aprobadas se refieren al esquema básico oficial que se aplique a toda la población, y a las vacunas para esquemas especiales dirigidos a grupos de riesgo específicos". Además, el art. 3º aclara que "son obligatorias las vacunaciones contra las enfermedades cuando lo estime necesario la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, que se crea en esta Ley, en coordinación con el Ministerio de Salud y la Caja Costarricense de Seguro Social".

IV.2. Experiencia jurisprudencial

IV.2.a. Casos de negativa a la vacunación

IV.2.a.1. Argentina

La jurisprudencia argentina ha sido consistente y reiterada al priorizar el interés público por sobre el particular, rechazando variados reclamos judiciales de negativa a la vacunación. En este sentido, en el citado precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "N. N. o U. V. s/ protección y guarda de personas" (2012) **(48)**, se confirmó una sentencia que intimaba a los padres de un menor de edad a que acreditasen el cumplimiento del plan de vacunación oficial, bajo apercibimiento de ordenar la vacunación en forma compulsiva. Se trató de progenitores con una particular visión de la medicina, propia de los paradigmas del modelo homeopático y en especial, los ayurvédicos. En ese sentido, manifestaron haber optado por un modelo básico de inmunización basado en directrices nutricionales, sanitarias y de profilaxis que como regla excluía los procedimientos médicos intrusivos. El citado fallo tuvo por antecedente una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires **(49)**, donde la mayoría se pronunció en favor del carácter obligatorio de la inmunización previsto por la legislación. Sin embargo, hubo una disidencia **(50)**, en la cual se postuló que el reclamo no significaba una transgresión al orden público; que la vacunación compulsiva importaba sustituir una determinación familiar por otra estatal, invirtiendo el orden natural de las sociedades domésticas y políticas; sugiriendo que los riesgos de la no vacunación no eran diferentes a los propios de cualquier decisión existencial y de los propios de su aplicación compulsiva, proponiendo la confirmación del decisorio de la instancia anterior.

El supremo tribunal entendió que la cuestión excedía el ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, considerando que la reducción y la erradicación de contagios prevista por la ley **(51)** se basaba en razones de interés colectivo que hacían al bienestar general **(52)**. Por lo demás, invocó el compromiso asumido por el Estado Argentino en variados tratados internacionales en miras a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad **(53)**, afirmando que en definitiva se encontraba en juego el interés superior del niño, que no podía dejarse a un lado por la circunstancia de hallarse él bajo el cuidado de sus padres.

(48) 157.XLVI.REX12/06/2012, Fallos 335:888.

(49) SCBA, 06/08/2010, causa 111.870, "N. N. o U., V. - protección y guarda de personas", *elDial.com* - AA64A4, 26/10/2010.

(50) Del ministro Héctor Negri.

(51) Ley 22.909, entonces, vigente.

(52) MONZÓN, José M., al comentar esta decisión en "La vacunación como deber positivo general", 04/07/2012, MJ-DOC-5859-AR||MJD5859, destaca que "es un hecho que los Estados tienen al bienestar general como una finalidad de sus actividades (...) en esta línea (...) el derecho a la salud es no solo una condición para el bienestar de la persona sino que es un elemento esencial en la construcción de un desarrollo saludable del niño. Por lo tanto, si el Estado impone medidas para su realización, es porque es vital cuidar la salud de la población y lo es independientemente de los juicios de los particulares", afirmando que el aseguramiento de la salud conlleva una acción de asistencia al prójimo y un deber positivo general del Estado.

(53) Art. 12, PIDESC; art. VII, DADDH; art. 25.2, DUDH; art. 19, CADH; art. 3º, CDN, entre otros.

Variados otros casos judiciales involucraron discusiones similares, decidiéndose la imposición obligatoria de la vacunación **(54)**. Algunos de ellos incorporaron elementos adicionales, que dan cuenta de la problemática local, según veremos.

Así, por ejemplo, en un caso se confirmó una sentencia que intimaba a los progenitores de un menor a que acreditaran el cumplimiento de la aplicación de las vacunas neonatal antihepatitis B y BCG —antituberculosa— a su hijo, bajo apercibimiento de disponer su vacunación compulsiva, al no verificarse una situación particular de salud del niño que desaconsejara tal criterio. Allí se decidió que un informe de la pediatra tratante cuestionando de manera genérica la necesidad de incluir las vacunas en el calendario oficial para niños de corta edad, resultaba insuficiente para justificar el rechazo de la vacunación **(55)**.

Desde lo teórico, luego de un pormenorizado recorrido por la normativa constitucional local e internacional y jurisprudencia fundamental aplicable al caso **(56)**, el tribunal concluyó que la aplicación compulsiva del plan de vacunación obligatorio en el derecho argentino, cumplía con la exigencia constitucional para admitir una injerencia en el ámbito de lo privado, en cuanto: "(i) resguarda la salud del niño involucrado, entendida en su máxima expresión conforme los instrumentos internacionales ratificados por el país; (ii) protege la eficacia del propio sistema de salud y con ello los intereses de la comunidad en su conjunto; y (iii) ofrece una adecuada razonabilidad entre los beneficios que se obtienen para salud individual y colectiva y la afectación que supone la medida para el ámbito de autonomía de la decisión familiar".

En otro caso basado en circunstancias prácticamente idénticas **(57)**, los progenitores finalmente vacunaron a su hijo contra la hepatitis B, pero con relación a la BCG solicitaron la suspensión del término para su cumplimiento, hasta tanto obtuvieran los resultados de un estudio de mutación genética sobre el sistema inmunológico de su hijo, afirmando que se encontraba científicamente probado que tal vacuna podía causar daño cerebral y neurológico al niño, incluida la muerte súbita; aunque solo habrían acompañado un certificado médico y fotos. Para resolver el caso, el tribunal decidió entrevistar al director, a una infectóloga pediatra y a la vacunóloga del hospital materno infantil de la localidad, quienes explicaron que todas las vacunas del calendario nacional prevenían enfermedades graves o mortales y, luego de leer la historia clínica, concluyeron que el niño no tenía indicio clínico, ni de laboratorio alguno que sugiriera inmunodeficiencia que pudiera provocar un evento adverso con la aplicación de la BCG. Aclararon que todas las vacunas podían tener efectos contraproducentes, en su mayoría leves frente a sus beneficios. Informaron, además, que en la Argentina se observa un aumento del bacilo de la tuberculosis sobre todo en niños y adolescentes, con el consiguiente aumento de la mortalidad **(58)**. En función de tales elementos, se confirmó la resolución que intimaba a los representantes legales a la vacunación, bajo apercibimiento de ordenar su aplicación compulsiva.

Se observa en estos últimos casos —ambos resueltos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.491/2018— un intento de esquivar la preeminencia del interés público sobre el privado **(59)**. En el primero, mediante la presentación de un certificado médico que solo cuestionara "de manera genérica" la inclusión

(54) Ver, por ej., STJ Jujuy, 12/07/2016, "F. S. de B., Ñ. y R. N. S. de B. en situación de riesgo", AR/JUR/52077/2016 y elDial.com - AA9A11, 14/10/2016; JFam. Luis Beltrán, 2ª Circ. de Río Negro, 16/05/2018 "Q. K. H. s/ situación (f)", sent. no firme, elDial.com - AAA90B.

(55) CNCiv., sala de feria, 15/01/2019, "Defensoría de Menores e Incapaces Nº 1 c. C. F., T. S. s/ medidas precautorias", AR/JUR/11/2019.

(56) CN (art. 19), DUDH (arts. 3º y 12), CDN (arts. 3º, incs. 3º y 1º, 6º, 19, 23, incs. 3º y 4º; 24, incs. 1º y 2º) y CS, 01/06/2012, "Albarracini Nieves", Fallos 335:799 y 11/12/1984, "Ponzetti de Balbín", Fallos 306:1892, entre otros.

(57) CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 10/04/2019, "XXX c. XXX s/ medidas precautorias (art. 232 del CPCC)", AR/JUR/5426/2019.

(58) Según el Boletín Epidemiológico de Tuberculosis elaborado por la Secretaría de Salud de la Nación (*Boletín sobre Tuberculosis en la Argentina*, 1, año I, marzo 2018; *www.msal.gob.ar*).

(59) ZELAYA, Mario A., ob. cit.

de la vacuna en el calendario oficial; en el segundo, mediante la mera proposición de la necesidad de realizar "estudios de compatibilidad genética", pero sin una gestión concreta al efecto por parte de los interesados. Y el tenor de los decisorios resulta sugerente de una política judicial por la cual las excepciones a la vacunación obligatoria se concederán solo en casos de peligro *comprobado* para la salud individual.

IV.2.a.2. Costa Rica

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de este país debió resolver un amparo **(60)**, en el cual el progenitor de una niña se opuso a su vacunación contra sarampión, rubéola e intensificación contra polio, por considerar que tal práctica obedecía a una campaña nacional de carácter meramente preventivo y que ponía en riesgo su salud. Opuso, además, razones religiosas, al pertenecer él a la Asociación Círculo de Investigación de Antropología Gnóstica, que solo admitiría tal procedimiento como último recurso en caso de existir una epidemia. Se quejó, además, de la falta de observancia del debido proceso, con oportunidad para el ejercicio del derecho de defensa y la afectación del derecho a la vida, a la integridad física, a la patria potestad y el consentimiento informado, reconocidos en variados instrumentos fundamentales.

El tribunal afirmó la existencia de un derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluía a los niños, pero destacó que tal libertad contaba con limitaciones establecidas por la ley para proteger la salud pública y los derechos de los demás (conf. CDN, art. 14). Así, con base en la Constitución Política y en normativa fundamental como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consideró que el resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades constituía un fin constitucionalmente legítimo, que justificaba la obligatoriedad de las vacunas. Y sostuvo que tal razonamiento resultaba especialmente aplicable al caso, ya que, el plan nacional de vacunación procuraba evitar el riesgo potencial de brotes epidémicos de enfermedades infecciosas que podían provocar la muerte (como el sarampión) y discapacidades permanentes (como la rubéola congénita). Pero, a su vez, refirió la existencia de excepciones por razones médicas que debían ser autorizadas por el personal de salud con base en el art. 43 del Código de la Niñez y la Adolescencia, cuestión que por requerir un complicado sistema probatorio, excedía el marco del amparo intentado, que fue rechazado.

IV.2.b. Casos de responsabilidad civil por efectos adversos de una vacuna

La experiencia argentina da cuenta de algunos reclamos donde se requirió la reparación de los daños causados por efectos adversos de la inmunización. En un caso, un joven menor de edad contrajo poliomielitis luego de recibir la vacuna Sabin **(61)**. En otro, luego de recibir la vacuna contra la rubéola y el sarampión, una mujer sufrió una patología neurológica (encefalitis post vacinal) que le causó gravísimas consecuencias en su salud **(62)**.

Al verificarse que no se trató de la inoculación de sustancias viciosas, sino de la materialización de riesgos extraordinarios pero previsibles de la vacunación, los tribunales intervinientes hicieron lugar a las acciones entabladas con base en la doctrina de la responsabilidad del Estado por actividad lícita. Así, no quedó cuestionado el deber del Estado de preservar la salud pública, ni la legitimidad de la política de vacunación obligatoria, enmarcada dentro del poder de policía sanitaria que en forma irrenunciable le compete. Pero dado que a sabiendas del riesgo severo y excepcional que la vacunación podía causar en algún caso, se decidió afrontarlo con el fin de beneficiar al resto de la comunidad, se consideró justa la indemnización de los daños que fue-

(60) Corte Sup. de Justicia, Sala Constitucional, 17-017944-0007-CO, res. 2017018720, 21/11/2017, disponible en *https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-729555* al 24/10/2020.

(61) CNFed. Cont. Adm., sala V, 01/07/2014, "O., J. N. y otro c. Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación y otros s/ daños y perjuicios", elDial.com - AA89E1, 11/09/2014.

(62) Trib. Col. Resp. Extr. Nº 6 Rosario, 10/10/2012, "T., M. A. c. Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios", AR/JUR/74908/2012.

ran consecuencias anormales y significaran un sacrificio desigual para las víctimas afectadas.

IV.2.c. Reclamos para la efectiva vacunación por parte del Estado

IV.2.c.1. Argentina

La Argentina cuenta ya con una larga tradición de reclamos judiciales contra el Estado, los financiadores privados y de la seguridad social para la cobertura de tratamientos médicos, en miras al reconocimiento del "derecho al disfrute del más alto nivel de salud posible" de las personas **(63)**, generalmente considerado con criterio individual. Tal derecho se halla consagrado por el art. 12 del PIDESC y fue reconocido por el máximo tribunal en diversas causas **(64) (65)**. Pero aun para quienes observan el fenómeno instalado con cierta reserva **(66)**, este tipo de reclamos cuentan con un claro sentido en el caso de las vacunas, máxime cuando se trata de acciones que tienen por finalidad el beneficio de toda una comunidad. Sobre la materia, se destaca el precedente "Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social" **(67)**, en el cual, con fundamento en disposiciones como el citado art. 12 del PIDESC, el art. XI de la DADDH y el art. 25 de la DUDH —todas de jerarquía constitucional para la Argentina—, se ordenó al Estado Nacional ejecutar las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna Candid 1 —avalada por la OMS y con una efectividad mayor al 95%—, para combatir la fiebre hemorrágica argentina, como enfermedad endémica que ponía especialmente en riesgo a unos 3.500.000 habitantes de la zona de Junín.

A su vez, según esbozáramos, hace poco tiempo la Argentina atravesó una etapa donde lisa y llanamente escasearon las vacunas necesarias para inmunizar a la población. De hecho, la prensa dio cuenta de un informe presentado por la Secretaría de Salud de la Nación a la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, que refirió la reducción de vacunas programadas para el 2019, con una situación que fuera calificada como "más que alarmante, para todo el país" **(68) (69)**. El déficit en la disponibilidad habría sido además, denunciado por variadas sociedades científicas, como la Sociedad Argentina de Vacunología y Epidemiología (SAVE) y la Sociedad Argentina de Pediatría (SAP), que requirieron priorizar su solución frente a otras problemáticas sanitarias, dada la importancia del tema en términos de salud pública **(70) (71)**.

(63) Puede verse un extenso detalle en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Los recursos limitados y el 'amparo' como instrumento de acceso a la salud", LA LEY del 09/09/2020.

(64) P. ej., en el precedente "Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social", 24/10/2000, Fallos 323:3229.

(65) El alcance dado al concepto luce distinto en la lectura del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), como organismo responsable de la interpretación del PIDESC, que sostuvo que "el concepto del 'más alto nivel posible de salud', tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado (...) en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano", conf. obs. gral. 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC)" (22º período de sesiones, 2000), UN Doc. E/C.12/2000/4 (2000), apart. 9º.

(66) WIERZBA, Sandra M. – CZERNIZER, D. G., "El derecho al disfrute del más alto nivel de salud y su judicialización", LA LEY 2016-C, 834, AR/DOC/1237/2016, donde se propone una mirada crítica respecto del impacto social de la extendida judicialización individual de la salud.

(67) CNCont. Adm. Fed., sala IV, 02/06/1998, AR/JUR/3219/1998.

(68) Según el informe entregado por la Secretaría de Salud de la Nación al Parlamento, en el caso puntual de la vacuna para la hepatitis A, pasó de 880 mil dosis en 2016 a 401 mil en 2018, la mitad de lo necesario, por su parte, para la hepatitis B, pasó de 715.939 en 2016 a 300.000 en 2018.

(69) Incluso fueron imputados la ministra de Salud y Desarrollo Social y el secretario de Salud, ante el incumplimiento de una sentencia firme donde se hizo lugar a una acción colectiva para que el gobierno cumpla con la vacunación contra el meningococo. Conf. "Imputaron a Stanley y Rubinstein por la falta de vacunas", disponible al 08/07/2019 en *http://www.parlamentario.com/noticia-118940.html*.

(70) Conf. CUNZOLO, Florencia, "Presentación en Diputados. Polémica por las vacunas: según un informe oficial, en 2018 se compraron menos dosis", 01/07/2019, disponible al 24/07/2019 en *https://www.clarin.com/buena-vida/polemica-falta-vacunas-informe-oficial-compraron-dosis_0_kyQsH-dd3.html*.

(71) Ver, asimismo, la nota periodística "No sabemos qué vacunas vamos a tener", del 03/07/2019, disponible al 24/07/2019 en *https://www.pagina12.com.ar/203923-no-sabemos-que-vacunas-vamos-a-tener*, que da cuenta de la situación en el interior del país y de una baja soste-

En tal escenario, el concepto de acceso al máximo nivel de salud, previsto en la normativa de rango constitucional y tantas veces esgrimido por la jurisprudencia para garantizar tratamientos costosos individualmente reclamados en acciones sumarias, se desvanecía ante la imposibilidad del Estado de cumplir con el compromiso legalmente asumido hacia la comunidad en su conjunto, de administrar vacunas indispensables para evitar nuevos casos de enfermedades que habían sido controladas y que afectaban fundamentalmente a los más jóvenes.

Fue entonces que tramitaron los autos "AJUS La Plata y otro c. Ministerio de Salud y Desarrollo Social Nación (Secretaría de Salud) s/ amparo colectivo" **(72)**, donde se ordenó al Estado Nacional la entrega de las vacunas contra la bacteria del meningococo, para niños de todas las edades.

IV.2.c.2. Costa Rica

La Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia costarricense debió intervenir reiteradamente en este tipo de cuestiones.

Así, por ejemplo, ante un amparo iniciado por un grupo de adultos mayores que requerían su inclusión en la categoría de personas con derecho a recibir la vacuna de polisacáridos contra neumococo, con independencia de contar con factores individuales de riesgo y con base en un informe de la ministra de Salud, el tribunal condenó a la Caja Costarricense de Seguro Social a cumplir con tal pedido y aplicar la vacuna en cuestión, con fundamento en normas como el art. 51 de la Constitución Política, que establece que el Estado se encuentra obligado a brindar protección especial al "anciano" **(73)**.

En otro caso, los progenitores de una niña menor de edad accionaron ante la negativa de aplicar a su hija la vacuna contra el virus del papiloma humano **(74)**, por contar ella con once años de edad al momento de los hechos. Pudo acreditarse que la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología había decidido incorporar esta vacuna en el esquema oficial con base en un análisis de costo efectividad, considerándose el promedio de inicio de la vida sexual de las mujeres en Costa Rica. Al ser así e interpretando el tribunal que el derecho la salud no podía ceder ante un criterio de naturaleza económica, con apoyo en variadas fuentes normativas y en su jurisprudencia previa y teniendo en cuenta además, que desde el punto de vista científico, la vacuna podía aplicarse sin problemas a jóvenes hasta los quince años de edad, el reclamo fue acogido, ordenándose la vacunación.

IV.2.c.3. Colombia

La Corte Constitucional de este país debió intervenir ante un significativo reclamo donde el defensor regional del Pueblo de Vaupés solicitó que se tutelaran los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la integridad personal y a la salud de la población indígena y no indígena del departamento **(75)**.

La sentencia dictada dio cuenta de niveles bajísimos de acceso a los servicios de salud, con indebida atención, condiciones de salubridad deplorables, desnutrición crónica, alta mortali-

nida en la compra de vacunas desde el año 2016, según el informe de la Secretaría de Salud y Desarrollo Social.

(72) Juzg. Civ., Com. y Cont. Adm. Fed. Nº 4 La Plata, 30/08/2019, AR/JUR/27506/2019.

(73) Corte Sup. Just., Sala Constitucional, 22/05/2009, res. 08339-2009, disponible al 22/10/2020 en *https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-447895*.

(74) Corte Sup. Just., Sala Constitucional, 10/09/2019, res. 17343-2019, disponible en *https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-960976*. Igual criterio se había seguido en la res. 15643-2019, del 23/08/2019, disponible en *https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-932236* y más tarde, se seguiría en la res. 12317-2020, del 01/07/2020, disponible en *https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-982054* y en la res. 15103-2020 del 12/08/2020, disponible en *https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-988362*, entre otras, todas recuperadas el 24/10/2020. En esta última se aclaró que la vacunación debía efectivizarse "salvo criterio en contrario de un médico especialista, siempre y cuando sea posible de acuerdo con la reorganización del servicio decretada por la emergencia hospitalaria con ocasión de la pandemia del coronavirus COVID-19".

(75) Corte Const. Bogotá, Sala Quinta de Revisión, 26/05/2017, sent. T-357/17, disponible en *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-357-17.htm* al 07/11/2020.

dad de menores de cinco años víctimas de diarrea, neumonía, septicemia, sarampión y otras enfermedades prevenibles por vacunación y por otras causas que podían ser evitadas con una atención de salud adecuada **(76)**. Expresó a su vez que la vacunación, el acceso a saneamiento, agua y adecuada nutrición son esenciales para la protección y garantía del derecho a la salud de los niños. Consecuentemente, ordenó —entre variadas acciones— la disposición de una jornada de vacunación, además, de la planificación y ejecución de las acciones necesarias para que todos los niños de la comunidad completaran su esquema básico de inmunización.

V. Perspectivas europeas: la jurisprudencia del TEDH sobre la vacunación obligatoria

En este apartado proponemos una revisión global del tema, a partir del rol que viene desempeñando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la resolución de este tipo de casos.

V.1. Implicancias legales del precedente "Vavřička"

La Gran Sala del TEDH ha resuelto recientemente un caso histórico sobre la vacunación obligatoria. El reclamo fue presentado por ciudadanos checos que se quejaban de las consecuencias del incumplimiento de la obligación general impuesta por la ley de su país, para la vacunación rutinaria de los niños contra enfermedades que son bien conocidas por la ciencia médica **(77)**. En este sentido, en la reciente sentencia de la Gran Sala en el caso "Vavřička y otros contra la República Checa" **(78)**, se resolvió por mayoría (dieciséis votos contra uno), que no había existido violación del art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (sobre derecho al respeto de la vida privada), cuando las autoridades checas impusieron a los progenitores la obligación de vacunar a sus hijos para protegerlos —a ellos y a otras personas— contra enfermedades que pudieran suponer un grave riesgo para la salud **(79)**.

En la República Checa existe una obligación legal general de vacunar a las niñas y los niños contra nueve enfermedades que son bien conocidas por la ciencia médica **(80)**. Sin embargo, el cumplimiento de este deber no se puede exigir compulsivamente. A quien lo incumpla sin una razón aceptable, se le puede imponer una multa administrativa. A su vez, las niñas y niños no vacunados no son aceptados en las guarderías o jardines de infantes, salvo que tal omisión se deba a razones de salud.

La primera solicitud (47621/13) fue presentada en 2013 por el Sr. Pavel Vavřička, otras dos se presentaron en 2014 y tres más en 2015. Cabe señalar que todas ellas se refirieron a NNA, es decir, a personas menores de edad —al menos en el momento en que ocurrieron las presuntas violaciones—, y a vacunas de aplicación obligatoria. El primer demandante, Sr. Vavřička, fue multado porque se negó a "vacunar a sus dos hijos, de 14 y 13 años contra la poliomielitis, la hepatitis B y el tétanos". Estas vacunas eran exigidas por la legislación nacional checa, según

(76) Con referencia también a su decisión mediante sent. T- 357/17, 26/05/17, consid. 65, párr. 5º.

(77) La legislación checa se refiere a las vacunas administradas contra enfermedades infantiles bien conocidas por la ciencia médica, a saber: difteria, tétanos, tos ferina, infecciones por *Haemophilus influenzae* tipo B, poliomielitis, hepatitis B, sarampión, paperas, rubéola y —para niños con indicaciones de salud específicas— infecciones neumocócicas.

(78) Solicitudes 47621/13 y otras cinco solicitudes.

(79) El objetivo de la legislación checa es proteger contra enfermedades que pueden suponer un grave riesgo para la salud. Esto se refiere tanto a quienes reciben las vacunas en cuestión, como a quienes no pueden ser vacunados y, por lo tanto, se encuentran en un estado de vulnerabilidad, confiando en el logro de un alto nivel de vacunación dentro de la sociedad en general para la protección contra las enfermedades contagiosas en cuestión. Este objetivo se corresponde con los fines de protección de la salud y la protección de los derechos de los demás, reconocidos por el art. 8º del CEDH.

(80) En la República Checa, la Ley de Protección de la Salud Pública, en combinación con un decreto ministerial aplicable, prevé la vacunación de los residentes permanentes y de larga duración, de acuerdo con un calendario definido. En el caso de las niñas y niños, son los progenitores quienes deben garantizar su cumplimiento. La falta de cumplimiento de la vacunación constituye una infracción menor, siendo que las guarderías para niños hasta la edad de tres años y otros establecimientos preescolares solo pueden aceptarlos (es decir, recibir niños hasta el año escolar siguiente a la fecha en que cumplan los seis años), si ellos han recibido las vacunas requeridas, o cuentan con un certificado que da cuenta de que han adquirido inmunidad por otros medios o de que no pueden ser vacunados por motivos de salud.

orden del Ministerio de Salud 439/2000 **(81)**. A todos los demás solicitantes se les negó la admisión al preescolar por el mismo motivo.

En el segundo caso (solicitud 3867/14), la demandante —nacida en 2002—, había recibido todas las vacunas obligatorias, a excepción de la conocida como MMR (contra sarampión, paperas y rubéola), con acuerdo de sus progenitores, debido a las sospechas de estos sobre dicha vacuna. En 2008, se le prohibió asistir a un jardín de infantes, después de que se informara a los funcionarios de la escuela sobre la falta de aplicación de la vacuna. Los tribunales locales checos consideraron el caso y decidieron que "el ejercicio del derecho de la solicitante a continuar asistiendo a la escuela infantil (derecho a la educación) podría poner en peligro la salud de los demás, siendo que el derecho a la protección de la salud era fundamental" **(82)**.

Luego fueron presentadas otras dos solicitudes por personas nacidas en 2011 (19306/15 y 19298/15). En estos casos, los reclamantes no habrían recibido las vacunas, por la negativa de sus progenitores, basada en "lo prescripto por la ley con relación a sus creencias y convicciones". Se negó también a las niñas y niños el acceso a la escuela. Los funcionarios educativos argumentaron que "la vacunación obligatoria constituía una restricción permisible al derecho a manifestar libremente la religión o las creencias, porque era una medida necesaria para la protección de la salud pública y los derechos y libertades de los demás" **(83)**.

La última solicitud (43883/15), fue presentada por un niño nacido en 2008. Los padres biológicos del solicitante habían elaborado un plan de vacunación individual. Así, el solicitante recibió las vacunas más tarde de lo programado por los funcionarios del Estado. Además, el menor de edad carecía de vacunas contra la tuberculosis, poliomielitis, hepatitis B, sarampión, paperas y rubéola. A él también se le prohibió asistir al jardín de infantes, debido a que no se habían cumplido las condiciones establecidas en la ley pertinente (L 258/2000) **(84)**.

Los arts. 2º y 8º de la CEDH imponen una obligación positiva a los Estados contratantes de tomar las medidas adecuadas para proteger la vida y la salud de quienes se encuentran dentro de su jurisdicción. Según la jurisprudencia del TEDH, la vacunación obligatoria, como intervención médica involuntaria, representa una injerencia en la integridad física y consecuentemente, involucra el derecho al respeto de la vida privada, protegido por el art. 8º del CEDH. En el presente caso, se consideró que hubo tal interferencia, a pesar de que en realidad no se aplicó una vacunación forzosa.

Sin embargo, el TEDH concluyó que la política checa perseguía los objetivos legítimos de proteger la salud y los derechos de los demás, ya que, la vacunación protege tanto a quienes la reciben como a las personas que no pueden ser vacunadas por razones médicas y por lo tanto, dependen de la inmunidad colectiva para protegerse contra enfermedades contagiosas graves. El Tribunal aplicó un amplio "margen de apreciación" para el Estado demandado en este contexto. Como en la República Checa, la obligación de vacunación contaba con el firme apoyo de las autoridades médicas competentes, se consideró que esta representaba la respuesta de tales autoridades a la imperiosa necesidad social de proteger la salud individual y pública contra las enfermedades en cuestión y de evitar cualquier tendencia indeseable hacia la disminución de la tasa de vacunación de los NNA.

Se observa así, en primer lugar, que esta sentencia histórica significa que en todas las decisiones relativas a los NNA, su interés superior resultará de la máxima importancia. En cuanto a la inmunización, el objetivo debe ser que todos los niños estén protegidos contra enfermedades graves, mediante la vacunación o en virtud de la inmunidad colectiva o de rebaño. Esta política de salud pública se basa en argumentos relevantes y como tal, resulta coherente con el interés superior de las personas en las que se centra. El Tribunal entendió que la elección del legislador checo de aplicar un enfoque

(81) Gran Sala para examinar el caso relativo a la vacunación obligatoria. Comunicado de prensa emitido por el Secretario de la Corte, 06/01/2020. ECHR 003 (2020), disponible en *www.hudoc.echr.coe.int* al 20/08/2020.

(82) *Ibid.*

(83) *Ibid.*

(84) *Ibid.*

obligatorio a la vacunación estaba respaldada por razones pertinentes y suficientes; que la política sanitaria de ese país resultaba consistente con el interés superior de los NNA y que existe una obligación de colocar tal interés superior, tanto desde el punto de vista individual, como colectivo, en el centro de todas las decisiones que afecten su salud y desarrollo.

Además, el TEDH señaló que la obligación de vacunación se refería a nueve enfermedades contra las que la comunidad científica consideraba comúnmente que la vacunación era eficaz y segura, al igual que la décima vacunación, que se administraba a niños con indicaciones de salud particulares. El Tribunal también examinó la proporcionalidad de la política sanitaria checa a la luz del alcance y el contenido de la obligación de vacunar, las excepciones aplicables y las garantías procesales disponibles.

A su vez, se observó que, a pesar de que las inmunizaciones son completamente seguras para la gran mayoría de los receptores, en raras ocasiones estas pueden resultar perjudiciales para un individuo, causando daños graves y duraderos a su salud **(85)**. Sin embargo, en cuanto a la seguridad de la vacunación, el TEDH no vio razón alguna para cuestionar la idoneidad del sistema nacional checo.

En lo que respecta a las circunstancias específicas de las demandantes, el Tribunal señaló que la multa impuesta al Sr. Vavřička no había sido excesiva (su importe fue cercano al límite inferior de la escala pertinente). A su vez, a pesar de que la falta de admisión de los niños reclamantes al jardín de infantes significó la pérdida de una importante oportunidad para desarrollar su personalidad, se consideró que la medida fue preventiva más que punitiva y limitada en el tiempo, ya que, su asistencia a la escuela primaria (obligatoria) no quedó comprometida por su estado de vacunación. Además, tal medida fue consecuencia de la decisión de sus progenitores de incumplir con una obligación legal general, destinada a salvaguardar la salud de las y los niños pequeños en particular.

Se observa, asimismo, que la aplicación de sanciones se utiliza como un método indirecto para hacer cumplir el deber de vacunación. En la República Checa, la sanción puede considerarse relativamente moderada, ya que, consiste en una multa administrativa que solo puede imponerse una vez. Por su parte, todos los reclamantes se beneficiaron de una amplia gama de recursos legales. Por lo demás, si bien el modelo de ese país aboga por la vacunación obligatoria, esta no implica un deber absoluto. En este sentido, se hallan eximidos de la vacunación los NNA que tienen una contraindicación permanente al efecto; interpretándose que el precedente "Vavřička" habilitó un derecho a la objeción de conciencia secular **(86)**.

Es así que, según la doctrina del fallo bajo análisis, las medidas denunciadas por las demandantes supusieron una relación razonable de proporcionalidad con los objetivos legítimos perseguidos por el Estado demandado. El TEDH expresó que, en última instancia, la cuestión a determinar no era si se podría haber adoptado una política diferente y no compulsiva, como en algunos otros Estados europeos.

En opinión del Tribunal, no puede considerarse desproporcionado que un Estado exija a aquellos para quienes la vacunación representa un riesgo remoto, que acepten esta medida de protección practicada universalmente, como una cuestión de deber legal y en nombre de la solidaridad social, por el bien del pequeño número de niños vulnerables que no pueden beneficiarse de la inmunización. Por ello, la elección de la legislatura de ese país fue considerada legítima, concluyéndose que las autoridades nacionales no habían sobrepasado su amplio margen de apreciación y que las medidas impugnadas

(85) Según el Gobierno checo, de aproximadamente 100.000 niños vacunados anualmente en la República Checa (lo que representa 300.000 vacunas), el número de casos de daños graves a la salud, potencialmente de por vida, se situó en cinco o seis. En vista de este riesgo muy raro pero sin duda muy grave para la salud de una persona, se ha destacado la importancia de tomar las precauciones necesarias antes de la vacunación. Evidentemente, esto significa que es necesario comprobar en cada caso individual las posibles contraindicaciones y controlar la seguridad de las vacunas en uso.

(86) "Q&A on the case of Vavřička and Others v. the Czech Republic", disponible en *https://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Vavricka_Others_ENG.pdf*, al 18/07/2021.

podían considerarse "necesarias en una sociedad democrática".

V.2. Jurisprudencia previa del TEDH en materia de vacunación

El caso "Vavřička y otros c. República Checa" no fue el primero en el que se solicitó un pronunciamiento sobre la vacunación obligatoria en relación con los arts. 8º y 9º de la Convención. En el caso "Boffa y otros c. San Marino", la Comisión Europea de Derechos Humanos rechazó la pretensión de varios progenitores de no vacunar a sus hijos, en contra de la obligación establecida en su legislación nacional, con base en el art. 9º § 1 de la CEDH **(87)**. La Comisión sostuvo que, "en lo que respecta al objetivo de la legislación impugnada, la injerencia se basa en la necesidad de proteger la salud de la población y de las personas interesadas, por lo que está justificada" **(88)**.

En cambio, el caso "Salvetti c. Italia" fue iniciado por una persona que sufrió de parálisis, ceguera y disartria como resultado de la vacunación obligatoria contra la poliomielitis **(89)**. La accionante alegó que "la ley italiana imponía las vacunas obligatorias pero no preveía una compensación justa por las enfermedades o dolencias derivadas de ellas" (invocando los arts. 2º § 1, 5º § 1, 12 y 17 de la Convención) **(90)**. El TEDH afirmó que no había existido violación de los artículos mencionados por la demandante, pero examinó el reclamo bajo el art. 8º de la Convención, con base en el precedente "Passannante c. Italia", donde se estableció que la vida privada incluía la integridad física de la persona **(91)**. Así, sostuvo que "las vacunas obligatorias como tratamientos médicos no voluntarios, significan una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada garantizado por el art. 8º § 1" **(92)**. Sin embargo, dado que la Convención solo regía los hechos posteriores a su entrada en vigor, el TEDH se negó a considerar las circunstancias del caso, relacionadas con una inoculación ocurrida en 1971, ya que, no entraban dentro del ámbito de su competencia *ratione temporis*" **(93)**. Por lo tanto, el tribunal declaró inadmisible el caso.

El TEDH simplemente declaró que las vacunas obligatorias dan lugar a una injerencia en virtud del art. 8º § 1 de la CEDH, que prevé el derecho al respeto de la vida privada y familiar; pero no analizó si tal injerencia se hallaba justificada en virtud del art. 8º § 2, referido a situaciones que justificarían tal intromisión por parte de la autoridad pública. En segundo lugar, las circunstancias fueron diferentes en estos casos, ya que la Sra. Salvetti sufrió daños físicos como resultado de la efectiva aplicación de una vacuna obligatoria; mientras que en "Vavřička y otros c. República Checa" el procedimiento fue directamente rechazado por quienes luego reclamaron, y su consecuencia fue la prohibición de asistir a la escuela y la imposición de multas **(94)**. Es así que en el primer caso las consecuencias podrían considerarse mucho más graves, con una fuerte afectación de la integridad física, refiriéndose la acción a la indemnización y no a la vacunación obligatoria en sí.

El TEDH también ha resuelto otros asuntos relacionados con las vacunas. En el caso "Sanofi Pasteur c. Francia", una enfermera en formación tuvo que ser vacunada y sufrió daños físicos causados por la inoculación **(95)**. Sin embargo, la acción tramitada ante el TEDH fue interpuesta por el laboratorio Sanofi Pasteur, que había sido declarado responsable y condenado por un tribunal francés a pagar los daños y perjuicios causados, versando sobre el art. 6º de la CEDH,

(87) "Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights - Freedom of thought, conscience and religion", actualizada al 30/04/2020, ps. 13-14.

(88) "Boffa and Others v. San Marino", application 26536/95, decision on admissibility on 15/01/1998, p. 34.

(89) "Salvetti v. Italy", application 42197/98, decision on admissibility on 09/07/2002.

(90) *Ibid.*

(91) "Passannante v. Italy", cit., párrs. 91-93.

(92) "Salvetti v. Italy", cit.

(93) *Ibid.*

(94) "Grand Chamber to examine case concerning compulsory vaccination", cit.

(95) Reclamo por daños contra Sanofi Pasteur, por esclerosis múltiple sufrida luego de una vacunación contra la hepatitis B. Comunicado de prensa emitido por el secretario de la Corte el 06/01/2020. TEDH062 (2020). Consultado en www.hudoc.echr.coe.int el 21/08/2020.

referido al derecho a un juicio equitativo y a su trámite en un plazo razonable **(96)**.

V.3. Artículo 8º de la *CEDH: derecho al respeto de la vida privada y familiar*

Vale también la pena analizar las decisiones del TEDH para otros casos similares referidos a la salud y a la autodeterminación, en los que se analizaron los arts. 8º y 9º de la CEDH. En cuestiones concernientes a la vacunación y según la interpretación del citado tribunal, basada en el art. 8º, apart. 2º, de la CEDH, cabe interpretar que la protección de la salud y la moral, como asimismo la protección de los derechos y libertades de terceros, son las principales limitaciones relevantes. En este sentido, hay varios casos en la jurisprudencia del TEDH que significaron tensiones entre el cuidado y el tratamiento de la salud —de un lado— y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8º) o la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9º) **(97)** —de otro—. Tales disposiciones incluyen la protección de la integridad física y moral de las personas, según se estableciera en los casos "Salvetti c. Italia" y "Solomakhin c. Ucrania" **(98)**. El TEDH también había hecho hincapié en que "incluso una pequeña injerencia en la integridad física de una persona debe considerarse una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada en virtud del art. 8º, si se lleva a cabo contra la voluntad de la persona" **(99)**.

El caso "Solomakhin c. Ucrania" también se considera uno de los más importantes en cuanto a la valoración de la salud pública en relación con los derechos individuales. A pesar de haberse opuesto reiteradamente a la vacunación, el demandante en este caso recibió la vacuna contra la difteria, lo cual le generó una serie de enfermedades crónicas. Al respecto, el tribunal interpretó que la injerencia estaba prevista por la ley y perseguía el objetivo legítimo de proteger la salud **(100)**.

A su vez, en el caso "Solomakhin c. Ucrania", el TEDH determinó que se habían violado los derechos del demandante en virtud del art. 8º de la CEDH, pero, no obstante, la violación estaba justificada por motivos de salud pública **(101)**. De allí que existe jurisprudencia previa que establece que la vacunación, como tratamiento médico, requiere de consentimiento y que, faltando este, habrá una injerencia. Pero también, tal jurisprudencia admite que ese tipo de injerencia o vulneración se justifica por motivos de salud pública.

En general, el deber de vacunación puede verse como una intervención médica que representa una injerencia en la integridad física y, por lo tanto, en relación con el derecho al respeto de la vida privada, protegido por el art. 8º del CEDH. En "Vavřička y otros c. República Checa", se consideró que tal interferencia existió, a pesar de que en realidad no se llevó a cabo una vacunación compulsiva.

Además, se consideró que la injerencia relevante resultó necesaria en una sociedad democrática, cuestión que resulta esencial en la valoración del TEDH **(102)**. En el caso "Solomakhin c. Ucrania", el Tribunal interpretó que la injerencia en la integridad física del actor "estaba justificada por consideraciones de salud pública y la necesidad de controlar la propagación de enfermedades infecciosas en la región" **(103)**. También interpretó que los trabajadores de la salud habían tomado medidas para garantizar la seguridad de las vacunas.

Un aspecto no considerado por el Tribunal fue que, de acuerdo con ciertos estudios europeos sobre el tema, los sistemas obligatorios de vacunación no garantizarían una mayor tasa de cobertura en la población concernida **(104)**.

(96) *Ibid.*

(97) NIEMINEN, L., ob. cit., p. 96.

(98) "Salvetti v. Italy", cit. y "Solomakhin v. Ukraine", solicitud 24429/03, sent. del 15/03/2012, párr. 33.

(99) "Storck v. Germany", solicitud 61603/00, sent. del 16/06/2005, párr. 143.

(100) "Storck v. Germany", cit., párr. 35.

(101) "Solomakhin v. Ukraine", cit., párr. 36.

(102) *Ibid.*, párr. 35.

(103) *Ibid.*, párr. 36.

(104) HAVERKATE, M. – D'ANCONA, F. – GIAMBI, C. – JOHANSEN, K. – LOPALCO, P. L. – COZZA, V. – APPELGREN, E., "Mandatory and recommended vaccination in the EU, Iceland and Norway: results of the VENICE 2010 survey on the ways of implementing national vaccination programmes", *Eurosurveillance*, 2012:17:[22], disponible en *http://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/ese.17.22.20183-en* al 15/11/2020.

Así, cabría preguntarse si resulta necesario imponer políticas de vacunación obligatoria y si estas cumplen con el requisito de necesidad establecido por el TEDH en su jurisprudencia anterior **(105)**, dado que el objetivo de la cobertura vacunal podría lograrse con medidas menos restrictivas.

V.4. ¿Podría la pandemia de COVID-19 afectar la doctrina del margen de apreciación en el campo de la salud pública aplicada por el TEDH?

La teoría del margen de apreciación otorga a los Estados nacionales la facultad discrecional de aplicar los criterios establecidos por el TEDH, en asuntos para los que no existe un consenso. Más precisamente, significa que allí donde no existe un mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho, se abre para los Estados miembros un margen de acción que le permite fijar —de acuerdo con circunstancias jurídicas, sociales y culturales—, el contenido y el alcance de ciertos derechos. Ello así, hasta tanto el TEDH encuentre elementos nuevos que le permitan establecer contenidos que se integrarán al orden público europeo y serán por tanto aplicables a todos los Estados miembros del Consejo de Europa por igual **(106)**. En cuanto a las vacunas, los Estados miembros han adoptado diferentes enfoques, ya que, algunos de ellos las exigen obligatoriamente (como la República Checa), mientras que otros no lo hacen (como Finlandia).

Este Tribunal ha considerado anteriormente que "las cuestiones de política sanitaria, en particular en lo que respecta a las medidas preventivas generales, están en principio dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales, por hallarse estas en mejores condiciones para evaluar las prioridades, el uso de los recursos y las necesidades sociales" **(107)**. Al decidir como lo hizo en el caso "Vavřička", es decir, al interpretar el TEDH que la obligatoriedad de la vacunación hace a una materia donde rige el margen de apreciación de los Estados, cabe interpretar que los Estados miembros tienen un derecho soberano a decidir sobre los asuntos de salud pública. La justificación para ello también deriva del hecho de que son los Estados nacionales y sus autoridades quienes asumen principalmente los costos y las responsabilidades de la atención de la salud y de la forma en que se procura el bienestar general.

Sin embargo, la cuestión podría complejizarse en el caso de las vacunas, ya que las enfermedades prevenibles por vacunación no reconocen fronteras. Además, antes del brote pandémico de COVID-19, la gente realizaba viajes internacionales como nunca antes. Podría entonces haber razones para argumentar que las cuestiones relacionadas con la vacunación y su obligatoriedad no pueden considerarse puramente locales.

VI. Reflexiones jurídicas en torno a la vacunación durante la pandemia de COVID-19

Hacia fines de 2020, en plena crisis por la pandemia y cuando se acercaba el inicio de la comercialización de vacunas para la prevención del COVID-19, el Congreso Nacional argentino proyectó un marco regulatorio considerador de la idiosincrasia y experiencia local, pero a su vez acorde con los requisitos que la industria farmacéutica evidentemente planteó a nivel internacional.

El proyecto de ley sobre vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19, luego devenido ley 27.573 (BO del 06/11/2020), asignó facultades para que el Poder Ejecutivo nacional, a través del Ministerio de Salud, incluyera en los contratos a celebrar para la adquisición de vacunas, cláusulas que establecieran la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales con sede en el extranjero, con renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, pero exclusivamente respecto de los reclamos referidos a tal adquisición. A su vez, estableció que la renuncia a oponer tal defensa no implicaría abdicación alguna respecto de la inmunidad de la República Argentina con relación a la ejecución de bienes de la máxima envergadura, como por ejemplo, las reservas del BCRA, los bienes del dominio público localiza-

(105) "Solomakhin v. Ukraine", cit., párr. 35.

(106) Conf. BENAVIDES CASALS, María Angélica, "El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos", *Revista Ius et Praxis*, 15 [1]:295-310, 2009, disponible al 18/09/2020 en *http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100009*.

(107) "Shelley v. United Kingdom", solicitud 23800/06, decisión sobre la admisibilidad del 04/01/2008, párr. 116.

dos en el país y los bienes que forman parte de nuestra herencia cultural (arts. 2º y 3º).

Estas disposiciones fueron criticadas por defecto, pues se alegó que desprotegerían a las potenciales víctimas de daños derivados de las inmunizaciones, a pesar de que el texto ordenó expresamente que "En ningún caso la prórroga de jurisdicción podrá extenderse o comprender a terceros residentes en la República Argentina, sean personas humanas o jurídicas, quienes en todos los casos conservan su derecho de acudir a los tribunales locales o federales del país por cuestiones que se susciten o deriven de la aplicación de estos contratos" (*sic*, art. 2º, párr. 2º) y luego por exceso, al afirmarse que habrían desalentado el ingreso de ciertas vacunas **(108)**.

A su vez, la norma admitió la inclusión de "cláusulas de indemnidad patrimonial respecto de indemnizaciones y otras reclamaciones pecuniarias relacionadas con y en favor de quienes participen de la investigación, desarrollo, fabricación, provisión y suministro de las vacunas, con excepción de aquellas originadas en maniobras fraudulentas, conductas maliciosas o negligencia por parte de los sujetos aludidos" (art. 4º), regla que habría sido crucial en la imposibilidad de concretar ciertos acuerdos **(109)**.

Asimismo, se cuestionó la regla que admite la inclusión de "cláusulas o acuerdos de confidencialidad", a cuyo respecto los redactores de la norma argumentaron que se trataba de una confidencialidad atinente a la patentabilidad **(110)**.

Todas esas críticas **(111)**, si bien entendibles para tiempos ordinarios, lucen impropias para el escenario de desastre **(112)** ya existente al momento del diseño de la ley, luego ensanchado hasta límites nunca imaginados. A su vez, se advierte la generalización de varias de las disposiciones cuestionadas en el ámbito internacional y su aceptación por naciones cuya vacunación extendida, les ha permitido retomar a su vida prácticamente normal **(113)**.

Avanzada la pandemia, en medio de la más extensa campaña de vacunación que recuerde este país, continuadas las dificultades para la obtención de vacunas y las críticas a la ley, se reformó su texto mediante el DNU 431/2021 **(114)** **(115)**. Allí se estableció que la citada indemnidad patrimonial solo tendría por excepción el caso de las conductas *dolosas* por parte de los sujetos aludidos, no así las culposas (art. 4º). Además,

(108) *https://www.infobae.com/politica/2021/02/03/gines-gonzalez-garcia-explico-por-que-el-gobierno-no-llego-a-un-acuerdo-con-pfizer-por-la-vacuna/*.

(109) *Ibid*.

(110) Conf. lo expuesto por el diputado Pablo Yedlin, presidente de la Comisión de Acción Social y Salud Pública de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional en entrevista a distancia con lxs integrantes de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, de fecha 05/11/2020.

(111) Ver p. ej., el dictamen sobre el proyecto de ley de vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19, expte. 5072-D-2020, presentado por la Red Federal de Salud, por ante el Senado de la Nación, con fecha 20/11/2020.

(112) Peter Safar ha definido la situación de desastre como aquella en la cual el hecho generador de víctimas compromete, a su vez, a la estructura de respuesta. El citado autor fue uno de los pioneros de la aplicación y la difusión de los llamados primeros auxilios, así como de maniobras para reanimar a las víctimas de ataques cardíacos, asfixia por inhalación de humo, ahogamiento y reacciones alérgicas. Sus procedimientos han salvado la vida a millones de personas en todo el mundo. Se lo conoce como "el padre de la moderna reanimación". Ver *https://www.historiadelamedicina.org/safar.html*.

(113) Pueden verse, por ejemplo, el contrato celebrado por el Estado de Israel con la farmacéutica Pfizer y el celebrado por la Comisión Europea con la farmacéutica AstraZeneca *"https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_21_302"https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_21_302*, ambos disponibles en los sitios web indicados al 19/05/2021, donde la confidencialidad de algunas de las disposiciones luce ostensible.

(114) BO del 03/07/2021.

(115) Ello fue así, mientras el ritmo de vacunación continuaba en franco crecimiento. Al 27/07/2021, en la Argentina se cuentan 30.568.637 aplicaciones; 36.750.614 dosis distribuidas; 24.259.446 personas vacunadas con la primera dosis y 6.309.190 vacunadas con dos dosis (conf. *https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/vacuna/aplicadas*). A su vez, en esta fecha el país contaría con el 53.1% de la población vacunada con una dosis y 13.4% con dos dosis (*https://ig.ft.com/coronavirus-vaccine-tracker/?areas=gbr&areas=isr&areas=usa&areas=eue&areas=zg7&areas=chn&cumulative=1&doses=total&populationAdjusted=1*), en una población de casi 45.000.000 de habitantes.

se dispuso la creación de un fondo de reparación para los damnificados vacunados en la Argentina, que solo requiere de la prueba del daño y de su relación causal con la inmunización, y que prevé una compensación de hasta 240 veces el haber mínimo jubilatorio (por muerte o incapacidad total y permanente). Este concepto cuenta con una serie de antecedentes locales previstos para daños sufridos por una multiplicidad de víctimas, entre los que se destacan ley nacional 25.869/2004, que fijó beneficios para personas hemofílicas infectadas con el VIH, luego ampliada a personas infectadas con los virus de hepatitis B y C y a sus familias; las leyes 26.690/2011 y 27.139/2015, sobre reparación a las víctimas de los atentados producidos en la sede de la Embajada de Israel y la AMIA; las leyes 24.043/1991; 24.411/1994; 25.914/2004, sobre reparación patrimonial para víctimas del terrorismo de Estado y el sistema de reparación para accidentes laborales, previsto en la ley 24.557/1995 y luego en la ley 27.348/2017.

Ahora bien, como un ya —triste— sello cultural, a menos de un año de inaugurada la etapa de vacunación contra el COVID-19, en un escenario de desastre **(116)**, la litigiosidad a su respecto ha sido muy extensa y variopinta. En un inicio, hubo variados reclamos judiciales por los que se cuestionó una vacunación obligatoria que nunca llegó a ser tal, en esencia rechazados por considerárselos portadores de alegaciones genéricas sobre el derecho a la libertad, autonomía y a la elección de un plan de vida; además de conjeturales y faltos de razones concretas **(117)**.

La escasez y la aprobación de las vacunas bajo un sistema de emergencia determinaron que el Estado debiera diseñar un sistema de distribución con base en grupos prioritarios, a cuyo efecto se contó —y se sigue contando—, con el asesoramiento de un cuerpo de expertos de muy variados saberes, integrantes de la Comisión Nacional de Inmunizaciones (Conain) **(118)**. Fue así que en el contexto del Plan estratégico para la vacunación contra la COVID-19 en la República Argentina (res. 2883/2020), se estableció la prioridad de grupos en función de la edad (adultos mayores), de su rol estratégico (p. ej., trabajadorxs de la salud, de la educación), de su condición de salud (personas con comorbilidades) —entre otros—; que en la práctica significó la toma de decisiones dilemáticas de opción en favor de ciertas personas necesitadas, por sobre otras también necesitadas; además de ciertas diferencias de criterio según jurisdicción y una evolución dinámica en función del avance de la pandemia **(119)** y de la cantidad de inmunizaciones recibidas.

En tal contexto, los reclamos judiciales también se hicieron presentes, observándose dos líneas jurisprudenciales antagónicas. En un sentido, se acogió el derecho a la vacunación de personas no incluidas en las categorías legales de prioridad, por su especial vulnerabilidad, por ejemplo en el caso de residentes en establecimientos geriátricos de larga estancia **(120)**, de personas con discapacidad **(121)** y de per-

(116) Ver nota 113.

(117) P. ej., JFed. Santa Rosa, 21/01/2021, "M., M. d. C. y otros c. Ministerio de Salud de la Nación s/ amparo ley 16.986", AR/JUR/32/2021; JNCont. Adm. Fed. Nº 10, 03/12/2020, "Yahbes, Eduardo Á. c. Estado Nacional – Ministerio de Salud s/ amparo ley 16.986", AR/JUR/81674/2020 y CNFed. Cont. Adm., sala I, 06/04/2021, AR/JUR/6159/2021; CFed. Bahía Blanca, sala I, 02/03/2021, "Moran, María y otros c. Ministerio de Salud de la Nación s/ amparo ley 16.986", LLOnline AR/JUR/1509/2021; estos últimos dictados cuando el régimen para la vacunación contra el COVID-19 previsto era claramente voluntario. Sobre el tema, puede verse también, PULVIRENTI, Orlando D., "Dilemas jurídicos de la vacunación contra el COVID-19", 21/02/2021, MJ-DOC-15774-AR.

(118) *https://www.telam.com.ar/notas/202102/545380-mision-integrantes-comision-nacional-inmunizaciones.html*.

(119) De hecho, con o sin relación con las acciones judiciales que se detallan, el Ministerio de Salud siguió ampliando los grupos prioritarios para ser vacunados, incorporando a pacientes oncológicos; a quienes tengan tuberculosis activa; y a las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo, incluyendo síndrome de Down, entre otros. Ver *https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-ministerio-de-salud-de-la-nacion-amplia-la-poblacion-objetivo-vacunar-contra-covid-19*.

(120) JNCiv. Nº 23, 14/04/2021, "... s/ determinación de la capacidad", expte. 10943/2014, elDial.com - AAC359.

(121) Ver, p. ej., JCiv. y Com. Nº 13 La Plata 30/03/2021, "Del Amo, Sonia E. c. Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo", AR/JUR/7725/2021 y JNCiv. Nº 23, "D. H. M. S. s/ determinación de la capacidad", en trámite, AR/JUR/8235/2021, y asimismo, un detalle sobre el tema en DEL HOYO, Nicolás, "¿Debe y puede el Poder

sonas con enfermedades graves **(122)**. En sentido contrario, y también con relación al caso de enfermedades graves, surgió una doctrina judicial especialmente consideradora del impacto social de la pandemia y valiosa para el interés colectivo, que sostuvo que "no corresponde al Poder Judicial alterar una política de Estado definida en un marco extraordinario por órganos y personas elegidas democráticamente" **(123)**.

El citado escenario de extensa litigiosidad se expresa hoy en reiteradas acciones judiciales individuales por las que se demanda una prioridad en la aplicación de las segundas dosis de vacunas, por fuera de los criterios establecidos en las normas especiales. Se observa así la reaparición del ya tradicional conflicto vigente en nuestro país y en gran parte del continente, sobre qué Poder o Poderes del Estado deben ocuparse de la administración de los recursos de salud. A su vez, los constantes reclamos basados en situaciones individuales, sin duda, menoscaban los efectos de las políticas públicas concebidas en miras al interés colectivo.

Más allá de lo expuesto, a la fecha de terminación del presente trabajo, la Argentina ha logrado inmunizar a más de la mitad de su población con una primera dosis de vacuna **(124)**.

Por su parte, en Finlandia, el 22 de diciembre de 2020 se promulgó un nuevo decreto gubernamental sobre vacunación voluntaria para COVID-19 **(125)**. De acuerdo con la sección 45 de la Ley de Enfermedades Transmisibles de esta Nación **(126)** (en adelante, LET), los municipios deben organizar un sistema de vacunación general para proteger a los habitantes. A su vez, el Departamento de Salud y Bienestar Social **(127)**, debe garantizar el suministro de vacunas y el apoyo de expertos a los municipios. El Estado se ocupa de las vacunas en las instituciones estatales (conf. LET, art. 10) y el sistema de salud laboral previsto en la Ley de Salud Ocupacional (que pertenece al sector privado) **(128)**, también tiene derecho a participar en la vacunación (conf. LET, art. 49). Es así que tanto, los servicios sociales, como los de salud pública deben proporcionar vacunación a sus respectivas poblaciones de influencia, debiendo coordinarse las distintas campañas. Sin embargo, el número de vacunas contra el COVID-19 fue tan escaso que la inmunización correspondiente fue concentrada en el sistema municipal.

La vacunación es voluntaria, aún para el personal sanitario. Las vacunas contra el COVID-19 autorizadas bajo el sistema de comercialización aprobado por la Unión Europea se utilizan para proteger contra la enfermedad causada por el citado virus, sobre la base de evidencia médica y una indicación farmacológica aprobada.

En este país, también se ha establecido un sistema de prioridades, que sigue el presente orden: 1) personal de salud y de servicios sociales dedicados al examen, la emergencia o la atención de personas que padecen o se sospecha que han contraído COVID-19; asimismo, personal y residentes de residencias para adultos mayores; 2) personas de 70 años o más; 3) personas con patologías que predisponen a enfermedad por COVID-19 grave; 4) otras personas distintas de las mencionadas en 1-3.

Judicial de la Nación ordenar al Estado la vacunación contra el COVID-19 a favor de personas con discapacidad?", LA LEY del 11/05/2020.

(122) JNCont. Adm. Fed. Nº 6, 27/04/2021, "G., F. c. Estado Nacional – Ministerio de Salud s/ amparo ley 16.986", AR/JUR/11111/2021.

(123) JCont. Adm. y Trib. Nº 15 CABA, 21/04/2021, "K., A. M. c. GCBA s/ amparo - salud - medicamentos y tratamientos", elDial.com - AAC39C.

(124) Por ej., JFed. Santa Rosa, 21/01/2021, "M., M. d. C. y otros c. Ministerio de Salud de la Nación s/ amparo ley 16.986", AR/JUR/32/2021; JNCont. Adm. Fed. Nº 10, 03/12/2020, "Yahbes, Eduardo Á. c. Estado Nacional – Ministerio de Salud s/ amparo ley 16.986", AR/JUR/81674/2020, y CNFed. Cont. Adm., sala I, 06/04/2021, AR/JUR/6159/2021; CFed. Bahía Blanca, sala I, 02/03/2021, "Morán, María y otros c. Ministerio de Salud de la Nación s/ amparo ley 16.986", LLOnline AR/JUR/1509/2021; estos últimos dictados cuando el régimen para la vacunación contra el COVID-19 previsto era claramente voluntario. Sobre el tema, puede verse también PULVIRENTI, Orlando D., ob. cit.

(125) Dec. 1050/2020.

(126) Dec. 1227/2016.

(127) Dependiente del Ministerio de Salud y Acción Social.

(128) Dec. 1383/2001.

Según el dec. 1050/2020, el médico tratante es responsable de la planificación y ejecución de las actividades de vacunación. Esta, solo debe ser administrada por un médico, una enfermera o una obstétrica que haya recibido formación adecuada al efecto. Además, se estipula que las vacunas aplicadas deben registrarse en un sistema electrónico de información, donde además, de los datos de identificación de las y los pacientes, se ingresan la fecha de vacunación, el nombre de la vacuna, el número de lote, el lugar de inyección, el método de vacunación y la designación del vacunador. La información debe enviarse en forma actualizada al Registro Nacional de Vacunación administrado por el Instituto Nacional de Salud y Bienestar Social **(129)**. De ser necesario, debe expedirse un certificado de vacunación que habilita los viajes a ciertos países extranjeros que lo exigen (o bien un certificado que da cuenta de un test negativo para COVID o un certificado médico que da cuenta de que el portador ya estuvo infectado con el virus). Y actualmente se discute sobre la posibilidad de exigir un *corona pass* para el acceso a gimnasios, librerías, etcétera.

Por lo demás, Finlandia ha avanzado con una intensa campaña de vacunación, mediante la cual, a la fecha de terminación de este trabajo, también ha logrado inmunizar a más de la mitad de su población con una primera dosis **(130)**.

VII. Reflexiones finales

De acuerdo con la evidencia científica, la vacunación constituye una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva. Ello es así, en la Argentina y en Finlandia, en Europa y Latinoamérica. Pero aquello que hace que toda discusión a su respecto devenga especialmente interesante es que la decisión de recibirla o de no hacerlo, no solo afecta a las personas individualmente, sino a terceros y a la comunidad como un todo.

Es así que la cuestión obliga a formularse preguntas como las siguientes: ¿hasta qué punto deberíamos optar por proteger los derechos de una persona, si ello puede tener un efecto muy negativo sobre las demás? Pero, de otro lado, ¿hasta qué punto podrían sacrificarse los derechos de un individuo para proteger "el bien común"? Son estas algunas de las preguntas relevantes, para las que la ética y el derecho no tienen respuestas definitivas, pero que han motivado conflictos jurídicos puntuales en muy diversas culturas, sobre cuya resolución hemos podido discurrir a lo largo de este trabajo.

En Europa, donde rigen distintas políticas en torno a la vacunación —voluntaria u obligatoria—, un reciente precedente del máximo tribunal continental de derechos humanos, encuentra el equilibrio entre los derechos individuales de los demandantes y la seguridad colectiva, en el reconocimiento de un derecho estatal a la vacunación obligatoria con límites, respetuoso del interés superior de las personas más jóvenes y la salud pública. Al hacerlo, considera que los posibles efectos adversos de las vacunas no se pueden evitar por completo, pero que sus beneficios, en el caso de enfermedades infantiles bien conocidas por la ciencia médica, son muy superiores.

En Latinoamérica, un territorio marcado por las desigualdades, la obligatoriedad de la vacunación, con su consiguiente financiamiento por el Estado y demás prestadores de servicios de salud, parece haber tenido todo un sentido en términos prevenir enfermedades y salvar la vida de muchísimas personas con necesidades básicas insatisfechas. Hubo casos paradigmáticos, donde enfermedades potencialmente fatales condicionadas por el ambiente fueron controladas gracias a la inmunización dispuesta en forma generalizada y obligatoria **(131)**. Ello no

(129) Se trata de un organismo subordinado del Ministerio de Salud y Acción Social, que funciona como una agencia de expertos que brinda información confiable sobre salud y bienestar para la toma de decisiones y actividades en esos ámbitos.

(130) Al 26/06/2021, el 65% de la población ha recibido su primera vacuna y el 31,4% la segunda dosis (conf. "Finnish Insitute of Health and Welfware. Coronavaccines in Finland. COVID-19 vaccination coverage per area and age group", disponible en *https://sampo.thl.fi/pivot/prod/fi/vaccreg/cov19cov/summary_cov19agearea-reacov*, al 27/07/2021. "La población total de Finlandia al 27/07/2021, sería de 5.549.904", conf. *https://www.worldometers.info/world-population/finland-population/*, disponible en igual fecha.

(131) En este sentido, resulta elocuente lo sucedido en la Argentina con la vacunación para la hepatitis A: la enfermedad tenía una importante incidencia en niñas y

obstó una extensa judicialización de los conflictos, en esencia resueltos por los tribunales nacionales.

Pero con el impacto de las migraciones masivas y de los grupos antivacunas, entre otros fenómenos de la globalización, sumados a la inusitada situación provocada por la actual pandemia, los dilemas asociados a la vacunación parecen encontrar a las naciones del mundo ante conflictos similares. Estos podrán resolverse mediante sistemas de inmunización obligatoria o voluntaria, que precisarán de fuertes campañas y en ocasiones, de incentivos o requisitos para el acceso a actividades diversas. Pero en cualquier caso, la vacunación extendida y global hoy luce como la mejor solución, para un mundo que todavía tropieza con las inequidades de la distribución, traducidas en la aparición de nuevas y más potentes cepas del virus, que a la larga podrían afectar a todas las naciones. En definitiva, el mundo es uno y el virus no discrimina.

A futuro, no será posible predecir toda pandemia y sus particularidades. Sin embargo, resulta deseable prepararse para este tipo de escenarios, trabajando por la seguridad de las vacunas, más allá de su aprobación. Una educación e información basadas en la ciencia, una legislación acorde y, asimismo, la transparencia en las comunicaciones, serán también herramientas importantes, de la mano de una equitativa y eficiente distribución global, como factor de prevención insoslayable.

niños de hasta cuatro años y podía provocar una falla hepática fulminante, solo tratable mediante el trasplante de hígado. Antes de la aparición de la vacuna, la prevención consistía esencialmente en medidas higiénicas. En 2005, el Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación incorporó la vacuna al Calendario Nacional, y desde 2007 no se realizaron trasplantes de hígado en la población objetivo de la vacunación (ver *https://www.argentina.gob.ar/salud/vacunas/hepatitisa*).

Protección de la vivienda en tiempos de crisis sanitaria en el contexto regional, nacional y de la provincia de Buenos Aires

Valeria Antos

Sumario: I. Introducción.— II. Emergencia sanitaria. Marco regional.— III. Vivienda. Concepto legal. Marco protectorio.— IV. Constitucionalidad de las normas tuitivas provinciales.— V. Conclusiones.

I. Introducción

El presente trabajo inicia con una muy breve reseña de la situación sanitaria y social por la que atravesó América Latina durante el año 2020, a efectos de poder enmarcar las medidas tuitivas de la vivienda que posteriormente se adoptaron a nivel nacional y en la provincia de Buenos Aires. Dicha introducción permitirá comprender mejor el sustento constitucional y convencional de las acciones adoptadas, para poder analizar algunas decisiones adoptadas por Juzgados y Cámaras durante la emergencia y ponderar los derechos en pugna. Finalmente se propondrán algunas conclusiones.

II. Emergencia sanitaria. Marco regional

Efectivamente, el 11/03/2020, el director general de la Organización Mundial de la Salud comunicó "hemos llegado a la conclusión de que la COVID-19 puede considerarse una pandemia". El organismo la definió como una "enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región". El tiempo que insumió la respuesta del organismo y la tibieza de sus explicaciones generaron incredulidad, desconfianza y fuertes críticas.

Sin lugar a dudas estábamos viviendo una situación inédita a nivel sanitario, la propagación de los contagios en el contexto de globalización exigía la adopción de acciones extraordinarias, tanto a los Estados como a los organismos internacionales, que frente al suceso ensayaban disímiles respuestas, algunas de las cuales implicaban fuertes restricciones al normal ejercicio de derechos y libertades de los ciudadanos. Hacía muchas décadas que la humanidad no enfrentaba una situación crítica de alcance universal.

El COVID-19 representó una catástrofe en muy diversas áreas, no solo en la sanitaria; el impacto negativo en la economía de los países por la marcada recesión vivida durante el año 2020 representó una pérdida de riqueza con escasos precedentes, el mundo se había empobrecido.

Las medidas inmediatas se centraron ciertamente en salvar vidas y abordar las necesidades humanitarias que afectaron a quienes tenían pocos mecanismos para amortiguar el shock.

Las autoridades rápidamente adoptaron normas tendientes a promover el distanciamiento social para contener la propagación de los contagios y fortalecer la capacidad de respuesta del sistema de salud. No obstante, debido a las graves consecuencias económicas y sociales de tales acciones de mitigación, los países debieron discutir su planificación, pero también la modalidad de su desmantelamiento.

La etapa de flexibilización de las restricciones (la transición) fue gradual, con un retorno secuencial de los sectores económicos, sujeto a dinámicas de tipo "marcha y contramarcha". Estiman los expertos que la fase de recuperación económica durará años y que se deberá internalizar el profundo cambio de contexto que emergerá tras la pandemia **(1)**.

En el ámbito latinoamericano, la Comisión (CIDH) se encargó de analizar la situación durante todo el año 2020. La res. 1/2020 ponderó el primer impacto de la pandemia e hizo recomendaciones a los Estados parte. El organismo había advertido que en poco tiempo el suceso afectó gravemente la vigencia de los derechos humanos en el ámbito regional, considerando serios riesgos para la vida, la salud y la integridad de sus habitantes, desaventajados en comparación con quienes integraban las economías desarrolladas del hemisferio norte.

Se consideró con preocupación la escasa respuesta que muchos países empobrecidos estaban en condiciones de aportar.

No solo derechos civiles básicos, sino también derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) se vieron vulnerados y fue terminante la Comisión al declarar que América Latina se había convertido en la región más desigual del mundo **(2)**.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estimó una contracción de 7,7% del PIB regional y un aumento de 2,6 puntos porcentuales del desempleo, que llegó a 10,7%. La tasa de pobreza aumentó a 33,7% en 2020, lo que implicó 22 millones de nuevos pobres. Estos efectos los sentirían de manera desproporcionada los más vulnerables: las mujeres, las niñas y los niños, los jóvenes, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, los migrantes, los refugiados, las personas con discapacidad y los que trabajan en el sector informal **(3)**.

Por ello la Comisión (CIDH) instó a adoptar de forma inmediata, urgente y con la debida diligencia, todas las medidas que sean adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud e integridad de las personas que se encuentren en sus jurisdicciones. Postuló que las medidas que resulten en restricciones de derechos o garantías debían ajustarse a los principios *pro-persona*, de proporcionalidad, temporalidad, y debían tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada.

Finalmente, aclaró que en los casos más extremos y excepcionales donde pudiera ser necesaria la suspensión de determinados derechos, debían respetarse dichas previsiones del derecho internacional dirigidas a evitar que medidas como el estado de excepción o emergencia sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a derechos esenciales o afectaciones del sistema democrático de gobierno.

En especial, recomendó que se incorporen de manera prioritaria el contenido del derecho humano a la salud y sus determinantes básicos y sociales, los cuales se relacionan con el contenido de otros derechos humanos, como la vida e integridad personal y de otros DESCA, tales como acceso a agua potable, acceso a alimentación nutritiva, acceso a medios de limpieza, *vivienda adecuada*, cooperación comunitaria, soporte en salud mental, e integración de servicios públicos de salud; así como respuestas para la prevención y atención de las violencias, asegurando su efectiva protección.

En el ámbito nacional, en el mes de diciembre de 2019, se promulgó la ley 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva que declaraba la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa,

(1) RODRIGUES BASTOS, Fabiano – HERNAIZ, Daniel – SCHIJMAN, Agustina, "Trasfondo regional y pilares conceptuales", en *Informe BID - ALC Post COVID 19, Retos y oportunidades*, 2020.

(2) BARBERO, Natalia, "La pandemia del COVID-19 y los derechos humanos", Rubinzal-Culzoni, RC D 1699/2020.

(3) CEPAL, "Protección social y COVID-19. Hacia sistemas de protección social universal en América Latina y el Caribe", *https://www.cepal.org/es/publicaciones/46687-panorama-social-america-latina-2020*.

previsional, tarifaria, energética y social hasta el 31/12/2020.

Como sabemos, en dicho contexto, se adoptaron un conjunto de medidas para hacer frente a la grave situación económico-social que aquejaba al país.

Verificados los primeros casos de enfermedad en el territorio nacional, mediante dec. 260 del 12/03/2020 el Poder Ejecutivo amplió la emergencia también a la materia sanitaria, por el plazo de un año que luego fue prorrogado.

Asimismo, en virtud de la situación epidemiológica y con el fin de proteger la salud pública, se estableció por el DNU 297/2020, para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él, la obligación de permanecer en "aislamiento social, preventivo y obligatorio" (ASPO), desde el día 20 de marzo hasta el día 31 de marzo de 2020, habiéndose prorrogado dicho plazo —con diversas modalidades de restricción— por el tiempo que se consideró necesario, en atención a la evolución de la epidemia.

Las previsiones adoptadas conforman un vasto capítulo que integra el derecho de emergencia general. El estudio detallado de dichas normas excede la finalidad del presente análisis, donde abordaremos en particular las que se adoptaron en resguardo de la vivienda.

Conforme expusiera, durante todo el año 2020 se publicitaron diferentes instrumentos e informes de organismos y oficinas regionales, mostrando la grave situación del pueblo latinoamericano migrante y de otras poblaciones con graves carencias.

Se requirió a los Estados un serio compromiso con la protección de los derechos y las libertades esenciales, con marcada preocupación por los grupos más desfavorecidos en materia habitacional, se instó a adoptar medidas urgentes, puesto que ninguna acción sanitaria podría considerarse eficaz sin la garantía de una vivienda adecuada para la población, a quienes en innumerables situaciones se les restringió el derecho a circular y se les exigió quedarse en casa.

La Argentina acusó recibo de las recomendaciones y afrontó la grave situación con magros recursos económicos, como muchos de los países del hemisferio sur.

III. Vivienda. Concepto legal. Marco protectorio

III.1. Ámbito internacional

El derecho a la vivienda, en el derecho internacional de los derechos humanos, ha sido reconocido en diversos instrumentos universales y regionales. Así en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, art. 25.1), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, art. XI; *vid*. art. XXIII), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, art. 26). También en algunos textos especializados: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CD Mujer, art. 14.2), Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, art. 27.1; asimismo, incs. 2º y 3º 3); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CP Discapacidad, art. 28.1; asimismo: inc. 2.d y art. 9.a).

Respecto de los trabajadores, la recomendación 115 sobre la vivienda de los trabajadores de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (arts. 5º y 6º) y, en orden a los migratorios, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CT Migratorios, art. 43.1.d), el convenio 97, revisado en 1949 (OIT, art. 6.1.a.iii) y la recomendación 151 (OIT, art. 2.i).

El derecho a la vivienda se encuentra vinculado directamente con el derecho a la vida, tal como, lo ha entendido el Comité de Derechos Civiles y Políticos (Comité DCP) con cita del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

El organismo ha observado que el derecho a la vida ha sido con mucha frecuencia interpretado en forma excesivamente restrictiva, sin embargo, en tanto es inherente a la persona humana requiere de protección y exige a los Estados que adopten medidas positivas. El derecho a la vida se descompone en cuatro derechos esenciales: a) el derecho a la alimentación adecuada, b) el

derecho a contar con agua potable, c) el derecho a la vivienda, y d) el derecho a la salud **(4)**.

Particular atención merece el caso de las personas desplazadas y refugiadas; a dichas hipótesis aplican los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas, llamados Principios Pinheiro (cf. asimismo Convención sobre el Estatuto de los Refugiados —1951—, art. 21).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), por su parte, refiere al derecho a la vivienda en el muy comprensivo derecho a un nivel de vida adecuado expresando que se "reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia". Señala que los Estados parte tomarán medidas apropiadas para asegurar su efectividad, reconociendo la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento" (art. 11.1).

En el contexto universal, la obs. gral. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, establece que el derecho a la vivienda no debe reducirse a disponer de un mero cobijo sino que debe considerarse como el "derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte", en una vivienda adecuada, lo que comprende la seguridad de la tenencia entendida como la protección legal contra desalojos y otras amenazas. Frente a ello, dispone "los Estados Parte deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección, consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados".

Numerosas normas se han dictado en contexto de pandemia en resguardo del derecho a la vivienda, la realidad imponía incurrir en reiteraciones, en acciones urgentes, directas y claras que evitaran que personas que contaban con cobijo lo perdieran, como consecuencia de la merma de ingresos generada por la restricción a la circulación. Así en muchos países se suspendiendo lanzamientos y se promovió la reubicación en viviendas —aun de emergencia— de grupos vulnerables.

También se monitorearon situaciones irregulares, interviniendo programas locales de prevención de desalojos irregulares que habitualmente ocurren en varios países de América Latina y que, ante la escasa respuesta de los sistemas judiciales en tiempos de pandemia, podrían aumentar o agravarse en su modalidad violenta **(5)**.

La pandemia de COVID-19 evidenció las flagrantes desigualdades de las ciudades. Las medidas de prevención de contagios masivos pusieron la vivienda y el acceso a los servicios básicos (agua y cloacas) en el centro de la escena: "Quédate en casa" y "Lávate las manos" fueron las consignas más extendidas para salvaguardar a la población latinoamericana del contacto con el virus.

Ambas resultaron ser desafíos muy difíciles de afrontar, sobre todo para una parte muy amplia de la población de la región que vive en tugurios o en barrios informales, que no tiene acceso a una vivienda digna y que, por ende, carece de agua potable para su higiene personal **(6)**.

III.2. Ámbito nacional

Pues bien, en el ámbito nacional, el Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat (MDTH) —entre otras atribuciones— se encarga de "Entender en la formulación, elaboración y ejecu-

(4) GIALDINO, Rolando, "El carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos", JA 2013-I.

(5) Informe Centro por el Derecho a la Vivienda y contra los Desalojos (COHRE), "Desalojos en América Latina: los casos de Argentina, Brasil, Colombia y Perú", *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2008/6567.pdf.*

(6) Centro de Investigaciones Sociales (CIS), "Efectos de la pandemia COVID-19 en los barrios populares de Argentina", Techo, Buenos Aires, 2020; Instituto del Conurbano, Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS), "El Conurbano en la cuarentena. Informes I, II y III del relevamiento a referentes de los barrios populares del Conurbano Bonaerense en el Aspo", UNGS, Los Polvorines, 2020. Asimismo, DI VIRGILIO, María Mercedes, "Desigualdades, hábitat y vivienda en América Latina", *NUSO* nro. 293, mayo-junio 2021.

ción de la política nacional en todas las materias relacionadas con el desarrollo del hábitat, la vivienda y la integración urbana, atendiendo a las diversidades, demandas y modos de habitar de las diferentes regiones del país" **(7)**.

Según los datos de la Encuesta Permanente de Hogares, el alquiler como forma de acceso a una vivienda creció notablemente en las ciudades argentinas entre el año 2003 y el 2020, en el total del país, la tasa de inquilinización subió de 14,3% a 19%, bajando un porcentaje similar la tasa de propietarios, de 72,3% a 67,5%. En el Área Metropolitana de Buenos Aires hay casi un millón de hogares inquilinos, que representan casi el 18,1% de los hogares. En la Ciudad de Buenos Aires, ese porcentaje llega al 36% **(8)**.

En cuanto a la sostenibilidad del pago de la renta, el 24% de los locatarios encuestados durante 2020 declaró destinar más de la mitad de sus ingresos a pagar el alquiler, situación que se agrava entre las jefas de hogar mujeres, donde este porcentaje se eleva al 28% y aún más en la población mayor a 60 años, donde llega al 38%. El 30% manifestó tener deudas de alquiler y entre los desocupados el porcentaje alcanza al 48%. Casi el 30% de quienes están desempleados declararon que quisieran renovar su contrato, pero no podrán hacerlo en breve ni mediano plazo.

En cuanto a las condiciones habitacionales, los resultados de la encuesta indican que los hogares sostenidos económicamente por personas mayores de 60 años, de menores ingresos y desocupados tienen mayor tendencia a vivir en condiciones de hacinamiento crítico. La población migrante, por su parte, tiende a alquilar una habitación en lugar de una vivienda completa **(9)**.

Las familias más numerosas presentan peores indicadores. En comparación con el promedio general, los hogares que tienen 4 o más personas reportaron un aumento mayor en la disminución de los ingresos, 78% vs. 66%, y mayores niveles de endeudamiento, 52% vs. 43%. Las familias con personas a cargo perdieron ingresos en mayor proporción. El 73% de los hogares inquilinos donde viven personas que requieren cuidados (niños, personas con discapacidad, adultos mayores dependientes) vio disminuidos sus ingresos, esto es 9 puntos por encima del porcentaje general. Casi el 70% de los hogares donde viven personas de nacionalidad no argentina dicen que la proporción de ingresos que destinan al alquiler aumentó desde el comienzo de las medidas de aislamiento (en comparación con el 50% del total).

La reducción de los ingresos generada por la crisis asociada a la pandemia colocó a los inquilinos en una situación cada vez más precaria para el sostenimiento de sus economías domésticas, y de sus hogares, en un contexto donde las medidas de aislamiento promovidas por el Poder Ejecutivo nacional para evitar la proliferación del virus parten del principio de que la vivienda es el primer refugio contra el contagio. La combinación entre las dificultades de ingreso y los niveles de endeudamiento dificulta las perspectivas habitacionales para estos hogares en el corto y mediano plazo **(10)**.

Transitando dicha situación, con la pandemia ya declarada, el 29 de marzo de 2020 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el dec. 320/2020, que dispuso hasta el día 30 de septiembre de 2020, la suspensión de la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto fuera el desalojo de inmuebles con contratos de locación destinados, entre otros usos, a vivienda única urbana o rural o en el caso de habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones, hoteles u otros alojamientos similares, "siempre que el litigio se haya promovido por el incumplimiento de la obligación de pago en un contrato de locación y la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria, sus continuadores o continuadoras —en los términos del artículo 1190 del Código Civil y Comercial de la Nación—, sus sucesores o sucesoras por causa de muerte, o de un sublocatario o una sublocataria, si hubiere",

(7) Ley 22.520 de Ministerios, t. ord. dec. 438/1992, cc. ss. y mod.

(8) CELS – IDAES – UNSAM, "Deuda y alquiler. La situación de los hogares inquilinos en AMBA", encuesta diciembre 2020; *http://www.iade.org.ar/system/files/inquilinos-cels-idaes-completo_0.pdf*.

(9) *https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/12/Inquilinos-CELS-IDAES-Completo.pdf.*

(10) Encuesta CELS-IDAES UNSAM diciembre 2020, cit.

estableciendo que dicha medida alcanza "también a los lanzamientos ya ordenados que no se hubieran realizado a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto".

También estableció la prórroga de la vigencia de los contratos de locación, cuyo vencimiento hubiera operado desde el 20 de marzo de 2020, así como el congelamiento de precios de alquileres hasta el 30 de septiembre de 2020 y suspendió por el plazo de un año la aplicación del artículo 6º de la ley 26.589, estableciendo así la obligatoriedad de la etapa prejudicial de mediación en los procesos de ejecución y desalojos.

El dec. 766 del 24 de septiembre de 2020 extendió los plazos mencionados en el párrafo anterior hasta el 31 de enero de 2021 para los procesos de desalojo, prolongando posteriormente el plazo por dec. 66 del 29 de enero del 2021 hasta el 31 de marzo de 2021.

Otra medida se adoptó a través de la ley 27.551 que modificó el Código Civil y Comercial de la Nación, imponiendo una regulación complementaria de las locaciones, entre otras cosas, sustituyó el art. 6º de la ley 26.589, estableciendo que en los casos de ejecución el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria es optativo para el reclamante sin que el requerido pueda cuestionar la vía.

Asimismo, a través del dec. 66/2021 se estableció que un cupo de las viviendas construidas con aportes del Estado Nacional, debían destinarse a grupos familiares que resulten locatarios de inmuebles destinados a vivienda única, familiar, habitual y permanente, que se encuentren en riesgo de ser desalojados.

El dec. 66/2021 —cuya vigencia finalizó el 31 de marzo de 2020— era el instrumento legal que interponía mediaciones obligatorias con el fin de finiquitar las controversias vinculadas con la aplicación de la norma, actualmente, la ley de alquileres solo menciona que el Ministerio de Justicia tiene que fomentar que se generen ámbitos de mediación y arbitraje en las provincias. No existe ninguna obligatoriedad al respecto, ni crea directamente ámbitos de mediación **(11)**.

(11) CELS – Hábitat, Vivienda y DESC, "Alquileres: fin del DNU y después", 25/03/2021, *https://www.cels.org.ar/web/2021/03/alquileres-fin-del-dnu-y-despues*.

En efecto, mediante res. 88/2021 se instruyó a la Secretaría de Desarrollo Territorial del Ministerio (MDTH) a elaborar y aprobar el "Protocolo Nacional de Alerta Temprana de Desalojos de Vivienda Única y Familiar en Regímenes de Alquileres Formales".

También se convocó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y a otros organismos nacionales e invitaron a aquellos organismos provinciales pertinentes a la suscripción de convenios de cooperación con el fin de recabar información sobre solicitudes de procesos de mediación y sobre existencia de sentencias judiciales de desalojo, en los casos comprendidos en contratos de locación alcanzados por el dec. 320/2020 y sus sucesivas prórrogas y modificaciones.

Se instó a la Secretaría de Desarrollo Territorial, a arbitrar los medios necesarios para coordinar acciones de colaboración y cooperación con los entes ejecutores provinciales y locales de los proyectos de viviendas construidas con aportes del Estado Nacional, con el fin de abordar soluciones habitacionales para aquellos hogares que requieran asistencia pública en el marco de la resolución.

A tal efecto, la autoridad de aplicación establecería los criterios de priorización de las personas que se encuentren alcanzadas por la norma, tomando en consideración a las familias monoparentales, en situación de violencia de género, a las personas con discapacidad, mayores o en situación de vulnerabilidad, entre otros.

Estas previsiones y otras de carácter general adoptadas durante la emergencia, integraron el marco tuitivo de la vivienda de millones de personas con carencias estructurales o coyunturales, que evidenciaban escasa posibilidad de respuesta.

Sin embargo, a más de un año de vigencia de la ley 27.551, la encuesta realizada por CELS y el IDAES a hogares de inquilinos del área metropolitana de Buenos Aires, reveló que persistía una situación de incertidumbre general y la afectación específica sobre la población de menores ingresos, migrantes, mujeres con niños o adultos mayores a cargo y personas de edad avanzada.

La reducción de los ingresos persiste y la reactivación apenas inminente no ha modificado las graves condiciones habitacionales expuestas durante 2020.

El 43,8% de los inquilinos del AMBA saben que su futuro habitacional será peor que el actual. El 15% considera que deberá vivir en una vivienda más pequeña, el 18,6% afirma que deberá compartir su vivienda con familiares, un 3,1% irá a una vivienda más precaria y un 7,1% afirma que deberá vivir más lejos del lugar donde reproducen su cotidianeidad.

Más de la mitad de los hogares alquila de palabra, por fuera de un contrato formal y, por lo tanto, sin garantías de ningún tipo. En los hogares cuyos ingresos no alcanzan los 25.000 pesos el porcentaje de hogares que alquila de palabra es del 74% **(12)**.

Se ha advertido que la obligatoria registración de los contratos de alquiler ante en la AFIP establecida en la nueva Ley, también fomenta la informalidad.

En rigor, las viviendas destinadas a vivienda familiar no comprenden la franja de grandes inversores capitalistas que, por lo general, destinan sus fondos a la construcción y no al arriendo, en mayor medida de emprendimientos comerciales y no civiles. Entre los propietarios de pequeñas viviendas se encuentra un gran número de trabajadores y cuentapropistas que, con esfuerzo, lograron generar ahorro que destinaron a adquirir inmuebles para con su renta aliviar el peso de sus magros ingresos. En las zonas más vulnerables del AMBA el desconocimiento de los sistemas de registro obstan a la instrumentación de los contratos, lo que redunda en mayor desprotección de los inquilinos.

La informalidad urbana es la representación territorial de la pobreza y la desigualdad que existen en el país. La mejora de las condiciones socio habitacionales de los sectores más vulnerados genera enorme preocupación ante la perspectiva de nuevas variantes del virus SARS-COVID-19, la eventualidad de nuevas medidas restrictivas de la circulación y por ende, de mayor retracción económica.

Indiscutiblemente se han ensayado soluciones y ello ha generado resistencia entre los propietarios, que vieron restringido el normal ejercicio de su dominio y ralentizada su posibilidad de recuperar las deudas generadas durante la pandemia (cf. arts. 14 bis, 17 y 18, CN).

Trascurrido un año desde la sanción de la Ley de Alquileres, los montos mensuales registraron su primer aumento bajo la nueva fórmula de actualización, un índice (ICL) compuesto por inflación y salarios.

El sector inmobiliario estima que el aumento de los cánones alcanzará el 46% en la segunda quincena del mes de agosto de 2021. Los propietarios e inquilinos deben realizar el cálculo cuando se cumple un año desde el día que se inició el contrato y luego cada 12 meses. En tanto, desde la Federación de Inquilinos señalaron que, la variación que debe aplicarse es de 43,56%.

No resulta evidente si dicha corrección resulta suficiente o desproporcionada; sin embargo, aparecen voces que refieren a una distorsión en el mercado inmobiliario y a la detracción de la oferta de viviendas generadas tanto por la extensión del plazo mínimo de dos a tres años, como por la imposición de la actualización anual, que genera incertidumbre tanto para los propietarios como para los inquilinos y un mayor esfuerzo en estos últimos para afrontar una suba muy pronunciada **(13)**.

Insisto, ello agrava la situación frente a una nueva etapa de restricciones a la circulación que se proyectan para el último trimestre del año 2021 como consecuencia de la presencia de nuevas variantes del virus en el territorio nacional.

Confiando en las medidas adoptadas, en el discurso de apertura de sesiones ordinarias del Congreso de la Nación, el presidente afirmó que

(12) CELS – Hábitat, Vivienda y DESC, "A un año de la ley de alquileres: es necesario tomar medidas para proteger a les inquilines", 30/06/2021, *https://www.cels.org.ar/web/2021/06/a-un-ano-de-la-ley-de-alquileres-es-necesario-tomar-medidas-para-proteger-a-les-inquilines*.

(13) Fuentes consultadas: Observatorio Inmobiliario de la Cámara de Empresas de Servicios Inmobiliarios (Camesi); Colegio de Corredores Inmobiliarios (Cucicba) de la ciudad de Buenos Aires; y Federación de Inquilinos.

la meta para el año 2021 es reurbanizar 400 de los 4416 barrios populares que existen en la Argentina, según datos del Registro Nacional de Barrios Populares para 2019 **(14)**.

Señala el Ministerio de Desarrollo Social, que de los 400 proyectos de reurbanización planificados para 2021, 106 ya se encuentran en ejecución. Las intervenciones varían entre obras para la provisión de agua, cloacas y servicios básicos, y otras acciones de mayor envergadura que incluyen la reurbanización completa de algunos barrios, la mejora de viviendas o la provisión de lotes con servicios que se adelanten a la informalidad **(15)**.

Dicha política se enmarca en el Programa de Integración Socio Urbana (PISU), creado en 2018 mediante la ley 27.453. Este cuenta con un fideicomiso (FISU) para su financiamiento, que prevé su implementación conjunta entre el gobierno nacional y los gobiernos provinciales y municipales. Su capital alcanzaría algo más de 12.000 millones de pesos provenientes de lo recaudado mediante el Impuesto País, y alrededor de 45.000 millones disponibles por única vez que provienen del 15% del aporte solidario y extraordinario que deben realizar las grandes fortunas en el marco de la emergencia sanitaria. Al financiamiento local se suma el crédito de 50 millones de dólares que otorgó el Banco Interamericano de Desarrollo en 2019 **(16)**.

Todas las acciones descriptas —aun cuando algún sector las considere insuficientes o ineficaces— tienden a paliar el problema de la exclusión social y urbana seriamente agravado por la pandemia y se integran a un plexo de medidas pensadas en pos de mejorar las condiciones habitacionales de sectores históricamente relegados.

III.3. Ámbito provincial. Protección de la vivienda en la emergencia declarada

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, en línea con el dec. 320/2020, se dictó la ley 15.172, que tuvo por finalidad la suspensión de ejecuciones hipotecarias, prendarias, de lanzamientos colectivos que afectaban a una pluralidad de familias, de créditos por expensas comunes y de unidades de producción (art. 1º).

Su finalidad fue proteger la vivienda de miles de bonaerenses que vieron mermados o perdieron sus ingresos.

Establecía la suspensión de las ejecuciones judiciales cuyo objeto fuera el desalojo de inmuebles que individualizaba en el art. 5º, refiriendo a que ello operaba siempre que el litigio se hubiera promovido por el incumplimiento de la obligación de pago en un contrato de locación y la tenencia del inmueble se encontrare en poder de la parte locataria, sus continuadores/as, sucesores/as por causa de muerte, o de un sublocatario/a, si lo hubiera.

En el art. 5º, precisamente, aclaraba que se aplicaría respecto de los contratos de locación, en distintos supuestos: 1. De inmuebles destinados a vivienda única urbana o rural; 2. De habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones; 3. De hoteles u otros alojamientos similares; 4. De inmuebles destinados a actividades culturales o comunitarias, 5. De inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones agropecuarias, 6. De inmuebles alquilados por personas adheridas al régimen de monotributo, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria, 7. De inmuebles alquilados por profesionales autónomos para el ejercicio de su profesión, que se encuentren adheridos al régimen de monotributo, 8. De inmuebles alquilados por micro, pequeñas y medianas empresas, de inmuebles alquilados por cooperativas o empresas recuperadas inscriptas en el INAES.

La ley 15.193, que extendió su vigencia hasta el 31 de marzo de 2021, modificó el art. 1º de la ley 15.172, y en su inc. 3º acotó su aplicación exclusivamente a inmuebles con destino a vivienda única de ocupación permanente, que hubieran realizado a la fecha de su vigencia, referencia a algunas de las hipótesis a las que alude el art. 1º: las ejecuciones hipotecarias —judiciales o extrajudiciales—, la ejecución hipotecaria de parte indivisa, las ejecuciones correspondientes a créditos prendarios actua-

(14) NACKE, Melina, "La inclusión urbana en la agenda estratégica 2021", CIPPEC, *https://www.cippec.org/textual/la-inclusion-urbana-en-la-agenda-estrategica-2021*.

(15) *Ibid.*

(16) *Ibid.*

lizados por UVA, planes de ahorro para adquisición de automotores, ejecuciones de créditos por expensas comunes (siempre que se trate de inmuebles con destino a vivienda única y de ocupación permanente), toda ejecución en la que la demandada fuere una unidad de producción cuya gestión se encontrare en manos de trabajadores/as (fábricas recuperadas) que hubieran resultado expropiadas.

No es la presente la primera situación excepcional que ameritó el dictado de normas provinciales en resguardo de la vivienda del deudor, la cual se consideró históricamente en relación directa con las dimensiones sociales, afectivas y culturales de la persona humana.

El Código Civil y Comercial, receptó la constitucionalización del derecho privado y estableció una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, lo que se vislumbra con la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores y de los bienes ambientales **(17)**. Entre los aspectos esenciales que considera, se encuentra el derecho a la vivienda, derecho humano íntimamente enlazado al concepto de familia.

Claramente dichas normas se integran a las previsiones constitucionales (cf. art. 14 bis, CN; art. 36, inc. 7º, Const. Prov. Bs. As.) y a las leyes nacionales, en resguardo de la vivienda de los bonaerenses.

De acuerdo con los últimos datos disponibles de la Encuesta Permanente de Hogares del segundo trimestre del 2020 hay 888.975 hogares de inquilinos en la región Gran Buenos Aires, de allí la importancia de la nueva ley y del resto de medidas que vertebran el acceso al hábitat.

En conjunto, todos estos elementos normativos constituyen garantías que se confieren jurídicamente a aquellas personas que reclamen judicialmente la protección de su vivienda familiar. Entre estos aspectos —y como ya se ha expuesto— destacan la salubridad (la necesidad de evitar que en el grave contexto sanitario personas queden en situación de calle facilitando la propagación del virus y aumentando el contagio) y la seguridad jurídica de la tenencia, que importa una protección legal contra el desahucio.

Por ese motivo, y frente a esta excepcional situación pandémica, los legisladores provinciales advirtieron que resultaba indispensable brindar todas las herramientas a su alcance para la salvaguarda de la vivienda (v. fundamentos de la ley 15.172).

IV. Constitucionalidad de las normas tuitivas provinciales

Pues bien, "la emergencia" ha tenido un amplio desarrollo en el ámbito del derecho público en general y del derecho administrativo en particular. Las llamadas prerrogativas que tiene el Estado para alcanzar el bienestar general son una muestra de ello, en un régimen de exorbitancia. El dilema es el límite que tiene el Estado, ese fino equilibrio donde los derechos subjetivos, las garantías constitucionales y convencionales, se ponen en tensión con la necesidad que la emergencia requiere. La casuística nos permite identificar como límites el principio de legalidad y el principio de razonabilidad, donde uno de sus componentes principales es la proporcionalidad **(18)**.

Efectivamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos, así como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y otros (Fallos 243:467), con el fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (Fallos 238:76). En estos casos, entendió el máximo tribunal que el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere conveniente, con el límite que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución.

(17) "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012.

(18) CÓRDOBA, Marcos M, citando a AGOSTINELLI, Walter, "Las tareas del derecho argentino en emergencias", Rubinzal-Culzoni, RC D 1660/2020.

Ha puntualizado la Corte que no corresponde otorgar a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado (Fallos 171:79) toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (Fallos 238:76), de otra parte la igualdad no se ve afectada cuando el legislador elige a un grupo de sujetos para protegerlos especialmente, por su vulnerabilidad y con fundamento en la tutela de los consumidores y la vivienda familiar **(19)**.

Refiriéndose al derecho de propiedad, el máximo tribunal especificó que no se viola el art. 17 de la CN cuando por razones de necesidad se sanciona una norma que no priva a los particulares de beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos, ni les niega su propiedad, sino que solo limita temporalmente su percepción o restringe el uso (Fallos 313:1513).

Específicamente señaló que, ante la posibilidad de que un número importante de deudores puedan ver en peligro la subsistencia de las garantías contempladas en el art. 14 bis de la CN, las medidas legislativas tendientes al afianzamiento de la vivienda familiar obedecen a un propósito de justicia, y la razonabilidad de las mayores restricciones que aquellas imponen al derecho de propiedad del acreedor deben valorarse en función de la entidad de la crisis que busca superarse (Fallos: 330:855).

Dicho temperamento ha sido compartido por la Suprema Corte provincial en los precedentes "Spolita" (sent. de 24/06/2009) y "Fiorenza" (sent. de 9/11/2011), y expresando similar preocupación por el plexo tuitivo de la vivienda del deudor en la emergencia, en las causas C 94032 "Rechou, Diego c. Czyzyk, Norma L. s/ ejecución hipotecaria"; C 89.562, "Quiroga, Julio I. y otro c. Arias, Mario Osvaldo y otro s/ ejecución hipotecaria"; C 99.406, "Inalpa Industrias Alimenticias Pavón Arriba SA c. Litovich, Néstor F. y otro s/ejecución hipotecaria" (sents. del 29/12/2008), entre muchos otros.

(19) Voto de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni, en la causa "Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra y otro s/ejecución hipotecaria", R.320.XLII.RHE15/03/2007, Fallos 330:855.

Durante el año 2020 y principios de 2021 se dictaron diversas resoluciones en el ámbito provincial, admitiendo la suspensión de las ejecuciones y procurando la protección de grupos menos aventajados. En otros casos, por el contrario, se consideró que las normas tuitivas no resultaban aplicables. Veamos.

En una etapa preliminar de la emergencia sanitaria, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Nº 2 de La Plata, en la causa 122410, "Donadi, Roberto Í. c. Martínez, Dante J. y otro/a s/reivindicación" (reg. int. 75, sala II, folio 210, 7/4/2020) dispuso atento a la posible presencia de personas en situación de minoridad habitando el inmueble a desalojar y considerando las medidas de excepción adoptadas durante la emergencia sanitaria y económica (dec. 297/2020, DNU 320/2020, DNU 325/2020), por razones humanitarias y de salubridad pública, diferir el lanzamiento respectivo para la oportunidad en que hubiera cesado el estado de excepcionalidad, previa constatación y evaluación que oportunamente habría de realizar el juzgado de primera instancia.

En el expte. I-12005 (reg. int. 170 [R] del 4/8/2020) la Cámara de Necochea por su parte, confirmó la sentencia dictada en la instancia de grado, que había desestimado temporalmente el lanzamiento en virtud de lo previsto en el art. 1º, inc. 3º, de la Ley 15.172.

La parte actora había aducido encontrarse también en situación de vulnerabilidad por no tener trabajo, cuestionando no poder disponer de su propiedad y carecer de ayuda económica. La alzada consideró que lo sostenido en el recurso no configuraba la situación prevista en los arts. 4º y 5º de la ley 15.172, en tanto el caso no se trataba de la ejecución de una sentencia cuyo objeto fuera el desalojo de inmuebles comprendidos en el art. 5º derivado del incumplimiento de la obligación de pago de un contrato de locación, supuesto específicamente regulado por dicha norma y que previó también la suspensión del lanzamiento (v. último párrafo art. 4º, ley 15.172), con la excepción establecida en el art. 6º. Si bien podría alegarse una afectación del derecho de propiedad (art. 17, CN), afirmó el tribunal que cabía entenderla como razonable en función de tratarse de la limitación temporal de la norma de emergencia (art. 28, CN).

En la causa "G. E. c. C. M. A. y otro s/ desalojo falta de pago" (expte. SI-13279-2017, sent. del 01/03/2021) el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 en lo Civil y Comercial de San Isidro dispuso posponer el plazo de cumplimiento de la desocupación del inmueble objeto de la acción, estipulando que el mismo comenzaría a correr a partir del 1º de abril del año 2021, conforme a los términos fijados por la ley 15.172.

Dicho decisorio resulta especialmente relevante en tanto la señora jueza aplicó los principios sentados por la CIDH, en el informe 197/20, caso 13.011, solución amistosa, "Graciela Ramos Rocha y familia vs. Argentina" del 12 de julio de 2020. Encontró analogías entre ambas situaciones dado que los allí demandados se habían presentado a estar a derecho manifestando que en el inmueble locado residían junto a su hijo menor de edad discapacitado —J. E. C. S.—.

Si bien se reconoció el derecho de la actora a recuperar el inmueble arrendado, se relevaron múltiples necesidades económicas, sociales y educativas en relación con el menor y se pusieron de manifiesto las difíciles circunstancias que les tocaba atravesar a la familia, dada la discapacidad de su hijo y el estado de gravedad de la madre, las que se vieron profundizadas por la situación de pandemia.

En orden a ello, se dispusieron una serie de medidas y se libraron oficios a diversas dependencias oficiales con el fin de obtener ayuda para la familia, tanto respecto del desarrollo de J. E. C. S., como en orden a resolver su situación habitacional; así se ofició al Instituto de la Vivienda del Municipio, como al Área Discapacidad, y al Instituto de Vivienda Provincial y de Acción Social; también se requirió el auxilio de una maestra integradora.

En la causa, "Consorcio Barrio Privado Palmer's Cottage c. Ackermann, David A. y otro/a s/ cobro ejecutivo de expensas" (expte. SI-21726-2018) el Juzgado de Primera Instancia Nº 7 en lo Civil y Comercial de San Isidro, tras aplicar doctrina de la Corte nacional y provincial en la materia de protección de la vivienda única, familiar y permanente, declaró la constitucionalidad de la ley 15.172, manifestando que la suspensión de las ejecuciones de créditos por expensas comunes por tiempo determinado (ley 15.172, art. 1º, inc. 6º) no privaba a la parte acreedora —Consorcio— de beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni le negaba el debido acceso a la justicia, pues el interesado podría continuar el trámite destinado al cobro del crédito a la expiración del aludido plazo, en tanto la norma tachada de inconstitucional no suprimía ni alteraba en su sustancia o esencia el derecho de percibir su crédito, sino que postergaba su ejercicio por motivo de la situación de crisis sanitaria, económica y social.

En similar sentido mediante sentencia interlocutoria dictada el 27 de julio de 2020, *in re* "Consorcio de Propietarios Barrio Cerrado Ayres Plaza c. Garrido, Natalia V. s/ cobro ejecutivo de expensas", se había pronunciado la sala I de la Cámara departamental.

En un caso diferente (causa 247.689 "T., B. J. c. C., C. O. y otro s/ ejecución prendaria",) el 20 de noviembre de 2020, la sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Nº 1 de La Plata admitió parcialmente el recurso interpuesto por la parte codemandada y confirmó la decisión en cuanto había declarado la inconstitucionalidad de la ley provincial 14.432. Sin embargo, dispuso que el inmueble resultaba inejecutable y dejó sin efecto la subasta ordenada.

Ponderó el tribunal que se trataba de un caso de regularización dominial que no había sido completado, que al iniciar en el año 1997 el tránsito de regularización que, con una clara finalidad social, previó la ley 24.374, no se contemplaba la posibilidad de protección de los derechos sobre la vivienda bajo el régimen de 'bien de familia', tutela a la cual, en el mejor de los casos, sus titulares podrían haber accedido recién en el año 2007. Mas ello no los hubiera precavido de su ejecución por una deuda contraída en el año 2000 como la allí reclamada, cuya ejecución fue iniciada en el año 2002. Sostuvo la magistrada preopinante que ello "demostraba que el ordenamiento jurídico no brindaba, al menos de modo expreso, una respuesta adecuada para el singular supuesto".

Así, a tenor de las circunstancias relevantes del caso y, en particular, la falta de tutela expresa de quienes han iniciado la regularización de la ley 24.374, sumada a la protección singular y diferenciada a la que tiene derecho la deman-

dada —dada su avanzada edad, estado de salud y situación de vulnerabilidad social en su condición de jubilada de magros ingresos—, decidió extender, por analogía, la inembargabilidad e inejecutabilidad que ampara a la 'vivienda única' a los derechos posesorios de la señora (...) sobre su vivienda única y de carácter permanente. Una solución contraria, postuló la magistrada opinante, que no permita la integración del régimen de la ley 24.374 con normas análogas que también tienen por finalidad la protección de la vivienda única, máxime cuando se trata de un inmueble de limitado valor (...) y en beneficio de una persona que ostenta una particular vulnerabilidad, carecería de razonabilidad".

En una tesitura diferente, en el expte. SN-8229-2016, "Campanella, Juan Carlos y otro/a c. Donadío, Silvana E. s/ desalojo (excepto por falta de pago)", la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás revocó la sentencia de grado e hizo lugar al recurso entablado por los actores al apelar, por lo que ordenó al magistrado proceder a hacer efectivo el lanzamiento, dentro del plazo conferido.

En el caso, los actores habían iniciado el desalojo del inmueble ocupado por quien fuera su nuera y por sus nietos. El tribunal de primera instancia suspendió el lanzamiento oportunamente ordenado en los términos de la ley provincial 15.172, en el marco de la emergencia sanitaria por la pandemia del coronavirus.

La Cámara, en cambio, opinó que la situación no se enmarcaba dentro de la suspensión establecida excepcional y temporariamente, dado que no había mediado entre las partes contrato de locación alguno que permitiera una suspensión de desahucio, como la dispuesta oficiosamente y que la prohibición de lanzamiento que contiene el inc. 3º del art. 1º de la ley 15.172 no resultaba aplicable dada la específica regulación suspensiva del desahucio que para los desalojos contiene el art. 4º *in fine* y en los delimitados supuestos contractuales que dicho apartado y el siguiente artículo mencionan.

Refirió que la ley 15.172, con alcance hasta el 30 de septiembre del 2020 en el ámbito de la provincia de Buenos Aires (en línea con el DNU 320/2020), tuvo por finalidad la suspensión de ejecuciones hipotecarias, prendarias, de lanzamientos colectivos que afecten a una pluralidad de familias, de créditos por expensas comunes y de unidades de producción (art. 1º).

En la causa "Sánchez, Elsa I. c. Cárdenas, María del Carmen s/ desalojo" (expte. MO 33650 2014; RS. 131/2020, sent. del 11/06/2020), la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, sala II, del Departamento Judicial de Morón, revocó la sentencia de primera instancia, haciendo lugar a la demanda de desalojo promovida contra la ocupante y su grupo familiar.

El tribunal destacó que la demandada no era locataria, sino que entre las partes existía un contrato de comodato sin plazo de duración y que la cuestión no está alcanzada por el DNU 320/2020 ni por la ley provincial 15.172, por ende, consideró que la sentencia debía cumplirse dentro de los diez días de quedar firme bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública.

La presente referencia no pretende agotar el análisis de las decisiones judiciales adoptadas en materia de protección de vivienda durante el período 2020-2021, sino que ejemplifica algunas de las situaciones planteadas durante la vigencia de las normas tuitivas, comprendiendo que, los magistrados emprendieron la labor ponderativa de acuerdo con las hipótesis fácticas de cada caso particular. En algunos casos la labor ponderativa de los derechos del acreedor y de los deudores plasmaron la integración de las normas convencionales que reconocen derechos económico-sociales, atenuando la interpretación histórica del derecho de propiedad, reconociendo las situaciones de carencia habitacional o la pertenencia a grupos vulnerables de los demandados (cf. arts. 1º, 2º, 3º, 12º y 14, Cód. Civ. y Com.). En otros la aplicación de la ley se atuvo a su literalidad por comprender que se trata de normas excepcionales, restrictivas y en su caso, de interpretación estricta.

V. Conclusiones

Finalmente comparto algunas de las conclusiones a las que arriba el presente trabajo:

— La reducción de los ingresos generada por la crisis asociada a la pandemia colocó a los in-

quilinos en una situación cada vez más precaria para el sostenimiento de sus economías domésticas, y de sus hogares, en un contexto donde las medidas de aislamiento promovidas por el Poder Ejecutivo nacional para evitar la proliferación del virus partieron del principio de que la vivienda es el primer refugio contra el contagio. La combinación entre la reducción de ingreso y los niveles de endeudamiento dificulta las perspectivas habitacionales para esta población, en el corto y mediano plazo.

— Ante la posibilidad de que un número importante de deudores pudieran ver en peligro la subsistencia de las garantías contempladas en el art. 14 bis de la CN, las medidas legislativas tendientes al afianzamiento de la vivienda familiar obedecieron a un propósito de justicia, por ello la razonabilidad de las mayores restricciones que aquellas impusieron al derecho de propiedad del acreedor debieron valorarse en función de la entidad de la crisis que se busca superar.

— La protección de la vivienda familiar en la emergencia resultaba indispensable, atento al empobrecimiento que afecta a miles de hogares argentinos, especialmente en el conglomerado urbano de las grandes ciudades, donde la cantidad de hogares inquilinos supera el millar.

— Aun cuando seguramente los locadores no estarán de acuerdo con las acciones adoptadas, las cuales provocaron serias pérdidas económicas que presumiblemente no serán reparadas, la eventualidad de colocar en situación de calle a miles de familias configuraba ciertamente, un serio riesgo sanitario a ponderar.

— Las acciones emprendidas tanto en el ámbito nacional como en la provincia de Buenos Aires, evidencian compromiso con la protección del derecho a la vivienda por entenderlo esencialmente vinculado con el derecho a la vida y a la dignidad, con marcada preocupación por los grupos más desfavorecidos, a quienes reiteradamente se les restringió el derecho a circular y se les exigió quedarse en casa.

— Entiendo que las acciones adoptadas por el Poder Ejecutivo nacional y provincial en el contexto de emergencia sanitaria, en orden a suspender los desalojos y lanzamientos, resultaba en línea con el temperamento adoptado por la Corte federal y los superiores tribunales de provincia, en la anterior emergencia, en materia de protección de vivienda única, familiar y permanente.

Niñxs y adolescentes con discapacidad

Prioridades y particularidades del abordaje en centros terapéuticos: inquietudes exhibidas a partir de la emergencia sanitaria

Rosalía Muñoz Genestoux (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Qué sucedió.— III. La importancia de la instancia presencial.— IV. Hacia dónde vamos.— V. Palabras finales.

I. Introducción

Pensar situaciones que determinados colectivos han vivenciado en pandemia, aun encontrándonos en ella, es de algún modo revisar y evidenciar la situación que atraviesan personas con diferentes vulnerabilidades que vieron afectados el desarrollo y la rutina en el marco de sus realidades educativo-terapéuticas.

La importancia que lo cotidiano, los apoyos brindados por diversos actores culturales y profesionales de diversas disciplinas y las rutinas organizadas en torno a ejes vitales significativos proporcionan a todxs lxs niñxs experiencias estructurantes, que les permiten el despliegue progresivo de sus potencialidades para acceder a cierta plenitud de la experiencia vital. Pero si nos enfocamos sobre todo en la situación de aquellxs que tienen tratamientos por salud mental, deberemos tratar de captar que dicha importancia se incrementa. El trabajo terapéutico con estos niñxs implica la puesta en juego de una suerte de andamiaje, es decir de una serie de soportes concretos cuya cualidad clave es la *presencia*.

En este breve texto buscamos mostrar parte de lo vivido por lxs niñxs y adolescentes que realizaban tratamientos en centros educativos terapéuticos —en adelante, CET—, centros de día o en hospitales de día y señalar cuáles son las necesidades actuales y los desafíos que la virtualidad nos invita a encarar.

II. Qué sucedió

A partir de las decisiones sanitarias adoptadas por parte del Poder Ejecutivo Nacional —ley 27.541 **(1)** y decs. 260 **(2)**, 287, 297, 325, 355, 408, 459, 493, 520, 576, 605, 641, 677, 792, 956 de 2020, y 125, 168, 235, 287 y 334 de 2021—, que circunscribieron la circulación de personas en la Argentina, se tomaron una serie de medidas de restricción que abarcaron a las escuelas de nivel inicial, primarias y secundarias. Tras el impacto, las incertidumbres de la amenaza

(*) Abogada (UBA); especialista en Derecho de Familia (UBA); defensora pública coadyuvante con funciones en la Unidad de Letrados de Personas Menores de Edad art. 22 Ley 26.657 de la Defensoría General de la Nación; docente de la materia Derecho de Familia y Sucesiones (UBA); agradezco la lectura atenta y la colaboración del Lic. Tomás Vargas.

(1) Disponible en *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/330000-334999/333564/norma.htm.*

(2) Disponible en *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=335423.*

sanitaria y las consecuentes medidas de aislamiento adoptadas, se fueron progresivamente ensayando respuestas para dar continuidad a las actividades que habían quedado así, repentinamente, en suspenso. La tecnología disponible aplicada a la telecomunicación fue el recurso al que la sociedad se volcó casi naturalmente para hacerle frente a varias de las barreras producidas por el confinamiento. Las actividades relacionadas con la educación fueron atravesando el pasaje a un modo remoto. Durante un largo período de tiempo, con la mejor de las suertes, muchos estudiantes tuvieron que habérselas con esta instancia virtual destinada a evitar la discontinuidad total de su escolaridad. Cabe destacar que no ahondaremos en las desigualdades que este modo corroboró sino que, buscamos reflexionar acerca de las necesidades de un grupo en particular: aquellos para quienes lo virtual directamente entra en un plano asintótico respecto de sus necesidades prioritarias. Los intentos de dar continuidad a las actividades de aprendizaje a través de adaptaciones improvisadas de las actuales tecnologías telecomunicativas están lejos de ser una posibilidad universal: no todos pueden acceder; no todos pueden adaptarse; no todos pueden obtener el mismo provecho de tal recurso.

Al momento de establecerse las medidas sanitarias, con las que acordé, se adoptó en algunas instituciones una modalidad para continuar con el proceso educativo que podía variar de institución a institución. Así, algunas escuelas enviaban el material por mail, otras utilizaban plataformas educativas, algunas realizaban encuentros virtuales, diarios, semanales, quincenales. En todos los casos debía haber una predisposición del estudiante a participar e interactuar mediado por elementos tecnológicos. Un trabajo aparte podría realizarse en relación con las posibilidades reales de acceder a los elementos tecnológicos requeridos, al acceso a servicios de internet y a contar con adultxs que colaboren en el uso de estos elementos de ser necesario.

Sin lugar a duda, la pandemia nos afectó a todxs en distintos aspectos. Lxs adultxs que realizábamos tareas laborales fuera del hogar —excepto quienes fueron considerados trabajadorxs esenciales—, tuvimos también que generar una adaptación en nuestros respectivos espacios domiciliarios que en muchos casos generó tensiones a resolver; lxs niñxs y adolescentes dejaron de concurrir a clases de modo presencial y quienes concurrían a CET u hospitales de día, también.

De este modo, el trabajo terapéutico que realizaban en las instituciones se vio mermado en algunos casos y directamente cesó en otros.

Esta modificación repercutió en lxs niñxs y adolescentes que pasaron de estar con actividades socioeducativas, terapias específicas y necesarias para su desarrollo, contacto social con grupo de pares y a contar con la colaboración de los profesionales tratantes, ya sea en la administración de la medicación como en el aseo y cuidado diario, a encontrarse en sus casas, con sus familias o referentes familiares, y con las improvisadas actividades virtuales.

Sin entrar en detalles que no son de mi *expertise*, no todas las personas contamos con las herramientas necesarias para sostener de modo virtual actividades, pero menos aún quienes requieren del sostén físico para poder realizar tareas que demandan cierta dificultad. Los espacios terapéuticos como los citados tienen la particularidad de contar con diversas terapias y actividades coordinadas y diagramadas con un objetivo terapéutico particular a cada niñx o adolescente y a su familia.

Lo que hemos advertido en la práctica es que la falta de presencialidad en los CET y hospitales de día complejizó y reagudizó la situación de NNA que, en algunos casos, debieron ser internadxs para su compensación, atento a la falta de posibilidad de concurrencia a estos dispositivos. En otros tantos, los familiares comentaron que sus hijxs no sostenían los espacios virtuales de tratamiento por las características propias de su situación, así como tampoco las actividades

Ahora bien, en la actualidad, los CET y hospitales de día, así como los colegios e instituciones educativas, no han retomado las actividades en forma totalmente presencial y continúan las restricciones, aunque en menor medida, para dispositivos que trabajan la psicoeducación y fomentan las capacidades propias de cada niñx o adolescente.

En este sentido, la dificultad que se presentó para quienes concurren a centros educativos terapéuticos fue que vieron afectados su derecho a la educación por un lado, con las particularidades que detallaré más adelante, y por otro su derecho a la salud.

El derecho a la educación como derecho humano fundamental está expresamente reconocido en el art. 26 de la DUDH, en el art. XII de la DADDH, en el art. 13 del PIDESC, en los arts. 23, 28, 29 y 30 de la CDN, en el art. 5º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y en el art. 19 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Dentro de la normativa nacional, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece el derecho a la educación en consonancia con los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus arts. 15, 16 y 17.

Señala la Dra. Bonzano que en el aspecto legislativo tuvo mucha relevancia el dictado de la ley 26.206 de Educación Nacional **(3)** como "un paso significativo en orden a la auténtica vigencia del derecho a aprender de niñas, niños y adolescentes de nuestro país" **(4)**.

Continúa la jurista señalando: "Con idéntico sentido de igualdad al acceso a la educación de la infancia y adolescencia y en consonancia con lo dispuesto por los arts. 23 punto 3 de la Convención y 15, párr. 4º de la Ley de Protección Integral, la legislación prevé dentro de las modalidades del sistema de educación la educación especial, destinada a asegurar el derecho a la educación en todos los niveles a la infancia y adolescencia que padece discapacidades, temporales o permanentes (art. 42)".

En cuanto al derecho a la salud que se encuentra en juego, es necesario recordar que está expresamente reconocido con jerarquía constitucional. El art. 75, inc. 22, de la CN asigna tal carácter a los tratados internacionales que los contempla, entre ellos, el art. 25 de la DUDH, al disponer que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y bienestar, y en especial la asistencia médica y servicios sociales necesarios. En el mismo sentido, el art. XI de la DADDH establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas —entre otros—, a la asistencia médica. Por su parte el art. 12 del PIDESC estableció que, entre las medidas que los Estados parte deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, se concreten en la prevención y tratamiento de las enfermedades de toda índole, la lucha contra ellas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios destinados a su tratamiento —específicamente, el inc. c) establece la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas—.

En el art. 23 de la CDN **(5)** establece que "[l]os Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad". Por su parte el art. 24 de la misma Convención habla del reconocimiento del 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".

Señala María Graciela Iglesias que "[l]a Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la interdependencia y la igualdad de importancia de los distintos derechos —civiles, políticos, económicos, sociales y culturales— que permiten a todxs los niñxs desarrollar su capacidad mental y física, su personalidad y su talento en la mayor medida posible. El derecho del niñx a la salud no solo es importante en sí mismo; la realización del derecho a la salud es indispensable para el disfrute de todos los demás derechos

(3) Disponible en *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley-de-educ-nac-58ac89392ea4c.pdf.*

(4) BONZANO, M. A., "Derecho a la educación", en FERNÁNDEZ, S. (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes,* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2021, 2ª ed. act. y amp., ps. 751 y ss.

(5) CDN, *https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf.*

contemplados en la Convención. A su vez, el logro del derecho del niñx a la salud depende de la realización de otros muchos derechos enunciados en la Convención" **(6)**.

III. La importancia de la instancia presencial

III.1. Qué son los centros de día y los centros educativos terapéuticos

Si bien todas las personas tuvimos que afrontar una movilización de nuestros recursos emocionales ante la pandemia, debiendo corrernos de un lugar conocido y seguro, y enfrentarnos a la conmoción de nuestro pensamiento de lo porvenir, acotando nuestras proyecciones a un futuro cercano caracterizado por la incertidumbre y la necesidad de adaptación constante, estos cambios fueron quizá más acusados y determinantes aún para lxs niñxs y adolescentes que concurrían a centro educativo terapéutico, centro de día u hospitales de día.

¿Por qué señalamos que estos cambios produjeron un impacto diferente en esta población? En primer lugar, porque esos dispositivos están orientados a aquellas personas que requieren un abordaje terapéutico integral. Propician el desarrollo de recursos subjetivos, socioafectivos, cognitivos y el entrenamiento de las habilidades sociales a través de actividades culturales, deportivas, recreativas y las terapias en sus diversas modalidades.

En general tienen una importante carga horaria y en algunos casos cuentan con espacios de psicoeducación para familiares o referentes.

La res. 705/2000 **(7)** del Ministerio de Salud especifica lo que se entiende por centro de día: "Es el servicio que se brindará al niño, joven o adulto con discapacidad severa o profunda, con el objeto de posibilitar el más adecuado desempeño en su vida cotidiana, mediante la implementación de actividades tendientes a alcanzar el máximo desarrollo posible de sus potencialidades.

"A través de las actividades que se desarrollen se procurará alcanzar los siguientes objetivos específicos:

"a) Lograr la máxima independencia personal.

"b) Adquirir hábitos sociales tendientes a la integración social.

"c) Integrarse adecuadamente al medio familiar de pertenencia.

"d) Evitar el aislamiento en el seno familiar o institucional.

"e) Desarrollar actividades ocupacionales previamente seleccionadas y organizadas de acuerdo a las posibilidades de los concurrentes.

"f) Apoyar y orientar a la familia.

"g) Implementar actividades tendientes a lograr la participación de los concurrentes en programas de acción comunitaria, acordes con sus posibilidades.

"El Centro de Día procurará fundamentalmente brindar contención a personas que por el nivel severo o profundo de su discapacidad no estén en condiciones de beneficiarse de programas de educación y/o rehabilitación, y tratará en todos los casos de estimular intereses y desarrollar aptitudes en los beneficiarios para alcanzar en cada caso el mayor nivel de desarrollo posible".

Dentro de las actividades de las que deberá disponer el centro de día podemos destacar:

- Atención médica: control de medicamentos y estudios específicos; derivación y coordinación con otros servicios médicos especializados donde recibe atención el concurrente.

- Apoyo familiar y/o individual: fortalecer los vínculos con el grupo familiar del concurrente

(6) IGLESIAS, M. G., "Niñxs y adolescentes, políticas públicas y observación general Nº 15. Un desafío a cumplir", en HERRERA, M. – GIL DOMÍNGUEZ, A. – GIOSA, L. (dirs.), *A 30 a*ños de la Convención sobre los Derechos del Niño. Avances, críticas y desafíos, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 480.

(7) Incorporación al Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica, del Marco Básico de Organización y Funcionamiento de Prestaciones y Establecimientos de Atención a Personas con Discapacidad, 29/8/2000, *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64276/norma.htm.*

y desarrollar otros nuevos con otros integrantes del medio donde se desenvuelve.

- Actividades de integración dentro del centro de día, con la familia y en la comunidad. Señalan que se realizan paseos de distinto tipo, ya sea a pie o en transportes, participación de espectáculos públicos.

Por otro lado, las actividades de la vida diaria, en ellas lo relativo a hábitos de higiene, vestido, alimentación, etcétera.

Asimismo, actividades de expresión corporal o educación física y musicoterapia.

La ley 24.901 **(8)** establece en su art. 24: "Centro de día es el servicio que se brindará al niño, joven o adulto con discapacidad severa o profunda, con el objeto de posibilitar el más adecuado desempeño en su vida cotidiana, mediante la implementación de actividades tendientes a alcanzar el máximo desarrollo posible de sus potencialidades".

Por su parte el art. 25 de la misma ley señala que centro educativo terapéutico es "aquel que tiene por objetivo la incorporación de conocimientos y aprendizajes de carácter educativo a través de enfoques, metodologías y técnicas de carácter terapéutico.

"El mismo está dirigido a niños y jóvenes cuya discapacidad (mental, sensorial, motriz) no les permita acceder a un sistema de educación especial sistemático y requieren este tipo de servicios para realizar un proceso educativo adecuado a sus posibilidades".

La resolución del Ministerio de Salud antedicha señala que "[f]undamentalmente se benefician del mismo personas con discapacidad mental (psicóticos - autistas) lesionados neurológicos, paralíticos cerebrales, multidiscapacitados, etc. Es decir, todos aquellos discapacitados que tienen trastornos en la comunicación, en la percepción o en la afectividad y no pueden incorporar conocimientos y aprendizajes sin un encuadre terapéutico".

Los centros educativos terapéuticos deberán promover y facilitar la integración a escolaridad para todo aquel niño que esté en condiciones de integrarse a una escolaridad común o especial.

Cabe destacar que la ley 24.901 habla de la excepcionalidad de la educación especial, siendo la regla la educación común.

Debemos señalar que tal como explica muy claramente la Dra. Silvia Fernández: "La educación sobre la base del paradigma de la igualdad y no discriminación rechaza la exclusión y segregación por motivos de discapacidad. Sin embargo, podemos afirmar que pese a que la Convención se concentra en la escuela común como regla en el marco de un modelo de construcción social de la discapacidad, el modelo asistencialista de la 'escuela especial para las personas especiales' sigue muy vigente en el entramado social" **(9)**. Es decir, nuestro país aún no ha alcanzado a garantizar la educación en los términos y estándares internacionales.

La obs. gral. 4 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad **(10)** en su párr. 40 señala: "La progresiva efectividad significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y permanente de proceder lo más expedita y eficazmente posible para lograr la plena aplicación del art. 24. Esto no es compatible con el mantenimiento de dos sistemas de enseñanza: un sistema de enseñanza general y un sistema de enseñanza segregada o especial. La progresiva efectividad debe interpretarse conjuntamente con el objetivo general de la Convención a fin de establecer obligaciones claras para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos en cuestión. Del mismo modo, se alienta a los Estados partes a que redefinan las asignaciones presupuestarias destinadas a

(8) Ley 24.901 Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, disponible en *http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/47677/norma.htm.*

(9) PALACIOS, A. – FERNÁNDEZ, S. E. – IGLESIAS, M. G., "Situaciones de discapacidad y derechos humanos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 567.

(10) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, obs. gral. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, disponible en *http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/observacion-general-n4.pdf.*

la educación, entre otros medios transfiriendo parte de sus presupuestos al desarrollo de la educación inclusiva".

Por su parte la Dra. Luz Pagano señalaba ya en el año 2014 que, "aún cuando la inclusión de los estudiantes con discapacidad en las escuelas regulares confiere importantes ventajas psicológicas, atiende mucho más las necesidades intelectuales y, especialmente, sociales y emocionales mediante una interacción regular y natural con un grupo diverso de estudiantes, además de ser una de las mejores maneras de luchar contra estereotipos y motivar la conciencia sobre las capacidades de las personas con discapacidad" **(11)**.

Es imperioso entonces que el paso de un niñx o adolescente por dispositivos como los centros educativos terapéuticos sea siempre teniendo como norte la inclusión en la escolaridad común.

III.2. Algunas observaciones respecto del funcionamiento de esos dispositivos en pandemia

Debemos tener en cuenta las cuestiones educativo-terapéuticas que se conjugan en estos dispositivos. Tanto el sistema educativo como el sistema de salud consideran la derivación a una instancia no escolar de lxs estudiantes que tienen altos requerimientos de apoyos y que precisan la atención de múltiples profesionales de diferentes disciplinas para sostener estos espacios.

Es justamente este motivo —es decir, la necesidad de contar con disponibilidad de otros y otras para realizar un tratamiento terapéutico pero también para asimilar tareas cotidianas y de autovalimiento—, el que durante el período más restrictivo de las medidas sanitarias implementadas impactó fuertemente en los niñxs y adolescentes que concurrían tanto a los CET como a centros de día.

La diversidad de profesionales, sus miradas y el aporte que el sostén desde lo terapéutico pero también desde el cuerpo se vio de repente diezmada, siendo necesaria la contención dentro del grupo primario y el entorno más cercano de niñxs y adolescentxs con requerimientos y demandas específicas. Además, los fundamentos terapéuticos de los mencionados dispositivos parecen asentarse en la idea de lo comunitario, y en un intensivo intercambio de aspectos humanizantes, lo cual se puede ubicar quizás en un terreno prácticamente opuesto a los repliegues propiciados por la pandemia. Si para los dispositivos comunitarios, el *hacer en convivencia con otros* sería lo que se alinea con lo que cura, podemos imaginar lo arduo que puede resultar la asimilación de la idea de que *estar con otros* es potencialmente peligroso para la salud —a propósito de la probabilidad de contagio, por ejemplo. Una situación realmente dilemática que hace falta comprender para poder llevar a un plano de posibilidad los apoyos adecuados a través de medidas también adecuadas.

Consideramos que el grupo de niñxs y adolescentxs que concurría a CET o centros de día vio afectado profundamente su desarrollo y evolución durante este período, en una medida distinta que lxs niñxs y adolescentes en general. Si bien no es posible establecer esta idea cuantitativamente deberíamos poder visualizarla en términos proporcionales. Para plantearlo sintéticamente podemos decir que la cualidad de las vulnerabilidades a las que están expuestos ambos grupos es distinta. Y que la ausencia, cancelación o retiro de los recursos para afrontar esas vulnerabilidades tiene efectos más directos así como también existen menos posibilidades de hacer una compensación paliativa o espontánea.

Según lo informado por familiares de usuarixs en principio se vieron cerradas las instituciones donde concurrían sus hijxs, estableciéndose en algunos dispositivos la realización de terapias y actividades por zoom. Conforme manifestaron, les acercaban materiales que utilizaban para las actividades en forma semanal. Asimismo, en algunos CET podían retirar bolsones de alimentos.

Con posterioridad y flexibilizadas las restricciones impuestas, algunos dispositivos comenzaron a funcionar de modo presencial con "burbujas" durante algunos días de semana. Cabe destacar que el tiempo de permanencia en las instituciones fue mucho menor al que esta-

(11) PAGANO, L., "Las personas con discapacidad y su derecho a la educación inclusiva. Derecho y realidad", en ZITO FONTÁN, O. (coord.), *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, p. 138.

ba previsto previo a la emergencia sanitaria. No podríamos en este breve artículo y debido a la falta de datos oficiales, en relación con el funcionamiento, especificar qué instituciones y de qué forma garantizaron sus derechos a lxs usuarixs pero sí visualizar que la modalidad complejizó el habitual desarrollo y tratamiento de niñxs y adolescentes.

IV. Hacia dónde vamos

El 19 de julio del 2021 la Agencia Nacional de Discapacidad ANDIS mediante la re. 965/2021 **(12)** creó un espacio de investigación y planificación de medidas de contención de la pandemia COVID-19 en las personas con discapacidad.

Según surge de la página web de ANDIS sus funciones serán: brindar asesoramiento sobre la implicancias biopsicosociales de la pandemia en las personas con discapacidad; elaborar informes y recomendaciones sobre su impacto a corto, mediano y largo plazo; sugerir líneas de acción que contribuyan a disminuir y prevenir las secuelas derivadas del coronavirus en este sector de la población y desarrollar estrategias para promover políticas y programas sociales destinados a morigerar el impacto de la crisis generada por el COVID-19.

Cabe señalar lo que surge del informe de Naciones Unidas "Una respuesta inclusiva de la discapacidad ante la COVID-19", presentado en mayo del 2020 que las medidas de distanciamiento físico que restringen las visitas y las actividades de grupo en las instituciones también pueden afectar negativamente a la salud y el bienestar tanto físicos como mentales **(13)**.

En relación con las repercusiones en la educación, señala el informe citado que aunque todavía no se dispone de cifras fiables sobre los estudiantes con discapacidad, es probable que la crisis actual haya agravado su exclusión de la educación. Como se detalla en el informe de políticas sobre las repercusiones de la COVID-19 en los niños, los estudiantes con discapacidad son los que menos probabilidades tienen de acogerse a modalidades de aprendizaje a distancia. Es probable que la falta de apoyo, de acceso a internet, de programas informáticos accesibles y de materiales de aprendizaje profundice la brecha para los estudiantes con discapacidad. Es probable que la disrupción de los programas de capacitación y formación tenga efectos de gran alcance en los jóvenes con discapacidad, que se enfrentan a múltiples barreras para acceder al mercado de trabajo.

Podemos vislumbrar, a partir de lo relatado a lo largo de estas líneas, que el trabajo a realizar de ahora en más importa un profundo desafío. Por un lado, brindar a lxs niñxs y adolescentes con discapacidad los apoyos necesarios para fortalecer sus capacidades y subsanar, si fuera posible, los déficits que el sistema evidencia, procurando su inclusión en escuelas comunes, con los recursos humanos, tecnológicos y materiales que sean necesarios.

V. Palabras finales

El objetivo del presente trabajo pretendió pensar a las niñeces y adolescencias con discapacidad intelectual durante la pandemia y observar de qué modo impactaron, si al día de hoy y aun atravesando esta crisis sanitaria mundial, las medidas necesariamente tomadas en particular en este colectivo.

Tal como lo describiéramos, nadie estuvo exento de esta movilización subjetiva que el distanciamiento físico y social, las nuevas formas de comunicaciones con lxs otrxs, los nuevos aprendizajes, los temores y la incertidumbre generaron en la sociedad en su conjunto y, me permito decir, en las personas con discapacidad en particular.

Ante un suceso inesperado, todxs procuramos adaptar la realidad a lo conocido, lo manejable en términos del entendimiento; enlazar un sentido que pueda acomodarse entre las representaciones que componen el bagaje experiencias de vida; incorporar así esas vicisitudes como parte de nuestro devenir, y como un evento en la historia del grupo, la comunidad, la cultura. Todos estos movimientos y elaboraciones de tanta complejidad pensados en sujetos que se encuentran en un proceso de desarrollo, y ade-

(12) *https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/247001/20210719.*

(13) "Informe de políticas: Una respuesta a la COVID-19 inclusiva de la discapacidad", *https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/spanish_disability_brief.pdf.*

más con necesidades de alta presencia de los apoyos que les permiten acceder a mayor satisfacción de sus derechos nos pueden brindar una pauta de cuán severamente pudieron haber visto impactada negativamente su cotidianidad lxs niñxs y adolescentes con discapacidad.

Si bien podemos discutir desde un aspecto teórico los pros y los contras del sistema actual, lo que sí observamos es que respecto de quienes concurrían a CET y a centros de día se debe establecer una prioridad en la atención y diseño de políticas públicas adecuadas a su situación actual. Políticas que favorezcan la concreción de los apoyos necesarios para su desarrollo y su inclusión.

Comenzamos un nuevo camino, con los aprendizajes que una crisis sanitaria de la envergadura de la vivida nos deja, con la evidencia de las necesidades que como sociedad tenemos. También con la oportunidad de replantearnos a nivel institucional las mejores y más adecuadas herramientas para sostener y favorecer el desarrollo de los niñxs y adolescentes con discapacidad y sus familias. Dentro de dichas herramientas, creemos que debe contener la concientización sobre discapacidad y una promoción de los aspectos culturales que promuevan una legítima inclusión.

Queda, sin lugar a dudas, un profundo trabajo por hacer.

COVID-19: niñas/os, adolescentes y jóvenes en dispositivos residenciales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Florencia Rodríguez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Estado de situación de los hogares en la CABA.— III. Impacto del COVID en hogares.— IV. La niñez en emergencia.— V. Políticas de apoyo y prevención del COVID-19.— VI. Acceso a derechos.— VII. Egresar en pandemia.— VIII. Palabras finales.

I. Introducción

El Estado Argentino ha dispuesto un aislamiento social preventivo y obligatorio desde el 20 de marzo del 2020 mediante el dec. 297/2020, para mitigar el riesgo de contagio frente a la pandemia del COVID-19. Esta situación de emergencia sanitaria supone una serie de posibles riesgos para las niñas, niños, adolescentes y jóvenes (en adelante, NNAJ) más vulnerables, como aquellos que residen en dispositivos residenciales más conocidos como hogares convivenciales y casas de preegreso.

El presente artículo sistematiza información cuantitativa de las estadísticas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCABA) y de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, como así también información cualitativa recabada en entrevistas virtuales realizadas con jóvenes y actores institucionales del sistema de promoción y protección de derechos a nivel nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires durante el 2020 y el 2021. En dichas entrevistas, se relevó información sobre el impacto del COVID y el aislamiento en contextos residenciales, el acceso a derechos de NNAJ, las dificultades que enfrentan para el cumplimiento de las medidas de aislamiento y de las pautas de cuidado, así como también las políticas y prácticas que están teniendo lugar en el marco del cuidado de NNAJ alojados en dispositivos residenciales.

El trabajo de campo y los resultados de este son parte de la investigación que estoy realizado en el marco de mi tesis para optar por el título de magíster de la Universidad de Buenos Aires en Investigación en Ciencias Sociales.

II. Estado de situación de los hogares en la CABA

Según las últimas estadísticas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en 2019 había 1.096 NNAJ institucionalizados **(1)**, el 42% son niños/as entre 0 y 6 años, el 29% entre 7 y 12 años, y el 29% son adolescentes con 13 años o más. La proporción entre varones y mujeres se mantiene cercana al 50% **(2)**.

La política de albergue de NNAJ en dispositivos residenciales se gestiona a través de hogares

(*) Maestranda en Investigación en Ciencias Sociales y licenciada en Sociología en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA); e-mail: *r.florenciad@gmail.com*.

(1) Es decir, alojados en hogares propios del GCBA, conveniados o en dispositivos de acogimiento familiar.

(2) Dirección General de Niñez y Adolescencia (DGNyA), "Niñxs y adolescentes distintxs alojadxs en hogares conveniados y acogimiento familiar", CABA, 2019.

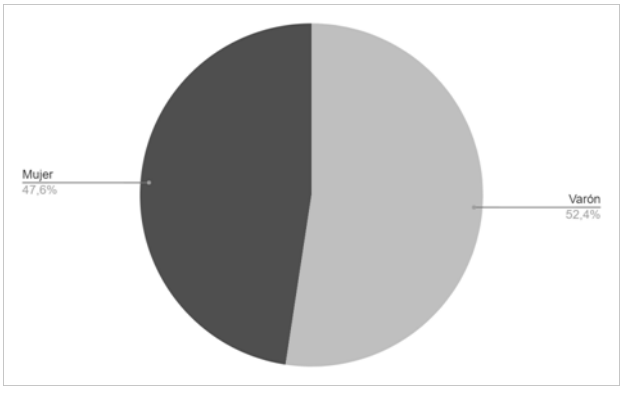
propios del Gobierno de la Ciudad y Organizaciones no gubernamentales (en adelante: ONG). En términos de cantidad de NNAJ atendidos/as, esta política pública se encuentra siendo gestionada mayoritariamente de manera asociada con organizaciones de la sociedad civil.

Tabla 1: Cantidad de niñxs y adolescentes en Hogares Conveniados, oficiales y en Acogimiento Familiar, según grupo etario. CABA. DGNyA. Año 2019.

Grupos de edad	**Hogares propios**		**Hogares Conveniados y PAF***		**Total**	
	Frecuencia	**Porcentaje**	**Frecuencia**	**Porcentaje**	**Frecuencia**	**Porcentaje**
0 a 6 años	65	45%	392	41%	457	42%
7 a 12 años	54	37%	267	28%	321	29%
13 años o más	27	18%	291	31%	318	29%
Total	146	100%	950	100%	1096	100%

Fuente: Elaboración propia con base en datos del Área de Estadística, Capacitación e Investigación de la DGNyA (2019).* Programas de Acogimiento Familiar.

Gráfico 1: Cantidad de niñxs y adolescentes alojados en Hogares Conveniados y Acogimiento Familiar, según sexo al nacer. CABA. DGNyA. Año 2019.



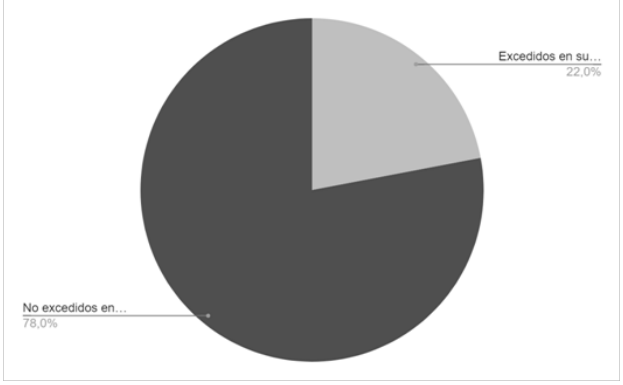
Fuente: Elaboración propia con base en datos del Área de Estadística, Capacitación e Investigación de la DGNyA (2019).

En relación con las casas de pre egreso, se trata de dispositivos de cuidado destinados a adolescentes y jóvenes que están en proceso de egreso por alcanzar la mayoría de edad y se constituyen como instancias previas a vivir de modo independiente al hogar. Son dispositivos nuevos y escasos, existen hace menos de 10 años y actualmente, según se pudo conocer en esta investigación, en la CABA hay solo dos casas de pre egreso. Una perteneciente a una ONG sin convenio con el GCBA, destinada a los adolescentes que egresan de los dispositivos de alojamiento de la propia institución y que actualmente no está alojando ningún adolescente. Y otra, la "Casa de la Juventud" perteneciente a otra ONG que es la única conveniada con el GCBA y aloja a adolescentes y jóvenes que egresan de hogares de la Ciudad. Esta casa se encuentra en Parque Patricios y el plazo máximo en el que se pueden quedar las/os jóvenes es de 1 año. El dispositivo está dividido en dos casas con 8 vacantes cada una: una de mujeres y otra de varones. Actualmente, según su coordinador, las pla-

zas están casi todas completas, de hecho, se está pensando en ampliar la casa con dos habitaciones para 8 jóvenes más.

Según los informes de las visitas a los dispositivos de alojamiento de NNAJ realizadas por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad durante el 2020 **(3)**, se ha registrado que en 5 de los 23 hogares visitados están excedidos en la capacidad máxima de alojamiento permitida normativamente (2 son hogares oficiales y 3 son hogares conveniados), es decir, el 22% de los hogares visitados.

Gráfico 2: Hogares oficiales y conveniados según capacidad de alojamiento. Defensoría del Pueblo de la CABA. Año 2020.



Fuente: Elaboración propia con base en los informes de la Defensoría del Pueblo de CABA.

III. Impacto del COVID en hogares

Según los informes de la Defensoría del Pueblo de la CABA, se registraron casos de COVID-19 positivo en la población alojada en 7 hogares visitados (4 conveniados y 3 oficiales), constituyendo el 30% de los dispositivos de toda la CABA visitados. Los/as NNAJ contagiados/as en estos hogares fueron en total 83, es decir, el 17% de la población total de NNAJ alojados en las instituciones visitadas. En promedio hubo 12 contagios por institución. Esto evidencia la masividad de los contagios que se dan en residencias colectivas, algunas de ellas excedidas en su capacidad de alojamiento; y las dificultades de prevención de los contagios en dichos contextos.

En cuanto al personal, se registraron casos positivos de trabajadores/as en 13 de las instituciones relevadas (8 conveniados y 5 oficiales), constituyendo el 57% de los dispositivos de toda la CABA visitados. El total de personas contagiadas fue 51. Un promedio de 4 trabajadores contagiados por institución.

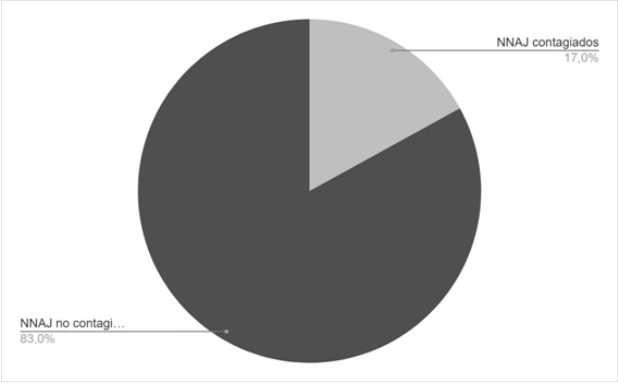
(3) DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD, "Dispositivos de alojamiento de niños, niñas y adolescentes. Informe de las visitas a los dispositivos de alojamiento de niños, niñas y adolescentes. Semanas del 27 de agosto al 4 de septiembre", CABA, 2020; *id.*, "Visitas a los hogares conveniados con la DGNYA. Informe de las visitas a los dispositivos de alojamiento de niños, niñas y adolescentes. Semanas del 3 al 15 de septiembre". CABA, 2020, disponibles en la biblioteca digital del organismo: *http://www.defensoria.org.ar/biblioteca/*.

Tabla 2: Cantidad de personas contagiadas según tipo de institución. Defensoría del Pueblo de la CABA. Año 2020.

Personas contagiadas	En Hogares oficiales	En Hogares conveniados	Total contagiados	Total de instituciones con contagios
NNAJ	35	48	83	7
Trabajadores	25	26	51	13

Fuente: Elaboración propia con base en los informes de la Defensoría del Pueblo de CABA.

Gráfico 3: NNAJ según situación de contagios frente al COVID-19. Defensoría del Pueblo de la CABA. Año 2020.



Fuente: Elaboración propia con base en los informes de la Defensoría del Pueblo de CABA.

IV. La niñez en emergencia

"Ante la situación que estamos viviendo, en el país, en la Ciudad, no solo por la pandemia, sino anterior, el 70% de nuestro trabajo es protección de derechos ante situaciones de vulnerabilidad y es mucho menos la promoción" (entrevista, Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, CABA).

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) alertó de que las poblaciones de Latinoamérica más afectadas por los efectos socioeconómicos de la pandemia serán las de mujeres, los estratos de ingresos bajos y medios-bajos, los trabajadores informales, las trabajadoras domésticas remuneradas, los niños/as, adolescentes y jóvenes, las personas mayores, la población rural, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, las personas con discapacidad, las personas migrantes, y las personas en situación de calle **(4)**. Los niveles de pobreza en la Argentina se mantienen en valores altos hace varios años, perjudicando diferencialmente a las niñeces y juventudes, pero la pandemia agudiza aún más esta situación. Las nuevas estimaciones de Unicef Argentina, alertan que, entre diciembre de 2019 y diciembre de 2020, la cantidad NNA pobres pasaría de 7 a 8,3 millones. Así, el porcentaje de niños/as pobres alcanzaría el 62,9% en nuestro país **(5)**.

(4) La CEPAL advierte incremento de la pobreza y la desigualdad en la región por el coronavirus (12/05/2020, Telam), disponible en *https://www.telam.com.ar/notas/202005/462885-cepal--incremento--pobreza-desigualdad-coronavirus.html*.

(5) Unicef Argentina, "Segunda Encuesta de Percepción y Actitudes de la Población. Impacto de la pandemia y las medidas adoptadas por el gobierno sobre la vida cotidiana de niñas, niños y adolescentes", 2020.

Más allá de las estimaciones, los efectos del COVID-19 ya han empezado a sentirse en las familias más vulnerables. La pobreza no afecta a una minoría de niños/as, sino a la gran mayoría de ellos y esta situación, a pesar de estar prohibida por la legislación actual **(6)**, es el telón de fondo que está presente en los motivos de separación de niños/as y adolescentes de sus familias de origen. Uno de los principales riesgos de la crisis actual es que genere nuevas situaciones que pueden derivar en causales de institucionalización de niños/as y adolescentes. Asimismo, en un contexto donde la recomendación general es "quedarse en casa", para niños/as, adolescentes, jóvenes y mujeres que viven situaciones de violencia, quedarse en casa no es seguro. De las entrevistas se deduce que hay un debilitamiento de los servicios de protección infantil, esto se debe principalmente a las licencias de muchos trabajadores de los servicios (por ser considerados personas de riesgo) y al cierre de los servicios de protección como las defensorías zonales **(7)**. La CABA tiene 20 defensorías, pero solo 7 se encuentran abiertas al público actualmente. Muchas de ellas, para abrir y cumplir con los protocolos, requieren adecuaciones del espacio, pero después de más de un año y medio de pandemia, aún no se han hecho. Frente al cierre de muchos servicios de protección infantil, el riesgo es que los NNAJ estén desprotegidos frente situaciones de violencia, maltrato o negligencia.

"Yo pensé que la pandemia iba a ser de mucha medida de protección excepcional, y no. Es para estudiarlo, porque viste que se había hablado mucho del aumento de los casos de violencia (...) los servicios locales y zonales no podían salir al territorio" (entrevista, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia)

A esta situación, se suma el cierre de escuelas y espacios de educación no formal y recreativos que constituyen los principales factores de protección (y denuncia) ante situaciones de violencia hacia niños/as y adolescentes.

Asimismo, el impacto de la pandemia empeoro el funcionamiento de otros organismos como los del sistema judicial, enlenteciendo aún más los procesos judiciales de los NNA.

"Tuvimos un poder judicial que 7 meses prácticamente solo atedió emergencias, entonces cuando estaba por salir un estado de adoptabilidad, imagínate, para ese chico se perdió un año, 6 meses, 8 meses y es mucho tiempo" (entrevista, Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, CABA).

Sin embargo, a pesar de que muchos organismos del Sistema de Protección comenzaron a atender de manera virtual o cerraron, no sucedió lo mismo en los dispositivos que alojan NNAJ. Es más, desde la perspectiva de los hogares, se produjo una sobrecarga de tareas y responsabilidad sobre ellos.

"Mientras todo el sistema de protección pasó al funcionamiento virtual, lo nuestro era más presencial que nunca (...). Los adultos se transformaron en todo, en hacer deporte, en hacer la tarea, en que coordine el zoom, que preste el celular para que tenga terapia, el que tiene que charlar sobre la muerte, porque la muerte rondando en la sociedad es todo un tema" (entrevista, hogar convivencial, CABA).

V. Políticas de apoyo y prevención del COVID-19

En relación con las políticas y los apoyos para la prevención del COVID-19 implementadas, a nivel nacional, se destaca la iniciativa AUNAR de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) que hace entrega de tar-

(6) Ley nacional 26.061, art. 33: "La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización".Ley 114 de la CABA, art. 43: "Desjudicialización de la pobreza. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección a aplicar son los programas sociales establecidos por las políticas públicas, que deben brindar orientación, ayuda y apoyo incluso económico, con miras a la sustentación y fortalecimiento de los vínculos del grupo familiar responsable del cuidado de niñas, niños y adolescentes".

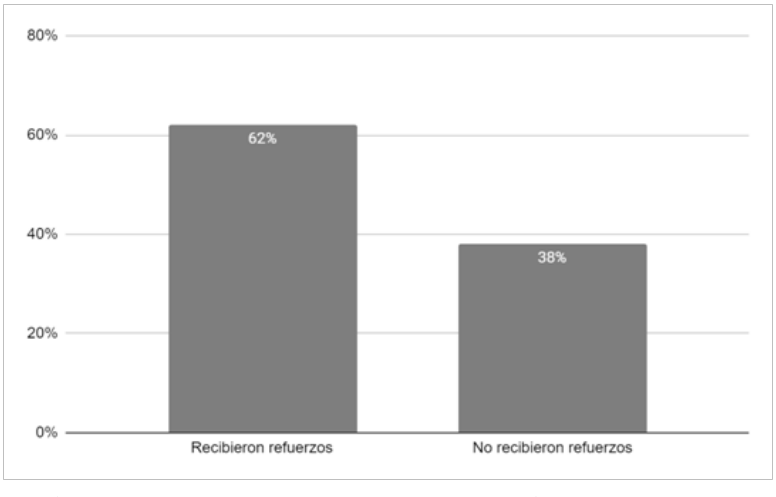
(7) Las defensorías zonales son organismos descentralizados del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, creadas por ley 114 y definidas en su art. 60, que funcionan en cada una de las comunas de la Ciudad.

jetas de débito con un monto precargado de $ 3.300 destinada a que los adultos en los hogares y centros cerrados las usen para equipar sus espacios con elementos para limpieza y recreación. Asimismo, la Secretaría y el Ministerio de Salud, elaboró unas guías de recomendaciones para la prevención del virus y contención emocional de los NNAJ, que se propone alcanzar a más de 500 instituciones provinciales, municipales y organizaciones sociales de todo el país.

En la Ciudad, se acondicionó una unidad extrahospitalaria en el complejo "Puerto Pibes", destinada a alojar NNAJ con COVID-19 a fin de evitar la multiplicación de los contagios dentro de las instituciones. Asimismo, los NNAJ que ingresan a instituciones por primera vez, pasan previamente por un centro de atención transitoria donde se hisopan y realizan una cuarentana de 10 días antes de ingresar al hogar con el resto de los NNAJ que allí viven.

Se realizaron refuerzos o reemplazos de personal por parte del GCBA en las instituciones con trabajadoras/es contagiados. Sin embargo, según datos de la Defensoría del Pueblo, solo el 62% de las instituciones que tuvieron personal contagiado indicaron haber recibido refuerzos o reemplazos de personal por parte del GCBA.

Gráfico 4: Instituciones según si recibieron refuerzos de personal. Defensoría del Pueblo de la CABA. Año 2020.



Fuente: Elaboración propia con base en los informes de la Defensoría del Pueblo de CABA.

A diferencia de lo observado en los hogares propios del GCBA, en las instituciones conveniadas, no se están efectuando estudios serológicos del personal, a pesar de que, la mayoría de los NNAJ están alojados en instituciones conveniados. Solo personal de un hogar conveniado manifestó haber realizado estudios de esta índole, en una única oportunidad. Queda evidenciado que el GCBA brinda diferentes parámetros de protección y cuidado a la población y al personal de los distintos dispositivos.

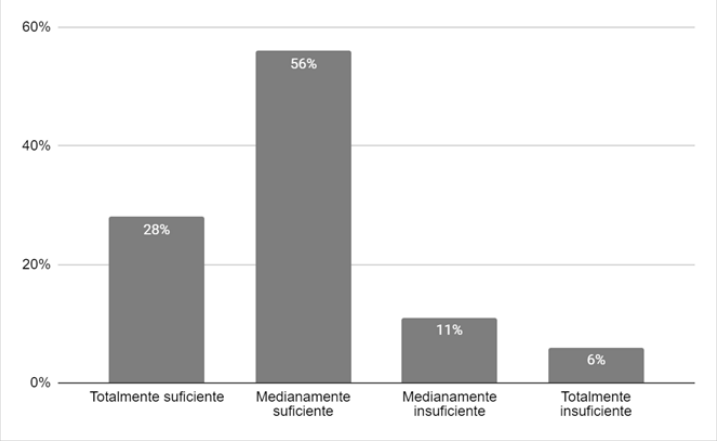
En relación con los recursos, las autoridades de los dispositivos visitados por la Defensoría expresaron recibir de la DGNyA alimentos, insumos de limpieza y desinfección y elementos de protección personal. Sin embargo, varias instituciones nucleadas a través "Hogares en Red" **(8)** reclaman

(8) Según expresan en su página de Facebook: "Hogares en Red está constituido por varias Organizaciones Sociales, que atienden diariamente, a niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad", disponible en *https://www.facebook.com/hogaresenred.*

públicamente [en medios de comunicación y redes sociales **(9)**] la falta de recursos para afrontar la situación extraordinaria. Los principales reclamos tienen que ver con el plan de vacunación que no incorpora al personal de las instituciones, con la mejora en el sistema de testeo e hisopados tanto para adultos como para NNAJ, principalmente en los hogares conveniados, la solicitud de un subsidio COVID para aquellos hogares que deben establecer cuarentenas completas, un aumento de las becas que reciben las instituciones y el otorgamiento de aportes extraordinarios por el contexto.

Según el informe de la Defensoría, el 28% de los/as hogares conveniados consultados/as respecto de la calidad alimentaria, respondieron que la cantidad de alimentos recibidos fue "Totalmente suficiente", seguidos por quienes la consideraron "Medianamente suficiente" (56%). Por su parte, el 17% de los entrevistados percibió a la cantidad de alimentos como insuficientes en relación con la cantidad de NNAJ alojados (un 11% la consideró "Medianamente insuficiente" y un 6% "Totalmente insuficiente").

Gráfico 5: Instituciones según opinión sobre la calidad de alimentos recibidos. Defensoría del Pueblo de la CABA. Año 2020.



Fuente: Elaboración propia con base en los informes de la Defensoría del Pueblo de CABA.

VI. Acceso a derechos

A continuación, se describe el impacto del COVID-19 en el acceso a algunos de los derechos establecidos por la legislación local y nacional **(10)** de NNAJ en hogares y casas de pre egreso en la CABA.

VI.1. Salud y la salud mental

Respecto de la salud, muchos de los servicios de la Ciudad, se encuentran colapsados o priorizando solo casos de emergencia o de COVID-19. Principalmente los NNAJ realizan sus tratamientos

(9) "Cuarentena: los hogares de niños y adolescentes en emergencia", 24/03/2020, *La Nación*, disponible en *https://www.lanacion.com.ar/comunidad/cuarentena-hogares-ninos-adolescentes-emergencia-nid2346918/?fbclid=IwAR3ILsIhHbjxw-D9rdnqyJ2B6blzjtVLzT_wnTSDsAdRMjwihyuyx-ShR54*. "Entre crear actividades y afrontar problemas económicos: cómo se vive la cuarentena en los hogares de niños", 09/04/2020, *Infobae,* disponible en *https://www.infobae.com/sociedad/2020/04/09/entre-crear-actividades-y-afrontar-problemas-economicos-como-se-vive-la-cuarentena-en-los-hogares-de-ninos/?fbclid=IwAR3KW5JuCldMPXBtJ_5jzxw7D4EjFq-OctNZTmYRDP5T8nvjkSGXEiBpZJ8.*

(10) Ley nacional 26.061; ley de la CABA 114.

en hospitales públicos de la Ciudad. En consecuencia, se suspendieron muchas de las terapias psicológicas, psiquiátricas, de adicciones y ocupacionales de los NNAJ, y en otros casos se cambió a modalidad virtual.

Esta situación es aún peor para los hogares conveniados con el GCBA pero que se encuentran en la Provincia de Buenos Aires. Hay una crítica por parte de varios actores respecto de esta situación que dificulta la supervisión y fiscalización de los distintos organismos, a la vez que genera otras problemáticas, como la violación al principio de respeto al centro de vida y lejanía de sus familiares y/o referentes socio comunitarios y la situación de desventaja de los NNA para acceder a la oferta programática de la Ciudad de Buenos Aires **(11)**:

"El Hogar ... que está en Moreno, nunca consigue terapia (...). No es lo mismo eso que la estructura que puede tener un Hogar que está acá en el centro que tienen un montón de opciones" (entrevista, supervisión de hogares, CABA).

Para las/os trabajadores de las instituciones, lo que más les cuesta a los NNAJ es la falta de contacto físico, necesitan presencia de familiares y profesionales ya que no alcanza por teléfono ni video llamada **(12)**. Sumado a esto, hay cuestiones que se agudizan con el encierro. El aislamiento está afectando los hábitos y los patrones del sueño de las/os adolescentes:

"Estoy durmiendo siestas eternas, levantándome a cualquier hora. Estoy desorganizada con la rutina" (entrevista, mujer, casa de pre egreso, CABA).

Se desprende de las entrevistas y del informe de la Defensoría, que entre las cuestiones problemáticas a las que se hizo referencia se destacan las siguientes:

- Reprogramación y/o suspensión de turnos para controles médicos, tratamientos y cirugías

- Imposibilidad o dificultades a la hora de obtener nuevos turnos médicos. Principalmente para tratamientos de salud mental.

- Falta de atención de especialidades.

- Problemas con la entrega de medicamentos.

- Demoras y esperas en general en las respuestas de las instituciones de salud.

VI.2. Continuidad educativa

Debido al contexto de pandemia por COVID-19, la asistencia presencial escolar en la Ciudad estuvo reducida a un par de días durante el año. Muchos hogares no cuentan con espacios destinados exclusivamente para que NNAJ estudien. Asimismo, los NNAJ en situación de vulnerabilidad requieren apoyos y adaptaciones escolares para darle continuidad a los estudios, y no todos los hogares cuentan con profesionales que puedan brindar ese tipo de apoyo.

"Por Gmail no es lo mismo. No es lo mismo una maestra que te explique a que lo veas por Gmail. Yo no puedo entender. Me cuesta un montón" (entrevista, mujer, hogar, CABA).

No hay conectividad ni computadoras suficientes para poder estudiar o realizar tareas virtuales. En muchos casos, la posibilidad de conectarse queda a criterio de que algún/a trabajador/a preste su dispositivo para hacerlo.

"Pusimos un servidor aparte. Llegan los miembros del equipo y entregan sus celulares porque no alcanzan las máquinas que tenemos" (entrevista, hogar convivencial, CABA).

VI.3. Fortalecimiento familiar

El aislamiento y la falta de dispositivos de comunicación y conectividad limita severamente la posibilidad de mantener el vínculo con familiares, referentes y amigas/os fuera de la institución.

(11) Ministerio publico tutelar. "Puertas adentro: la política de institucionalización de niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires, 2007-2011", CABA, 2012.

(12) RODRÍGUEZ, F. – SEGADE, A., "COVID-19: Impacto en niñas/os, adolescentes y jóvenes privados de cuidado parental", *En Foco* nro. 2, Observatorio de la Ley de Egreso y los derechos de jóvenes sin cuidados parentales de Doncel, CABA, 2020, disponible en *https://doncel.org.ar/wp-content/uploads/2020/08/En-Foco-N%C2%B02.pdf.*

La situación es muy dispar entre las instituciones. En algunas, las reglas estrictas, respecto del uso de dispositivos tecnológicos e Internet también es un limitante a la hora de mantener a los NNAJ conectados con sus familiares, referentes y amigas/os **(13)**. En otras, se ha intentado sostener los vínculos socio-comunitarios a través de visitas presenciales.

"Nosotros hemos sido bastante temerarios respecto del vínculo con las familias salvo, hasta abril cuando empezó el aumento de la segunda ola. Con un vehículo que tenemos de la Asociación, los pibes festejaban su cumpleaños con la familia. Digo temerario, pero había mucho cuidado con los adultos nuestros, con los pibes y las familias. Todo un gran trabajo de organización para que la familia unos días antes ya estuviera en situación de recibir al pibe y todo al margen del transporte público" (entrevista, hogar convivencial, CABA).

VII. Egresar en pandemia

La situación de los/as egresados/as es de extrema vulnerabilidad, a la mayoría se le suspendieron sus ingresos ya que tienen trabajos precarios, temporales y mal pagos. Asimismo, según ellas/os, necesitan apoyo emocional en su transición hacia la vida por fuera de la institución. En este sentido, durante la pandemia, los egresos de adolescentes presentan mayores complejidades.

Algunas/os jóvenes, frente a la dificultad de conseguir un lugar donde vivir y la falta de planificación y acompañamiento por parte de algunas instituciones, han egresado, pero a otro tipo de instituciones, como casas de pre egreso o hogares para personas adultas o en situación de calle. El caso de Layla **(14)** que tuvo que egresar a los 20 años del hogar donde vivía en plena pandemia, gráfica la situación que viven muchas/os jóvenes actualmente:

"Ya me estaban como que, diciendo, como que empezara a buscar un trabajo. Que me empezara a manejar yo sola. Yo me manejo sola igual perfecto. Pero por un lado me da miedo, no sé por qué, yo creo que es normal.

"Fue muy inesperado. Como que no me dejaron ni una semana para prepararme. Me dijeron que al otro día ya me iba, ¿cómo? mis cosas no estaban preparadas. No pude despedirme de todos bien como correspondía. Ni semana me dijeron. El lunes me dijeron que tenían que hablar conmigo, hablaron y entonces ahí me dijeron que al otro día me iba. Yo quedé en shock toda la mañana. Vos tenías que ver mi cara, toda lagrimada. ¿Cómo hago para guardar esto, mis cosas? La mitad de mis cosas quedaron allá. Me traje lo necesario. Mis hermanos... yo me quería despedir bien y estar con ellos. Dije, ya está Layla. Te tenés que ir. Preparé mis cosas. Ya cuando las tenía preparadas, empecé a quedarme con mis hermanos. Lloré toda la mañana.

"Actualmente estoy en un Hogar. El Hogar es más que nada para la gente que está en calle, pero yo no estuve en calle. Hay 9 mujeres viviendo acá. Ahora somos 3 porque todas se fueron a un hotel porque les agarró COVID. Estamos hace 30 días encerradas. Ya quiero ver a mis hermanos. Fueron cayendo de a poco, como que ya íbamos a salir, nos hicimos el hisopado y otra vez y así estamos" (entrevista, mujer egresada, CABA).

La ley nacional 27.364, sancionada en 2017, crea el Programa de acompañamiento para el egreso de jóvenes sin cuidados parentales (en adelante, PAE). Esta ley consagra nuevos derechos para adolescentes y jóvenes institucionalizados: el derecho a contar con un acompañamiento personal e individualizado desde los 13 años (etapa 1 de pre egreso) y el derecho a una asignación económica mensual, igual a un 80% de un salario mínimo, vital y móvil a partir del momento del egreso de los dispositivos de cuidado formal hasta los 21 años o hasta los 25 años si el/la joven estudia (etapa 2 de egreso).

El PAE en este contexto es fundamental, pero la mayoría de las/os adolescentes que egresan no accede. Layla, por ejemplo, no accedió al Programa en el momento del egreso. Actualmente, según un informe que publicó la SENAF

(13) *Ibid.*

(14) Para preservar la identidad de las personas, se cambiaron los nombres originales por nombres ficticios.

y Doncel **(15)**, en la CABA hay 84 jóvenes en el Programa (21 en etapa de pre egreso y 63 en etapa de egreso), el 48,83% son mujeres y el 51,16% son varones. El 100% de los jóvenes de CABA que están en el PAE se encuentran estudiando y el 38,37% además están trabajando. Hay dos jóvenes en el Programa con discapacidad. Respecto de los datos sobre los referentes, actualmente hay 14 referentes en funciones. De ellos, 9 son mujeres y 5 son varones.

En la CABA, la cantidad de adolescentes en hogares que podrían estar en la etapa 1 supera ampliamente el número de 21: casi 300 adolescentes en Hogares oficiales de la CABA y conveniados. Incluso hay una recomendación del Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la CABA **(16)** que insta a que "el GCBA procure, por todos los medios posibles, la incorporación de todos y todas las adolescentes al PAE, tal y como dicta la ley nacional 27.364".

En relación con los jóvenes que están en la Casa de pre egreso, de un total de 15 jóvenes egresados, 10 están estudiando y 5 están trabajando. Según los trabajadores de la institución, la pandemia limitó los procesos laborales y educativos de los jóvenes y, y en consecuencia, sus proyectos de egreso:

"Vi egresos que se iban y después nos enteramos que estaban en situación de calle" (entrevista, mujer, casa de pre egreso, CABA).

"En este último tiempo está costando un poco más, porque como fue todo el año pasado de pandemia, conseguir trabajo fue imposible y hay chicos que ya están hace más de un año acá y tampoco los vamos a sacar porque tampoco tuvieron la oportunidad de hacer un proceso en la casa que les permita planificar su futuro. Entonces estamos medios trabados ahí.

"Hay otros chicos que están sin trabajo y están todo el día acá adentro y medio que cuesta después desarticular eso, porque creo que nos pasa a todos, cuando empezó esto de la pandemia y estar encerrados era como, ¿y ahora cómo hacemos para salir a buscar un trabajo? ¿A dónde? ¿De qué manera? es medio difícil. Pero bueno, para eso, tratamos de que empiecen a generar movimiento y no estén todo el día acá en la casa haciendo nada, porque nada, es como que pierde un poco esa idea de que (...) bueno tengo que hacer algo" (entrevista, coordinador, casa de pre egreso, CABA).

A esto se suma que los jóvenes además de hacerse responsables por ellos mismos, ayudan a sus familias, que muchas han perdido sus trabajos a causa de la pandemia:

"En plena pandemia las familias necesitaban plata, la mitad del PAE o todo, a la familia" (entrevista, mujer, casa de pre egreso, CABA).

VIII. Palabras finales

Es indudable que la crisis del COVID tiene un impacto inédito en todas las áreas de la vida social. En el caso de NNAJ que viven o egresan de dispositivos residenciales, sus efectos ya comienzan a vislumbrarse **(17)**. Cabe destacar que muchos de los problemas no son nuevos, sino que se trata de situaciones preexistentes que se ven empeoradas en el actual contexto, como es, el aumento de la vulnerabilidad de familias pobres, de las mujeres, de los/as niños/as y adolescentes con afecciones de salud y discapacidad. Sin embargo, la crisis del COVID genera y profundiza estas desigualdades.

Varias investigaciones **(18)** han dado cuenta de la heterogeneidad entre los dispositivos re-

(15) SENAF – DONCEL, "Avances y estado de implementación. 2019-2021. Programa de Acompañamiento para el Egreso de jóvenes sin cuidados parentales", Argentina, 2021.

(16) Plenario del CDNNA de CABA, "Recomendación 6 al Ministerio de Desarrollo y Hábitat del Gobierno de la Ciudad. Recomendación para fortalecer /incentivar la difusión y el ingreso de los adolescentes y jóvenes al Programa de Acompañamiento para el Egreso (PAE). Evitar los egresos de los dispositivos de cuidado sin información sobre el derecho al ingreso al PAE en contexto de pandemia, crisis económica y social", CABA, 2020, disponible en *https://www.buenosaires.gob.ar/cdnnya/plenario.*

(17) RODRÍGUEZ, F., "COVID-19: ¿Cómo responden los sistemas de protección de infancias frente a los desafíos del cuidado? Algunas experiencias globales COVID-19", *En Foco* nro. 3, Observatorio de la Ley de Egreso y los Derechos de Jóvenes sin Cuidados Parentales de Doncel, CABA, 2021, disponible en *https://doncel.org.ar/wp-content/uploads/2020/08/En-Foco-N%C2%B03.pdf.*

(18) Por citar algunas: DONCEL, "Más autonomía, más derechos: investigación sobre modalidades de

sidenciales, tanto en los proyectos institucionales, las características de funcionamiento y los recursos disponibles, como así también en las concepciones sobre las niñeces y adolescencias y sus derechos. Esto genera desigualdad en las experiencias de las/os NNAJ y su acceso a derechos. Los impactos del COVID-19 en NNAJ que viven o egresan de dispositivos de cuidado residencial, profundizan esta desigualdad, y se ven reflejados en el menor acceso de los niños/as a la protección antes situaciones de violencia, maltrato o negligencia por el debilitamiento de los servicios de protección, la disminución del acceso de los NNA a la salud y la educación y las dificultades para mantener y fortalecer el vínculo de los NNAJ con familiares y referentes.

La situación de los/as jóvenes que salen del sistema de cuidados alternativos es de extrema vulnerabilidad. El Programa de Acompañamiento para el Egreso de jóvenes, en este contexto, es fundamental en la medida que es una herramienta de transferencia de ingresos clave para afrontar la pandemia y post pandemia y, por ello, resulta fundamental que todos los/as jóvenes egresados/as del sistema accedan lo más pronto posible y, además, cuenten con el acompañamiento necesario de parte de los servicios de protección.

En este contexto, es indudable la centralidad que cobra del Estado y la comunidad para el cuidado y la protección de las personas, en particular las más vulnerables. Y esto puede ser una gran oportunidad para revisar las medidas y políticas, que en el escenario extraordinario que estamos atravesando se pusieron en marcha, con el fin de contribuir a re-diseñar, mejorar y transformar los sistemas de protección de la infancia y en particular la calidad del cuidado alternativo de niños/as y adolescentes. Asimismo, es clave que las políticas y acciones de apoyo destinadas a poblaciones vulnerables que los gobiernos nacionales y locales implementan en el marco de la emergencia, incluyan prioritariamente a los NNAJ que viven en dispositivos residenciales.

---

acompañamiento de las transiciones de adolescentes y jóvenes del sistema de cuidados alternativos a la vida autónoma en América Latina", Argentina, 2020. disponible en *https://doncel.org.ar/wp-content/uploads/2020/08/MasAutonomia-Mas-Derechos_DONCEL.pdf; id.*, "Solos contra el afuera. Una investigación entre pares sobre el ejercicio de derechos y trayectorias de jóvenes que vivieron bajo cuidado alternativo en la Ciudad de Buenos Aires", CABA, 2020, disponible en *https://doncel.org.ar/wp-content/uploads/2019/05/Solos_contra_el_afuera_2018.pdf.*

El derecho a la educación durante la pandemia: la evidencia de la desigualdad (*)

Gustavo Daniel Moreno (**)

Sumario: I. Aclaración previa.— II. La cuestión por tratar en la dinámica de la pandemia.— III. El impacto social y educativo.— IV. La suspensión de clases presenciales, la educación a distancia y la afectación de derechos.— V. La educación virtual como modalidad central de la educación a distancia. Dificultades y brecha digital.— VI. El regreso a clases presenciales: nuevos debates.— VII. Conclusiones: la evidencia de la desigualdad social y educativa.

I. Aclaración previa

Entiendo necesario aclarar que, en la actualidad, y a la fecha de culminación de este trabajo (4 de agosto de 2021), la dinámica epidemiológica propia de la pandemia importa una actividad incesante en el dictado de normativa nacional y local en materia educativa, que se relaciona centralmente con el retorno a la presencialidad escolar progresiva, y en algunos casos, de manera plena, como actualmente lo intentan las autoridades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por ende, el tiempo que demande la publicación de este trabajo, quizá pueda modificar o dejar desactualizadas algunas consideraciones expresadas.

II. La cuestión por tratar en la dinámica de la pandemia

La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró al brote del virus SARS-CoV-2 —que provoca la enfermedad COVID-19— como una pandemia, con fecha 11 de marzo de 2020. En la República Argentina, el presidente de la Nación dictó el DNU 260/2020 con fecha 12 de marzo de 2020, prorrogando la emergencia sanitaria dispuesta por la ley 27.541; la cual al presente se encuentra ampliada hasta el 31 de diciembre de 2021 en mérito al DNU 167/2021 del 20 de abril de 2021.

A partir de ese momento, el Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictaron múltiples medidas de prevención y de mitigación para la emergencia sanitaria derivada de la pandemia, estableciéndose en distintas zonas del país restricciones a la circulación de las personas, que se circunscribieron básicamente en dos: el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) y el distanciamiento social preventivo y obligatorio (DISPO).

A su vez, estas medidas de restricción a la circulación y a la libertad ambulatoria de las perso-

(*) Deseo brindar mi profundo agradecimiento a la Lic. Patricia Eugenia Martínez Coral, de Bogotá, Colombia (Ph.D. en Estudios Políticos; magíster en Gobierno y Políticas Públicas. Profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales con trayectoria en estructuración de proyectos sociales, formulación e implementación de políticas públicas; consultora, docente e investigadora, y autora de dos libros y numerosos artículos en revistas especializadas), quien, en numerosas charlas durante el año 2020, me inspiró, me aportó fundamentación sobre la temática y me clarificó ideas especialmente en torno a la brecha digital.

(**) Abogado (UBA); especialista en Derecho de Familia (UBA); asesor tutelar ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y Relaciones de Consumo del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Secretario General de la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia (AJUNAF 2019-2022).

nas provocaron necesariamente la suspensión de las clases presenciales en el ámbito educativo, en sus distintos niveles.

La dinámica de la situación epidemiológica impuso que las veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adoptaran soluciones diversas en torno de la presencialidad de las clases escolares, en algunos casos coincidiendo, y en otros no, con las pautas y las disposiciones del Poder Ejecutivo Nacional, y del Consejo Federal de Educación.

La diversidad y la especificidad de las medidas educativas en la dinámica de la pandemia, la falta de difusión pública —en muchos casos— del alcance de las medidas de carácter provincial, a la que se suma la inactividad o la pasividad de la comunidad educativa en reclamos sociales y judiciales, tornan difícil —al menos para el autor— avanzar en el análisis pormenorizado de cuál fue el impacto y el desarrollo de la pandemia respecto de la vulneración al derecho de la educación de niñas, niños y adolescentes en las distintas provincias del territorio nacional. Sin embargo, ello no impide efectuar referencias a datos estadísticos de nivel nacional, regional y provincial.

Por ende, el análisis del derecho a la educación, y de su vulneración durante la pandemia, se centrará en mayor medida y en cuanto a las referencias normativas y jurisprudenciales, en lo acontecido a nivel federal y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jurisdicción con mayores recursos y altos indicadores económicos con relación al resto del país, en la cual se dieron las mayores controversias jurídicas que motivaron resoluciones judiciales destinadas a garantizar y restablecer el derecho a la educación; y donde además, pudo visualizarse con mayor notoriedad, la participación activa de la sociedad civil en la construcción de diferentes propuestas relativas a cómo debía desarrollarse la continuidad pedagógica.

III. El impacto social y educativo

La pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2 no solamente provocó una emergencia sanitaria con la relación a la cantidad de personas contagiadas y de personas fallecidas por la enfermedad COVID-19, como a la eventual saturación de los recursos hospitalarios ante la gran cantidad de personas internadas; sino que también la pandemia provocó la necesidad de adoptar medidas destinadas a evitar y/o a restringir la circulación de las personas a fin de evitar el contagio, permitiendo solamente la circulación de las personas trabajadoras en actividades esenciales.

Y tales medidas tuvieron indudablemente un impacto económico y social, que, si bien se sintió en la mayoría de los sectores sociales, tuvo su mayor impacto en la pérdida de actividades laborales en el sector informal y de la economía popular en toda su variedad y rango, con el consecuente decaimiento de la circulación de dinero diaria para afrontar gastos esenciales (alimentos, higiene, medicación, etc.).

Con anterioridad a la fecha en la cual la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia, con relación a la República Argentina, UNICEF había publicado un informe en noviembre de 2018, del cual se desprende que el 48% de las niñas y niños eran pobres desde una perspectiva no monetaria, lo que implicaba 10 puntos porcentuales más que la población adulta **(1)**.

En marzo de 2019 UNICEF publicó otro informe, donde en sus conclusiones señaló que las familias con niñas, niños y adolescentes eran quienes enfrentaban los riesgos económicos y sociales más severos, particularmente, en los hogares con bajo nivel de ingreso o empleos precarios. Consideró que la pobreza en la infancia y adolescencia era consecuencia de una deuda estructural que enfrentaba el país. Y específicamente, expresó, con relación a la educación en las escuelas de barrios populares de Argentina, que “se estaría reflejando cierto impacto de la coyuntura económica y social en estas escuelas en el incremento de problemáticas que manifiestan los niños, niñas y adolescentes. Por otro lado, los referentes también indican dificultades relacionadas a la escasez de material didáctico, útiles y equipamiento. Es decir, las escuelas de barrios precarios estarían gestionando cada vez

(1) UNICEF, "Pobreza monetaria y privaciones no monetarias en Argentina", Buenos Aires, noviembre 2018, 1ª ed., ps. 14 a 18.

más problemas de escasez y precariedad, con menos recursos, programas y dispositivos" **(2)**.

Sobre esta situación de desigualdad social y económica, que se reflejaba en la educación de niñas, niños y adolescentes de bajos recursos, en especial en las escuelas de gestión estatal en barrios populares, impactó a partir de marzo de 2020 la pandemia con mayor dureza, vulnerando en mayor medida el derecho a la educación en cuanto a la continuidad pedagógica de manera no presencial.

En junio de 2021, UNICEF emitió un comunicado de prensa, relativo a una encuesta sobre el impacto de la segunda ola de COVID-19, a través del cual expresó como resultado que el 6% de los hogares afirmó que algún niño, niña o adolescente que vive en el hogar abandonó la escuela durante 2020 (al menos 357.000 niños y niñas) y el 19% de quienes abandonaron, afirmó no haber retornado en 2021 (al menos 67.000). El abandono tiene incidencia en todos los segmentos de la sociedad, aunque afecta en mayor medida a los sectores más vulnerables de la población. Sobre la accesibilidad para las clases virtuales, un 58% de los hogares sostuvo que tenía conexión previamente a 2020, un 23% accedió a la conexión a internet durante la pandemia, y un 19% aún no tiene acceso. El 83% de los hogares que no tienen acceso corresponden a los dos estratos socioeconómicos más vulnerables del país. Por otro lado, el 47% de los hogares no cuenta con una computadora o tablet para la realización de las tareas escolares, con mayores desigualdades en el Noroeste Argentino (NOA) y el Noreste Argentino (NEA) **(3)**.

Asimismo, en el mismo mes de junio de 2021, el Observatorio de la Deuda Social Argentina (ODSA-UCA), publicó un informe **(4)** en cual se expresó: "Según el reporte de los adultos de referencia de los niños/as y adolescentes, en el segundo semestre del 2020, una amplia mayoría de los niños/as y adolescentes había tomado contacto con sus maestros y profesores en algún momento del año. El nivel educativo que registra una mayor proporción de niños/as que no tomaron contacto con sus maestros es el inicial (9%). Mientras que en la educación primaria y secundaria es residual el porcentaje de estudiantes cuyos adultos de referencia reportan no haber tomado contacto con sus docentes en ningún momento".

"Lo que es más claro es el modo en que se comunicaron de modo principal con los docentes. Las redes sociales (WhatsApp, Facebook, Instagram) tuvieron un importante protagonismo en todos los niveles educativos: 49,7% en el nivel inicial, 53,4% en la educación primaria y 41,7% en la educación secundaria. La comunicación sincrónica a través de plataformas (Zoom, Classroom, Teams) fue más frecuente en la educación secundaria que en los otros niveles (40%, 25% en la primaria y 20% en el inicial). La comunicación telefónica fue el mecanismo de comunicación de alrededor de un 10% en promedio y otro porcentaje similar utilizó otros mecanismos como el correo electrónico, la entrega de tareas en cuadernillos y fotocopias, entre otros".

"El uso principal de redes sociales como modalidad principal de comunicación con los docentes se incrementó de modo significativo a medida que desciende el estrato social de los hogares. La brecha de desigualdad es elevada a nivel del promedio de la población escolarizada, pero se incrementa mucho en la educación secundaria. Efectivamente, un estudiante en el estrato trabajador marginal tuvo el triple de probabilidad de haberse comunicado a través de redes sociales con sus docentes que un par en el estrato medio profesional, pero dicha brecha fue de 7 veces en la educación secundaria. En este nivel educativo la comunicación a través de plataformas fue más frecuente en el promedio, pero también registró inequidades muy amplias.

(2) UNICEF, "Los efectos de la situación económica en niñas, niños y adolescentes en Argentina", Buenos Aires, marzo 2019, 1ª ed., p. 16.

(3) UNICEF, "Impacto de la segunda ola de la pandemia COVID-19 en las familias donde viven chicas y chicos", 4ª Encuesta de UNICEF, 11/06/2021, *https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/4ta-ronda-EncuestaRapida-Covid19*.

(4) TUÑÓN, Ianina, con la colaboración de SÁNCHEZ, María Emilia — GARCÍA BALUS, Nicolás A. — BAUSO, Nazarena, "Nuevos retrocesos en las oportunidades de desarrollo de la infancia y adolescencia. Tendencias antes y durante la pandemia COVID-19", Documento estadístico. Barómetro de la Deuda Social de la Infancia, Serie Agenda para la Equidad (2017-2025), Ed. Educa, Buenos Aires, junio 2021, 1ª ed., ps. 123-125.

Los estudiantes del estrato trabajador marginal registran 7 veces menores chances de tener clases virtuales en plataformas que sus pares en el estrato trabajador profesional. Esa brecha promedio es de 8 veces en la educación primaria y de 5 veces en la educación secundaria".

"Estas diferencias socioeconómicas que mejoran o empeoran las probabilidades de haber tenido clases en plataformas o formas de comunicación a través de redes sociales, también se advierten en las desigualdades regionales. Es claro, que los estudiantes de la Ciudad de Buenos Aires con mayor pertenencia a sectores sociales de estratos medios no profesionales y profesionales, y que adicionalmente en casi un 50% promedio asisten a escuelas de gestión privada, reportan haber tenido clases en plataformas en un 65%, llegando al 81% en la educación secundaria. En el Conurbano Bonaerense desciende al 21% en promedio y 35,7% en la educación secundaria. Niveles similares se registran en ciudades del interior del país cuando se trata de la educación secundaria, siendo levemente inferior en los otros niveles educativos".

Estos datos estadísticos, de nivel nacional demuestran con claridad que la continuidad educativa a distancia por la suspensión de las clases presenciales tuvo serias dificultades, en especial con relación a la modalidad de escolaridad virtual a través de dispositivos tecnológicos, por la falta de computadoras y de conexión a la red de internet, a las cuales las/os estudiantes de menores recursos accedieron mayoritariamente a través de sus teléfonos celulares (con uso de datos quienes contaban con ello). Sin dispositivos tecnológicos y conectividad, el contexto educativo de la no presencialidad ha sido perjudicial para alcanzar una continuidad pedagógica, visibilizando las desigualdades sociales en las formas de comunicación, y que se han hecho patente en las/os estudiantes de familias con menores recursos económicos, quienes sin acceso digital quedaron desconectados, completamente afuera de las propuestas educativas.

IV. La suspensión de clases presenciales, la educación a distancia y la afectación de derechos

Con relación al ciclo lectivo 2020, con fecha 15 de marzo de 2020 el Ministerio de Educación de la Nación dispuso la suspensión del dictado de clases presenciales, en todos los niveles, en todo el país (res. 108/APN-ME/2020). A dicha resolución adhirieron todas las provincias. En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Ministerio de Educación local lo hizo mediante res. MEDGC 1482/2020.

Si bien resulta evidente, entiendo que es necesario recordar que la suspensión del dictado de clases presenciales no fue una decisión construida como pauta pedagógica, sino que fue una medida sanitaria consecuencia directa e inmediata de la pandemia, tendiente a garantizar el derecho a la salud pública durante la emergencia sanitaria. Ello motivado en que, en momentos de alta circulación del virus, la reducción transitoria de la circulación de personas relacionadas con las actividades de educación presencial, coadyuva a ralentizar la velocidad de transmisión del virus. La eventual tensión con el derecho a la educación queda relativizada, en tanto se advierta que el servicio educativo nunca fue suspendido, sino que las clases escolares subsistieron, reemplazando la modalidad presencial por la modalidad a distancia.

Lo expuesto no implica dejar de reconocer, por otro lado, las dificultades que el Consejo Federal de Educación, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han tenido para asegurar una actividad educativa no presencial, a distancia, para niñas, niños y adolescentes, la cual no se encontraba prevista legal ni pedagógicamente.

Nótese que la ley 26.206 (Ley de Educación Nacional) establece que la educación a distancia (arts. 104 y ss.) se define como la opción pedagógica y didáctica donde la relación docente-alumno se encuentra separada en el tiempo y/o en el espacio, durante todo o gran parte del proceso educativo, en el marco de una estrategia pedagógica integral que utiliza soportes materiales y recursos tecnológicos diseñados especialmente para que los/as alumnos/as alcancen los objetivos de la propuesta educativa (art. 105). Y dentro de la educación a distancia quedan comprendidas la educación semipresencial, la educación asistida, la educación abierta, y la educación virtual (art. 106).

Pero la Ley de Educación Nacional, en su texto originario (art. 109) y vigente hasta la pandemia, solamente preveía la educación a distancia para alumnas/os mayores de dieciocho [18] años, permitiendo su implementación en el Ciclo Orientado del Nivel Secundario en la modalidad rural, y conforme a las decisiones jurisdiccionales.

Esta imprevisión legal sucumbió frente a la existencia de la pandemia, motivando que se dictara la ley 27.550 (BO del 30/06/2020), que modificó el art. 109 de la ley 26.206, con los siguientes párrafos agregados:

"Excepcionalmente, previa declaración fundada del Ministerio de Educación en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, o con la jurisdicción según corresponda, cuando la escolaridad presencial —total o parcial— sea inviable, y únicamente en caso de epidemias, pandemias, catástrofes o razones de fuerza mayor que impidan la concurrencia a los establecimientos educativos, solo en esos casos será permitido transitoriamente el desarrollo de trayectorias educativas a distancia para los niveles y las modalidades de la educación obligatoria para menores de dieciocho [18] años de edad".

"En tal excepcionalidad deberán adoptarse disposiciones para reorganización: pedagógica —de acuerdo con los Núcleos de Aprendizaje Prioritarios— e institucional, del régimen académico y de la capacitación docente. Del mismo modo deberá atenderse la provisión de recursos tecnológicos y conectividad que promuevan la igualdad educativa con condiciones de calidad según lo establecen los arts. 80 y 84 de la presente ley; y la adopción de las condiciones de salud y seguridad en el trabajo que se requieran conforme lo establezcan las negociaciones colectivas correspondientes".

Como se sostuvo, la pandemia fue imprevista, y a la época de su declaración y de la suspensión de clases presenciales ante la emergencia sanitaria (marzo 2020), no estaba pautada legal ni pedagógicamente una prestación del servicio educativo a distancia para los niveles de educación obligatoria para personas menores de edad. Ello obligó al Consejo Federal de Educación y a los Estados locales a organizar la educación a distancia, la cual no tenía un diseño pedagógico específico previo, no había sido capacitado el personal docente, y las/os estudiantes y sus familias no estaban preparadas. A lo que se sumó la insuficiencia de dispositivos tecnológicos y conectividad a internet que aseguraran la modalidad virtual en este tipo de educación.

De esta manera, durante 2020, a las noticias de la pandemia (personas contagiadas, personas fallecidas, y saturación de recursos hospitalarios), se sumó un panorama desfavorable en materia educativa con la suspensión de las clases presenciales y falta de previsión de la educación a distancia para menores de dieciocho [18] años, sin poder tener certidumbre acerca del momento en que se restablecerían las clases presenciales.

El impacto de la suspensión de las clases presenciales y de las medidas preventivas de aislamiento social tuvo como consecuencia directa la permanencia de niñas, niños y adolescentes en sus casas, no siempre con espacios físicos adecuados para educarse, con madres y padres también presentes en el hogar haciendo teletrabajo, y no siempre en condiciones —por tiempo y conocimiento— de brindar un adecuado apoyo escolar, que en oportunidades apareció como una sobrecarga en las tareas. La organización de cada familia se vio alterada, y no solamente en materia educativa, sino con relación a la vida doméstica, con alteraciones en el sueño, en los horarios de comidas, en los usos de los espacios de la vivienda, en la sociabilización y la comunicación, con mayores episodios de enojos y hasta de violencia intrafamiliar, que no pudieron ser visualizados rápidamente como cuando las niñas, niños y adolescentes concurren presencialmente a clases presenciales, y pueden ser escuchados o tales hechos pueden ser detectados por las autoridades escolares.

Si bien lo medular de este trabajo radica en el análisis del impacto de la pandemia en el derecho de la educación, no se puede dejar de mencionar que la afectación ha sido múltiple con relación a los derechos de la infancia, por lo que debe tenerse una mirada de análisis complejo e indivisible respecto de los derechos vulnerados. A manera de ejemplo de prestaciones complementarias afectadas por la suspensión de clases presenciales, vale recordar la medida cautelar

relativa al derecho a la alimentación que oportunamente ordenó al GCBA adecuar el contenido alimentario de la canasta escolar nutritiva, además, de garantizar elementos de higiene, para su entrega quincenal en los establecimientos escolares **(5)**.

V. La educación virtual como modalidad central de la educación a distancia. Dificultades y brecha digital

V.1. La falta de implementación de la educación virtual

Como se ha señalado, dentro de la educación a distancia queda comprendida la educación virtual (art. 106, ley 26.206). Desde el comienzo de la pandemia, el Consejo Federal de Educación (art. 116) dictó varias resoluciones a fin de regular la continuidad educativa durante la suspensión de las clases presenciales, como también el regreso progresivo a la presencialidad. Sin embargo, no existe resolución específica que priorice la educación virtual dentro de la educación a distancia, o se refiera especialmente a la necesidad de que las jurisdicciones locales (provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) entreguen dispositivos tecnológicos adecuados y aseguren la conectividad a internet.

Con fecha 15 de mayo de 2020 se dictó la res. CFE 363/2020 que aprobó las orientaciones para los procesos de evaluación en el marco de la continuidad pedagógica. Mediante res. CFE 364/2020 del 27 de julio de 2020, se aprobó el protocolo marco y lineamientos federales para el retorno a clases presenciales en la educación obligatoria y en los institutos superiores. Conforme a la res. CFE 369/2020 del 25 de agosto de 2020 se aprobó la realización del Programa Acompañar destinado a promover y facilitar la reanudación de trayectorias escolares y educativas cuya interrupción ha sido potenciada por la pandemia y su secuela de desigualdades.

Mediante res. CFE 370/2020 del 9 de octubre de 2020, se creó el documento "Marco de análisis y evaluación el riesgo para el desarrollo de actividades presenciales y revinculación en las escuelas en el contexto de COVID-19". Por medio de la res. CFE 386/2021 del 12 de febrero de 2021 se dispuso adecuaciones y modificaciones a los protocolos vigentes y al marco de análisis y evaluación de riesgo para el desarrollo de actividades presenciales y revinculación en las escuelas en el contexto de COVID-19, a la vez que creó el Observatorio del Regreso Presencial a las Aulas. En la misma fecha, la res. CFE 387/2021 estableció priorizar la apertura de las escuelas y la reanudación de clases presenciales en todo el país bajo condiciones de seguridad sanitaria y cuidado de la salud de la comunidad educativa, en forma escalonada, conforme con la situación epidemiológica en las unidades geográficas de menor escala en las que resulte posible evaluar el riesgo sanitario y epidemiológico.

Con fecha 4 de mayo de 2021 se dictó la res. CFE 394/2021 sobre presencialidad cuidada, en donde se adhiere al DNU 287/2021 del Poder Ejecutivo Nacional, en cuanto a los parámetros para definir el riesgo epidemiológico y sanitario, definiendo la existencia de zonas (partidos, departamentos) de bajo riesgo, mediano riesgo, alto riesgo, y de alarma epidemiológica y sanitaria. A su vez, mediante res. CFE 398/2021 del 20 de julio de 2021, se aprobó el documento "COVID-19. Guía para las instituciones educativas: condiciones y recomendaciones para habitar la escuela".

En la res. 394/2021 el Consejo Federal de Educación estableció en el art. 4º, para los casos "en que las autoridades jurisdiccionales dispusieren la suspensión de la asistencia a las clases presenciales, que las escuelas permanecerán abiertas con las dotaciones necesarias, sugiriendo desarrollar las siguientes actividades: a) distribución de materiales educativos (material impreso, libros, actividades, entre otros); b) devolución e intercambio de actividades no presenciales de parte de las y los docentes en el caso de estudiantes que no cuenten con otros medios de comunicación con la escuela en sus hogares; c) orientación individual de aquellos estudiantes que han sostenido vinculación baja o nula con la escuela durante 2020 y/o aquellos que estén transitando la figura de promoción acompañada; d) habilitación de espacios y recursos de la escuela a aquellos estudiantes que no cuenten con condiciones mínimas para la

(5) JCont. Adm. y Trib. Nº 1 Secretaría Nº 2, 06/04/2020, "Bregman, Myriam T. y otros c. GCBA s/ medida cautelar autónoma", exp. 2.972/2020-0. Consultar con esos datos en: *https://eje.juscaba.gob.ar/iol-ui/p/inicio*.

continuidad pedagógica en sus hogares; e) orientación y comunicación con las familias que lo requieran; f) acompañamiento socio-pedagógico a estudiantes en situación de vulnerabilidad; g) sostenimiento y fortalecimiento de los servicios alimentarios escolares en todas sus modalidades. h) No interrumpibles, tales como ejecución de obras de refacción, reparación o acondicionamiento de la infraestructura escolar".

De lo expuesto, se desprende que a comienzos de la pandemia (marzo de 2020) era indubitable la falta de previsión legal y de diseño pedagógico en cuanto a la educación a distancia para menores de dieciocho [18] años, que legamente recién se reguló en junio de 2020 con la reforma impuesta a la Ley de Educación Nacional por la ley 27.550. A ello, se agregó, a nivel nacional y local, una conducta omisiva de las autoridades educativas competentes, quienes no dieron prioridad para garantizar durante todo el año 2020, y en parte de lo que transcurre del año 2021, la educación virtual como modalidad central dentro de la educación a distancia. Lo expuesto, es sin dudas, haberle restado valor educativo a la inclusión digital, y no reconocerla ni garantizarla como un derecho desde antes de la pandemia.

Como señala la Doctora en Educación Mariana B. Maggio, "[l]a inclusión digital es un derecho. A partir de mediados de la década de 2000 el tema se instaló en la agenda de las políticas públicas, específicamente, en el ámbito de la educación. Ya en ese momento quedó claro que era necesario tener en cuenta tanto el acceso a dispositivos como a una conexión a internet de calidad. En los programas de acceso desarrollados en el transcurso de la década de 2010 en numerosos países de América Latina la prioridad, en general, fue conectar los edificios escolares y entregar computadoras a docentes y estudiantes, que en algunos casos podían llevarlas a sus hogares mientras que en otros permanecían en las escuelas. Con excepción del plan Ceibal de Uruguay, que universalizó la política, en el resto de los países los cambios en las políticas; la alta inversión requerida; el no tan evidente impacto en los resultados educativos —evidencia discutible porque estamos hablando de un derecho y no de una promesa educativa atada meramente a los aparatos—; los enormes desafíos logísticos y de mantenimiento; el mayor acceso de amplios sectores de la población a teléfonos celulares, y la priorización de otros temas de la agenda educativa son algunas de las razones que explican el declive en el interés por el tema. Muchas de las computadoras recibidas siguen circulando en las instituciones como imagen de ese derecho que, en un momento, se garantizó" **(6)**.

V.2. Estándares internacionales mínimos para superar la brecha digital: entrega de dispositivos tecnológicos, internet y conectividad a banda ancha

Ya en el comienzo de la pandemia, los organismos internacionales se expidieron en cuanto a las dificultades que presentaba la garantía del derecho a la educación y los desafíos de la educación a distancia en la modalidad virtual, en atención al acceso limitado o nulo de tecnología y de conectividad a internet para niñas, niños y adolescentes.

El Comité de Derechos del Niño (ONU), con fecha 8 de abril de 2020, advirtió en el punto 3 de su documento acerca de la necesidad de "[a]segurarse de que el aprendizaje en línea no exacerbe las desigualdades existentes ni reemplace la interacción alumno-maestro. El aprendizaje en línea es una alternativa creativa al aprendizaje en el aula, pero plantea desafíos para los niños que tienen acceso limitado o nulo a la tecnología o Internet o que no cuentan con el apoyo adecuado de los padres. Deben estar disponibles soluciones alternativas para que estos niños se beneficien de la orientación y el apoyo brindado por los maestros" **(7)**.

En la declaración conjunta, de fecha 15 de abril de 2020, de la enviada especial del secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad y de la Miembro Alterno de la Junta del Fondo Mundial para la Lucha contra el VIH/sida, la Tuberculosis y la Malaria, enviada especial sobre COVID-19 para América Latina y el Caribe/OMS, se sostuvo en cuanto a las personas con discapacidad: "10.- La información pública y comunicaciones durante la

(6) MAGGIO, Mariana B., "Educación en pandemia", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2021, 1ª ed., ps. 38-39.

(7) Comité Derechos del Niño (ONU), 08/04/2020, *https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/INT_CRC_STA_9095_S.pdf.*

pandemia deberán ser accesibles a través de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad, y en lenguajes propios, incluidos Internet y otros formatos digitales que deberán ser accesibles. Los Estados deberían promover que las personas con discapacidad accedan a los equipos tecnológicos necesarios para su información y comunicaciones, como también para el ejercicio de otros derechos como la educación o el trabajo, lo que incluye el teletrabajo" **(8)**.

En el documento "Surgen alarmantes brechas digitales en el aprendizaje a distancia", de fecha 21 de abril de 2020, UNESCO sostuvo: "La mitad del total de los alumnos —unos 826 millones de estudiantes— que no pueden asistir a la escuela debido a la pandemia de COVID-19, no tienen acceso a una computadora en el hogar y el 43% (706 millones) no tienen internet en sus casas, en un momento en que se utiliza la educación a distancia por medios digitales para garantizar la continuidad de la enseñanza en la inmensa mayoría de los países. Estas cifras fueron recopiladas por el Equipo de Trabajo sobre Docentes, una alianza internacional coordinada por la UNESCO, sobre la base de los datos procedentes del Instituto de Estadística de la UNESCO y la Unión Internacional de Telecomunicaciones" **(9)**.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su comunicado de prensa sobre las consecuencias de la pandemia por COVID-19 en niñas, niños y adolescentes, del 27 de abril de 2020, observó que "la mayoría de los Estados de la región adoptaron medidas de educación a distancia como forma de dar continuidad al acceso a la educación. Si bien la educación a distancia es una importante herramienta, esta es una medida que no atiende a todos los NNA de forma equitativa, una vez que el acceso a equipos informáticos y a internet no está universalizado en las Américas. En América Latina, en particular, datos del 2019 indican que 33% de la población no cuenta con acceso a internet. Ante la brecha digital, la CIDH recomienda a los Estados a emplear los medios de comunicación para garantizar el acceso a la educación sin ningún tipo de discriminación. Así como la necesidad de asegurarse de que el aprendizaje en línea no signifique un agravamiento de las desigualdades existentes ni reemplace la interacción estudiante-maestra/o" **(10)**.

Las preocupaciones manifestadas al inicio de la pandemia advertían claramente sobre su impacto respecto del derecho a la educación, y a la necesidad imperiosa de asegurar la continuidad pedagógica para niñas, niños y adolescentes, y personas con discapacidad; y ello, en el marco de una brecha digital que patentizaba la desigualdad social en cuanto a la falta de acceso a dispositivos tecnológicos y a internet.

Al respecto, según la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en 2016 cerca de 3.9 billones de personas en el mundo continuaban excluidas del acceso a internet, cifra cercana a 53% de la población global. A su vez, mientras 80% de los ciudadanos de los países desarrollados están conectados, en los países en desarrollo este porcentaje se aproxima tan solo a la mitad (40%); y en el grupo de países menos desarrollados, pese a que la penetración de internet se ha triplicado en el último lustro, los niveles de acceso alcanzan aquellos registrados en los países desarrollados en 1998. De otro lado, las estadísticas de uso sugieren que las personas con mayores niveles de ingreso y escolaridad emplean los recursos de la red de manera más productiva, en tanto que aquellos con menores niveles de ingreso y escolaridad usan el servicio de Internet con fines de comunicación y entretenimiento, lo que refleja el afianzamiento de dimensiones estructurales de la desigualdad **(11)**.

(8) *https://www.un.org/development/desa/disabilities/wp-content/uploads/sites/15/2020/04/Salud-Mental-de-las-Pcd-Covid19-ESP15abril.pdf.*

(9) UNESCO, "Surgen alarmantes brechas digitales en el aprendizaje a distancia", 21/04/2020, *https://es.unesco.org/news/surgen-alarmantes-brechas-digitales-aprendizaje-distancia*.

(10) CIDH, comunicado de prensa 90/20: *https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/090.asp*.

(11) MARTÍNEZ CORAL, Patricia E., "Brechas en el uso de internet: un frente de acción a la zaga en Colombia", *Revista de Ingeniería, Investigación y Desarrollo*, 1, vol. 18 (Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia), Sogamoso-Boyacá, Colombia, 2018, p. 35.

Por otra parte, existen argumentos que demuestran cómo los parámetros de la calidad de educativa y los derechos conexos de inclusión digital reflejan amplios consensos internacionales, de los cuales los Estados no pueden apartarse para el diseño de sus políticas públicas en materia de educación.

En tal sentido, desde el año 2010, la difusión del acceso a banda ancha y los procesos de alfabetización y desarrollo de competencias digitales fueron incorporados en la agenda de los objetivos de desarrollo del milenio, adoptados en 2000 por los Estados miembros de las Naciones Unidas. Por mandato expreso del secretario general de dicha organización, Ban Ki-Moon, fue establecida la "Comisión sobre banda ancha para el desarrollo digital", integrada por Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Como resultado de los esfuerzos adelantados en este frente se han construido amplios consensos internacionales acerca de las pautas que deben acogerse para orientar el acceso y uso de la tecnología en los procesos educativos.

En el año 2013, la Comisión publicó el documento titulado "Technology, broadband and education. Advancing the education for all Agenda" dando a conocer que las estrategias curriculares tradicionales, en las que se priorizaba la acumulación por encima de la aplicación del conocimiento, habían alcanzado su estado final de obsolescencia. De esta manera, los sistemas educativos estaban llamados a emprender una reforma sustancial para adecuar el aprendizaje a las necesidades de la alfabetización y ciudadanía digital con miras a proporcionar a los estudiantes las denominadas "habilidades del siglo XXI", es decir, aquellas competencias requeridas para sostener condiciones de empleabilidad a lo largo de la vida en la economía del conocimiento. En relación con el acceso y uso de la tecnología, el reporte señala que la conectividad erosiona los muros que separan el espacio de aprendizaje de las aulas de clase, de tal modo que ya no es factible concebir los entornos de construcción del conocimiento al margen de las dinámicas del aprendizaje flexible, abierto, interactivo, y en tiempo real, soportadas en el acceso y uso de internet **(12)**.

Por otra parte, con la formulación de los objetivos de desarrollo sostenible, efectuada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2015, para remplazar la agenda del desarrollo del milenio, el acceso y uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones se incluyeron en 17 objetivos y cerca de 150 metas. En el caso concreto de la calidad educativa el objetivo 4 señala: "Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos". Por consiguiente, el diseño e implementación de las políticas educativas no puede menos que tomar como referente este objetivo.

En el año 2017, el reporte de la Comisión sobre banda ancha para el desarrollo digital, titulado "Digital skills for life and work", indica que la banda ancha y demás tecnologías de la información y las comunicaciones no representan un aspecto opcional para el desarrollo de actividades cotidianas. Por el contrario, constituyen un elemento determinante y central de la vida, cuya relación con los procesos educativos exige abordarse de dos formas, a saber: 1) El reconocimiento de los condicionantes al acceso a la educación que se desprenden del uso necesario de la tecnología, entendiendo que los recursos digitales habilitan el proceso cognitivo y el aprendizaje de capacidades de pensamiento de orden superior que tiene lugar en entornos colaborativos soportados en la red. 2) La significancia para los procesos educativos del desarrollo de habilidades y competencias indispensables en la sociedad del conocimiento, también denominada "sociedad de la banda ancha", las cuales se refieren al manejo de datos, es decir, el almacenamiento, organización, manipulación, y construcción de datos. De acuerdo con este reporte, el carácter permanente de la recolección, procesamiento e intercambio de datos ha configurado

(12) COMISIÓN SOBRE BANDA ANCHA PARA EL DESARROLLO DIGITAL, "Technology, broadband and education. Advancing the education for all Agenda", The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, París, Francia, enero 2013. *https://www.broadbandcommission.org/Documents/publications/BD_bbcomm-education_2013.pdf.*

una identidad digital para cada usuario, generando con ello la conciencia sobre los derechos digitales **(13)**.

En el año 2020, la Comisión emitió su reporte "The Digital Transformation of Education: Connecting Schools, Empowering Learners", donde se refleja la realidad del año 2020 y el impacto de la pandemia, que ha afectado la educación, poniendo en primer plano el papel crucial que desempeña la banda ancha en la conexión y el mantenimiento del mundo. En tal sentido, la educación, internet y la conectividad de banda ancha tienen un enorme potencial para resolver algunos de los desafíos más urgentes del mundo, incluido el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. En el informe se identifica un conjunto de principios básicos, que tienen como objetivo ayudar a los gobiernos y otras partes interesadas a desarrollar planes de conectividad escolar, introduciendo una metodología y un marco para conectar las escuelas primarias y secundarias a internet **(14)**.

Por otro lado, del "Informe anual del Índice de Desarrollo de la Banda Ancha - Brecha Digital en América Latina y el Caribe" (2020), perteneciente al Banco Interamericano de Desarrollo **(15)**, surge que "En educación, promover y priorizar las TIC y la banda ancha ayudará de manera significativa a alcanzar un aumento de la confianza de la comunidad educativa en la tecnología y el uso de Internet. También contribuirá a despertar mayor interés por el uso de las TIC en el entorno familiar y educativo, logrando que las familias utilicen Internet para comunicarse con el centro docente y que las escuelas y los centros de formación se conviertan en centros locales y accesibles para toda la comunidad educativa en términos de adquisición de conocimientos".

V.3. Necesidades y omisiones con relación a la educación virtual. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Sentados los consensos internacionales que establecen estándares mínimos para la educación virtual: entrega de dispositivos tecnológicos, conectividad a internet y acceso a la banda ancha, corresponde señalar que no se observa que en la Argentina se hubiese adoptado medidas positivas destinadas a garantizarlos de manera integral, por parte del Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con anterioridad a la pandemia.

La suspensión de las clases presenciales dio visibilidad y dimensión a las omisiones estatales, a la vez que desestructuró la organización familiar en diferentes aspectos.

En materia educativa, niñas, niños y adolescentes —junto a sus madres y padres— permanecieron en sus casas, intentando establecer cómo seguirían educándose. La existencia de una sola computadora en la casa, o la ausencia de ella, junto a la sola existencia de teléfonos celulares con pocos datos móviles para el acceso a internet, fue la realidad que transcurrió —y aún transcurre— para muchas niñas, niños y adolescentes, con menores recursos económicos. El desafío estuvo en intentar utilizar algún dispositivo tecnológico (celular, *tablet*, computadora, etc.) con conectividad a internet para comunicarse con docentes, quienes, a su vez, tenían que recurrir a sus propias herramientas para lograr también la conexión, además, de tener que ajustar y/o adecuar los contenidos pedagógicos a la nueva manera de comunicación para educar. La realidad diaria educativa se volvió compleja. La distribución de materiales educativos impresos (cuadernillos, libros, etc.), si bien contribuyó a un intento por mantener la continuidad educativa, no resultó un medio idóneo que pueda concebirse como equiparable a la educación virtual mediante dispositivos tecnológicos con conectividad a internet de banda ancha.

(13) COMISIÓN SOBRE LA BANDA ANCHA PARA EL DESARROLLO DIGITAL, "Digital skills for life and work", setiembre 2017, *https://broadbandcommission.org/Documents/publications/WG-Education-Report2017.pdf*.

(14) COMISIÓN SOBRE LA BANDA ANCHA PARA EL DESARROLLO DIGITAL, "The Digital Transformation of Education: Connecting Schools, Empowering Learners", setiembre 2020, *https://www.broadbandcommission.org/wp-content/uploads/2021/02/WGSchoolConnectivity_report2020.pdf*.

(15) BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, "Informe anual del Índice de Desarrollo de la Banda Ancha - Brecha Digital en América Latina y el Caribe - 2020", junio 2021, p. 9, *https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Informe-anual-del-Indice-de-Desarrollo-de-la-Banda-Ancha-IDBA-2020-Brecha-digital-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf*.

Resulta claro que las condiciones de privación de dispositivos tecnológicos, conectividad a internet, y acceso a banda ancha, como demás tecnologías de la información y las comunicaciones, evidenciada durante la crisis sanitaria, vulneró el derecho a la educación en virtud de las afectaciones para el goce de los derechos digitales que deberían acompañar de modo integral las prácticas inmersas en el aprendizaje a distancia —siendo central la modalidad virtual—, y plasmó una discriminación plena contra los niños, niñas y adolescentes, sobre todo para las/os que habitan en barrios carenciados con vulnerabilidad social.

El Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debieron —y deben aún— entregar computadoras y disponer de los medios de conexión de redes para acceder a internet de banda ancha, bajo principios de neutralidad tecnológica (esto es a través de cualquier medio de transmisión sea cableada, inalámbrica, o satelital), dispositivos tecnológicos y contenidos digitales, requeridos para garantizar el desarrollo ininterrumpido de los procesos de enseñanza a la totalidad de estudiantes.

La complejidad de la situación, las necesidades educativas y las omisiones estatales, motivaron una causa judicial de naturaleza colectiva en torno a la educación virtual, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A los fines de la enseñanza en la modalidad virtual, el Ministerio de Educación porteño dictó la res. STESS 13/2020 del 2 de mayo de 2020 (BO del 15/05/2020), que en su art. 1º aprobó "en el marco de la emergencia y mientras dure la suspensión de las actividades educativas presenciales en los establecimientos educativos, el procedimiento para entrega en préstamo de dispositivos tecnológicos disponibles en el marco del Plan Sarmiento BA, a los estudiantes que así lo requieran conforme los requisitos establecidos en el Anexo I".

Dicha resolución tuvo por objeto establecer el procedimiento para la entrega en préstamo de dispositivos tecnológicos a aquellas/os estudiantes en situación de vulnerabilidad socioeconómica que no cuenten con dispositivos tecnológicos en sus hogares y que asistan a establecimientos educativos de gestión estatal y de gestión privada de cuota cero. Se establecía que las/os estudiantes debían cumplir los siguientes requisitos para solicitar y acceder al beneficio: "1. No poseer ningún dispositivo tecnológico (computadora/tablet/netbook/notebook) en el hogar. 2. Que ningún miembro de su familia con quien conviva posea equipamiento del Plan Sarmiento BA. 3. Ser beneficiario de la asignación universal por hijo (AUH). 4. Ser beneficiario de becas alimentarias y/o transporte escolar del Ministerio de Educación".

En el marco de la causa judicial "Unión de Trabajadores de la Educación - UTE y otros contra GCBA s/ incidente de apelación", inc. 3.264/2020-5, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Tributario y Relaciones de Consumo —por voto mayoritario— efectuó un control de razonabilidad de los requisitos impuestos por el Anexo de la res. SSTES 13/2020, y con fecha 11 de agosto de 2020 resolvió **(16)** la suspensión precautoria de la vigencia del punto 3, aparts. 3º y 4º, del Anexo I de la res. SSTES 13/2020, en cuanto establecía como requisitos: "3. Ser beneficiario de la Asignación Universal por hijo (AUH). 4. Ser beneficiario de becas alimentarias y/o transporte escolar del Ministerio de Educación".

Asimismo, la decisión del tribunal aclaró que en ningún modo aquellas personas que no cumplan con los requisitos vigentes establecidos en el punto 3, aparts. 1º y 2º del Anexo I de la res. SSTES 13/2020 —"1. No poseer ningún dispositivo tecnológico (computadora/ tablet/ netbook/notebook) en el hogar. 2. Que ningún miembro de su familia con quien conviva posea equipamiento del Plan Sarmiento BA"—, se encuentran impedidas de solicitar ante la autoridad educativa competente la entrega de un dispositivo electrónico para la educación de sus hijas/os en edad escolar.

Conforme a la medida cautelar —respecto de la cual no se adoptaron mecanismos adecuados de difusión pública— el GCBA debe, por los mecanismos existentes (formulario de solicitud

(16) CCATyRC, sala III, 11/08/2020, "Unión de Trabajadores de la Educación - UTE y otros c. GCBA s/ incidente de apelación", inc. 3.264/2020-5. Consultar con esos datos en *https://eje.juscaba.gob.ar/iol-ui/p/inicio*.

de préstamo de computadora a través de "MiEscuelaEnCasa", mail del citado sitio, sitio web del Plan Sarmiento, o por teléfono, entre otros) o aquellos que se desarrollen a tal fin, dar curso a las peticiones que realicen los interesados, sin poder desestimarlas por el solo hecho de no cumplir con alguno de los requisitos. Y ante la ausencia de respuesta o denegatoria fundada por parte del GCBA, cada interesada/o puede formular los reclamos por las vías procedimentales o procesales pertinentes, de forma individual y por fuera del amparo colectivo.

Ya durante el año 2021, el Ministerio de Educación dictó la res. conj. SSTES 2/2021, del 17/04/2021 (BO CABA del 01/06/2021), que tuvo por objeto establecer el procedimiento para la entregar en préstamo los dispositivos tecnológicos disponibles, a aquellas/os estudiantes y/o docentes que no cuenten con equipamiento en el caso de que se susciten circunstancias que impidan llevar a cabo las actividades escolares de manera presencial, durante el ciclo lectivo 2021.

Adviértase que las resoluciones administrativas del GCBA —y la medida cautelar dispuesta— se limitan a establecer procedimientos para acceder a dispositivos tecnológicos para actividades escolares no presenciales, pero no garantizan la conectividad a internet. El GCBA ha manifestado en la causa judicial referenciada que la Dirección General de Educación Digital ha entregado en préstamo equipos electrónicos disponibles alcanzando a 31.298 dispositivos. Sin embargo, no ha adoptado ninguna medida concreta para garantizar la conectividad de dichos dispositivos a internet con acceso a banda ancha.

Al respecto, la única medida positiva estatal en materia de conectividad (y no gratuita) ha sido adoptada por el Poder Ejecutivo Nacional, a través del DNU 690/2020 que estableció que los servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia (art. 1º, que incorporó el art. 15 de la ley 27.078); y creó la "prestación básica universal obligatoria" (art. 2º, que sustituyó el art. 48 de la ley 27.078), aprobada por res. 1467/2020 del ENACOM.

De esta manera, se advierte que Ciudad Autónoma de Buenos Aires —la jurisdicción con mayores recursos económicos—, se ha limitado a establecer procedimientos de entrega de dispositivos tecnológicos adecuados para estudiantes, preferentemente con vulnerabilidad social, pero sin asegurarles la conectividad a internet de banda ancha.

VI. El regreso a clases presenciales: nuevos debates

A partir del inicio del ciclo lectivo 2021 (febrero/marzo 2021 según las jurisdicciones) se produjo el regreso progresivo a las clases presenciales, mayoritariamente en todo el país **(17)**. Para ello se establecieron protocolos **(18)** que contemplaron como cuestiones centrales: los grupos de docentes y de alumnas/os exceptuados en la asistencia presencial, las medidas preventivas (uso de barbijo, distanciamiento social, ventilación continua, higiene de manos, entre otras) a cumplir en los edificios escolares, y las condiciones de funcionamiento e infraestructura que deben tener los establecimientos educativos (que no siempre han sido las adecuadas, por ejemplo, para la ventilación).

En abril y mayo de 2021, la dinámica epidemiológica de la pandemia con aumento de contagios, de fallecimientos y la saturación de los recursos hospitalarios, motivó la apertura de nuevos debates en torno a: a) la necesidad de suspender las clases presenciales; b) las diferentes evaluaciones que las autoridades educativas

(17) En el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la suspensión de las clases presenciales se mantuvo hasta el final del ciclo lectivo 2020, sin perjuicio de lo cual el Ministerio de Educación dictó varias resoluciones hacia fines del ciclo lectivo (res. conj. MEDGC 4/2020; res. conj. MEDGC 6/2020; y res. conj. MEDGC 8//2020) que aprobaron la realización de actividades educativas no escolares (artísticas, deportivas, recreativas, de apoyo escolar y otras) destinadas a estudiantes de los niveles medio, primario, e inicial, y de carácter voluntario.

(18) En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a comienzos de 2021 se dictó el "Protocolo para el Inicio de las Clases Presenciales 2021" aprobado por la res. conj. MEDGC 1/2021 del 05/02/2021 (BO CABA del 08/02/2021).

y sanitarias nacional y locales hacían acerca de los datos epidemiológicos; y c) qué autoridad (nacional o local) debe decidir el mantenimiento o no de la clases presenciales, cuestión esta última que no se había suscitado durante el ciclo lectivo 2020.

El 16 de abril de 2021, el GCBA presentó una acción a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 2º de dicho DNU 241/2021, que modificó lo dispuesto en el art. 10 del DNU 235/2021 y estableció —en su último párrafo— la suspensión del dictado de clases presenciales y de las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 hasta el 30 de abril de 2021, inclusive, en el ámbito del aglomerado urbano denominado "Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)" definido en el art. 3º del dec. 125/2021.

Ello motivó el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 4 de mayo de 2021, en la causa CSJ 567/2021 "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", donde, en definitiva, se reconoció la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para decidir en materia educativa y con relación a la presencialidad de las clases en los establecimientos escolares.

Esta solución jurisprudencial, de la máxima autoridad judicial de la República, permitió que el GCBA hasta se creyera con la atribución de plantear divergencias respecto de la evaluación de los datos epidemiológicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicha contradicción del GCBA con el Estado Nacional ha quedado claramente expuesta cuando el señor Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires expresó en los considerandos del dec. 155/2021 (BO CABA del 03/05/2021) que los indicadores expresados en el punto 4 del art. 3º del DNU 287/2021 (PEN) —que fundamentaban la suspensión de las clases presenciales en CABA— no resultaban "técnicamente apropiados para la toma de decisiones sobre las medidas de prevención a aplicar en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (ver considerandos del Decreto).

Es lamentable para la sociedad civil y para toda la comunidad educativa este tipo de divergencias, que representan un conflicto interjurisdiccional de naturaleza institucional entre la autoridad nacional y la autoridad local, sobre la base de una diferente apreciación y una distinta evaluación de datos empíricos y técnicos sobre el impacto y desarrollo de la presente emergencia sanitaria (pandemia) en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; los cuales —tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas ocasiones— deben basarse en criterios de razonabilidad entre los que pueden mencionarse la necesidad, la proporcionalidad y el ajuste a los objetivos definidos conforme a criterios científicos (Fallos 343:930; 344:126 y 316).

Este tipo de conductas, como la desarrollada por el Poder Ejecutivo porteño al contradecir las pautas establecidas por el Consejo Federal de Educación (que por res. 394/2021 adhirió a las pautas del DNU 287/2021 que nuevamente suspendía las clases), no hizo más que generar en las madres y padres —y asimismo, en las niñas y los niños—, un importante grado de confusión, de incertidumbre, de zozobra y de angustia, en tanto las/os colocó en la disyuntiva de decidir —en ejercicio de la responsabilidad parental— si enviaban a las niñas y niños a la escuela, frente al temor fundado y a la amenaza inminente de que se contagien, y hasta con la posibilidad de contagiar a los miembros de las familias de las/os propias/os niñas y niños.

Esta incertidumbre dio lugar a planteos judiciales destinados a obtener medidas cautelares que tuvieron acogida favorable, a través de la cuales se autorizó la presencialidad opcional sin cómputo de inasistencia y con alternativas educativas a distancia **(19)**. Recordemos que, en materia educativa, la Constitución Nacional —en el tercer párrafo del inc. 19 del art. 75— reconoce que en la sanción de leyes de organización y de base de la educación, debe asegurarse

(19) JCont. Adm. y Trib. Nº 13, 19/04/2021 y 07/05/2021, "Leguisa, Andrea S. y otros c. GCBA s/ amparo - educación - otros", exp. 90.772/2021-0; CCATyRC, sala I, 18/05/2021, "Ruibal, Mariana B. y otros c. GCBA s/ incidente de apelación - amparo - educación - otros", inc. 80-269/2021-1; consultar con esos datos en *https://eje.juscaba.gob.ar/iol-ui/p/inicio*.

la "participación de la familia". En el mismo sentido, la Ley de Educación Nacional ha reconocido expresamente que las madres y los padres son los agentes naturales y primarios de la educación —art. 128, inc. a)—. De esta manera, la función de madres y padres en la atención, educación y formación de sus hijas/os es de un valor prioritario, no obstante, sea el Estado el garante para exigir su efectividad. Asimismo, la res. CFE 364/2020 establece entre los lineamientos generales para la reapertura de las actividades presenciales, que corresponde "1.3. Considerar estrategias de participación en las decisiones de los/as estudiantes y las familias como promotores de salud".

En la actualidad, a agosto de 2021, todas las jurisdicciones han retornado a la presencialidad escolar progresiva, y en algunos casos, de manera plena como actualmente lo intenta la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (dec. 260/2021 BO del 30/07/2021), lo que ha originado un nuevo debate por el alcance de las medidas preventivas que contempla el "Protocolo para el Desarrollo de Clases Presenciales" para la modalidad plena de dictado de clases en todos los establecimientos educativos de gestión estatal y privada, aprobado por la res. conj. MEDGC 6/2021 del 02/08/2021 (BO CABA del 03/08/2021); en contradicción con lo dispuesto por el Consejo Federal de Educación dictó la res. CFE 398/2021 del 20/07/2021, que aprobó el documento "COVID-19. Guía para las Instituciones Educativas: condiciones y recomendaciones para habitar la escuela".

Mientras el Protocolo de CABA (02/08/2021) establece el distanciamiento social por burbuja: cada grupo burbuja es el aula completa de cada sala/grado/año/curso acorde con la capacidad de ocupación del establecimiento educativo (pto. 2.a), y debe respetarse la medida de distanciamiento social como mínimo de 1,5 m entre los diferentes grupos burbujas (pto. 3.a); la Guía del Consejo Federal de Educación de la res. CFE 398/2021 (20/07/2021) establece como criterio básico el distanciamiento físico por estudiante: de 1,5 m entre alumnas/os sentada/os (1,8 m relativo para docentes) y 2 m en tránsito y espera (ver punto I, "Los cuidados en la escuela durante la emergencia sanitaria").

Esta cuestión y otras ya han sido motivo de preocupación y de rechazo por entidades gremiales de docentes y por centros de estudiantes, a través de declaraciones públicas, más en una época donde las autoridades sanitarias advierten sobre la aparición en el país y en CABA, de una nueva variante (Delta) del virus SARS-CoV-2 que tendría mayor transmisibilidad en el contagio de la población.

Respecto de la participación estudiantil, para su consulta en la toma de decisiones, esta resulta viable en tanto ha sido reconocida específicamente en la res. CFE 364/2020 (punto 1.3.), y se desprende claramente también del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la obs. gral. 12 del Comité de los Derechos el Niño ("El derecho del niño a ser escuchado", párrs. 105 a 114), del inc. i) del art. 126 de la ley 26.206, y de la ley 26.877 (Creación y Funcionamiento de los Centros de Estudiantes).

Ahora bien, este tipo de conflicto interinstitucional lamentablemente crea incertidumbre a la comunidad educativa, por lo cual corresponde efectuar una valoración entre la máxima satisfacción posible de la continuidad pedagógica y la garantía del derecho a la salud en este contexto de emergencia.

Y en tal sentido, en el fallo ya mencionado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (04/05/2021), el juez Ricardo L. Lorenzetti señaló con claridad la competencia concurrente de la Nación y de las provincias en materia educativa (ver consid. 11), y que ante un desacuerdo entre jurisdicciones debe seguirse las pautas que fija el Consejo Federal de Educación: "la Ley de Educación (ley 26.206), luego de señalar que es una competencia concurrente, establece que la autoridad que regula la concertación es el Consejo Federal de Educación. Es decir que, el Estado Nacional establece las bases generales y debe respetar las decisiones locales (Fallos 340:1795, consid. 15) y en caso de desacuerdo hay una guía relevante en las pautas que fija el Consejo Federal de Educación para articular las medidas en función de los objetivos (ley 26.206) (ver consid. 15)".

Recuérdese que las resoluciones del Consejo Federal de Educación son de cumplimiento obligatorio, de acuerdo con la reglamentación

que disponga la Asamblea del Consejo (art. 118, ley 26.206), siendo que el art. 1º de la res. 1/2007 del Consejo Federal de Educación aprobó el Reglamento de Funcionamiento de dicho Consejo, el cual en su art. 11, punto 1) establece que las Resoluciones: "Son de cumplimiento obligatorio para todas las jurisdicciones y se refieren a cuestiones en las que el Consejo Federal actúa como ámbito de concertación, acuerdo y coordinación de la política educativa nacional, asegurando la unidad y articulación del Sistema Educativo Nacional. Las mismas no podrán decidir sobre cuestiones donde la legislación vigente asigne competencia exclusiva a las jurisdicciones".

VII. Conclusiones: la evidencia de la desigualdad social y educativa

A lo largo de este trabajo ha quedado en evidencia una verdadera desigualdad social y educativa, que se patentiza en el gran número de estudiantes, especialmente de bajos recursos, que no han podido mantener una adecuada continuidad educativa durante el año 2020 debido a la suspensión de las clases presenciales; y lo han hecho de manera irregular durante el año 2021, cuando la actividad escolar presencial ha sido combinada con la educación a distancia, o ha sufrido interrupciones debido a la dinámica de los datos epidemiológicos. Lamentablemente no hay estadísticas oficiales de cada jurisdicción local.

A la escasez de material didáctico, útiles, equipamiento, y déficit de la infraestructura escolar, en especial en las escuelas de gestión estatal —ya registrada con anterioridad a marzo de 2020—, se sumó la falta de provisión de recursos (dispositivos tecnológicos y conectividad a internet de banda ancha) durante 2020 y 2021 para garantizar la educación a distancia en la modalidad virtual.

Datos tales como que el 47% de los hogares no cuenta con una computadora o *tablet* para la realización de las tareas escolares, con mayores desigualdades en el Noroeste Argentino (NOA) y el Noreste Argentino (NEA), o que la brecha de desigualdad fue más significativa en la educación secundaria, nos deben llevar a una profunda reflexión a la sociedad civil, y especial a las autoridades gubernamentales.

Las omisiones estatales, previas y durante la pandemia, son la causa eficiente de tales consecuencias, que evidencian no solamente la brecha digital, sino una verdadera desigualdad social y educativa, que ha implicado también que un porcentaje de las/os estudiantes haya abandonado sus estudios y no se haya reincorporado al sistema educativo durante 2021. El Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se han apartado en el diseño de su política pública en materia de educación, de los parámetros de la calidad de educativa y los derechos conexos de inclusión digital, que fueron objeto de consensos internacionales en documentos que han sido mencionados precedentemente.

Del informe publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos "Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación" (Encuesta Permanente de Hogares - Cuarto trimestre de 2020) **(20)** surge que el teléfono celular es la tecnología con mayor uso, debido a que 88 de cada 100 habitantes emplean teléfono móvil (el 87,9% de la población de los aglomerados relevados, 3,6 puntos porcentuales más que en el mismo período del año anterior). El empleo de computadora es el más relegado en relación con el uso de las otras tecnologías relevadas. El promedio de este uso en todos los aglomerados urbanos es del 40,9% (0,5 puntos porcentuales menos que en el mismo período del año anterior). Los casos de menor utilización se registran en Posadas (23,7%) y Concordia (25,1%). En los aglomerados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Río Gallegos, Río Cuarto, Gran Paraná y Viedma-Carmen de Patagones se registra el mayor uso (más del 60% de la población usa computadora).

Los niños y niñas (4 a 12 años) y adolescentes (13 a 17 años) constituyen los grupos en que la utilización de internet supera a la de celular y computadora, con una diferencia sustantiva en el primer caso (20 puntos porcentuales en el grupo etario de 4 a 12 años). Los adolescentes son los que más usan computadora (54,4%).

(20) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, "Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación", Encuesta Permanente de Hogares - Cuarto trimestre de 2020, *https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mautic_05_213B13B3593A.pdf.*

Adviértase que el acceso a la educación es absolutamente diferente en tanto se cuente solamente con un teléfono móvil para comunicarse por whatsapp, o con una computadora (a nivel nacional tuvo un promedio de uso de solamente el 40,9% en los aglomerados urbanos). Resulta claro que el aprendizaje ha caído por debajo del nivel estándar, mayormente respecto de estudiantes con vulnerabilidad social, que no contaron con una computadora.

Sin perjuicio de que no existen estadísticas oficiales concretas con relación a las actividades para las cuales las niñas, niños y adolescentes se conectan a internet, siendo el teléfono móvil el dispositivo más usado para acceder a internet, es muy probable —a criterio del autor— que el entretenimiento, la mensajería, la búsqueda de información general, y compra de productos y servicios, se encuentren por encima de la conexión fundada en razones de educación y aprendizaje.

La brecha digital no solamente se relaciona con la posibilidad de contar con un dispositivo tecnológico con acceso a internet, sino con su utilización para el acceso a contenidos digitales de calidad, lo que supone la necesidad previa de enseñanza y apoyo. Es claro que las personas con mayores niveles de ingreso y escolaridad emplean los recursos de internet de manera más productiva, en tanto que aquellas con menores niveles de ingreso y escolaridad usan el servicio de internet con fines de comunicación y entretenimiento.

A casi un año y medio de declarada la pandemia, no se advierte medidas positivas que garanticen la educación virtual frente a eventuales datos epidemiológicos que impliquen la necesidad de suspender nuevamente las clases presenciales. Es necesario priorizar la recuperación de la educación a fin de evitar una "catástrofe generacional en materia educativa". No es posible que el debate en materia educativa continúe centrándose de manera casi exclusiva en la presencialidad de las clases, como trofeo de guerra de gobernantes de distintas jurisdicciones y de diferente extracción política partidaria.

Tampoco se trata de crear una falsa opción entre el derecho a la salud y el derecho a la educación, sino entender que seguramente la pandemia no terminó todavía, y que quizás requerirá una solución combinada en el futuro, donde las niñas, niños y adolescentes, en su totalidad, tengan garantizado el acceso a la educación de manera presencial: con protocolos sanitarios adecuados y en escuelas que cumplan con las condiciones de infraestructura edilicia; y con acceso a la educación distancia en la modalidad virtual: mediante dispositivos tecnológicos (computadoras) con acceso a internet de banda ancha en los períodos que no puedan concurrir a clases presenciales.

La educación permite la movilidad socioeconómica ascendente y es clave para salir de la pobreza; y el acceso a la educación virtual con dispositivos tecnológicos (especialmente computadoras) con conectividad a internet en banda ancha, permitirá a las niñas, niños y adolescentes con mayor vulnerabilidad social reducir la brecha digital educativa —que es consecuencia de la desigualdad social—, respecto de otras niñas, niños y adolescentes que seguramente —por las posibilidades económicas de sus familias— accederán sin dudas al mundo virtual, por más que la educación siga predicándose en la legislación como esencialmente presencial en la educación obligatoria.

Y no basta con dar conectividad a los edificios escolares y proveer computadoras a los establecimientos educativos, en tanto ello sería en parte replicar la desigualdad social entre el/la estudiante que tiene una o varias computadoras en su hogar con conectividad, y quien no puede acceder a ello. El Estado debe entregar computadoras a docentes y estudiantes, para que puedan llevarlas a sus hogares para su uso, asegurando la conectividad.

Existen evidentes dimensiones estructurales de desigualdad, y la brecha digital las profundiza. La virtualidad ha venido para quedarse en la vida cotidiana de las niñas, niños y adolescentes, por lo que es inevitable garantizar a la inclusión digital en el sistema educativo como un derecho exigible.

El cuidado en tiempos de pandemia: sorteando la emergencia, garantizando derechos

Laura C. Pautassi (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Cuidado: conceptualización y responsabilidades.— III. Cuidados en la agenda pública.— IV. Pandemia y cuidados: ¿qué hay de nuevo?— V. Los cuidados y la emergencia. Respuestas integrales.

I. Introducción

La pandemia del COVID-19 ha permitido evidenciar múltiples realidades que permanecían ocultas y que a pesar de las notables evidencias no se lograban su reconocimiento. En primer lugar, sacó a la luz el ámbito privado al posicionarlo como principal espacio para prescribir el aislamiento y permanencia en los hogares de modo de garantizar la recomendación central de prevención ante el coronavirus. En segundo lugar, porque los hogares, históricos espacios de reproducción de la vida y generadores de valor económico se transformaron en espacios de relaciones laborales remuneradas, que gracias a modalidades como el teletrabajo u otras formas de solución temporal habilitaron esta posibilidad **(1)**. De esta manera, lo productivo y reproductivo confluyó en un mismo espacio y tiempo, volviendo aún más difusas las fronteras existentes entre estos dos ámbitos **(2)**. En tercer lugar, la división público/privado históricamente denunciada por el feminismo como eje central de la desigualdad y de las asimetrías en el ejercicio del poder, cede ante la presión de los contagios y se instala como un lugar visible de delegación de responsabilidades desde la esfera pública a la privada, pero como invisible respecto de quien(es) van a asumir dichas tareas. En cuarto lugar, poco se repara en la manera en que esa delegación y nuevas funciones son asumidas al interior de los hogares y en las familias, emergiendo las violencias inter e intrafamiliares y de género, como una evidencia, que lejos de ser novedosa, perdura a lo largo de los siglos. En quinto lugar, porque la acción comunicativa instala como el concepto llave en algunos casos, bisagra en otros al cuidado. De esta manera la infinita conjugación de su uso fue avanzando hasta inclusive la construcción de metáforas como la *cuidadanía* **(3)** y sus diversas variantes e inclusive para bautizar el desarrollo de aplicaciones informáticas de vigilancia epidemiológica (CuidAR). Pero lo cierto es que transcurridos ya más de quince meses de la de-

(*) Investigadora principal Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; directora del Grupo de Trabajo Interdisciplinario Derechos Sociales y Políticas Públicas (*www.dsps.com.ar*).

(1) MARTÍNEZ FRANZONI, J., "Los cuidados antes y durante la pandemia en América Latina. ¿Una emergencia con oportunidad?", en PAUTASSI, L. – MARCO NAVARRO, F. (coord.), *Feminismos, cuidados e institucionalidad. Homenaje a Nieves Rico*, Ed. Fundación Medife, Buenos Aires, 2021, ps. 123-154.

(2) PAUTASSI, L. – ZIBECCHI, C. (dir.), "Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura", ELA - Ed. Biblos, Buenos Aires, 2013.

(3) En referencia a la campaña masiva de comunicación llevada adelante por el gobierno para apelar las responsabilidades en torno al cuidado con clave de humor, *https://www.argentina.gob.ar/jefatura/mediosycomunicacion/contenidosdedifusion/coronavirus/cuidadania*.

claración de la pandemia mucho escuchamos y leemos sobre el cuidado, pero cuánto sabemos acerca de su alcance, manifestaciones e impacto. Y ese es el interés del presente artículo, que conceptualiza el cuidado, en su valor de trabajo —remunerado, no remunerado y voluntario— como también en su consideración como derecho humano. Al respecto, y en el marco de las tensiones que la pandemia ha producido, se detallan los principales nudos críticos identificados, a partir de analizar la evidencia disponible en la Argentina. Las conclusiones presentan la agenda actual en materia de reconocimiento del derecho al cuidado, a nivel de la política pública como también los principales desafíos a abordar en el escenario pospandemia.

II. Cuidado: conceptualización y responsabilidades

Entre tantos otros temas que la pandemia del COVID-19 ha situado en el centro del debate, se encuentra la centralidad del trabajo como actividad humana indispensable para la economía, pero particularmente para la sostenibilidad de la vida. Debido a la imposibilidad de desplazamiento a los lugares de trabajo para producir valor económico y ejercer el derecho al trabajo remunerado, las personas, en especial los varones, se enfrentaron por primera vez a la esfera de lo doméstico advirtiendo que ese espacio privado intramuros opera como productor y reproductor de relaciones sociales, al mismo tiempo que genera valor económico. Aquellas tareas constitutivas de las responsabilidades de las mujeres, que lejos de ser naturales responden al orden de género imperante en nuestras sociedades, empiezan a salir a la luz y van cobrando significantes, también en función del orden de género **(4)**. Sin duda que este emergente se produce vinculado a todo lo que se trabaja en una casa, a cuántas personas y situaciones hay que atender de manera simultánea, a la falta de horarios y recursos, y cómo esas múltiples demandas convergen en las mujeres.

De esta forma, podríamos afirmar que todes han escuchado al menos una vez al día la palabra cuidado, han interactuado solicitando a otres que se cuiden, se incorporó como saludo y es abrazado como causa colectiva. Pero este descubrimiento no solo afecta a la realidad en la Argentina, en sus múltiples geografías provinciales, sino es una experiencia a nivel global y del planeta. Es decir, casi nadie desconoce —o debería desconocer— a qué se refiere este concepto, sobre el cual el feminismo hace años viene alertando, aportando datos y recomendando medidas y políticas concretas **(5)**. Sin embargo, la recomendación en torno a los cuidados —en todo su alcance— y la delegación de responsabilidades del cuidado en los hogares, a los que se les fueron agregando nuevas responsabilidades como la gestión educativa de las y los integrantes en cada familia, que operan como elemento central para transitar la pandemia, no implica que se sepa que significa cuidado, y mucho menos que se haya indagado respecto de las dinámicas históricas y la configuración al interior de los hogares.

Entonces, ¿cómo definimos al cuidado? El cuidado (o los cuidados) involucra(n) una serie de tareas, actividades y trabajos que comprenden acciones indispensables para satisfacer las necesidades básicas de la existencia y reproducción de las personas, brindando los elementos físicos y simbólicos que les permiten vivir en sociedad. Incluye el autocuidado, el cuidado directo de otras personas (la actividad interpersonal de cuidado), la provisión de las precondiciones en que se realiza el cuidado (el trabajo doméstico) y la gestión del cuidado (coordinar horarios, realizar traslados a centros educativos y a otras instituciones, supervisar el trabajo de cuidadores remunerados, entre muchas otras actividades). Al ser una demanda que atraviesa la vida y garantiza su sostenibilidad, el cuidado permite atender las necesidades de las personas dependientes, ya sea por razones de edad, como el caso de las niñas, niños y adolescentes (NNA), personas mayores o por sus condiciones o capa-

(4) MARCO NAVARRO, F. – RICO, M. N., "Cuidado y políticas públicas: debates y estado de situación a nivel regional", en PAUTASSI, L. – ZIBECCHI, C. (dir.), Las fronteras del cuidado. Agenda, derechos e infraestructura, ELA, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2013, ps. 27-58.

(5) La calidad, diversidad y profundidad de la producción sobre cuidados, tanto desde el mundo anglosajón como iberoamericano es cuantiosa, particularmente en el caso de América Latina que ha promovido una producción "autóctona" que se recupera y desarrolla en PAUTASSI, L. – MARCO NAVARRO, F. (coord.), ob. cit.

cidades para desempeñarse de manera autónoma, como las personas con discapacidades o enfermedades. Pero también a lo largo del ciclo de vida, las personas pueden —y deben— autoproveerse de cuidado **(6)**.

Estas tareas históricamente han sido asignadas a las mujeres, sin su consentimiento y posibilidad de elección, determinado la organización del trabajo remunerado, de la organización económica y social. Estos factores han determinado una organización del trabajo —remunerado y no remunerado— injusta y altamente inequitativa. De acuerdo con la evidencia empírica disponible para 19 países de América Latina que analiza el uso del tiempo, se comprueba que las mujeres realizan cerca del 80% del trabajo de cuidados no remunerado. A su vez, las mujeres mayores de 15 años destinan entre un quinto y un tercio de su tiempo diario o semanal al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado, mientras que en el caso de los varones se sitúa en torno al 10% **(7)**. Con respecto al trabajo en áreas de salud, educación y servicios sociales, nuevamente se evidencia que las mujeres se encuentran sobrerrepresentadas, ya que constituyen más del 93% de los ocupados en estos sectores **(8)**, los que a su vez han sido centrales para la gestión de la crisis durante la pandemia.

Pero además de ser un trabajo, el cuidado es un derecho humano: el derecho a cuidar, ser cuidado y al autocuidado **(9)**. Los pactos y tratados internacionales lo han reconocido como tal y se ha integrado al *corpus* de derechos humanos. En tanto derecho, impone obligaciones que deben ser cumplidas en el marco de la definición de políticas universales, transversales, con presupuestos regulares e implementadas con enfoque de género, en interdependencia con el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) y civiles y políticos (DCP). Si bien los primeros instrumentos de derechos humanos no lo llaman cuidado, se encuentra incorporado bajo el concepto de vida digna, de responsabilidades de las y los progenitores respecto de sus hijes, a la protección a la maternidad y a la seguridad social, y recién a partir de la sanción de la Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015) se empieza a denominar como cuidado.

Cabe señalar que el cuidado, como trabajo y como derecho, ha sido un campo de numerosas regulaciones. En primer lugar, el desarrollo del derecho civil en América Latina fue sancionando diversas normas que posicionaban los intereses del individuo sobre el de los familiares, dejando en un segundo plano las responsabilidades de cuidado asignadas injustamente a las mujeres **(10)**. Lejos de realizar una revisión de los cambios ocurridos en las normas civiles en la región, se advierte que en estas dos primeras décadas del siglo XXI se produjo la incorporación del enfoque de género y de diversidades sexuales, con importantes diferencias entre los distintos países de América Latina. En el caso de la Argentina, el Código Civil y Comercial (2015) marcó un cambio importante, ya que lo reconoce en una serie de artículos, respecto del cuidado de NNA; personas mayores y personas con discapacidad, con una voluntad de que no se concentre solo en las mujeres sino reconociendo el valor pero que se asuman responsabilidades compartidas o en figuras como la compensación económica **(11)**.

El otro campo de regulación histórico es el derecho al trabajo. Las denominadas medidas

(6) RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, C. – PAUTASSI, L., "La organización social del cuidado de niños y niñas. Elementos para la construcción de una agenda de cuidados en Argentina", ADC-CIEPP-ELA, Buenos Aires, 2014.

(7) CEPAL, "Autonomía de las mujeres e igualdad en la agenda de Desarrollo sostenible", Santiago de Chile, 2016.

(8) CEPAL, "Panorama Social de América Latina", Santiago de Chile, 2012, ps. 31-70.

(9) PAUTASSI, L., "El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos", *Serie Mujer y Desarrollo*, nro. 87, CEPAL, octubre 2007.

(10) MARCO NAVARRO, F., "Legislación comparada en materia de familias. Los casos de cinco países de América Latina", *Serie Políticas Sociales*, nro. 149 (LC/L. 3102-P), CEPAL, septiembre 2009.

(11) HERRERA, M., "Compensar, renunciar y repensar en clave de género", RDPyC 2020-2, ps. 71-112. A su vez, hay un interesante desarrollo jurisprudencial en los últimos años que da cuenta de dicha transformación, GHERARDI, N. – PAUTASSI, L., "El derecho al cuidado: de la crisis a las regulaciones para su ejercicio", RDPyC 2020-2, ps. 341-360.

de conciliación trabajo-familia, que presentan claros sesgos de género, ya que en general establecen dispositivos como las licencias, infraestructura y transferencias monetarias organizadas a partir de los sistemas de seguridad social (asignaciones familiares) destinadas mayormente a las mujeres. Así, los sesgos se manifiestan en las escasas disposiciones que incorporan a los varones, como también la normativa garantiza las condiciones para que las trabajadoras asalariadas formales puedan desempeñar sus tareas, perpetrando la naturalización del cuidado en las mujeres. Valga como ejemplo, que las licencias por nacimiento de hija o hijo para los varones, cuando están reconocidas, oscilan entre 2 hasta 14 días en los países de América Latina **(12)**. Por otra parte, la consideración de la mujer asociada siempre en función de una posición —madre, trabajadora, esposa, pobre— marca las formas de organización y de desarrollo de los sistemas de políticas sociales regionales **(13)**. Concordantemente, gran parte de los dispositivos adoptados en la normativa proveen condiciones para que esas madres trabajadoras puedan desempeñar sus tareas, contando con tiempo para cuidar o infraestructura de cuidado. De allí la asociación de espacios de cuidado infantil como maternales: guarderías, jardines maternales.

En consecuencia, prácticamente no se han promovido medidas que eliminen las discriminaciones en el mundo de lo público, incorporando activamente a los varones en el cuidado, sino que, en todo caso, se han ampliado algunas de las medidas ya existentes, como el lento proceso de incorporación de licencias parentales o algunas otras figuras aisladas que han posibilitado una ruptura moderada del patrón heteronormativo. El caso argentino es claro al respecto, donde a la fecha no se ha avanzado firmemente en trasformar estas relaciones para involucrar centralmente a los varones como tampoco se logra desnaturalizar el cuidado de las mujeres. Y si en el ámbito público han sido escasos los avances, mucho más complejo es el ámbito privado y también el comunitario, donde las mujeres cuentan con menos elementos y protección para delegar y negociar una distribución equitativa con sus parejas y demás integrantes del hogar. Entre otras razones, porque las familias reproducen las asimetrías de poder y las dinámicas patriarcales operan respecto de los cuidados, impidiendo una distribución equitativa. Incluso más: al estar atravesados por discriminaciones inter e intrageneracionales, las violencias emergen como parte de las desigualdades estructurales, que adoptan la forma de violencia doméstica, aumentando el dramatismo y en detrimento de las condiciones de vida y seguridad de las mujeres **(14)**. Y en este escenario, altamente injusto e inequitativo, irrumpe la pandemia del coronavirus.

III. Cuidados en la agenda pública

Cabe señalar que previo a la pandemia, en la Argentina, recién a partir de la creación del Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidades (MMGyD) en diciembre de 2019 **(15)** se instala una agenda en torno al cuidado. Una de las áreas creadas es la Dirección Nacional de Cuidados, y en el Ministerio de Desarrollo Social se conformó la Dirección Nacional de Cuidados Integrales y en el Ministerio de Economía, la Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género (DNEIyG), promoviendo un cambio de agenda de relevancia.

El primer aspecto abordado fue precisamente hacer visibles los cuidados y a quien los asume. Desde 2013 se dispone de información provista por el módulo especial de la Encuesta Permanente de Hogares del Instituto Nacional de

(12) RICO, M. N. – ROBLES, C., "Políticas de cuidados en América Latina. Forjando la igualdad", Serie Asuntos de Género, nro. 140, CEPAL, 2016.

(13) PAUTASSI, L. – FAUR, E. – GHERARDI, N., "Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad", *Serie Mujer y Desarrollo*, nro. 56, CEPAL, 2004.

(14) GHERARDI, N., "No hay cuarentena que valga: la persistencia de las violencias por razones de género", en BOHOSLAVSKY, J. (ed.), *COVID-19 y derechos humanos. La pandemia de la desigualdad*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2020, ps. 497-518.

(15) En la Argentina, el mecanismo para el adelanto de las Mujeres se inicia en la transición democrática con la creación de la Subsecretaría de la Mujer y la Familia (1987), luego se crea el Consejo Nacional de las Mujeres (1992) el primero en la órbita del Ministerio de Salud, el segundo en Desarrollo Social. En 2016 se transforma en Instituto Nacional de las Mujeres (INAM) y en 2019 se jerarquiza y conforma como Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidades.

Estadísticas y Censos (INDEC), que incorporó tres preguntas respecto de las responsabilidades de cuidados. Los datos muestran que las mujeres en los hogares urbanos en la Argentina destinan el doble de tiempo a tareas de cuidado no remunerado en relación con los varones, con un promedio de 6 horas y media —en el caso de las mujeres— contra 3 horas y media de los varones, con disparidades regionales y con intersecciones por nivel educativo, edad y condiciones socioeconómicas (INDEC, 2013). Precisamente, aquellas mujeres que viven en hogares del quinto quintil de ingresos (20% de la población con mayores ingresos) dedican en promedio 4,5 horas diarias al trabajo no remunerado, mientras que las mujeres que viven en hogares del primer quintil (20% de la población con menores ingresos) destinan 8,1 horas diarias promedio a estas tareas. Esta diferencia muestra la intersección entre desigualdad de género y desigualdad socioeconómica **(16)** y que da cuenta, entre otros factores, de las desigualdades en la inserción laboral remunerada de las mujeres y el impacto que produce en sus condiciones de vida. Cabe destacar que se encuentra en elaboración e implementación la Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo y Trabajo No Remunerado (ENUT), a partir de la sanción de la ley 27.532 de 2019, la cual se estima estará disponible a principios de 2022 **(17)**.

A partir de hacer visible esta asimetría en las responsabilidades de cuidados y buscando la forma de incorporarlo en la agenda pública, el MMGyD convocó la creación de una Mesa Interministerial de Políticas de Cuidados **(18)**. El documento inicial de la Mesa de Cuidados señala que las organizaciones que la integran se comprometen a diseñar una "estrategia integral para redistribuir y reconocer el cuidado como una necesidad, como un trabajo y como un derecho" **(19)** admitiendo que se trata de una iniciativa de tipo transversal, colectiva y de largo plazo, bajo el compromiso que "la misma constituye una oportunidad para enfrentar las bases de la desigualdad social de género y acercarnos a estándares más justos y equitativos en materia de desarrollo social" **(20)**. Definida esta agenda, y de manera paralela, irrumpe la pandemia, que demanda una serie de recursos y respuestas inmediatas para evitar la reproducción de las desigualdades aludidas. Una de las primeras medidas, particularmente al inicio de la cuarentena, fue el diseño de campañas publicitarias y spots tendientes a promover una distribución un poco más equitativa, con la campaña #cuarentenaconderechos, buscando impactar sobre la injusta división sexual de las responsabilidades de cuidado al interior de los hogares **(21)**.

Desde el Ministerio de Economía, específicamente la Dirección de Igualdad de Género, se estimó el aporte del trabajo no remunerado en términos del producto interno bruto (PIB), dato que no se encontraba disponible y que es de suma relevancia para el diseño de políticas de cuidado como también para visibilizar el aporte y la generación de valor económico del trabajo de cuidado. La contribución de las tareas de cuidados no remunerados a la economía se define a partir de diferenciar la contribución previa a la pandemia y en el escenario postpandemia, con especificidades para la ciudad de Buenos Aires. El gráfico muestra que el aporte de la economía no monetaria es determinante para el funcionamiento de la sociedad, y será aún mayor en el escenario postpandemia.

(16) RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, C., "Perspectiva feminista en la pandemia y más allá", en BOHOSLAVSKY, J. (ed.), ob. cit., ps. 143-158.

(17) *https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/sociedad/documento_trabajo_enut.pdf*.

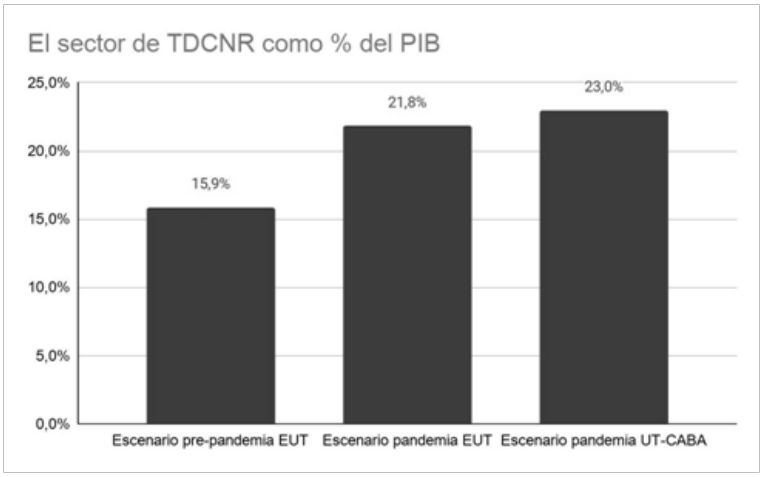
(18) La mesa se encuentra integrada por 14 instituciones del Estado Nacional, entre otras: Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad; Ministerio de Desarrollo Social; Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; Ministerio de Educación; Ministerio de Salud; Ministerio de Economía y las agencias: Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI); ANDIS (Agencia Nacional de Discapacidad); ANSES (Administración Nacional de la Seguridad Social); AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos); INAES (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social), el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, y se prevé que se vayan sumando nuevas agencias.

(19) MMGyD, "Hablemos de cuidados. Nociones básicas hacia una política integral de cuidados con perspectiva de géneros", Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidades, Buenos Aires, junio 2020, p. 2.

(20) *Ibid*.

(21) Disponible en *https://www.argentina.gob.ar/generos/medidas-en-materia-de-genero-y-diversidad-en-el-marco-de-la-emergencia-sanitaria*.

3.1. Gráfico 1



Fuente: Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, Ministerio de Economía con base en datos de la Encuesta sobre Uso del Tiempo (UT-CABA, 2016) en población de 14 años y más, EPH-INDEC y Avance del Nivel de Actividad - INDEC, 4º trimestre, proyecciones de población 2020 del CENSO 2010-INDEC y EMAE abril 2020 INDEC.

Lo interesante, a su vez, es que, comparado con otros sectores de la economía, el trabajo de cuidado no remunerados es el que presenta mayor aporte a la economía, superando a la industria (13,2%) y al sector comercio (13,0%). La contribución al producto bruto interno es desigual: las mujeres realizan más de las tres cuartas partes del trabajo de cuidado no remunerado, lo que implica que aportan el 75,7% a la economía, mientras que los varones aportan el 24,3% **(22)**. A su vez, el estudio muestra que el trabajo de cuidado no remunerado se amplía en la medida que se contraen otros sectores y el pensar al cuidado como productor de valor económico, de bienes y servicios es fundamental para comprender su valor estratégico, pero principalmente para avanzar en su distribución. Y ese es uno de los nudos críticos de la política pública pero centralmente de la distribución social del cuidado, centralmente son los varones que no lo han asumido, ya que las mujeres aportan 3 veces más al PIB por cuidados, que termina siendo el sector con mayor relevancia y más invisibilizado de toda la economía **(23)**.

Para avanzar en pactos sociales que efectivamente distribuyan el cuidado, a fines de octubre de 2020, el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidades convocó a la creación de una Comisión Asesora para la redacción de un anteproyecto de Ley para la creación de un Sistema integral de Cuidados con perspectiva de género. La comisión se encuentra integrada por 9 especialistas de diversas disciplinas, provenientes de la academia, de la sociedad civil, con trabajo ad honorem, con el objetivo de proponer una ley integral, que se estima durante el 2021 el Poder Ejecutivo enviará al congreso para su tratamiento. El proceso desarrollado por la Comisión abarcó acciones participativas y consultas con sindicatos, cámaras empresariales, organizaciones feministas, so-

(22) MECON, "Los cuidados, un sector económico estratégico Medición del aporte del Trabajo Doméstico y de Cuidados no Remunerado al Producto Interno Bruto", Dirección Nacional de Economía, Género e Igualdad, Ministerio de Economía, Buenos Aires, 2020, p. 11.

(23) *Ibid.*, p. 11.

ciales y comunitarias entre otras **(24)**. Esta comisión interactúa con la Mesa Interministerial de Políticas de Cuidados, y a nivel federal se han promovido los parlamentos territoriales de cuidados, como instancias participativas a nivel subnacional donde se presentan iniciativas y demandas para el diseño de políticas de cuidados **(25)**. Finalmente, en julio de 2021, el MMGyD presentó el Mapa Federal de Cuidados, que permite de manera georreferenciada acceder a los espacios disponibles de cuidados **(26)**. En suma, ya existen agenda, diagnósticos y herramientas para avanzar en instalar la necesidad de distribuir los cuidados.

IV. Pandemia y cuidados: ¿qué hay de nuevo?

Luego de quince meses de pandemia, el cansancio social, sanitario, económico, de cuidados y político es evidente. No solo que ha dejado pérdidas, duelos y huellas profundas, sino que lejos de ser un virus democrático, sus efectos han interseccionado conforme al nivel educativo, socioeconómico, de género y diversidades sexuales, lugar de residencia, disponibilidad de vivienda y pertenencia étnica. Y una de los efectos que ha producido es que se visibilicen los cuidados, sin embargo, se ha avanzado muy poco en nuevos arreglos sociales para su distribución. Y otra vez, el caso argentino es revelador al respecto **(27)**.

Una primera evidencia refiere a las tareas de cuidado remunerado y aquellas actividades vinculadas a los cuidados institucionalizados, en especial del sector salud han sido altamente afectadas durante la pandemia. Las y los trabajadores de salud —que en un 70% son mujeres **(28)**— han transitado un derrotero de ser el recurso humano central de la crisis, destacando el carácter esencial y heroico de las trabajadoras y trabajadores, con aplausos y manifestaciones masivas de aprobación casi en paralelo con el repudio por los riesgos que pueden significar como agentes portadores de la "salud" y del "virus" al mismo tiempo, y en muchos casos, con ajuste y reducción salarial **(29)**. Durante la fase de Aislamiento social preventivo obligatorio (ASPO) las trabajadoras quedaron también sobrecargadas por nuevas demandas de cuidados de sus familiares, sumada la presencia de múltiples violencias institucionales y en las relaciones interpersonales. Como parte de las medidas adoptadas por el gobierno, se dispuso la creación del "Programa de Protección al Personal de Salud ante la Pandemia de Coronavirus COVID-19" para garantizar la bioseguridad en los establecimientos de salud, priorizando las áreas dedicadas específicamente a la atención y aquellas en que haya un mayor riesgo de contagio **(30)**. Otra de las medidas adoptadas fue la creación del Plan Nacional de Cuidados de trabajadores y trabajadoras de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 con el objetivo general de promover acciones de cuidados que minimicen las situaciones de riesgo para contraer o transmitir COVID-19 en todo el personal de la salud, y la asignación estímulo a los trabajadores y trabajadoras de la salud vinculados con el

(24) *https://www.pagina12.com.ar/303990-el-gobierno-elabora-un-proyecto-de-ley-para-crear-un-sistema*.

(25) *https://www.argentina.gob.ar/noticias/realizamos-el-cuarto-parlamento-territorial-de-cuidados-en-la-provincia-de-rio-negro*.

(26) *https://mapafederaldelcuidado.mingeneros.gob.ar/*.

(27) Cabe señalar que, durante la primera fase de la pandemia, especialmente durante el período de Aislamiento social preventivo obligatorio (ASPO) resultó sumamente dificultosa la producción y acceso a la información. En este apartado, sigo centralmente el relevamiento realizado en BOHOSLAVSKY, J. – MARCO NAVARRO, F. – PAUTASSI, L., "De la crisis de la deuda a la crisis del COVID-19. Los impactos en los derechos económicos, sociales, culturales en Argentina", Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, Buenos Aires, 2021 (mimeo).

(28) OIT, "El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente", Ginebra, 2019.

(29) PAUTASSI, L., "La crisis en la crisis. El derecho al cuidado como variable de ajuste", en BOHOSLAVSKY, J. (ed.), ob. cit.

(30) Se trata de un programa de aplicación obligatoria para todo el personal médico, de enfermería, de dirección y administración, logístico, de limpieza, gastronómico, ambulancieros y demás, que presten servicios en establecimientos de salud. Está a cargo de Ministerio de Salud, quien debe coordinar con las jurisdicciones provinciales, municipales y con la Superintendencia de Servicios de Salud, como con empresas, universidades, sindicatos y organizaciones civiles la realización de diversas actividades entre ellas las capacitaciones obligatorias y llevar el Registro Único de Personal de Salud contagiado por COVID-19 (ley 27.548).

manejo de la pandemia **(31)**. En el caso de los cuidados domiciliarios, se puso a disposición el Registro Nacional de Cuidadores Domiciliarios/as del Ministerio de Desarrollo Social, que ofrece información sobre cuidadores/as domiciliarios/as de personas mayores a nivel federal, que cuentan con formación acreditada para desempeñarse, como también ofrece información para las y los trabajadores domiciliarios/as para registrarse, obtener la credencial, acceder a cursos online y otras capacitaciones **(32)**.

Un segundo segmento ocupacional altamente afectado fueron las trabajadoras de casas particulares, que si bien en 2013 se sancionó el Régimen especial de Contrato de Trabajo para personal de casas particulares (ley 26.844) que equipara los derechos al resto de los trabajadores formales, antes de la pandemia un 76,8% de las trabajadoras no estaban registradas **(33)**. Por lo tanto, la informalidad laboral sigue caracterizando este tipo de tareas que, nuevamente con la crisis del coronavirus, los efectos fueron todavía más adversos. Diversas encuestas realizadas para evaluar los efectos de la pandemia en la etapa del ASPO, señalaron que un 82% de las trabajadoras encuestadas no estaba asistiendo a sus lugares de trabajo, conforme a los sucesivos decretos presidenciales que así lo prescribían, y el 8,9% de ellas tienen NNA en edad escolar, que no tenían clases presenciales. El dato alarmante es que solamente un 33% continuaba recibiendo su remuneración, aunque no concurriera a su lugar de trabajo **(34)**. La mitad de las trabajadoras encuestadas manifestó que se ha empeorado su situación laboral, un 20% no recibe remuneración, al 13% le redujeron el monto pagado y recibieron el Ingreso Federal de Emergencia (IFE) **(35)** solamente un 55,7% y fueron despedidas un 3,5% de las mujeres encuestadas **(36)**. Respecto de esta medida, de acuerdo con el Informe de Jefatura de Gabinete de Ministros elevado al Congreso, la segunda partida de la transferencia conocida como IFE II, benefició a 188.923 trabajadoras de casas particulares **(37)** lo cual representa aproximadamente el 2,1% de los/as perceptores/as efectivos/as, que de acuerdo con el mismo informe son alrededor de 89.000 las empleadas domésticas que perciben asignación universal por hijo (AUH), y, por lo tanto, que percibieron el IFE 1, que comprende a un total de 272.297 trabajadoras de casas particulares. Además, de acuerdo con las estimaciones de ANSES, la distribución para los casi 9 millones de personas que recibieron IFE l fue progresiva en términos de género: 55,7% de las personas que lo recibieron fueron mujeres **(38)**.

Nuevamente, a la precariedad histórica del cuidado remunerado en tareas de casas particulares, la crisis lo profundizó, y si bien desde el nivel nacional se adoptaron medidas rápidas, no terminan siendo suficientes para proteger a las trabajadoras. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala que el mayor impacto de la pandemia fue para las trabajadoras no registradas, quienes tuvieron dificultades en el cobro del salario (por la falta de bancarización de la mayoría de las empleadas), jornadas más

(31) La asignación está destinada a personal de servicios en centros asistenciales de salud en el sector público, privado y de la seguridad social, dedicado al tratamiento de la pandemia de COVID-19 (dec. 315/2020), el que fue prorrogado, estableciendo la carga de nuevos destinatarios hasta el 30 de septiembre de 2020. También se estableció un incentivo remunerativo mensual para residentes de salud (res. 1054/2020) y el COVID-19 fue declarada enfermedad de carácter profesional no listada (res. 367/2020).

(32) Los datos de acceso al registro se encuentran en *https://www.argentina.gob.ar/desarrollosocial/registrocuidadores*.

(33) *https://www.trabajo.gob.ar/downloads/estadisticas/ecetss/ecetss_casas-particulares.pdf*.

(34) CEIL-UNLA, "Encuesta a trabajadoras/ es de casas particulares y su situación laboral en el contexto de aislamiento por la pandemia de COVID-19 en Argentina", CEIL-CONICET y Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2020.

(35) El Ingreso Federal de Emergencia consistió en una transferencia monetaria excepcional no contributiva para compensar la pérdida o disminución de ingresos de personas afectadas por la emergencia declarada por la pandemia de coronavirus. El monto fue de 10.000 pesos y se entregó en cuatro pagos durante el 2020. *https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/emergencia-sanitaria-covid-19-ingreso-familiar-de-emergencia*.

(36) CEIL-UNLA, ob. cit.

(37) JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, "Informe a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Nº 128", *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_128_hcdn.pdf*.

(38) *Ibid*.

largas y mayor volumen de trabajo por las medidas de desinfección recomendadas, mayor demanda de cuidados frente al cierre de escuelas y la consiguiente mayor presencia de todos los miembros del hogar empleador en la vivienda, afectando, en el caso de las trabajadoras sin retiro el descanso semanal, sumado al déficit de seguridad y salud en el trabajo y en el caso del cuidado de personas enfermas se aumenta el riesgo por la mayor exposición al contagio, en los hogares, como en el trayecto para llegar a ellos **(39)**.

La pandemia el COVID-19 ha evidenciado que, cuanto más se tensiona la vinculación con cuidados, quienes lo realizan de manera remunerada pasan a ser el eslabón más debilitado, pero a la vez, más demandado en el esquema de precariedad. Valga como ejemplo que debido al cierre de establecimientos educativos y al trasladarse "la escuela en casa" otra vez las responsabilidades se concentran principalmente en las mujeres. Así como las familias, y dentro de ellas las mujeres tuvieron que sostener las tareas educativas de sus hijes sin necesariamente contar con conocimientos o herramientas para hacerlo, si se trataba de educadores (maestras, personal docente) las tensiones eran mayores, ya que se les demandaba estrategias para pasar a la virtualidad sin considerar que ellos y ellas estaban en la misma situación de vulnerabilidad respecto de sus hijes. De esta forma, durante el primer largo año de la pandemia, a nivel global y en los países de América Latina, se fueron desplegando diversas y variadas estrategias para sostener actividades educativas a distancia. Sin embargo, las medidas implementadas no lograron achicar las brechas en el acceso a las computadoras y a internet en los hogares. En otras palabras, los procesos de enseñanza y aprendizaje a distancia a nivel regional, no quedaron garantizados para toda la población **(40)**.

Nuevamente, las desigualdades quedaron expuestas y en la Argentina se evidenció en la heterogeneidad territorial, entre aquellas provincias que tenían un mayor desarrollo de plataformas virtuales con contenidos educativos o los casos que la conectividad a internet se encontraba garantizada. El Ministerio de Educación de la Nación impulsó plataformas que se complementaron con entrega de manuales y cuadernillos impresos y otras estrategias para garantizar cobertura, especialmente en los casos de ausencia de equipos o conectividad y sin duda con impacto significativo en el aprendizaje, especialmente en las poblaciones más vulnerables, a quienes no se les ha podido garantizar la permanencia en el sistema. Pero, además, hay que considerar que los centros educativos proporcionan, además de educación, seguridad alimentaria y cuidado a muchos niños y niñas y permite a los padres y madres disponer de tiempo para trabajar. Inclusive, en el escenario actual de reapertura del sistema educativo bajo medidas de estricto protocolo, el impacto de la suspensión de las clases —y el escenario de las burbujas escolares— tendrán un impacto más allá de la educación, en la nutrición, el cuidado y la participación de los padres (especialmente de las mujeres) en el mercado laboral **(41)**.

Por otra parte, si bien pandemia ha desnudado la desigualdad educativa y la crisis de aprendizaje, también evidenció el bajo —y en muchos casos nulo— desarrollo de habilidades computacionales del cuerpo docente. Este déficit no solo se da en los niveles de educación primaria, sean de gestión estatal o privada, sino también a docentes universitarios dando cuenta de la profundidad de la crisis educativa. Parte de la invisibilidad de los cuidados se refleja en que, a educadores, personal de salud y otros trabajadores esenciales, se les demanda comportamientos heroicos cuando antes —y durante— se desvaloriza su trabajo cotidiano, no se los remunera de manera adecuada, no se invierte en tecnología ni en capacitación, al tiempo que se ignora cómo resuelven sus propias responsabilidades de cuidado. Lejos del imaginario colectivo, sin clases se multiplicó el trabajo docente en escuelas públicas y privadas, sumado a la inclusión de metodologías hasta entonces desconocidas, provocando desborde, frustración y agobio. Las lógicas son otras, los horarios tam-

(39) LÓPEZ MOURELO, E., "La COVID 19 y el trabajo doméstico en la Argentina", Informe Técnico, Oficina de la OIT en la Argentina, 2020.

(40) CEPAL, "América Latina y el Caribe ante la pandemia COVID 19. Efectos económicos y sociales, Informe especial COVID 19", nro. 1, abril 2020.

(41) CEPAL, "Universalizar el acceso a las tecnologías digitales para enfrentar los efectos del COVID 19. Informe especial COVID 19", nro. 7, agosto 2020.

bién lo son y por caso los grupos de WhatsApp no tienen horarios, borrando las fronteras entre el trabajo y el descanso o las actividades familiares. Un estudio que efectuó entrevistas en profundidad a mujeres docentes muestra una coincidencia total entre maestras y madres respecto de que las familias no están preparadas para acompañar a sus hijos/as con las tareas escolares, con impacto directo sobre la trayectoria escolar, y en el caso de las docentes madres las tensiones se multiplican **(42)**.

Con relación a las acciones informadas por la Mesa Interinstitucional de Cuidados, y dada la suspensión de clases las medidas incluyen la conformación de una submesa integrada por los Ministerios de Educación, Desarrollo Social, Salud, Defensa y Seguridad para garantizar los servicios alimentarios escolares en todas las provincias, incorporando viandas y otras estrategias similares, con un retorno a los bolsones de alimentos y el refuerzo en la tarjeta Alimentar sumado a transferencias extraordinaria de asignación universal por hijo para protección social y por embarazo (AUE). También se creó, como fue señalado, el Programa "Seguimos Educando" que facilita los recursos educativos por medios audiovisuales y la TV pública, y se prolongaron las becas de respaldo a estudiantes argentinos (Progresar) **(43)**.

Un aspecto no menor relacionado con cuidados es el análisis respecto de bajo qué condiciones se realiza y a quiénes afecta. De acuerdo con una encuesta realizada por Unicef Argentina en abril de 2020, el 51% de las mujeres encuestadas telefónicamente declararon sentirse más sobrecargadas por las tareas domésticas y de cuidados. Previo al ASPO se registraba que, en los hogares con jefatura masculina, las mujeres participaban en un 62% en las tareas del hogar versus el 38% de participación masculina, mientras que en la pandemia se registró una participación femenina del 65% versus el 35% por parte de los varones y con mayores diferencias en el caso de hogares con jefatura femenina (78% en las mujeres). Con relación al tipo de tareas, las mujeres han aumentado su participación en la cocción de alimentos, limpieza del hogar y de los productos, mientras que los varones incrementaron su participación para la compra de alimentos y otras necesidades, reproduciendo la división de responsabilidades público/privadas.

En efecto, aquella injusta división de responsabilidades de cuidado preexistente a la pandemia se evidencia en la brecha de participación en el cuidado: el 68% del acompañamiento para la realización de sus tareas escolares estaba concentrado en las mujeres en el caso de los hogares de jefatura masculina, versus un 32% de acompañamiento de los varones, y en una relación de 79% en mujeres contra un 21% de varones en hogares de jefatura femenina. Estas brechas se incrementaron durante la pandemia, ya que pasó de un 73% a un 84% respectivamente para las mujeres **(44)**. Esto se suma el dato impactante que un 87% de niños, niñas y adolescentes que reciben ayuda de la madre en sus actividades y tareas escolares frente a un 22% que recibe esta ayuda del padre **(45)**. En otros términos, el núcleo duro de desigualdad en el tiempo y las tareas se incrementa, sin signos de alarma por parte de los integrantes del hogar, pero sí con síntomas concretos de deterioro en la salud física y mental de las mujeres, que acarrea más angustias y estrés emocional, sin tiempo para descanso y tareas recreativas **(46)**.

Esta encuesta de UNICEF se aplicó en tres oportunidades más, y el último relevamiento entre abril y mayo 2021, que es representativo de la totalidad de NNA que viven en la Argentina, entre otros datos, señala que el 54% de las mujeres entrevistadas mayores de 18 años manifestó que desde el inicio de la pandemia, ha sentido una mayor sobrecarga de las tareas del hogar, en particular respecto de las tareas vinculadas al

(42) CEPAL, "Cuidados y mujeres en tiempos de COVID-19. La experiencia en la Argentina", Documentos de Proyecto, Buenos Aires, 2020.

(43) SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS, "Medidas del Estado argentino para la protección de los derechos humanos durante la pandemia de la COVID-19", Subsecretaría de Protección y Enlace Internacional en Derechos Humanos, 2020.

(44) UNICEF, "Encuesta de Percepción y Actitudes de la Población. Impacto de la pandemia COVID-19 y las medidas adoptadas por el gobierno sobre la vida cotidiana", Buenos Aires, abril de 2020.

(45) *Ibid.*

(46) BOHOSLAVSKY, J. – MARCO NAVARRO, F. – PAUTASSI, L., ob. cit.

cuidado de los hijos e hijas (32%), limpieza de la casa (28%), ayuda con las tareas escolares (26%), preparación de la comida (13%) **(47)**. Por otro lado, en aquellos hogares donde las personas cuentan con empleo y tienen que salir a trabajar, se observan también desafíos con relación a las estrategias de cuidado de niñas y niños. En la mayoría de estos casos, los chicos y chicas quedan a cargo de otra persona adulta conviviente (62%), situación que aumenta en los hogares de jefatura masculina (68%) **(48)**.

A su vez, se destaca que en julio 2020 se sancionó la ley 27.555 que establece el Régimen legal del Contrato de Teletrabajo, con el objetivo de garantizar los derechos laborales de quienes trabajen bajo esta modalidad y modifica la Ley de Contrato de Trabajo en el sentido de que el cambio de la modalidad presencial a la virtual debe ser pactada con la aceptación de la parte trabajadora. Se ratifican los derechos laborales como la mantención de la misma remuneración (de la presencialidad previa), la jornada (derecho la desconexión) (art. 5º) y como especialmente importante se establece el derecho de trabajadores y trabajadoras con niños y niñas a cargo, personas con discapacidad o personas mayores a cargo de pactar un horario laboral acorde con estas responsabilidades familiares y de cuidados (art. 6º). Es decir, es la primera norma durante la pandemia que incorpora y regula el derecho al cuidado. Además, dispone que el empleador debe proveer los accesorios/equipos necesarios y reintegrar los gastos de conectividad. En paralelo, se implementaron licencias especiales para el cuidado de NNA debido a la suspensión de clases para establecimientos educativos en todos los niveles. Por ese motivo, se estableció que se debe otorgar una licencia en el empleo público a padres, madres o tutoras/ es a cargo de niñas, niños o adolescentes que concurran a dichos establecimientos.

Otra de las medidas adoptadas respecto de la preservación de las interacciones familiares se refiere a las disposiciones para niñas y niños cuyos progenitores no residen en el mismo hogar. Se dispuso que se priorice la permanencia de los niños y niñas en el hogar que constituye su centro de vida, habilitando permisos especiales para traslados regulares entre ambas residencias (res. 132/2020 y ss.). Luego se avanzó en medidas para incorporar el esparcimiento y la recreación de NNA (dec. 408/2020), acompañados además con Guías para el acompañamiento de NNA por el personal de salud y para la prevención de contagios en el sistema penal juvenil **(49)**. De mismo modo se dispusieron medidas para facilitar el cuidado intrafamiliar de personas mayores y personas con discapacidad a partir de la modalidad de permisos, programas específicos como en el caso de las personas con discapacidad que se crearon tres, con el objetivo de proveer ayuda económica a hogares y residencias y a talleres protegidos de producción (res. 216/2020), la garantía de la continuidad de las prestaciones y guías de atención y tratamiento durante el COVID para personas con discapacidad.

Finalmente, las situaciones de violencia contra las mujeres no son menores y poco se ha advertido, tanto respecto del ámbito público como privado, que la cuarentena obliga a las mujeres a convivir con sus agresores, y si bien se han adoptados medidas y campañas de prevención, mayor cantidad de vías de denuncia y refuerzos de la línea 144, la sanción del Plan Nacional de Acción contra las violencias por motivos de género **(50)** la violencia no cesa. También se han implementado nuevos programas, como el programa Acompañar **(51)** que implica acciones relevantes; sin embargo, la cuarentena no solo no ha detenido la violencia de género, sino que ha mostrado el carácter estructural de ella **(52)**. De hecho, ha sucedido y se ha expandido a relaciones intrafamiliares también. Y allí valga el

(47) UNICEF, "4ª Encuesta de UNICEF sobre el impacto que la segunda ola de la pandemia COVID-19. Resultados preliminares", Buenos Aires, 2021, p. 41.

(48) *Ibid.*, p. 26.

(49) SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS, ob. cit.

(50) *https://www.argentina.gob.ar/generos/plan_nacional_de_accion_contra_las_violencias_por_motivos_de_genero*.

(51) Programa de acompañamiento para mujeres y personas LGTBI que sufran situaciones de violencia, *https://www.argentina.gob.ar/generos/plan_nacional_de_accion_contra_las_violencias_por_motivos_de_genero/programa-acompanar*.

(52) GHERARDI, N., ob. cit., ps. 497-518.

señalamiento de UNICEF **(53)** al decir que "las niñas y niños son las víctimas ocultas del coronavirus". También de las encuestas surge que NNA estuvieron expuestos a violencia verbal y o por internet, estos últimos reportados por el 16% de los y las adolescentes, a lo cual se suma la exposición no buscada a contenidos obscenos o pornografía, que impactó sobre el 12% de los y las encuestadas **(54)**.

Las medidas expuestas son algunas de las acciones destacadas que se adoptaron durante la cuarentena respecto de los cuidados por parte del gobierno nacional, quedando muchas otras sin exponer. Las provincias, por su parte, adoptaron otras acciones, que en algunos casos fueron más o menos eficaces en evitar los contagios y lograr cuarentenas en mejores condiciones, mientras que en otras provincias y municipios no solo no se pudieron contener, sino que se produjo la circulación de las nuevas variantes del virus. En suma, el ejercicio del derecho al cuidado ha sido disímil a lo largo del territorio. Si bien se avanzó en instalarlo como problemática, pero también como trabajo y derecho, su recepción por parte de la ciudadanía se termina concentrando a nivel individual y no social. Es decir, es necesario enfatizar mucho más y avanzar en que los cuidados son una responsabilidad social que debe ser distribuida. Lo era antes del COVID-19 y lo seguirá siendo, pero poco se evidencia que se esté distribuyendo.

V. Los cuidados y la emergencia. Respuestas integrales

La crisis sanitaria disparada por la pandemia del COVID-19 ha permitido evidenciar como nunca antes lo que significa el cuidado y su centralidad para garantizar la vida, pero también a toda la sociedad, al Estado, a la economía, a las familias y las organizaciones sociales y comunitarias. Esta consciencia sobre lo que significa para nuestras sociedades, paradojalmente, se produce cuando el cuidado se encuentra en crisis, y a su vez, se entronca con la crisis global de la pandemia. Sin embargo, un factor ha quedado claro y es el carácter relacional del cuidado: no solo no podemos subsistir sin cuidados, sino que la pandemia no se puede resolver sin ellos. Sin embargo, la profundidad de la crisis no resiste la advertencia de Fraser **(55)** respecto de que "ninguna sociedad que sistemáticamente debilite su reproducción social logra perdurar mucho", identificando una nueva forma de capitalismo que socava las formas de reproducción social y afecta la sostenibilidad de la sociedad en su conjunto.

Pero la paradoja está precisamente en que, a pesar de esta evidencia, poco hemos hecho durante estos difíciles meses para avanzar en construir una sociedad que asuma los cuidados entre todes. Nos parece un escándalo cómo se han propagando nuevas cepas y variantes del virus, pero no nos detenemos en mirar las responsabilidades individuales y colectivas al respecto, y mucho menos los efectos jurídicos. En otros términos, llama la atención lo poco escandaloso que resulta para la sociedad la concentración de cuidados en las mujeres.

A su vez, los problemas de quienes "no se cuidan" como los de "quienes son cuidados" no se asocian con quien(es) realiza(n) y provee(n) esos cuidados, en qué proporción, bajo qué condiciones y con qué medios e infraestructura. Hoy ninguna persona puede afirmar que no sabe qué es el cuidado, lo ha vivenciado a lo largo de la cuarentena, sin embargo, no se ha avanzado en su distribución, al contrario, y tal como desarrollamos a partir del relevamiento realizado, en muchos casos se ha concentrado aún más en las mujeres. Por otra parte, poco se habla de quienes deben recibir cuidados y respecto del autocuidado las referencias son aún más escasas como derecho, aunque durante la pandemia se produjo un traslado de responsabilidades a que cada individuo se cuide —y mucho— a sí mismo.

Tal como advierte Rodríguez Enríquez **(56)**, en el campo de la política pública las medidas adoptadas operan siempre en un terreno generizado, atravesado por las relaciones asimétricas de género, y dónde las brechas en distintas dimensiones siguen siendo persistentes. En

(53) UNICEF, "Encuesta de Percepción…", ob. cit., p. 6.

(54) UNICEF, "4ª Encuesta…", ob. cit., p. 31.

(55) FRASER, N., "Contradictions of Capital and Care", *New Left Review*, 100 (July-Aug. 2016), 2016, ps. 99-117.

(56) RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, C., ob. cit., ps. 143-158.

consecuencia, sus efectos no son inocuos ni neutrales en términos de género, sino que pueden reducir o ensanchar esas brechas de desigualdad, quedando como interrogante si las dimensiones de género de la pandemia efectivamente han sido consideradas.

No hay nada nuevo ni mucho menos democrático en la pandemia, pero escasamente hemos reflexionado sobre el hecho de que "el riesgo aparecería distinto en una sociedad que estuviera organizada en torno a la referencia al cuidado" **(57)**. La pregunta es si en el escenario pospandemia estamos dispuestos a hacerlo y cambiar los referentes para avanzar concretamente sobre dicha transformación. Pero debe subrayarse que la referencia al cuidado, en tanto trabajo y derecho humano, implica necesariamente una mirada interdependiente.

En efecto, el cuidado es un derecho humano, incorporado además en las regulaciones y normas civiles y de familias, por lo tanto, merece un tratamiento interdependiente. Y esa tarea corresponde a las políticas públicas, pero no se agota en ellas, todos los poderes del Estado, el Poder Legislativo y el Poder Judicial tienen que sumar el cuidado como derecho: el derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado. Y sin duda, faltan referentes centrales como el sector privado, la economía que incorpore el valor y la centralidad de la economía no monetaria, el reconocimiento de las organizaciones sociales y comunitarias como proveedoras de cuidados, generando las condiciones para que puedan desarrollarlo en el marco de igualdad. Y claro está un actor históricamente ausente y directamente responsable es el varón, los varones. Hasta que ellos no asuman estas responsabilidades pocos cambios se lograrán.

Las medidas analizadas que se adoptaron y que permitieron contener la crisis, establecer acciones preventivas oportunas y preparar, con enormes esfuerzos fiscales y territoriales, al sector salud a lo largo del país y la circulación de las vacunas, sin duda que marcan un escenario diferente. La posibilidad de discutir la creación de un sistema de cuidados en igualdad, con perspectiva de género y federal, también augura un avance notable y sumamente valioso.

Sin duda que ese buen augurio presenta matices que refieren a efectos que deja la pandemia y que establecen "nuevas urgencias" como el desempleo, la recesión económica, el hambre, la falta de viviendas, el cambio climático, la presión del endeudamiento externo, argumentos de peso que generalmente terminan inclinando la balanza de la política muy lejos de la garantía interdependiente de derechos. Lejos de construir un argumento que contraste urgencia con universalidad, protección especial *versus* desprotección, asistencialismo versus universalidad, economía o salud, y mucho menos economía o cuidados, a lo largo del artículo he buscado advertir que todo escenario pospandemia requiere de un compromiso político, económico y social activo y corresponsable en torno a los cuidados.

Tampoco se debe caer en falsos dilemas como los señalados, porque precisamente sin cuidados —de calidad y con estándares de derechos humanos— no se garantiza la vida y no hay sistema económico ni sociedad que resulte viable. Obviamente que la promoción de pactos sociales, económicos, ecológicos y políticos no se agota en el cuidado, sino que se debe considerar también diversas transformaciones que tengan como eje la equidad y justicia intergeneracional, intercultural y de género y diversidades, sumado a una fuerte interpelación a los sistemas capitalistas y extractivistas, en el marco de esfuerzos por transformar las instituciones, la justicia, la política y el orden patriarcal. Es hora de comenzar la tarea.

(57) TRONTO, J., "¿Riesgo o cuidado?", Ed. Fundación Medife, Buenos Aires, 2020, p. 32.

El derecho a la salud de las personas con discapacidad en tiempos de pandemia

Actuación de las curadurías oficiales de la provincia de Buenos Aires

Ana Carolina Santi (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La tutela del derecho a la salud de las personas con discapacidad en tiempos de pandemia.— III. La actuación de las curadurías oficiales del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires.— IV. Conclusión.

I. Introducción

Se menciona en el tercer párrafo del Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que "con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos" **(1)**.

Los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) conforman el universo de derechos humanos que tienen como objetivo la tutela de las condiciones básicas para vivir dignamente. Entre otros, se incluyen aquí los derechos del trabajo, la seguridad social, la salud, la educación, la alimentación, el agua, la vivienda, un medio ambiente adecuado y la cultura.

En el caso específico de las personas con discapacidad, el art. 4º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), establece: "2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional" **(2)**.

Esta especial protección de los derechos de las personas con discapacidad resulta particularmente importante en este tiempo en que la crisis sanitaria y económica que aqueja al mundo entero deja al descubierto la situación de mayor

(*) Abogada, especialista en Derecho de Familia; profesora asociada de la materia Derecho Civil V (UCALP); profesora titular de la especialización en Derecho de Familia UCALP, UNLP y UCASAL; curadora general de la provincia de Buenos Aires.

(1) *https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx.*

(2) Tanto la Convención de los Derechos de la Personas con Discapacidad como su Protocolo Facultativo fueron ratificados por nuestro país por ley 26.378 y han sido elevados a rango constitucional por la ley 27.044.

vulnerabilidad en que se encuentran y la imperiosa necesidad de atender sus requerimientos.

En el presente trabajo, trataré someramente la tutela del derecho a la salud de las personas con discapacidad en el marco de la pandemia.

II. La tutela del derecho a la salud de las personas con discapacidad en tiempos de pandemia

La obs. gral. 5 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dedicada a las personas con discapacidad, comienza: "La comunidad internacional ha subrayado a menudo la importancia central del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en relación con los derechos humanos de las personas con discapacidad". Por eso, el examen de la aplicación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos, hecho por el secretario general en 1992, llegaba a la conclusión de que "la discapacidad está estrechamente vinculada con los factores económicos y sociales", y que "las condiciones de vida en vastas zonas del mundo son tan sumamente precarias que la atención de las necesidades básicas de todos, es decir, alimentación, agua, vivienda, protección de la salud y educación, debe ser la piedra angular de los programas nacionales (…). Incluso en países que poseen un nivel de vida relativamente elevado, a las personas con discapacidad se les niega a menudo la oportunidad de disfrutar de toda la gama de derechos económicos sociales y culturales que se reconocen en el Pacto" **(3)**.

En la misma obs. gral., punto 9, se señala: "en el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación [de realización progresiva] consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente".

Esta observación, que data del año 1994, conserva plena vigencia pues si bien han existido avances en diversos ámbitos, la situación de las personas con discapacidad sigue siendo acuciante en lo que hace a la protección de sus derechos al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda, a la alimentación, a la educación, a un medio ambiente adecuado, entre otros allí referidos.

A su vez, la obs. gral. 19 (2007) del mismo Comité, en modo certero y esencial incluye la necesidad de brindar ayuda también a la familia que posee en su seno una persona con discapacidad, precisando en el punto 20: "En la observación general Nº 5 (1994) sobre las personas con discapacidad, el Comité insistió en la importancia de prestar apoyo suficiente a los ingresos de las personas con discapacidad que, debido a su condición o a factores relacionados con la discapacidad, hubieran perdido temporalmente o hubieran visto reducidos sus ingresos, se les hubieran denegado oportunidades de empleo o tuvieran una discapacidad permanente. Ese apoyo debe prestarse de una manera digna y debe reflejar las necesidades especiales de asistencia y otros gastos que suele conllevar la discapacidad. El apoyo prestado debe extenderse también a los familiares y otras personas que se ocupan de cuidar a la persona con discapacidad".

Con ello, en el año 2008, al ratificar nuestro país la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, mediante la ley 26.378 y con jerarquía constitucional a través de la ley 27.044, han quedado precisados los derechos de las personas con discapacidad en el amplio universo de los derechos humanos, en consonancia con lo dispuesto en los arts. 42 y 75, inc. 23, de la CN.

Por otra parte, la ley 26.657 —Ley de Salud Mental— en el año 2010 recepta y describe una serie de derechos de las personas con padecimientos mentales que conforman un piso mí-

(3) Obs. gral. 5 del Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, disponible en *https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN5.*

nimo y de orden público **(4)**, y que constituyen una aplicación concreta de los instrumentos generales de derechos humanos. Particularmente, el capítulo IV de la ley contempla, entre otros, el derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos; a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe.

Menciono estos —de entre muchos otros instrumentos— debido a que durante este tiempo de pandemia que ha azotado con toda crudeza a la humanidad entera, las personas con discapacidad se han visto expuestas a una situación de mayor gravedad y ha cobrado especial relevancia el derecho de acceso a la atención de la salud.

Se afirmaba en el informe de la OMS labrado en el mes de marzo de 2020, que las personas con discapacidad se encuentran en condiciones más propicias de contraer la enfermedad debido a la existencia de ciertos obstáculos que se les presentan, tales como: dificultades para el acceso e implementación de algunas medidas básicas de higiene, como por ejemplo, el lavado de las manos cuando los lavabos son físicamente inaccesibles, o cuando las personas poseen dificultades físicas para frotarse bien las manos; dificultades para mantener el distanciamiento social debido a la necesidad de apoyo adicional que necesitan, o bien porque las personas se pueden encontrar institucionalizadas; dificultades para acceder a la información de salud pública. Por otra parte, se advertía que las personas con discapacidad pueden correr un riesgo mayor de enfermar de gravedad si contraen la infección debido a los problemas de salud preexistentes que subyacen a la discapacidad y a los obstáculos para el acceso a la atención de salud **(5)**. En el mismo informe ya se aportaba información muy valiosa para trabajar en la prevención del daño que pudieran sufrir.

Asimismo, el Comité Interamericano de Derechos Humanos ha precisado en la res. 4/2020: "Las decisiones relativas a la salud y cuidado de las personas con COVID-19, deben adoptarse e implementarse sin ningún tipo de discriminación arbitraria basado en alguno de los motivos reconocidos en los estándares internacionales de derechos humanos; esto debe ser particularmente considerado respecto a ciertos colectivos, como las personas mayores o las personas con discapacidad. Una diferencia de trato es contraria al derecho internacional cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. Ello es aplicable, incluso en el tratamiento médico respecto de las personas que tienen condiciones médicas o enfermedades que hayan sido ocasionadas o se vean agravadas por la propia afectación por el virus" **(6)**.

Es por tal razón que en este tiempo han sido varios los precedentes jurisprudenciales que se han ocupado de otorgar protección a quienes se encuentran en especial situación de vulnerabilidad en razón de su discapacidad.

Puede citarse, por ejemplo, un caso de una acción promovida desde la Defensoría de Menores e Incapaces contra Incluir Salud CABA, a fin de que se provea la totalidad de los insumos necesarios para el cumplimiento del protocolo de intervención para hacer frente al COVID19 detallado por el hogar "Promover" donde se encontraba internada una persona con discapa-

(4) Art. 1º: "La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

(5) Puede verse el informe en español en *https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52026/OPSNMHCOVID19200009_spa.pdf?sequence=5&isAllowed=y.*

(6) CIDH, res. 4/2020 sobre los derechos humanos de las personas con COVID-19 del 27/07/2020, en *https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Resoluci%C3%B3n%20N%C2%BA%204.2020.%20Derechos%20Humanos%20de%20las%20personas%20con%20COVID-19.pdf.*

cidad. Dichos insumos fueron señalados por la institución conforme al siguiente detalle: 2 litros de alcohol líquido y 2 litros en gel; 90 unidades de barbijos quirúrgicos; 2 máscaras de protección y 2 antiparras; 30 camisolines descartables y 10 hidrorrepelentes; 1 *pack* de cofias y otro de cubrecalzados y 2 cajas de guantes de látex). En su defecto, se dispuso la entrega directa de una partida dineraria de $12.738 para su adquisición.

La Cámara Nacional de Apelaciones, sala G, confirmó el fallo de primera instancia que hizo lugar a lo solicitado, destacando entre los fundamentos que "el derecho a la salud que tiene conocido soporte constitucional", y que "la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado reiteradamente el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y destacó la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las legislaciones locales, las obras sociales o las entidades de las llamada medicina prepaga (Fallos 321:1684; 323:3229, considerando. 16; 324:772: y 677). Ello, en concordancia con las normas internacionales de raigambre constitucional (ver: art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional art. 5º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 6º, 12 y cc. de la Convención sobre Derechos del Niño; art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 24 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 10 inc. 3º; art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y arts. 10, 17, 25, 26 y 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)".

Asimismo, recordó que la ley 26.657 de Salud Mental, de orden público, establece que los servicios y efectores de salud públicos y privados, cualquiera sea la forma jurídica que tengan, deben adecuarse a los principios establecidos en ella (art. 6º), y reconoce, entre otros, el derecho a recibir atención sanitaria, social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud (art. 7º, inc. a]).

Finalmente, concluyó que "[e]l Estado Nacional, garante primario de tal sistema (Fallos 327:2127), ha asumido compromisos internacionales explícitos orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud, y dicha obligación se extiende a sus subdivisiones políticas (Fallos 323:3229) y otras entidades públicas que participan igualmente en la preservación de la sanidad de la ciudadanía. En tal sentido, la ley 23.661 creó un sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, 'a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica' (Fallos 328:1708). Y en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el art. 20 de su Constitución garantiza el derecho a la salud integral y establece que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria. En fin, es impostergable la obligación de la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas" **(7)**.

Por otra parte, resulta interesante otro caso reciente en que el hermano de una mujer con discapacidad por autismo con deterioro neurológico severo, se presentó en el marco del proceso de determinación de su capacidad y solicitó que se disponga su urgente vacunación debido a que la persona en cuestión no podía expresarse de ninguna forma —ni por palabras, ni por gestos, ni por balbuceos— y presentaba una discapacidad que acrecentaba su riesgo al contagio de COVID. En el caso, la Jueza a cargo del Juzgado Nacional Civil Nº 23, ha resuelto: "Corresponde hacer lugar a la acción entablada y, en consecuencia, requerir al Ministerio de Salud de CABA que arbitre los medios necesarios a fin de garantizar dentro de los cinco días de notificado, de manera prioritaria y con carácter de muy urgente, la vacunación de la causante, quien se encuentra alojada en un Hogar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello es así, en virtud de que se encuentra internada en una residencia de larga estancia; posee una grave disca-

(7) CNCiv., sala G, 5/06/2020, disponible en *https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20200713103406340/medidas-autosatisfactivas-personas-con-discapacidad-coronavirus-derecho-a-la-salud-ley-26-657*, IUSJU000967F.

pacidad que le impide a sí misma comunicar cualquiera de los síntomas de COVID —lo que pone aun en mayor riesgo su vida frente a la mayor posibilidad de enfermarse—; que su estado es sumamente delicado y requiere una especial atención por parte de quienes están llamados a proteger y garantizar sus derechos; que obra en la causa un certificado emitido por su médico tratante, del cual surge que se encuentra en condiciones de recibir la vacuna contra el COVID-19 según los instructivos del Ministerio de Salud Pública de la Nación; el Sr. curador y su hermano han prestado expresamente su consentimiento; lo dictaminado por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces y lo dispuesto por la Convención de las Personas con Discapacidad, las '100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad', el Estatuto del Juez Iberoamericano, art. 75 y cctes. de la Constitución Nacional la Declaración de la Corte IDH 'COVID-19 y Derechos Humanos', del 9-4-20, la 'Actualización de los lineamientos técnicos - Campaña Nacional de Vacunación contra la COVID-19', del 26-3-21, y el 'Plan estratégico para la vacunación contra la COVID-19 en la República Argentina', del 20-12-20" **(8)**.

III. La actuación de las curadurías oficiales del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires

En un trabajo anterior se ha descripto con mayor detalle la actuación de las curadurías oficiales de la provincia de Buenos Aires y de la curaduría general **(9)**, pero en líneas generales, el sistema de curadurías oficiales del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires está conformado por catorce curadurías zonales o departamentales **(10)**, a cargo un curador o una curadora oficial, un equipo interdisciplinario de profesionales (abogados, contadores, asistentes sociales) y el personal administrativo que resulta el soporte necesario para el desarrollo del trabajo.

La actuación de una curaduría oficial comienza, en cada caso, a partir de una designación judicial que establece el alcance de su labor, conforme a las circunstancias concretas de la persona, y pueden ejercer su función también en forma conjunta y coordinada con otras personas o instituciones (tal lo autorizado por el art. 38, Cód. Civ. y Com.), conformando una red de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona determinada.

Las catorce curadurías son coordinadas por la curaduría general, que se ocupa también de la generación de acuerdos interinstitucionales para una mejor asistencia de las personas, conforma el plenario del órgano de revisión local y posee una Dirección de Salud Mental que asiste a las curadurías locales, atiende dos casas de convivencia y un dispositivo de prealta, entre otras funciones.

En el marco de la pandemia generada por el COVID-19, se ha realizado desde todo el sistema de curadurías un enorme esfuerzo. Entre otras acciones, se ha profundizado la comunicación a través de medios telemáticos a la par de continuar con la atención presencial diaria en las sedes de las curadurías —que no han cerrado, sino que han organizado turnos de atención, con aplicación de estrictos protocolos, por resultar un servicio esencial—. Se han modificado los circuitos habituales de

(8) JNCiv. Nº 23, 14/04/2021, "N. N. s/ determinación de la capacidad", 60.719, ED del 23/04/2021, con nota de Silvia Marrama en ED del 23/06/2021.

(9) SANTI, Ana C. – GIOVANNETTI, Patricia S., "Derechos de personas con capacidad restringida o incapacidad: El rol de las curadurías de la Provincia de Buenos Aires", en *Unidad en la Diversidad*, vol. II - Sistema Orgánico, 09/12/2020, Ed. IJ, cita IJ-CMXXV-574.

(10) Las curadurías oficiales de la provincia de Buenos Aires son las siguientes: 1) Curaduría Oficial del Departamento Judicial Azul; 2) Curaduría Oficial del Departamento Judicial Bahía Blanca; 3) Curaduría Oficial del Departamento Judicial Dolores; 4) Curaduría Oficial del Departamento Judicial Junín; 5) Curaduría Oficial del Departamento Judicial La Plata; 6) Curaduría Oficial de los Departamentos Judiciales de Lomas de Zamora y Avellaneda-Lanús; 7) Curaduría Oficial de los Departamentos Judiciales de Mar del Plata y Necochea; 8) Curaduría Oficial de los Departamentos Judiciales de Mercedes y Moreno-General Rodríguez; 9) Curaduría Oficial de los Departamentos Judiciales de Morón y La Matanza; 10) Curaduría Oficial del Departamento Judicial Quilmes; 11) Curaduría Oficial de los Departamentos Judiciales de San Isidro y Zárate-Campana; 12) Curaduría Oficial del Departamento Judicial San Martín; 13) Curaduría Oficial de los Departamentos Judiciales San Nicolás y Pergamino y 14) Curaduría Oficial del Departamento Judicial Trenque Lauquen.

asistencia, se ha garantizado el pago de los beneficios previsionales, se han comprado celulares a los usuarios que no contaban con ellos y que tenían medios para adquirirlos y se han utilizados teléfonos de referentes, familiares y dueños de hogares y pensiones para mantener un contacto fluido.

Asimismo, se han realizado tareas de prevención para evitar contagios a través de la exposición de cartelería en las dependencias y la explicación sencilla de los modos de cuidado aconsejados por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires. Por otra parte, se ha realizado un relevamiento de todas las personas asistidas por las curadurías que querían anotarse para la recibir la vacuna contra el COVID-19 inscribiendo, desde las dependencias, a quienes no contaban con medios para hacerlo o requerían apoyo para ello.

En lo relativo a la salud y entre muchísimas intervenciones judiciales en pos de la mejor asistencia de las personas, pueden mencionarse algunos antecedentes:

En Mar del Plata y en materia de salud, puede citarse un caso de una persona asistida por la curaduría oficial, que requería la cobertura de servicios médicos y de acompañante terapéutico para poder continuar desarrollándose con la mayor autonomía posible **(11)**. La jueza de primera instancia ordenó a PAMI en carácter de medida cautelar genérica, la cobertura de los servicios prestados por la Asociación Integradora de Personas con Padecimientos Psíquicos (AIPE), bajo la modalidad de centro de día; y el pago de los honorarios de acompañante terapéutico en favor del causante.

Para así decidir, argumentó con base en el superior interés del paciente con padecimientos mentales, su mayor indefensión y vulnerabilidad, que exigen un lugar predominante en la protección jurídica y que la medida, está orientada al mejoramiento de la calidad de vida de dicha persona y el restablecimiento de su derecho a la salud integral.

La Cámara de Apelaciones, para confirmar el fallo, alegó: "Existe en nuestro ordenamiento jurídico positivo un completo sistema de tutela de las personas con discapacidad, que tiene su vértice en la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, en especial, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) aprobada por ley 26.378 (BO 09/06/2008), la ley 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental (LSM) (BO 03/12/2010), la ley 24.901 (BO 05/12/1997) que estableció el Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, el Código Civil y Comercial de la Nación y los ordenamientos procesales. Sus derechos están protegidos de modo preferente y el estado, a través de todos sus poderes y organismos debe promover medidas de acción positiva para garantizar su concreta, real y efectiva tutela (art. 75 inc. 23, *in fine* de la Constitución Nacional); esas medidas de fondo se completan e integran con una tutela procesal diferenciada (BERIZONCE, Roberto O., 'Normas procesales del Código Civil y Comercial de la Nación. Personas con capacidades restringidas', LA LEY 2015-C, 735; Revista de Derecho de Familia y de las Personas, noviembre de 2015, pág. 175)".

Asimismo, y luego de realizar un excelente análisis de la normativa aplicable, recordó que "La ley 24.901, cuyas disposiciones invocó el Sr. Curador Oficial departamental al contestar los agravios, es clara en cuanto a las prestaciones básicas de atención integral que las entidades comprendidas en el art. 1 de la ley 23.660 tienen a su cargo respecto a sus afiliados con discapacidad (arts. 1º y 2º), entendiendo por tales, a aquellos que padezcan una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral (art. 9 que remite al art. 2 de la ley 22.431)".

"Por otra parte, el art. 18 determina que las prestaciones asistenciales son las que tienen por finalidad la cobertura de los requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (hábitat, alimentación, atención especializada) a los que se accede de acuerdo con el tipo de discapacidad y situación socio familiar que posea el demandante. Comprenden sistemas al-

(11) CCiv. y Com., sala II, "F. F. s/ determinación de la capacidad jurídica s/ cuadernillo art. 250 CPCC", exp. 171743.

ternativos al grupo familiar a favor de las personas con discapacidad sin grupo familiar o con grupo familiar no continente".

En otro supuesto de la misma Curaduría Oficial, en el que a un asistido en plena pandemia se le dejó de suministrar la medicación para su tratamiento por parte de Incluir Salud, el señor curador oficial, en el marco del Proceso de Determinación de la Capacidad, requirió que se ordenara al titular del Programa Federal Incluir Salud, a la ANDIS (Agencia Nacional de Discapacidad) y a la Superintendencia de Servicios de Salud, dar cumplimiento con la entrega íntegra e inmediata de la medicación para el tratamiento farmacológico de la patología de base de la señora A. M. R., bajo apercibimiento de intervención a la justicia penal por el delito de desobediencia de una orden judicial.

En la primera instancia se hizo lugar a lo solicitado y, apelada la sentencia por la Agencia Nacional de Discapacidad, la Excma. Cámara de Apelaciones de Necochea confirmó el fallo.

En su decisión, la Cámara detalló que los ingresos de la señora A. M. R. responden a la Pensión No Contributiva de ANSES que percibe y que cuenta con la cobertura médico asistencial Incluir Salud y afirmó: "Es que se está ante la presencia de un Programa de Salud Federal consensuado con la máxima autoridad sanitaria de las distintas jurisdicciones, las que, en definitiva, son las responsables primarias de la atención sanitaria y asistencial de la población que reside dentro de sus límites territoriales, es decir, de la gestión del programa, a través de la Unidad de Gestión Provincial (UGP). El Estado Nacional, en tanto, tiene a su cargo la asistencia financiera y velar por el cumplimiento de las obligaciones comprometidas por las provincias. Tal como se expuso, es la Provincia la obligada en primer término a otorgar la cobertura integral, sin embargo el Estado Nacional tiene el rol de rectoría y garante en subsidio de tales prestaciones. En materia de derechos económicos, sociales y culturales, como es el derecho de obtener del Estado una prestación de tratamiento médico, este se ha comprometido a adoptar las providencias para lograr la plena efectividad de los mismos, en la medida de sus recursos disponibles (conforme surge de los tratados internacionales), para los verdaderos destinatarios de su responsabilidad subsidiaria, que son los carenciados y los enfermos sin cobertura".

A su vez, añadió que, "siendo función específica de la misma agencia efectuar un contralor sobre prestaciones efectuadas por la provincia (ver clausula novena, Adenda del Convenio Marco Vigente —compromiso de trabajo periódico 2019—), no puede argüir la descentralización de su programa para contrariar sus propios fines pues su responsabilidad como garante final de la vida y la salud de la señora A. M. R., le imponen suplir dicho incumplimiento mediante acciones positivas destinadas a lograr la provisión del medicamento debido" **(12)**.

Finalmente, en otro supuesto iniciado a instancias del curador oficial del Departamento Judicial Bahía Blanca, por fallo de la Excma. Cámara, que revocó el fallo de primera instancia, se ordenó cautelarmente la afiliación a PAMI de otra persona asistida por la Curaduría Oficial y la baja de la pensión no contributiva de la Agencia Nacional de Discapacidad **(13)**. En sus fundamentos, se destaca: "Tratándose aquí del derecho a la salud de una persona con un proceso de determinación de la capacidad jurídica en trámite —derecho que desde el punto de vista normativo se encuentra reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional—, y siendo que de las constancias obrantes en autos se evidencia no solo la necesidad de contar con la requerida afiliación sino el derecho de la Sra. M. de obtener la cobertura, corresponde que se haga lugar al pedido de oficios dirigidos a la inmediata afiliación de la nombrada".

"Es que hallándose la causante internada en el Hospital Penna, en condiciones clínicas para ser otorgada su alta médica y no contando con un medio alternativo que garantice los cuidados mínimos adecuados que requiere la atención de la patología que porta dada la carencia de familiares que puedan brindarle cobijo, lo que con-

(12) CCiv. y Com. Necochea, 15/9/2020, "R., A. M. s/ determinación de la capacidad jurídica", expte. 12.335.

(13) CCiv. y Com. Bahía Blanca, sala II, 14/5/2021, "M., T. H. s/determinación de la capacidad jurídica", expte. 155235.

llevará la continuidad de su estadía hospitalaria por tiempo indefinido en el actual contexto de pandemia, con los riesgos que ello implica para su vida, la imperiosa necesidad de que cuente con un lugar que haga posible su inmediata externación requiere la adopción de medidas urgentes, y no es otro sino el juez del proceso de capacidad que la involucra quien se encuentra facultado para dictar a título cautelar los decretos necesarios para la protección de la persona y bienes de la Sra. M. (arts. 34 y 36, CCyC)".

"Por otra parte, la imposibilidad de afiliación a PAMI informada por dicho organismo, derivada de la existencia de pensión no contributiva que beneficia a la causante, torna procedente no solo el libramiento del oficio a Agencia Nacional de Discapacidad para que tome nota del pedido de su baja, como así también de idéntica comunicación a PROFE, sino que es menester poner ello en conocimiento de PAMI a los efectos de que se provea inmediata cobertura social a la causante de autos, a título de medida cautelar, hasta tanto el sistema informático registre la referida baja y se allegue al INSSJP la copia del recibo de haberes".

"No cabe duda que resulta necesario custodiar y garantizar la efectiva aplicación de los derechos constitucionales sobre los cuales existe una preeminencia del derecho a la vida, a la salud y a la integridad física de la personas más allá de las reglamentaciones legales y protocolares. La tutela judicial efectiva, cuyo contenido es muy amplio, comprende, entre otros derechos, 'la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas' (v. Panigadi, Mariela, Título VIII 'Procesos de Familia', Cap. 1 'Disposiciones generales' en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Directores: Rivera, Julio César y Medina, Graciela, Coordinador: Esper, Mariano, Primera Edición, La Ley, Buenos Aires, 2014, Tomo II, comentario art. 706, pág. 634)".

Estos antecedentes dan cuenta de una pequeña parte del trabajo continuo que se realiza en pos de garantizar a las personas con padecimiento mental el goce de los derechos que son inherentes a su dignidad.

IV. Conclusión

Este tiempo de pandemia en nuestro país resulta particularmente difícil para las personas que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.

Las curadurías oficiales del Ministerio Público se encuentran trabajando en pos de conseguir el máximo bienestar posible para las personas respecto de las cuales han sido designadas judicialmente como curadores o sistemas de apoyo, en medio de innumerables dificultades que no pueden desconocerse y que son comunes, en muchos casos, a otras reparticiones del Poder Judicial —la escasez de recursos humanos frente al cúmulo de causas, la situación de extrema pobreza de las personas asistidas, las grandes distancias propias de la extensión de la provincia de Buenos Aires, el trabajo con protocolos de salud para no descuidar al personal, etc.—, pero con la convicción de la necesidad de trabajar con la mayor entrega en pos de que las personas con capacidad restringida o incapacidad puedan ejercer, con la mayor autonomía posible, sus derechos.

Parafraseando una excelente reflexión de Salvioli, el norte que guíe las acciones de cada persona que integra un cuerpo de decisión —y agrego: que integra un organismo que debe procurar especial protección de los derechos de personas en situación de vulnerabilidad— no puede ser otro que contribuir a mejorar el disfrute y garantía de los derechos y libertades para todas las mujeres y todos los hombres. "La perspectiva pro persona y sus elementos también tienen que ser el criterio hermenéutico por excelencia que guíe a toda la política pública del Estado, incluida naturalmente la función judicial. El fin del Estado es respetar y garantizar de la mejor manera los derechos humanos de todas las personas sometidas a su jurisdicción, y eso debe cumplir cada persona que cumple funciones dentro del mismo; nada más, y nada menos" **(14)**.

(14) SALVIOLI, Fabián, "La 'perspectiva *pro persona*': el criterio contemporáneo para la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos", SJA del 31/01/2018, 134, AP/DOC/1222/2017.

Salud sexual reproductiva y no reproductiva en pandemia: recomendaciones de CEPAL y UNFPA

Laura Cantore (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La pandemia en América Latina.— III. Salud sexual y reproductiva en pandemia: recomendaciones internacionales.— IV. Las medidas del Estado argentino para la protección de la salud sexual reproductiva y no reproductiva.— V. Epílogo.

I. Introducción

El 11/03/2020 la Organización Mundial de la Salud —en adelante, OMS— reconoce la pandemia de COVID-19 identificado en diciembre de 2019 en la ciudad de Wuhan, capital de la provincia de Hubei, en la República Popular China, al reportarse casos de un grupo de personas enfermas con un tipo de neumonía desconocida. La mayoría de lxs afectados estaban vinculados de alguna manera con trabajadorxs del mercado mayorista de mariscos de Huanan. En paralelo surgieron teorías sobre su origen. En febrero de 2021 el director general de la Organización Mundial de la Salud, Tedros Adhanom Ghebreyesus **(1)** afirmó que todas las hipótesis sobre los orígenes del COVID-19 permanecen abiertas, tras sus conversaciones con los miembros del equipo de investigación sobre los hallazgos durante su visita a China.

Para comprender la dimensión del problema, es muy gráfico el texto de Ignacio Ramonet **(2)**, director de *Le Monde Diplomatique*, que dijo: "Todo está yendo muy rápido. Ninguna pandemia fue nunca tan fulminante y de tal magnitud. Surgido hace apenas cien días en una lejana ciudad desconocida, un virus ha recorrido ya todo el planeta y ha obligado a encerrarse en sus hogares a miles de millones de personas. Algo solo imaginable en las ficciones posapocalípticas... A estas alturas, ya nadie ignora que la pandemia no es solo una crisis sanitaria. Es lo que las ciencias sociales califican de 'hecho social total', en el sentido de que convulsa el conjunto de las relaciones sociales, y conmociona a la totalidad de los actores, de las instituciones y de los valores".

II. La pandemia en América Latina

Si bien sabemos que es necesario generar inmunidad en el mundo entero para evitar la propagación del virus y sus variantes, vale la pena observar algunas investigaciones sobre salud sexual en nuestro continente.

Durante la pandemia de COVID-19, el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos se vio afectado por la magnitud de la crisis sanita-

(*) Abogada; doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC); posdoctorada en Géneros (UCES), profesora asistente de Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho; investigadora SECyT/CIJS (Fac. de Derecho – UNC); presidenta de la Fundación Una Puerta.

(1) "OMS: Todas las teorías sobre origen del COVID-19 siguen sobre la mesa", *Voz de América,* 12/02/2021, disponible en *https://www.vozdeamerica.com/coronavirus/oms-todas-las-teorias-sobre-origen-del-covid19-siguen-sobre-la-mesa*.

(2) RAMONET, Ignacio, "La pandemia y el sistema-mundo", 25/04/2020, disponible en *https://mondiplo.com/la-pandemia-y-el-sistema-mundo.*

ria y humanitaria y por sus graves efectos económicos y sociales, incluidas las dificultades de acceso a los servicios públicos, y se prevé que esta situación continuará en el futuro próximo. Tanto los hospitales como los centros de atención primaria han debido priorizar la prevención de la propagación del virus o directamente la atención de las personas contagiadas con distintos niveles de gravedad, en un contexto de conocida debilidad de los sistemas de salud para responder adecuadamente a las necesidades de la población (CEPAL/OPS, 2020).

De los informes "atención en salud sexual y reproductiva y planificación familiar durante la emergencia sanitaria por la COVID-19 en América Latina y el Caribe" **(3)** y "Los riesgos de la pandemia de COVID-19 para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres" **(4)**, elaborado por la División de Asuntos de Género de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en colaboración con la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) surge que

la experiencia de América Latina y el Caribe en relación con la epidemia del virus de Zika **(5)** muestra que, en épocas de crisis, los recursos asignados a los servicios de salud suelen concentrarse en las medidas de respuesta, lo que en este caso podría derivar en la reducción de los recursos destinados a la salud sexual y reproductiva (Care/ONU-Mujeres, 2020), así como a los programas y las acciones preventivas que son fundamentales en este campo.Las mujeres son particularmente vulnerables a los efectos de la crisis socioeconómica generada por la pandemia y por las medidas adoptadas para su contención: disminución de los ingresos, la salida del mercado laboral y el aumento del desempleo profundizan la desigualdad de género que las afecta históricamente. Esto se traduce en dificultades para su desplazamiento a los centros de salud y la adquisición de insumos necesarios. Los cuidados no remunerados aumentan exponencialmente para ellas, puesto que son ellas quienes mayoritariamente se han hecho cargo de la atención de niños, niñas y adolescentes en los hogares desde la suspensión de las actividades educativas y asumido la centralidad de las tareas reproductivas en el confinamiento, a lo que se suma el cuidado de las personas mayores y enfermas de su entorno **(6)**. Ello aumenta su pobreza de tiempo y disminuye sus posibilidades de acudir a servicios de atención de salud sexual y reproductiva.

Las brechas en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en la región se acentúan en la pandemia y, dadas las dificultades para el acceso a una atención pertinente, oportuna y de calidad en salud sexual y reproductiva, el retroceso es inminente.

Aumentan embarazos, se incrementa la mortalidad materna, disminuye la cobertura de los servicios de salud sexual y reproductiva que se expresa en la reducción del número de controles prenatales y partos en centros de salud atendidos por personal calificado, así como del acceso a servicios de orientación y planificación familiar; según la OPS, los datos disponibles hasta el momento sugieren que las mujeres embarazadas tienen un mayor riesgo de desarrollar una forma grave de COVID-19 que, en algunos casos, podría llevar a la muerte **(7)**.

(3) Atención en Salud Sexual y Reproductiva y Planificación Familiar durante la emergencia sanitaria por la COVID-19 en América Latina y el Caribe. 28/04/2020, disponible en *https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/3-Covid-SSRyPF_ESP%20%281%29.pdf.*

(4) "Los riesgos de la pandemia de COVID-19 para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres", diciembre 2020, disponible en *https://www.cepal.org/es/publicaciones/46483-riesgos-la-pandemia-covid-19-ejercicio-derechos-sexuales-reproductivos-mujeres.*

(5) *Ibid*.

(6) CEPAL, Informe de la XIV Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe (LC/CRM.14/7), Santiago, agosto 2020b.

(7) OPS, Consecuencias socioeconómicas del embarazo en la adolescencia en seis países de América Latina y el Caribe: implementación de la metodología para estimar el impacto socioeconómico del embarazo y la maternidad en adolescentes (Milena) en Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Paraguay, Nueva York. 2020b), "Directora de la OPS advierte sobre interrupciones en servicios de salud esenciales debido a la COVID-19", Washington, D.C., 4 de agosto [en línea] *https://www.paho.org/es/noticias/48-2020-directora-ops-advierte-sobre-interrupciones-servicios-salud-esenciales-debido*. 2020a.

Esta situación contraviene los compromisos contraídos por varios países, en el primer caso mediante la creación de programas públicos (Argentina, Chile, Colombia, Cuba, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela, entre otros) y en el segundo mediante la implementación de leyes contra la violencia obstétrica (Venezuela —2007—, Argentina —2009—, México —2014—, Brasil —2017— y Uruguay —2017—).

Las dificultades de acceso a métodos anticonceptivos probablemente volverán a aumentar a los niveles registrados hace una década.

La pandemia y las medidas tomadas para contenerla pueden limitar el acceso de las mujeres a los métodos anticonceptivos modernos tanto en el sector público como en el privado.

El avance en el control del VIH/Sida logrado en la región en los últimos años puede retroceder debido a la falta de acceso a los medicamentos y a la disminución de los servicios de detección y consejería. Esto también puede retroceder con motivo de la pandemia produciéndose en cambio un incremento de conductas discriminatorias

Es posible que se produzca una disminución de servicios legales de interrupción voluntaria del embarazo pues han disminuido sus atenciones debido a la reasignación de recursos presupuestados (infraestructura, personal y recursos financieros) a las acciones vinculadas con el control y la atención de la población afectada por el COVID-19.

En el 30% de los países se han adoptado medidas de diverso alcance para mitigar un eventual deterioro en la atención de salud sexual y reproductiva de las mujeres, a pesar de que las mujeres representan el 72,8% de las personas ocupadas en el sector de salud en la región, las medidas públicas para enfrentar la pandemia se han definido en instancias de toma de decisiones en las que su presencia es escasa, y consisten mayormente en directrices generales para los equipos a cargo. Solo un país declaró los servicios de salud sexual y reproductiva como esenciales, asegurando su normal funcionamiento durante el período en que la acción de la salud pública se concentra en la contención de la pandemia.

Se debe prestar particular atención a la situación de las mujeres y niñas que sufren discriminaciones en múltiples aspectos, entre ellas las que pertenecen a pueblos indígenas o afrodescendientes, son migrantes o tienen alguna discapacidad. La salud sexual y reproductiva no es la excepción. El fuerte impacto que ha tenido el COVID-19 en las poblaciones indígenas y afrodescendiente evidencia la multiplicidad de factores sociales, económicos, culturales e institucionales que las sitúan en una condición de mayor vulnerabilidad al contagio, al agravamiento de las consecuencias de la enfermedad y a los efectos de las medidas tomadas por las autoridades para contener la propagación del virus. Las y los jóvenes también resultan particularmente afectados por las consecuencias de la pandemia, que limitan su acceso a la información, a los servicios e insumos y a los espacios de orientación y asesoramiento que se han ido creando en diversos países de la región. La ya difícil situación de las mujeres migrantes en la región se traduce en un mayor impacto del COVID-19, tanto en términos de salud (debido a sus menores niveles de cobertura de servicios de atención y peores condiciones de vida) como económicos y sociales (dada la pérdida de ingresos debido a su precariedad laboral). El acceso limitado a la seguridad social las pone en un alto riesgo de perder sus medios de subsistencia, de contraer el virus y de que no se respeten sus derechos (OIM/CEPAL, 2020).

Las organizaciones de la sociedad civil desempeñan un papel muy importante, tanto para conocer la diversidad de situaciones que la propagación del virus y las medidas para contenerla producen, como para vincular a la población con las estrategias diseñadas por los gobiernos. Se han generado alertas sobre los impedimentos al acceso a servicios de salud sexual y reproductiva y en particular respecto de aquellos de interrupción voluntaria del embarazo en los países en que es legal. Parece indispensable desarrollar acciones y programas eficaces que produzcan resultados sostenibles en mesas de trabajo intersectorial, con la participación de organizaciones de mujeres y de los mecanismos para el avance de las mujeres y potenciar la calidad de la información sobre esta temática. Existe una línea de base débil con respecto a la actualización y difusión de los datos, la desagregación

con criterios interseccionales y la calidad de los registros de atención, debilidades que se acentúan en períodos de crisis y reducen la capacidad de tomar decisiones con base en evidencia.

Para Nogueira, Rocha y Akerman **(8)**, la pandemia encuentra a América Latina en niveles de gran inequidad en orden a los sistemas de salud de los grupos económicos más desfavorecidos. En este sentido las políticas públicas en materia de salud de la población deberían ser capaces de reducir las inequidades y estar fuertemente integradas con diversas políticas de protección social. Los autores informan que el COVID-19 encuentra a la región con su sistema inmunitario bajo ya que los sistemas de salud, educación, ciencia y tecnología, transferencia de renta y asistencia social han sido sistemáticamente debilitados en la región, ampliando las asimetrías entre ricos y pobres y la pérdida de derechos de estos últimos. Los movimientos sociales fueron criminalizados y debilitados y el neoliberalismo se agudizó resultando en lo que Achille Mbembe denomina necropolítica **(9)**, como parte de la lógica neoliberal y que da por sentado con la idea de que algunos seres humanos valen más que otros y quien no tiene valor puede ser descartado. En contraposición a la necropolítica y para que haya un continente justo y saludable, debemos buscar "una empatía radical" **(10)**.

En este contexto de pobreza, ausentes o insuficientes sistemas de salud, miedo, incertidumbre y perplejidad, hablar de salud en cualquiera de sus modos parece casi un oxímoron; sin embargo, debe propiciarse la salud.

(8) NOGUEIRA, J. – ROCHA, D. G. – AKERMAN, M., "Políticas públicas adoptadas en la pandemia de la COVID-19 en tres países de América Latina: contribuciones de la Promoción de la Salud para no volver al mundo que existía", *Global Health Promotion*, 2021;28:117-126. 2021, disponible en *https://pesquisa.bvsalud.org/global-literature-on-novel-coronavirus-2019-ncov/resource/pt/covidwho-992343.*

(9) MBEMBE, A., "Necropolítica", *Arte & Ensaios*, 2016; 32: 123-151.

(10) GEFAELL, C. V., "De la necropolítica neoliberal a la empatía radical: violencia discreta, cuerpos excluidos y repolitización", Ed. Icaria, Barcelona, 2015.

III. Salud sexual y reproductiva en pandemia: recomendaciones internacionales

La División de Asuntos de Género de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en colaboración con la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), con aportes del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población de la CEPAL **(11)**, elaboran en 2020 un documento que incluye recomendaciones de centros académicos, sociedades científicas médicas, y guías y lineamientos del UNFPA y la OMS, para ofrecer apoyo del UNFPA a sus oficinas de país, gobiernos y otras organizaciones que ofrecen servicios de planificación familiar, y ayudar a la definición de estrategias que les permitan atender las necesidades urgentes de las usuarias y usuarios de los diferentes programas de salud sexual y reproductiva. Con estas acciones se pretende reducir significativamente la posibilidad de contagio del COVID-19 entre las personas y la sobrecarga de trabajo de las/los proveedores de servicios de salud. Literalmente dicen que observan con temor que la capacidad de los sistemas de salud sexual y reproductiva para mantener el acceso a servicios ambulatorios en los niveles de atención primaria y secundaria se ha reducido o restringido severamente. El personal de salud ha sido movilizado a servicios de atención de los pacientes infectados por el coronavirus, como parte de la adopción de medidas para mitigar la pandemia, o por la falta de capacidad de los servicios mismos para mantener las condiciones higiénico-sanitarias adecuadas para brindar la atención. La propia pandemia misma desalienta la búsqueda de servicios de salud por parte de las adolescentes y las mujeres como resultado del temor de infectarse.

La lógica consecuencia es una significativa reducción del acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluyendo servicios de planificación familiar y servicios para la prevención y el tratamiento de infecciones de transmisión sexual. En algunos casos incluso se han cancelado los servicios ambulatorios, difiriendo todas las consultas presenciales no urgentes.

(11) "Los riesgos de la pandemia de COVID-19...", ob. cit.

Las probables consecuencias en la salud de la población a corto, mediano y largo plazo giran en torno a embarazos no intencionales, infecciones de transmisión sexual, incluyendo el VIH, abortos en condiciones inseguras, muertes maternas y embarazos de alto riesgo no atendidos de manera oportuna, etc.

En este sentido sugieren redoblar los esfuerzos para facilitar el acceso a los servicios y la continuidad de uso de la anticoncepción por parte de las usuarias y usuarios actuales,

- Dar acceso a la prevención y el tratamiento de infecciones de transmisión sexual (ITS) y el VIH.

- Mantener la provisión de anticoncepción de emergencia y de servicios de interrupción voluntaria del embarazo (IVE) y/o interrupción legal del embarazo (ILE).

- El manejo clínico de la violencia sexual y los cuidados durante el embarazo, parto y atención postnatal y asegurar el acceso a los servicios y la continuidad de uso de la anticoncepción por parte de las usuarias y usuarios actuales.Afirman que hay recomendaciones que no pueden ser de consulta diferida tales como:

- la continuidad de uso de la anticoncepción por parte de las usuarias y usuarios actuales y consejería,

- la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo (IVE) y/o la interrupción legal del embarazo (ILE),

- los síntomas de sospecha de infecciones de transmisión sexual, el VIH y

- la provisión de anticoncepción oral de emergencia y el manejo clínico de la violencia sexual.

Se recomienda organizar un sistema en el que las usuarias y usuarios puedan agendar una consulta, ya sea por vía telefónica o a través de cualquier otro mecanismo establecido por el servicio de salud. Si la consulta fuera presencial, se deben dar turnos espaciados para evitar la aglomeración de pacientes.

Se recomienda que el sistema de salud establezca alianzas público-privadas con las compañías de telefonía móvil de modo que el sistema acepte llamadas desde teléfonos celulares aun cuando los usuarios no tengan crédito en su tarjeta, para preservar la salud de los grupos con menos recursos.

Sugieren cuidar a los que cuidan: los agentes de salud deberán usar equipo especial de protección personal o individual (EPP o EPI) de conformidad con las normas internacionales, observar todas las medidas de protección contra infecciones, incluyendo el distanciamiento social, pruebas diagnósticas a todas las personas que hayan tenido contacto con personas infectadas o presenten una sintomatología compatible con la COVID-19. Las y los proveedores de salud deben usar equipos de protección individual (EPI) cuando atiendan a mujeres con sospecha o diagnóstico confirmado de COVID-19.

Recomiendan la realización de consultas telefónicas a través de WhatsApp, Skype, videollamadas o cualquier otra herramienta informática disponible. En algunos casos, dependiendo de la disponibilidad de promotores de salud o voluntarios capacitados, estas consultas pueden realizarse en el domicilio de la persona usuaria usando la protección adecuada (EPI o EPP) en supuestos de asesoramiento, orientación o consejería anticonceptiva para iniciar un método, para consultas de control, incluyendo el deseo de cambio, abandono de anticoncepción y/o efectos colaterales o reacciones adversas, de conformidad con la norma vigente.

Sugieren:

- Prescripción y orientación respecto de métodos anticonceptivos.

- Entrega de métodos anticonceptivos (cada país debe elaborar un manual de procedimientos, adecuado a las condiciones locales, para la entrega de métodos).

- Orientación para el retiro y recambio de métodos reversibles de larga duración (LARC).

- Referencia a un centro de salud establecido, cuando haya necesidad médica o personal de efectuar el retiro. En el caso de DIU, en caso de existir síntomas de infección, referir de conformidad con la norma técnica nacional de atención vigente.

- Asesoramiento a mujeres que desean abandonar el método anticonceptivo actual por búsqueda de embarazo.

A continuación, se ofrecen algunas recomendaciones para hacer frente a situaciones específicas:

- Acceso a servicios de interrupción voluntaria del embarazo (IVE) o interrupción legal del embarazo (ILE), durante el estado de alarma sanitaria por la pandemia de COVID-19 (para países donde este procedimiento sea legal): debe asegurarse durante el confinamiento por la pandemia de la COVID-19. La prestación de este servicio es urgente, ya que un retraso de días o semanas puede ocasionar que, al sobrepasarse el límite de edad gestacional dentro del cual es seguro realizar la intervención, esta ya no pueda realizarse.

Deben hacerse pruebas diagnósticas a aquellas mujeres o personas gestantes que presenten síntomas o sospecha de infección por COVID-19 en el momento que soliciten la interrupción voluntaria de la gestación, o que hayan estado en contacto con una persona que haya dado positivo por COVID-19 en los últimos 13 días.

En cuanto a la atención a pacientes con síntomas de infección de transmisión sexual (ITS/VIH) durante el estado de alarma sanitaria por la pandemia de COVID-19 recomiendan establecer un sistema de consulta telefónica o a través de medios virtuales —WhatsApp, Skype o videollamadas— dependiendo de las tecnologías disponibles en cada país, para realizar una consulta inicial de triaje.

Ante la sospecha de ITS, se deberá citar a la persona para una consulta presencial con el propósito de realizar un examen clínico, proporcionar orientación, toma de muestras y exámenes complementarios. Si el diagnóstico es claro, se puede prescribir el tratamiento correspondiente de inmediato de acuerdo con la norma nacional. Cuando haya que esperar los resultados de las muestras antes de prescribir el tratamiento, el proveedor deberá recoger los exámenes y hacer la prescripción de tratamiento sindrómico y condones. El servicio deberá llamar a la persona para que recoja o adquiera los medicamentos en la farmacia del consultorio y reciba los condones en el lugar establecido, sin necesidad de agendar una nueva consulta.

La entrega de los fármacos e insumos para el tratamiento deberá realizarse en horarios de poco movimiento o en un horario especial, de modo que las personas no tengan que hacer filas, además de evitar aglomeraciones en las salas de espera. En caso de existir personal de salud disponible, la entrega se puede realizar en el domicilio previo consentimiento de la usuaria o usuario. En aquellas comunidades donde los consultorios estén cerrados debido a la intensidad de la pandemia, será necesario remitir a los/las pacientes n los servicios de urgencia hospitalaria correspondientes si la gravedad de los síntomas así lo requiere.

Se deberán realizar pruebas diagnósticas para COVID-19 a los/las pacientes con sospecha de ITS que presenten síntomas de COVID-19 en el momento de la consulta presencial o que refieran haber estado en contacto con un caso COVID-19 positivo en los últimos 13 días.

Es posible que durante el período de la emergencia sanitaria aumente la demanda de anticoncepción de emergencia. Dicho aumento, debe prever los problemas de abastecimiento.

Los servicios deben garantizar que la entrega de las píldoras anticonceptivas de emergencia (PAE) se realice de manera inmediata, gratuita y sin mayores trámites administrativos, certificándose que la toma de la primera dosis se realice dentro de los 5 días posteriores a la relación sexual sin protección. La PAE se debe entregar, aunque la persona no tenga receta o no haya consultado a un médico, partera o enfermera.

El asesoramiento/consejería y provisión de métodos anticonceptivos durante la emergencia puede implementarse a través de servicios de consulta en línea (teléfono, video llamada o por medio de cualquier otra tecnología disponible) que permitan conocer el motivo de la consulta (inicio de anticoncepción, cambio de método, recambio de método por caducidad o por falta de él, efectos secundarios con método actual, etc.), que pese a sus límites permite una aproximación parcial a las necesidades de las personas asegurando el respeto de la confi-

dencialidad, la privacidad y el ejercicio de sus derechos.

Durante la consulta no presencial es importante dejar en claro que el acceso a servicios de planificación familiar es un derecho de todas las personas, y que el personal respetará el derecho de la usuaria a elegir el método que le parezca más apropiado, una vez que haya concluido la consejería y después de revisar los CME para el uso de métodos anticonceptivos de la OMS, recalcar la importancia de la doble protección (uso de condones), sobre todo entre la población adolescente asegurando la disponibilidad de los insumos correspondientes y dejar en claro que el acceso a servicios de planificación familiar es un derecho de todas las personas...

Toda adolescente o mujer que reciba un método alternativo de anticoncepción durante este período de emergencia tendrá derecho a cambiar de método una vez que se regularice la entrega de los servicios de salud.

Si la adolescente o mujer opta por el uso de píldoras combinadas y no hay contraindicaciones para el uso del método se le puede indicar dónde puede acceder a ellas y el nombre comercial de la píldora apropiada para adquirirla en la farmacia. También se le deberá indicar cuándo comenzar a tomarlas. Pueden ser entregadas a domicilio o en el centro de salud. Si la adolescente o mujer escoge un método de larga duración (DIU o implantes), deberá diferirse el inicio del uso de dicho método para disminuir el riesgo de infección por COVID-19 como resultado de la visita al servicio de salud. En esos casos se le puede recomendar a la mujer el uso de un método alternativo hasta que las condiciones se normalicen.

Durante el período de emergencia epidemiológica, es crucial que las adolescentes y mujeres estén informadas de la importancia del uso de métodos seguros y de alta eficacia que no requieran de consultas frecuentes, demoras innecesarias, o aglomeraciones.

Finalmente, se recomienda estar atentos a las orientaciones que puedan emanar de la OMS y UNFPA sobre alguna influencia que podrían tener algunos anticonceptivos sobre la evolución clínica de la COVID-19.

En el caso de aquellas mujeres o adolescentes usuarias de métodos anticonceptivos que solamente requieren aprovisionamiento para continuar su uso, se puede entregar anticonceptivos suficientes para que no tengan que volver, habilitar puntos alternativos de entrega, entregarlos a través de brigadistas de salud.

La anticoncepción posevento obstétrico deberá ofrecerse a todas las mujeres, respetando su libre elección y asegurándose de que los métodos de larga duración formen parte de la oferta anticonceptiva para mujeres adultas y adolescentes.

Debe existir asesoramiento a mujeres que desean abandonar su método anticonceptivo para quedar embarazadas durante la emergencia sanitaria por la pandemia de COVID-19.

La evidencia actual sugiere que las mujeres embarazadas no presentan un riesgo de contraer el coronavirus más elevado que el de la población en general; sin embargo, los cambios en la inmunidad durante el embarazo podrían alterar la respuesta a la infección viral.

Es importante destacar que la evidencia acerca de los riesgos asociados con la COVID-19 para las mujeres embarazadas y sus recién nacidos es exigua, y las recomendaciones pueden cambiar en el transcurso de los próximos días y meses.

En caso de sospecha o confirmación de COVID-19, se recomienda el uso de mascarilla durante el parto, así como durante el período de la lactancia.

Actualmente se desconoce la posible duración de la pandemia de COVID-19, pero es muy probable que continúe siendo necesario tener precauciones por un período no determinado aún.

Todas las personas deben saber que pueden contagiarse con el nuevo coronavirus, y que los tratamientos disponibles aún se encuentran en una etapa de ensayo clínico.

Hay que generar una logística de insumos que permita garantizar el mantenimiento de inventarios nacionales y locales. Para ello, es necesario monitorear continuamente los niveles de

abastecimiento en todos los niveles e implementar mecanismos innovadores de compra y distribución que garanticen que los métodos estén siempre disponibles en los consultorios.

También se debe garantizar el acceso a la atención médica de las personas sobrevivientes de violencia sexual durante la emergencia sanitaria por la pandemia de COVID-19.

La evidencia disponible acerca de otros brotes epidémicos y emergencias sanitarias muestra que la vulnerabilidad y el riesgo para las mujeres y las niñas aumentan en este tipo de escenarios, y el brote y la pandemia mundial de la COVID-19, sumados a las medidas de confinamiento, no son la excepción. Esta situación ha conducido a un incremento significativo en el número de casos de VBG, incluyendo casos de violencia sexual.

En ese sentido, es importante asegurarse de que los establecimientos de salud que brindan servicios de manejo clínico de la violencia sexual sigan siendo accesibles y se encuentren disponibles en los distintos municipios y ciudades, y también que cumplan con los principios rectores de la atención (confidencialidad, privacidad, seguridad y no discriminación): i) atención médica protocolizada y seguimiento clínico oportuno, ii) ofrecer primeros auxilios psicológicos iniciales a las sobrevivientes, y iii) garantizar la referencia oportuna a servicios intra, inter y multisectoriales establecidos, con apego a los procedimientos operativos estándar nacionales y locales.

En relación con la atención clínica basada en protocolos nacionales, es importante garantizar a todas las personas sobrevivientes:

- Acceso a atención inmediata de complicaciones que amenazan la vida de la persona sobreviviente, en caso de ser necesario.

- Acceso, dentro de las 72 horas posteriores al incidente, a profilaxis posexposición (PPE) para prevenir la transmisión del VIH. Desde su visita inicial, es importante proporcionar a la sobreviviente un suministro completo de antirretrovirales suficiente para 28 días. También se recomienda ofrecer asesoramiento y pruebas voluntarias de VIH desde un inicio, pero este no es un requisito indispensable para iniciar la profilaxis con antirretrovirales. Si se realizó una prueba de VIH, no se deberá esperar a recibir el resultado de ella para iniciar la PPE. No se deberá administrar la PPE si se sabe que la persona es VIH-positiva.

- Acceso a anticoncepción oral de emergencia (PAE) dentro de los 5 días posteriores a la relación desprotegida.

- Tratamiento presuntivo de ITS. Garantizar cobertura para clamidia, sífilis y gonorrea de conformidad con el protocolo nacional. Tratar otras infecciones de transmisión sexual en caso de ser prevalentes (cancroide). Ofrecer vacunación contra la hepatitis B en caso de estar indicada (primera dosis dentro de los 14 días posteriores a la agresión).

- Atención para el cuidado de lesiones. Proporcionar profilaxis antitetánica en caso de estar indicada.- Cuidados en salud mental. Es importante conocer mecanismos de referencia y remitir a la persona usuaria, en caso de ser necesario, a servicios de asesoramiento psicológico, atención psiquiátrica o apoyo psicosocial.

Por último, durante la atención médica deberá garantizarse a las sobrevivientes de violencia sexual una anamnesis oportuna y realizarles un examen físico, todo lo cual deberá documentarse adecuadamente. También se debe garantizar un acceso oportuno a la colecta forense, de conformidad con los mecanismos establecidos en los protocolos nacionales.

IV. Las medidas del Estado argentino para la protección de la salud sexual reproductiva y no reproductiva

El Estado argentino, siguiendo las recomendaciones de organismos internacionales y regionales de derechos humanos, dicta medidas excepcionales en un contexto excepcional **(12)** que incluyen medidas para proteger los derechos económicos, sociales, culturales

(12) "Medidas del Estado argentino para la protección de los derechos humanos durante la pandemia por COVID-19", 25/9/2020, disponible en *https://www.argentina.gob.ar/noticias/medidas-del-estado-argentino-para-la-proteccion-de-los-derechos-humanos-durante-la-pandemia.*

y ambientales; derecho a la salud; derecho a la alimentación y a la protección social; derecho al trabajo; derecho a la vivienda; medidas para proteger a grupos en situación de vulnerabilidad; derechos de niños, niñas y adolescentes; derechos de personas mayores, derecho de las mujeres; derechos de las personas con discapacidad; derechos de las personas LGBTIQ, derechos de los pueblos indígenas; derechos de las personas privadas de libertad y derechos de las personas migrantes y refugiadas.

El 12 de marzo de 2020, un día después de que la OMS declarara el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, en la Argentina mediante DNU 260/2020 se amplió la emergencia pública sanitaria establecida por la ley 27.541 el 21/12/2019, por el plazo de un año. Los considerandos de este decreto expresan: "Que en los últimos días se ha constatado la propagación de casos del nuevo coronavirus COVID-19 en numerosos países de diferentes continentes, llegando a nuestra región y a nuestro país. Que, en la situación actual, resulta necesario la adopción de nuevas medidas oportunas, transparentes, consensuadas y basadas en evidencia científica, que se sumen a las ya adoptadas desde el inicio de esta situación epidemiológica, a fin de mitigar su propagación y su impacto sanitario".Así se sucedieron diferentes medidas de aislamiento. En una primera etapa, las medidas esenciales fueron el aislamiento social preventivo y obligatorio y el fortalecimiento del sistema sanitario.

Inmediatamente comenzaron las medidas de aislamiento. En primer lugar, el 16 de marzo, se estableció por DNU 274/2020 la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país. Esa medida contemplaba una excepción, al permitir, a través de la disp. 1709/2020 de la Dirección Nacional de Migraciones, el 18/03/2020, que los extranjeros ingresasen al país si el propósito era proseguir viaje hacia otro.

El 19/03/2020, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU 297/2020 que dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) para todas las personas que habitan en el país o se encontraran en él en forma temporaria al momento de su dictado, con el objetivo de proteger la salud pública, obligación inalienable del Estado nacional. Esta disposición previó que durante la vigencia del ASPO, las personas deberían permanecer en sus residencias habituales, abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y que no podrían desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Se establecieron además controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos, a fin de garantizar el cumplimiento de las normas dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria. Las medidas de aislamiento variaron hasta la actualidad según la situación de cada provincia y existen modalidades.

En materia legislativa de salud en general incrementó el presupuesto de salud y protección, garantizó el derecho al acceso a la información sobre salud, diagramó un programa de protección y estímulos al personal de salud, redujo la alícuota de contribuciones patronales a empleadores de salud, brindó apoyo a investigaciones científico-tecnológicas y creó un comité de ética y derechos humanos. Estableció protocolos sobre COVID-19 y salud mental, creó operativos para detectar COVID-19 y determinar diagnósticos, construyó hospitales modulares, dispuso medidas para los insumos críticos sanitarios, distribución federal de ventiladores mecánicos invasivos, etc. En cuanto a los derechos de niños, niñas, niñes y adolescentes, dispuso alternativamente la suspensión de clases, readecuó el calendario académico, realizó el manual para médicos/as sobre COVID-19 para niños, niñas, niñes y adolescentes, hizo recomendaciones para el primer nivel de atención de personas gestantes, niñas, niños y adolecentes; fijó estrategias para la atención en del recién nacido hijo de madre con sospecha o confirmación de la enfermedad", hizo recomendaciones para la atención de embarazadas y recién nacidos con relación a COVID-19; recomendaciones sobre la salud mental de niños, niñas y niñes, adolescentes y jóvenes en contexto de pandemia: recomendaciones para niños, niñas y adolescentes con discapacidad en contexto de pandemia, estableció la continuación de los servicios de salud sexual y reproductiva incrementando las medidas de educación sexual y difusión de

la información, tanto para mujeres, personas LGBTIQ, población indígena, personas privadas de libertad y migrantes y refugiados.

V. Epílogo

En este panorama complejo, resta pensar el impacto de la politización y la influencia de los medios de comunicación, al menos en la Argentina. Cuando se dispuso la cuarentena, aparecieron los grupos pro cuarentena y los grupos anticuarentena. Marchar en contra de la cuarentena supone abandonarla, no guardar distancia social y exponerse y exponer a lxs otros al contagio de COVID-19. Diversos medios relevaron las razones de los que marchaban. En la manifestación del 17/08 **(13)** una mujer, que llega en su vehículo, rociándose con alcohol "a cada rato", aseguró que marchaba por "la reforma de la justicia". Otra señora afirmó: "Vinimos por la justicia, por la libertad, porque queremos un país con democracia plena". Otra aseveró: "No a la reforma judicial, no a nada, no a nada". "Cuidarse no es aislarse, no es encerrarse. Es alimentarse, oxigenarse, asolearse. Y eso lo dice la inmunología", "Si vos encerrás a una persona le bajás las defensas, está propensa a enfermarse, está con miedo porque cree que el virus lo va a agarrar", agregó y sostuvo que "lo que nos va a salvar es la inmunidad natural". Otro manifestante afirmó: "esta cuarentena es criminal porque ha traído mucha miseria a la Nación" y aseguró que "esto es una gripe, siempre están colapsados los hospitales a esta altura". Agregó que "la gente no tiene miedo al virus porque siente que su libertad y su republicanismo está en juego". "No queremos reforma de la Constitución ni que se toque a ningún juez que está en la causa de los cuadernos", dijo una mujer que se manifestaba en Recoleta. En el mismo lugar, un hombre expresó que fue a la marcha solo porque está en contra de la vicepresidenta: "Fernández es un títere de ella, así que no me merece ningún respeto. Hace lo que ella le dice, no es un tipo auténtico y siempre se desdice", manifestó. Otros dijeron: "No queremos ser Venezuela". Otros dijeron "no a la reforma judicial', "basta de corrupción", "justicia sí, reforma no" **(14)**. Claramente violan la cuarentena por razones que no siempre tienen que ver con esta, lo que puede implicar al menos reclamos sociales, negación de la existencia del virus o ambos. Algunxs le dicen no "a nada de nada".

En cuanto a la comunicación, John Druny, Stephen Reicher y Clifford Stot **(15)**, de las Universidades de Susex, Keele y St. Andrews, respectivamente, en su artículo "Comprender la difusión del COVID-19 requiere un enfoque interdisciplinario y multidimensional", informan en relación con la experiencia en el Reino Unido, que las nociones de fragilidad psicológica han estado al frente de los debates sobre la respuesta pública a esta pandemia. En particular, el argumento de que el egoísmo colectivo, el comportamiento irreflexivo y la reacción exagerada empeorarían los efectos del virus.

En nuestro país la grieta llega hasta el COVID-19 y una vez más el país se divide en buenos y malos. Para Druny, Reicher y Stot, representar un público egoísta socava el sentido de colectividad necesario en estos tiempos. Resulta necesario observar los factores sistémicos del virus. Como en el Reino Unido, en la Argentina los sectores más pobres y menos poderosos de la sociedad tienen menos opciones sobre cómo comportarse durante el encierro y esto no los convierte en egoístas e irreflexivos, cuando las razones para violar la cuarentena tienen que ver con la subsistencia, que implica no tener agua, casa, comida, necesidad de trabajo para sobrevivir, etc. Aquellos con menos ingresos y riqueza viven habitualmente en hogares más hacinados. Los resultados de estas desigualdades sistemáticas son predecibles: se ha demostrado repetidamente que las personas más pobres son más vulnerables a la infección y tienen más probabilidades de morir. Estas personas exigen un tra-

(13) "La marcha de los contagios: los anticuarentena en el Obelisco", *Página/12*, 17/08/2020, disponible en *https://www.pagina12.com.ar/285664-la-marcha-de-los-contagios-los-anticuarentena-en-el-obelisco.*

(14) "Marcha 17A. El Obelisco, el foco de la protesta contra el Gobierno por la cuarentena y la reforma judicial", *La Nación,* 17/08/2020, disponible en *https://www.lanacion.com.ar/politica/el-obelisco-foco-protesta-gobierno-cuarentena-reforma-nid2423741.*

(15) DRURY, J. – REICHER, S. – STOTT C., "COVID-19 *in context*: Why do people die in emergencies? It's probably not because of collective psychology", *Br J Soc Psychol.* 2020 Jul; 59:686-693. doi: 10.1111/bjso.12393. Epub 2020 Jun 16. PMID: 32543713; PMCID: PMC7323329.

to diferenciado y esto no debería ser motivo de discusión.

En cuanto a los sectores de mayores ingresos es posible que se autoperciban entre sí como menos riesgosos y, por lo tanto, adopten un comportamiento más temerario en las interacciones dentro del grupo porque experimentan más confianza y menos disgusto.

Los investigadores señalan también, como algo crucial, la mala gestión específica en forma de falla de comunicación. De hecho el Reino Unido reconoció tácitamente el error de informar al público enfatizando el riesgo individual, lo que llevó a que muchas personas que se consideraban jóvenes y saludables lo descartaran. Esta lógica comunicacional viró proponiendo "proteger a los demás" y fortaleciendo el apoyo para el distanciamiento social y la higiene.

Ahora bien, ¿qué hacer con quienes ponen en duda sistemáticamente los datos de la ciencia, las estadísticas, las medidas de prevención sugeridas o que simplemente no están dispuestos a cuidar a los demás aunque sea por razones egoístas? Esto habla —entre otras muchas cosas— de negación, desinformación, desconfianza, fallas en las estrategias comunicacionales, dificultades para profundizar políticas que faciliten la comprensión del problema desde sectores especializados en salud mental individual y colectiva, etc. Estas cuestiones circulan en paralelo con la gesta de la ciencia por conocer, afrontar y resolver el riesgo letal del coronavirus y dificultan notablemente su tarea. Como dicen Druny, Reicher y Stot, parece importante comprender el sistema de relaciones interpersonales que facilitan la difusión del COVID-19 y actuar en redes también desde allí.

La posición de un sujeto en la pandemia es, simultáneamente, cuidar de sí mismo, cuidar al otro y cuidarse del otro. Preservar la propia salud produce en individuos singulares distintas estrategias de autoconservación. Así, cuidarse del otro puede activar vivencias persecutorias de diverso grado y la desconfianza se puede unir con fantasmas sobre la propia supervivencia: el otro me contagiará, habrá desabastecimiento o puede encender la xenofobia. El COVID-19 nos enfrenta a tres vivencias respecto de la realidad: temor a estar por siempre fuera del mundo que conocíamos; el sentimiento de que ya no existe lugar a donde retornar y la desolación, tal como señala el psicoanalista Sebastián Plut en "Los Coronautas: pacientes y analistas en cuarentena". También puede generar una negación de la existencia del virus, como forma de preservarse de la muerte.

Intervenir en la pandemia requiere simultáneamente y en redes, investigaciones y acciones situadas de un sistema de relaciones complejo, que estimulen la pulsión de vida para mitigar el trauma a través del cuidado y que ayuden a elaborar el shock colectivo que estamos viviendo. Esto implica generar estrategias inherentes a la geografía y la población de cada lugar, dirigidas a preservar y fortalecer la salud mental de lxs ciudadanxs, junto con las económicas y las políticas, evitando dividir el país en buenos y malos.

Abordar estas cuestiones en distintos grados y con distintas estrategias diferenciando problemáticas (provincias, clima, densidad poblacional, modos de interrelación, salud mental, etc.), parece formar parte del salvataje colectivo.

Dado que la sociedad está mediatizada por imágenes que construyen una realidad, tal vez las únicas certezas a la que podamos aferrarnos son las que surgen de los aprendizajes científicos y desde ese lugar haya que comprender mejor, siempre en redes comunitarias científicas, la forma en la que se propaga el COVID-19 cuando de relaciones interpersonales se trata, fortalecer el rol de los expertos en salud mental, salud sexual y reproductiva. Mejorar la estrategia comunicacional, repensar en redes científicas los programas económicos, políticos y fomentar una psicología social que pueda hacer frente a un trauma social único en la historia, de manera tal que los espectadores apreciemos la información para metabolizarla y actuarla responsablemente.

El temor a la enfermedad y a la muerte no son oficialistas ni opositores. Son temores humanos y esto es algo de lo mucho que tenemos en común lxs argentinxs en esta emergencia, en eso estamos unidos.

Habrá que seguir buscando aquello que nos une para preservarnos, trabajar en redes y concentrarnos en los problemas a futuro, que ya está generando, en la pandemia la disminución de recursos en materia de salud sexual reproductiva y no reproductiva.

Apuntes sobre violencias de género en pandemia

Ana Casal (*)

Sumario: I. Lo que (se) cuenta y lo que no.— II. Tramas de poder.— III. Violencia recargada.— IV. La violencia de género no es una pandemia.— V. Nota final.

I. Lo que (se) cuenta y lo que no

A partir del 20 de marzo de 2020 se dispuso en la República Argentina, por medio del dec. 297/2020, el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO), que confinó a las personas a permanecer en sus domicilios habituales, restringiendo los desplazamientos a los mínimos e indispensables. La medida fue extendiéndose en el tiempo hasta el 7 de junio. A partir del 8 de junio este esquema se flexibilizó, generando en el país zonas de ASPO y de distanciamiento social preventivo y obligatorio (DISPO), de acuerdo con la situación de salud de las distintas localidades. Esas medidas, de indudable necesidad para prevenir el contagio de COVID-19 y el colapso del sistema sanitario, tienen efectos paradojales, en tanto acarrean también consecuencias negativas: no solo visibilizan, sino que amplifican desigualdades estructurales de género preexistentes **(1)**.

Numerosas investigaciones alrededor del mundo muestran que tras, diferentes desastres o catástrofes naturales, se constata un ensanchamiento de las brechas de desigualdad y un refuerzo de los roles tradicionales de género junto a un incremento de las violencias en razón de género, no solo debido a un recrudecimiento de situaciones previas sino, también, por el surgimiento de nuevos casos **(2)**. Los estudios muestran que este empeoramiento de la situación de las mujeres, lesbianas, travestis y trans

(*) Magíster en Igualdad de Género (UCLM, España); magíster en Lenguajes Artísticos Combinados (UNA); administradora gubernamental (INAP) y lic. en Psicología (UBA); profesora de posgrado e investigadora de la UNA en el proyecto "Cuerpo vivo, política y cruce de lenguajes"; asesora de la Banca de la Mujer del Senado de la Nación en 2009; subsecretaria de Planificación Estratégica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina en el período 2010-2014; secretaria de Asuntos Institucionales del Consejo de la Magistratura de CABA desde el 2015 hasta la actualidad. Es autora de diversas publicaciones y dicta conferencias sobre violencia de género en diferentes universidades e instituciones del país. Desarrolló el "Protocolo Primera Línea de Apoyo a Mujeres en Situación de Violencia de Género", con el apoyo de ONU Mujeres, declarado de interés para los derechos de las mujeres por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires en 2019. Trabajó en la elaboración de la ley 3395 de Sensibilidad de Género en los Medios de Comunicación de la Provincia de Chaco, aprobada en 2021. Integra la Red de Mujeres para la Justicia.

(1) Sobre el impacto diferenciado de estas medidas sobre la vida de las mujeres y las niñas y la profundización de las desigualdades de género existentes, ver: CIM/OEA, "COVID-19 en la vida de las mujeres: Razones para reconocer los impactos diferenciados", OEA/Ser.L/II.6.25, 2020, disponible en *http://www.oas.org/es/cim/docs/ArgumentarioCOVID19-ES.pdf*.

(2) Ver, entre otros: FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, "Desastres naturales: escenarios de violencia de género, violencia de género y los desastres naturales en América Latina y el Caribe", UNFPA, 2012; FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE SOCIEDADES DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA, "Invisible y silenciosa: la violencia por motivos de género en situaciones de desastre. Estudio global", IFRC, Ginebra, 2015; PARKINSON, D., "Investigating the increase in domestic violence post disaster: An Australian case study", *Journal of Interpersonal Violence*, 34, ps. 2333-2362, 2019; AMNESTY INTERNATIONAL, "Haiti: aftershocks: women speak out against sexual violence in Haiti's camps", London, 2011; LE MASSON, V. *et al.*, "Disasters and violence against women and girls. Can disasters shake social norms and power relations?", working paper, Overseas Development Institute, London, nov. 2016.

no conlleva un aumento proporcional en las cifras de denuncias.

En la pandemia por COVID-19 nos encontramos, a nivel global, con una situación similar: más desigualdad y más episodios de violencia, pero sin un aumento correlativo de las denuncias **(3)**. En consecuencia, es muy difícil contar con evidencias empíricas que permitan medir el aumento de la violencia que se despliega dentro del hogar. De todas formas, como analizaré más adelante, el importante subregistro de las situaciones de violencia hace que siempre sea muy complejo intentar esta medida. Muchas de estas situaciones no se cuentan: por miedo, por desconfianza hacia el sistema judicial o la policía, por no identificarlas como tales, por falta de apoyo, entre tantas otras causas. Y otras no cuentan, por la persistencia de las múltiples barreras de todo tipo que deben sortearse para salir de la violencia, impedimentos que afectan muy especialmente a aquellas mujeres lesbianas, travestis y trans, que se encuentran más vulnerabilizadas, en tanto viven en sus cuerpos la intersección de múltiples opresiones.

Un buen punto de partida para explorar el universo de lo que sí se cuenta es la encuesta rápida de UNICEF, realizada en abril, julio y noviembre de 2020 **(4)**. Este estudio tomó 2.678 casos, una muestra representativa de 6.147.895 de hogares urbanos con al menos un niño, niña o adolescente y de las 26.833.110 personas que habitan en ellos. En la tercera ronda de la encuesta, un 12,4% de los hogares identificó más enojos y discusiones y un 2% —porcentaje que representa 122.000 hogares— identificaron haber vivido situaciones de violencia durante la cuarentena. El 66% de estos casos involucró a mujeres y 34% a niñas y niños. El 89% de las primeras expresó que la violencia fue ejercida por sus parejas.

Si se comparan estos resultados con las dos encuestas anteriores se observan resultados constantes, lo que evidencia la persistencia de esta problemática. De todas formas, esto no alcanza para dar cuenta de la magnitud de la violencia. Tal como se advierte en el propio informe, la modalidad telefónica de este relevamiento hace que tengamos que suponer un importante subregistro, ya que es muy difícil que las personas afectadas hayan podido comunicar libremente su situación en caso de convivir con el agresor. Así, estas cifras son un mínimo que considerar.

También podemos relevar la cantidad de llamados a la Línea 144 **(5)**, declarado servicio indispensable en el contexto de la pandemia. Este es un servicio telefónico de alcance nacional dirigido a mujeres y personas LGBTTIQ+ en situación de violencia de género, que brinda gratuitamente orientación, contención e información completa y geolocalizada los 365 días del año **(6)**. Desde el comienzo del ASPO se reforzaron los equipos, sumando más personal especializado. También se incorporaron, como alternativas al llamado telefónico, WhatsApp y correo electrónico **(7)**. La introducción de estas nuevas herramientas de comunicación con el objeto de asistir a quienes se encontraban aisladas en su hogar junto al agresor parece también ser de utilidad para la atención de las personas sordas, que encontraban en el llamado telefó-

(3) SMYTH, C. *et al.*, "COVID-19 lockdowns, intimate partner violence and coercive control", *Aust J Soc Issues*, abril 2021, disponible en *http://europepmc.org/article/MED/34188336*.

(4) UNICEF, "Encuesta de Percepción y Actitudes de la Población. Impacto de la pandemia COVID-19 y las medidas adoptadas por el gobierno sobre la vida cotidiana", Tercera ola, Informe de resultados, noviembre 2020, p. 44, disponible en *https://www.unicef.org/argentina/media/9696/file/Encuesta%20de%20Percepci%C3%B3n%20y%20Actitudes%20de%20la%20Poblaci%C3%B3n%20-%20Tercera%20ola.pdf*.

(5) MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, "Plan Nacional de Acción contra las Violencias por Motivos de Género. 2020-2022", junio 2020, ps. 60-69, disponible en *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_nacional_de_accion_2020_2022.pdf*.

(6) La 144 depende del Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación. Además de la sede nacional cuenta con otras dos sedes, una perteneciente a CABA y otra a la Provincia de Buenos Aires, gestionadas por los respectivos gobiernos. Resalto que esta línea no es un servicio de recepción de denuncias, porque, aún hoy, a pesar de los esfuerzos de difusión que se realizan constantemente, se generan confusiones.

(7) MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, "Medidas en materia de género y diversidad en el marco de la emergencia sanitaria", 2021, disponible en *https://www.argentina.gob.ar/generos/medidas-en-materia-de-genero-y-diversidad-en-el-marco-de-la-emergencia-sanitaria*.

nico una barrera, y, especialmente la primera, para favorecer la comunicación de las más jóvenes.

Durante 2020, la 144 recibió un total de 108.403 comunicaciones por violencias de género. El 98% de quienes se comunicaron son mujeres, 677 de ellas (2%) se encontraban embarazadas y 767 (3%) expresaron tener algún tipo de discapacidad. El 90% de los identificados como agresores son varones y el 83% de ellos son pareja o expareja de quienes se comunicaron. En la enorme mayoría de los casos, un 90% del total, los llamados se relacionaron con hechos de violencia doméstica **(8)**. Comparando ese año contra 2019 se observa que, en marzo, previo al aislamiento, habían disminuido los llamados en un 19%, pero a partir de abril se mantuvo una tendencia creciente. En abril se registró un notorio incremento, de un 23% más, en mayo 27%, junio 18%, en julio y agosto un 25%, mientras que, en el siguiente bimestre, septiembre y octubre, el incremento se redujo, pero se mantuvo, siendo de un 16% más que en el mismo bimestre del año anterior.

Para evaluar los efectos del aislamiento sobre la Línea 144, el Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación realizó una comparación entre los 42 días previos al decreto del ASPO con los 42 días posteriores **(9)**. En ese análisis se observa un crecimiento de casi el 40% de comunicaciones a la línea, que pasa de un promedio de 167 llamados diarios a comienzos de 2020, a 268 en pandemia.

Aunque todas estas comunicaciones atañen a situaciones de violencia de género, podemos diferenciarlas, siguiendo el criterio propuesto por el Ministerio, en dos categorías: caso y consulta. Mientras que la primera refiere a llamadas en las que las personas son identificadas y derivadas hacia distintos servicios, la segunda corresponde a comunicaciones en las que no se realiza este registro. Si analizamos lo ocurrido durante abril de 2020, que fue el mes con mayor cantidad de llamados —10.384—, coincidente con los primeros tiempos del ASPO, encontramos que solo el 27% de estos corresponden a casos y un mayoritario 73% a consultas. Esto muestra un aumento de 16 puntos porcentuales respecto del promedio histórico en esta categoría, que desde 2013 hasta abril del 2020 era de un 57%.

Esto no significa, por sí, un aumento de hechos de violencia. Es necesario actuar con cautela, ya que, como lo explican desde la propia Línea 144, estos picos de demanda pueden corresponder a campañas de difusión de la línea o a una mayor visibilización de la temática, entre otras cuestiones —lo que se corresponde con ese momento—. Sin embargo, en el contexto de la emergencia sociosanitaria, también es posible pensar que el incremento de las consultas es atribuible, al menos en parte, a personas que, aún sin estar en condiciones de poner en palabras la violencia que viven, buscan obtener información y orientación y que, en otra situación, podrían haber recurrido de forma presencial a otras personas o servicios.

Si analizamos otro número telefónico que brinda un servicio especializado a nivel nacional, la Línea 137, del Programa Las Víctimas contra las Violencias del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación **(10)**, también podemos corroborar un aumento significativo de las comunicaciones. En el mes de abril de 2020 —momento a partir del que se identifica la tendencia creciente— se recibieron 882 llamados, un aumento del 34% respecto del mismo mes del 2019, registrándose un mayor aumento porcentual que en el caso de la 144. Comparando el segundo trimestre del 2020 contra el mismo trimestre del año anterior, el crecimiento fue de un 28% más, siendo el mes de septiembre el período donde se registra la mayor cantidad de comunicaciones de ese año: 1.032 llamados **(11)**.

(8) El 95% de las personas manifestaron episodios de violencia psicológica y 67% física. También se refirieron situaciones de violencia económica y patrimonial —37%—, simbólica —34%— y sexual —13%—.

(9) MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, ob. cit., p. 68.

(10) La 137 también es gratuita y opera en todo el país, las 24 horas, los 365 días del año. Ofrece contención, asistencia y acompañamiento a mujeres en situación de violencia. Además, brinda asistencia móvil ante una emergencia de violencia familiar en las ciudades de Buenos Aires, Resistencia —Chaco—, Posadas, Oberá y El Dorado —Misiones—.

(11) MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, "Línea 137 – Víctimas de violencia familiar", disponible en *http://datos.jus.gob.ar/data-*

El crecimiento de la demanda de servicios telefónicos o remotos podemos contrastarlo con lo sucedido con aquellos brindados de forma presencial. En la Ciudad de Buenos Aires contamos con las estadísticas de la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, uno de los puntos centrales de recepción de denuncias en esta ciudad **(12)**. Aunque se mantuvo abierta durante todo el 2020, todos los días, las 24 horas, la disminución de la cantidad de denuncias recibidas es ostensible. El total de mujeres y niñas atendidas en ese año fue de 7.543, lo que significa 5.000 personas menos que en 2019 **(13)**. Es decir, la demanda cayó bruscamente un 40%, siendo abril el mes donde menos casos se atendieron. Entre las mujeres adultas, de entre 18 y 59 años atendidas, el vínculo preponderante fue de pareja o expareja, un 79%, muy similar al 80% registrado en 2019. Los principales hechos denunciados corresponden a violencia psicológica (98%), simbólica (77%) y violencia física (64%). Le siguen: ambiental (39%), económico-patrimonial (35%), social (19%) y sexual (10%). Es observable un aumento de más de 6 puntos porcentuales en los hechos de violencia física denunciados respecto de 2019, cuando se registró que este tipo de violencia afectaba a un 58% de las denunciantes adultas. El 60% de las denunciantes cohabitaba con el agresor al momento de su presentación, dato no identificado en 2019.

Cierto es que no podemos generalizar lo sucedido en todo el país únicamente a partir de los datos de la OVD. También es verdad que intentar hacernos de una cifra sobre la totalidad de denuncias en nuestro territorio es una tarea muy compleja, en tanto no contamos con información unificada. Para indagar si la tendencia a la disminución de denuncias por vía presencial, palpable en la OVD, repercutió en un menor ingreso de causas judiciales, consulté a veintidós juezas, jueces y otras magistradas de diez diferentes jurisdicciones de nuestro país que trabajan en causas de violencia de género. Catorce personas afirmaron que las causas aumentaron, cuatro que se mantuvieron estables y cuatro que disminuyeron en relación con 2019. Las vías centrales de ingresos de denuncias mencionadas fueron la presencial, mencionada catorce veces; la telefónica, trece y el *e-mail*, nueve.

En su enorme mayoría, las personas consultadas manifestaron que no se dejó de trabajar ni un solo día. Solo en dos casos, correspondientes al Poder Judicial de la Nación y a la provincia de Santa Cruz, se informó una interrupción temporaria del servicio de justicia, aunque no se indagó de cuántos días. También se les preguntó sobre retrasos en el tratamiento de las causas, que solo fueron informados en cuatro casos. La labor judicial fue ejercida, de acuerdo con las respuestas de la mayoría de las personas consultadas —dieciocho—, tanto de manera presencial como remota, incorporándose prácticas que posibilitaron esta nueva modalidad, muchas de las cuales, de acuerdo con lo expresado por la totalidad de las personas consultadas, llegaron para quedarse.

Tecnologías de la información y las comunicaciones se incorporaron en diferentes momentos del proceso. Se impulsaron cambios para facilitar las notificaciones, siendo WhatsApp el medio más utilizado, indicado por dieciocho de las personas, y el teléfono el segundo, señalado por quince. La incorporación de nuevas herramientas de comunicación también se hizo visible en las audiencias y en los juicios. La mayoría de las personas informaron la realización de audiencias tanto presenciales como por vía remota **(14)** y solo en dos de los casos fueron exclusivamente presenciales. En cuanto a los juicios, la mayoría —en once de los casos— manifestó haber reali-

set/linea-137-victimas-de-violencia-familiar/archivo/bc9f4cf8-83df-4eb5-9158-51c3f4c04aca.

(12) A este se ha sumado, con creciente importancia, el Centro de Justicia de la Mujer, dependiente del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que ya lleva más de dos años en funcionamiento. Este espacio que ofrece atención interdisciplinaria a personas en situación de violencia de género, brindando una respuesta integral y evitando derivaciones innecesarias, habilitó durante la pandemia el 0800-999-MUJER (68537) que continúa funcionando de lunes a viernes de 8 a 20 horas.

(13) OVD, "Informe Estadístico Anual Año 2020", Corte Suprema de Justicia de la Nación, marzo 2021, disponible en *http://www.ovd.gov.ar/ovd/verMultimedia?data=4739*.

(14) Sobre los medios para realizarla, los más mencionados fueron la videollamada de WhatsApp —doce menciones— y Zoom —diez—, seguida por Cisco Webex —siete—. Google Meet tiene dos y Teams y la vía telefónica, una.

zado juicios tanto presenciales como remotos, mientras que siete personas expresaron haber utilizado solo la modalidad remota y solo dos personas mencionaron que estos se realizaron exclusivamente de forma presencial **(15)**. La incorporación de estas nuevas modalidades no ha sido sencilla. Tampoco son una solución automática. En muchos casos, hay poca conectividad en los propios juzgados, en los hogares desde donde realizan la tarea o la población atendida no tiene acceso a los medios tecnológicos necesarios, entre otros problemas recabados. Sí es de destacar que estas herramientas habilitan nuevas vías de ingreso al sistema y posibilitaron superar situaciones que hubieran paralizado la administración de justicia.

Ahora bien, contar con una cifra de denuncias en todo el país —necesidad impostergable que ya ha sido abordada por el Poder Ejecutivo nacional **(16)**— permite evaluar los efectos de distintas medidas, pero nunca es un parámetro certero para medir la magnitud de las violencias de género. Como ya manifesté, siempre existe un importante subregistro de estas situaciones, en tanto son numerosos los impedimentos para verbalizarla. Para acercarnos a la dimensión de las violencias es posible recurrir al Estudio Nacional sobre Violencia contra las Mujeres, realizado en 2018, con base en la International Violence Against Women Survey (IVAWS) **(17)**. Allí se detecta que casi la mitad de las mujeres, un 49,3% de las entrevistadas, reportaron algún nivel de violencia física y/o sexual en el curso de su vida y un 28,6% de las mujeres sufrió actos de violencia física o sexual por parte de su pareja actual o anterior durante su vida (desde los 16 años) **(18)**. Este porcentaje se asemeja mucho al 30% detectado por OMS a nivel mundial **(19)**.

Sin embargo, de acuerdo con las estimaciones disponibles, en nuestro país se denuncia apenas un 35% de las situaciones de violencia **(20)**, porcentaje pequeño pero superior a lo que, por ejemplo, se detecta en España, donde se calcula

(15) Acerca de las condiciones de materialización de los juicios virtuales, ver: MPD, "Juicios virtuales", *Boletín de jurisprudencia*, Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina, julio 2021. Es necesario sopesar, en cada caso, las ventajas de los juicios remotos con sus posibles desventajas y con ello no me refiero solo a lo estrictamente jurídico. Deben considerarse, entre otras, las conclusiones de The Markup, una ONG de noticias y tecnología que, entre otras cuestiones, señala que una persona es percibida como "menos persona" a través de una pantalla, en tanto hace imperceptibles señales corporales que transmiten emociones. Ver: THE MARKUP, "How Fair Is Zoom Justice?", One Zero, 2020, disponible en: *https://onezero.medium.com/how-fair-is-zoom-justice-4c1169195fb4*. Allí se refieren especialmente a señales auditivas, pero considero que también lo háptico cumple en esto un rol fundamental. Es urgente estudiar si ese brusco achicamiento de la sensibilidad juega, en los casos de violencia de género, no en contra de los imputados —como allí se presupone— sino en contra de las víctimas. En tanto, al día de hoy, en nuestro país, no se cuenta con evidencias que permitan concluir que el juicio remoto o semipresencial afecta negativamente el proceso, considero suficiente que, cuando los juicios no puedan llevarse adelante presencialmente en razón de los recaudos preventivos frente al COVID-19, estos puedan realizarse de forma remota o presencial en los siguientes casos: "a) Cuando existiere conformidad de todas las partes intervinientes; b) A pedido del/de la imputado/a, cuando este/a se hallare privado/a de su libertad ambulatoria; c) Cuando, de acuerdo a las particulares características del caso y luego de recabar la opinión de todas las partes al respecto, el/la juez/a o tribunal lo considerare/n pertinente", solución propuesta por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Ver: CMCBA, "Guía de buenas prácticas y recomendaciones para la celebración de juicios orales en materia penal y contravencional de modalidad remota o semipresencial en el fuero Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", res. 164/2020, apart. III, "Ámbito de aplicación".

(16) Es importantísima, en este sentido, la iniciativa del Ministerio de Mujeres, Género y Diversidad, que creó el Sistema Integrado de Casos de Violencia por Motivos de Género (SICVG) por res. 48/2021 del 11 de febrero de 2021, que busca sistematizar la información disponible sobre estos casos, posibilitando su consulta y seguimiento y con el objeto de facilitar el diseño de políticas públicas basadas en evidencia.

(17) MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, "Estudio Nacional sobre Violencia contra las Mujeres Basado en la International Violence Against Women Survey (IVAWS)", Presidencia de la Nación Argentina, 2019. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/estudio_nacional_sobre_violencia_contra_las_mujeres_2018.pdf.

(18) Ibídem, p. 14.

(19) OMS, "Estimaciones mundiales y regionales de la violencia contra la mujer", 2013. Disponible en: http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85243/WHO_RHR_HRP_13.06_spa.pdf;jsessionid=D265B361EA97CC2FFFD830A7FA5946A3?sequence=1.

(20) MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, ob. cit., p. 8.

que se denuncia solo un 25 o 28% **(21)**. En el estudio argentino mencionado se afirma que, del total de mujeres que reportaron episodios de violencia física o sexual en el 2017 —el año anterior al de la realización de esa investigación—, un 8,5% de las entrevistadas, solo un 35% dio aviso a la policía o a la justicia del último incidente.

La falta de denuncia del último hecho allí detectada no significa necesariamente que esas personas nunca lleguen a denunciar, sino que salir de la dinámica de las violencias es un proceso que puede llevar mucho tiempo. Son muchas las mujeres, lesbianas, travestis y trans que viven situaciones de violencia durante años antes de llegar a presentar una denuncia. En nuestro país, según un informe estadístico publicado en 2020 por la OVD, las mujeres denunciantes tardaron un promedio de 5 años y 6 meses en realizar la denuncia **(22)**. En un estudio español de 2019, se establece que las mujeres tardan aún más en verbalizar o denunciar la situación, llegando a un promedio de 8 años y 8 meses **(23)**.

Otra fuente de información, en la que es necesario indagar, es el Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina **(24)**. De acuerdo con este, durante 2020, una mujer fue víctima de femicidio cada 35 horas en nuestro país. Entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de ese año, identificó a 251 víctimas directas de femicidio, cifra que incluye a seis mujeres trans. Esta cifra prácticamente no difirió con 2019, año en el que se registraron 252 asesinatos por razones de género. También se mantiene casi estable la tasa de víctimas directas de femicidios cada 100.000 mujeres respecto del anterior trienio. Mientras que, en 2017, 2018 y 2019 fue de 1,1, en 2020 fue de 1,09. Sí se registran diferencias en la cifra total de víctimas letales, porque la cantidad de víctimas de femicidio vinculado fue mayor en 2020 y alcanzó a 36 personas, mientras que en 2019 fue de 16, aunque se aclara que se trata de un dato no exhaustivo y esa diferencia puede deberse a problemas en la recolección de información.

La divergencia central entre un año y otro no radica en la cantidad de femicidios sino en la distribución de estos a lo largo de los meses. En el Informe 2020 del Registro se realiza una comparación de la variación 2020-2019, excluyendo los femicidios que no tuvieran fecha fehaciente, por lo que se compararon exactamente la misma cantidad de casos: 243 **(25)**. Para ello dividieron los dos años en tres períodos, siguiendo el pulso de la emergencia sociosanitaria. El primero, sin restricciones, desde el 1 de enero hasta el 19 de marzo; el segundo, el del ASPO, desde el 20 de marzo hasta el 7 de junio y el tercero, ASPO-DISPO, desde el 8 de junio hasta el 31 de diciembre. Durante el primer período, hubo una disminución en 2020 de un 6% —61 a 65 casos—. En el segundo período, se incrementó en un 37,5% —55 a 40—. En el último período, se volvió a registrar una disminución del 8% —127 casos en 2020 contra 138 en 2019—. De acuerdo con este análisis, es evidente el brusco crecimiento de casos en período de mayores restricciones, siendo abril el mes donde se registró la mayor cantidad, aunque, como bien se explicita en ese documento, esto no necesariamente implica causalidad.

Dado que este registro difunde la información a año cumplido, para sondear el 2021 es necesario recurrir a otras fuentes. En los primeros 5 meses de este año, según información provista por el Observatorio de Femicidios en Argentina "Adriana Marisel Zambrano", de la Asociación Civil La Casa del Encuentro, se produjeron 115 femicidios, 6 transfemicidios y 8 femicidios vinculados de varones **(26)**. Es necesario contar con datos más completos, pero allí ya pueden

(21) LORENTE ACOSTA M., ob. cit., 2020.

(22) OVD, "Violencia en las relaciones de pareja: mujeres afectadas. Años 2018-2020", Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 2020.

(23) DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, "Estudio sobre el tiempo que tardan las mujeres víctimas de violencia de género en verbalizar su situación", Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Madrid, 2019.

(24) Esta cifra incluye 6 víctimas de travesticidio/transfemicidio. OFICINA DE LA MUJER, "Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina. Edición 2020", Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2021. Disponible en: https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/docs/informefemicidios2020.pdf.

(25) *Ibid.*, p. 78.

(26) CASA DEL ENCUENTRO, "Observatorio de Femicidios Adriana Marisel Zambrano", disponible en *http://www.lacasadelencuentro.org/nuestrotrabajo.html*.

verificarse algunas de las tendencias identificadas, año a año, en el registro de la Corte Suprema. 63% de las mujeres fueron asesinadas en sus hogares y un 58% de los femicidas eran sus parejas o exparejas. Además, si lo analizamos en relación con lo registrado por la Oficina de la Mujer de la Corte, de enero a mayo de 2020 se detectan 5 casos de femicidios más **(27)**.

La pandemia, de acuerdo con el análisis conjunto de todas las cifras recabadas, significó un cambio forzoso en las modalidades de acceso a servicios para salir de la situación de violencia. A pesar de que quienes necesitan realizar una denuncia por un hecho de violencia o pedir asistencia están exceptuadas —junto a sus hijas e hijos— de la prohibición de circular implantada en los períodos de aislamiento y de que no necesitan un permiso de circulación **(28)**, las mujeres, lesbianas, travestis y trans, vieron incrementadas las barreras para realizar denuncias y buscar apoyos. Las mayores dificultades para acceder a los servicios —judiciales, policiales y sanitarios— y la menor disposición a salir a buscar apoyo por temor a contagiarse el virus, sumadas al refuerzo externo de las estrategias de control de los agresores, en lo que me detendré más adelante, no solo implicaron un marcado incremento de la utilización de los servicios telefónicos **(29)** sino que hacen previsible un mayor retraso en la presentación de denuncias.

II. Tramas de poder

Los resultados paradojales de las medidas tomadas en el marco de la emergencia sociosanitaria se sienten más duramente sobre el cuerpo de las mujeres **(30)**. Ellas son las más vulnerabilizadas por los efectos de la pandemia, tanto en lo económico como en lo social, no solo en nuestro país sino a nivel global. Voy a analizar una de las dimensiones de esta situación, en lo que atañe específicamente al mundo del trabajo remunerado y no remunerado.

Son casi absoluta mayoría entre el personal de casas particulares, el sector con el mayor índice de informalidad **(31)**, en el que se desempeña el 17% del total de la fuerza de trabajo remunerada de las mujeres. Además, ocupan la mayoría de los empleos de los sectores más afectados por la pandemia: no solo aquellos que vieron disminuidos bruscamente sus ingresos —como hoteles, restaurantes y turismo, que concentran el 46% del total de mujeres ocupadas en la Argentina contra el 37% de los varones **(32)**—, sino el de la salud, que está siendo sometido a una sobrecarga desmedida de trabajo y a una mayor exposición al contagio **(33)**. Este último también es un ámbito históricamente feminizado: un 70% de ese sector se compone por mujeres **(34)** y emplea casi el 10% del total de las trabajadoras remuneradas.

(27) De todas formas, tratándose de información obtenida con diferentes criterios, serán necesarios estudios ulteriores para posibilitar la comparación.

(28) De acuerdo con la resolución del MMGyD, aclaratoria del art. 6º, inc. 6º del dec. 297 del 19/03/2020, las personas en situación de violencia por motivos de género, junto a sus hijas e hijos, están exceptuadas de las medidas de aislamiento en casos de fuerza mayor, cuando requieran pedir asistencia o realizar una denuncia. Ver: MMGyD, res. 15/2020, 04/04/2020.

(29) Esto no sucedió solamente en nuestro país. Según datos de ONU Mujeres, el 80% de los países reportaron un incremento del número de llamadas a líneas de auxilio y atención a la violencia de género. Ver: VIVES-CASES, C. *et al.*, "Intimate Partner Violence against Women during the COVID-19 Lockdown in Spain", *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 18, 4698, 2021, p. 7 y CRESPO, R., "Pandemia y violencia de género: crisis de doble impacto para las mujeres", PNUD, República Dominicana, disponible en *https://www.do.undp.org/content/dominican_republic.es/home/blog/pandemia-y-violencia-de-genero.html*.

(30) Las estadísticas disponibles siguen respondiendo a un canon binario, por lo que, en este artículo, la referencia a la categoría mujeres alude a ellas en toda su diversidad, incluidas lesbianas, travestis y trans, pero teniendo siempre presente que es imprescindible, para dar cuenta de las desigualdades y violencias de género contar con información detallada sobre la situación de las personas LGBTTIQ+.

(31) Un 76,8% de estas trabajadoras —casi un millón de personas— no se encuentran registradas, mientras que, si observamos el resto de las personas trabajadoras, este porcentaje es del 28,5%. LÓPEZ MOURELO, E., "La COVID-19 y el trabajo doméstico en Argentina", Informe Técnico, OIT, Buenos Aires, abril 2020, ps. 10-11.

(32) ERNST C. *et al.*, "COVID-19 y el mercado de trabajo en Argentina", Informe Técnico, OIT, Buenos Aires, 2020, p. 18, disponible en *http://ceiret.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/240/2020/10/wcms_754620.pdf*.

(33) *Ibid.*, p. 23.

(34) *Ibid.*

A esto se suma que son mujeres la mayoría de las personas que trabajan en la economía popular. Según el primer informe de implementación del Registro Nacional de Trabajadores y Trabajadoras de la Economía Popular (RENATEP), de mayo del 2021, un 57,1% de las personas inscriptas son mujeres **(35)**. La feminización de este sector es aún más marcada en la rama de los servicios socio-comunitarios, donde las mujeres representan el 63,2% del total **(36)**. Son las que, en su mayoría, trabajan colectivamente en comedores y merenderos. Trabajadoras, también declaradas esenciales, que llevan adelante una enorme tarea en los barrios populares. A consecuencia de la emergencia sociosanitaria, se registró un incremento exponencial de la demanda, que llevó incluso a crear nuevos comedores, con la consecuente sobrecarga de trabajo **(37)**.

Como vengo señalando, el impacto desproporcionado de las restricciones impuestas en el marco del COVID-19 sobre la situación de las mujeres en el mercado del trabajo no es un fenómeno exclusivo de nuestro país. En Estados Unidos esto incluso generó un neologismo, *shecession* **(38)**, que mixtura la palabra "ella" con "recesión", con el que se identifica el efecto diferenciado de la pandemia sobre las trabajadoras, y, en particular, sobre las mujeres racializadas.

En la Argentina, en el primer trimestre de 2020, se evidenció un crecimiento del desempleo entre las mujeres, que alcanzó una tasa de desocupación del 11,2%, frente al 9,7% de los varones **(39)**. Las jóvenes, entre 14 a 29 años, fueron el grupo más afectado **(40)**, en tanto la desocupación llegó al 23,9%, casi 6 puntos porcentuales más que la desocupación juvenil total.

Un análisis hecho un año después, en el primer trimestre de 2021, la población ocupada volvió a ser de 19 millones de personas, igual a la de los primeros meses del 2020 **(41)**. Pero esto no fue proporcional en términos de género. Se registran unos 390 mil hombres empleados más respecto del año anterior, pero 360 mil mujeres menos. Esa drástica diferencia responde a la pérdida de empleos en el sector del trabajo en casas particulares, que, como ya he mencionado, son ocupados en casi su totalidad por mujeres. Este fue el sector donde se detectó la disminución más drástica de puestos, unos 430 mil menos que el año pasado, es decir, que solo se recuperaron un 18%. Otros 240 mil puestos perdidos para las mujeres corresponden al sector gastronómico y de hospedajes, que solo muestran una recuperación del 30%.

La inseguridad económica no solo se refiere a la falta o disminución de los ingresos, sino también a una de sus consecuencias directas: la intensificación del endeudamiento de las mujeres. Deudas por alquileres —especialmente en hogares monomarentales o con un solo ingreso—, por servicios públicos, por conectividad, por medicamentos, por alimentos, alcanzan,

(35) RENATEP, "Hacia el reconocimiento de las trabajadoras y los trabajadores de la economía popular. Primer informe de implementación", Secretaría de Economía Social, Ministerio de Desarrollo Social de la República Argentina, mayo 2021, disponible en *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/05/informe_completo_renatep.pdf*.

(36) Ibid., p. 23.

(37) A modo de ejemplo, Gavazzo y Nejamkis relevaron durante la pandemia, en 2020, cuatro comedores, del Partido de San Martín, en los que brindaban asistencia alimentaria diaria para un total de 1160 personas, de las que solo 100 asistían con anterioridad y tres de esos espacios manifestaron que no llegaban a satisfacer la demanda. Ver: GAVAZZO, N. – NEJAMKIS, L., "Si compartimos, alcanza y sobra. Redes de cuidados comunitarios entre mujeres migrantes del Gran Buenos Aires frente al COVID19", REMHU, *Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.* 29 [61], Dossiê: Pessoas migrantes e refugiadas em tempos de Covid-19: violações e resistências, enero-abril 2021, disponible en *https://www.scielo.br/j/remhu/a/LGcrZVbkqrRfNJ8F4WHZMLy/?lang=es*.

(38) Este término fue impulsado por el Institute for Women's Policy Research. Ver: HEGEWISCH, A., "Women and the COVID-19 Pandemic: Five Charts and a Table Tracking the 2020 'She-Cession' by Race and Gender", Quick Figure #Q094, IWPR, Washington DC, 2021. Disponible en: https://iwpr.org/wp-content/uploads/2021/01/QF-Women-Jobs-and-the-COVID-19-Feb-to-Dec-2020.pdf.

(39) ERNST, C. *et al.*, "COVID-19 y el mercado de trabajo en Argentina", Informe Técnico, OIT, Buenos Aires, 2020, p. 13.

(40) Ibídem, p. 18.

(41) CETYD-IDAES, "Una recuperación con los varones adentro. Crisis del trabajo en casas particulares, crisis del empleo femenino", UNSAM, San Martín, julio 2021, disponible en *http://noticias.unsam.edu.ar/wp-content/uploads/2021/07/informe2.pdf*.

hoy, tanta preponderancia que Cavallero y Gago adoptan la figura de "recolectora de deudas" como forma de personificar la feminización de la pobreza **(42)**.

Estos hechos no pueden analizarse sin tomar en consideración el aumento desmedido de la demanda de cuidado no remunerado al interior de los hogares, que se vuelca, casi en su totalidad, sobre mujeres **(43)**. Gabriela Yuba, en un reciente artículo, postula que esta desigualdad en el ámbito de los cuidados constituye una expresión cabal de violencia económica y simbólica **(44)**. La falsa creencia de que las mujeres tienen una mayor aptitud natural para llevar adelante las tareas de cuidado renaturalizó el hecho de que fueran ellas quienes relegaran sus actividades laborales y personales en función del mundo doméstico. La pandemia apuntaló, así, los estereotipos opresivos de género y las desigualdades de poder que estos, a la vez, vehiculizan y sostienen. Muchas de ellas, vieron crecer, a una velocidad atroz, el muro que las encerraba nuevamente en su casa.

De acuerdo con los resultados obtenidos en la tercera ronda de la encuesta realizada por Unicef Argentina, 57% de las entrevistadas manifestaron sentir una mayor sobrecarga de las tareas del hogar durante este período **(45)**. Esta información, correspondiente al mes de octubre de 2020, significa un deterioro respecto de los resultados obtenidos en las rondas anteriores —el 51% de abril y el 48% de julio de ese mismo año—. La relativa apertura de diferentes actividades que supuso, en ese momento, la fase de distanciamiento social preventivo y obligatorio, lejos de representar un alivio, significó una nueva sobrecarga.

Así, rápidamente se constata que, aún hoy, la organización social y la economía de mercado se apoyan en la disponibilidad de trabajo no remunerado que cotidianamente las mujeres continúan dedicando a las tareas de cuidado **(46)**. De acuerdo con datos del 2014, las mujeres ocupan casi el doble de tiempo que los varones en estas actividades, unas 6,4 horas por día frente a, apenas, unas 3.4 horas **(47)**. Esta diferencia no es atribuible a que los hombres trabajan más tiempo fuera del hogar —un argumento que tristemente se continúa escuchando—: si sumamos las horas de trabajo pagas y no pagas, se constata que las mujeres trabajan semanalmente 7 horas más que los varones **(48)**. Antes de la pandemia, el 71% de esas tareas era realizado por mujeres, porcentaje que se incrementó durante el confinamiento en 5 puntos —76%— **(49)**. Esto se explica en que son ellas quienes, en la mayor parte de los casos, se han hecho cargo de sobrellevar las situaciones derivadas del cierre de los establecimientos educativos y otros espacios que posibilitan la desfamiliarización del cuidado **(50)**, los que, a su vez, también son ámbitos históricamente feminizados.

La desigual sobrecarga de responsabilidad —material y mental— en relación con las tareas domésticas y de cuidado no remunerado impacta de múltiples formas en las vidas de las

(42) CAVALLERO, L. – GAGO, V., "La pandemia generó una explosión de las deudas domésticas", *Página/12* del 01/10/2020, disponible en *https://www.pagina12.com.ar/296184-la-pandemia-genero-una-explosion-de-las-deudas-domesticas*.

(43) Un muy buen análisis sobre la desigualdad en relación con la organización familiar y las tareas de cuidado durante la pandemia puede leerse en ARZA, C., "Familias, cuidado y desigualdad", en CEPAL, *Cuidados y mujeres en tiempos de COVID-19: la experiencia en la Argentina*, Documentos de Proyectos (LC/TS.2020/153), Santiago, 2020, disponible en *https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46453/1/S2000784_es.pdf*.

(44) YUBA, G., "Reflexiones sobre la violencia económica y patrimonial hacia la mujer y tareas de cuidado no remunerado: desafíos en tiempos de pandemia", Erreius online, junio 2021.

(45) UNICEF, ob. cit., p. 45.

(46) ARZA, C., ob. cit., p. 48.

(47) INDEC, "Encuesta sobre trabajo no remunerado y uso del tiempo", 2014.

(48) D'ALESSANDRO, M. – O'DONNELL, V. – PRIETO, S. – TUNDIS, F., "Las brechas de género en la argentina", Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, Ministerio de Economía de la Nación Argentina, 2020, p. 7, disponible en *https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf*.

(49) UNICEF, ob. cit., p. 45.

(50) Servicios de cuidado remunerado: personal de casas particulares, asistencia a la niñez, a personas adultas mayores y a personas con discapacidad.

mujeres **(51)**. Entre quienes, además, desarrollan trabajos remunerados se generan tensiones crecientes al intentar armonizar unas y otras tareas. Esto puede llevar a reducir la jornada o, incluso, a dejar el empleo, con la consecuente disminución de ingresos. Todos los efectos de la desigualdad de género en materia de cuidado sobre el trabajo remunerado —las menores posibilidades de salir de la pobreza, de estudiar, de independizarse económicamente, de tener un ingreso, de percibir el mismo salario que sus pares varones, de desarrollarse laboralmente, de acceder a puestos jerárquicos— recrudecieron en pandemia, en función del gigantesco incremento de la demanda **(52)**.

En contraposición, los hombres sí lograron mantener o recomponer sus espacios de interacción económica, social, política, lo que redundó en una hipermasculinización de espacios que ya les son tradicionalmente atribuidos **(53)**. Esta situación fue palpable desde los primeros meses de repliegue en los hogares. Cuando casi las únicas salidas autorizadas eran las compras en comercios de cercanía, los varones acapararon esas tareas **(54)**, reforzando así también el estereotipo de género que los posiciona como dueños del espacio público.

Todo esto no ocurre porque sí ni es una mera casualidad. Es el resultado concreto de una trama de relaciones desiguales de poder, en las que históricamente se ha forzado —por fuerza física y simbólica— a mujeres, lesbianas, travestis y trans —aunque no solo a ellas— a ocupar el lugar subalternizado, marginalizado, deshumanizado, que el patriarcado reserva a todo lo codificado como femenino.

(51) D'ALESSANDRO, M. – O'DONNELL, V. – PRIETO, S. – TUNDIS, F., ob. cit.

(52) ARZA, C., ob. cit., p. 63.

(53) Mercedes D'Alessandro entrevistada en JIMÉNEZ SANTOFIMIO, C., "La pandemia atomizó el liderazgo femenino", Goethe Institut, disponible en *https://www.goethe.de/ins/ar/es/m/kul/fok/mac.22121993.html*.

(54) BOLZON, L. – DE VICENTE, M. D. – CASTRO SÁNCHEZ, M. – GONZÁLEZ, M. S. – RANDLE, J. M., "Vida personal y familiar en tiempos de aislamiento social", resumen ejecutivo, Centro para el Estudio de las Relaciones Interpersonales, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad Austral, Buenos Aires, 2020, p. 10.

III. Violencia recargada

"Quedate en casa" no es una prescripción inaudita para las mujeres. Como bien dice Alejandra Mora Mora, secretaria ejecutiva de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) de la Organización de Estados Americanos (OEA), "[e]sta pandemia nos volvió a recordar lo que el patriarcado nos ha dicho toda la vida: 'quédate en casa'. Porque esta frase ha sido la estrategia histórica e ideológica para reducirnos y mantenernos en el mundo de lo privado" **(55)**. Pronunciada desde el Estado significa, para muchas, un aumento de la violencia ejercida contra ellas y la disminución de sus posibilidades de alejarse de dinámicas violentas.

A partir de marzo del 2020, la vivienda pasó a ser el lugar donde se solapan cuidado, trabajo y educación, lo que representa, como ya he analizado, una desigual recarga multiplicada de trabajo. Pero, desde siempre, para muchas mujeres, ese ámbito, cuyas paredes se resolidificaron en pandemia, lejos de significar seguridad y protección, términos con los que tradicionalmente se lo asocia, es el emplazamiento del terror cotidiano. La casa sigue siendo hoy el hábitat naturalizado de la violencia patriarcal.

Hoy podemos seguir afirmando que las mujeres tienen mayor probabilidad de ser asesinadas en el propio hogar que en la calle, como lo hizo la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) hace justamente una década **(56)**. Esa expresión nada tuvo de novedosa para los feminismos, que hicieron de la frase de Kate Millet, de 1969, que habilitó a pensar la dimensión política —y, por tanto, pública— del espacio privado, "lo personal es político" **(57)**, un lema de militancia. Esto también ha sido confirmado una y otra vez por el registro de datos estadísticos de las causas judiciales en las que se investigan muertes violentas de mujeres

(55) MORA MORA, A., "Impactos diferenciados", *Voz y Voto*, disponible en *https://www.vozyvoto.com.mx/Leer/131Impactos-diferenciados*.

(56) OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, "Estudio mundial sobre el homicidio 2011. Tendencias, contextos, datos", Viena, UNODC, 2011, p. 6.

(57) MILLET, K., "Política sexual", Ed. Cátedra, Madrid, 1995.

cis, trans y travestis por razones de género **(58)**, que elabora, desde 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, aunque hubo que esperar un par de años para que se incluya información sobre el lugar de ocurrencia de los femicidios. En 2017, el 71% de las víctimas directas de femicidio fueron asesinadas en sus casas; en 2018, el 66%; en 2019, el 60% y en 2020, el 63%. En este último caso, un 23% corresponde a su propia vivienda y un 40% a la que compartían con el agresor.

Es decir, cada año, en nuestro país, más del 60% de los femicidios ocurren en la casa de las víctimas y, en una similar proporción, el femicida es su pareja o expareja. Estos porcentajes hablan por sí mismos de la persistencia de la injusta desigualdad de poder en esas relaciones.

En el marco del hogar, una de las primeras señales de violencia es el aislamiento. Se han identificado algunas de las variantes utilizadas **(59)**. Por ejemplo: aislamiento social —de familiares, amistades—; funcional —cuando los sistemas de apoyo existen, pero no son confiables o mantienen alianzas con los agresores—; físico o geográfico —cuando se establece la vivienda en lugares poco accesibles o con dificultades para la comunicación— y también el que se da a través de la vigilancia constante y la microrregulación de las actividades cotidianas. Todas estas diferentes formas de entrampamiento con el agresor se ven facilitadas, en la emergencia sociosanitaria, por el reforzamiento externo que supone el aislamiento/distanciamiento obligatorio, multiplicando exponencialmente su impacto.

El propósito del aislamiento es despojar de todo acompañamiento emocional y facilitar, así, la naturalización de los episodios violentos, a la vez que se dificulta la salida de la situación de violencia, por la ruptura de las redes de apoyo, imprescindibles para romper la dinámica repetitiva y cíclica de estas relaciones **(60)**. La evidencia muestra que las redes informales —amigos, familiares, personas del trabajo o del barrio— son la primera fuente a la que recurren las mujeres afectadas por la violencia, cualquiera sea su edad y condición socioeconómica **(61)** y, también, las primeras que, probablemente, puedan detectar la situación violenta. El apoyo del entorno cercano es, indudablemente, un factor de protección a la hora de tomar la decisión de denunciar. Esto ha sido corroborado por un estudio de 2019 de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género de España, en el que más de un cuarto de las denunciantes menciona que "el apoyo de una persona de su entorno que la anima a pedir ayuda" fue una razón clave para hacer la denuncia **(62)**.

El confinamiento no solo acrecentó la exposición a la violencia, en tanto se pasa más tiempo junto a los agresores, sino que representó la consolidación del poder de estos para encorsetar a las mujeres en las cuatro paredes del hogar. A la violenta estrategia de control ya implementada, sumaron nuevas tácticas, apoyadas en la situación de pandemia **(63)** con el objetivo de escalar, todavía más, el aislamiento. Entre ellas: comunicar información falsa sobre el virus —para sembrar más miedo—; sobre la enfermedad —para impedirle que busque asistencia frente a los síntomas—; retener los elementos de protección —barbijo, alcohol en gel— para im-

(58) OFICINA DE LA MUJER, "Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina", Corte Suprema de Justicia de la Nación, disponible en *https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html*.

(59) PETERMAN, A. *et al.*, "Pandemics and Violence Against Women and Children", CGD Working Paper 528, Center for Global Development, Washington DC, 2020, p. 10, disponible en *https://www.cgdev.org/publication/pandemics-and-violence-against-women-and-children*.

(60) Denominada ciclo de la violencia, de acuerdo con la conceptualización introducida por la psicóloga feminista estadounidense, Leonore Walker. Ver WALKER, L. E., "The battered woman", NY Harper & Row, New York, 1979.

(61) PALERMO, T. *et al.*, "Tip of the iceberg: reporting and gender-based violence in developing countries", *American Journal of Epidemiology*, 179[5], ps. 602-612, 2014, disponible en *https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc.articles/PMC3927971/* (último acceso: 06/06/2021).

(62) DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, "Estudio sobre el tiempo que tardan las mujeres víctimas de violencia de género en verbalizar su situación", Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Madrid, 2019, p. 57.

(63) NATIONAL DOMESTIC VIOLENCE HOTLINE "Staying Safe During COVID-19", 2020, disponible en *https://www.thehotline.org/2020/03/13/staying-safe-during-covid-19* (último acceso: 10/06/2021).

pedir que salga a la calle y utilizar la exposición al COVID como amenaza **(64)**.

A esto se agregó una percepción de mayor impunidad como resultado del engrosamiento de las barreras que impiden salir de la situación. Son muchas las consecuencias directas de la violencia que cercenan las posibilidades de salir del ciclo de la violencia: el miedo al agresor, la dependencia económica y/o afectiva, la falta de redes de apoyo, emociones como la culpa, la pena por el agresor o la vergüenza. También existen barreras institucionales como la falta de confianza en la policía y la justicia. En pandemia, atravesar la puerta para buscar apoyo se tornó un proceso aún mucho más complejo, particularmente en los momentos más severos del confinamiento. A las barreras económicas ya apuntadas —falta o disminución de ingresos con el consiguiente aumento de la dependencia económica del agresor— se sumaron barreras comunicacionales —por el desconocimiento sobre la posibilidad de salir del hogar sin permisos de circulación para hacer una denuncia o solicitar apoyo y sobre cuáles servicios continuaban funcionando y en qué condiciones más la deficiencia en muchos hogares de los medios tecnológicos y de comunicación adecuados— e institucionales. Estas últimas relacionadas especialmente con la saturación del sistema sanitario y el cierre de espacios comunitarios y educativos que habitualmente contribuyen a la detección de situaciones de violencia y a brindar un primer apoyo **(65)**. A estos obstáculos que se encuentran fuera del hogar se le adicionaron otros hacia su interior debido a las mayores oportunidades con las que cuentan los agresores para vigilar e impedir intentos de comunicación en busca de apoyo, seguridad y protección.

Ahora bien, el confinamiento estricto ha ido alternándose, en estos meses, con períodos de mayor flexibilidad, en los que algunas de estas barreras se debilitan. Esos momentos no dejan de entrañar riesgos. Es necesario enfatizar que el período donde la vida de las mujeres en situación de violencia se encuentra más amenazada se ubica entre el momento en que se separan —o comunican sus intenciones de hacerlo— hasta un año después, siendo el primer trimestre el período de mayor peligro **(66)**. Ello se debe a que los agresores perciben una pérdida del control que venían sosteniendo y recurren a agresiones más graves —pudiendo llegar incluso al femicidio— para restaurar su poderío. En consecuencia, es factible pensar que la contracara del acrecentamiento de la percepción de estar al mando, hacia dentro del hogar, garantizada por el ejercicio de la violencia durante el aislamiento —lo que, en parte, también es una reacción a la imposibilidad de controlar los eventos externos **(67)**— es la pérdida percibida de dominio sobre la vida de las mujeres que involucra la salida del confinamiento. Esto es fundamental, ya que hace presuponer que en la salida del aislamiento-distanciamiento se enfrentan los mayores riesgos **(68)**. Reencontramos aquí los efectos paradojales de la cuarentena: la desescalada del confinamiento se corresponde con el aumento del riesgo de una escalada de violencia, que es necesario prevenir.

IV. La violencia de género no es una pandemia

Estos últimos meses, en un intento de llevar hacia la violencia de género un poco de la atención pública que se dedica al COVID-19, se dice que es "la otra pandemia". Pero no es así. Esta es una metáfora fallida, en la que se pierde más de lo que se gana, en tanto distorsiona el significado de esta violencia. Por ello, me voy a detener en analizar las reverberaciones de esta frase. Es un problema de palabras, sí, pero eso no signi-

(64) BEDOYA PAUCAR, M. D. P. *et al.*, "Covid-19 y la violencia contra la mujer", *Recimundo*, 4[4], 242-249, 2020, p. 246.

(65) MESECVI, "La violencia contra las mujeres frente a las medidas dirigidas a disminuir el contagio del COVID-19", Documentos oficiales, OEA/Ser.L/II.6.26, Washington, 2020, p. 12.

(66) CAMPBELL, J. C. *et al.*, "Intimate partner homicides: Review and Implications of Research and Policy", *Trauma Violence Abuse*, 8, 2007, p. 254.

(67) PETERMAN – POTTS – O'DONNELL – THOMPSON – SHAH – OERTELT-PRIGIONE – VAN GELDER, "Pandemics and Violence Against Women and Children". CGD Working Paper 528. Washington DC,, Center for Global Development, 2020, p. 10, disponible en *https://www.cgdev.org/publication/pandemics-and-violence-against-women-and-children.*

(68) LORENTE ACOSTA M., "Violencia de género en tiempos de pandemia y confinamiento", *Revista Española de Medicina Legal*, 46[3], ps. 139-145, 2020.

fica que no tenga consecuencias materiales ni que sea algo neutro o inocuo. Por el contrario, como bien dice Donna Haraway, estas son "profundamente físicas" **(69)**.

Como toda expresión metafórica, opera haciendo una traslación de sentido y posibilita que comprendamos un concepto en términos de otro. Al enfatizar algunos aspectos y difuminar aquellos que no son coherentes con esa fórmula, se privilegia la construcción de un sentido sobre otros posibles **(70)**. Cuando las metáforas sintonizan con el sentido común de una sociedad, colonizan rápidamente el lenguaje, borrando esas dimensiones del concepto que entran en contradicción con la nueva construcción. Se convierten en la forma dada de comprender una cuestión y su mayor eficacia reside en silenciar esta operatoria de naturalización.

Con esto no quiero decir que todas las metáforas circulantes son patriarcales. Los feminismos saben muy bien que la lengua es un territorio de lucha por el sentido y, por tanto, también de creación e innovación. Algunas expresiones son contrahegemónicas y se diseminan, de boca en boca, y de mano en mano, entre quienes buscan horadar el sentido común automático dominante. Pero esta, que asemeja las violencias de género a la pandemia que hoy nos afecta, nada tiene de emancipatoria. Es una reversión de otras, ya hace tiempo en uso, que asocian estas violencias a una enfermedad, a epidemias y que, en consecuencia, conciben a los agresores como enfermos.

La asimilación a la pandemia puede ser un buen llamador de atención pública, pero no es más que otra trampa del patriarcado. Da a entender que se trata de una fatalidad que se expande de forma natural en la población, de indeterminado origen, que se contagia de persona a persona —involuntariamente—, que las decisiones de cómo combatirla están en manos expertas y que al resto solo les queda aislarse, vacunarse y mantener distancia. Todas las representaciones que tenemos incorporadas sobre el COVID-19 se cuelan inexorablemente, impregnando nuestra conceptualización de la violencia de género y alimentando falsas creencias ya instaladas en la sociedad.

Al contrario de lo que evoca la metáfora, nada hay de natural en las violencias de género, su origen es preciso, no se contagia, no hay manera de inmunizarnos contra ella, erradicarla no es una cuestión de algunas personas sino de toda la sociedad y en vez de distancia, exige involucramiento. Así, esta expresión, en vez de presentificar las violencias para contribuir a su erradicación, las camufla de sentido común. Esta es una operación de despolitización, que, como tal, es netamente patriarcal.

La asociación con la pandemia, en primer lugar, desresponsabiliza a los agresores. Sugiere que el hecho de violencia es algo que está por fuera de su control, en tanto se contagia. Nada más alejado de la realidad. La violencia de género es, principalmente, una estrategia de control, extremadamente precisa, que se ejerce con el objetivo de someter a las mujeres **(71)**, incluidas las mujeres trans, y mantenerlas en un lugar subordinado. Los agresores no son enfermos —ni locos, ni monstruos—. Son hombres comunes y corrientes, de todas las clases sociales y de todos los niveles educativos, que están poniendo en acto una forma tradicional de entender su identidad masculina, asociada a la dueñidad **(72)**, tal como lo prescribe y avala el patriarcado. "Serás mía o de nadie" es una frase que se sigue escuchando en boca de quienes ejercen el terror cotidiano. Lo que se busca no es el daño en sí mismo, sino sostener la dominación masculina, y, para ello, la violencia —en cualquiera de sus tipos y modalidades— es la técnica privilegiada, promovida desde el sistema patriarcal-colonial-capitalista.

En segundo lugar, el restringir la violencia a un grupo de hombres, catalogados como enfermos, exime a quienes no ejercen las violencias más extremas —y que por tanto se autoperciben como *sanos*— de preguntarse hasta qué punto

(69) HARAWAY, D. – GOODEVE T., "Como una hoja", Ed. Con tinta me tienes, Madrid, 2018, p. 108.

(70) LAKOFF, G. – JOHNSON, M., "Las metáforas de la vida cotidiana", Ed. Cátedra, Madrid, 1998, p. 46.

(71) LORENTE ACOSTA, M., "El agresor en la violencia de género. Consideraciones sobre su conducta y estrategias", Ed. Sindic Greuges, 2012, p. 18.

(72) SEGATO, R., "Patriarcado: del borde al centro. Disciplinamiento, territorialidad y crueldad en la fase apocalíptica del capital", en *La guerra de las mujeres*, Ed. Traficantes de Sueños, Madrid, 2016, p. 98.

sus insidiosos machismos cotidianos contribuyen a la cruel realidad de los femicidios o en qué medida la burbuja de privilegios en la que viven, simplemente por el hecho de ser hombres en un régimen desigual, avala la violencia de género. En este sentido, la metáfora de la pandemia también ocluye los flujos imprescindibles para deshacer la hechura tradicional de la masculinidad, hacia otras, contrahegemónicas, antipatriarcales, igualitarias.

Finalmente, impide que la sociedad cuestione colectivamente la proliferación de comportamientos, creencias, estereotipos, prejuicios y normas sociales, que corporizan el imaginario de la desigualdad y que son el combustible de la violencia patriarcal. Lo que genera la violencia no es una enfermedad —ni la locura, ni ninguna característica inhumana— sino el orden de cosas, injusto, desigual y cruel, de la sociedad en que vivimos. Pensar la violencia de género como "otra pandemia" alimenta la falsa creencia de que es posible erradicar la violencia de género sin desarmar la matriz social, económica y política que la produce.

Entonces, es necesario señalar que esta expresión, probablemente lejos de las intenciones de quienes la acuñaron, sirve de justificación para naturalizar y reprivatizar la violencia patriarcal **(73)**. Esta no es un producto de problemas interpersonales, que va reproduciéndose por contagio, sino de un sistema político que impone un principio de dominación masculina que exige la subordinación e inferiorización de las mujeres y de las personas LGBTTIQ+. Seguir multiplicando esta metáfora automáticamente es actuar como caja de resonancia del sentido común dominante patriarcal.

V. Nota final

Este trabajo no alcanza a dar cuenta de la totalidad de relaciones entre pandemia y violencia de género, sino que son apenas algunos apuntes provisionales destinados a señalar algunas reverberancias de sus posibles conexiones, desde un posicionamiento sensible a las desigualdades e injusticias de género y de todo tipo. Apuntes que no trazan líneas definidas, sino que van desbordando unas en otras, enmarañándose.

El objeto es ampliar la frecuencia de nuestra sensibilidad, de forma tal que nos permita comprender que la emergencia sociosanitaria afecta negativamente a las mujeres, lesbianas, travestis y trans en forma desproporcionada, tanto fuera como dentro del hogar, ensanchando aún más la brecha de desigualdad preexistente, particularmente cuando el género se entrecruza con otros vectores de desigualdad. La precariedad de la vida se hace aún más palpable. Siguiendo a Diana Maffía, "es desde esa precariedad que deben resolver cotidianamente la incertidumbre. Se les pide lo más a quienes se les ha garantizado lo menos" **(74)**.

Las violencias de género, en todos sus tipos y modalidades, están enraizadas con una multiplicidad de discriminaciones —económicas, políticas, laborales, en el acceso a la educación, a la salud, a la vivienda, entre otras— que perpetúan la injusticia de género. Unas y otras se sostienen en un enmarañado entretejido simbólico de creencias, valores y estereotipos —el imaginario de la desigualdad— que conforma nuestra visión de mundo y permea todas las prácticas sociales, legitimando y reproduciendo la dominación masculina.

Es por esto que el aumento del riesgo de mayor frecuencia y gravedad de episodios violentos durante el aislamiento no debe leerse como una cuestión incidental, que podemos examinar en forma aislada o segmentada. Por el contrario, es necesario considerarla juntamente con el refuerzo de las desigualdades y estereotipos analizados en este trabajo, entre otras consecuencias negativas de la emergencia sociosanitaria en términos de género.

Estas no son dos caras de un mismo problema, a las que podemos considerar con relativa independencia. Por el contrario, estas se experimentan como "un *continuum* sobre el cuerpo de las mujeres, en un reiterado y renovado ejer-

(73) Sigo aquí a Bell Hooks, para quien la expresión "violencia patriarcal" es útil porque recuerda constantemente que es una violencia "ligada al sexismo y al pensamiento sexista, a la dominación masculina". Ver Hooks, B., "El feminismo es para todo el mundo", Ed. Tinta Limón/Traficante de sueños, Madrid, 2017, p. 18.

(74) MAFFÍA, D., "Violencia de género ¿La otra pandemia?", en AA.VV., *El futuro después del COVID-19*, Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación Argentina, p. 184.

cicio de poder sobre sus cuerpos" **(75)**. Esta relación de continuidad la podemos representar con una banda de Moebius **(76)**, una figura topológica ha sido descripta como una que desafía el sentido común, en tanto es un objeto no orientable: no tiene arriba ni abajo, interior o exterior, derecha o izquierda. Lo que en apariencia son dos caras es en realidad una sola cara y un solo borde. Esta configuración lleva a pensar que existe una continuidad entre ambas, que son inescindibles, y que, por tanto, no pueden resolverse por separado. Los intentos de erradicación de las violencias que no asumen esta intrarrelación no son más que un enmascaramiento de la persistente desigualdad estructural de género. Hablo de intrarrelación, en vez de interrelación como una forma de enfatizar que ninguno de estos términos puede ser articulado en ausencia de los otros **(77)**. Esto no significa que no podamos abordar las particularidades de las diferentes discriminaciones y violencias, sino que no podremos acabar con la realidad de las violencias sin atender, desde un posicionamiento interseccional, a la desigualdad que, en todos los ámbitos y entrelazadamente, experimentan mujeres, lesbianas, travestis y trans —entre otras—.

En pandemia se evidencian mayores dificultades para afrontar el desempleo, entre otras vulnerabilidades socioeconómicas que acarrea la emergencia sociosanitaria, por la situación de precariedad e informalidad laboral en la que muchas están; un marcado incremento de las tareas de cuidado y un robustecimiento de los estereotipos opresivos de género, que las asocian a estas y, también, intrarrelacionadamente con los anteriores, un aumento del riesgo de violencia de género dentro de los hogares, a partir de las medidas de confinamiento y distanciamiento social.

De acuerdo con la información recabada, no es posible cuantificar el aumento de los episodios de violencia. Sí se observa en 2020 una mayor demanda en los servicios telefónicos de orientación —como la Línea 144 y el 137— y una disminución de las denuncias presenciales en relación con el año 2019. Sin embargo, en la consulta a juezas, jueces y otras funcionarias de la justicia, es notoria su percepción de un incremento de causas de violencia por razón de género, aunque se advierte que la toma de denuncias, en esos casos, se realizó también por vías no presenciales, que actuaron como facilitadoras en un momento en el que el tránsito por el espacio público se hipermasculinizó.

La situación de confinamiento movilizó soluciones especiales para contrarrestar los efectos negativos que previsiblemente conlleva el aislamiento en los hogares. Tanto desde los poderes ejecutivos como desde los judiciales se implementaron herramientas de comunicación impensadas tiempo atrás. Aplicaciones de mensajería instantánea, videollamadas, reuniones virtuales, formularios *online*, además de un refuerzo de las líneas telefónicas y el correo electrónico, buscaron suplir la falta de contacto presencial. Es necesario seguir implementando prácticas innovadoras para que la justicia resulte más accesible mientras continúe esta situación **(78)**. Muchas de estas seguramente serán necesarias más adelante, más allá de la emergencia sociosanitaria, a partir de asumir que la mayoría de las personas afectadas por la violencia, viven estas situaciones en su propio hogar, bajo el control de los agresores, en un aislamiento que precede al confinamiento impuesto preventivamente.

Algunas de las herramientas adoptadas alivianan, en parte, la carga del proceso, facilitando el acceso a la justicia, fundamentalmente, en lo que respecta a la toma de denuncias y a las notificaciones, pero también a la posibilidad de presentarse de forma remota en audiencias y juicios. Estas modalidades evitan las complejidades inherentes a la presencia de las denun-

(75) FALÚ, A., "Restricciones ciudadanas: las violencias de género en el espacio público", *Feminismo, género e igualdad, Pensamiento iberoamericano*, nro. 9, Madrid, 2011, p. 127.

(76) Un tutorial básico que explica cómo realizar una banda de Moebius se encuentra en *https://www.cintademoebius.com/la-cinta-de-moebius/*.

(77) Retomo aquí lo propuesto por Karen Barad, con el término intra-acción. Para esta autora, la noción de interacción supone el intercambio entre entidades completas existentes *a priori*, mientras que el neologismo que ella introduce expresa que los elementos que constituyen el sistema en cuestión emergen en y a través de su encuentro, por lo que no pueden considerarse segmentadamente. Ver: BARAD, K., "Meeting the Universe Halfway", Duke University Press, Durham - London, p. 33.

(78) MESECVI, ob. cit., p. 16.

ciantes en los juzgados —no tener quien cuide a sus hijas e hijos, pérdida de días de trabajo, dificultades de transporte y hasta el miedo o sentimientos contradictorios que pueden acarrear el encuentro con los agresores—. Es claro que no basta con confiar en las nuevas tecnologías. Son muchas todavía las deudas de la justicia con las mujeres y personas LGBTTIQ+. Entre otras transformaciones necesarias, es necesario acabar con el laberíntico camino que deben recorrer quienes denuncian violencia de género, activar los necesarios servicios de apoyo y equipos interdisciplinarios, actuar con celeridad frente al incumplimiento de las medidas, analizar profundamente e involucrarse con las alternativas disponibles para realizar intervenciones con los agresores **(79)**, y adoptar una posición sensible a las injusticias de género —entrecruzadamente con otras— en toda la actuación judicial.

Todo este análisis trabaja sobre información de 2020, con su alternancia entre períodos de mayores restricciones y mayores flexibilizaciones, pero aún no estamos viviendo la salida de la pandemia. Es imprescindible que las distintas instituciones gubernamentales diseñen campañas e iniciativas específicas, desde un enfoque interseccional, tomando en consideración las necesidades de las mujeres con discapacidad, indígenas y racializadas, niñas y adultas mayores, lesbianas, travestis y trans y de quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad socioeconómica —trabajadoras precarias, desempleadas, en situación de calle, migrantes, habitantes de barrios populares y zonas rurales, entre otras— frente a la previsión de una mayor letalidad de los episodios de violencia de género en el ámbito de la pareja en la pospandemia. Su objeto debe ser anticiparse a estas situaciones y desnaturalizar las diferentes estrategias de control y aislamiento, que, se presume, tal como he desarrollado en este trabajo, han aumentado desde marzo 2020 **(80)** y presentarlas como lo que son, una forma de violencia insidiosa e implacable, que se va desarrollando e incrementando en el tiempo y que puede llegar, incluso, a violencias extremas.

Las brechas de género en todos los ámbitos se han acrecentado enormemente. En este estado de cosas, es vital cuestionar las afirmaciones que despolitizan la violencia de género, desresponsabilizan a los agresores y borran la mano del patriarcado. No es *la otra pandemia* ni su aumento es producto del COVID-19. Las necesarias medidas preventivas de aislamiento y distancia social facilitan la violencia de género en tanto refuerzan las desigualdades estructurales que, entrecruzada y simultáneamente, (se) sostienen en el régimen patriarcal-colonial-capitalista.

La ilusión de que salgamos mejores de esta pandemia se ha desvanecido. Hace un tiempo ya que vengo señalando que la nueva normalidad viene recargada de patriarcado explícito, como se constata a diario. Frente a ello, debe ser reconocida la tarea intensa y valiosísima que llevan adelante las organizaciones sociales, y especialmente las feministas, no solo a la hora de brindar orientación y acompañamiento a quienes viven situaciones de violencia de género u otras vulneraciones de derechos, sino también de alzar la voz para reclamar al Estado el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades. Un trabajo, que siempre y en todo momento es sustancial, lo es todavía más aún en esta situación **(81)**. Ellas ponen en acto la vibrante frase de Sara Ahmed: “Nos necesitamos las unas a las otras para sobrevivir: necesitamos ser parte de la supervivencia de las demás” **(82)**. Pero esta supervivencia no puede significar agarrarse a una tabla de flotación en un mar de injusticias, sino la potente materialización del derecho de todas las mujeres, lesbianas, travestis, trans, a vivir una vida libre de violencias y discriminación, una vida digna de ser vivida, pese a toda pandemia.

(79) Sobre este punto ver: CASAL, A., "Narrativas de los dispositivos dirigidos a agresores de género", Erreius online, Buenos Aires, junio 2021.

(80) SMYTH, C. – CULLEN, P. – BRECKENRIDGE, J. – CORTIS, N. – VALENTINE, K., "COVID-19 lockdowns, intimate partner violence and coercive control", *The Australian Journal of Social Issues*, abril 2021, disponible en *http://europepmc.org/article/MED/34188336*.

(81) INSTITUTO DEL CONURBANO, "El Conurbano en cuarentena. II Informe", Universidad de General Sarmiento. 2020 p. 20, disponible en *http://observatorioconurbano.ungs.edu.ar/Publicaciones/El-Conurbano-en-la-cuarentena.-Segundo-informe.pdf*.

(82) AHMED, S., "Vivir una vida feminista", Ed. Caja Negra, Buenos Aires, 2021, p. 14.

Morir en pandemia: una oportunidad para reflexionar sobre el final de la vida

María Marcela Pájaro (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El hombre y la muerte.— III. El equilibrio entre el bien común y los derechos individuales en pandemia.— IV. El después de la muerte.— V. Epílogo.

"Tardó en hablar: Creo que no solo por falta de aire, sino porque a veces hay cosas que son complicadas de decir. Al fin, se animó a sacar eso que durante los últimos días le estaba dando vueltas, un miedo que no lo dejaba en paz: "¿Cómo me voy a morir?", preguntó" (**)

I. Introducción

La legislación positiva argentina es claramente humanista. El derecho es un producto cultural, que refleja la cosmovisión de una época. Dentro de ese constructo, la persona humana es protagonista y, por ende, "el natural destinatario de las normas jurídicas que él mismo crea en función de valores y de una cierta moral" **(1)**.

Los principales instrumentos de derechos humanos aprobados por el Congreso de la Nación han sido dotados de jerarquía constitucional en 1994 y desde ese momento han ido permeando lenta pero pertinazmente hacia las normas inferiores.

El derecho civil, por su parte, se ha constitucionalizado, asignando a los derechos humanos un espacio esencial en su estructura.

La Constitución Nacional, en su parte dogmática de claro corte liberal, se sustenta sobre tres principios fundamentales: autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona. Estos principios se entrecruzan e interrelacionan de modo tal que no parece posible satisfacerlos de modo sesgado.

Carlos Nino enseña que el principio de dignidad de la persona "prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento" y añade que dicho principio "parece ser tan básico que resulta casi vacuo como directiva de la moralidad social" **(2)**.

El Estado es, entonces, el principal garante de proporcionar las condiciones que satisfagan la mayor dignidad de todas las personas y de proteger este bien jurídico de modo integral y en un marco de libertad.

El capítulo inicial del nuevo Código Civil y Comercial ha venido a cohesionar el ordenamiento jurídico nacional. Desde el arranque, dispone que los tratados de derechos humanos son fuente de derecho y determinan la hermenéutica del ordenamiento jurídico junto a los principios y a los valores jurídicos.

(*) Jueza de la Cámara Civil, Comercial, Minería, Familia y Contencioso Administrativo de San Carlos de Bariloche, Río Negro.

(**) NESPRAL, A., "¿Morir duele?", Ed. Fundación IPA, San Carlos de Bariloche, 2019.

(1) FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., "Derecho y persona", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, 5ª ed. actualizada y ampliada, p. 19.

(2) NINO, C., "Ética y derechos humanos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 287.

El código reformado incorporó en el capítulo dedicado a los derechos y actos personalísimos, la inviolabilidad de la persona humana y el derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad **(3)**.

Eleonora Lamm interpreta que la dignidad es algo sustancial, e inalienable y significa que un individuo siente respeto y se valora a si mismo mientras es respetado y valorado por los demás. El concepto dignidad es "la fuente, el fundamento y el sustrato, en el que se asientan y de la que derivan todos los derechos humanos" **(4)**.

María Casado, por su parte, proclama: "Los derechos humanos son el primer criterio inspirador de cualquier normativa, tanto jurídica como ética. Constituyen el canon regulador de las aplicaciones biotecnológicas propiciando el respeto a la libertad, a la igualdad y a la dignidad de todos y cada uno de los seres humanos" **(5)**.

Vivir dignamente, desde el nacimiento hasta la muerte, implica necesariamente el respeto por las etapas vitales que atraviesa cada persona, sin injerencias arbitrarias ni evitables y con la asistencia que sea necesaria. La autonomía y el derecho a la autodeterminación son componentes inescindibles de la dignidad y deben ser protegidos en forma interrelacionada e indivisible.

Aun cuando la autonomía admite grados, es un concepto que se traduce en el derecho a mantener los propios puntos de vista y hacer elecciones basadas en creencias y valores personales.

Ahora bien, la crisis mundial generada por el COVID-19 nos ha impuesto la necesidad de revisar y replantear principios, normas y modalidades de funcionamiento social, poniendo en tensión permanente las reglas y las excepciones en materia de salud. Huelga agregar que la aparición disruptiva de la crisis sanitaria mandó atender la urgencia y postergar el abordaje de otras complejidades.

Desde los inicios de esta emergencia mundial en salud, la Asamblea General de las Naciones Unidas advirtió sobre la necesidad de un abordaje solidario. El 3 de abril de 2020 dictó la resolución "Solidaridad Mundial para luchar contra la enfermedad de coronavirus de 2019". Entre diversos tópicos, la resolución alude a la necesidad de dar una respuesta mundial coordinada a la pandemia y sus consecuencias sociales, económicas y financieras adversas para todas las sociedades. Dicho en otros términos, la resolución previene que nadie se salva solo.

El impacto de la pandemia se traduce inclusive en la expectativa de vida, ya que el nivel de mortalidad superó el esperado, con pérdida de años de esperanza de vida. La población masculina ha sido la más afectada **(6)**.

Tensiones recurrentes se han presentado entre intereses individuales y colectivos, incrementados por la desigualdad y los diversos proyectos en juego. Los conflictos se vieron reflejados también entre los Poderes del Estado a cargo de gestionar la salud, la defensa de tal derecho a la salud y a la vida, así como de otros bienes constitucionales, en una doble faz: el derecho humano básico individual y el bien colectivo. Planteos de todo tipo se multiplicaron ante los tribunales del país, enarbolando intereses sociales antagónicos, pero a la vez atendibles.

Como lo explica Rawls, hay un contraste entre lo justo y lo bueno, ya que, en general, las concepciones que los individuos tienen de su propio bien difieren de modo notable, mientras que no ocurre lo mismo respecto de sus concepciones acerca de lo que es justo **(7)**.

---

(3) Art. 51: "Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad".

(4) LAMM, E., comentario al art. 51, en "Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., p. 126.

(5) CASADO, M., "Una bioética para el siglo XXI: de pacientes a ciudadanos", en BERGEL – MINYERSKY (coords.), *Bioética y derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 97.

(6) POU, S. A. – GONZÁLEZ, L. M., "Estimación del exceso de mortalidad por COVID-19 mediante los años de vida perdidos: impacto potencial en la Argentina en 2020", enero 2021, disponible en *https://www.cepal.org/es/publicaciones/46556-estimacion-exceso-mortalidad-covid-19-mediante-anos-vida-perdidos-impacto*.

(7) RAWLS, J., "Teoría de la Justicia", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2010, p. 405.

Las economías y las necesidades del mercado también jugaron —y juegan— un papel determinante. La sostenibilidad de la vida está siendo seriamente cuestionada, en tanto el sistema capitalista no parece demasiado interesado en revisarse a sí mismo.

El derecho personalísimo a una muerte digna involucra no solamente a quien atraviesa el tránsito de muerte, sino a otras personas —profesionales y efectores de salud, familiares— quienes deben ajustar su conducta y sus deseos a los lineamientos trazados por la ley, respetando la voluntad y las decisiones del muriente.

Ahora bien, esta capacidad de decidir se encuentra muy limitada en las actuales circunstancias, llevando a que muchas personas hayan fallecido solas u olvidadas, en deshumanizadas instalaciones sanitarias con escaso contacto humano y prácticamente sin cercanía afectiva, o en sus hogares, por saturación de las camas UTI a lo largo y ancho de todo el país. El sector de las personas mayores, alojadas en residencias de estancia prolongada (geriátricos, hogares de ancianos), fue diezmado por la rápida dispersión del virus y las dificultades en la atención. Hasta la llegada de las vacunas, la pandemia causó estragos en ese colectivo.

La pandemia ha puesto en evidencia que los lazos comunitarios y sociales requieren de una organización más eficaz, afectiva y solidaria tanto para el cuidado como para el autocuidado. Nuestra propia supervivencia como especie así lo demanda.

II. El hombre y la muerte

En su libro homónimo, Edgar Morin afirma que "Las ciencias del hombre no se ocupan nunca de la muerte. Se dan por satisfechas con reconocer al hombre como el animal del utensilio (*homo faber*), del cerebro (*homo sapiens*) y del lenguaje (*homo loquax*). Y, sin embargo, la especie humana es la única para la que la muerte está presente durante toda la vida, la única que acompaña a la muerte de un ritual funerario, la única que cree en la supervivencia o en la resurrección de los muertos" **(8)**.

La conciencia de la muerte es el producto de la evolución humana. Mientras que en el mundo animal quien conoce la muerte es la especie y no el individuo, a medida que ascendemos en la escala animal adquirimos la certeza inexorable de la finitud.

Los rituales funerarios, los velatorios, las sepulturas, los panteones familiares, los cementerios y el duelo son expresiones sociales propias de la especie humana que, además, facilitan la aceptación de la muerte.

Las costumbres y la cultura han ido cambiando a lo largo del tiempo. "El hombre fue durante milenios, el dueño y señor de su muerte y de las circunstancias de su muerte. Hoy en día, ha dejado de serlo" **(9)**. Philippe Ariés considera que en el siglo XX se produce la alienación de la muerte y que la civilización pasó de la exaltación de la muerte a su rechazo.

Por otra parte, la medicalización de las instancias finales de la vida ha contribuido a convertir a los profesionales de la salud en los protagonistas principales de la trayectoria de muerte, desplazando al mismo moribundo. Paradójicamente, "la sociedad prolonga todo lo posible la vida de los enfermos, pero no los ayuda a morir" **(10)**.

No obstante, en los últimos tiempos, la cuestión de buen morir ha vuelto a entrar en escena y a ser materia de tratamiento en los tribunales, además de generar debate social al respecto. Casos como "Bahamondez" **(11)**, "Albarracini Nieves" **(12)** o "Diez" **(13)** no solo reinstalaron la temática en el ámbito judicial, sino que también establecieron pautas y lineamientos interpretativos en la materia.

(8) MORIN, E., "El hombre y la muerte", Ed. Kairós, Barcelona, 2007, p. 9, prólogo a la 2ª ed. francesa.

(9) ARIÉS, Philippe, "Historia de la muerte en Occidente. Desde la Edad Media hasta nuestros días", Ed. El Acantilado, Barcelona, 2000, p. 227.

(10) *Ibid.*, p. 294.

(11) CS, "Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar", Fallos 316:479 (1993).

(12) CS, "Albarracini Nieves, Jorge W. s/ medida precautoria", Fallos 335:799 (2012).

(13) CS, "D., M. A. s/ declaración de incapacidad", Fallos 338:556 (2015).

En "Albarracini Nieves", el alto tribunal remarcó el respeto de las directivas anticipadas otorgadas por la persona, resaltando la prerrogativa constitucional que surge del art. 19 de la Carta Magna en materia de autodeterminación.

En "Bahamondez", se explicitó que "el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y que, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental".

En paralelo, el tema se instaló en la agenda legislativa y comenzaron a aparecer leyes que, primero tímidamente y luego con algo más de convicción, abordaron los derechos en la etapa final de la vida, aunque continúa pendiente en opinión de esta autora, un debate profundo acerca de la eutanasia y del suicidio asistido. Más temprano que tarde el derecho a disponer de la vida será un tópico que la sociedad argentina debe enfrentar. Muchos países ya cuentan con regulaciones al respecto y existen grupos locales que requieren su tratamiento, en la inteligencia de que existe un derecho a decidir sobre la propia muerte, como conducta personalísima y autorreferente.

La ley 26.529 **(14)** sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado, en su art 2º, inc. b), declara entre los derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud y cualquier efector de que se trate, el trato digno y respetuoso.

Reza la norma: "El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes".

La norma despeja la cuestión de las decisiones en el final de la vida, explicitando la garantía de autodeterminación en pacientes que presentan enfermedades irreversibles, incurables o se encuentren en estado terminal. Habilita el rechazo o la negativa a recibir ciertos tratamientos o procedimientos, pero con el derecho a que se le dispensen todos los cuidados y servicios adecuados para el control y el alivio del sufrimiento.

También, pone fin al encarnizamiento terapéutico e impide que se prive a las personas de su derecho a decidir con autonomía o que se las prive de aquello que aprecian en su calidad de vida.

Así y todo, es innegable que la pandemia ha generado un verdadero estado de excepción que ha afectado sin dudas, algunos de los derechos enunciados.

III. El equilibrio entre el bien común y los derechos individuales en pandemia

El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró el brote de coronavirus como pandemia, y sobre la base de dicha declaración, el Poder Ejecutivo Nacional dictó inmediatamente el DNU 260/2020 ampliando por el plazo de un año, la declaración de emergencia pública en materia sanitaria ya dispuesta previamente por ley 27.541.

El decreto dio inicio a una serie de restricciones a ciertos derechos y libertades, con miras al bien común y a la salud general. Desde entonces, los Poderes Ejecutivos —nacional, provinciales y municipales— han dictado sucesivos decretos y resoluciones que recortan derechos o reglamentan un ejercicio restringido o acotado, con el fin de proteger a la ciudadanía y evitar que la enfermedad se propague en el territorio nacional o morigerar sus efectos.

Los recortes aludidos se han ajustado a las circunstancias concretas de cada región del país y a los casos de contagios y muertes, que han variado a lo largo del tiempo, con notables mejorías a partir del inicio del plan de vacunación.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido en relación con las decisiones adoptadas con fundamento en una situación de emergencia, asimilable a la que nos atraviesa, que la Constitución Nacional consagra la limitación a las fa-

(14) La ley 26.529 fue modificada por ley 26.742 de Protección de la Dignidad de los enfermos en situación terminal o de agonía en 2012.

cultades del Poder Ejecutivo con la finalidad de resguardar el principio de división de poderes y que "únicamente en situaciones de grave trastorno que amenacen la existencia, la seguridad o el orden público o económico, que deben ser conjuradas sin dilaciones puede el Poder Ejecutivo Nacional dictar normas que de suyo integran las atribuciones del Congreso, siempre y cuando sea imposible a este dar respuesta a las circunstancias de excepción. En consecuencia, el ejercicio de la prerrogativa en examen está sujeto a reglas específicas que exigen un estado de excepción y el impedimento de recurrir al sistema normal de formación y sanción de las leyes y contemplan, además, una intervención posterior del Poder Legislativo" **(15)**.

En este mismo lineamiento, el cimero tribunal dijo: "Las medidas tendientes a conjurar la crisis deben, pues, ser razonables, limitadas en el tiempo, un remedio y no una mutación de la sustancia o esencial de la relación jurídica y están sometidas al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales" **(16)**.

Podemos colegir, entonces, que el bien común ha sido colocado por delante de ciertos derechos individuales en situaciones extraordinarias, por lo que vale clarificar el concepto.

Andrés Gil Domínguez explica: "En un Estado constitucional de derecho, el bien común: a) Es sinónimo de sustancialidad democrática y de garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales subjetivos y colectivos; b) Comprende el pluralismo y la diversidad; c) Se conculca cuando existe un daño directo e inmediato a terceros que genera una colisión entre derechos fundamentales, el cual se resuelve mediante el método de la ponderación. De esta manera se garantiza la coexistencia de una constelación plural de valores y culturas" **(17)**.

Está fuera de discusión que la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud puso en jaque ciertos derechos y libertades. Para que estas limitaciones resulten aceptables —y constitucionalmente válidas—, debe verificarse que, a mayor intensidad de la restricción, mayor relevancia tenga el derecho prevalente. Está claro, por lo tanto, que el fundamento subyacente es evitar la propagación descontrolada de la pandemia o sus consecuencias fatales, criterio que justifica las limitaciones.

No obstante ello, son varios los organismos internacionales que han advertido sobre la necesidad de respetar los estándares que derivan de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó la declaración 1/20 "COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos respetando las obligaciones internacionales" **(18)**.

De la declaración se desprende concretamente que las medidas que los Estados se vean en la necesidad de adoptar para hacer frente a la pandemia y que afecten o restrinjan el goce y o ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales. Manda también poner especial énfasis en garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas y garantizar la dignidad humana observando los principios fundamentales de la bioética.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos por su parte dictó la resolución 1/20, "Pandemia y derechos humanos en las Américas" **(19)**, de similar tenor a la antes citada, pero de mayor profundidad y extensión.

En ella se refuerza la necesidad de que toda medida se adopte desde un enfoque de derechos humanos. Los grupos vulnerables requie-

(15) CS, "Leguizamón Romero, Abel y otra c. INSSJyP s/ ordinario", Fallos 322:1726; 323:1934.

(16) CS, "Tobar Leónidas c. E. N. M. de Defensa - Contaduría General del Ejército - Ley 25.453 s/ amparo-ley 16.986", Fallos 325:2059.

(17) GIL DOMÍNGUEZ, A., "Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos", Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 80.

(18) Disponible en la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *www.corteidh.or.cr*.

(19) Disponible en *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf*.

ren especiales cuidados y entre ellos se destaca el de adultos mayores, que como se sabe, se ha visto sumamente afectado por la pandemia. Para este sector se especifica la necesidad de mantener conexión con sus familiares, especialmente "para quienes se encuentran solos o en residencias de largo plazo, facilitando medios alternativos de contacto familiar como comunicación telefónica o por internet, teniendo en cuenta la necesidad de remediar la brecha digital" **(20)**.

Bajo el prisma de los derechos humanos es que debemos hacer foco en la persona que está atravesando esta instancia del fin de la vida. La experiencia intransferible del morir nos coloca en una situación de fragilidad única. "El mundo en el que se mueven los vivientes no es el mismo que internamente experimentan los pacientes en situaciones críticas. A ellos, la muerte se les aparece amenazante y ante su inminencia, diversos temores comienzan a aflorar" **(21)**.

Lo cierto es que, en los momentos más críticos de la pandemia, se produjo una sobrecarga de los sistemas sanitarios y en las personas que prestan los servicios de salud e hizo difícil asistir —acompañar— adecuadamente en el trance final de la vida.

La triada conformada por el paciente, la familia o entorno afectivo y el equipo de salud, se vio desajustada en este tiempo raro y ominoso.

Las relaciones familiares y afectivas quedaron relegadas ante los impedimentos propios del aislamiento social preventivo y obligatorio decretado. Las visitas durante las internaciones fueron limitadas y hasta totalmente suprimidas en algunos casos, con el fin de proteger no solo a las personas internadas sino también a sus eventuales visitantes.

Toda familia se ve atravesada por la experiencia del fin de la vida. La pérdida de alguno de sus miembros afecta su estructura y la desequilibra. Sumado a ello, es habitual que reclame participar activamente del proceso, lo que además les permite tramitar el duelo con la sensación reparadora de no haber abandonado a su ser querido. Ese acompañamiento final es especialmente valioso y sanador para el grupo.

Es frecuente que en estas instancias se generen conflictos entre los familiares y los equipos sanitarios. "La mayoría de los profesionales de la salud manifiestan que ellos son comprensivos con las familias, que no las hostigan ni las evitan, pero es más posible que una ambivalencia muy sutil sea la característica que tiñe todas sus relaciones. En especial cuando el paciente se encuentra hospitalizado, porque blandiendo la consigna de la eficiencia y de la eficacia la estructura jerárquica de la institución cierra el paso a la participación activa de los allegados en el tratamiento elegido. Zonas reservadas, horarios predeterminados, falta de privacidad, poco contacto con el equipo tratante y comodidades insuficientes en los pasillos y salas de espera son apenas algunos ejemplos" **(22)**.

En estos tiempos tan particulares, los conflictos aludidos se agudizaron, apareciendo nuevas situaciones. Para quienes permanecen internados, el contacto familiar se encuentra vedado o restringido al extremo y ello produce angustia y desolación tanto a la persona hospitalizada como a sus familiares. La soledad, la impotencia, la sensación de abandono impregnan la vida familiar.

Estos límites, además, impusieron un quiebre en las relaciones entre los equipos de salud, el paciente y la familia, dificultando el acceso a la información en relación con la situación y condición de la persona afectada.

La habitual tensión entre familiares y equipo, en disputa por la atención y los cuidados se ve soslayada por la imposibilidad de unos y otros de cumplir su rol acabadamente. La familia, porque no puede acompañar sino de modo muy acotado y los equipos, porque el agotamiento e insuficiencia de recursos humanos suficientes para asistir una pandemia tan prolongada, los ha colocado al límite de sus fuerzas.

Quienes transitan las instancias finales de la vida en sus propios hogares también se han visto afectados. Algunos "afortunados" han podido

(20) Res. 1/20 CIDH, punto 44.

(21) CECCHETTO, S., "Bioética en el confín de la vida humana", Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

(22) CECCHETTO, ob. cit., p. 45.

contar con un sistema de internación domiciliaria con equipos correctamente conformados, pero muchos otros se encuentran en su domicilio con la sola asistencia que puedan brindarle sus familiares más próximos, quienes se sienten abandonados por el sistema sanitario —carente de recursos suficientes para asistirlos y al límite de sus fuerzas—, además de reconocerse incompetentes para brindar los cuidados que el paciente requiere. Estas personas, una vez producida la ausencia del ser amado, probablemente se sientan culpables y surjan los reproches por aquellos cuidados y atenciones que no pudieron o supieron dispensar y por el sufrimiento que haya padecido el difunto.

La desigualdad estructural en relación tanto a la organización sanitaria como del cuidado ha puesto en el centro de la escena la sostenibilidad de la vida contrapuesta con las necesidades de un sistema capitalista para el cual no todas las vidas tienen el mismo valor y el mismo sentido.

Por todo esto se hace necesario recalcar que existen pautas bioéticas de mínima que deben ser respetadas aun en pandemia. En lo que hace a los recursos materiales, una distribución imparcial, equitativa y apropiada de los recursos aún escasos, es imperativa en función del principio bioético de justicia.

Está claro que la dignidad del paciente a que alude la ley 26.529 ha sido afectada por esta situación excepcional de pandemia, pero esto no es excusa para arrasar con derechos humanos elementales.

IV. El después de la muerte

El Código Civil y Comercial también innovó en materia de exequias, incluyendo la temática por primera vez en el derecho nacional.

El art. 61 permite que la persona plenamente capaz pueda decidir por cualquier forma, modo y circunstancias de sus exequias e inhumación y disponer de su propio cadáver. Si la persona fallecida no hubiera expresado su voluntad, corresponde a sus deudos —cónyuge, conviviente, parientes según el orden sucesorio— tomar las decisiones al respecto, siempre respetando la voluntad del causante.

Se trata de un acto de última voluntad de contenido extrapatrimonial y de naturaleza personalísima, cuya única limitación está dada por no ser contraria a la moral y a las buenas costumbres.

La situación de pandemia también afectó estas decisiones, en tanto se suspendieron y o limitaron las posibilidades de realizar ceremonias fúnebres y todo tipo de actos que importaran la aglomeración de personas. Se llegaron a organizar ceremonias virtuales como sucedáneo a los velorios tradicionales.

Las actividades que rodean el duelo son de diversa importancia en cada cultura y sociedad. Inclusive en muchos casos tienen una gran relevancia desde ciertas perspectivas religiosas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos valora la relevancia de los rituales mortuorios desde hace largo tiempo.

En “Bámaca Velásquez” **(23)**, la Corte Interamericana analizó la importancia del respeto a los restos mortales de la persona y la obligatoriedad de brindar una protección positiva por parte del Estado, valorando el sufrimiento que el incumplimiento de esta obligación ocasionara a los familiares. Si bien se trata de jurisprudencia referida a un caso de desaparición forzosa, no puede soslayarse que se reconoce el derecho de la familia al recupero del cadáver y a realizar las exequias según sus propias convicciones.

Volviendo al texto del art. 61 del Cód. Civ. y Com. resulta incontestable que se ha dotado a las exequias de una regulación que reconoce derechos, primeramente, a la propia persona respecto de si misma para disponer libremente y en segundo lugar a sus familiares. Es una regulación que emana del derecho a la integridad corporal y a los principios de autonomía y dignidad

El solo hecho de que los actos de disposición del final de la vida hayan sido reconocidos en un código reciente permite deducir que se trata de una materia de relevancia para la sociedad ar-

(23) "Bámaca Velásquez vs. Guatemala", fondo, 25/11/2000, disponible *http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf*.

gentina y que por ende se la ha dotado de protección.

Despedir y despedirnos, como personas sensibles insertas en un lugar y en un tiempo determinados, es, sin dudas, una necesidad humana.

V. Epílogo

Este trabajo no pretende proponer soluciones ni imponer conclusiones. Simplemente, se trata de compartir observaciones recogidas a lo largo de estos meses tan peculiares en los que, aun habiendo perdido mucho recuperamos el tiempo. Tiempo, que nos permite reflexionar sobre el abordaje del fin de la vida, en estas particulares condiciones que impuso y continúa imponiendo la pandemia, pero también para el futuro, para cuando terminen las restricciones. ¿Continuaremos evadiendo el debate o nos animaremos a revisar la forma en que la sociedad moderna —y la nuestra en particular— encara el final de la vida?

Los principios de la bioética, autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia, deben ser respetados incluso en pandemia, aún reducidos a los mínimos axiológicos y normativos propios de una sociedad democrática y plural.

Las religiones, las concepciones morales imperantes, la medicalización de la vida han ido apropiándose del destino ineluctable que es la muerte para los seres humanos. Es tiempo, tal vez, de recuperar, para cada individuo, para cada persona singular, el protagonismo de esta experiencia que es nuestra única certeza y el denominador común que, más tarde o más temprano nos iguala.

Pandemia y tecnologías de la información y comunicación (TIC) en el marco de los procesos de familia

La importancia de la ciberseguridad para preservar el derecho a la intimidad y el acceso limitado al expediente

Hugo A. Vaninetti (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La pandemia y la e-justicia.— III. Activismo judicial como propulsor.— IV. Antecedentes previos a la pandemia en la utilización de las TIC en los procesos de familia. Régimen de comunicación parental.— V. TIC y alimentos durante la pandemia.— VI. El impacto tecnológico en los procesos de familia. Efecto de proximidad sensibilizante.— VII. Violencia de género. La tecnología aplicada en los fueros de familia.— VIII. El acceso a la justicia de los más vulnerables ante los tribunales de familia y su afectación en el contexto pandémico.— IX. El derecho a la intimidad, el principio de reserva, los procesos de familia y las TIC. Cuestión de la ciberseguridad e interoperabilidad de las herramientas tecnológicas al servicio de los procesos de familia.— X. Palabras finales.

I. Introducción

El riesgo real de contagio producto del COVID-19 **(1)** dentro del contexto ambiental judicial ha propiciado la incorporación a un ritmo vertiginoso de las modernas tecnologías de la información y comunicación (TIC) para garantizar el acceso a la administración de justicia, el derecho a la salud y el trabajo de los involucrados en general dentro del marco de un proceso judicial, como ocurre con los jueces, los integrantes del ministerio público fiscal, las defensorías, los empleados judiciales y los justiciables.

(*) Abogado inscripto t. VI. Fº 47 del CADJ Junín (provincia de Buenos Aires); consultor informático; colaborador de Ed. La Ley, Jurisprudencia Argentina, El Derecho (UCA) y otras del extranjero. Autor de 105 trabajos publicados relacionados con el derecho informático/tecnología/Tics y de los libros "Aspectos jurídicos de Internet" y "Responsabilidad jurídica de los buscadores", ambos de Librería Editora Platense; y "El derecho a la intimidad en la era digital" de Ed. Hammurabi. Integrante del consejo de redacción de la Revista Argentina de Derecho Civil (dir.: Marcelo López Mesa).

(1) COVID-19 (acrónimo del inglés Coronavirus Disease 2019) también conocida como enfermedad por coronavirus o, incorrectamente, como neumonía por coronavirus, es una enfermedad infecciosa causada por el virus SARS-CoV-2. Se detectó por primera vez en la ciudad china de Wuhan (provincia de Hubei) en diciembre de 2019. Habiendo llegado a más de 100 territorios, el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud la declaró pandemia.

El COVID-19 representó un reto sumamente importante para el funcionamiento del servicio de justicia, pues se impusieron severas restricciones a fin de evitar aglomeraciones y así limitar las sucesivas olas de contagios.

Como acertadamente sostiene Carlos Camps, "consciente de esta grave limitación para el ejercicio de la profesión del abogado, actor imprescindible del sistema de prestación del servicio de justicia y, también, para el propio desenvolvimiento de la tarea forense con la mayoría de los agentes judiciales alcanzados por la prohibición de circulación, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tomó cartas en el asunto. Para ello buscó la solución en el derecho procesal electrónico (...). Entendemos que el sistema, con los cambios introducidos en la coyuntura, se ha tornado más eficaz. Observamos que la pandemia —en lo que hace estrictamente a este ámbito de análisis— ha tenido un efecto catalizador respecto de la eficacia procesal electrónica" **(2)**.

La pandemia actuó entonces como detonante, catalizador y acelerante de un proceso modernizante dentro del Poder Judicial y donde la necesidad forzada por el contexto se sobrepuso a ciertas resistencias previas que no solo lo ralentizaban, sino que provocaban incorporaciones asimétricas en sus aspectos primarios y básicos, por ejemplo, las notificaciones electrónicas, entre las distintas jurisdicciones de nuestro país.

La intempestiva irrupción pandémica modificó, sin prueba piloto alguna, estructuras de raíz incluyendo el trabajo a distancia, el uso de plataformas digitales, la celebración de audiencias por videoconferencias y la despapelización paulatina.

El ejercicio presencial quedó reducido a los casos urgentes o estrictamente necesarios y donde lógicamente los procesos de familia no fueron la excepción.

II. La pandemia y la e-justicia

La emergencia sanitaria declarada a mediados de marzo del año 2020 mediante el dictado del dec. 260/2020 **(3)** dio origen al comienzo del aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional, que se ha extendido en períodos más férreos y estrictos que otros hasta la actualidad, ha tenido un alto impacto en la sociedad en general y sus diferentes actividades de las cuales el servicio de justicia, y específicamente dentro de los procesos de familia, no fueron la excepción.

Al compás de este confinamiento por razones sanitarias el movimiento de concretar el concepto de e-justicia se aceleró vertiginosamente, entendido este como los distintos procesos que se dan dentro del Poder Judicial por medio de los cuales se propugna lograr la reducción de tiempos y de costos, utilizando para tales fines las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) de las cuales internet es la más importante, el empleo de las múltiples plataformas para el trabajo a distancia (teletrabajo) y para concretar actos procesales como las audiencias virtuales (Zoom, Google Hangouts, Microsoft Teams, WhatsApp, Trello, Monday, Mural, Google Drive, etc.) como así también utilizar para tales fines cualquier otro medio más tradicional ya sean estos el teléfono, fax, télex, EDI (*electronic data interchange*), etc. Incluso, a modo de ejemplo, el Juzgado de Familia de 6ª Nominación de la ciudad de Córdoba admitió el pedido de divorcio de una mujer respecto de su pareja, quien actualmente vive en Japón, autorizándose que la notificación del divorcio se concrete a través del correo electrónico, dada la situación actual de la pandemia **(4)**.

Las TIC comportan, dentro de este contexto, una serie de instrumentos indispensables que proporcionan, correctamente aplicados, "eficiencia, eficacia, celeridad y calidad en el trabajo judicial, tanto en la parte jurisdiccional como administrativa" **(5)**.

(2) CAMPS, Carlos E., "Eficacia del derecho procesal electrónico bonaerense y pandemia", AR/DOC/1525/2020.

(3) BO del 12/03/2020.

(4) JFam. 6ª Nom. Ciudad de Córdoba, 16/03/2021, "C., D. B. c. S. F., C. M. - divorcio unilateral - ley 10.305", *https://www.diariojudicial.com/public.documentos/000/097/400/000097400.pdf*.

(5) VIII Cumbre de Presidentes de Supremas Cortes y Tribunales Supremos de Justicia y el IV Encuentro de Consejos de la Judicatura de Iberoamérica, realizados en Copán Ruinas, Honduras y San Salvador, El Salvador (2004).

El empleo de la tecnología informática en la administración de justicia presupone importantes beneficios en el funcionamiento de esta, tanto para los operadores jurídicos, como para los justiciables, entre los que se destacan claramente los siguientes:

- Incrementa la velocidad y la efectividad en el procesamiento de la información en todo proceso judicial.

- Mejora la calidad del servicio en la administración de justicia (en tiempo y forma) y, por ende, produce la agilización de la tramitación de las causas.

- Permite integrar, vertical y horizontalmente, las distintas instancias de la justicia, y de esta con otras instituciones (p. ej., policía).

- Aumenta la transparencia.

- Brinda la posibilidad del acceso universal al proceso y sus fases enterándose del avance de la causa vía internet, resguardando debidos niveles de seguridad y confidencialidad mediante sistemas de encriptación, empleo de firma digital y electrónica, etc. Todo esto provoca que se arribe a una información ágil y al instante para todos los actores de la gestión judicial.

- Con la instauración del expediente judicial electrónico, entendido como tal aquel que está conformado por una serie ordenada de actos, pruebas, documentos públicos y privados, registrados y almacenados digitalmente por vía informática, logrará minimizar el movimiento y la utilización de documentos en formato papel (elevaciones, pases, vistas, préstamos, traslados, copias, notificaciones) acelerando sustancialmente las tramitaciones.

La e-justicia persigue objetivos básicos como la eficiencia, eficacia, celeridad y calidad en el trabajo en todo trámite judicial, traducidos en un fuerte proceso de despapelización de la labor jurisdiccional, pues su empleo como soporte de todo proceso judicial se torna inadmisible para el siglo XXI.

La concreción y puesta en práctica del denominado expediente electrónico posibilita, entonces, digitalizar toda clase de documentos y escrito judicial, de toda la prueba que puede obrar en una causa, la grabación digital de las audiencias (tanto la de absolución de posiciones, como las testimoniales), la gestión digital del expediente, la suscripción de poderes se podrá realizar mediante una firma en una pantalla que luego será validada mediante una firma digital, etcétera.

Tales ventajas (digitalización) redundarán, en mi opinión, en un fortalecimiento de principios procesales como el de inmediación en la prueba, tanto subjetiva (del juez con las partes y terceros) como objetiva (comunicación del juez con las cosas y los hechos que interesan al proceso).

Por ejemplo, el hecho de que el juez tenga acceso a un archivo visual y sonoro digitalizado de dichas audiencias incorporadas al expediente electrónico y al programa/sistema de gestión del proceso judicial hace que, a la hora de dictar sentencia, pueda el magistrado reparar en algún hecho por él no contemplado en la misma audiencia o que lo pueda revivir con una mayor frescura que la proporcionada por su memoria o la simple lectura del acta, puesto que entre la toma de esa audiencia (muchas veces no realizada por el magistrado, sino por el secretario u otro auxiliar letrado del tribunal) y la sentencia discurre tiempo que atenta contra esa inmediación, como bien es conocido.

III. Activismo judicial como propulsor

En acertada opinión, Roberto Berizonce considera que la finalidad del activismo judicial es "responder a las reales y concretas exigencias de una sociedad globalizada, democrática, pluralista, dinámica y participativa. Precisamente —y en relación directa— porque la comunidad se ha tornado crecientemente participativa, los hombres de justicia —jueces, doctrinarios y, también abogados— han asumido un rol cada vez más protagónico. Se han convertido en buena medida, en 'activistas' de una causa que es intemporal y ecuménica, ya que, persigue el perfeccionamiento y progreso de las instituciones mediante la justicia en concreto. Los jueces, actores visibles de semejante transformación, lejos de ser dictadores y sin la pretensión de 'ángeles guardianes' de la sociedad, se han encumbrado como la tercera rama 'política' del gobierno, especialmente porque ejercen el con-

trol de las otras ramas contribuyendo decididamente al perfeccionamiento de las instituciones democráticas, y modelan el comportamiento colectivo a través de la razón y la persuasión, con vivo espíritu de justicia" **(6)**.

Entonces, el juez, ejerciendo el liderazgo de un juzgado y aplicando la teoría de las organizaciones, en muchos casos tuvo que enfrentar la contingencia y, además de utilizar los recursos tecnológicos y humanos disponibles, debió emprender la búsqueda de soluciones creativas e innovadoras que respetasen la celeridad y eficacia de los actos procesales dictados, preguntándose en su libertad creadora si la aplicación de tal o cual herramienta tecnológica no afecta palmariamente algún principio o norma jurídica vigente, con perjuicio irreparable para los justiciables, y por supuesto ser útil y eficaz a los fines perseguidos.

Los jueces fueron forzados a ser innovadores, pero a la vez absolutamente artesanales, incluso no uniformes, pues dependían —y aun lo siguen haciendo ante determinadas situaciones— del juez, su liderazgo y de la disponibilidad o no a recursos y accesos a tecnologías, terminales y plataformas. Todo esto tiene directa relación con la brecha digital en el interior de los países entre las distintas jurisdicciones y con el cambio en la cultura organizacional en las entrañas mismas de las instituciones.

Son los jueces quienes deben ir aplicando un derecho procesal novedoso, el informático, al que se recurre, no por convicción, sino por la necesidad y la emergencia para brindar respuestas al justiciable al cual acude, pero con visos de permanencia, pues los pasos dados difícilmente puedan retrotraerse.

IV. Antecedentes previos a la pandemia en la utilización de las TIC en los procesos de familia. Régimen de comunicación parental

El empleo de las TIC en los procesos de familia comenzó a fomentarse previo al contexto pandémico.

Entre otras cuestiones, se observó cómo el medio virtual era aplicado para establecer un régimen de comunicación parental cuando algún inconveniente de distancias físicas imposibilitaba el contacto físico.

No es que antes no hubiera otros medios de relacionamiento, puesto que existían las cartas y las comunicaciones telefónicas, sino que ahora se han multiplicado con la irrupción de internet al brindar a través de sus servicios y plataformas una amplia gama de canales, como ocurre con el correo electrónico, el chat con videocámara, el sistema voz sobre IP, etc. Todos estos adelantos han posibilitado a las personas un contacto directo, en ciertos casos hasta en tiempo real, no solo a través de una computadora, sino de los *smartphones* (teléfonos inteligentes), *tablets*, etcétera.

Aún bajo la vigencia del anterior Código Civil se había resuelto que "si el progenitor no conviviente no puede mantener un contacto físico de la manera que él desearía, puede hacer uso de las nuevas tecnologías (como el chat, con o sin cámara web como, por ejemplo, WhatsApp, video conferencia, o programas similares, etc.), o de cualquier otro medio audiovisual que, aunque no permita un intercambio activo, permiten acceder a un grado menor de comunicación (cfr. BALLARÍN, Silvana, ob. cit., p. 129), y de esa manera tenerlo en forma virtual, mitigando la distancia física, sea donde fuera el lugar en que se encuentre trabajando" **(7)**.

Posteriormente el contexto pandémico forzó a que las modernas tecnologías de la comunicación e información no fuesen ya una opción a disposición, sino que se erigieran en la única alternativa, por lo que proliferaron en su ejercicio práctico.

Es así que surgieron muy interesantes precedentes, como el que dictó la Dra. María Laura Viviana Taboada, jueza de feria de la Cámara Primera en lo Criminal de Formosa, mediante la res. 14/2020 **(8)**, la cual estableció:

(6) BERIZONCE, Roberto O., "Recientes tendencias en la posición del juez", *XI Congreso Internacional de Derecho Procesal*, Viena, 1999, p. 135.

(7) Juzg. Civ., Pers. y Fam. Nº 6 Salta, 24/04/2015, "R. R. R. c. M. E. Z. L. por régimen de visitas", elDial.com - AA8E9E.

(8) "Suspensión derechos y deberes de comunicación (régimen de visitas)", Excmo. Tribunal de Familia - Oficina de Violencia Intrafamiliar, Formosa, 21/03/2020.

"1. Disponer como medida de profilaxis, en atención y resguardo del 'interés superior de los niños, niñas y adolescentes' la suspensión por el término de 60 días a partir del día de la fecha la totalidad de los derechos y deberes de comunicación (régimen de visitas), dictados por el Excmo. Tribunal de Familia y la Oficina de Violencia Intrafamiliar mientras dure la vigencia de las medidas de aislamiento dictadas, a nivel nacional y provincial, tendientes a la permanencia de los niños, niñas y adolescentes en sus hogares, dándose el aislamiento preventivo y obligatorio evitando todo tipo de traslado de los mismos. Recordar que rigen las excepciones establecidas por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación en fecha 21/03/2020.

"2. Recordar a los progenitores/as que se encuentren al cuidado de los hijos que deberán garantizar el contacto con otro progenitor/a y/o familiar hasta el levantamiento de la cuarentena, de manera frecuente y a través de redes sociales, llamados telefónicos, videollamadas y/o mensajería telefónica.

"3. Remarcar, asimismo, que deberán dar estricto cumplimiento a lo dispuesto por art. 654 del Cód. Civ. y Com. que a continuación, se transcribe: 'Deber de información: cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes de sus hijos.'

"4. Notificar, por medio electrónico, al presidente de Feria del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a la Secretaría de Gobierno para que proceda a hacer pública la misma en la página del Poder Judicial y/o en las redes sociales oficiales habilitadas al efecto, a la Secretaría de Feria del Excmo. Tribunal de Familia a fin de publicar la presente resolución en la puerta del Excmo. Tribunal de Familia".

En igual sentido, los jueces de familia de la ciudad de Córdoba elaboraron un acuerdo en el cual se determinó que, con base en la res. Ministerio de Desarrollo Social 297/2020 en la que habilita cuestiones de excepción para la movilidad en el caso de asistencia de niñas, niños y adolescentes, las juezas y el juez de familia de la ciudad de Córdoba entienden que no se habilita el cumplimiento de regímenes de contacto tal como se desarrollan habitualmente. En el acuerdo se solicita a los y las progenitoras que colaboren con la posibilidad de que sus hijas e hijos se comuniquen de manera frecuente con sus progenitores no convivientes, mediante las diversas formas, vía internet para hacerlo (WhatsApp, Skype, entre otras).

Incluso hubo procesos sobre régimen de comunicación que fueron canalizados en su totalidad mediante la plataforma WhatsApp desde la interposición del pedido hasta su resolución, notificación y vistas al Ministerio de Niñez. Esto ocurrió en los autos "L. G. O. c. G. M. D. L. A. s/ régimen comunicacional", del Juzgado en lo Civil y Comercial Común, Familia y Sucesiones de Monteros (Tucumán) **(9)**.

Tanto antes como con la irrupción de la pandemia, el empleo de medios virtuales en los casos de comunicación entre hijos y progenitores no convivientes se torna no solo necesario, sino imprescindible, brindándoles una mayor fluidez en el contacto.

Sin embargo, advierto que, si bien la comunicación de este tipo puede ser un medio accesorio, sumamente importante y necesario en contextos de emergencia, nunca puede constituirse en un sustituto relacional al siempre necesario contacto físico presencial.

V. TIC y alimentos durante la pandemia

Entre algunos de los antecedentes relevantes, y que demuestran la importancia de las TIC durante los procesos de familia en la pandemia, está la resolución emitida por el Juzgado de Paz de General Lamadrid, en la provincia de Buenos Aires, en la causa "S. S. G. c. G. R. A. s/ alimentos" **(10)**, en donde se notificó a través de la aplicación WhatsApp a las partes de una causa por la que se tramita el pago de alimentos.

(9) Juzg. Civ. Com., Fam. y Suc., Monteros, 06/04/2020, "L. G. O. c. G. M. D. L. A. s/ régimen comunicacional". *http://biblioteca.camdp.org.ar/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=fe04c44eb0a3b15b44a5b65dcafce8aa* (consultado en agosto de 2021).

(10) Juzg. Paz de General Lamadrid, 02/04/2020, "S. S. G. c. G. R. A. s/ alimentos", *https://www.diariojudicial.com/public.documentos/000/089/379/000089379.pdf* (consultado el 31/05/2021).

El magistrado interviniente argumentó que en el supuesto planteado "la necesidad alimentaria impostergable no admite otra tutela que no sea la efectivización en forma inmediata a través del proceso cautelar", para lo cual "deben flexibilizarse las normas procesales y compatibilizarse el estado sanitario actual, la debida protección de la integridad de las partes y del personal judicial que debiera intervenir eventualmente en el acto de notificación (DNU 297/2020 y res. 386/2020 y 14/2020 de la SCBA), el supremo interés de los Niños por el que se reclama alimentos (art. 3º de la CDN), con las posibilidades tecnológicas que permitan replicar dicho acto con las salvaguardias necesarias para garantizarse la efectiva comunicación del reclamo alimentario y el ejercicio pleno del derecho de defensa del demandado (arts. 18 de la CN y 8º ss. y cc. del Pacto de San José de Costa Rica)".

El antecedente señalado es uno entre tantos otros que se dictaron en idéntico sentido y sirve al fin meramente ejemplificativo.

Pero además, las TIC facilitan durante la pandemia el otro extremo importante en toda petición de alimentos y es que también es un medio facilitador para su cumplimiento ya sea mediante aplicaciones específicas que, sin salir del hogar, materializan operaciones de *home banking* y de otras plataformas de billeteras virtuales, como Mercado Pago, TodoPago, RapiPago, entre otras.

VI. El impacto tecnológico en los procesos de familia. Efecto de proximidad sensibilizante

No hay dudas de que uno de los efectos que provocó la necesidad de la incorporación de la virtualidad en los procesos de familia para paliar la presencialidad fue el de producir paradojalmente lo que denomino una proximidad sensibilizante.

En el fuero es indudable la importancia que revisten las audiencias presenciales para la resolución de los conflictos planteados.

A raíz de la pandemia, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires, se emitió oportunamente la resolución de Presidencia 10/2020 de la Secretaría de Planificación de la SCBA, la cual ordenó la suspensión de la celebración de las audiencias, salvo de aquellas que sean urgentes y no aparejaran riesgo para la salud, permitiéndose incluso de manera excepcional la sustitución de las audiencias por escritos y si el órgano judicial y los intervinientes contaban con facilidades informáticas y en función del caso, autorizó el uso de la video llamada.

Posteriormente con fecha 27 de abril de 2020, mediante la res. 480 la SCBA dispuso que, mediando pedido de parte, los órganos judiciales podían autorizar, en atención a las circunstancias y según su sana discreción el uso de herramientas tecnológicas accesibles para la realización a distancia de actos procesales que de otro modo pudieran verse impedido, sin embargo, a renglón seguido sostuvo que ello no podía tener lugar con relación a la audiencia con niños, niñas y adolescentes prevista en los arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 3º, inc. b), de la ley 26.061, 4º, inc. b), de la ley 13.298 y 707 del Cód. Civ. y Com., o con personas con capacidad restringida. En ambos casos "previo informe técnico-profesional" debidamente fundado sobre su procedencia y establecida la pertinente factibilidad tecnológica, el órgano judicial podrá decidir llevarla a cabo por medios tecnológicos.

La implementación de estos medios presuponía una lejanía e impersonalidad, pero paradojalmente provocó un efecto contrario: el de la proximidad sensibilizante.

Las TIC promovieron que el juzgador saliera de su despacho e ingresara en la intimidad de los involucrados en el proceso, en sus casas, cuartos, etc. Le mostraban una realidad que antes presuponía al leer informes de los cuerpos interdisciplinarios del juzgado, como los asistentes sociales.

A su vez, permitía a los involucrados actuar con naturalidad, porque se sentían seguros en su hábitat cotidiano y no presionados por la solemnidad de un recinto extraño como es un juzgado, por más buena voluntad de los magistrados. Sobre todo, se puede observar en el caso en donde están involucrados los niños, niñas y adolescentes.

Entiendo que este efecto logrado potencia la utilización de las TIC en el fuero, más allá

de que puedan convivir en un futuro con la presencialidad.

El uso de la tecnología produjo un mayor acercamiento empático de todos los intervinientes en el proceso, en un contexto más relajado y donde se busca dar la mayor celeridad posible, a los fines de cumplir con el derecho humano de la tutela judicial efectiva.

VII. Violencia de género. La tecnología aplicada en los fueros de familia

Sobre esta tan sensible cuestión, la implementación de las TIC en el fuero de familia posibilitó que comenzaran a recibirse las denuncias vía *e-mail* a los correos oficiales de los funcionarios por medio de la Comisaría de la Mujer y la Familia.

En dicho contexto, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires mediante la res. 12/2020, en el art. 3º, autorizó a los Juzgados de Familia y de Paz en turno a recibir las denuncias por violencia familiar o de género provenientes de las respectivas comisarias por cualquier canal telemático en los teléfonos oficiales, incluso utilizando la aplicación de mensajería WhatsApp o equivalente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1.3 a) de la resolución de presidencia 10/2020.

Por su parte, el art. 4º estableció que sin perjuicio de las previsiones de la resolución de presidencia 10/2020, una vez recibida la denuncia, el órgano judicial podrá utilizar los medios telefónicos y telemáticos a su alcance (incluida la aplicación WhatsApp) para informar de manera inmediata a las partes y/o autoridades competentes sobre el juzgado que tomará intervención, los teléfonos y canales específicos para comunicarse de acuerdo con el juzgado donde la causa quede radicada, cualquier medida que pudiere decretarse o disponerse en la causa a los efectos de su cumplimiento, el envío y requerimiento de información relevante de la causa. Autorizó el uso de estos medios para celebrar audiencias gozando todos los actos de plena validez.

En diversas jurisdicciones se habilitaron formularios en sitios web oficiales, el WhatsApp e inclusive botones diferenciados en aplicaciones específicas **(11)** para efectuar denuncias sin acudir a una repartición policial.

VIII. El acceso a la justicia de los más vulnerables ante los tribunales de familia y su afectación en el contexto pandémico

Frente a las dificultades previas a la pandemia con que afrontarse en los procesos de familia, tras ella, los estratos más vulnerables **(12)** de la sociedad como los niños y niñas, adolescentes, mujeres víctimas de violencia de género y/o intrafamiliar, ancianos, personas con capacidad restringida, etc., urgidos por una tutela judicial efectiva, ha expuesto y evidenciado aún más prístinamente las dificultades, y en algunos casos la imposibilidad, de acceso a la justicia producto tanto del desarrollo asimétrico, tanto en cuanto a la disponibilidad de medios tecnológicos y sus terminales (computadoras, teléfonos inteligentes, etc.), como a las dificultades de conectividad que imperan en nuestro país.

(11) Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires el disponible en la aplicación *seguridad.gba.gov.ar* para realizar denuncias sobre violencia de género.

(12) Según las "Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad", del 2018, "[u]na persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico" (actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito, Ecuador).

En este contexto, además, los más vulnerables se han visto afectados por las dificultades en cuanto a la accesibilidad presencial en la asistencia legal gratuita y por los cambios en la modalidad de prestación del servicio de justicia.

Correctamente se ha referenciado que "la situación de aislamiento preventivo, social y obligatorio —en adelante, ASPO—, afecta con especial magnitud a los dos extremos de la pirámide poblacional: personas mayores, niñas y niños. Los primeros, porque el confinamiento les impide disfrutar en plenitud y rodeados de sus afectos el lapso de tiempo que les resta por vivir y los segundos porque les quita tiempo para el disfrute de la primera infancia; para aquel sector de niñas y niños que pueden vivenciar la condición de tales. Decimos esto, porque justamente uno de los temas a desarrollar se vincula con la deuda que tienen el Estado y la sociedad respecto de un sector importante de la niñez, quienes son víctimas de una infancia robada por estar condenados desde que nacieron a vivir en situaciones de extrema vulnerabilidad" **(13)**.

En enero del año 2021, la CIDH y el relator especial de las Naciones Unidas hicieron una declaración conjunta sobre el acceso a la justicia en el contexto de la pandemia del COVID-19 **(14)**, en donde observan que "el uso de medios tecnológicos en la prestación de servicios de justicia ha tenido en ocasiones un impacto negativo en el acceso a la justicia de algunos sectores de la población como consecuencia de la brecha digital existente, ya que el uso de estos medios presupone el acceso a medios electrónicos y al conocimiento tecnológico para acceder a los servicios de justicia. Además, existe una falta de cobertura en varias partes del territorio de los Estados. La CIDH y el relator especial de la ONU hacen un llamado a los Estados para que garanticen el acceso a un internet asequible y pluralista a todas las personas que se encuentren en su territorio, y en particular a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, y los exhortan a tomar medidas positivas para reducir la brecha digital. También señalan que, hasta que se elimine la brecha digital, debe garantizarse el acceso en persona a los servicios de justicia, acompañado de medidas adecuadas para proteger la salud y la integridad de los operadores de justicia, el personal judicial y los usuarios".

Además se resalta en la declaración conjunta que "es importante destacar que el uso de medios tecnológicos para la prestación de servicios de justicia no puede menoscabar los derechos al debido proceso de las partes y los participantes en las audiencias virtuales, especialmente el derecho de defensa en materia penal, a la asistencia letrada, a un procedimiento adversarial, y el derecho a ser juzgado sin demora; la confidencialidad y seguridad de la información transmitida mediante este tipo de mecanismos debe garantizarse en todo momento".

Hay que tener muy en cuenta en este punto lo establecido también en las ya mencionadas "Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad" **(15)**, actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador, donde se fija que la organización y gestión judicial, a fin de facilitar el acceso a la justicia de personas en estado de vulnerabilidad además, de propiciar la agilidad y prioridad [38] deberán fijar "medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación" [42].

Sobre esta última cuestión, en la exposición de motivos de las "Reglas Básicas" se referencia claramente que "el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad.

(13) KRASNOW, Adriana, "La realización de los derechos de niñas, niños y adolescentes en tiempos de pandemia. Cómo garantizar la continuidad de procesos de vinculación y el derecho a la coparentalidad", RDF nro. 96, ps. 95 y ss., AR/DOC/2481/2020.

(14) *https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/015.asp*.

(15) Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito, Ecuador. *https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/DDHH/100%20Reglas%20de%20Brasilia%20sobre%20Acceso%20a%20la%20Justicia.pdf* (consultado el día 21/05/2021).

Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que estas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social".

Nuestro Código Civil y Comercial, en el inc. a) del art. 706, establece que "las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos".

En situaciones donde el vulnerable es un niño la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que "toda consideración formal pasa a segundo plano; en los procesos en que se ventilan conflictos familiares que involucran a un niño, se amplía la gama de poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice; en estos litigios, aislar lo procesal de la cuestión sustancial, limitarlo a lo meramente técnico instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible" **(16)**.

Es por ello que las TIC cobran su relevancia en los procesos de familia como medio facilitador de acceso a la justicia para los vulnerables en pos de la tutela efectiva de sus derechos, pero para que pueda ser efectivizada desde lo normativo procedimental se necesitará un adecuado contexto económico social por parte del Estado que lo garantice, como así también superar el analfabetismo tecnológico pues son barreras que se erigen para que la sociedad no acceda de manera idónea y libremente a dicho servicio.

(16) SCBA, 15/07/2009, RDF nro. 45, marzo-abril 2010, p. 192.

IX. El derecho a la intimidad, el principio de reserva, los procesos de familia y las TIC. Cuestión de la ciberseguridad e interoperabilidad de las herramientas tecnológicas al servicio de los procesos de familia

Ante la implementación de las TIC en todo proceso judicial, y en especial en los de familia, es imprescindible establecer y cumplir con necesarias medidas de seguridad para garantizar la integridad, autenticidad, confidencialidad, calidad, protección y conservación de la información grabada y de todos los documentos almacenados y ajustarse además, a los requerimientos que garanticen la compatibilidad e interoperabilidad de los sistemas informáticos.

Entiendo la interoperabilidad como la capacidad existente entre diferentes herramientas o aplicaciones informáticas, para acceder e intercambiar de forma efectiva cierta información disponible, permitiendo que ella luego pueda ser procesada y tratada eficientemente.

Sin dudas, la interoperabilidad es un tema que me preocupa y que seguramente deberá ser encarado no solo dentro de una misma jurisdicción, sino entre ellas, puesto que se pueden aún observar sistemas de gestión con orígenes diferentes, pensados en momentos y para ámbitos disimiles, pero que conviven entre sí.

Entiendo por supuesto que lo excepcional de la situación ha generado un estadio híbrido entre los distintos sistemas, pero que tenderán seguramente a homogeneizarse en un futuro inminente donde sin dudas predominará lo integralmente electrónico o digital.

Uniformizar bajo un mismo criterio rector evitará el innecesario acceso a múltiples sistemas, herramientas, o plataformas, con similares fines.

La interoperabilidad, por otro lado, se torna fundamental para que se gestionen convenientemente todos los datos que se van generando en el proceso tanto para tratarlos correspondientemente como para facilitar su acceso por parte de los distintos operadores del derecho.

Por su parte, hay que remarcar, además, que lo ventilado dentro de un proceso de familia se

relaciona indiscutiblemente con la intimidad de las personas, por lo que debe operar una estricta tutela de este derecho personalísimo, protegiéndose aspectos esenciales y muy sensibles que hacen a la vida privada preservándola para sí o para los suyos y sustrayéndola del conocimiento público. Dicha reserva, además, debe regir con todo rigor en este fuero, estén o no comprometidos e involucrados intereses de menores.

Así lo reconoce expresamente, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual dispone en su art. 14, que "la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes".

El principio de reserva, el cual consiste en el resguardo de intimidad que corresponde a los procesos de familia, tal cual lo dispone el art. 706 del Cód. Civ. y Com. importa respetar estrictamente, dentro de los procesos de familia, el acceso limitado al expediente por lo cual solo tendrán acceso a los actos procesales las partes, sus representantes y letrados y los auxiliares designados en el proceso (art. 708, Cód. Civ. y Com.).

Además, se debe mencionar que ante los flagelos que azotan los sistemas informáticos como, por ejemplo, los fraudes de suplantación en entornos digitales y ataques cibernéticos, el sector justicia no será ajeno a esta realidad mundial.

Frente a estos desafíos constantes se impone dar rápidas y seguras respuestas.

El contexto pandémico y la implementación urgente dentro de los procesos de familia de tecnologías de la comunicación e información, muchas veces facilitadas por los propios funcionarios judiciales ante carencias estructurales de infraestructura sin respetar rígidos sistemas de seguridad, podrían generar posibles violaciones al referenciado principio de acceso limitado al expediente ante la eventual, pero posible, intervención de terceros (intrusos/*hackers*) que afectarían la intimidad de las personas y sus datos e información, fraudes de suplantación de identidad, alteración de documentos, de títulos, alteración de audios, videos, etcétera.

Sobre esta cuestión tan delicada que expongo ya el Plan de Fortalecimiento Institucional del Poder Judicial de la Nación Argentina, en febrero de 2008, sostenía acertadamente que "el término seguridad informática es una generalización para un conjunto de normativas y de tecnologías que ejecutan ciertas tareas tendientes a garantizar lo que se entiende por seguridad en los datos (confidencialidad, integridad y disponibilidad). Se interpreta la seguridad como una característica de cualquier sistema (sea o no informático) que indica que el mismo está razonablemente libre de todo peligro, daño o riesgo. Como se ve esta característica es muy difícil de obtener, por lo que en general se suaviza el término y se pasa a hablar de confiabilidad más que de seguridad. Como la definición de seguridad absoluta no existe, se acepta que la misma se administre a partir del manejo del riesgo" **(17)**.

Planteada mi inquietud, y para evitar estas cuestiones antes citadas, se deberán extremar los recaudos en materia de seguridad dentro de un proceso judicial como son:

- autenticación de las partes y de los operadores jurídicos;

- control de acceso de los usuarios;

- exhibición del DNI ante la cámara;

- encriptación de las comunicaciones;

- protocolos para la gestión de los incidentes relativos a la seguridad;

- posibilidad de rastrear cualquier fallo técnico intencionado;

- contar con soporte técnico que garantice la disponibilidad de las herramientas;

- garantía de confidencialidad;

- integridad de las grabaciones;

(17) *https://www.csjn.gov.ar/files/tecnologia-innovacion/plan.pdf.*

- custodia y almacenamiento seguro de las grabaciones;

- custodia y almacenamiento seguro de los documentos a exhibir.

Nuevamente, el ya citado Plan de Fortalecimiento Institucional del Poder Judicial de la Nación Argentina (2008) sostenía que para que internet "pueda ser usada en forma confiable, requiere mecanismos de intercambio de información seguros y escalables y que a su vez soporten la seguridad de los sistemas distribuidos. Así, se proyectan, en forma creciente el uso de comunicaciones encriptadas, la firma electrónica o por la infraestructura de firma digital o PKI (*public key infrastructure*), según sea la complejidad y grado de confiabilidad que se desee (manejo del riesgo)". A su vez disponía que "también debe construirse un esquema para la identificación de accesos de usuarios a los Portales y todos los sistemas que requieran seguridad de acceso. Se debe buscar relacionar este esquema con una base de tipos de usuarios según su capacidad de acceso a los Sistemas publicados. Otra de las instancias tecnológicas a resolver es la instalación de una 'red segura' donde se incluyen protocolos de comunicación llamados 'seguros', ej. SSL3 u otros, que soporten ese tipo de comunicaciones y sean el pilar de la notificación electrónica y finalmente la utilización de la firma digital para una serie de actividades jurisdiccionales".

La implementación de las TIC dentro de los procesos de familia urgidos por la necesidad pandémica y materializadas muchas veces mediante manifestaciones de voluntarismo, fueron y son concretadas sin contar con el debido resguardo de medidas de ciberseguridad, lo que eventualmente podrían ocasionar severos perjuicios de derechos de las partes intervinientes, como lo son la intimidad, la protección de datos personales, etcétera.

Si bien esta excepcionalidad ha traído numerosos beneficios, como fuera señalado, origina a su vez y como contrapartida que crezcan exponencialmente las posibles amenazas y ataques cibernéticos a los mencionados sistemas y aplicaciones que pueden ser empleados en el marco de todo proceso judicial aprovechándose de las vulnerabilidades existentes mediante diferentes actividades maliciosas de terceros o debido a errores humanos involuntarios de los intervinientes en él.

Los aludidos ataques cibernéticos pueden ocasionar altos y eficaces resultados con escasa infraestructura en cuanto a recursos humanos y materiales para concretarlos, radicando allí su mayor peligrosidad y porque, además, los ataques pueden apoyarse en la ubicuidad y extraterritorialidad del medio para garantizar mayor impacto y cierto grado de impunidad.

La ciberseguridad, por ende, se erige en una cuestión sumamente importante al implementar las TIC dentro de un proceso judicial.

Debe ser entendida como el conjunto de herramientas, políticas, conceptos de seguridad, salvaguardas de seguridad, directrices, métodos de gestión de riesgos, acciones, formación, prácticas idóneas, seguros y tecnologías que pueden utilizarse para proteger los activos de una organización y a los usuarios en el ciberentorno **(18)**.

A su vez todo sistema de ciberseguridad debe propiciar la protección de los siguientes ítems, a saber:

- la confidencialidad de los datos: impedir la divulgación de información a personas o sistemas no autorizados.

- la integralidad: lo que importa decir que los datos personales allí almacenados no puedan ser modificados o borrados por personal autorizado o no (intrusos/*hackers*), por un mecanismo extraño (virus), etcétera.

- y la disponibilidad: lo cual significa que los datos personales deben encontrarse a disposición de quienes correspondan acceder a ellos, ya sean personas autorizadas, procesos o aplicaciones siempre y cuando se respeten los protocolos y mecanismos de seguridad predispuestos con antelación, los cuales deben, por ende, estar desempeñándose correctamente.

(18) *https://sites.google.com/site/jezabelydyddra/concepto*.

Para que opere tal protección la ciberseguridad deberá contar con fases de prevención, localización y reacción ante la amenaza.

Desde el Poder Judicial se debe concientización del uso seguro del ciberespacio lo cual implica fomentar que la cultura de la ciberseguridad se basa primeramente en el conocimiento adecuado sobre todos los riesgos que conlleva el empleo de las TIC. Para ello es necesario hacer foco en la capacitación sobre esta cuestión de los magistrados, secretarios, empleados judiciales, abogados, entre otras medidas. Deben dictarse marcos regulatorios, estándares y protocolos, para hacer frente a los desafíos que plantean los riesgos del ciberespacio, asegurando el respeto de los derechos fundamentales.

Por otra parte, se requerirán altos niveles de protección y respuesta inmediata ante cualquier potencial riesgo y/o ataque informático para lo cual debe ser prioridad la implementación correcta de sistemas de seguridad, su auditoria constante, flexibilidad en cuanto a la evolución tecnológica, etc.

La ciberseguridad informática aplicada específicamente a los procesos de familia debe erigirse aun cuando las partes cumplan acabadamente con el principio general de buena fe y lealtad procesal y de acceso limitado al expediente, pues al informatizárselo y entrar a una red interconectada, reitero, puede ser vulnerada por terceros ajenos al proceso.

Es claro que el concepto de e-justicia debe ir más allá del expediente electrónico, puesto que también debe incluir aspectos fundamentales como son los mecanismos de autenticación y ciberseguridad informática, tanto o más importantes que la implementación de las TIC en la cotidianidad del proceso.

X. Palabras finales

Todos los procesos innovadores desde lo tecnológico y la aplicación específica de herramientas y medios digitales, en la sociedad en general, y en la Justicia en particular, me hace traer a colación las ideas y el análisis del sociólogo Alvin Toffler.

En su libro “La tercera ola” **(19)**, describe los grandes momentos de cambios en general acaecidos en nuestra sociedad desde su etapa agrícola, pasando por la industrial, para desembocar en la era de la tecnología e informática.

Estos tres estadios los asimiló como “olas” transformadoras donde cada una de ellas es una evolución y como en toda evolución, al igual que en el mar, existen también contra olas, las cuales entiende el sociólogo mencionado que surgen entre quienes propugnan el cambio transformador social y quienes rechazan o se resisten a ellos.

Los procesos innovativos que implican la modernización tecnológica producen, a no dudarlo, ese “entrechocar” de olas.

Indudablemente que esto ocurre porque surgen pujas como se observan en otros campos de la sociedad, por acción y reacción ante cambios importantes, radicales, que, en este particular caso de la incorporación de las TIC en el plano de la administración de justicia, quedará plasmado, por ejemplo, entre los llamados nativos digitales a los que se le facilitará todo el acceso y el manejo de los medios tecnológicos y aquellos inmigrantes informáticos que no lo son. Los primeros verán con sumo agrado y tendrán más facilidad en el manejo de estas herramientas y medios, mientras que los segundos tendrán renuencia en un primer estadio a estos cambios por estar acostumbrados a un sistema que necesariamente ha de cambiar producto de los tiempos por venir.

El entrechocar de posiciones se da tanto en el ejercicio profesional de los abogados como dentro del mismo Poder Judicial.

Todo esto debe ser atendido también correspondientemente cuando se proponen cambios de este tipo.

Para enfrentar dicha situación de entrechocar de olas que ocurrirán con seguridad, todo proceso modernizador debiese ser regido por un criterio gradual en la aplicación de dichas reformas. Iniciarlas como pruebas pilotos en uno o varios Juzgados primeramente para luego tras-

(19) TOFFLER, Alvin, "La tercera ola", Ed. Plaza & Janés, 1995.

ladarlos a toda una jurisdicción. Como se hizo desde la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires con la Acordada 3399 que implementó en su momento a través de una prueba piloto la notificación electrónica en determinados juzgados de la provincia previamente.

Indudablemente el contexto de emergencia pandémica produjo una aceleración notable de estos procesos innovativos que implicaron dejar de lado los criterios de prudencia ante esas acciones y reacciones enunciadas con anterioridad.

Este tipo de proceso progresivo-innovativo de condición trascendental más allá de la progresión con tiempos acelerados deberá contar con quienes necesariamente vayan no solo dirigiéndolo, sino revisándolo y controlándolo.

Se requerirán, además, liderazgos convencidos y decididos de llevar a cabo dichos procesos transformadores.

Estos procesos no pueden desarrollarse a largo plazo sin una coordinación interjurisdiccional, puesto que es un sistema interrelacionado.

Además, todo proceso de apertura a las nuevas tecnologías dentro del proceso judicial o de la Administración de Justicia en general, y más allá de las dificultades contextuales de la pandemia, no debe desconocer las dificultades previas que la aplicación de tales reformas implicará (económicas, de infraestructura, de instrucción en el empleo de las tecnologías y medios electrónicos, etc.), entendiendo que no se trata de plasmar conceptos modernos como respuestas espasmódicas a una necesidad puntual, sino que deben ser entendidas como respuestas a un plan definido que llevará etapas y años concretarse.

Comparto lo expresado por Toribio Sosa cuando sostiene que "la utilización de tecnologías por encima del nivel cultural de los operadores jurídicos conducirá o al subuso de las mismas, o podría llevar a la resistencia obstaculizando, retardando o cuando no malogrando ('quemando') su asimilación. De cara a los cambios el exceso de entusiasmo puede ser más nocivo que su falta" **(20)**.

Por su parte, Ricardo Lorenzetti supo expresar con total acierto que "no solo hay que hablar de tecnología, porque la tecnología hace al cambio de la cultura, al modo en que cada uno de nosotros trabaja" y que "no es suficiente con que tengamos computadoras y tecnología, sino que estemos convencidos de usarlas y hacerlo en todo su potencial" **(21)**.

En el caso del sector judicial, las TIC no solo optimizan las prácticas actuales, sino que potencialmente pueden crear nuevas prácticas que cambien en forma radical la forma en que las administraciones de justicia prestan servicios como ocurre con el aprendizaje automático, sistemas de gestión procesal, automatización de procedimiento, resolución de conflictos en línea y predicción de casos, entre otros.

En nuestro país, los tribunales actualmente están cambiando sus prácticas de manera que posiblemente puedan mejorar el acceso mediante las TIC, fundamentalmente mediante el empleo de herramientas en línea, notificaciones electrónicas y audiencias virtuales, pero también puede exponer aún más la brecha digital que acoge a amplios sectores de la sociedad, sobre todo de los sectores más vulnerables, como fuera ya expresado en el presente trabajo.

La ya mencionada "Declaración conjunta sobre el acceso a la justicia en el contexto de la pandemia del COVID-19" emitida por la CIDH y el relator especial de las Naciones Unidas (2021) advirtieron que el uso de medios tecnológicos en la prestación de servicios de justicia "ha tenido en ocasiones un impacto negativo en el acceso a la justicia de algunos sectores de la población como consecuencia de la brecha digital existente", ya que "presupone el acceso a medios electrónicos y al conocimiento tecnológico para acceder a los servicios de justicia".

A su vez, también alertaron sobre la falta de cobertura en varias partes del territorio de los Estados y, en consecuencia, hicieron un llamado a los Estados para que "garanticen el acceso a un internet asequible y pluralista a todas las personas que se encuentren en su territorio, y en particular

(20) SOSA, Toribio, "Sistema de notificación electrónica. Acordada 31/2011 CS", LA LEY 2012-A, 936, AR/DOC/635/2012.

(21) Extraído del discurso que pronunciara como presidente de la Corte Suprema de Justicia en ocasión de apertura del año judicial 2008 (19 de febrero).

a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad, y los exhortan a tomar medidas positivas para reducir la brecha digital" y que hasta se elimine la brecha digital, se debe "garantizar el acceso en persona a los servicios de justicia, acompañado de medidas adecuadas para proteger la salud y la integridad de los operadores de justicia, el personal judicial y los usuarios".

Finalmente, quisiera destacar que todo proceso innovativo deberá contar con un principio rector, el cual será no abandonar el plano ideal pero siempre teniendo a la vista el plano real, para ir avanzando sin pausa, pero gradualmente, en ese ideario que nos aproxime a una forma distinta de la Administración de justicia.

La tecnología avanza vertiginosamente y colisiona con estructuras y principios fuertemente arraigados generándose ese ya referenciado entrechocar de olas producidas entre aquellas formas que se resisten, y otras que buscan transformar.

Las modificaciones sociales y culturales forjadas por el impacto de la tecnología son tan profundas que llevaron a Giovanni Sartori incluso a opinar en su momento que estamos inmersos en un proceso donde iremos dejando atrás la lectura porque "se prefiere el significado resumido y fulminante de la imagen sintética. Esta fascina y seduce. Se renuncia así al vínculo lógico, a la secuencia razonada, a la reflexión que necesariamente implica el regreso a sí mismo" **(22)**.

La tecnología está provocando este y otros cambios conductuales que, sin dudas, seguirán produciéndose, para filtrarse en cada actividad humana.

En ese dinamismo es que se van produciendo pasos intermedios hasta la instalación definitiva de la innovación.

Finalmente, traigo a colación palabras de Augusto Morello cuando señaló que "ni el juez, ni el abogado, los operadores más finos del Derecho, son fugitivos de la realidad" **(23)**.

La pandemia del COVID-19 subrayó la importancia de las TIC para la administración de la justicia produciendo una interesantísima mixtura de herramientas tecnológicas, de *hardware* y *software* que ya existían dentro del Poder Judicial para gestionar, tanto las necesidades de gestión documental, de expedientes, de firma digital, etc., y de la comunicación, tanto interna, como externa de todos los involucrados en un proceso, pero también se debieron emplear otras herramientas de uso masivo, como las aplicaciones de comunicación virtuales.

Toda esta conjunción deberá afianzarse aún más en aspectos muy relevantes como la protección de la intimidad, datos personales y de la ciberseguridad.

Otra cuestión fundamental será la elaboración de procedimientos claros y sencillos, a los efectos de validar efectivamente la identidad de quienes las utilicen y sean parte en todo proceso.

La extrema necesidad planteada por lo contextual de brindar una pronta respuesta ante la pandemia desplazó a las reformas planificadas lo que hizo acelerar vertiginosamente los tiempos y vientos de reforma modernizadora, pero debo advertir que se deberá buscar equilibrios realistas que se proyecten más allá de lo coyuntural para ir superando las acciones y reacciones a todo cambio.

A futuro, comienza a transitarse un camino en todos los ámbitos de la Justicia sin excepción el cual será el de adaptar tanto las realidades, como determinar cuáles serán los mecanismos técnicos que deberán afianzarse y robustecerse en el tiempo.

Una tarea que no será sencilla, pero que luce más que necesaria para acoplarse a la era digital, pues lo hasta aquí transitado ha venido para quedarse y transformar a la sociedad, en general, y al servicio de justicia, en particular.

(22) SARTORI, G., "*Homo videns*. La sociedad teledirigida", Ed. Taurus, Barcelona, 1997.

(23) MORELLO, Augusto M., "Memorias. Bases de una vocación", Ed. Platense - Emilio J. Perrot, La Plata, 2006, p. 41.

COVID-19 y cuestiones de derecho internacional privado

Liliana Etel Rapallini (*)

Sumario: I. Planteo introductorio.— II. Presencia de normas internacionalmente imperativas.— III. Previsión de situaciones de emergencia en fuente normativa internacional.— IV. Previsiones de la situación de emergencia sanitaria en la jurisprudencia nacional.— V. Posibles requerimientos y remedios.— VI. Buenas prácticas y avance de la virtualidad.— VII. Proceso transfronterizo electrónico.— VIII. Conclusiones de cierre.— IX. Referencias de investigación.

I. Planteo introductorio

Los casos de derecho internacional privado ofrecieron desde siempre marcada complejidad y menor frecuencia de trato. Diversas cuestiones sobre todo de índole sociológica contribuyeron al incremento del contacto entre ordenamiento nacional y extranjero. La mutación del hombre por el mundo, los movimientos migratorios, la búsqueda de mejoras laborales y el desarrollo tecnológico han motivado su crecimiento y es así como un juez nacional se encuentra hoy día frente a situaciones fácticas y jurídicas que requieren de especificidad en la resolución.

Frente a la hoja en blanco y el COVID-19 me surgen ciertas contradicciones y entre ellas la afectación general y la particular; difícil por cierto de deslindar y compatibilizar y mucho más, de lograr un equilibrio que permita arribar a una conclusión de justicia material frente a las opciones planteadas.

Sucede que la familia ha sido considerada como una célula primaria y esencial, como motor de los cambios políticos y sociales bien sea con efectos permisivos o prohibitivos. Con el paso del tiempo, actualmente la familia aparece como un núcleo basado en diferentes formas de vida, sin límites, que se va redefiniendo a medida que surgen nuevos modelos que el derecho, a través del obrar de jueces y legisladores debe contener. Comparto con Santos Belandro (2009) que es necesario establecer un concepto amplio y pluralista de la familia que evite discriminaciones.

Pero, claro, las distancias se han acortado salvo en tiempos en donde inesperadamente una pandemia deja al mundo aislado. Y surgen interrogantes. Cómo resolver entonces un régimen internacional de visitas o la apremiante situación de un niño que ha sido adoptado en el extranjero y a quien no es posible trasladar al país de acogida, o la de aquel que se ordena restituir al país de su residencia habitual, circunstancia no factible de cumplimentar aún frente a su fastidio y pena.

El desmembramiento familiar requiere de solidaridad y comprensión por parte de los integrantes del grupo. Y aun cuando pareciera una cuestión distante o de menor cuantía, la pandemia afectó otras áreas como la del cumplimiento de los contratos en tiempo y forma, problemática afectante del comercio internacional e incluso del abastecimiento poblacional.

Tan es así que en materia contractual internacional el impacto fue notorio; en vista de la compraventa de mercaderías se ha planteado

(*) Docente de grado y posgrado especializada en Derecho Internacional Privado; miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de la Corona de España; premio Ciencia e Investigación 2019 por la UNLP; directora del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de La Plata.

el *hardship* **(1)** como esa suma de circunstancias externas que pueden conducir al incumplimiento, analizando los especialistas si de entre ellas el COVID-19 conforma una causal. En algunos casos los contratantes se dispusieron a acondicionar la negociación a las peculiares y apremiantes circunstancias del momento.

II. Presencia de normas internacionalmente imperativas

Entre los muchos interrogantes en que nos sume la situación de pandemia, aparece uno, diríamos de base, para la disciplina privada internacional, que consiste en detectar la naturaleza de las normas limitativas de la libertad de tránsito y su incidencia en casos que la ocupan.

Con el Código Civil y Comercial de la Nación de 2015, el derecho internacional privado recibió con beneplácito al Título IV del Libro 6º relativo a disposiciones específicas de la disciplina.

La nueva dimensión otorga al caso privado internacional herramientas para su resolución que van desde las tradicionalmente concebidas hasta incorporaciones novedosas para la concepción tradicional.

Cito como ejemplo que la problemática de las calificaciones y la de la cuestión previa, preliminar o incidental no encontraron resolución, dejando a criterio del juez el camino a seguir conforme al aporte de la jurisprudencia y de la doctrina.

Se observa la presencia del reenvío y también del fraude a la ley, sin olvidar al orden público como cláusula de reserva de tenor proteccionista y sobre la que volveré a considerar en páginas siguientes.

Sin abandonar el apartado de disposiciones generales y si bien eran antes reconocidas, aparecen en el nuevo paradigma las normas internacionalmente imperativas en el art. 2599 **(2)** con expresa nominación.

Estas normas, también llamadas de aplicación inmediata, de aplicación necesaria o de policía, se inspiran al decir de Antonio Boggiano (2017) **(3)** en rigurosas consideraciones de orden público, quebrando el natural funcionamiento de las normas de remisión o conflicto típicas de la materia y que, precisamente, es su funcionalidad la de admitir el intercambio entre derecho nacional y extranjero.

Si bien su presencia es de excepción, responden a la necesidad de proteger personas y bienes que se encuentran dentro del amparo de un sistema normativo y responden al ámbito de aplicación local y personal de la ley; la esencia es naturalmente territorial, pero sus efectos se expanden hacia otros ordenamientos.

Entonces cabe preguntarse qué calidad invisten las normas dictadas a raíz del COVID-19 y la deducción considero que es sencilla: son normas internacionalmente imperativas que han de respetarse, las propias nacionales y las foráneas e incluidas las de terceros Estados que pudieren tener cercanía con el caso en particular.

Desde marzo de 2020, los ciudadanos del mundo se vieron conminados a cumplir disposiciones, algunas supranacionales como las dadas por la Organización Mundial de la Salud.

Innúmeras consecuencias y de diferente índole provocadas por la emergencia a nivel mundial instó al dictado de normas que restringieron la libre circulación de personas y por qué no decirlo, el acceso a la justicia, aunque fuere de manera temporaria, o la imposibilidad de cumplir con ella como se verá en líneas siguientes y fuera resuelto por la jurisprudencia.

Y es así cómo entre las consecuencias se detecta la afectación en el cumplimiento del régi-

(1) Entendido como privación u obstáculo.

(2) Art. 2599: "Normas internacionalmente imperativas. Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes. Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso".

(3) BOGGIANO, Antonio, "Tratado de derecho internacional privado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, 6ª ed., t. I, p. 593.

men de comunicación entre los progenitores y sus hijos no convivientes originando o profundizando las controversias, el alza de los precios y del valor de la moneda extranjera en el país que motivaron a que el obligado a prestar cuota alimentaria se viera comprometido con una premisa imposible de cumplir.

Acoto al escenario descripto que, si el caso es internacional, la cuestión adquiere relieve de considerable magnitud.

Solo basta con reparar que esta especie normativa continúa en elaboración y progresión en paralelo a la problemática que las originó; es de considerar, por ejemplo, que si un adulto desea ingresar a la Unión Europea en este presente no tiene acceso permitido si ha sido vacunado con la variante Sputnik, normativa que se impone por sobre el cumplimiento de legislación y acceso propios del país donde el medicamento se aplicó. Si el ciudadano que igualmente realiza el viaje y pretende ingresar, frente a la actitud negativa de la autoridad migratoria deberá defenderse de la postura ante el país que le niega el ingreso y no así ante los de su residencia habitual, por la razón antes aludida. Y la razón responde a la naturaleza de las normas migratorias, esto es, ser de carácter imperativo y tratarse de actos de imperio y no de gestión por parte del Estado extranjero quien, en suma, determina las circunstancias que restringen el ingreso o egreso de pasajeros **(4)**.

III. Previsión de situaciones de emergencia en fuente normativa internacional

Si en términos generales y de manera comprensiva la sustracción internacional de menores es un fenómeno que se presenta cuando un menor con progenitores que comparten el derecho de custodia es trasladado subrepticia y unilateralmente por uno de ellos a otro Estado, modificando el derecho de contacto y comunicación de todo el grupo, no solo el del padre o madre desasido, da igual resultado aunque de diferente modo si luego de haberse acordado un régimen de visita internacional el progenitor que efectuó el traslado decide no retornar al niño al país de su residencia habitual. En un supuesto se configura una sustracción y, en el otro, una retención.

Es entonces cuando en la materia, la Argentina ha ratificado tres instrumentos, siendo uno de ellos bilateral.

El señalado como bilateral es el firmado entre la Argentina y Uruguay y ratificado por ley 22.546 **(5)** que en su art. 7º prevé el mecanismo de restitución bajo la impronta de celeridad y en su último apartado expresa literalmente que "pudiendo únicamente retardar la entrega en los casos en que ello signifique grave riesgo para su salud".

Están de más las palabras: la norma contempla, aunque no fuere de manera expresa, la situación de emergencia sanitaria y se deduce que ordenada la restitución de un niño a uno u otro país quedará suspendida hasta tanto se restablezcan las condiciones para un traslado seguro **(6)**.

El Convenio de La Haya que, a diferencia del anterior, es de especie multilateral, sobre los Aspectos Civiles de la Restitución Internacional de Menores ratificado por ley 23.857 **(7)** contiene dos normas aplicables al caso. En el art. 13, se evocan circunstancias por las cuales el Estado requerido podría definirse negando la restitución peticionada en forma fundada y entre ellas, el inc. b) prevé no restituir cuando "existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico", no aludiendo con ello al hecho mismo de ser restituido que de por sí implica un trance doloroso, sino a circunstancias que exponga la jurisdicción requerida poco deseables para el bienestar integral del niño, como bien puede serlo la salud. Pero la cuestión no finaliza allí, pues el art. 20 prevé la oposición a restituir basada en la reserva de orden público sentado sobre la máxima de los derechos humanos, expresando que "podrá

(4) Así lo expresó la CS en "Vergara, Walter R. y otro s/ responsabilidad civil y comercial", 16/03/2016.

(5) BO del 04/03/1982.

(6) Es menester aclarar que este tratado ha quedado desplazado por los multilaterales de La Haya y de la OEA debido a la superposición normativa —la Argentina y Uruguay han ratificado ambos acuerdos— y se reafirma cuando en 2017 se elabora el Protocolo de Actuación específicamente destinado a los dos primeros.

(7) BO del 31/10/1990.

denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales".

En tenor semejante se ubica la Convención Interamericana, ocupando junto con la anterior fuente el calificativo de multilateral y regional por el órgano de su creación.

Pueden recorrerse otros contenidos, pero es evidente que las situaciones planteadas se verán afectadas con las restricciones de traslación durante la pandemia; además, la lectura de una fuente normativa internacional debe realizarse en su contexto y ser aplicada en el tiempo y en el espacio correspondientes al caso concreto que se presente, de modo tal que un proceso de restitución internacional puede verse alterado por circunstancias externas tales como un conflicto bélico o un hecho natural como un terremoto o una pandemia.

En suma, y desde la Convención de los Derechos del Niño como carta magna de la niñez, el ámbito internacional ha previsto situaciones que requieran de especial cuidado; intervienen los poderes públicos garantizando los derechos y dictando normas propicias para la debida protección, más aun considerando que en caso de una pandemia la situación no es local sino compartida por la comunidad internacional.

IV. Previsiones de la situación de emergencia sanitaria en la jurisprudencia nacional

Si bien no se registraron resoluciones unánimes, en materia de familia y niñez se detectan dos fallos de interés, por lo menos a mi parecer.

En el orden interno o doméstico, la resonancia ha sido mayor por ser estos casos de mayor afluencia ante la justicia, precisamente. Cito como ejemplo los autos "C., F. A. c. B., B. s/ alimentos" **(8)**, donde la jueza interviniente hizo uso de sus facultades jurisdiccionales en virtud de la acord. 12/2020 de la CS y del acuerdo CNCiv. 393/2020, así como en el art. 706 y ccds. del Cód. Civ. y Com.; a las normas nacionales le anexa el art. 39 de la Convención de los Derechos del Niño, texto incorporado al art. 75, inc. 22, de la CN, concluyendo en flexibilizar las reglas procesales y de esta forma proveer a la notificación de la medida cautelar a través de WhatsApp. El fallo es de 2020 y el contexto normativo precitado obedece a la situación de pandemia por la que atravesamos y la imposibilidad de practicar la diligencia por los medios procesales habituales. Para fundamentar tal decisión, la magistrada entendió que era necesaria la flexibilización de las normas procesales de acuerdo con el estado sanitario actual y que ello se correspondía con la debida protección de la integridad de las partes y del personal judicial que debería intervenir eventualmente en el acto de notificación (oficial de justicia); máxime "con las posibilidades tecnológicas que permiten replicar dicho acto con las salvaguardias necesarias para garantizarse la efectiva comunicación del reclamo alimentario y el ejercicio pleno del derecho de defensa del demandado previstos por el art. 18 de la CN y por el mismo Pacto de San José de Costa Rica".

Empero, los dos fallos a los que antes me referí como específicos, exponen circunstancias semejantes en casos privados internacionales.

Es así como en diferente acción, el Juzgado de Familia Nº 1 de Tandil en julio de 2020 en autos "G. E. A. c. W. B. s/ divorcio por presentación unilateral" **(9)** habilita la notificación de la sentencia de divorcio a la parte que se encuentra radicada en Inglaterra a través del correo electrónico denunciado en el proceso, resguardado esto por el mecanismo electrónico oficial por donde también se procedió en consecuencia. De esta forma, la juez interviniente suple a través de la virtualidad la notificación personal presencial; de no haber sido así un proceso voluntario hubiera quedado suspendido hasta las reaperturas pertinentes y desde ya, sin conclusión. Literalmente expresa en su sentencia: "Es por ello, y estando convencida, que ningún proceso sería eficaz si desconociéramos el entorno social y si nos aferráramos a un principio de le-

(8) JNCiv. Nº 10, 29/04/2020, ver en *http://e-procesal.com/alimentos-notificacion-via-whatsapp-2387* (última consulta 14/07/2021).

(9) Disponible en *eldial.com*, AABDCB (última consulta 16/07/2021) y en LA LEY 2020-E, 7, AR/JUR/29139/2020.

galidad alejado del principio de finalidad de los actos procesales" **(10)**.

El otro caso que me interesó y es sumamente gráfico y esclarecedor de la situación vivida es el de "T. c. V. s/ autorización" **(11)**. El padre residente en Roma demanda por la ausencia de sus hijos residentes y convivientes con su madre en la Argentina, a consecuencia de no haber adquirido los billetes la progenitora ni haberse cumplido el traslado de los niños en el tiempo y la forma acordados. La sentencia de Cámara, como en nota al pie detallo, se dicta escasos días antes de las restricciones severas de las que ya el mundo entero estaba advertido. Como al inicio lo expresara, la ambivalencia es ostensible en el caso, pero también cierto desconocimiento y hasta egoísmo en el reclamante, al no considerar la salud de sus propios hijos ni la suya siquiera. Lo cierto es que la madre de los pequeños demuestra que los pasajes habían sido adquiridos, y es entonces cuando la Cámara declara abstracta la causa por dicha razón y por no existir incumplimiento en cuanto a la viabilidad del periplo con fines de visita, toda vez que el COVID-19 y las normas dictadas restringían la posibilidad de circulación de los individuos dentro y fuera de las fronteras nacionales. Literalmente, la sentencia de Cámara expresa que "[e]n torno a esta cuestión, en atención a las fechas señaladas, y teniendo en cuenta la reciente normativa emergente respecto a la situación de emergencia sanitaria actual tanto a nivel nacional como internacional, no cabe más que concluir que el tratamiento de la cuestión ha devenido abstracto".

Se han observado otros supuestos como el Recurso de Amparo interpuesto contra el Ministerio de Relaciones Exteriores nuestro, a raíz de residentes en la Argentina que debido a las restricciones se vieron impedidos de regresar al país, requiriendo por ello enseres para la subsistencia propia en el extranjero **(12)** del actor, de su hija y su yerno identificados como vulnerables por la situación que atravesaban.

También se suma la petición de notificar desde un proceso nacional a un residente en España a través de carta documento internacional **(13)** debido a la imposibilidad física de hacerlo en soporte papel.

Es así como los decisorios judiciales van acorde y también más allá de las disposiciones gubernamentales, poniendo énfasis en la persona humana desde diversas ópticas como son el acceso a la justicia y la preservación de la salud.

V. Posibles requerimientos y remedios

En este apartado trabajo con hipótesis y con las posibles respuestas al entuerto que ofrece nuestro derecho en el Título IV, Libro 6º del Cód. Civ. y Com.

Una de ellas puede soslayarse por la invocación del *foro de necesidad* **(14)**. El instituto es incorporado a nuestra legislación tal como se lo concibe, o sea, como un remedio a la denegatoria de justicia concediendo un acceso de excepción ante una jurisdicción nacional. Entonces supongamos que una persona debido a las restricciones de traslación derivadas de la situación de pandemia se ve impedida de retornar al Estado donde reside y donde sería la jurisdicción natural y razonable a donde acceder. Nuestra jurisprudencia antes de la reforma de 2015 contaba con un clásico y único exponente como es "Cavura de Vlasov, E c. Vlasov, A s/ divorcio y separación de bienes" **(15)**; luego de la reforma una Cámara de Apelaciones con amplitud de criterio, demasiada a mi parecer, concede foro

(10) Para mayor conocimiento del caso, véase RUBAJA, Nieve – IUD, Carolina, "La garantía de acceso a la justicia en un caso con elementos extranjeros en tiempos de COVID", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, AR/DOC/3808/2020.

(11) CNCiv., sala J, 17/03/2020.

(12) C. Fed. Apels., sala II, 02/05/2020, "Talavera, Juan José c. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto s/ amparo".

(13) CNCom., sala D, 25/02/2021, "Vázquez Redondo, Anahí c. Lamosa, Enrique y otros s/ ejecutivo".

(14) Art. 2602: "Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, estos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz".

(15) CS, 25/03/1960, disponible en *www.FallosDIPr*.

de necesidad **(16)** a un matrimonio celebrado en el extranjero que peticiona divorcio e inscripción de sentencia en la Argentina, entendiendo excesivo el rigorismo impuesto por la ley 26.413 que requiere previa inscripción en el país de celebración y una vez acreditada esta, se procederá en consecuencia dando lugar a la registración local. Al respecto, expresa la Cámara en su sentencia que "bajo la idea de aquello que se entiende como foro de necesidad, art. 2602 CCC, aun cuando la jurisdicción internacional no le correspondiere al juez argentino, este tendrá siempre legalmente habilitada su intervención en modo excepcional, evitando denegar justicia a los involucrados, procurando como se reclama para este caso, una sentencia eficaz".

Visto esto y con COVID-19 no sería extraño ni desmesurado que se conceda foro de necesidad por no tener el justiciable acceso a la jurisdicción pertinente y a la que ocurriría de no existir el imponderable hecho de la pandemia.

Un supuesto de interés por su entidad tuitiva lo ofrece el art. 2641 **(17)** que instaura medidas de protección en supuestos relativamente internacionales dado que no se presenta el riguroso contacto que configura el caso con elementos extranjeros, típicamente expuestos ante una jurisdicción nacional. Y es así cómo entonces un ciudadano argentino o extranjero residente en el exterior que ingresa al país antes de marzo de 2020 no puede retornar a su tierra de origen y durante su estancia sufre una crisis psicótica, se cumple con los recaudos que la norma impone, la patología subsiste, el retorno se hace imposible y nuestra justicia debe continuar tutelando en permanente comunicación con la jurisdicción foránea.

(16) CCiv. Com. Lab. y M., sala III, Santa Rosa, 18/09/2018.

(17) Art. 2641: "Medidas urgentes de protección. La autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados".

VI. Buenas prácticas y avance de la virtualidad

Si bien las llamadas "buenas prácticas" entran en el marco de disponibilidad de medios y de criterios del juez, lo cierto es que su empleo y su difusión se implantaron antes de la pandemia.

Se puede entender que deben orientarse a dar impulso al proceso guardando que este sea debido y que requiere, además, de la reciprocidad o conformidad en casos internacionales en los que se presenta un juez rogante y otro rogado. El marco mayor lo otorga el principio de igualdad de trato procesal.

Las TIC **(18)**, entendidas como buenas prácticas al servicio de la justicia, están presentes en los procesos domésticos como en los extranjeros que, además, respondieron satisfactoriamente conviviendo con el proceso presencial. Los ámbitos en que la adhesión registró mayor avance fueron el del arbitraje y el penal, extendiéndose a otras ramas.

Sabido es que la práctica se robustece en 2015, cuando nuestro país ratifica por ley 27.162 **(19)** el Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia, que en tan solo once artículos reglamenta la modalidad y los recaudos que han de respetarse para su implementación.

El tiempo pasa y el avance tecnológico acelerado torna obsoleta una herramienta y la reemplaza por otra en pos de la modernidad y es así como un régimen comunicacional se entablaba por Skype, hoy día se organiza un Zoom o una videoconferencia con un celular; por supuesto que esto conduce a ciertas apreciaciones de otro carisma pero no por ello de menor cuantía; y la controversia o quiebre surge entre quienes tienen acceso a redes y con dispositivos suficientemente adecuados, y aquellos que carecen de los medios exigibles.

Pese a ello y a la imposibilidad de uniformar posibilidades y opiniones, las buenas prácticas

(18) Técnicas o tecnologías de la información y de la comunicación proveedoras de recursos y herramientas. Para el desenvolvimiento en el caso de los procesos jurisdiccionales.

(19) BO del 03/08/2015.

son las demostradas por nuestros jueces como también lo son crear todo protocolo que respete los derechos humanos, como pueden serlo los destinados a notificaciones u otros actos procesales en los casos transfronterizos, para el mejor desenvolvimiento y celeridad en la comunicación entre las diferentes jurisdicciones.

Empero, el Código Civil y Comercial incorpora un aporte valioso que consiste puntualmente en una buena práctica, ya que en su art. 2612, relativo a asistencia procesal internacional, reza: "Sin perjuicio de las obligaciones asumidas 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".

Es que las comunicaciones directas entre jueces permiten que un juez nacional requiera de su par extranjero informes, por ejemplo, relacionados al proceso que los vincula; en cierta forma ya contábamos con juez de enlace **(20)** en asuntos relacionados con restitución internacional de menores, pero la norma en cuestión amplía el espectro hacia toda materia privada internacional. Constituye en consecuencia, una herramienta valiosa en todo tiempo y más aún en tiempos de pandemia. Los recaudos a tener en cuenta han de ser la reciprocidad derivada de una fuente normativa o bien de la voluntad y disposición de las autoridades competentes, el respeto por el debido proceso y la puesta en práctica fehaciente del principio de confianza mutua.

VII. Proceso transfronterizo electrónico

En un vuelco explicativo e introductorio previo a abordar el tópico del apartado, cabe diferenciar la competencia directa, que es la jurisdicción a cargo de un juez nacional, de la llamada indirecta, que consiste en el ejercicio de la jurisdicción por parte de un juez nacional pero que actúa por pedido de un juez extranjero que se lo peticiona. Ambas conforman el derecho procesal civil internacional; en la llamada competencia directa ubicamos los casos con elementos extranjeros que se presentan ante un juez nacional; en la indirecta se exponen las variables que ofrece la cooperación jurídica extrafronteriza a fin de efectivizar decisorios jurisdiccionales nacionales ante la justicia de otro Estado, desde una notificación, un pedido de informes, producción de prueba, toma de medidas cautelares, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Si bien la tecnología al servicio de la ciencia jurídica y a su práctica lleva años entre nosotros, la pandemia le ha dado mayor relieve y necesidad de ser superior su desarrollo y su expansión.

Pese a ello, los ideales van más allá y puedo sintetizarlos diciendo que uno de ellos consiste en la creación de redes virtuales seguras y efectivas destinadas a la transmisión de rogatorias internacionales y regionales y la otra es el expediente electrónico en casos internacionales, sobre todo en los que su objeto o materia lo sea la sustracción internacional de niños, así como toda acción que involucre a sujetos vulnerables.

La vía electrónica no se encuentra expresamente prohibida en fuentes normativas internacionales o regionales tal lo presentan el Convenio de La Haya sobre Comunicaciones y Notificaciones en el Extranjero vigente en nuestro país por ley 25.097 **(21)** y el Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación Jurisdiccional en el Mercado Común del Sur ratificado por ley 24.578 **(22)**.

Una demostración de interés y progreso ha sido la creación del Tratado Relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales **(23)**, dado en Medellín en julio de 2019 y aún pendiente de ratificación suficiente como para adquirir su vigencia; genera el uso de una plataforma a la que denomina *Iber@* con intervención directa de las autoridades centrales de los países parte. Es de suponer que los Esta-

(20) Como juez de enlace por la República Argentina se destaca el desempeño de la Dra. Graciela Tagle de Ferreyra.

(21) BO del 18/05/1999.

(22) BO del 25/10/1995.

(23) *https://comjib.org/wp-content/uploads/2019/08/Tratado_Medellin_ES.pdf* (fecha de la última consulta: 19/07/2021).

dos comprendidos, incluido el nuestro, además de ratificarlo deberán reglamentarlo a fin de responder al perfil de país requerido para la correspondiente implementación del sistema, que está especialmente destinado a la transmisión de rogatorias relativas a cooperación jurídica tal como reza su denominación y objeto.

Quizás el gran interrogante sea plantearnos cómo se presentará el derecho internacional privado cuando el COVID nos dé tregua y retornemos a los cauces de la calificada como normalidad. La Unión Europea, por citar un referente de avanzada, se prepara para implementar un sistema de justicia civil transfronteriza *low cost,* poniendo énfasis en aportar soluciones tendientes a agilizar, facilitar y abaratar la tutela judicial efectiva. No es un mal modelo como para tener en cuenta estimando que los países individualmente y los bloques de integración con más razón, se encuentran diseñando modelos virtuales propicios de carácter estable, alejados de las razones que justificaron a los generados como paliativo a la situación de emergencia sanitaria. En diferente geografía, Estados Unidos prevé de manera futurista la *global zoom jurisdiction* **(24)**.

Pese a ello, queda camino para transitar y crecer, asumiendo que la concertación de instrumentos internacionales es un tedioso proceso que requiere de voluntad política que valore y avale el proyecto.

VIII. Conclusiones de cierre

Sucede que el derecho internacional privado actual no abandona el método basado exclusivamente en el conflicto, sino que modifica y flexibiliza su funcionalidad. Bajo esta impronta se propone el "diálogo de fuentes" a través de la búsqueda de la armonía entre normas por sobre la exclusión **(25)**. Como bien lo expresa Do Amaral Júnior (2010), se está por la búsqueda de una "coherencia derivada o restaurada" **(26)** de suma utilidad a los fines de detectar la justicia concreta. Consiste en un verdadero tránsito entre la resolución con normas de coexistencia hacia una actitud metodológica plasmada en el uso de las mismas normas con espíritu de cooperación y de coordinación solidaria. En lo relativo al orden público, además de su consensuado carácter mutable, esta tradicional cláusula de reserva se ve atemperada por la técnica entendida de *ajuste, adecuación o equivalencia* a través de la cual sobre todo el juez interviniente, tiene la posibilidad de reducir el rechazo ubicando a esa ley, a ese instituto extranjero, en una categoría admitida por el derecho del foro receptor **(27)**. La visión de un orden público atenuado admite la incorporación de una ley extranjera en cuanto su contenido derive en una confrontación de valores fundamentales **(28)**. Junto a ella aparece el *método de la ley de policía, de aplicación inmediata o internacionalmente imperativa* por el cual se elimina el tenor conflictivo de un caso privado internacional descartando de plano la norma extranjera ofensiva por invadir áreas exhaustivamente protegidas; su grado de imposición y obligatoriedad enervan el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Entonces cabe preguntarnos cómo está integrado en la actualidad el orden público que interesa y por el que debe velar el derecho internacional privado; aquí y en consonancia de criterio con doctrinarios como el Profesor peruano Alfredo Bullard González (2013), este se compone por normas de grada constitucional más los tratados internacionales de derechos humanos, más las normas imperativas que operan transversalmente vinculando contenidos de diversa etiología **(29)**. El eslabón está dado por el vínculo directo del orden público con la garantía

(24) Jurisdicción de zoom global.

(25) Sobre el particular me expresé en "Orientación del orden público y del fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado actual", RCCyC, año VII, nro. 4, mayo 2021, p. 263.

(26) DO AMARAL JÚNIOR, Alberto, "El diálogo de las fuentes en el Derecho Internacional contemporáneo", REDI, 2010, nro. 1, vol. LXII, p. 61.

(27) Otra modalidad empleada por la fuente normativa internacional y también interna es la recurrencia a las normas basadas en la acumulación o concordancia.

(28) Espinar Vicente (2014) enuncia correctivos funcionales para erradicar el fraude a la ley entre ellos al mismo orden público, al interés nacional y al papel preponderante que juega el derecho del juez que está entendiendo en el caso.

(29) Prueba de enlace y direccionamiento, está dada por el art. 1º del Cód. Civ. y Com.: "Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte...".

en el plano internacional de los derechos fundamentales establecidos en la parte dogmática de la Constitución Nacional **(30)**. Sería sugerente modificar expresiones y términos y así tal como lo propone Arzubiaga Rospigliosi (2004), reemplazar la expresión "orden público internacional" por "principio único de defensa de un sistema" y de allí en más responder a cuáles son los mentados principios que deben preservarse vistos en su entorno temporal y acondicionado al caso en particular.

Aplicado a la niñez y a la familia, numerosas contingencias pueden afectar al núcleo familiar y muy en particular a los progenitores como responsables directos del cuidado de sus hijos menores, de manera de no quebrar el ámbito afectivo necesario para el pleno desarrollo de la prole. Acontece por razones tan dolorosas como el sometimiento de los hijos a malos tratos e incluso a delitos mayores. Lo cierto es que la conflictividad en los procesos de familia requiere de vías jurídicas para su reducción y humanización.

El COVID-19 afectó notoriamente los casos con elementos extranjeros, obstáculos que se intentaron superar a través de determinadas prácticas quizá poco ortodoxas hasta la aparición de la pandemia, poniendo en valor derechos tales como la conservación de vínculos parentales.

Finalmente, cuando hablamos de derechos humanos nos referimos a la humanidad como conjunto de hombres y mujeres, niños y adultos; resulta entonces evidente que el concepto de soberanía del Estado debe llevar aparejada la capacidad del sistema para asegurar su protección y el respeto internacional a los derechos humanos y entre ellos el cuidado y preservación de la salud. El flagelo de la pandemia y sus consecuencias en ningún momento pueden ser razón suficiente para olvidarse de ellos y hay un derecho ineludible que tiene su pervivencia en el contacto y la comunicación que ha de tenerse presente tanto entre autoridades como entre justiciables, y que los primeros deben propender a que los segundos accedan, aunque más no fuere de manera virtual.

(30) Al respecto sugiero un excelente artículo de DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., "Derechos humanos, diversidad cultural y derecho internacional privado", Ed. RDP, 1998, ps. 541-572.

IX. Referencias de investigación

ABARCA JUNCO, Ana P., "Derecho Internacional Privado", UNED, Madrid, 2013, ps. 535 y ss.

ARZUBIAGA ROSPIGLIOSI, Augusto, "Derecho Internacional Privado", Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004, ps. 277 y ss., 315 y ss.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "No cometerás actos impuros: el orden público y el control judicial del laudo arbitral", *Themis, Revista de Derecho*, nro. 63, 2013.

ESPINAR VICENTE, José María, "Ensayo sobre teoría general del derecho internacional privado", Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 107.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos – DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., "Derecho internacional privado", Ed. Civitas, Madrid, 2015, p. 603.

JUÁREZ, Miguel, "Cambios sociales que afectan al menor y la familia", en RODRÍGUEZ TORRENTE, Jesús (ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998, cap. I, ps. 3-4.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, "Los menores en el derecho español", Ed. Tecnos, Madrid, 2002, ps. 297 y 311.

MICHINEL ÁLVAREZ, Miguel-Ángel, "El derecho internacional privado en la era posCOVID", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, nro. 1, 2021, ps. 493-528.

SANTOS BELANDRO, Rubén B., "Derecho civil internacional y de familia", Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, 2009, ps. 402 y ss.

SCOTTI, Luciana B., "La implementación de las comunicaciones judiciales directas y la videoconferencia en asuntos transfronterizos de familia", RDFyP, nro. 2, 2020, p. 30.

TORRES FERNÁNDEZ, María Elena, "El tráfico de niños para su adopción ilegal", Ed. Dykinson, Madrid, 2003, ps. 19, 21.

La respuesta judicial a las acciones colectivas interpuestas en pandemia por ciudadanos contra la Ley IVE: estudio de casos y reflexiones preliminares desde el derecho procesal

Francisco Verbic (*)

Mariela Galeazzi (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Contexto y antecedentes.— III. Cuestiones sustanciales.— IV. Cuestiones procesales.— V. Contenido del trabajo.— VI. Metodología.— VII. Análisis.— VIII. Reflexiones preliminares desde el derecho constitucional y procesal.

I. Introducción

En este trabajo analizaremos en detalle distintos casos promovidos por "ciudadanos" durante la pandemia para impugnar la ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (en adelante, Ley IVE), sancionada el 30 de diciembre de 2020 y publicada en el Boletín Oficial el 15 de enero de 2021.

Con sustento en este análisis, realizaremos algunas reflexiones preliminares que nos permiten sostener la existencia de numerosos e irresolubles obstáculos de orden constitucional, procesal y de principio para la admisibilidad y la procedencia de este tipo de acciones colectivas.

No solo porque buscan impugnar, en abstracto, la constitucionalidad de leyes sancionadas por el Congreso de la Nación (cuestión sobradamente abordada por la CS), sino también porque presentan evidentes defectos postulatorios, asumen interpretaciones equivocadas sobre los alcances de la legitimación colectiva y olvidan la necesidad de intervención de otros grupos de personas con intereses contrapuestos.

II. Contexto y antecedentes

La Ley IVE consagró, luego de un debate legislativo con amplia participación social, el derecho de las mujeres y personas con capacidad de gestar a decidir la interrupción del embarazo hasta las 14 semanas de gestación, y, con posterioridad a dicho plazo, a acceder a un aborto en casos en que el embarazo haya sido resultado de una violación o estuviese en peligro la vida o la salud de la persona gestante.

(*) Abogado (UNLP); magíster en Estudios de Derecho Internacional (NYU); profesor adjunto de Derecho Procesal II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP; secretario académico y profesor de la Maestría en Derecho Procesal de esa misma casa de estudios.

(**) Abogada (UNLP); magíster en Derecho Internacional con especialización en Derechos Humanos por la American University Washington College of Law; coordinadora de litigio de Amnistía Internacional Argentina.

Desde su aprobación, se han presentado más de treinta acciones judiciales cuestionando su constitucionalidad y solicitando la suspensión de sus efectos por vía cautelar. Las demandas han sido promovidas por una diversidad de sujetos, invocando, con sustento en el art. 43 de la CN, la representación del colectivo de personas por nacer, y en ciertos casos, de las mujeres y de las niñas. En algunos supuestos, también se invocó la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, como un supuesto especial de legitimación colectiva.

Hasta ahora, ninguna de las acciones ha prosperado. Las pocas medidas cautelares que se dictaron con el objeto de suspender la vigencia de la ley han sido revocadas por tribunales superiores en plazos breves **(1)**, y ninguna de las acciones ha sido formalmente admitida en resolución con carácter firme, ni, lógicamente, obtenido una certificación de la acción colectiva con su consecuente inscripción definitiva en el Registro Público de Procesos Colectivos.

En líneas generales, en cambio, los jueces y las juezas de diversas instancias, fueros y jurisdicciones han considerado que no corresponde su intervención por inexistencia de "causa o controversia" y/o por falta de legitimación activa, circunstancias que vedan su intervención en virtud del principio de división de poderes, ya que implicaría una extralimitación a sus facultades, de conformidad con el art. 116 de la CN.

El análisis del escenario de litigios contra la Ley IVE ofrece múltiples aristas de abordaje que involucran aspectos sustanciales y procesales —si es que tal escisión es posible— de gran trascendencia y relevancia.

III. Cuestiones sustanciales

Con respecto a los planteos sustanciales o "de fondo", por ejemplo, se observa en las demandas interpuestas una narrativa bastante homogénea. A grandes rasgos, se insiste con dos líneas argumentales.

Por un lado, con la atribución de un carácter absoluto del derecho a la vida, lo cual va a contramano del principio de razonabilidad, la jurisprudencia de la Comisión **(2)**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos **(3)** y de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación **(4)**.

Por otro lado, con la idea de que la norma violaría el derecho internacional de los derechos humanos, pese a que los organismos internacionales de interpretación de los tratados recomiendan de forma cada vez más enfática la despenalización del aborto, establecen que es deber del Estado garantizar el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, incluido el aborto, y expresan que actuar en sentido contrario puede configurar violencia institucional y tortura **(5)**.

En otras palabras, la narrativa de fondo reproduce, en general, los argumentos jurídicos contrarios a la ley que fueron expuestos en el Congreso en 2018 y 2020. Argumentos que fueron desautorizados, incluso, por autoridades de organismos internacionales de derechos humanos presentes en el debate **(6)**.

---

(1) Se cita como ejemplos el caso "Seri, Héctor A. c. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo ley 16.986", expte. 5045/2021 ante la justicia federal de Mar del Plata, y el caso "Dellamea, Hilda B. y otros c. Gobierno de la Provincia de Chaco y/o Ministerio de Salud Pública del Chaco y/o Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología del Chaco y/o quien resulte responsable s/ medida cautelar", expte. 511/21-1-C (ante la justicia civil de Chaco, que obtuvo la primera cautelar contra la ley.

(2) CIDH, 06/03/1981, "Baby Boy vs. Estados Unidos de América", res. 23/81, caso 2141.

(3) Corte IDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo y otros ('Fecundación in vitro') vs. Costa Rica", excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

(4) CS, 13/03/2012, "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva".

(5) Ver, p. ej., CIDH, obs. gral. 36 sobre el art. 6º, párr. 9º, en cuanto establece que "todas las restricciones jurídicas que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro sus vidas ni exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos por cuanto ello supondría una vulneración del art. 7º del Pacto; y Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Observación General nro. 35, párr. 18.

(6) Ver, p. ej., la exposición del Dr. Luis Ernesto Pedernera, presidente del Comité sobre los Derechos del Niño, disponible en *https://www.filo.news/actualidad/Aborto--Pedernera-Reyna-desarticulo-uno-de-los-argumentos-celestes-20201204-0026.html*.

IV. Cuestiones procesales

Con respecto a las cuestiones procesales, ha cobrado especial relevancia en el litigio contra la norma la verificación de la configuración de una "causa o controversia" y de la suficiente legitimación colectiva para promover el caso.

Como se sabe, estas cuestiones procesales tienen una vinculación directa con el principio de división de poderes y autorrestricción del Poder Judicial, además de implicancias prácticas concretas sobre la garantía constitucional del debido proceso.

Por eso, un análisis riguroso de la legitimación y la verificación de la existencia de un "caso" frente al planteo de un proceso colectivo es fundamental, tanto para garantizar el derecho a ser oído de las personas potencialmente afectadas en el marco de dicha causa, como para protegerlas de las decisiones judiciales adoptadas en violación de las garantías del debido proceso.

V. Contenido del trabajo

Justamente por la relevancia que ha tomado la verificación del recaudo de la legitimación y de la existencia de un "caso colectivo" en el litigio contra la Ley IVE, primero describiremos el razonamiento de los tribunales para resolver sobre dichos aspectos. Y, a partir de dicha descripción, propondremos algunas lecturas desde el derecho procesal de los procesos colectivos que puede ser de utilidad para robustecer el marco de análisis de los requisitos del caso y la legitimación frente a futuras acciones o en ulteriores instancias.

VI. Metodología

En cuanto a la metodología de análisis, del total de las acciones identificadas, se decidió seleccionar aquellas iniciadas por personas en su carácter de "ciudadanos" o "abogados", en tanto representan casi la mitad del total de las acciones promovidas contra la norma.

La prevalencia de esta clase de actores llama la atención, si se tiene en cuenta que esa categoría de sujetos no ha sido reconocida por la Constitución como capaces de invocar la legitimación de derechos de incidencia colectiva. A ello se suma que la lectura que la CS ha hecho respecto del art. 43, juntamente con el art. 116 de la CN, ha dejado en claro que también en los procesos colectivos la verificación de la existencia de caso es imprescindible. Sin perjuicio de la muestra seleccionada para este trabajo, cabe mencionar que también —aunque en menor medida que las iniciadas por ciudadanos— se han presentado acciones por asociaciones civiles, partidos políticos, médicos y hasta por un municipio **(7)**.

Para la realización de este trabajo y por razones de espacio, se analizaron como muestra los escritos de demanda —aquellos a los que se pudo acceder— y de las sentencias interlocutorias o definitivas de cuatro causas **(8)** sobre un total de dieciséis —según relevamiento propio— promovidas por personas en calidad de "ciudadanos" o "abogados", con sustento en el art. 43 de la CN y en el art. 1º de la ley 26.061. La selección de cuatro causas responde a la necesidad de realizar un abordaje en profundidad, cuidando la extensión del trabajo. Se procuró la selección de aquellas en las que la cuestión de la legitimación fue tratada con mayor profundidad.

Solo a fines informativos respecto de las decisiones que quedaron por fuera del análisis de este trabajo, cabe destacar que, salvo la reciente decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta en la causa "Fiore Viñuales" —que se analizará—, ninguno de los tribunales que

(7) Solo a título ilustrativo, cabe mencionar algunas de ellas: "Asociación Civil Portal de Belén c. ENA s/ amparo ley 16.986" (expte. 000291/2021) de trámite ante la justicia federal de Córdoba (se encuentra rechazada in limine, por sentencia no firme todavía); el Partido Nos o sus "juntas promotoras" iniciaron acciones tanto en sede local como federal en las provincias de Buenos Aires, La Pampa, Chaco y Entre Ríos (todas fueron rechazadas), el caso "Audi Falú, Martín A. y otro c. Provincia de Tucumán s/ amparo" (expte. 17/21; iniciado por médicos en la justicia local tucumana y que fuera rechazada in limine) y la acción iniciada por el Municipio de Roldán, que fue rechazada en sentencia no firme todavía.

(8) Las causas son "Dallamea" (supra nota 1), "Seri" (supra nota 1), "García Elorrio, Aurelio F. c. Poder Ejecutivo Provincial s/ amparo" (SAC 10074392), ante la Cámara Contencioso Administrativo de Córdoba, y "Fiore Viñuales, María Cristina y otros c. Ministerio de Salud de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad" (expte. FSA 4290/2020/CA2), ante la justicia federal de Salta.

resolvió sobre la admisibilidad de las acciones contra la Ley IVE consideró que fuera constitucionalmente aceptable la legitimación de la figura del ciudadano para representar al colectivo de personas por nacer.

En cada caso, se han observado las siguientes variables. Respecto de los escritos postulatorios: i) quiénes son los/as actores/as; ii) qué legitimación invocaron; iii) cuál fue el sustento normativo de dicha legitimación; iv) si (y cómo) se construyó el caso colectivo; y v) si (y cómo) se verificaron los requisitos de admisibilidad de los requisitos. Por su parte, respecto de las sentencias y resoluciones, se prestó atención a: i) aspectos vinculados al requisito de caso o causa; ii) aspectos vinculados a la legitimación, y iii) aspectos vinculados a la configuración del caso como colectivo.

VII. Análisis

Los casos se presentan en el orden en que han sido dictadas las resoluciones que conceden o rechazan los planteos por cuestiones vinculadas a la existencia de caso o legitimación.

VII.1. El caso "Dallamea"

La primera acción que obtuvo el dictado de una medida cautelar que disponía la suspensión de los efectos de la ley en una provincia fue iniciada por un grupo de seis ciudadanos ante la justicia provincial de Chaco. Se trató de una medida cautelar seguida de una acción de amparo que tenía por objeto la declaración de inconstitucionalidad de la ley. La medida cautelar tenía por objeto que "se ordene la suspensión y/o la no aplicación en el territorio de la provincia de Chaco de la ley 27.610, hasta tanto se resuelva la acción principal" (del texto de la resolución cautelar).

Con respecto a la verosimilitud en el derecho, los actores invocaron diversos instrumentos de derecho internacional y el art. 75, inc. 23, de la CN. Sobre el peligro en la demora, afirmaron que está determinado "por el riesgo claramente palpable que generan los actos denunciados, los que llevan claramente a la muerte de uno, dos, tres, cien o miles de niños y niñas chaqueñas, ante la amenaza real cierta y concreta de la entrada en vigencia de la ley 27.610, que favorecería el aborto libre contra los niños por nacer". De la resolución no surge que se haya precisado cuáles serían los "actos denunciados".

En la acción principal, por su parte, los actores fundaron su legitimación en el art. 1º de la ley 26.061. Consideraron que, como dicha normativa protegía los derechos de los niños, ello incluiría a las personas por nacer, de acuerdo con la declaración hecha por el Estado argentino al aprobar la Convención sobre los derechos del Niño. En esa línea, afirmaron que la Ley IVE menoscabaría el "ejercicio y goce del derecho a la vida del niño por nacer" y, por ende, justificaba la legitimación invocada.

Con respecto al tipo de acción colectiva, al parecer los actores se inclinaron por sostener que se trataba de un caso de intereses individuales homogéneos, porque procuraron acreditar el cumplimiento de los requisitos que la Corte detalló en "Halabi". Sin embargo, también expresaron que el caso refería al derecho a la vida y a la protección de sectores vulnerables, a los que definieron como bienes que "pertenecen a la esfera social y no son divisibles en modo alguno".

La acreditación de los recaudos de "Halabi" se realizó de la siguiente manera: "La existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales (*aborto*), conforme la pretensión está concentrada en los efectos comunes al dañar a dos o más personas (*niños por nacer*), de tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, son elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho (*los niños que ven impedido el anhelo de nacer vivos*). Surgiendo a la vez el supuesto de la afectación de un grupo vulnerable o débilmente protegido (*niños por nacer durante su embarazo —art. 75 inc. 23 CN—*)" (del escrito de demanda, destacado en el original).

Al resolver la cautelar de forma favorable, la jueza no verificó la existencia de caso ni de legitimación, sino que se abocó directamente al tratamiento de la petición cautelar mediante un análisis de legalidad o de puro derecho. Afirmó que "el *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho se manifiesta ante la simple lectura de las normas antes mencionadas y el peligro en la

demora, con la aplicación de una ley que dispone lo contrario de estas últimas en lo que refiere a la protección al Derecho a la vida desde la concepción y en relación al niño por nacer, expresamente prevista en el art. 15, inc. 1º de la Constitución de la Provincia del Chaco, pudiendo tornar tardía tal protección, ante la inmediata aplicación de la ley 27.610".

La decisión fue apelada por el Estado local. La Cámara de Apelaciones revocó la cautelar y, en el marco del análisis de verosimilitud en el derecho, concluyó que no estaba demostrada la existencia de caso ni la legitimación para accionar.

Con respecto al art. 1º de la ley 26.061 como fundamento de la legitimación, el tribunal comenzó por considerar que "la interpretación de una cláusula como la señalada, de gran amplitud en sus términos, no puede ser realizada de manera aislada y desconectada de los principios, reglas y valores que conforman el ordenamiento jurídico" y que en casos como este debe acudirse a una "interpretación contextual (...) en función de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (Fallos 314:445; 320:74; 321:730; 324:4349)". Luego, recordó la doctrina de la Corte Federal, conforme a la cual "la invocación de la calidad de ciudadano, sin la demostración de un perjuicio concreto, es insuficiente para sostener la legitimación a los fines de impugnar la constitucionalidad de una norma, por tratarse de un concepto de notable generalidad y su comprobación, en la mayoría de los casos, no basta para demostrar la existencia de un interés especial o directo, inmediato, concreto o sustancial para contener por configurado un caso contencioso" (Fallos 306:1125; 307:2384; 322:528; 324:2048; 331:1364; 333:1023; 336:2356, entre otros). Por ello, concluyó que la invocación del art. 1º de la ley 26.061 por sí sola resulta insuficiente para comprobar la verosimilitud en el derecho, y "tampoco los peticionantes serían ninguno de los legitimados extraordinarios enumerados en el art. 43 de la CN".

A mayor abundamiento, la Cámara agregó que, aun cuando hipotéticamente los actores tuvieren "legitimación extraordinaria", eso no los dispensaría de demostrar la existencia de un interés para obrar y un perjuicio concreto tipificante de un caso o controversia.

Finalmente, el tribunal añadió un nuevo fundamento al rechazo vinculado con la afectación de los derechos de terceros que implicaría el reconocimiento de la legitimación. Entendió que "[d]esde que la ocurrencia de la hipótesis consagrada para demostrar la existencia y afectación del derecho pregonado dependería de otros eventos —decisión de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar de ejercer efectivamente la opción de decidir la interrupción del embarazo de conformidad con lo establecido en la presente ley— que sitúan al agravio invocado como un daño meramente hipotético o eventual que, de consuno, se superpone con el ejercicio de otros derechos fundamentales, enmarcados en la autonomía privada de las personas y la esfera de la individualidad personal y claramente ajenos a los peticionantes, en tanto no se encuentran incluidos en aquel colectivo, de acuerdo a la condición de ciudadanos invocada (art. 19, Constitución Nacional; Fallos 329:4593, voto del Dr. Lorenzetti)". En la misma línea, agregó que "la elucidación del caso (...) exhibe a primera vista el protagonismo de derechos subjetivos de raigambre constitucional cuyo ejercicio no compete a los requirentes; lo que, por consecuencia lógica, impide avizorar una afectación especial o particularizada que justifique una tutela judicial de índole cautelar".

El tribunal concluyó destacando que lo peticionado cautelarmente se asemejaba "a una acción popular encaminada a la defensa de la legalidad" y recordó que la Corte dijo que "[l]a suspensión cautelar de la vigencia de una norma dispuesta por un tribunal presupone que este se atribuye la competencia para sentenciar en definitiva con idéntico poder. Dado que ese poder no lo confiere la Constitución Nacional a ningún juez ni tribunal de la Nación, alterando gravemente el modelo de control constitucional de las leyes por ella consagrado... introduciría el caos en la vigencia de las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación lesionando para siempre el ejercicio de los poderes constitucionales" (Fallos 333:1023).

VII.2. El caso "Seri"

Una de las acciones que mayores repercusiones públicas tuvo fue aquella en la que un juez federal de Mar del Plata determinó cautelar-

mente la suspensión de los efectos de la ley. La causa se caratula "Seri, Héctor A. c. Poder Ejecutivo Nacional s/ amparo ley 16.986 (expte. 5045/2021)".

El actor, Héctor A. Seri, se presentó en carácter de ciudadano, exmiembro del movimiento por la dignidad y la independencia (MODIN) y exdiputado. Fundó su legitimación en el art. 43 de la CN. De la demanda no surge la construcción del caso como colectivo, ni referido a bienes colectivos ni a individuales homogéneos. Solo al momento de acreditar los requisitos de procedencia de la acción de amparo y de la medida cautelar afirmó que ley 27.610 pone en peligro la vida y el derecho a la salud de las personas por nacer y de las personas gestantes. A eso se agregó que "un número imponderable de niñas y niños por nacer pueden sufrir su muerte desde este mismo momento y la sentencia definitiva que se adopte en esta acción de amparo no podrá remediar su situación en virtud del tiempo transcurrido en la sustanciación del caso". Tampoco surge de la demanda la acreditación de los requisitos de admisibilidad que deben reunir los procesos colectivos conforme a la jurisprudencia de la Corte en "Halabi" y la acord. CS 32/2014. El actor solo invocó el art. 43, pero no presentó el amparo como un amparo colectivo. Fuera de la referencia realizada al "número imponderable de niñas y niños por nacer", no se intentó acreditar el cumplimiento de los requisitos que emanan de "Halabi", "PADEC c. Swiss Medical" y la acord. CS 12/2016.

En primera instancia, y luego de un dictamen desfavorable a la procedencia de la acción, el juez de la causa invocó el principio *iura novit curia* y "con prescindencia del derecho invocado por el amparista", consideró que el art. 1º de la ley 26.601 había consagrado "una acción atribuida a la comunidad a los fines de hacer cumplir la ley". Además, entendió aplicable al caso el criterio de la CS en "Colegio de Abogados de Tucumán" para reconocer la legitimación activa. Argumentó que "ante la gravedad y urgencia de proteger el derecho a la vida de las personas por nacer, no pueden prevalecer ápices procesales que impidan la adecuada protección constitucional de esos derechos". Agregó que debe reconocerse una legitimación amplia como la que surge de la Ley General de Ambiente (art. 30, ley 25.675: "toda persona") y del derecho animal (ley 14.346 —que integra el Código Penal— toda persona puede denunciar penalmente). A ello agregó una cita de "Siri", "Kot" y "Ekmekdjian" y el principio de "interés superior del niño").

El Estado Nacional apeló y el fiscal ante la Cámara de Apelaciones emitió un dictamen desfavorable a la procedencia de la acción. Por su parte, al resolver el recurso interpuesto por el Estado contra esa decisión, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata entendió, con respecto a la existencia de caso, que el "*a quo* no debió haber habilitado la instancia judicial debido a que no [había existido allí] caso o causa, ni mucho menos, otorgar luego de ello, la legitimación para obrar pretendida por la amparista". Con mayor rigor precisó que "[e]l Poder Judicial no es un centro de investigaciones de derecho, por lo que cada cuestión en la que interviene, debe ameritar un conflicto previo, a ser dirimido entre partes diferentes, para asegurar el ejercicio concreto de los derechos". Agregó que "[y]a sea que se trate de derechos individuales, de incidencia colectiva referidos a bienes colectivos o de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, en todos los supuestos, la comprobación de la existencia de un caso es imprescindible".

Con respecto a la legitimación, el tribunal consideró que, "más allá de la interpretación que pueda otorgarle a aquella cláusula del artículo primero de la ley 26.601, previo a todo análisis debe verificarse una controversia de tal índole que permita al Poder Judicial determinar la existencia de una lesión constitucional en el caso concreto y con respecto a una o más personas afectadas". Concluyó que en dichas actuaciones "no se indica quién podría ser el afectado o afectados por la sanción de una ley nacional y, por ende, la decisión judicial adoptada se pronuncia sobre cuestiones abstractas no referidas a un supuesto puntual".

Con respecto a la configuración del caso como colectivo, la Cámara describió la presentación del actor como un caso en defensa del derecho a la vida y añadió que "siendo claro que no se trata aquí del intento de tutela de derechos humanos de tercera generación, se requiere para (...) habilitar la instancia, que exista un agravio personal y directo, ya que el acto lesivo debe afectar a una persona determinada, que es la parte que

resulta agraviada o interesada". A ello agregó que "el amparista no motivó la agresión de derecho ninguno de tercera generación, o de incidencia colectiva, como los rotula el art. 43 de la CN (...). No se ha obrado aquí en defensa del ambiente, o de derechos del consumidor, o en tutela de la legalidad del patrimonio social (...). El único supuesto en que la ley argentina admite la generación de una acción popular es el caso del art. 30 de la Ley General del Ambiente (LGA), que crea la acción de cese de daño ambiental en cabeza de toda persona" (del voto de Eduardo P. Jiménez).

Como se ve, en esta causa es en la primera que se rechaza la asimilación de la ley 26.061 a una acción popular o su equiparación, en términos de legitimación, con la Ley General de Ambiente. También se rechazó que el planteo ameritara un tratamiento excepcional de la legitimación amplísima como el que ha reconocido la Corte en supuestos como el del caso "Colegio de Abogados de Tucumán".

VII.3. El caso "García Elorrio"

El actor, Aurelio F. García Elorrio, demandó a la provincia de Córdoba con el objeto de que "se declare inconstitucional respecto a las facultades concurrentes de la Constitución Nacional y Provincial, el plan o programa puesto en marcha por el Gobierno de la Provincia de Córdoba a través del Ministerio de Salud para la realización de abortos de acuerdo a la ley nacional 27.610, y, por lo tanto, se declaren nulos e inaplicables por contrarios a la Constitución Nacional y Provincial, y por ser violatorios del reparto de las facultades concurrentes entre Nación y Provincias, para todo el territorio provincial, los arts. 1º, 2º inc. b), 4º, 5º, 6º, 8º, 9º, 12, 19, 20 y 21 de la ley 27.610 ss. y cc. en cuanto que coordinadamente establecen como 'derecho' de la persona gestante, la posibilidad de eliminar la vida de personas humanas concebidas, solo y por su propia voluntad y sin justificación alguna". Además, fundó la inconstitucionalidad del programa el hecho de que a través de él se permitiera la entrega de misoprostol a niñas menores de 18 años.

Fundó su legitimación en el art. 1º de la ley 26.061 y en el art. 53 de la Constitución de Córdoba "que autoriza a todo ciudadano a proteger intereses difusos". Respecto de la acción que crea la ley 26.061, consideró que se trata de una acción que es subsidiaria y se activa cuando las autoridades públicas no actúan en resguardo de los derechos fundamentales de la infancia. Con respecto a la construcción del caso, refiere a dos colectivos afectados: por un lado, "los niños no nacidos y no deseados de la provincia de Córdoba, físicamente invisibilizados, sin que su propio padre, tíos, hermanos, padrinos o abuelos o el propio Ministerio Público Tutelar, puedan abogar por ellos"; por el otro, "las niñas menores de 18 años a las que, a espaldas de sus padres, les están suministrando el producto misoprostol sin cumplimentar cuestiones básicas de salud". De la demanda no surge que el actor haya identificado precisamente a ambos colectivos ni brindado fundamentos para sostenerse como representante adecuado de ellos.

A su vez, solicitó una "medida cautelar de no innovar mediante la cual se disponga en todo el territorio nacional la suspensión de las prácticas abortivas en las formas y modalidades previstas en los artículos impugnados (...). Es decir que en todo el territorio provincial no se puedan realizar abortos de acuerdo a las disposiciones impugnadas".

La acción tramita ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Córdoba, la cual rechazó la medida cautelar. La decisión fue apelada ante el Tribunal Superior de Justicia.

El Tribunal Superior de Justicia confirmó el rechazo de la cautelar por considerar que "a través de una medida cautelar no se puede suspender la vigencia de una ley con alcances generales sin lesionar el principio de división de poderes, salvo que se advirtiera una ostensible inconstitucionalidad o vulneración evidente de derechos fundamentales". No resolvió el punto de la legitimación, sino que dispuso que debía ser resuelta por el *a quo*, pese a considerar que se trata de una "cuestión neurálgica".

Sin embargo, estableció lineamientos para la resolución que emanan del precedente "Portal de Belén" de dicho tribunal **(9)**, en el cual se ha-

(9) TSJ de Córdoba, 18/12/2018, "Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo", expte. 5597080, sent. 24. En el caso, la asociación actora había solicitado se condene al Esta-

bía afirmado que "so pretexto de la adecuada representación de un grupo, clase o categoría— puede tratarse de una mera disconformidad del accionante con lo sancionado o aplicado por los otros poderes del Estado en la órbita de sus competencias constitucionales; entonces, esa invocación no puede convertirse en el subterfugio para atentar contra la división de poderes".

Además, cabe recordar que, en aquel precedente, el TSJ, además, había concluido que, si se reconociera la legitimación de la asociación actora, esta "desplazaría la voluntad de las mujeres (fueran capaces o no) y se erigiría —de forma oblicua y tácitamente— en una suerte de representante legal de ellas. Esto, dado que, en su esquema propio de preferencias y en atención a que el derecho a la vida del por nacer es absoluto, por consecuencia lógica, el embarazo debería ser llevado a término forzosamente en todos los casos, aun prescindiendo del deseo, las necesidades, el estado de salud psicofísica y la autoconservación, así como del derecho que le asiste a toda mujer de que se respete el diseño por ella preferido o al que hubiera optado en relación con su propia vida personal, reproductiva y familiar".

En particular, el máximo tribunal cordobés señaló que en el caso "García Elorrio" la Cámara había omitido cumplimentar los recaudos procesales para el trámite de una causa colectiva. Así, afirmó que "el tribunal no abundó sobre las particularidades del presente amparo (como su presunta dimensión colectiva), ni sobre la legitimación invocada por el demandante". Por esa razón, concluyó que "no se [encontraba] en condiciones procesales de [i]dentificar cualitativamente la composición del colectivo [por el que se acciona], con precisión de las características o circunstancias sustanciales que hagan a su configuración, además de la idoneidad del representante de la clase o colectivo", como exige la normativa procesal vigente en la provincia.

VII.4. El caso "Fiore Viñuales"

Esta acción declarativa de inconstitucionalidad fue promovida por nueve personas domiciliadas en Salta ante la justicia federal de esa provincia. La acción se caratula "Fiore Viñuales, María Cristina y otros c. Ministerio de Salud de la Nación s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad" (expte. FSA 004290/2020). Originalmente, se entabló contra el Protocolo de Atención Integral para las Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (res. 1/2019 del Ministerio de Salud de la Nación) y solicitó que se declare lo siguiente: "que el *ser humano* existe desde el momento mismo de la concepción; que nuestra Constitución Nacional lo considera *niño* al ser humano a partir del momento de la concepción; que por esa condición el niño no nacido tiene derecho intrínseco a la vida del que no puede ser privado".

Luego de la sanción de la ley 27.610, la demanda fue ampliada e incluyó como pretensión que se declare la inconstitucionalidad de dicha norma y que además se declare, entre otros puntos, lo siguiente: "que los conceptos de aborto provocado o voluntario y de interrupción legal o voluntaria del embarazo implican, de hecho y sin que quepa ninguna posibilidad diferente, la eliminación intencional de la vida de un niño por nacer, desde su concepción hasta cualquiera de las etapas posteriores". Asimismo, requirió una serie de medidas cautelares "suspensivas" de los derechos consagrados en la ley **(10)** y "positivas" tendientes a "informar" a las mujeres que deciden abortar **(11)**.

do a que se abstenga la "Guía de Procedimiento para la atención de pacientes que soliciten prácticas de aborto no punible, según lo establecido en el art. 86, incs. 1º y 2º, del Código Penal de la Nación".

(10) Se solicitó que se ordene la "prohibición de realizar o participar en abortos bajo ciertas circunstancias: cuando se trate de abortos sin la concurrencia de causal alguna hasta la semana catorce; cuando en caso de violación el aborto resulte posterior al tercer mes de embarazo; cuando las causales de afectación de la salud de la madre o persona gestante involucren aspectos psíquicos o sociales; cuando el peligro para la vida y salud de la madre pueda ser evitado por otros medios que el aborto".

(11) Se solicitó que "a fin de resguardar la libertad de decisión de la mujer o persona gestante, se deberá informar a la solicitante de cualquier aborto en todos los casos previstos por dicha ley 27.610, lo siguiente: 1. Que el aborto interrumpirá la vida de una persona humana conforme con el art. 19 del Cód. Civ. y Com.; 2. El grado de desarrollo anatomo-fisiológico de la misma al momento de practicar efectivamente el aborto, incluyendo la posibilidad de ver la imagen ecográfica y escuchar los latidos del corazón; 3. La descripción del procedimiento abortivo concreto a seguir; 4. Los posibles efectos traumáticos post aborto, para la salud física y psico-espiritual de la madre; 5. Que el aborto tiene, como alternativas, ayu-

Los actores se presentaron en calidad de "ciudadanos argentinos" y fundaron su legitimación en el art. 1º de la ley 26.061. Afirmaron que "la ley 26.061 ha creado un sistema de legitimación propio y especial. De este modo, se da una diferenciación, de fuente normativa, con respecto al régimen general emergente de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Según éstos, en los casos de concurrencia de derechos de incidencia colectiva se requiere, o bien la existencia de un interés propio del demandante basado en un daño directo, o bien la iniciación por asociaciones civiles de acuerdo a las previsiones de sus estatutos". Luego, sostuvieron que "para negar la aplicación de este precepto legal sería necesario afirmar que el *ser humano* por nacer no es un niño". Además, advirtieron que "de no aceptarse la legitimación de los actores presentados en esta causa judicial en ejercicio de la facultad que expresamente confiere el art. 1º, ley 26.061, *a todo ciudadano*, se producirá la afectación del derecho de acceso a la justicia de ese colectivo de niños por nacer". Ello, desde que "no existe garantía alguna de que el cogestante (padre) o los órganos del Ministerio Público intervengan en casos concretos en salvaguarda de la vida del niño por nacer".

Con respecto a la construcción del caso, parece haberse procurado construir un caso de tutela de intereses individuales homogéneos. En un capítulo de uno de los escritos ampliatorios destacaron el carácter colectivo del proceso y procuraron dar cumplimiento a los requisitos de las acs. 32/2014 y 12/2016. Con respecto a la precisa identificación del colectivo involucrado, señalaron que "un número indeterminado de niños por nacer que a partir de la vigencia de la ley 27.610 verá amenazado su derecho a la vida". Para justificar la representatividad adecuada, remitieron a una cita textual del art. 1º de la ley 26.061. A continuación, declararon bajo juramento no haber iniciado una acción semejante ante otro tribunal, y que realizaron la consulta respectiva al Registro Público de Procesos Colectivos.

Luego de contestado el traslado al Estado Nacional respecto de las cautelares solicitadas en el marco del art. 4º de la ley 26.854, el juzgado de primera instancia rechazó la acción por considerar que no se había verificado la existencia de un caso, ni la legitimación para accionar. Con respecto a lo primero, la sentenciante entendió que "los actores han invocado tal calidad —ciudadano— en el interés general de representar al niño por nacer, claramente, dicho extremo no importa un perjuicio concreto e individual de los mismos actores que, a los fines expuestos por la doctrina del Superior Tribunal Nacional deba ser considerado como configurativo del concepto de causa o controversia, presupuesto este ineludible para entrar a tratar el tema en cuestión".

Recientemente, la Cámara de Apelaciones ha revocado la decisión por mayoría. El primer voto, el disidente, comienza por advertir que siendo que la acción es declarativa y de índole colectiva, "por el modo en que viene planteada, su admisión tendría un efecto abrogatorio de las normas impugnadas, que perderán vigencia general, de aquí en más, para toda la República".

En la misma línea, afirmó que "la sola referencia a la jerarquía constitucional del derecho que los accionantes invocan resulta exiguo para tener por demostrado un caso concreto. Máxime cuando se trata de una acción colectiva mediante la cual se pretende la virtual derogación de una norma dictada de acuerdo al sistema democrático de mayorías y minorías, constitucionalmente previsto y regularmente ejercido, y en esta ocasión, además, precedido de un intenso y amplio debate social". Recordó, con cita de "Thomas", que "el requerimiento de adecuación entre la legitimación constitucional y los efectos expansivos del pronunciamiento que se pide, obedece a la necesidad de resguardar a sujetos que no solo no han solicitado la medida judicial, sino que, incluso, podrían no compartirla (cfr. Fallos 333:1023)".

Consideró asimismo que "el escrutinio de la legitimación ha de ser riguroso, pues a mayor amplitud de los efectos invalidantes se corresponde un proporcional mayor celo en el control

das médicas y económicas nacionales —especialmente las prescriptas por la ley 26.611—, provinciales y municipales (de haberlas en la jurisdicción de la institución respectiva) y también de Organizaciones No Gubernamentales (ONGs); igualmente, se deberá informar acerca de las ayudas del mismo tipo una vez nacido el niño; 6. La posibilidad de entregar en adopción el niño una vez nacido".

de los sujetos legitimados para requerir". A ello agregó que "también en esta clase de procesos debe inspeccionarse la legitimación de quien los plantea, desde que la pretensión comprende derechos de incidencia colectiva".

Además, señaló que "semejante apertura de la legitimación debe impactar necesariamente en los efectos: si cualquiera del pueblo puede plantear una acción colectiva, ergo, sus resultados debieran ser operativos para cualquiera del pueblo también. Esto deriva, ni más ni menos, que en una acción popular que no está prevista en nuestro sistema constitucional".

El segundo voto, que conformó junto al tercero la mayoría, sostuvo que la ley 26.061 confiere legitimación para representar a las personas por nacer en tanto de la interpretación conjunta de dicha ley con la ley 23.849 —que aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño— "es dable concluir que las previsiones de aquella habilitan a todo ciudadano a instar judicialmente el reconocimiento de los derechos esenciales de las personas por nacer y de los niños, niñas y adolescentes". De otra forma sostuvo —haciendo lugar al argumento de la parte actora— "el Congreso para el caso hubiese dejado sin efecto lo dispuesto en la ley 23.849 al sancionar la ley 26.061, cosa que por el motivo que fuese no aconteció". Agregó que tal entendimiento es compatible con el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño. Concluyó que "a los fines exclusivos de decidir sobre la legitimidad de los actores, no parece razonable divorciar la noción jurídica de *persona humana* con la de ser humano y en particular con la de niño".

A su vez, el voto asumió, con apoyo en el fallo "Sánchez Elvira" **(12)** de la CS, que "no esta[ba] en discusión que la persona por nacer podría ser calificado de ser humano a los fines de la legitimación y más allá del debate que existe al respecto". Más adelante y hacia el final del voto, agregó que las personas por nacer "no solo revisten el carácter de sujetos de derechos, sino que requieren de una protección especial".

Por otra parte, realizó consideraciones vinculadas al acceso a la justicia. Afirmó que en el caso se "trata[ba] de determinar el alcance que las convenciones internacionales aludidas tienen respecto de la interpretación de una norma no penal, el art. 1º de la ley 26.061 y, en definitiva, para justificar el acceso a la justicia de los actores prevista en una ley". A ello agregó que "no puede admitirse una interpretación, de las posibles, que vede la intervención jurisdiccional pues ella implicaría negarle la protección jurídica que su dignidad exige" **(13)**.

En esa línea, añadió que no era aplicable a este caso el fallo "F., A. L." en cuanto estableció que lo estipulado en el art. 2º de la ley 23.849 no alteraba el alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto en aquel precedente la CS resolvió respecto de la interpretación de una ley penal y estableció que el derecho a la vida no era de carácter absoluto.

Consideró que correspondían aplicarse a la resolución de la causa los principios *pro homine*, *favor debilis* y el principio de "interés superior del niño", en tanto "al afirmarse la violación ilegal del derecho a la vida de las personas por nacer, la interpretación acerca de la legitimación de los demandantes exige admitir una posición amplia que no obstruya irrazonablemente el acceso a la jurisdicción mediante interpretaciones excesivamente formalistas y restrictivas".

(12) CS, Fallos 330:2304. Se trata de un caso vinculado a reparación por las consecuencias producidas por las violaciones de derechos producidas en el marco de la dictadura militar. En dicho caso, la Corte refirió que el criterio amplio que debe imperar a la hora de resolver una controversia como la aquí planteada, ha sido contemplado por el propio legislador. Así, entre los fundamentos del proyecto de ley que luego se sancionara bajo el número 24.823, reformando la ley 24.411, se afirmó: "La presente reforma se propone evitar interpretaciones restrictivas que resultarían arbitrarias, desvirtuando la voluntad del legislador, que, sin duda, quiso en el marco de las políticas reparatorias que constituyen un deber por parte del Estado alcanzar a la mayor cantidad de población, cuyos derechos fueron avasallados por el terrorismo de Estado y cuya reparación se intenta" (cfr. debate parlamentario ley 24.823, Fundamentos del proyecto de ley; Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Reunión 9ª, p. 1405 (consid. 14). Incluso en este precedente la Corte reconoció que los derechos mencionados por el Código Civil quedan supeditados al nacimiento con vida.

(13) En este punto la decisión citó CS, caso "Gottschau, Evelyn Patricia c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo" fallo del 8 de agosto de 1996 ["en sentido análogo"] CS, Fallos 329:2986; y voto de Ferrer Mac Gregor de la CIDH en el caso "Gelman vs. Uruguay" de 2013.

Otro punto a destacar es que el voto considera que se trata de un caso excepcional, al que no resulta aplicable la jurisprudencia de la Corte respecto de la falta de legitimación de los ciudadanos para impugnar la constitucionalidad de las normas. En cambio, afirmó que en el caso se trató simplemente de aplicar "lo prescripto por el legislador en la ley 26.061 en cuanto decidió reconocer legitimación al ciudadano".

Afirmó que dicha postura encontraría antecedentes en "la declaración legislativa de la facultad reconocida a cualquier persona de interponer denuncias de *habeas corpus* en favor de otra (...), la de las asociaciones de defensa de los derechos humanos de constituirse en parte querellante en las causas que se investigan crímenes de lesa humanidad (...) las asociaciones de protección del ambiente pese a no sufrir ellas un perjuicio concreto, directo y personal, en los términos del Código Procesal Penal".

Planteó semejanzas entre la causa bajo análisis y otros casos en que la CS, ante situaciones "excepcionalísimas" en donde "no se está ante un problema de legitimación corriente" por lo cual "la simple condición de ciudadano resulta suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés especial o directo" **(14)**. En ese sentido, enfatizó que "el daño directo y concreto que se exige en [los precedentes citados por las partes y la jueza de primera instancia] a los fines de tener por acreditada la existencia de un *caso o controversia* amén de no estar previsto en la ley 26.061, recae en sujetos que no pueden actuar por sí mismos y su principal representante legal —madre o persona gestante— tiene intereses contrapuestos con aquellos".

El tercer voto comenzó afirmando que omitiría fundar la decisión en fallos de la CS pues "se carece de precedentes de la CS plenamente identificables con la materia en análisis".

Seguidamente, explicó que al ser la vía procesal de la causa una acción declarativa de inconstitucionalidad, no es necesaria la verificación de un daño, sino que "la concreción del daño se presenta solo como *posible*, en tanto su principal objeto es precisar la significación jurídica del Derecho frente a situaciones que requieren garantizar el valor de la seguridad jurídica y, eventualmente, habilitar la invalidación de normas o actos emanados de otros poderes con base en su intrínseca oposición lesiva a preceptos de orden superior". Asimismo, recordó que "la admisión de este tipo de acciones se ha ido habilitando siempre que se verifique una actividad administrativa que afecte un interés legítimo, el grado de afectación sea suficientemente directo, la actividad tenga concreción bastante y se le atribuya ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal". Consideró que la acción intentada reunía esos requisitos.

A continuación, abordó el requisito de caso o causa, explicó que "resulta claramente identificado que el bien jurídico en cuyo interés se acciona aparece identificado o descripto como el 'derecho a la vida' de las personas por nacer" y, con sustento en la ley 23.849 entendió que, del *estatus* que le otorga tal normativa a los niños, "cabe inferir que su derecho 'a nacer' o 'a vivir' también estaría resguardado por el ordenamiento aludido". Consideró que lo mismo surge de la normativa civil, penal y de las políticas de la seguridad social.

Con base en lo anterior, afirmó que "la ley impugnada en este proceso ha provocado o generado una colisión con otras prerrogativas y obligaciones presentes en el ordenamiento legal preexistente, desencadenando un verdadero y real problema jurídico en orden a establecer el modo en que su articulación en el plexo normativo se lleva a cabo y el modo en que se conjuga con aquel". Profundizó al respecto indicando que "es claro que el en plano normativo se verifican normas en conflicto, puesto que la posibilidad de decidir una práctica interruptiva de un embarazo que habilita la ley 27.610 aparece contrapuesta a los criterios y deberes de protección de la persona por nacer que dimanan de otras normas, lo que provoca también

(14) En apoyo de este argumento, el voto citó "Padilla, Miguel s/ presentación", sent. del 10/04/2007, Fallos 330:1436; "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c. Estado Nacional - ley 26.124 (dec. 495/06) s/ amparo ley 16.986", sent. del 03/08/2010, Fallos 333:1212; "Colegio Público de Abogados de Tucumán c. Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro s/ inconstitucionalidad", sent. del 14/04/2015, Fallos 338:249 y 280. Destacó que "solo suscribieron el fallo tres jueces los doctores Lorenzetti, Highton y Fayt, en votos separados, y se abstuvo el Dr. Maqueda. También deben mencionarse los casos 'Mignone' del año 2002 y 'Verbitsky' del año 2006".

una situación de incertidumbre habilitante de la acción". Y finalmente agregó que "la concreta realización de prácticas interruptivas en Salta que refleja la prueba documental acercada por los recurrentes, sumado a la conciencia general acerca de la existencia de embarazos en curso en nuestra sociedad, conforma un cuadro frente al cual no resulta posible afirmar que el planteo constituye una mera formulación de articulaciones abstractas o, lo que es igual, que el sentido del pronunciamiento que se persigue pueda resultar carente de consecuencias práctica".

Por su parte, con respecto al criterio de "actualidad" de la acción declarativa, entendió que la "trascendencia y toma de conocimiento por terceros" del embarazo ocurre entre la semana 8 y la 12, "sumado a que la decisión de realizar una práctica abortiva puede permanecer en secreto con mayor sigilo que la noticia del propio estado de gravidez". Estas circunstancias "determina[n] la imposibilidad de que un proceso como el promovido en la especie se sujete a un embarazo 'determinado'". Más claramente expuesto, afirma que "la posibilidad de exigir que la controversia se ventile en un *caso determinado* y se dicte un pronunciamiento en tiempo útil resulta un imposible".

A continuación, afirmó: "En definitiva, donde hay un derecho eventualmente afectado, debe haber intervención jurisdiccional, pues lo contrario importaría afirmar la existencia de no derechos y ello es lo que acontecería si se negara la posibilidad de reconocer la existencia de un caso o controversia —o, lo que es igual, el propio acceso a la jurisdicción—, cuando se plantea un conflicto entre el derecho a la vida de la persona por nacer y el derecho a la autodeterminación y a la disposición sobre el propio cuerpo de la persona gestante".

Finalmente, y con respecto a la legitimación, comienza por señalar la importancia de distinguir los conceptos de legitimación y de representación (o "legitimación *ad causam*" y "legitimación *ad processum*"). Al respecto, explica que "en modo alguno es dable admitir que los accionantes invoquen un interés propio y, menos aún, una lesión o perjuicio que los afecte de manera personal y directa, por cuanto resulta indiscutido que no se trata de personas por nacer". Muy por el contrario —continúa—, "el sujeto sobre el que recae el interés que sustenta la demanda son las personas por nacer que, en virtud de la sanción de la ley 27.610 y sus reglamentaciones, pueden sufrir una práctica interruptiva de un embarazo en curso". Es respecto de esos "sujetos" que "se verifica el caso o controversia (...) a partir de la ya señalada tensión dada entre los derechos reconocidos por dicha ley a la persona gestante y el derecho a la vida de la persona por nacer".

Desde esa perspectiva, advierte que "pretender que una persona por nacer asuma por sí misma la promoción de la demanda en procura de la neutralización del peligro señalado en ella conduciría invariablemente a un absurdo, a un imposible solo justificable a partir de una intencionalidad dirigida a eludir la consideración del problema de fondo". Por lo tanto, "no es en la persona de los accionantes donde debe buscarse la legitimación causal que da motivo a la acción, sino en las personas por nacer, en cuyo interés se insta la acción".

Añade que "no puede perderse de vista que toda regla interpretativa que se apoye sobre un elemental principio de realidad pone en evidencia que nunca una acción ordenada a resguardar o defender el derecho a la vida de la persona por nacer podría ser exclusivamente reclamada por el propio *nasciturus* y con mayor razón, nadie que muestre un mínimo apego al criterio del 'interés superior del niño' podría tampoco insinuar, siquiera, que una demanda dirigida a evitar prácticas interruptivas de un embarazo podría resultar no compartida por aquel". En definitiva, "afirmar que la promoción de la acción solo incumbe a la persona por nacer, constituye un verdadero absurdo".

VIII. Reflexiones preliminares desde el derecho constitucional y procesal

Para poder reflexionar sobre pretensiones y casos colectivos como los analizados es necesario partir de algunas premisas fundamentales en materia de tutela colectiva de derechos. La primera de ellas es que la reforma constitucional de 1994 y sus similares locales optaron por un tipo de proceso que es similar al regulado por las acciones de clase estadounidenses y por el sistema brasileño. En efecto, entre las distintas alternativas que podrían utilizarse para de-

fender en un solo litigio la situación de grandes grupos de personas, la CN y sus similares locales eligieron un modelo de tipo representativo.

Este modelo de tutela colectiva, establecido principalmente en los arts. 43, 86 y 120 de la CN, supone la presencia de un determinado sujeto (o un pequeño conjunto de ellos) que se autonomina como representante del grupo afectado y lleva adelante el caso en sede judicial. Esta representación es atípica, ya que no hay autorización expresa de parte de los miembros del grupo para que tal sujeto pueda actuar en su nombre. Más aún, en muchos supuestos tal representación se da en ausencia de conocimiento por parte de los miembros del grupo, y —en ciertos casos— incluso contra la voluntad expresa de algunos de ellos. En este contexto y sobre estas premisas debe asentarse cualquier examen del tema: i) jerarquía constitucional de legitimación procesal colectiva; y ii) modelo procesal de tipo representativo para plantear pretensiones colectivas ante el Poder Judicial.

Como es sabido, el litigio colectivo se profundizó en la Argentina desde comienzos del 2009 con el dictado del precedente "Halabi" por parte de la CS **(15)**. Si bien se trataba de un caso de usuarios, lo cierto es que la CS delineó allí por primera vez, con pretensión de generalidad, los caracteres de la "acción colectiva en tutela de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos".

A la hora de resolver el caso, la mayoría del tribunal sostuvo que en la Argentina es "perfectamente aceptable" que los legitimados colectivos deduzcan en los términos del art. 43 de la CN "una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano" (consid. 19). Asimismo, señaló que, aun en ausencia de legislación, el art. 43 de la CN es claramente operativo y es deber de los jueces dotarlo de eficacia. Además, en esta sentencia se establecieron cuáles son los requisitos constitucionales mínimos para obtener una decisión colectiva válida en términos de debido proceso legal.

Así, la CS sostuvo que la "admisión formal" de cualquier acción colectiva, así como su trámite, deben estar sujetos al cumplimiento de los siguientes requisitos: i) tiene que haber una identificación precisa del grupo de personas que está siendo representado en el caso; ii) el actor debe ser un representante adecuado; iii) el reclamo tiene que enfocarse en cuestiones de hecho o de derecho comunes y homogéneas a toda la clase; iv) debe haber un procedimiento apto para proporcionar notificaciones adecuadas a todos aquellos que puedan tener interés en la resolución del caso; v) dicho procedimiento debe proveer a los miembros de la clase la oportunidad de intervenir en el proceso u optar por no hacerlo; y vi) debe haber una adecuada publicidad de la acción para evitar dos problemas diferentes pero relacionados: de un lado, la multiplicidad o superposición de procesos colectivos con causas similares; del otro, el riesgo de opiniones diferentes o incompatibles sobre el mismo asunto.

Además, otra de las cuestiones centrales abordadas por la sentencia, pieza clave para comprender los rechazos contra la Ley IVE, fue reconocer que junto a las "causas o controversias individuales" que tradicionalmente habilitaron la competencia del Poder Judicial en los términos del art. 116 de la CN y de la ley 27, existen también "causas o controversias colectivas" **(16)**.

(15) CS, 24/02/2009, "Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873, dec. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", Fallos 332:111. Si bien su dictado llamó la atención, puede decirse que la sentencia no fue algo inesperado. Sucede que para ese entonces la CS ya había emitido algunas opiniones con respecto a diferentes aspectos del litigio colectivo (la mayoría de ellas dictadas en casos relacionados con el medio ambiente y los derechos humanos). Además, la línea argumental de la mayoría de la Corte en "Halabi" había sido insinuada, al menos en sus aspectos más relevantes, en ciertos votos (incluso disidencias) pronunciados en el marco de dichos casos. Ver en este sentido "Mendoza I" (causa M.1569.XL, sent. del 20/06/2006), "Asociación de Superficiarios de la Patagonia I" (causa A.1274.XXXIX, sent. del 29/08/2006), "Defensoría del Pueblo" (causa D. 859. XXXVI, sent. del 31/10/2006); "Mujeres por la Vida" (causa M.970.XXXIX, sent. del 31/10/2006), "Mendoza II" (causa M.1569.XL, sent. del 08/07/2008) y "Asociación de Superficiarios de la Patagonia II" (causa A.1274.XXXIX, sent. del 26/08/2008).

(16) Sobre la necesidad de redimensionamiento de la noción de "causa" para garantizar el acceso a la justicia de pretensiones colectivas, antes del precedente "Halabi", ver MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín "Las acciones colectivas", Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005, ps. 210 y ss.; SALGADO, José M., "La Corte y la construcción del caso colectivo", LA LEY Sup. Const., 2007 junio, 1; VERBIC, Francisco, "Procesos colectivos",

Concretamente, la Corte sostuvo primero que "el 'caso' tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos" (en referencia a los tres tipos de derechos identificados en la decisión) **(17)**, y luego procedió a analizar el tema con relación a los dos tipos de derechos de incidencia colectiva que identificó. En este sentido, respecto de los individuales homogéneos, señaló que "la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho" **(18)**.

Hasta el dictado de "Halabi", la noción de "causa o controversia" había sido utilizada por la Corte y tribunales inferiores para no intervenir en procesos que involucraban conflictos colectivos, mucho menos del tipo de los planteos contra la ley IVE, por su alta carga política y social. Con esta redefinición, la Corte tomó el camino opuesto y abrió una enorme puerta de entrada para procesar y resolver asuntos que tradicionalmente fueron competencia privativa de los espacios de poder estatal con representación política mayoritaria. Las consecuencias jurídicas, sociales y (sobre todo) políticas que implicó este cambio en el diseño de la estructura de poder estatal de nuestro país son enormes, y todavía estamos viendo hasta dónde se desarrollarán.

Ahora bien, sin perjuicio de la expansión conceptual que generó "Halabi" en este campo, la CS ha sostenido sin fisuras su doctrina en punto a la importancia de la configuración de "causas o controversias" (ahora, individuales o colectivas) como elemento habilitante de su competencia, especialmente para no invadir esferas de competencia privativas de otros poderes del Estado. Esta barrera es la que, infructuosamente, intentaron sortear los casos analizados donde, según hemos visto, ni siquiera se pudo configurar un "caso colectivo referido a intereses individuales homogéneos".

Es que, de acuerdo con la jurisprudencia de la CS, para que exista "causa o controversia" es necesario que exista legitimación colectiva. Ello así porque la definición de "causa o controversia" supone la existencia de partes adversas o "legítimas contradictoras". Si no hay legitimación, no resulta posible reconocer la calidad de parte ni, por tanto, se configura un "caso" que habilite la competencia del Poder Judicial en el marco del art. 116 de la CN y de la ley 27. Y, en este orden de ideas, es necesario subrayar la indisoluble relación que existe entre legitimación activa y representatividad adecuada.

Para comprender esta vinculación, debemos partir de la premisa de que, por razones constitucionales, cabe distinguir la legitimación que con carácter general y abstracto reconocen los arts. 43, 86 y 120 de la CN (y sus leyes reglamentarias a nivel nacional y local), de la legitimación que, en el caso concreto en discusión, puede tener (o no) cualquiera de los actores sociales allí comprendidos para actuar en defensa del grupo de personas que busca representar. Esta legitimación en el caso concreto estará ligada a la demostración de las cualidades de quien pretenda asumir la representación del grupo y a la ausencia de conflictos de interés que puedan perjudicar tal representación.

Tal diferenciación entre "legitimación en abstracto" y "legitimación en concreto" es de suma trascendencia para analizar el litigio contra la Ley IVE. Sucede que las características del caso particular pueden hacer de un sujeto habilitado por una norma para promover acciones colecti-

---

Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, cap. II, apart. 4º. La postura de la CS sobre el alcance de la noción de "causa o controversia" antes de "Halabi" había obturado sistemáticamente el acceso a la justicia de pretensiones colectivas de diversa índole (ver como ejemplo paradigmático "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos - dec. 885/98 s/ amparo-ley 16.986", sent. del 21/08/2003, Fallos 326:2777).

(17) Consid. 9º del voto de la mayoría: "En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un 'caso' es imprescindible (art. 116 de la CN; art. 2º de la ley 27; y Fallos 310:2342, consid. 7º; 311:2580, consid. 3º; y 326:3007, considerandos 7º y 8º, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo, es preciso señalar que el 'caso' tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones, como se verá en los considerandos siguientes. También es relevante determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible".

(18) Consid. 13 del voto de la mayoría.

vas alguien no adecuado para la defensa del grupo que pretende representar. Las razones por las cuales ello puede suceder son de diversa índole. Una de ellas, que pudo verse con claridad en el análisis de caso que realizamos, son los defectos postulatorios y el manifiesto incumplimiento de las pautas jurisprudenciales y reglamentarias establecidas por la CS en "Halabi", "PADEC c. Swiss Medical" y la acord. 12/2016.

Las razones constitucionales que sostienen la ligazón entre la legitimación colectiva y la cualidad del representante en un caso determinado se asientan en consideraciones de debido proceso legal y de autonomía individual. Es que la tutela colectiva de derechos supone, por un lado, un riesgo para la garantía de debido proceso legal de los miembros de la clase o grupo ausentes en el proceso, y, por otro, una limitación a su autonomía individual ya que será otra persona quien ejercerá el derecho de accionar ante los tribunales. Todo esto ocurre como consecuencia del tipo de proceso colectivo por el cual optaron los sistemas procesales argentinos; como ya señalamos, un proceso de tipo representativo.

En este contexto, y teniendo presente las (serias) consecuencias que se desprenden de la sentencia colectiva a dictarse como consecuencia de la actuación de un representante tan atípico (que no fue elegido sino que se autonomina como tal, y que actúa incluso en desconocimiento o, en ciertos casos, contra la voluntad de quienes representa), podemos sostener la necesidad de exigir que, para reconocer su legitimación, aquel tenga condiciones de dar una robusta discusión sobre el asunto y no se encuentre inmerso en ningún conflicto de interés **(19)**. La legitimidad constitucional del sistema colectivo depende de ello, especialmente cuando lo que se intenta impugnar es una ley del Congreso como ocurre en el litigio contra la Ley IVE. Y su verdadera eficacia también, ya que, si no se garantiza una adecuada defensa de los derechos del grupo afectado por medio del control de las cualidades del representante colectivo, la sentencia no podrá ser opuesta a sus integrantes.

Desde esta perspectiva, entonces, el art. 1º de la ley 26.061 no basta, por sí solo, para asegurar el acceso a la justicia en clave colectiva porque el ejercicio de la función jurisdiccional requiere, además, de: i) la configuración de una "causa o controversia", que debe ser debidamente construida y presentada en los escritos postulatorios; y ii) ciertas cualidades en cabeza de la persona que invoque tal representación atípica, ejercida por "ciudadanos" en este escenario que analizamos. Ninguno de los dos elementos se configuró en los casos analizados, y en la enorme mayoría de los casos relevados que quedaron afuera de este trabajo por razones de espacio.

Cabe mencionar que la posibilidad jurídica y material de configuración de una causa o controversia de "personas por nacer" es, por lo menos, discutible. No solo porque la "persona por nacer" tiene un estatus jurídico diferente al de la persona nacida con vida (conf. arts. 19 y 21, Cód. Civ. y Com.) y como tal no puede ser equiparada a la categoría de "niños y niñas" a los efectos de la representación en juicio; sino porque, aun concediendo tal equiparación, la posibilidad material de identificar esa clase supone, en verdad, la de identificar a las mujeres y personas gestantes, lo que puede implicar una injerencia indebida en su vida privada.

En esta línea, debemos recordar también el voto de Lorenzetti en "Mujeres por la Vida" **(20)**, donde el magistrado se opuso al reconocimiento de la legitimación de la asociación que había

(19) Sobre los estándares para controlar el requisito, su aplicación a los abogados y otras particularidades, ver VERBIC, Francisco, "La representatividad adecuada en las *class actions* norteamericanas", RDCO, nro. 233, nov.-dic. 2008.

(20) CS, 31/10/2006, "Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Córdoba— c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación", Fallos 329:4593. En esta causa, un juez federal de Córdoba, ante el amparo interpuesto por una asociación civil, ordenó con carácter cautelar al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación que suspenda la ejecución en todo el país del llamado "Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable". La Cámara Federal de Apelaciones revocó la medida y rechazó in limine el amparo, pues consideró que la actora carece de legitimación para accionar en tanto su pretensión está dirigida a que el Poder Judicial se pronuncie sobre el acierto o desacierto de una política sanitaria implementada por el Estado. La actora interpuso recurso extraordinario, que fue concedido. La Corte Suprema, por mayoría, admite el recurso y revoca la sentencia.

logrado obtener una cautelar suspensiva de la ejecución, en todo el país, del Programa Nacional de Salud y Procreación Responsable.

En ese voto, Lorenzetti agregó otra dimensión central de la autonomía individual para este tipo de litigios. Ya no solo tenemos como obstáculo la libertad de accionar judicialmente por parte de quien así lo desee, sino también la libertad de cada persona de decidir sobre su propio cuerpo. Al respecto, con claridad, afirmó que "la legitimación encuentra un límite insoslayable en la Constitución Nacional que protege de modo relevante la esfera de la individualidad personal, ya que no se trata solo del respeto a las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea".

De todo esto se desprende que la legitimación colectiva de cualquier ciudadano para actuar en representación de las personas por nacer no puede fundarse de forma exclusiva en lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26.061, ya que corresponde realizar un análisis contextual que exige abordar los intereses en juego, la idoneidad de quien promueve la acción, la configuración de los requisitos de admisibilidad exigidos jurisprudencial y normativamente, y, ante todo, la configuración de "causa o controversia".

Para terminar, vinculado con el análisis de "los intereses en juego", resulta esencial tener presente la referencia de Lorenzetti al "límite insoslayable" que significa la esfera de individualidad personal protegida por el art. 19 de la CN, ámbito en que las personas (gestantes en este caso) son soberanas para tomar decisiones libres.

Desde esta perspectiva, la configuración de "causa o controversia" en estos litigios encuentra otro obstáculo insalvable: la ausencia de un "legítimo contradictor". Sostenemos esto porque es evidente que, aun concediendo por un momento la existencia de interés en la parte actora, falta gente en la discusión procesal. Nos referimos al grupo de mujeres y personas gestantes que tienen el derecho de IVE, reconocido por una ley formal sancionada por el Congreso de la Nación.

Si estos grupos de personas no participan de la conversación, una sentencia favorable a pretensiones colectivas como las analizadas en este trabajo les resultaría inoponible, por implicar una violación manifiesta del debido proceso, ya que se verían afectadas —con cualidad de cosa juzgada— por una decisión colectiva tomada como resultado de un debate procesal en el cual no pudieron argumentar, ofrecer prueba y contestar las posiciones y prueba de la contraria.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Síntesis de legislación nacional

Luz M. Pagano

Sumario: I. Leyes.— II. Decretos.— III. Resoluciones.

I. Leyes

I.1. Género y diversidad

I.1.a. Ley 27.635 (BO del 08/07/2021). Equidad en la Representación de los Géneros en los Servicios de Comunicación de la República Argentina. Disposiciones

La referida ley tiende a promover la equidad en la representación de los géneros desde una perspectiva de diversidad sexual en los servicios de comunicación, cualquiera sea la plataforma utilizada, alcanzando a todos los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión estatal y prestadores de gestión privada con o sin fines de lucro, incluidos aquellos bajo la esfera de Radio y Televisión Argentina SE, Contenidos Públicos SE y Télam SE.

Considera la equidad en la representación de los géneros desde una perspectiva de diversidad sexual a la igualdad real de derechos, oportunidades y trato de las personas, sin importar su identidad de género, orientación sexual o su expresión, no pudiendo en ningún caso, condicionarse los derechos que se reconocen a la rectificación registral prevista en el art. 3º de la ley 26.743.

El régimen abarca a la totalidad del personal de planta permanente, temporaria, transitoria y/o contratado, cualquiera sea la modalidad de contratación incluyendo los cargos de conducción y/o de toma de decisiones, siendo pasible el funcionario que lo incumpliera de: a) llamado de atención; y b) apercibimiento, sumado al que pudiera corresponder en virtud del carácter de funcionario/a público/a del/de la infractor/a.

Se establece la creación de un registro —de carácter público— de servicios de comunicación operados por prestadores de gestión privada debiendo expedirse certificado de equidad en la representación de los géneros para aquellos prestadores que incluyan dicho principio en sus estructuras y planes de acción.

Hasta tanto se garantice la mentada equidad los puestos de trabajo en los servicios de comunicación operados por prestadores de gestión estatal serán cubiertos de manera progresiva atendiendo a las vacantes que se produzcan, no pudiendo en ningún caso afectar los cargos originados ni los concursos convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente.

I.1.b. Ley 27.636 (BO del 08/07/2021). Promoción del Acceso al Empleo Formal para Personas Travestis, Transexuales y Transgénero "Diana Sacayán - Lohana Berkins"

En cumplimiento de las obligaciones del Estado argentino en materia de igualdad y no discriminación, esta ley adopta medidas de acción positivas orientadas a lograr la efectiva inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero, que se autoperciben con una identidad de género que no se corresponde con el sexo asignado al nacer, hayan o no accedido al cambio registral y que se encuentran habilitadas a trabajar en los términos que establece la legislación laboral.

Entre las medidas de acción positiva se prevé: 1) los tres poderes del Estado Nacional, los Ministerios Públicos, los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales y las empresas y sociedades del Estado deben establecer un cupo no inferior al uno por 1% de la totalidad de su personal con personas travestis, transexuales y transgénero, en todas las modalidades de contratación regular vigentes: 2) se debe permitir el ingreso de quienes no hayan concluido con su educación (art. 16, ley 26.206) con la condición de cursar el o los nive-

les educativos requeridos y finalizarlos; 3) no podrán ser valorados los antecedentes contravencionales. Tampoco lo serán los antecedentes penales de las/os postulantes que resulten irrelevantes para el acceso al puesto laboral.

Se dispone la obligatoriedad de promover acciones tendientes a la sensibilización con perspectiva de género y de diversidad sexual. A su vez, se dará prioridad en las contrataciones del Estado, incentivos en el sector privado para los que incluyan en su planta laboral a personas travestis, transexuales y transgénero y acceso a líneas de crédito con tasa preferencial para el financiamiento de emprendimientos productivos, comerciales y/o de servicios, individuales o asociativos, destinados específicamente a personas solicitantes travestis, transexuales y transgénero.

Se pone a cargo de la autoridad de aplicación la creación de un Registro Único de Aspirantes (confidencial) en el que pueden (voluntario) inscribirse las personas travestis, transexuales y transgénero interesadas en postularse a cubrir puestos laborales.

II. Decretos

II.1. Derechos de los/as consumidores/as

II.1.a. Decreto 375/2021 PE (BO del 09/06/2021). Sistema Único Normalizado de Identificación de Talles de Indumentaria. Reglamentación de la ley 27.521

Mediante este decreto se aprueba la reglamentación de la ley 27.521 de "Sistema Único Normalizado de Identificación de Talles de Indumentaria" estableciendo como autoridad de aplicación a la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo, la que estará facultada para dictar las normas complementarias y/o aclaratorias que resulten necesarias para su efectiva aplicación.

A su vez, se crea el Consejo Técnico Consultivo del Sistema Único Normalizado de Identificación de Talles de Indumentaria (SUNITI) cuyos/as representantes actuarán con carácter *ad honorem*, a efectos examinar y pronunciarse, a pedido de la autoridad de aplicación, sobre cuestiones referentes a la implementación y la difusión de dicho sistema, sin efecto vinculante.

Dentro del SUNITI se encontrarán también comprendidos el calzado y los uniformes de trabajo y por el contrario excluidos: a) la indumentaria denominada de alta costura o de diseño de autor; b) las prendas confeccionadas a medida y, en general, aquellas que han sido realizadas de manera personalizada a pedido de las consumidoras y los consumidores; c) los accesorios de vestir (tales como: corbatas, bufandas, pañuelos, medias, guantes, sombreros, entre otros) y d) los implementos destinados a la protección personal en tareas laborales.

A efectos de la ley que se reglamenta se considerará acto discriminatorio cualquier práctica abusiva, vejatoria o estigmatizante referida al aspecto físico, género, orientación sexual, identidad de género u otra característica de las consumidoras y los consumidores.

II.2. Identidad de género

II.2.a. Decreto 476/2021 PE (BO del 21/07/2021). Registración de género no binaria

Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en la ley 26.743 se establece que las nomenclaturas que deberá utilizar el Registro Nacional de las Personas en los documentos nacionales de identidad y en los pasaportes ordinarios para argentinos en el campo referido al "sexo" podrán ser "F" —femenino—, "M" —masculino— o "X", consignándose esta última para aquellos supuestos de personas nacionales cuyas partidas de nacimiento sean rectificadas en el marco de la ley 26.743, cualquiera sea la opción consignada en la categoría "sexo", siempre que no sea "F" —femenino— o "M" —masculino—, o bien si el "sexo" no se hubiere consignado. Corresponden idénticos derechos a las personas extranjeras que obtengan y/o cuenten con el DNI para extranjeros, pasaporte excepcional para extranjeros o documento de viaje para apátridas o refugiados, bajo las condiciones previstas en la normativa pertinente.

En el marco del presente se establece que la nomenclatura "X" en el campo "sexo" comprenderá las siguientes acepciones: no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada; u otra acepción con la que pudiera identificarse la

persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino.

Resulta deber del Registro Nacional de las Personas informar a todas aquellas personas que soliciten la expedición del documento nacional de identidad en las condiciones previstas en este decreto sobre las posibilidades de ver restringido su ingreso, permanencia y/o situación de tránsito en aquellos Estados en los cuales no se reconozcan otras categorías de sexo que no sean las binarias, independientemente de que su documento de viaje sea un DNI o un pasaporte.

Con la finalidad que la presente medida se aplique en condiciones de respeto a la identidad y expresión de género de las personas y en contextos libres de discriminación por motivos de género se instruye al Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad a dictar capacitaciones para las autoridades y personal de todos los organismos que integran la Administración Pública Nacional con competencia en la materia.

II.3. Salud pública

II.3.a. Decreto 515/2021 PE (BO del 14/08/2021). Reglamentación de la ley 27.611. Aprobación

Este decreto aprueba la reglamentación de la ley 27.611 de Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia, brindando en el capítulo "Disposiciones generales" las definiciones de "primera infancia", "malnutrición" y "prevención de la violencia".

En el cap. III, "Derecho a la identidad", se establece a cargo del Renaper el deber de crear las normas aclaratorias y complementarias y todo acto administrativo que resulten necesarios para la implementación y operatividad del Sistema de Alerta Temprana de Nacimientos creado por el art. 12 de la ley 27.611, dentro del ámbito de sus competencias así como también de todas aquellas necesarias para instrumentar el envío por parte de los Registros Civiles y de Capacidad de las Personas de la República Argentina de las partidas de nacimiento y de defunción y de las correspondientes a la inscripción administrativa tardía.

En el cap. IV, "Derecho a la salud integral", se dispone que el Ministerio de Salud, a través de la Unidad de Coordinación Administrativa, establecerá el "Modelo de Atención y Cuidado Integral", cuyos ejes estratégicos estarán orientados al cuidado de la salud y la vida de las personas gestantes y de las niñas y los niños en sus primeros 3 años de vida, la protección de los vínculos afectivos tempranos y la prevención de violencias, como facilitadores principales del desarrollo infantil. Estará conformado por un conjunto de guías y manuales —dirigidos a quienes ejercen los cuidados a su respecto— que contendrán las estrategias, procedimientos, protocolos y herramientas de acción eficaz y eficiente que, al complementarse, organizarán los tres subsistemas de salud, permitiendo la integralidad en los distintos niveles de atención.

Compete al Ministerio de Salud suscribir convenios y articular acciones con otros organismos públicos nacionales, provinciales, de la CABA y/o municipales, instituciones académico-científicas y/u organizaciones de la sociedad civil con reconocida trayectoria en la perspectiva de derechos establecidos en la ley que se reglamenta, con el fin de desarrollar capacidades en el personal involucrado en su gestión.

Se prevé que la provisión pública de insumos fundamentales será gratuita para quienes no posean cobertura por parte de obras sociales y empresas de medicina prepaga, mientras que para aquellas personas con cobertura por parte de obras sociales, empresas de medicina prepaga u otros agentes del seguro de salud cualquiera sea su figura jurídica serán dichas entidades las encargadas de brindar la cobertura.

El cap. V reglamenta el derecho a la protección en situaciones específicas de vulnerabilidad: a) niños y las niñas con necesidad de cuidados especiales en sus primeros años —atención programada y habilitación/rehabilitación—; b) mujeres u otras personas gestantes en situación de violencia por razones de género —información sobre su derecho a una vida libre de violencias por motivos de género y a que se les brinde información sobre los dispositivos de atención y denuncia existentes—.

La Unidad de Coordinación Administrativa y Dirección de Géneros y Diversidad del Minis-

terio de Salud, en articulación con el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y otros organismos con competencia en la materia, desarrollarán herramientas, tales como protocolos de detección temprana y evaluación de riesgo, guías de abordaje integral ante situaciones de violencia por motivos de género, recomendaciones y/o lineamientos que permitan a los equipos de salud y a todo el personal involucrado identificar indicios o sospechas de posibles situaciones de violencia por motivos de género hacia niñas, niños, adolescentes, mujeres y personas gestantes.

Cuando se trate de las niñas y adolescentes menores de 15 años embarazadas, dichos protocolos incluirán estrategias que garanticen en todo momento la participación activa de la niña y/o adolescente y la restitución de derechos amenazados y/o vulnerados de manera integral, evitando su revictimización. También, contendrán herramientas que garanticen la vinculación o revinculación con el sistema educativo, para el caso de adolescentes embarazadas.

Por su parte, el capítulo VI, "Derecho a la información", establece el deber para la autoridad de aplicación y los organismos integrantes de la Unidad de Coordinación Administrativa de elaborar una guía de cuidados integrales de la salud.

Finalmente, el cap. VII está dedicado a la autoridad de aplicación y a las funciones que le competen en el marco del presente.

II.3.b. Decreto 516/2021 PE (BO del 14/08/2021). Reglamentación de la ley 27.610. Aprobación

Se aprueba la reglamentación de la ley nacional 27.610, siendo al igual que en el decreto que lo antecede la autoridad de aplicación el Ministerio de Salud.

En este se señala que, para el acceso a la interrupción del embarazo hasta la semana 14 de gestación, inclusive, se requerirá el consentimiento informado, indicando los recaudos que han de cumplirse. Si fuere resultado de una violación deberá presentarse consentimiento informado y declaración jurada donde se consigne que el embarazo es producto de una violación. Si la violación fue respecto a niñas menores de 13 años de edad no se requiere tal declaración jurada.

En ningún caso puede exigirse denuncia judicial o policial como requisito para el acceso a la práctica.

A continuación se establecen los requisitos a cumplir para la interrupción del embarazo cuando estuviere en peligro la vida o la salud integral de la persona gestante.

Con respecto a la confidencialidad, este deber es extensivo a toda persona que acceda a la documentación clínica de las prestaciones reguladas en la ley 27.610, debiendo guardar secreto profesional, por lo cual el personal de salud no podrá entregar información obtenida en el marco de la atención sanitaria a ninguna persona, salvo que exista orden judicial expresa que releve de este deber en una causa judicial o excepto expresa autorización escrita de la propia paciente. En relación con la autonomía de la voluntad, las alternativas de tratamiento deben ser brindadas por el o la profesional interviniente, y en ningún caso el personal de salud podrá interferir indebidamente con la decisión de las personas gestantes.

En el marco de la atención integral de la salud, el personal de salud interviniente pondrá a disposición de la requirente la información sobre los derechos establecidos en la ley 26.485 y, en particular, sobre los recursos de atención, canales disponibles para realizar una denuncia penal y la posibilidad de contar con asesoramiento legal.

Si existiere una sentencia judicial de restricción a la capacidad que impida prestar el consentimiento para interrumpir el embarazo o la persona hubiera sido declarada judicialmente incapaz en los términos del art. 32, último párrafo, Cód. Civ. y Com., el consentimiento deberá ser prestado, según haya sido dispuesto en la sentencia, por la persona designada o nombrada representante o en ausencia de esta, por la de una persona allegada. En ningún caso se deberá solicitar autorización judicial para acceder a la interrupción del embarazo.

Por lo demás, la objeción de conciencia no podrá hacerse valer cuando la práctica deba realizarse en forma urgente pues su no realización inmediata pondría en riesgo la salud física o la vida de la persona gestante.

Por último, corresponde al Ministerio de Salud y a los ministerios provinciales y de la CABA definir los indicadores que permitan evaluar la consecución de los programas de capacitación.

III. Resoluciones

III.1. Género y diversidad

III.1.a. Resolución 116/2021. MTR (BO del 19/04/2021). Plan Estratégico de perspectiva de género en el sector transporte

Se aprueba el "Plan Estratégico para la incorporación de la perspectiva de género en el ámbito de competencia del Ministerio de Transporte - 2020-2023", tendiente a transversalizar la perspectiva de género en las políticas de competencia del Ministerio de Transporte y de los organismos y empresas actuantes en su órbita jurisdiccional.

III.1.b. Resolución 1369/2021 SSS (BO del 05/08/2021). Unidad de Políticas de Género. Creación

Se crea, en el ámbito de la Superintendencia de Servicios de Salud, la Unidad de Políticas de Género a efectos de contribuir en la incorporación de la perspectiva de género y diversidad en el diseño e implementación de acciones y políticas públicas de competencia de dicho organismo. Para cumplir con tal objetivo la Unidad tendrá entre otras funciones las siguientes: a) impulsar la aplicación de la perspectiva de género y diversidad y de las normas sobre la materia en la planificación e implementación de las políticas, planes y programas de su competencia; b) facilitar la articulación entre sus distintas gerencias para el abordaje de las problemáticas tratadas por cada una de ellas en relación con la perspectiva de género y diversidad; c) promover herramientas para la prevención y asistencia de la violencia contra las mujeres, personas LGTBI+, niñas, niños y adolescentes en los establecimientos médico-asistenciales, de la seguridad social y las entidades de medicina prepaga; d) promocionar el acceso a la atención integral de salud de las personas, desde una perspectiva de género y diversidad sexual; d) elaborar herramientas para la capacitación sobre la integración de la perspectiva de género y diversidad y prevención de la violencia por motivos de género e intrafamiliar para agentes del seguro de salud, entidades de medicina prepaga, prestadores, profesionales de la salud, organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil y personas interesadas en los temas de salud y género y e) elevar periódicamente informes de gestión acerca de su actividad y funcionamiento.

III.1.c. Resolución 254/2021 MMGYD (BO del 11/06/2021). Programa de capacitación en perspectiva de género y diversidad para el sector privado 'Formar Igualdad'. Creación

Con el objetivo general de promover la sensibilización y capacitación en perspectiva de género y diversidad en el sector privado, desde un enfoque de derechos humanos, desarrollo y sustentabilidad, para contribuir a la prevención de las violencias de género en el ámbito laboral e impulsar la igualdad laboral de mujeres y LGBTI+ se crea el Programa de Capacitación en perspectiva de género y diversidad para el sector privado "Formar Igualdad" en el ámbito de la Subsecretaría de formación, investigación y políticas culturales para la igualdad.

Para tal labor se suscriben los lineamientos generales del referido Programa siendo la Subsecretaría de Formación, Investigación y Políticas Culturales para la Igualdad la que tendrá a su cargo el desarrollo de los mecanismos y los procedimientos necesarios para la implementación del Programa.

Conforme surge del Anexo el alusivo Programa tiene un objetivo general *ut supra* mencionado y diversos objetivos específicos, el diseño de: a) dispositivos de sensibilización e introducción a las problemáticas de género y diversidad y b) estrategias, herramientas y dispositivos de capacitación en perspectiva de género y diversidad. La presente resolución tiene por destinatarios: a) pequeñas, medianas y grandes empresas del ámbito privado productoras de bienes y/o servicios y b) organizaciones de la sociedad civil, con o sin fines de lucro, tengan o no perso-

nería jurídica, siempre que posean personal a su cargo.

III.1.d. Resolución 286/2021. MTEySS (BO del 02/06/2021). Prefijo utilizado en la conformación de los nuevos números del código único de identificación laboral (CUIL) de las personas humanas. Carácter genérico y no binario en términos de sexo/género

Con la meta de impulsar relaciones de igualdad entre los géneros y la inclusión de las personas que no se encuentren contenidas en las categorías binarias de sexo/género, se resuelve que el prefijo utilizado en la conformación de los nuevos números del código único de identificación laboral (CUIL) de las personas humanas, sea 20, 23, 24 o 27 o los que en el futuro se determinen, a partir de la vigencia de la presente, se asignará de forma aleatoria, siendo de carácter genérico y no binario en términos de sexo/género.

Aquellas personas a quienes se les hubiera asignado un número de CUIL con anterioridad a la vigencia de la presente y que se encuentren amparadas por la ley 26.743 de Identidad de Género podrán solicitar un nuevo número de CUIL por única vez, el que será otorgado en los términos precitados.

Compete a la ANSES adecuar los sistemas informáticos para que estos asignen de forma aleatoria el prefijo citado, así como también, modificar la normativa vigente en la materia.

III.1.e. Resolución conjunta 5007/2021 ANSES -DGPNAYJ (BO del 10/06/2021). Asignación de CUIL - CUIT y otros de carácter genérico

Se dispone que el prefijo utilizado para la asignación de los números del código único de identificación laboral (CUIL), clave única de identificación tributaria (CUIT), clave de identificación (CDI), clave de inversores del exterior (CIE) y clave de identificación especial, de las personas humanas —sea 20, 23, 24 o 27 o los que en el futuro se determinen—, por parte de la ANSeS y de la Administración Federal de Ingresos Públicos, respectivamente, se asignará de forma aleatoria siendo aquel de carácter genérico y no binario en términos de sexo/género.

Las personas amparadas por la ley 26.743 de Identidad de Género que, a la fecha de vigencia de la presente, posean código único de identificación laboral (CUIL) o clave única de identificación tributaria (CUIT), podrán solicitar —por única vez— su sustitución por una clave otorgada en los términos de la presente.

III.1.f. Resolución 154/2021 ANSES (BO del 29/07/2021). Prestación Básica Universal. Modificación. Tareas de cuidado

Se establecen disposiciones complementarias y aclaratorias al dec. 475/2021 mediante las cuales: 1) con el objeto de computar los años de servicios, se tendrá en cuenta cada hijo y/o hija cuyo nacimiento y discapacidad, de corresponder, se encuentre registrado en las bases de la ANSES y vinculado a la persona que solicita el beneficio, en virtud de la documentación que el organismo disponga a tales efectos, dándose idéntico tratamiento cuando la relación por la que se pretenda obtener el beneficio tenga su origen en una adopción. En caso de que dicha información no surja de los registros obrantes en ese organismo, la persona solicitante deberá presentar la prueba documental pertinente para la acreditación del hijo y/o de la hija; 2) se establecen distintos medios probatorios para acreditar la discapacidad de cada hijo y/o hija, cuando no se encuentre registrada en las bases de dicha Administración.

A su vez, se establecen distintas disposiciones para acreditar el período de licencia por maternidad y/o estado de excedencia.

III.2. Vivienda

III.2.a. Resolución conjunta 4/2021 MTEySS (BO del 02/06/2021). Programa Interministerial habitar en igualdad. Creación

Con la finalidad de impulsar políticas públicas habitacionales y de desarrollo urbano con perspectiva de género, dirigidas a mujeres y LGBTI+ se crea en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat y del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad el “Programa Interministerial habitar en igualdad” aprobando a continuación los lineamientos generales del referido programa.

III.3. Discapacidad

III.3.a. Resolución 891/2021 AND (BO del 06/07/2021). Formulario de Certificado Médico Oficial (CMO), encriptado con código (QR), Aprobación

Se aprueba el formulario de certificado médico oficial (CMO), encriptado con código (QR), estableciendo que este resultará de aplicación para todo trámite de pensión no contributiva por invalidez instituida en el art. 9º de la ley 13.478, como así también a todo trámite que requiera la utilización y presentación del Formulario CMO ante la AND el que entrará en vigencia a los 30 días contados a partir de la fecha de suscripción de esta resolución.

Se aclara que el formulario CMO en formato digital aprobado por res. ANDIS 39/2019, continuará vigente y coexistirá con el formulario aquí aprobado.

III.3.b. Resolución 596/2021. AND (BO del 07/06/2021). Unidad de Capacitación

Se crea en la órbita de la Dirección Ejecutiva de la Agencia Nacional de Discapacidad una Unidad de Capacitación con la finalidad de unificar la organización, planificación, coordinación, promoción, supervisión, monitoreo y evaluación de las propuestas formativas, los materiales de apoyo y los documentos político-técnicos que las diferentes áreas de la Agencia producen y ofrecen en función de cumplir con sus objetivos y responsabilidades. De este modo, conforme surge de los considerandos, la mentada Unidad podrá ofrecer propuestas formativas, y a la vez, atender los requerimientos de capacitación de los distintos organismos gubernamentales e internacionales, el sector de la sociedad civil y agentes privados, con la misión de garantizar, impulsar y promover el pleno ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad, contemplando los principios y obligaciones comprometidos en todos los tratados internacionales.

III.3.c. Resolución 380/2021 MTEySS (BO del 12/07/2021). Sistema Registral de Concesión de Espacios para la Explotación de Pequeños Comercios por Trabajadores/as con Discapacidad. Creación

Se crea en el ámbito de la coordinación de apoyo a trabajadores con discapacidad, dependiente de la Subsecretaría de Promoción del Empleo, el Sistema Registral de Concesión de Espacios para la Explotación de Pequeños Comercios por Trabajadores/as con Discapacidad, el que se compondrá de los Registros indicados en el art. 16 de la ley 24.308: a) el Registro de Concesionarios de Espacios para Pequeños Comercios; b) el Registro de Lugares Disponibles; y c) el Registro de Aspirantes.

De otro lado, la resolución aprueba tres lineamientos generales para la gestión de los registros de la ley 24.308:

a) Lineamientos para el Registro de Concesionarios de Espacios para Pequeños Comercios en el marco de la ley 24.308 (Registro de Concesionarios ley 24.308); b) Lineamientos para el Registro de los Lugares Disponibles en el marco de la Ley 24.308 (Registro de los Lugares Disponibles Ley 24.308), y c) Lineamientos para el Registro de Aspirantes en el marco de la ley 24.308 (Registro de Aspirantes Ley 24.308), el cual incluye el Formulario de Aspirantes a obtener un espacio para la explotación de Pequeños Comercios.

Los datos declarados por los concesionarios, organismos y aspirantes tendrán el carácter de declaración jurada, serán de acceso público y podrán ser utilizados por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y compartidos por este con otros organismos públicos, con el objeto de realizar informes, estadísticas, controlar el debido funcionamiento del sistema de concesiones, y validar su consistencia, teniendo los concesionarios la carga de acreditar periódicamente, en los plazos y mediante los formularios que fije la Subsecretaría de Promoción de Empleo, la continuidad en el uso y en la titularidad de la explotación de los pequeños comercios afectados.

III.3.d. Resolución 965/2021 AND (BO del 19/07/2021). Comité de análisis sobre el impacto de la pandemia COVID-19 en la población con discapacidad. Creación

Se crea el Comité de análisis sobre el impacto de la pandemia COVID-19 en la población con discapacidad de carácter asesor y consultivo, el que funcionará como un espacio de investigación y planificación de medidas de contención

del impacto de la pandemia COVID-9 en las personas con discapacidad, el que funcionará en la órbita de la Dirección Ejecutiva de la AND al que se asignan las siguientes funciones: a) Brindar asesoramiento interno sobre las implicancias biopsicosociales de la pandemia COVID-19 en este colectivo; b) Dar seguimiento a la situación de los derechos humanos de las PCD en el contexto de la crisis generada por la pandemia; c) Elaborar informes y recomendaciones, no vinculantes, a instancia de la Dirección Ejecutiva de la AND, sobre el impacto del COVID-19 en las PCD a corto, mediano y largo plazo; d) Sugerir líneas de acción que contribuyan a disminuir y prevenir las secuelas derivadas del COVID-19 en las PCD; e). Desarrollar estrategias con el objeto de promover políticas y programas sociales destinados a morigerar el impacto de la crisis relacionada con la pandemia en las PCD; f) Construir y relevar indicadores sobre el COVID-19 en las PCD; y g) Generar metodologías de investigación, procesamiento y análisis de datos relevados.

Se constituye la conformación del Comité mediante: 1) una coordinación y 2) un plenario.

III.3.e. Resolución 1200/2021 AND (BO del 12/08/2021). Plan Integral para la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad "ACCESAR". Creación

Con el objeto general de garantizar el pleno goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las PCD, en igualdad de condiciones que las demás, a partir de la promoción de entornos accesibles e inclusivos, en articulación con los gobiernos locales y considerando las características de cada territorio se crea el Plan Integral para la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ámbito local "ACCESAR".

Para llevar adelante dicho Plan se aprueban los "Ejes del Plan Integral para la Promoción y Protección de los derechos de las Personas con Discapacidad ACCESAR" y el texto del modelo de Convenio de adhesión al mismo.

Se conforma la Unidad de Coordinación de dicho Plan Integral y se determinan sus funciones.

III.4. Violencia de género y diversidad

III.4.a. Resolución 186/2021 MMGYD (BO del 26/04/2021). Programa Producir. Creación

Se crea el Programa "Producir" en el ámbito de la Dirección Nacional de Asistencia Integral a las víctimas de violencia por razones de género con la finalidad de promover el desarrollo de proyectos de vida con independencia económica de mujeres y LGBTI+ que atraviesen o hayan atravesado situaciones de violencias por motivos de género, mediante el fortalecimiento de proyectos productivos y de unidades económicas a organizaciones sociales.

III.4.b. Resolución 357/2021 MMGYD (BO del 02/08/2021). Programa Sembrar Igualdad en el desarrollo rural. Creación

Se crea el Programa Nacional para el fortalecimiento de la perspectiva de género e igualdad en la diversidad en el desarrollo rural "Sembrar Igualdad" en el espacio de la Subsecretaría de Políticas de Igualdad de la Secretaría de Políticas de Igualdad y Diversidad, cuya finalidad busca fortalecer, desde una perspectiva de género, interseccional y de derechos humanos, las políticas públicas y acciones de la sociedad civil que garanticen la igualdad en la diversidad de mujeres y LGBTI+ en contextos de ruralidad para el acceso efectivo a sus derechos estableciéndose los lineamientos generales del referido Programa.

III.4.c. Resolución 227/2021 MMGYD (BO del 19/05/2021). Programa para el apoyo urgente y la asistencia integral inmediata ante casos de violencias extremas por motivos de género. Lineamientos

Se modifica la denominación siendo la actual "Programa para el apoyo urgente y la asistencia integral inmediata ante casos de violencias extremas por motivos de género".

A la par que se establecen los lineamientos generales del mismo se aprueban: 1) el formulario de solicitud de ingreso y 2) la declaración jurada para la acreditación en cuenta bancaria del referido Programa.

III.5. Educación sexual integral

III.5.a. Resolución 1789/2021. ME. (BO del 08/06/2021). Observatorio Federal de la Educación Sexual Integral. Creación

Se crea el Observatorio Federal de la Educación Sexual Integral cuyos objetivos consisten en: a) conocer el estado de implementación de la ley nacional 26.150 en todas las jurisdicciones del país, teniendo en cuenta un enfoque transversal y la perspectiva de género y respeto de la diversidad; b) identificar los obstáculos, las prácticas de enseñanza y los aprendizajes vinculados a la implementación de la referida ley; c) fortalecer el sistema de monitoreo federal a partir del relevamiento de información cualitativa y cuantitativa para facilitar el proceso de toma de decisiones a nivel de las políticas públicas y la implementación de la ley nacional 26.150 en todas las jurisdicciones del país; d) difundir los resultados de los relevamientos desarrollados y e) aportar orientaciones y líneas estratégicas para el desarrollo de campañas de difusión masivas destinada a la población general y a sectores específicos (medios de comunicación, establecimientos educativos).

Entre sus principales líneas de acción del Observatorio se encuentran las siguientes: a) monitorear periódicamente la implementación de la ESI en las jurisdicciones y a nivel nacional; b) definir un sistema de indicadores de seguimiento, impacto y resultados; c) generar información sobre el grado y modo de implementación de la ESI en los establecimientos educativos del país; d) realizar investigaciones que permitan conocer las experiencias educativas y demandas de los/as estudiantes en relación con la ESI; e) brindar apoyo técnico y capacitación a las jurisdicciones que lo requiera; f) elaborar informes con los resultados de las acciones de monitoreo y de investigación; y g) elaborar recomendaciones para organismos gubernamentales basadas en los resultados del monitoreo.

Se establece la conformación del Observatorio cuyos integrantes actuarán *ad honorem*.

III.6. Salud pública

III.6.a. Resolución 2003/2021. MS (BO del 22/07/2021). Protocolo para la atención integral de personas víctimas de violaciones sexuales. Actualización 2021

A través de esta resolución se aprueba el "Protocolo para la atención integral de personas víctima de violaciones sexuales", Actualización 2021, y se lo incorpora al Programa Nacional de garantía de calidad de la atención médica.

Es del caso señalar, que el Protocolo se encuentra dirigido a integrantes de equipos de salud de distintas especialidades que tienen que actuar en caso de atención a personas víctimas de violaciones sexuales y está diseñado para la atención de personas adultas víctimas de violaciones ocurridas recientemente y hasta seis meses después del episodio.

III.7. Vivienda

III.7.a. Resolución 5/2021. SDT (BO del 06/04/2021). Protocolo Nacional de Alerta Temprana de Desalojos de Vivienda única y familiar en regímenes de alquileres formales. Creación

Se crea el "Protocolo Nacional de Alerta Temprana de Desalojos de Vivienda única y familiar en regímenes de alquileres formales".

El mismo tiene por objetivo establecer un marco de actuación institucional, tendiente a: a) sistematizar información y caracterizar los hogares que se encuentren atravesando procesos de desalojo en instancia de mediación o judicial; b) desarrollar un registro que permita la identificación de la persona, familia o grupo conviviente y demás criterios que se establecerán en el apartado correspondiente; y c) proponer convenios de colaboración y asistencia a los fines de establecer marcos de actuación que propendan a evitar situaciones de vulneración de derechos humanos fundamentales.

En los convenios a suscribirse se priorizarán a las: 1) familias monomarentales y monoparentales; 2) personas adultas mayores o en situación de vulnerabilidad; 3) víctimas de violencia de género; 4) personas con discapacidad y 5) personas en extrema pobreza y/o indigencia.

III.8. Niñez y adolescencia

III.8.a. Resolución 392/2021 MS (BO del 11/08/2021). Mesa Intraministerial sobre Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en las intervenciones de las Fuerzas Policiales y de Seguridad. Creación

Con la finalidad de analizar y proponer pautas de actuación para las Fuerzas Policiales y de Seguridad en intervenciones que involucren a niños, niñas y adolescentes que permita establecer un procedimiento de carácter federal y una metodología específica de actuación de las Fuerzas Policiales y de Seguridad en las distintas situaciones en las que intervienen en relación con niños, niñas y adolescentes, para la adopción de abordajes que promuevan y restituyan sus derechos, se crea la "Mesa Intraministerial sobre Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en las intervenciones de las Fuerzas Policiales y de Seguridad", en el ámbito de la Subsecretaría de Programación Federal y Articulación Legislativa.

Son sus funciones: a) Analizar la normativa, protocolos y directivas vigentes, así como revisar las prácticas existentes, vinculadas a la intervención de las fuerzas policiales y de seguridad en relación con este colectivo; b) Proponer protocolos y guías de actuación para la intervención de las Fuerzas Policiales y de Seguridad en relación de NNyA desde una perspectiva de género y derechos humanos; c) Proponer un modelo de relevamiento sobre las intervenciones de las Fuerzas Policiales y de Seguridad a su respecto; d) Propiciar el intercambio de recomendaciones y buenas prácticas con las jurisdicciones provinciales y la CABA a través del Consejo de Seguridad Interior; e) Identificar y llevar un registro de los recursos y dispositivos especializados en la promoción y protección de derechos de NNyA existentes a nivel nacional, provincial y municipal y f) Promover los enlaces y vínculos institucionales que favorezcan un abordaje integral de las problemáticas que los/as afecten.

LEGISLACIÓN PROVINCIAL

Síntesis legislativa provincial

Silvia Eugenia Fernández (*)

Sumario: I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— II. Provincia de Buenos Aires.— III. Provincia de Catamarca.— IV. Provincia de Chaco.— V. Provincia de Chubut.— VI. Provincia de Córdoba.— VII. Provincia de Corrientes.— VIII. Provincia de Entre Ríos.— IX. Provincia de La Pampa.— X. Provincia de La Rioja.— XI. Provincia de Mendoza.— XII. Provincia de La Pampa.— XIII. Provincia de Misiones.— XIV. Provincia de Neuquén.— XV. Provincia de Salta.— XVI. Provincia de Santa Fe.— XVII. Provincia de Tierra del Fuego.— XVIII. Provincia de Tucumán.

I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires

*I.1. Decreto 109/2021. Promoción del uso de un lenguaje claro en los actos y documentos del sector público de la ciudad. Autoridad de aplicación de la ley 6367*En el BO de fecha 07/04/2021 se ubica el presente decreto por el que se designa a la Secretaría Legal y Técnica como autoridad de aplicación de la ley 6367, cuyo objeto es "promover el uso de un lenguaje claro en los actos y documentos del sector público de la Ciudad para garantizar a los ciudadanos la transparencia de los actos de gobierno, el derecho a comprender los actos de gobierno y el acceso a la información pública".

Se faculta a la autoridad de aplicación a dictar todas las normas complementarias, interpretativas y operativas que resulten necesarias para la implementación de la ley 6367.

II. Provincia de Buenos Aires

II.1. Resolución 149-IPS-2021. Instituto de Previsión Social

A través de esta resolución el Directorio del Instituto de Previsión Social aprueba el Anexo titulado "Pautas generales para la tramitación y otorgamiento de pensiones por convivencia", que forma parte de dicha resolución y faculta a la Dirección Provincial de Prestaciones y Recursos para disponer la reglamentación pertinente.

Conforme al Anexo que la integra, la resolución establece que quien pretende acreditar una relación de convivencia, debe, a los fines previsionales, demostrar la notoriedad, singularidad y permanencia de la unión afectiva que invoca por el plazo estipulado en la normativa previsional vigente en la provincia, conforme al estado civil del causante. Enuncia la documentación que será recibida al momento del inicio del trámite. Y establece requisitos de plazo de dos años de acuerdo con que posean descendencia en común o el causante fuera soltero, viudo, separado legalmente o divorciado, se dará por aprobada aquella, o cinco años de convivencia si no mediare la excepción.

II.2. Resolución 920/2021 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Registro de aspirantes a ingresar en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires en el marco de la ley 14.783

Se crea dentro de la órbita de la Secretaría de Personal el mencionado registro, en el que se inscribirán todas las personas que se consideren comprendidas en el art. 5º de la ley 14.783 que aspiren a ingresar al Poder Judicial y presenten las condiciones de idoneidad para el cargo de que se trata, de conformidad con el procedimiento que se establece en esta resolución.

(*) Asesora de Incapaces titular de la Asesoría de Incapaces Nº 1 de Mar del Plata; especialista en Derecho de Familia (UNR); especialista en Magistratura Judicial (UNMDP); diplomada en Protección Jurisdiccional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (UNICEF); diplomada en Perspectiva de Géneros y Bioética Aplicada (UChampagnat); docente de grado y posgrado de la UNMDP.

Cabe recordar que la citada ley 14.783 establece que el sector público de la provincia de Buenos Aires debe ocupar, en una proporción no inferior al uno por ciento de la totalidad de su personal, a personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo y establecer reservas de puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en el empleo público.

III. Provincia de Catamarca

III.1. Decreto 524/2021. Adhesión provincial al decreto 123/2021 por el cual se crea el Consejo Federal para la prevención y el abordaje de femicidios, travesticidios y transfemicidios

Publicado en el BO de fecha 02/04/2021, este decreto importa la adhesión de la provincia al dec. nac. 123/2021 por el cual se crea el Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios. Se designa como representante de la provincia de Catamarca en referido Consejo a la Secretaría de Mujeres, Géneros y Diversidad dependiente del Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos.

IV. Provincia de Chaco

IV.1. Ley 3344-Q. Régimen electoral. Capacitación electoral obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer

Esta ley obra en el BO de fecha 26/04/2021. Modifica la ley 834-Q. Establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, en el marco de la ley nacional 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y la ley nacional 27.499 de capacitación obligatoria en género para todos/as los precandidatos/as y candidatos/as que participen en los procesos electorales provinciales y municipales en la provincia del Chaco.

La capacitación estará a cargo del Poder Ejecutivo provincial, a través de la Secretaría de Derechos Humanos y Géneros de la Provincia o la dependencia que la reemplace a futuro. Cumplida la capacitación por parte de los precandidatos/as y candidatos/as, la Secretaría de Derechos Humanos y Géneros les extenderá un certificado que deberá ser presentado ante el Tribunal Electoral Provincial. El incumplimiento de este requisito se considera falta grave y dará lugar a la imposibilidad de ser proclamado/a candidato/a.

IV.2. Ley 3381-H

Conforme se lee en el BO de fecha 02/06/2021, fue aprobado el Protocolo de intervención para los agentes de las Fuerzas de Seguridad y Efectores de Salud, para garantizar el acceso a la salud y la integridad psicofísica de personas en situación de intoxicación por consumo de sustancias legales e ilegales, y su implementación por parte de los Ministerios de Seguridad y Justicia y de Salud Pública. La aplicación de este Protocolo tiene por objeto garantizar el acceso a la salud y a la integridad psicofísica de las personas con presunto padecimiento mental y/o que se encontraren en situación de consumo problemático de sustancias, al momento de ser halladas, aprehendidas y/o detenidas.

La norma establece que toda persona que se encuentre en estado de intoxicación por abusos de sustancias legales o ilegales o descompensación de su cuadro psicopatológico deberá ser trasladada urgentemente, al servicio de emergencia del hospital pediátrico y/o general más cercano, según corresponda de acuerdo con la edad. En caso de duda, se presumirá que la persona es menor de dieciocho años. Quienes realicen los traslados y atención deberán ser agentes del mismo sexo que la persona hallada, aprehendida y/o detenida.

Se dispone que una vez ingresado o ingresada al servicio de emergencia o guardia del respectivo establecimiento sanitario, los agentes de salud realizarán todas las medidas clínico-terapéuticas para estabilizar a la persona. En caso de encontrarse en un estado de excitación psicomotriz y/o descompensada psicopatológicamente, se podrá solicitar la colaboración del personal policial para su contención. Será obligatorio solicitar una interconsulta o derivación al servicio de salud mental para su evaluación y/o asesoramiento. En los supuestos en que se dé lugar a la intervención judicial, debe priorizarse la atención integral en salud antes de

efectuar las comunicaciones pertinentes a las autoridades judiciales.

V. Provincia de Chubut

V.1. Ley III-46. Adhesión provincial a la ley nacional 27.458 que instituye el día 13 de noviembre de cada año como el Día Nacional de lucha contra el Grooming

Esta norma se halla en el BO de fecha 11/05/2021 y adhiere a la ley nacional de referencia en relación con su contenido.

VI. Provincia de Córdoba

VI.1. Ley 10.753. Creación en el ámbito *de la Provincia de Córdoba del Fuero Penal en violencia de género*

Por medio de la norma de referencia, publicada en el BO de fecha 03/05/2021, se crea en la provincia el Fuero Penal en "Violencia de Género" que entenderá en las previsiones de las leyes 9283 y sus modificatorias —de Violencia Familiar—, 10.352 —de Adhesión a la ley nacional 26.485— y 10.401 —de Protección Integral a las Víctimas de Violencia a la Mujer por cuestión de Género, en el marco procesal, administrativo y jurisdiccional—, y demás normas concordantes, el que se integra de la siguiente manera: a) En el Centro Judicial Capital de la Primera Circunscripción Judicial, por dos juzgados de control, dos asesorías letradas de víctimas y seis fiscalías de instrucción, con competencia en violencia de género, y b) en los centros judiciales del interior provincial, por seis fiscalías de instrucción con competencia en violencia de género. Crea para este fuero, en la Primera Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Córdoba, con competencia en violencia de género: a) Un juzgado de control, que será denominado "Juzgado de Control en Violencia de Género Nº 2"; b) Dos "Asesorías Letradas de Víctimas", y c) Dos fiscalías de instrucción, que se denominarán "Fiscalías de Instrucción en Violencia de Género" de Quinto y Sexto Turno, respectivamente. A su turno en el interior de la provincia crea tres fiscalías de instrucción móviles con competencia en violencia de género, con asiento en las ciudades de Jesús María, de Cosquín y de Villa Dolores.

VI.2. Ley 10.756. Adhesión provincial a la ley 27.350 de uso medicinal de planta de cannabis y sus derivados

Obrante en el BO de fecha 27/05/2021, la mencionada ley implica la adhesión de la provincia a las disposiciones de la normativa de referencia, instituyendo como autoridad de aplicación al Ministerio de Salud provincial.

VII. Provincia de Corrientes

VII.1. Ley 6558. Creación del Registro Único *de casos de violencia de género de la provincia*

Por medio de esta ley, que luce en el BO de fecha 13/05/2021, se crea el Registro Único de casos de violencia de género de la provincia, que concentrará, contendrá y sistematizará la información de los hechos, tipos y modalidades de la violencia de género regulados en la ley nacional 26.485. La autoridad de aplicación deberá desarrollar, promover y coordinar con las distintas jurisdicciones los criterios para la selección de datos, modalidad de registro e indicadores básicos desagregados, como mínimo, por edad, sexo, estado civil y profesión u ocupación de las partes, vínculo entre la persona que padece violencia y quien la ejerce, naturaleza de los hechos, medidas adoptadas y sus resultados.

Toda la información y/o documentaciones existentes en cualquiera de las dependencias de los tres Poderes del Estado Provincial, entes descentralizados, autárquicos y organismos municipales que refieran de modo directo o indirecto a situaciones de violencia de género y las que en lo sucesivo sean relevadas, serán remitidas al Registro Único, el que deberá: a) registrar, relevar, y procesar las situaciones de violencia recibidas en los diferentes organismos provinciales, municipales y de toda otra organización especializada con la que tenga vigente un convenio formalmente establecido; b) producir información estadística sobre la prevalencia de los distintos tipos de violencia contra las mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado. Se dará prevalencia a los indicadores de impacto de las políticas públicas; c) unificar las denuncias con el fin de mejorar la prevención de delitos en relación con la violencia de género; d) sistematizar la información útil y confiable para potenciar la ejecución de políticas públicas por

parte del Estado provincial; e) crear una base de datos común a través de una plataforma digital, que se constituirá en insumo fundamental para la elaboración de los datos estadísticos que estarán disponibles para ser utilizados por todos los organismos provinciales y municipales que atiendan dicha problemática; f) confeccionar un instructivo que establezca los instrumentos necesarios para una cabal interpretación de las situaciones de violencia registradas; g) proveer de la información relevada y procesada a los organismos que lleven adelante las políticas públicas sobre violencia de género; h) realizar encuestas especializadas en violencia a nivel provincial que aporten al Registro Único de Violencia contra las Mujeres; i) confeccionar un mapa interactivo con todas las localidades de la provincia, exponiendo cuales son los datos estadísticos desagregados y los centros de atención a las víctimas; j) contar con información sobre la prevención, búsqueda de servicios e instancias de Justicia para enfrentar la violencia y sus percepciones sobre la respuesta institucional y los roles de género.

VIII. Provincia de Entre Ríos

VIII.1. Ley 10.882. Capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres conforme la ley nacional 27.449 - Ley Micaela

En el BO de fecha 26/04/2021, luce la ley que establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres conforme a las disposiciones de la ley nacional 27.499 —Ley Micaela— y de la ley provincial 10.768 para la totalidad de las autoridades y del personal que se desempeñe en las entidades deportivas de la provincia de Entre Ríos. A los fines de la norma se entiende como entidades deportivas aquellas instituciones con personería jurídica que tengan por objeto el desarrollo de actividades deportivas amateurs o profesionales, en todas sus disciplinas y modalidades.

La autoridad de aplicación es el Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Entre Ríos.

Se establece que las entidades estarán obligadas a garantizar la implementación de las capacitaciones en el modo, forma y contenidos que establezca la autoridad de aplicación por intermedio del Observatorio de Seguimiento de Capacitación en Género y Violencia contra las Mujeres creado por la ley 10.768, que asesorará y sugerirá en la materia. Los contenidos curriculares mínimos deberán adecuarse a lo establecido en la ley nacional 25.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, ley nacional 27.499 y la citada ley provincial 10.768.

VIII.2. Ley 10.894. Creación del régimen de accesibilidad al cannabis con fines médicos, terapéuticos y/o paliativos del dolor

Esta norma se publicó en el BO de fecha 21/05/2021 y por su intermedio se crea el régimen para el acceso seguro e informado al cannabis con fines médicos, terapéuticos y/o paliativos del dolor y a sus derivados, con el fin de garantizar y promover la protección integral de la salud de las personas a las que se les indique su uso para dichos fines.

La ley se rige por el principio de accesibilidad y tiene como principal objetivo la protección integral de la salud, entendida como un derecho humano fundamental en el territorio provincial, mediante el acceso a la planta de cannabis y sus derivados. Acorde con dicho principio, la norma y su reglamentación deben interpretarse en favor del acceso al cannabis y sus derivados con fines terapéuticos, médicos y/o paliativos del dolor. En caso de duda, siempre se debe garantizar el acceso al cannabis del usuario que lo requiera fundadamente.

Con relación a su producción, se establece que tendrán preferencia en el otorgamiento de las licencias de producción las economías sociales y populares, así como también las economías regionales. Quedan autorizadas al cultivo y producción, para los usos especificados en esta ley, todas las personas humanas y jurídicas, autorizadas en ella, a saber, las personas humanas, que cultiven para sí o para un tercero beneficiario que acrediten la indicación médica; el Estado provincial, municipios y comunas; organismos de ciencia y tecnología dependientes de otros niveles de gobierno; laboratorios públicos; universidades públicas; centros de investigación; asociaciones civiles; fundaciones; mutuales y cooperativas; todas vinculadas a la materia de la presente ley y radicadas en la provincia de Entre Ríos. Quedan expresamente excluidas del régimen de la presente ley a los fines de la auto-

rización a la siembra y cultivo de cannabis y sus derivados, las sociedades comerciales, las que solo serán autorizadas a la producción de fitopreparados y formulaciones magistrales, como a su posterior comercialización, si funcionan bajo la forma de farmacias. En el caso de personas humanas deberán presentar indicación médica que recomiende tratamiento con cannabis para acceder a la autorización. Respecto de las actividades de transporte y almacenamiento, quedan autorizadas siempre que estén inequívocamente destinadas a los fines que la presente ley autoriza.

La autoridad de aplicación de la presente ley es el Ministerio de Salud de la Provincia de Entre Ríos. Sus funciones son: a) Crear el Registro Provincial de Usuarios y Cultivadores de Cannabis con fines Medicinales, Terapéuticos y/o Paliativos y el Registro Provincial de Farmacias autorizadas a producir preparados fitoterapéuticos y formulaciones magistrales con el uso de cannabis; b) Implementar el Programa de Acceso al Cannabis de Entre Ríos; c) Emitir la Certificación de Acceso al Cannabis Medicinal (CACM) que servirá de constancia para todas aquellas personas autorizadas por esta ley; d) Designar a los miembros del Consejo Consultivo Honorario; e) Presidir y convocar las reuniones del Consejo Consultivo Honorario, con una periodicidad trimestral; f) Garantizar el cumplimiento del Programa Integral de Acceso al Cannabis en Entre Ríos.

Finalmente, en este ámbito del Ministerio de Salud de la Provincia de Entre Ríos se crea el "Registro Provincial de Usuarios y Cultivadores de Cannabis con fines Medicinales, Terapéuticos y/o Paliativos", con el objetivo de garantizar la autorización y la inscripción de las personas humanas que cultiven para sí, o para un tercero que acredite indicación médica y las asociaciones civiles y fundaciones que cultiven para sus asociados que acrediten con indicación médica el uso medicinal, terapéutico y/o paliativo.

IX. Provincia de La Pampa

IX.1. Ley 3318. Adhesión de la provincia a la ley nacional 27.575 que establece el día de la persona donante de órganos

Esta norma se ubica en el BO de fecha 07/05/2021 y comprende los fines antedichos.

IX.2. Ley 3320. Garantía de la inserción y estabilidad laboral de personas travestis, transexuales y transgénero

Incorporada en el BO de fecha 07/05/2021, la ley tiene por objeto garantizar la inserción y estabilidad laboral de personas travestis, transexuales y transgénero, alentando su contratación y empleo a los fines de garantizar el derecho al trabajo. Establece que a través del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Estado deberá ocupar en una proporción no inferior al uno por ciento de la totalidad de las vacantes disponibles presupuestadas, a personas travestis, transexuales y transgénero, que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo, garantizando el ingreso de al menos una persona travesti, transexual o transgénero por año.

Las personas comprendidas por la presente ley son travestis, transexuales y transgénero, mayores de 18 años de edad, hayan o no accedido a la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen.

Se establece como salvedad que a los efectos de garantizar la igualdad de oportunidades, el requisito de terminalidad educativa secundaria no puede resultar un obstáculo para el ingreso en el empleo en los términos de la presente ley, salvo que se requiera título profesional habilitante para cubrir dicha vacante. Si las personas aspirantes a los puestos de trabajo no completaron su educación, se promoverá su terminalidad. Para tal fin se deberán arbitrar los medios para garantizar la formación educativa y la capacitación de las personas travestis, transexuales y transgénero.

Finalmente se crea el Registro voluntario de personas travestis, transexuales y transgénero, aspirantes a ingresar a trabajar en el Estado provincial. Dicho Registro deberá llevar los perfiles laborales de las personas interesadas a fin de ponerlos a disposición de las jurisdicciones y entidades estatales. La información que obre en este registro reviste carácter confidencial.

X. Provincia de La Rioja

X.1. Ley 10.373. Promoción del acceso a la vivienda en la provincia a personas víctimas de violencia por razón de género

Esta ley obra en el BO de fecha 21/05/2021. Su objeto es promover el acceso a la vivienda

en la provincia de La Rioja a Personas Víctimas de Violencia por razones de Género que se encuentren en condiciones de emergencia habitacional.

La autoridad de aplicación de la presente ley es la Secretaría de la Mujer y Diversidad, dependiente del Ministerio de Turismo y Culturas, o el organismo que en el futuro la reemplace. En este carácter tendrá a su cargo el monitoreo y seguimiento permanente de las Víctimas de Violencia por razones de Género, a los fines de su asistencia integral y efectiva.

El acceso a la vivienda en el marco de lo previsto por la presente ley, se dará previo cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) acreditación de la situación de violencia por razones de género a través de una resolución judicial que dé cuenta de ella reconociéndola, cualquier otra medida judicial tendiente a garantizar la seguridad de la víctima, o informe de evaluación de riesgo que acredite la situación de violencia confeccionado por la autoridad de aplicación. 2) Informe socioambiental emitido por el equipo técnico interdisciplinario de la autoridad de aplicación, que acredite y certifique la situación de vulnerabilidad de la víctima, como así también su estado de emergencia habitacional. 3) Ingresos mensuales que no superen la suma equivalente a un salario mínimo vital y móvil. 4) Carecer de bien inmueble propio. 5) Acreditar su residencia habitual en la provincia, y que su permanencia en la vivienda familiar implique una amenaza para su integridad física, psicológica y/o sexual.

XI. Provincia de Mendoza

XI.1. Decreto 243/2021. Convenio de cooperación y asistencia recíproca, Liga Mendocina de Fútbol. Ley Micaela

Por intermedio de este decreto que se plasma en el BO de fecha 31/03/2021, se aprueba el Convenio de cooperación y asistencia recíproca celebrado entre el Ministerio de Gobierno, Trabajo y Justicia, por una parte y por la otra la Liga Mendocina de Fútbol. El objeto general del mencionado Convenio es la cooperación y colaboración institucional a fin de desarrollar, en forma conjunta, proyectos vinculados con las incumbencias de ambas instituciones en materia de género y violencia contra las mujeres, que involucren capacitación y formación de recursos humanos, intercambio de experiencias, asistencia técnica y toda otra iniciativa para beneficio de ambos signatarios

XI.2. Decreto 526/2021. Acuerdo Federal para una Argentina Unida contra la violencia de género

Aprueba el Acuerdo Federal para una Argentina Unida contra la Violencia de Género, suscripto entre el presidente de la Nación Argentina, los/as gobernadores/as de las provincias y el jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, celebrado el día 11 de marzo de 2021.

XI.3. Decreto 503/2021. Convenio Marco de Asistencia y Cooperación recíproca entre la provincia de Mendoza y el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad

Se observa en el BO de fecha 31/05/2021. Se trata del Convenio suscripto entre la provincia de Mendoza y el mencionado Ministerio en el mes de noviembre de 2020.

XI.4. Ley 9308. Concientización sobre síndrome de Williams

El 10/05/2021 se publica en el BO provincial, la ley que instituye la primera semana del mes de mayo de cada año como "La Semana Provincial de Concientización sobre Síndrome de Williams".

Se establece que el Poder Ejecutivo instruirá a los Ministerios y reparticiones con injerencia en salud, educación y derechos humanos, las siguientes acciones: a) Difundir la "Semana Provincial de la Concientización sobre el Síndrome de Williams", como una fecha para promover el conocimiento de sus características para la detección y tratamiento de dicha afección, en la sociedad en general y en las comunidades científicas y educativas en particular. b) Realizar jornadas de reflexión y distintas actividades culturales, recreativas y formativas a fin de ayudar a generar conciencia sobre la riqueza de la diversidad y el derecho a la igualdad.

XII. Provincia de La Pampa

XII.1. Ley 3337. Aprobación del Convenio Marco de Asistencia y Cooperación Recíproca entre el Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad y la provincia de La Pampa

Conforme luce en el BO de fecha 02/07/2021, la legislatura de la Provincia de La Pampa aprueba el Convenio Marco de Asistencia y Cooperación recíproca entre el Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad Nacional y la provincia de La Pampa.

XIII. Provincia de Misiones

XIII.1. Adhesión al decreto nacional 123/2021 por la cual se crea el Consejo Federal para la prevención y abordaje de femicidios, travesticidios y transfemicidios

En el BO de fecha 26/04/2021, luce el decreto provincial por el que se adhiere a su par nacional por el cual se crea el Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios. Designa los y las funcionarias a cargo de la representación de la provincia de Misiones ante el citado Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios.

XIV. Provincia de Neuquén

XIV.1. Ley 3288. Administración pública provincial. Licencia por violencia por motivos de género, con goce de haberes

Por medio de esta ley, que obra en el BO de fecha 04/06/2021, se establece, en el ámbito de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los organismos de control y extrapoderes, entes autárquicos y entes descentralizados de la provincia, la licencia por violencia por motivos de género con goce de haberes, con el fin de garantizar la integridad física y psíquica de la víctima y su familia. La licencia por violencia por motivos de género tiene carácter especial y puede ser solicitada a través de cualquier medio, contando con un plazo de cinco días hábiles desde la solicitud para acompañar la constancia de haber realizado la correspondiente denuncia judicial o acto ante los dispositivos temáticos creados y articulados conforme a las leyes 2212 y 2786, debiendo el empleador preservar el derecho a la intimidad de la víctima.

En cuanto al plazo, condiciones y vigencia de la licencia por violencia por motivos de género debe concederse en función de lo que determinen los servicios de atención y asistencia a las víctimas de violencia de género, el o la médica tratante, el o la funcionaria pública o el dispositivo judicial interviniente.

Al ser solicitada la licencia por violencia, el empleador debe disponer de todas las medidas y acciones para el acompañamiento, seguimiento e información en el abordaje integral a través de los organismos competentes. Por su parte, las condiciones laborales de quienes hayan solicitado la licencia por violencia por motivos de género no pueden ser modificadas como consecuencia de ella, salvo que sea expresamente solicitada por la requirente. Asimismo, el uso de la licencia por violencia por motivos de género no debe perjudicar los ascensos, recategorizaciones o modificaciones de estructura a los que tenga derecho la persona solicitante, ni la remuneración que corresponda abonarle. Tampoco elimina ni compensa otras licencias a las que una persona tenga derecho a usufructuar según la legislación vigente. Esta ley no afecta derechos regulados por los convenios colectivos existentes a la fecha ni los que se acuerden.

XV. Provincia de Salta

XV.1. Ley 8259. Adhesión a las leyes nacionales 27.590 Ley Micaela Ortega y 27.548 que declara el 13 de noviembre de cada año como Día Nacional de la lucha contra el grooming

Por medio de la presente ley, publicada en el BO de fecha 15/07/2021, la Provincia de Salta adhiere a la ley nacional 27.590 "Ley Mica Ortega", por el cual se crea el Programa Nacional de Prevención y Concientización del Grooming o Ciberacoso contra Niñas, Niños y Adolescentes y a la ley nacional 27.458, que declara el día 13 de noviembre de cada año como "Día Nacional de Lucha contra el *Grooming*".

XV.2. Ley 8528. Adhesión a la Ley Yolanda 27.592

Por medio de este decreto la provincia de Salta adhiere a la ley nacional 27.592 "Ley Yolanda" que tiene por objeto garantizar la formación integral en ambiente, con perspectiva de desarro-

llo sostenible y con especial énfasis en cambio climático para las personas que se desempeñen en la función pública. Determina que en el plazo de 90 días posteriores a su promulgación, la autoridad de aplicación deberá establecer los lineamientos generales destinados a las capacitaciones resultantes de lo establecido en la mencionada ley.

XVI. Provincia de Santa Fe

XVI.1. Decreto 1010/2021. Creación del programa los niños y las niñas primero

En el BO de fecha 01/07/2021 obra el Decreto de referencia que crea el Programa "Las Niñas y los Niños Primero" con el objeto de promover espacios de cuidado y abordaje integral de niñas y niños que se encuentren en situación o riesgo de trabajo infantil llamados "Centros de Atención a la Niñez y la Familia (CANyF)". Los Centros además tienen por finalidad realizar acciones de fortalecimiento individual y familiar en el ámbito comunitario para promover el acceso y la protección de derechos de los niños, niñas y sus familias, a los fines de prevenir y erradicar el trabajo infantil.

Los principios rectores del Programa son: a) Integralidad de los abordajes e intervenciones. b) Atención de cada niña y niño en su singularidad e identidad. c) Articulación, socialización e integración con las familias y los diferentes actores del nivel local. d) Respeto a la diversidad cultural y territorial. e) No discriminación. f) Desarrollo y consolidación de los vínculos comunitarios que generen sentido y valor de pertenencia.

Se establecen las funciones de los CANyF: a) Contribuir al cuidado de los niños y niñas que asisten al CANyF brindando atención integral y las herramientas necesarias para lograr una alimentación suficiente y adecuada, higiene de los niños y niñas y la provisión de todos los elementos que hagan a ella. b) Brindar información sobre el cuidado de la salud y la correcta articulación con los efectores públicos para reforzar los controles periódicos de crecimiento y desarrollo adecuados y del calendario vacunatorio correspondiente. c) Articulación con el Ministerio de Educación y las escuelas cercanas a los fines de evaluar periódicamente la situación personal y familiar de los niños y niñas que asisten al CANyF y asegurar las trayectorias educativas. d) Fortalecer a las familias a través de la atención, asesoramiento y articulación con otras áreas del Estado que colaboren con políticas sociales, de empleo y educativas para el mejoramiento de su situación socioeconómica. e) Ofrecer instalaciones con adecuadas condiciones edilicias, salubridad, higiene, seguridad y confort.

XVI.2. Decreto 279/2021. Aprobación de la reglamentación de la ley 14.002, que establece el principio de paridad de género en la composición de los organismos estatales, partidos políticos, asociaciones, consejos y colegios profesionales

En el BO de fecha 13/04/2021 se publica el presente decreto que aprueba la reglamentación de la ley provincial 14.002, promulgada por el decreto 2052/2020.

En el Anexo I del decreto se establece que la interpretación de la ley provincial 14.002 será a partir de los principios de progresividad y no regresividad, en conjunto con los principios de igualdad y no discriminación con base en la identidad y expresión de género, a la luz del principio *pro persona*. Se entiende por principio de progresividad al criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar la paridad de género. A su turno se define el principio de no regresividad como la prohibición de todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de la paridad de género. El principio de paridad de género y los principios de progresividad y de no regresividad en el Poder Legislativo, sin perjuicio de las disposiciones expresas de la ley 14.002, abarcan todos los cargos de carácter político (secretarios/as de bloque, secretario/a legislativo, secretario/a administrativo, subsecretario/a, etc.). El principio de paridad de género y los principios de progresividad y no regresividad de ninguna manera podrán ser utilizados para la vulneración de los derechos de las mujeres.

El principio de paridad de género consagrado se entiende como la conformación de listas integradas por candidatas y candidatos de manera intercalada, en forma alterna y consecu-

tiva, desde la primera o el primer titular hasta la última o último suplente, de modo tal que no haya dos personas continuas del mismo género en una misma lista para la conformación de cuerpos colegiados, candidaturas a cargos electivos ejecutivos o unipersonales, ternas o nóminas de designación y estructuras orgánicas. Para la designación de ministros y ministras, secretarios y secretarias de Estado, funcionarios y funcionarias, magistrados y magistradas del Poder Judicial, y funcionarios/as políticos/as en cargos no electivos del Poder Legislativo (secretarios/as de bloque, secretario/a legislativo, secretario/a administrativo, subsecretario/a, etc.), como así también para la integración de cargos según leyes orgánicas o estatutos para el sector público provincial no financiero, entes autárquicos y empresas del Estado en todas sus formas, la representación igualitaria de varones y mujeres en un cincuenta por ciento para cada género se producirá en atención al principio de progresividad y no regresividad.

En el Anexo III se establece que la designación de ministros y ministras se realizará atendiendo al principio de paridad de género y a los principios de progresividad y no regresividad del derecho internacional de los derechos humanos, en los términos establecidos en el art. 1º del presente decreto reglamentario. La designación de secretarios y secretarias de Estado se realizará atendiendo al principio de paridad de género y a los principios de progresividad y no regresividad del derecho internacional de los derechos humanos, en los términos establecidos en el art. 1º del presente decreto reglamentario.

En su Anexo IV se dispone que para el nombramiento de ministros y ministras y procurador/a, en tanto componen en conjunto a la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, se atenderá al principio de paridad de género y a los principios de progresividad y no regresividad del derecho internacional de los derechos humanos, en los términos establecidos en el art. 1º del presente decreto reglamentario.

Finalmente, conforme a su Anexo V, la autoridad de aplicación procederá a exigir anualmente a los partidos políticos inscriptos, la documentación correspondiente a las diversas actividades partidarias educativas y de formación democrática, como así también las relativas a los actos electorales y de designación de autoridades internas, a efectos de su control.

XVII. Provincia de Tierra del Fuego

XVII.1. Decreto 465/2021. Adhesión al decreto nacional 123/2021 que creó el Consejo Federal para la prevención y abordaje de femicidios, transfemicidios y travesticidios

Este decreto se publicó en el BO de fecha 14/04/2021 y tiene por objeto el establecido en su título. Designa como representante titular de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur ante el Consejo Federal para la Prevención y el Abordaje de Femicidios, Travesticidios y Transfemicidios, a la ministra de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos.

XVIII. Provincia de Tucumán

XVIII.1. Ley 9400. Modificación del Registro de deudores alimentarios

Publicada en el BO de fecha 26/05/2021, la presente ley modifica la ley 7104 y sus modificatorias (Registro de Deudores Alimentarios), estableciendo que el Registro de Deudores Alimentarios, que funcionará bajo la órbita de la Corte Suprema de Justicia, tendrá a su cargo: 1. La registración de todos/as aquellos/as que adeuden, total o parcialmente, dos cuotas alimentarias consecutivas o alternadas, ya sean provisorios o definitivos, fijados u homologados por sentencia firme; 2. La registración de las y los empleadores de la actividad privada, cuando estos hayan omitido total o parcialmente el cumplimiento de una orden judicial que disponga retenciones por alimentos; 3. La expedición de certificados relativos a sus registraciones, ante el requerimiento simple de persona física o jurídica, pública o privada, en forma gratuita, personalmente o vía internet, para lo que debe crearse un espacio en la página web del Poder Judicial; 4. La publicación en los meses de junio y diciembre en el Boletín Oficial de la provincia, del listado completo y actualizado de los inscriptos en él e informar a los Poderes del Estado quienes deberán publicarlo en sus páginas web; como así también asegurar la publicación semestral en un medio de comunicación de gran difusión dentro del ámbito de la jurisdicción provincial, destacando el valor ético y

la trascendencia social del cumplimiento de la obligación alimentaria; 5. Fomentar la firma de convenios con entidades públicas y privadas. 6. Articular con la Secretaría de Estado de Niñez, Adolescencia y Familia y demás organismos dependientes del Estado provincial acciones tendientes a la sensibilización y concientización de la sociedad sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

El alta o baja del registro se realizará mediante orden judicial, ya sea de oficio o a petición de parte, con habilitación de días y horas necesarios, debiendo tramitarse en forma urgente y expeditiva.

En los procesos judiciales, los juzgados provinciales previo a librar orden de pago a la parte vencedora en juicio, requerirá el certificado del registro de deudores alimentarios. Para el caso de estar incluido en dicho registro, el tribunal retendrá la totalidad de la suma adeudada, depositándola a la orden del Juzgado que ordenó su inscripción en el Registro, obligándose a cursar la comunicación respectiva.

A pedido de parte interesada ante el Juzgado interviniente, se podrá requerir a la Secretaría de Trabajo que verifique e informe sobre la eventual relación de dependencia que pudiera tener un/a deudor/a alimentario, siempre que aporte información suficiente para realizar la inspección laboral. En el caso de profesionales colegiados inscriptos en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, el juez interviniente, a pedido de parte, notificará al Colegio respectivo a los fines que pudieren corresponder conforme a sus reglamentos internos.

Para el otorgamiento o adjudicación a título oneroso de viviendas sociales construidas por la provincia o cesión de sus derechos, será requisito la presentación del certificado del Registro de Deudores Alimentarios.

Los escribanos que actúen en la provincia, antes de realizar trámites notariales de disposición, adquisición, transmisión, cesión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles o muebles registrables, deberán requerir de los interesados la presentación del certificado de libre deuda expedida por el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, el que se agregará al legajo de comprobantes. Tratándose de personas jurídicas, el certificado se requerirá respecto de todos los integrantes de sus órganos de administración y dirección.

XVIII.2. Ley 9404. Cobertura total de los dispositivos y elementos accesorios para las personas ostomizadas. Adhesión a la ley nacional 27.071

Por medio de esta norma que aparece publicada en el BO de fecha 31/05/2021, la provincia de Tucumán adhiere a la ley nacional de referencia. Dispone la incorporación al Programa Médico Obligatorio o canasta prestacional del Instituto Provincial de Previsión y Seguridad Social de Tucumán - Subsidio de Salud, la cobertura total de los dispositivos o bolsa para ostomías y los elementos accesorios necesarios para la optimización a la tolerancia de la bolsa, para aquellas personas que han sido sometidas a una ostomización temporal o definitiva.

Finalmente se instituye el día 3 de octubre de cada año, como “Día de la Persona Ostomizada”, a los fines de su concientización.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Coronavirus y derecho de las familias en Latinoamérica: algunas reglas en un momento de incertidumbre y confusión

Javier Muñiz

Sumario: I. La enfermedad por coronavirus como algo imprevisible.— II. Valores y principios que el conflicto plantea.— III. Las respuestas.— IV. Breve cierre.

I. La enfermedad por coronavirus como algo imprevisible

Entre mediados de febrero y fines de marzo de 2020 la humanidad en su conjunto entró en un estado que la enfrentaba a una situación certera, por un lado, y a muchas incógnitas e interrogantes, por el otro. En cuanto a lo primero, resultaba claro que la irrupción del coronavirus no implicaba una simple gripe asimilable a tantas otras que hacen su aparición en forma estacional cada año, sino que importaba algo distinto, y aunque no se sabía con precisión cómo es que se propagaba la enfermedad, se intuía que su reproducción y traspaso de persona a persona era prácticamente incontrolable.

Respecto de lo segundo, entre las dudas que surgieron en esa época, algunas tenían un carácter más científico, las que iban desde la secuenciación del virus hasta la explicación referida a su modo de contagio, y otras de corte más social, las que pueden ser resumidas en una pregunta general: ¿cómo organizar a la comunidad ante un evento tan inusual como el que mostraba sus primeras manifestaciones?

Cada Estado, de acuerdo con sus realidades, capacidades, aptitudes, circunstancias culturales, económicas, y, en definitiva, todo otro dato idiosincrático, estableció reglas para afrontar esta situación: algunos impusieron limitaciones más estrictas sobre las conductas de la población, otros se inclinaron por establecer afectaciones menos intensas, aunque lo cierto es que, de una u otra manera, todos buscaron con ellas afrontar un conflicto que en ese momento tenía la particularidad de que sus consecuencias eran sumamente imprevisibles.

Una medida sanitaria básica que atravesó a los países casi en su totalidad fue la del confinamiento domiciliario. Como decía recién, en esos primeros tiempos la confusión y la desorientación conformaba el patrón común en los círculos especializados que trabajaban casi a destajo para revelar ante qué era lo que nos encontrábamos, y entonces quienes debían tomar decisiones políticas actuaban guiados por la convicción de que aquella era la primera —o única— solución que debía adoptarse para atacar el problema.

Después, ante el desarrollo de la enfermedad y, puntualmente, al obtener una confirmación técnica acerca de la imposibilidad de acabar con la pandemia y reducirla a una situación endémica en un tiempo relativamente corto, hubo que establecer esquemas que equilibraran el resguardo de la salud pública e individual de los ciudadanos y las necesidades de desarrollar actividades que hacen a la vida en sociedad, porque mantener el aislamiento por tiempo indeterminado era algo no solo impracticable sino también contrario a los propios fines con los que estaba concebido.

Así fue como a partir de ese momento se fijaron otras pautas más flexibles, que permitieron a ciudadanos y ciudadanas relacionarse de un modo más "normal", conforme a los esquemas habituales que dominaban hasta mediados de marzo de 2020. Este proceso se acentuó con los inicios de las campañas de vacunación, las que parecen ser las que muestren la luz al final del camino, tal y como lo avalan los datos empíricos.

Desde las cuarentenas estrictas hasta los modelos actuales se transitaron varias etapas, cada una de ellas caracterizadas por particularidades normativas que incidían en las vinculaciones sociales. Su impacto fue diverso según el ámbito del que se tratare, aunque ninguno de ellos resultó indiferente ante aquellas. Con todo ello como marco, las relaciones familiares no se mantuvieron ajenas al devenir de la agenda gubernamental concebida para mitigar el avance del coronavirus, y el derecho de las familias, especialmente a partir de la labor judicial, tuvo algo que decir al respecto.

En este trabajo me quiero ocupar de uno de los problemas a los que hubo que atender, como es el conflicto que las medidas de distanciamiento planteaban en orden a los regímenes de comunicación entre progenitores no convivientes. El tema vincula valores, principios y reglas propias de los ordenamientos internos como también otras de fuente convencional. De esta manera, en primer término, me propongo realizar un examen de ellos, probablemente en forma sintética a partir de las limitaciones de espacio con las que cuenta este trabajo, para luego en un segundo momento repasar algunas propuestas que se formularon para resolver la situación paradojal, en la que la coyuntura y la urgencia pudieron incluso poner en jaque a ciertas facultades fundamentales y pilares básicas de la construcción de las relaciones de familias.

II. Valores y principios que el conflicto plantea

Dije recién que el problema involucra en su examen a una serie de valores y principios que, por lo general, aparecen presentes y dan cierto sustento a la conformación de los diversos órdenes jurídicos. Y es que, si bien en ellos las respuestas puntuales ante determinados problemas pueden ser diferentes, también pueden identificarse rasgos comunes en su conformación y en los pilares en los que se asientan.

El conflicto que supuso —hablo en tiempo pasado, aunque, en rigor de verdad, la crisis generada por la enfermedad por coronavirus sigue su marcha— la necesidad de establecer fuertes, severas y prolongadas cuarentenas en el plano de los vínculos paternofiliales puede ser examinado, en su esencia, a través de cuatro pautas axiológicas que operan marcando el contenido de las reglas internas: solidaridad; interés superior de niñas, niños y adolescentes; igualdad; y perspectiva de género.

Referir a la solidaridad implica evocar a un valor presente en el tejido social. Y no es tan solo un valor cualquiera, sino uno merecedor de una cierta ponderación en la comunidad, la que lo recepta y considera favorable y deseable el comportamiento solidario.

La primera intuición al pensar en él, casi como si se tratara de una reacción refleja, lleva a situarse en el campo del derecho del trabajo. Y eso hace suponer que su vinculación con el derecho de las familias sea remota. Sin embargo, varias de las respuestas que él prevé, más allá de las soluciones en particular que se consagren, parten de él como inspiración.

Probablemente, el deber alimentario, con sus diversas fuentes, conforme a su proyección más clara, aunque ellas no se limitan en forma exclusiva a él. Y es que, en efecto, lo que la pandemia también provocó fue una relectura y nuevas discusiones respecto de los deberes de solidaridad en el derecho, circunstancia que alcanzó a la disciplina. Así las cosas, el distanciamiento obligatorio y el confinamiento domiciliario provocaron en muchos casos el deterioro del tejido social y de las redes de producción económicas. Esto llevó, a su vez, a una retracción de las finanzas públicas y privadas como pocas veces se había visto en el último siglo. De esta manera, el incumplimiento de la pauta alimentaria pasó a ser algo visto cada vez con mayor frecuencia, a partir de la merma imprevista de ingresos por parte de quienes se encontraban obligados a su provisión.

Otro concepto fundamental para abordar el problema es el interés superior de niñas, niños y adolescentes. Mucho se ha hablado de él, a la vez que abundan estudios doctrinarios y jurisprudenciales que buscan establecer con cierta precisión su contenido. Sin ánimo de pretender obturar cualquier tipo de desarrollo en este sentido, considero preciso igualmente destacar que si el objeto de un esfuerzo así sea indicar con exactitud en forma apriorística cuáles son las manifestaciones de aquel, entonces quien se encomiende a la tarea probablemente vaya a encontrarse con un trabajo prácticamente inacabable. Y es que su propia configuración en su fuente primaria como es la regla del ámbito convencional revela que se trata de una pauta de contenido intencionalmente abierto, de modo tal de receptar la especificidad de cada caso concreto según las realidades biográficas que se hagan presentes, y en un juicio compositivo y ponderativo de todas aquellas llegar a una posición sintética que indique qué curso de acción representa el mejor interés del niño, niña o adolescente del que se trata.

A partir de lo marcado, puede evidenciarse una fortaleza clara en el empleo de este principio, lo que lleva aparejada una especie de carga de responsabilidad por quienes hacen uso de él. En tal sentido, como claro ejemplo de un mandato de optimización según la terminología de Alexy, permite apreciar cada situación específica, sus vinculaciones fácticas y jurídicas, y dar a ella la solución más apropiada que componga de mejor manera el interés del niño, niña o adolescente involucrado en el caso.

Lo dicho puede entrañar un riesgo, que es quien lo tenga bajo su consideración lo haga a través de un esquema axiológico individual y personal, sin correlato con lo que la situación del niño, niña o adolescente indique y sugiera. De esta manera, resultará muy importante el empleo de una argumentación acabada para justificar él, la que deberá centrarse esencialmente en demostrar cómo es que de acuerdo con el panorama existente el curso de acción que se propone se dirige hacia la concreción de aquellos. En definitiva, una herramienta muy potente que, como tal, exige prudencia y delicadeza en su empleo.

Los últimos dos valores relevantes para el examen de la temática, si bien son diferentes y gozan de autonomía conceptual, aparecen íntimamente ligados entre sí, al punto tal que puede derivarse del otro. Así, en cuanto hace a la igualdad, desde la infancia, y a partir del examen de hechos concretos y tangibles es que puede comenzar a formarse una primera aproximación de lo que es igual, identificándose supuestos equivalentes y desemejantes. Luego, a partir de la adquisición de nuevas herramientas, de estructuras lógicas y vías de razonamiento más complejas esa linealidad se ve superada, y el examen respecto de qué supone la igualdad comienza a plantearse en términos más abstractos. Es más, resulta en esta instancia posible comprender que la igualdad se traduce también en una especificación y en una diferenciación.

Además de ello, la igualdad como valor ha traspasado el ámbito público para reglas, cuestiones que exceden ese espacio. Las interacciones entre los miembros de las familias exhiben un gran cambio en atención a la penetración del contenido: en efecto, años atrás se encontraba plenamente asentada la idea de los roles diferenciales y jerárquicos dentro de ella, mientras que en la actualidad esa concepción resulta decididamente erradicada —al menos en el plano de la formalidad legal— o bien puesta en cuestionamiento y con sus fundamentos borroneados.

A partir de esta idea surge otra que es de interés para la temática, como es la de la perspectiva de género, la que de algún modo se deriva del valor recién expuesto. Ella es esencialmente dinámica y se hace presente en distintos ámbitos y situaciones para brindar respuestas ante cuestiones de variada índole. Así las cosas, desde una visión más amplia cumple un rol vital en el diseño y la implementación de las políticas públicas, puesto que poner en un lugar central de la evaluación a las diferencias discriminatorias basadas en razones de género y los motivos estructurales que condujeron a ellas es la única forma de poder atacarlas y poner un fin a esas desigualdades. Dicho de otro modo, si se actuara como si aquellas no existieran, el ciclo discriminatorio continuaría su marcha sin ningún tipo de barrera que ponga un freno a su rápida capacidad de diseminación.

El derecho aplicado también se sirve —o al menos debería hacerlo— de la perspectiva de género para abordar los casos que se presentan a la jurisdicción, en cuanto ella propone una herramienta hábil para desentrañar redes de inequidad y vulnerabilidad, llegando hasta su origen y a sus manifestaciones más profundas, de manera tal de poder así dar soluciones que tiendan a alcanzar la igualdad en forma real.

III. Las respuestas

Todas estas nociones, mostradas quizá con una excesiva superficialidad, son las que sirven como brújulas para guiar al intérprete en el examen de las problemáticas que el tema acarrea. Y hablo de problemas en plural, pues si bien las disposiciones de confinamiento, con sus particularidades según cada Estado en particular, provocaron conflictos en las relaciones familiares, para los que si bien podía llegar a existir algún tipo de estatuto normológico para su resolución también es cierto que debían ser evaluados a partir de las especiales características de los tiempos que se transitaban y de su excepcionalidad.

En tal orden de ideas, como dije, repasaré el devenir en cuanto a dos conflictos, uno de los cuales a su vez puede comprender dos subconflictos: el primero de ellos alude al resquebrajamiento de las posiciones financieras y económicas de grandes masas de asalariados como resultado de la pandemia y su vinculación con la observancia de las obligaciones alimentarias a su cargo; el segundo, a las relaciones entre progenitores no convivientes con sus hijos, lo que puede ser visto desde dos perspectivas, ya sea a partir de las pretensión de mantener un adecuado contacto y así garantizar el régimen de comunicación, como también a partir de la posibilidad de planteos por parte del progenitor que se hallaba al cuidado del niño o de la niña de la necesidad de que se establezcan condiciones para su ejercicio conjunto.

En ese sentido, por lo común el primer tema apuntado apareció tratado por los distintos países de la región y por sus órganos jurisdiccionales a partir de la remisión a las pautas generales que regulan la materia, lo que quizás obedeció a la coyuntura y a la velocidad con la que se producían los sucesos, o bien por encontrar allí reglas idóneas para responder al conflicto sin necesidad de generar marcos normativos específicos.

Más allá de ello, hay dos experiencias en el ámbito regional que resalto, en cuanto revelan una preocupación por atender una cuestión puntual que la situación demandaba y operan a partir de ella. La primera es la de Uruguay, país cuya política para prevenir y mitigar los efectos de la enfermedad por coronavirus fue ampliamente comentada y analizada en distintos medios de prensa, y que se caracterizó por una laxitud que contrastó con la firmeza de otros Estados, a partir de la idea del empoderamiento de la responsabilidad individual ciudadana. De este modo, sin perjuicio de haberse vivido allí períodos de confinamiento casi total de la población, estos resultaron más bien breves en comparación con los que imperaron en otros lugares.

En el plano legal, el art. 45 del Código de la Niñez y Adolescencia uruguayo contempla el deber de asistencia familiar, el que encuentra fundamento en la pauta de solidaridad, la que dota de razón a la disposición e ilumina su contenido ante el caso de cualquier divergencia interpretativa.

La regla mencionada operó como pauta básica para atender los conflictos dados en la materia. Ahora bien, indiqué también que en Uruguay se produjo un movimiento regulatorio que atendía a un costado específico y puntual de la situación. En ese sentido, es preciso apuntar que mediante la circular 56/2020 la Secretaría Letrada de la Corte Suprema de Justicia puso en conocimiento de las personas a cargo de los juzgados letrados de primera instancia con competencia en asuntos de familia un mecanismo para actualizar de manera ágil el registro creado por la ley 19.480, de personas obligadas al pago de pensiones alimenticias decretadas u homologadas judicialmente.

La modalidad se desarrolló a partir del planteo realizado por el Banco de Previsión Social, ente a cargo del registro, y consistió en la posibilidad de descuento de las sumas debidas en concepto de alimentos de los seguros de desempleo que beneficiaran a los sujetos deudores, cuando así correspondiese. De esta forma, y ante el aumento necesario de personas alcanzadas por

las prestaciones de seguridad social como resultado de la pérdida de su puesto de trabajo a partir de la retracción del mercado laboral a partir del avance de la enfermedad por coronavirus, se buscó generar una respuesta rápida y ágil que sin mayor dilación cubriera las necesidades alimentarias de quienes son acreedores de las sumas adeudadas, en cuanto su satisfacción hace a la realización de un derecho fundamental.

La restante práctica es la dada en Chile y se vincula con los modos de actuación en el plano judicial. Así las cosas, las disposiciones de aislamiento dificultaban el cumplimiento de algunos trámites en ese ámbito, aunque ello mal podría llevar a suspender el sistema de administración de justicia hasta tanto se restablecieran las condiciones de "normalidad", al tratase de un elemento esencial en cualquier gobierno —en sentido amplio— para la tutela de los derechos de los ciudadanos. Con ese panorama y bajo dicha convicción es que en abril de 2020 se sancionó la ley 21.226, mediante la cual se instituyó un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto del COVID.

Como se ve, la norma no tenía una finalidad específica para intervenir en los conflictos emergentes del derecho de las familias, aunque una disposición en ella inserta sirve para remover obstáculos generados a partir de la necesidad de adoptar medidas para mitigar el avance de la enfermedad. Al respecto, el art. 8º en su último párrafo admitió que, durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, la presentación de la demanda se pudiese realizar sin necesidad de acreditar el cumplimiento de la mediación previa obligatoria, o cualquier otra exigencia, cuya observancia se torne difícil de satisfacer a partir de situación indicada.

En cuanto al segundo tema, también aquí la respuesta predominante que se observó en la región consistió en la remisión a las disposiciones generales que aludieran al tema. Igualmente, también se dieron hicieron presentes algunas prácticas que contienen elementos particulares que demandan su interés, las que no resultan muy distintas a las que se dieron en la Argentina.

En tal sentido, en Chile se estableció un permiso para transitar durante la cuarentena, a fin de responder a dos situaciones: mientras que la primera de ellas refería al supuesto de traslado del hijo entre los domicilios de sus progenitores para garantizar el régimen de comunicación y cuidado acordado por las partes o establecido por vía judicial, la segunda aludía a la situación en que tal marco no estuviese definido en forma previa, para lo cual se extendía una autorización para circular una vez por semana y se debía declarar en los formularios el tiempo de duración de los encuentros que se conviniesen en ese oportunidad.

En Colombia el tema fue observado desde el primer decreto presidencial que instituyó el aislamiento de la población, como muestra de la relevancia que tiene a partir de los múltiples derechos esenciales que involucra. Al respecto, el art. 3º del dec. 457/2020 estableció que para que el aislamiento pudiese garantizar el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, las autoridades administrativas locales deberían permitir el derecho a la circulación de las personas en distintos casos, entre los que se consignó en el punto 4 a aquellos que prestaban asistencia y cuidado a niñas, niños y adolescentes. La disposición sirvió como base argumental en la que se asentaron los movimientos entre hogares que hicieron efectivo el derecho de niños y niñas a mantener una adecuada comunicación con sus progenitores.

Mientras tanto, en Perú a través de la res. adm. 374/2020 del Consejo Ejecutivo de su Poder Judicial se aprobó la directiva 21-2020-CE-PJ, denominada "Protocolo del Régimen de Visitas Supervisado". Desde una perspectiva eminentemente basada en un conjunto de principios que atañen a la cuestión la norma plasmó en su texto un procedimiento minucioso y bastante detallado de medidas que se dirigían a alcanzar una adecuada supervisión del régimen de comunicación en casos como los indicados para resguardar el contacto y la comunicación permanente de las niñas, niños y adolescentes y del progenitor o de la progenitora que no ejerce su cuidado, en composición con el derecho a la sa-

lud de las personas menores de edad involucradas, todo ello en el contexto de realidad crítica provocada por la pandemia del COVID-19.

Como marqué, el protocolo abarcó aquellos supuestos en que la instancia de comunicación entre los progenitores y sus hijos fuese establecida por la instancia jurisdiccional con un respectivo control, tanto en la etapa de ejecución de sentencia como medida cautelar, y admitía dos modalidades: presencial, a través de las salas de encuentro familiar; o virtual, a partir de la utilización de un conjunto de herramientas tecnológicas disponibles. Ambas formas fueron descriptas con precisión a lo largo del documento, pensado siempre desde el mejor interés de niñas, niños y adolescentes, en procura de garantizar, en lo esencial, su seguridad y bienestar, en forma amplia.

Para finalizar, en Paraguay se replicó el esquema de trabajo de los tribunales en tiempos de la enfermedad que se describió más arriba para otros Estados, signado por la suspensión de los términos para la gran mayoría de los casos, aunque fijándose también una serie de previsiones para la continuidad de aquellos que no admitían dilaciones a partir de la sensibilidad de las problemáticas que abarcaban.

De tal modo, por conducto de la acord. 1366/2020 su Corte Suprema reglamentó la actividad del Poder Judicial durante el estado de emergencia, en la que admitió únicamente la continuidad de aquellos procedimientos de urgencia, entre los que se encontraban los relacionados a derechos de niñas, niños y adolescentes, lo que abarcaba la satisfacción del régimen de comunicación entre progenitores y sus hijos. Esta disposición se complementó luego por la acord. 1370/20, en la que se aprobó el Protocolo de Gestión Electrónica a distancia, y también por la 1373/2020, en la que se establecieron los criterios para la reanudación de las actividades en el ámbito tribunalicio.

IV. Breve cierre

La irrupción del coronavirus y su rápida extensión como un problema global es algo que resultaba prácticamente inimaginable al comenzar el año 2020. Poco tiempo trascurrió entre los primeros reportes que hablaban de la aparición de casos poco frecuentes de neumonías en Wuhan hasta que el tema se convirtió en algo de preocupación para el mundo entero. Y en esa velocidad es que la gran mayoría de los países ensayaron las mejores respuestas que tenían a su mano, más que nada en cuanto actuaron casi a ciegas, sin siquiera conocer la causa de la enfermedad y su modo de reproducción.

A la postre, algunas soluciones resultaron más exitosas que otras, aunque en rigor de verdad todas supusieron una gestión de una situación inédita en los tiempos que corren para administrar una realidad que se planteaba como catastrófica en cuanto a los efectos sociales, sanitarios y económicos que generaría. El desarrollo científico, sin dudas asombroso, ha permitido que la luz al final del camino resulte cada vez más cercana, por lo que las reglas que repasé probablemente en poco tiempo caigan en desuso. Más allá de ello, su importancia no solo radica en un interés histórico, sino —con la esperanza de que no suceda— en cuanto elementos relevantes que pueden llegar a ser convocados en el futuro ante un evento similar.

Por lo general, la resolución de los problemas planteados se hizo a través del empleo de pautas ya existentes en los ordenamientos legislativos. Además, los principios y valores que atañen al problema en su vinculación a la disciplina sirvieron tanto para marcar el sentido de las normas que se dictaron al respecto, como también para completar y fundamentar a las reglas vigentes, que no habían sido pensadas para atender a un conflicto de la magnitud como el vivido. Todo ello marca su importancia, como pauta argumental que dota de sentido y moviliza al derecho.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Jurisprudencia norteamericana

Tecnología y COVID-19: algunas experiencias en los tribunales de familia americanos

Ida A. Scherman (*)

Sumario: I. Introducción al tema.— II. La experiencia americana.— III. Palabras finales.

I. Introducción al tema

La realidad que hoy diseña nuestro eje temático nos impone abordar el impacto de la pandemia en nuestra actividad. Nos convoca a pensar sobre cómo el sistema judicial en su conjunto atendió las demandas de derechos en los casos a resolver con los alcances que la virtualidad permite y observando los principios generales de los procesos de familia. En nuestro medio, el avance del orden público sobre el derecho a la vida en familia materializado en lo dispuesto por el dec. 297/2020, y los decretos que se sucedieron nos conduce a repensar también la manera en que damos y hemos dado respuesta al desafío de garantizar el acceso a la justicia en un contexto tan inusual y complejo. En qué medida se pudo sortear la no presencialidad y, al mismo tiempo, garantizar la tutela judicial efectiva. Y, en definitiva, si se pudo cumplir adecuadamente con dicho mandato constitucional y convencional. Esta pregunta nos abre un espacio de reflexión y análisis relativo a cómo se pudo sustituir la presencialidad, la inmediatez, el contacto cara a cara con las partes, que permite reconocernos en la singularidad de cada ser. Y, en muchos casos, y, en nuestra área de trabajo, en especial la escucha de NNA, y/o victimas en materia de violencia familiar y de género.

La búsqueda de respuestas nos obligó a revisar las herramientas tecnológicas, informáticas y de comunicación (TIC) con las cuales contamos **(1)**. Luego, y más allá de ello, en qué

(*) Profesora Derecho de Familia y Sucesiones, asesora Incapaces, provincia de Buenos Aires.

(1) La doctrina nacional se ha ocupado de señalar que uno de los pasos más importantes en procura de una mayor efectividad procesal es la informatización de la administración de justicia y que la incorporación de las nuevas tecnologías al ámbito judicial es una necesidad imperiosa. Agregándose, en el mismo sentido, que la informática judicial es parte fundamental del proceso de modernización de la justicia con el objetivo de revertir la lentitud y morosidad en la resolución de los casos judiciales. Ver entre otros: CAMPS, Carlos E., "El derecho procesal y la informática", LA LEY, 30/04/2014, AR/DOC/1243/2014; RODRÍGUEZ, Mónica S., "Algunas novedades respecto a la digitalización del procedimiento judicial y la implementación del expediente electrónico. La importancia de la modernización para una adecuada inserción en el ámbito internacional", Microjuris, MJ-DOC-6534-AR||MJD6534, 05/12/2013; PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., "La informática judicial en el proceso civil", disponible en: *http://biblioteca.asesoria.gba.gov.ar/redirect.php?id=4301*. En particular en la provincia de Buenos Aires se han promovido reformas en diversos ejes. Por ejemplo: i) La generalización de la firma digital; ii) El establecimiento de un sistema de notificaciones electrónicas; iii) La puesta en funcionamiento de un régimen de presentaciones por medios electrónicos; iv) La instauración del expediente digital; v) La integración paulatina entre sistemas digitales de diversos organismos públicos y privados. A tal fin, se creó un marco general (acuerdo 3733, del 20/11/2014) que regula la celebración de Convenios de Colaboración Tecnológica con otorgamiento de certificados digitales o electrónicos. Por ejemplo, ellos se han instrumentado con el Colegio de Abogados, Cajas y demás Colegios Profesionales, Municipios y algunos

medida dichos recursos pueden brindar la calidad requerida en temas tan complejos, como resultan las cuestiones que traen las personas que concurren a los tribunales de familia, y muchas veces también. al fuero penal en razón de hechos que constituyen delitos que ocurren en ámbitos de intimidad, convivencia, familia, como son la violencia familiar, de género, el abuso sexual infantil, las amenazas, las lesiones, además con relación a aquellas personas que en general están atravesadas por múltiples vulnerabilidades —edad, género, y en muchos casos, pobreza— **(2)**.

La observación que se hace de la realidad de un sistema judicial extranjero, como es el norteamericano, nos permite, una vez más, un intercambio, un diálogo imaginario con nuestra actividad durante la pandemia COVID-19. Advertir similitudes y situaciones que, más allá de la distancia y las diferencias, se reiteran en ambos escenarios, el americano y el argentino. Y, por qué no, repensar soluciones.

II. La experiencia americana

Desde dicha perspectiva valoramos el trabajo de Lynda Munro y Nicole Riel recientemente publicado **(3)**, que refleja cómo los medios reflejaron lo ocurrido en los procesos judiciales durante la pandemia en EE.UU. Las autoras señalan que las palabras "temor" y "peligro", son términos que, aun cuando no se desea asociar con los procesos judiciales, sin embargo, se aparecen y reiteran en los artículos publicados y que ponen el énfasis en las consecuencias no deseadas de los tribunales virtuales **(4)**. Agregan que medios nacionales como *New York Times, Financial Times* y *Washington Post* han publicado recientemente las dificultades que los procesos judiciales atraviesan, tanto en el país del norte, como en el mundo entero en tiempos COVID-19 **(5)**. Por su parte, señalan que, in-

organismos provinciales, a fin de interactuar en el sistema de notificaciones y presentaciones electrónicas para la prestación del servicio de justicia. Esto ha permitido, por ejemplo, a nivel provincial, la traba de medidas cautelares digital a través de la vinculación con el Registro de la Propiedad Inmueble (res. 2809/2018 y 290/2019); o la traba de medidas cautelares y la remisión electrónica de documentos a la Dirección Provincial de Personas Jurídicas (res. 2913/2019 y 3203/2019), entre otras. Ver TRABUCCO, Néstor – SUCUNZA, Matías, "El Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires y las TICs", Sup. Gestión Judicial 2020 (julio), 29/07/2020, 1, AR/DOC/2032/2020.

(2) En especial en relación con la escucha de NNyA en su condición de víctimas y/o testigos en los procesos penales. Cabe señalar que la celebración de las cámaras Gesell se adaptó rápidamente al uso de los medios telemáticos en la provincia de Buenos Aires. Sin embargo, ello no se replicó en las audiencias de juicio abreviado.

(3) "Family Law During COVID-19: Virtual Hearings, Family Court Proceedings and the Future. Virtual reality: Facing the Constitutional Dimensions of Virtual Family Court", *Family Law Quarterly*, 2020, 54 *Fam. L. Q.* 245 Westlaw.

(4) En tal sentido, citan: PENTON, Kevin, "Shift to Virtual Eviction Hearings Stirs Due Process Fears", *Law* 360 (12/07/2020, 8:02 PM), *https://www.law360.com/articles/1290933/shift-to-virtual-eviction-hearings-stirs-due-process-fears*; KLEIN, Jessica, "Virtual Parental Visitation Could Have Unintended Consequences for Abuse Survivors", *Atlantic* (June 23, 2020), *https://www.theatlantic.com/family/archive/2020/06/dangers-virtual-visitation-abuse-victims/613243/*.

(5) FEUER, Alan *et al.*, "N. Y.'s Legal Limbo: Pandemic Creates Backlog of 39,200 Criminal Cases", *NY Times* (june 22, 2020), https*://www.nytimes.com/2020/06/22/nyregion/coronavirus-new-york-courts.html* explican cómo la pandemia ha tensionado a los tribunales de New York, el atraso, por ejemplo, en los casos criminales, y los desafíos de los procesos virtuales. El 25/05/2020, el *New York Times* se refirió a la situación en España. En tal sentido Raphael Minder describe una situación ya preocupante que se acentuara con la pandemia. "Spain's Courts, Already Strained, Face Crisis as Lockdown Lifts", *N. Y. Times*, *https://www.nytimes.com/2020/05/25/world/europe/spain-courts-coronavirus.html* que detalla cómo se las arreglaron las cortes españolas en cuanto a la tecnología, comunicación y confusion burocrática durante la pandemia. Con relación a los procesos de divorcio y los tiempos tribunalicios, se resalta su notorio atraso. En tal sentido: SULLIVAN, Paul, "The Pandemic Has Slowed the Divorce Process. Here's What to Expect", *N.Y. Times* (08/05/2020), *https://www.nytimes.com/2020/05/08/your-money/divorce-coronavirus-courts.html*. En la nota se entrevista a abogados y jueces acerca del impacto de la pandemia en los tribunales de familia en Connecticut y otros lugares donde se resalta los atrasos provocados por la virtualidad. Incluso se ha abordado como se han modificado las costumbres en materia de vestimenta para concurrir ante los jueces y las partes. Ver: FORTIN, Jacey, "When Court Moves Online, Do Dress Codes Still Matter?", *N.Y. Times* (15/04/2020), *https://www.nytimes.com/2020/04/15/us/coronavirus-lawyers-court-telecommute-dress-code.htm*; LIPTAK, Adam, "The Supreme Court Will Hear Arguments by Phone. The Public Can Listen in.", *N.Y. Times* (13/04/2020), *https://www.nytimes.com/2020/04/13/us/politics/supreme-court-phone-arguments-virus.html* (se detalla como la Corte Suprema de los EE.UU. rompe una fuerte tradición al escuchar por primera vez en

cluso, algunas voces se alzaron en el sentido de reclamar cautela a los fines de no banalizar la justicia bajo la premisa de proteger la salud pública **(6)**. ¿Nos resulta ello familiar? Obviamente, sí.

De manera similar a lo dispuesto en nuestro sistema judicial, prácticamente todas las jurisdicciones han tomado medidas a los fines de que al menos algunos procesos avanzaran bajo modalidad virtual y telemática. Con intensa utilización del teléfono celular y las plataformas Microsoft Meet, Zoom, entre otras, a los fines de realizar las video conferencias o video llamadas.

En los tribunales de familia, aun cuando la tecnología importa una gran ventaja, la celebración de audiencias virtuales mediante la utilización de medios telemáticos puede exhibir fuertes tensiones al revisarlos bajo los estándares de la garantía del debido proceso, el derecho a la intimidad y también la credibilidad de los resultados que luego así se alcanzan. No escapa la idea que celebrar una audiencia de modo virtual puede resultar muy atractivo. Por un lado, ello importa que desde sus hogares, oficinas o cualquier otro lugar a elección de la parte se pueda asistir a un acto procesal sin tener que soportar la ansiedad que genera concurrir a la corte. Sin embargo, se advierten nuevos riesgos, en especial en materia de violación a la intimidad, que no aparecen en la celebración de las audiencias o encuentros en espacios neutrales, protegidos e impersonales como son los juzgados.

La cuestión de la accesibilidad a los actos procesales también merece atención. Y, en varios estados los procedimientos virtuales —ante el cierre de los tribunales debido a la pandemia— se encuentran accesibles en *live streaming* **(7)** en el sitio web del poder judicial **(8)**. En otros casos, vía You Tube **(9)**. Por su parte, en aquellos estados en los cuales no hay acceso público en la era de la virtualidad, la sociedad, en especial a través de grupos activistas, invocan la primera enmienda y lo reclaman públicamente **(10)**.

---

la historia argumentos de los casos por vía telefónica (FEUER, Alan *et al.*, "Coughing Lawyers. Uneasy Jurors. Can Courts Work Under Coronavirus?", *NY Times* (mar. 20, 2020), *https://www.nytimes.com/2020/03/20/nyregion/coronavirus-new-york-courts.html*, señala los extraordinarios efectos de COVID-19 en todos los fueros y jurisdicciones y pone sobre la mesa la tensión entre la actividad judicial y la salud pública. KUSISTO, Laura, "Coronavirus Forces Courts to Experiment", *Wall St. J.* (28/03/2020), *https://www.wsj.com/articles/coronavirus-forces-courts-to-experiment-11585387800* analiza las fallas, lo no previsto *glitches* que experimentan los abogados y los jueces mientras llevan adelante audiencias por vías telemáticas. ALEXANDER, Keith L., "D.C. Superior Court Increases Capacity for Virtual Hearings Amid Pandemic", *Wash. Post* (18/05/2020), *https://www.washingtonpost.com/local/public-safety/dc-superior-court-increases-capacity-for-virtual-hearings-amid-pandemic/2020/05/18/5ffb6440-983a-11ea-ac72-3841fcc9b35f_story.html*, donde se revisa los avances tecnológicos que el sistema judicial desplegó a los fines de llevar adelante procesos virtuales. MARIMOW, Ann E. — JOUVENAL, Justin, "Courts Dramatically Rethink the Jury Trial in the Era of the Coronavirus", *Wash. Post* (31/07/2020), *https://www.washingtonpost.com/local/legal-issues/jury-trials-coronavirus/2020/07/31/8c1fd784-c604-11ea-8ffe-372be8d82298_story.htm*l, se analiza las dificultades que se enfrentan para cumplir con la agenda prevista en la celebración de juicios incluso el retraso que provoca la incorporación del cambio hacia la virtualidad.

(6) KEITH, Douglas – BANNON, Alicia, "Promise and Peril as Courts Go Virtual Amid COVID-19", Brennan Ctr. for Just. (29/05/2020), *https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/promise-and-peril-courts-go-virtual-amid-covid-19*.

(7) El *streaming* es la distribución digital de contenido multimedia a través de una red de computadoras, de manera que el usuario utiliza el producto a la vez que se descarga. La palabra retransmisión se refiere a una corriente continua que fluye sin interrupción, y habitualmente a la difusión de audio o video.

(8) P. ej., ver el sitio del estado de New Jersey Virtual Courtroom, N.J. Cts., *https://njcourts.gov/public/vc/index.html*.

(9) P. ej., en el estado de Wisconsin, Livestream Courts, Wis. Ct. Sys., *https://www.wicourts.gov/courts/livestream.htm;* en Michigan, MICourt Virtual Courtroom Directory, *https://micourt.courts.michigan.gov/virtualcourtroomdirectory/*.

(10) P. ej., en el estado de Tennessee, SATTERFIELD, Jamie, "Petition Asks Tennessee Supreme Court to Ensure Public Access to Hearings Across State", *Knoxville News Sentinel* (03/06/2020), *https://www.knoxnews.com/story/news/crime/2020/06/02/petition-public-access-tennessee-court-hearings/3122849001*; SNYDER, David, "First Amend. Coal., Re: Public Access to Court Proceedings and Records Amid COVID-19 Crisis" (25/03/2020), *https://firstamendmentcoalition.org/wp-content/uploads/2020/03/Letter-on-Court-Access-March-25-2020-3.pdf*. P. ej., en el estado de California ante las restricciones que se imponían en marzo 2020 se reclamó que al mismo tiempo se garantizara a la prensa y al público en general la publicidad de los procesos ante los tribunales. En el estado de Carolina del Norte, ver: OCHSNER, Nick, "Mecklenburg Co. Courts Improving Virtual Court Access After Public Shut Out of Hearing, WBTV" (14/05/2020), *https://www.wbtv.com/2020/05/14/mecklen-*

Aun cuando los procesos virtuales resultan accesibles en la web hay cuestiones prácticas a revisar al momento de asegurar el acceso real y significativo a los tribunales virtuales. Por ejemplo: ¿el público en general puede tener acceso a los listados de audiencias virtuales, con los nombres de las partes y el juez a cargo? ¿Las grabaciones de las audiencias quedarán a disposición y abiertas al público? ¿Puede regularse el acceso con relación a todos los documentos?

En un contexto inédito con más gente que nunca en sus hogares se piensa cómo es el acceso de las víctimas a la corte **(11)**. Cuando el autor del abuso o de la violencia controla el acceso a la web, puede resultar muy difícil el acceso a la justicia por parte la víctima. Y se reconoce que, dado que numerosos espacios neutrales, públicos y seguros —escuelas, tribunales, centros comunitarios— fueron cerrados temporariamente a la comunidad, en especial son las víctimas quienes se han visto notoriamente perjudicadas.

En materia de procesos vinculados a los regímenes de custodia/cuidados parentales/régimen de comunicación, las jurisdicciones han adoptado diferentes aproximaciones para asegurar el contacto con el/la progenitor(a) que no vive habitualmente con el/la/los NNA más allá de la situación de cuarentena y medidas de aislamiento y protección COVID-19 **(12)**.

En Pensilvania, Bucks County, una resolución para la emergencia dispuso que los padres/madres que no ejercen la custodia tengan contacto no presencial, pero sí virtual con sus hijos menores de edad de manera diaria, mientras no fuera posible verse en persona en razón de las restricciones COVID-19. Mientras que, en Ohio, Ross County, se dispuso que los padres separados y que no se encuentran conviviendo con los NNA tenían el derecho a establecer comunicación telefónica, vía Skype, Zoom, Facetime, u otros, de manera diaria, sin que ello afecte o interfiera con la cotidianeidad de la/el progenitor a cargo de los cuidados principales. Se estableció que dichas comunicaciones debían gozar de privacidad y sin interferencia del padre/madre conviviente **(13)**. Estos contactos, así como los procesos virtuales debilitan, por ejemplo, las garantías que significan la realización de las visitas supervisadas en ámbitos públicos. La situación puede resultar preocupante para las víctimas de violencia familiar y de género, abuso sexual infantil.

En un caso en Nueva York cuando una madre fue notificada de que la corte había dispuesto contacto virtual obligatorio con su exmarido más allá de los antecedentes de violencia y abuso, ella se preparó para colgar sábanas que ocultaran las ventanas de manera tal de evitar que su ex pudiera descubrir su domicilio a partir de lo que podía ver en pantalla **(14)**. Ella sabía que su hijo disfrutaba al colocar la cámara para que se viera por fuera de las ventanas y como progenitora a cargo de la custodia le estaba prohibido permanecer en la misma habitación con su hijo durante el contacto telemático padre/hijo, por tanto, no podía controlar la conducta de su hijo **(15)**, que podía llevarlos a una situación de riesgo.

---

burg-co-courts-improving-virtual-court-access-after-public-shut-out-hearing/ ("Los tribunales del condado Mecklenburg tomaron nuevas medidas a los fines de incrementar el acceso del público a las audiencias virtuales luego de responder a las preguntas de WBTV").

(11) THOMAS, Cheryl, "Domestic Violence and Court Services During COVID-19", *Jurist* (25/04/2020), *https://www.jurist.org/commentary/2020/04/cheryl-thomas-covid19-domestic-violence/*.

(12) KLEIN, *supra* note 24; COPAKEN, Deborah, "How Are Parents Supposed to Deal with Joint Custody Right Now?", *Atlantic* (08/04/2020), *https://www.theatlantic.com/family/archive/2020/04/navigating-joint-custody-under-coronavirus-quarantine/609676/* (se revisan las reglas de aislamiento establecidas durante la pandemia a la luz de los principios generales que marcan el instituto de la custodia conjunta).

(13) Ver "Operation of Family Division During Judicial Emergency, 43 MM 2020, Emergency Order No. 2020-11 3(c)" (Pa. Ct. Common Pleas Bucks Cnty. 08/04/2020), *https://www.bucksbar.org/wp-content/uploads/2020/04/Emergency-Order-11.pdf*); ver "Parenting Time During COVID-19 Public Health Crisis, Journal Entry" (Ohio Ct. Common Pleas Ross Cnty. 23/03/2020), *http://www.rosscountycommonpleas.org/docs/COVID%2019%C20PARENTING%20TIME.pdf* ("Se hace referencia al deber de los quienes son titulares de la responsabilidad parental en el sentido que deben conversar acerca de cuestiones de salud, educación, bienestar de los niños diariamente y deben discutir cualquier novedad en materia de viajes o cambios de localización a la luz de los convenios de parentalidad suscriptos").

(14) Ver también KLEIN, Jessica, "Virtual Parental Visitation Could Have Unintended Consequences for Abuse Survivors", *Atlantic* (23/06/2020), *https://www.theatlantic.com/family/archive/2020/06/dangers-virtual-visitation-abuse-victims/613243/*.

(15) *Ibid*.

En el ámbito penal se ha observado que en el marco de los juicios abreviados, se ha acordado penas más altas en aquellos casos en los cuales la audiencia se celebró de manera telemática **(16)**.

Las audiencias virtuales son de uso común en los procesos de inmigración mucho tiempo antes a la crisis COVID-19. Ya en el período octubre/diciembre de 2019, sobre un total de 57.182 audiencias finales de inmigración una de cada seis audiencias se llevaba adelante por video conferencia **(17)**. Un estudio advirtió que en los casos de asilo, cuando la audiencia se llevaba a cabo con la presencia física del peticionante en lugar de mediante la utilización de medios telemáticos, se obtenía la concesión del asilo en el doble de casos que cuando la audiencia se llevaba a cabo de modo no presencial **(18)**. También hay aspectos de la presencialidad, como son la conducta en la sala de audiencias, un conocimiento mayor del contexto, que se pierden en la celebración por medios telemáticos. Sigue resultando significativa la presencia de la parte y su manera de presentar su caso.

En el documento nominado "Statement Regarding Safe Courts and Access to Justice During COVID-19", ("Tribunales seguros y acceso a la justicia durante el COVID 19") el Consejo Nacional de la Justicia y Jueces de Familia y Responsabilidad Juvenil (en adelante, NCSC) recomendó a todos los tribunales la adopción de determinadas guías, que incluyen se adopte la modalidad de videoconferencia y audiencias telefónicas, siempre que resulte ello posible en interés de la justicia **(19)**.

Determinadas voces señalan que si no se trabajara sobre las limitaciones de las audiencias virtuales, los derechos individuales podrían resultar lesionados por el uso de la tecnología, en especial cuando la vuelta a las audiencias presenciales ya no signifique un riesgo para la salud.

Se vuelve a la recomendación del NCSC, que insta a llevar adelante las audiencias virtuales siempre que estas contribuyan a la realización de la justicia. Sin embargo, debemos ser conscientes de las barreras que se han expresado en párrafos precedentes. Y, en tales casos siempre debemos estar al interés de la parte. Por ejemplo, desde el Ministerio Público Tutelar, evaluar el interés superior del niño al tiempo de ser oído mediante el uso de medios telemáticos.

En el estado de Connecticut, los tribunales están empezando a reabrirse **(20)** y al mismo tiempo se advierte el caos que se atribuye a la deficiente financiación del sistema judicial en los últimos años y que se refleja en todo el país **(21)**. En tal sentido, se referencian las resoluciones que abordan los desafíos que plantea el riesgo del COVID-19. De este modo, se proponen medidas como: restringir o eliminar juicios por jurado; restringir los ingresos de personas a los tribunales; recomendar la realización de videoconferencias o teleconferencias en lugar de las audiencias; suspender en general los procedimientos que requieren la comparecencia personal a la corte; otorgar ampliación de tér-

(16) SEIDMAN DIAMOND, Shari *et al.*, "Efficiency and Cost: The Impact of Videoconferenced Hearings on Bail Decisions", 100 J. Crim. L. & Criminology 869, 891-98 (2010).

(17) Ver sobre el uso de video: "Use of Video in Place of In-Person Immigration Court Hearings", TRAC Immigration, *https://trac.syr.edu/immigration/reports/593/*.

(18) WALSH, Frank M. — WALSH, Edward M., "Effective Processing or Assembly-Line Justice? The Use of Teleconferencing in Asylum Removal Hearings", 22 *Geo. Immigr. L.J.* 259, 271 (2007).

(19) GONZÁLEZ, Romana A., "Statement Regarding Sage Courts and Access to Justice During COVID-19", Nat'l Council of Juv. & Fam. Ct. Judges (13/05/2020), *https://www.ncjfcj.org/news/statement-regarding-safe-courts-and-access-toas -justice-during-covid-19/*.

(20) MAHONY, Edmund H., "Connecticut's Court System Is Struggling to Recover from Devastating Coronavirus Shutdown", *Hartford Courant* (30/06/2020), *https://www.courant.com/coronavirus/hc-news-coronavirus-connecticut-courts-20200626-20200630-dn5hvpmsqzeaffxhbnevmzehem-story.html* donde se explora acerca de cómo en un principio los tribunales de Connecticut padecieron y luego pudieron superar los desafíos de la virtualidad en los procesos judiciales.

(21) Ver *https://www.ncsc.org/information-and-resources/resource-centers/resource-centers-items/budget-resource-center*. La cuestión presupuestaria y la sub financiación de los tribunales estaduales ha estado en debate nacional desde hace años. *https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/tips/Court%20Funding/Funding%20Justice.pdf.*

minos incluyendo plazos para el pago de tasas y/o multas **(22)**.

En Texas, el presidente de la Suprema Corte estadual, Nathan Hecht, y director de NCSC, señala: 27 estados requieren máscaras para que las personas ingresen a los tribunales **(23)**. NCSC informa que en doce estados se requiere el uso de guantes por parte del personal de la corte, así como también, por todas aquellas personas que ingresan y mientras permanecen allí **(24)**. En siete estados se provee al personal y a los visitantes alcohol y desinfectante. Y, en doce estados los tribunales pueden tomar la temperatura del personal y visitantes al edificio. Una encuesta arrojó los siguientes resultados: cerca de las 2/3 partes de quienes respondieron piensan que los tribunales debieran exigir a la gente el uso de máscaras en sus edificios. Y, por lo menos el 70% dijo que se sentirían más cómodos en la corte si las autoridades obligaran a cumplir con el distanciamiento social, control de temperatura en el ingreso, uso de máscaras por parte del personal y visitantes, y testeo de COVID-19 **(25)**.

Se reconoce que si bien se han tomado medidas de seguridad para la protección dentro de los edificios de las cortes, sin embargo, en un mundo tumultuoso asegurar que la gente cumpla con estos procedimientos es otra cosa **(26)**.

Como vemos, en EE.UU., como aquí en la Argentina la tecnología ha sido una herramienta vital para la justicia en el medio de una crisis de salud pública. La utilización de tecnología remota y su posible expansión pone sobre la mesa algunas preguntas acerca de cómo se protegen adecuadamente los derechos individuales de los litigantes y el acceso a la justicia en especial de los más vulnerables. En tal caso, cómo se pueden mitigar los efectos adversos. Luego de los desafíos asumidos por los sistemas judiciales en la pandemia a los fines de dar respuesta a los requerimientos y necesidades de la gente de manera virtual con sus singularidades, no hay duda de que los avances tecnológicos vinieron para quedarse, más allá en un futuro y una vida post COVID-19.

Una encuesta nacional conducida por NCSC indica que el público se siente más cómodo con la idea de estar en la Corte de manera remota que seis años atrás **(27)**. La encuesta demostró que dos de cada tres personas aprobaban las audiencias remotas, aunque con anterioridad solo eran dos de cada cinco personas **(28)**. Y, cuando se pregunta si se sienten más cómodos integrando un jurado presencial o de manera remota, el 44% respondió de manera remota, 32% respondió que no tenía ninguna preferencia y el 23% se manifestó a favor de la concurrencia personal **(29)**.

La cuestión de género tampoco ha estado ausente. En tal sentido, de manera notoria NCSC reconoció que la encuesta exhibe una tendencia preocupante en la cual las mujeres muestran mayor resistencia a los jurados virtuales, en especial las mujeres de raza negra e hispánica y las adultas mayores. Por su parte, los hombres blancos exhiben mayor potencial para ser jurados virtuales.

III. Palabras finales

Evidentemente, la tecnología ha posibilitado mayor efectividad y es, y será necesario, implementar más tecnología. Sin embargo, de las experiencias podemos aprender. El acceso debe ampliarse con la flexibilidad necesaria que permita dar pronta respuesta en aquellas situaciones que la vulnerabilidad de alguna de las partes requiera implementar mejores soluciones a los fines de no poner en tensión garantías constitucionales vigentes. Algo pasó y nada volverá a ser igual.

---

(22) "Coronavirus and the Courts", Nat'l Ctr. for State Cts. (NCSC), *https://www.ncsc.org/newsroom/public-health-emergency*.

(23) "Coronavirus and the Courts", Statewide Court Entrance Requirements, NCSC, *https://www.ncsc.org/newsroom/public-health-emergency*.

(24) Íd.

(25) "National Poll: Public Warming to Idea of Remote Court Appearances", NCSC (24/06/2020), *https://www.ncsc.org/newsroom/at-the-center/2020/national-poll-public-warming-to-idea-of-remote-court-appearances*.

(26) DOYLE, Maura, "Inside California Courts, Lawyers Fume That Mask Wearing Is Mixed During Pandemic", *L.A. Times* (11/07/2020), *https://www.latimes.com/california/story/2020-07-11/courts-masks-coronavirus-public-defenders*.

(27) "NCSC Poll", cit. nota 73; nota 49 and accompanying text.

(28) "NCSC Poll", *supra* nota 73. "[T]he poll, called State of the State Courts in a (Post) Pandemic World, largely focuse[d] on the public's feelings about serving on juries and being in courthouses".

(29) *Ibid*.

Jurisprudencia española

Mariela A. González de Vicel

Sumario: I. Breve aclaración.— II. Cuidados parentales ante la condena por violencia de género del progenitor.— III. Fortalecimiento familiar y guardas para adopción: el difícil sendero de la afectividad.— IV. Mantenimiento de comunicaciones con familia de origen durante la etapa de guarda para adopción.— V. La socioafectividad en la seguridad social: convivencias de pareja.— VI. Los vínculos extensos: lazos con lxs abuelxs.

I. Breve aclaración

Señala Aída Kemelmajer de Carlucci que "el afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia (...). No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad, que en el de los lazos biológicos o genéticos" **(1)**. Ante esa apreciación, y de la lectura de las bases jurisprudenciales nacionales y extranjeras, creemos posible afirmar que el afecto —o su ausencia— aun cuando no esté contenido en una norma jurídica sancionada por el sistema legal, se cuela y dirime los conflictos de derechos al momento de la norma individual (sentencia).

En esta ocasión, en que la RDF se ocupa de la socioafectividad como concepto, señalaremos que esta idea surge de la conjunción de dos elementos: lo social y lo afectivo; enlazando el afecto y su despliegue con su impacto en lo social. Dicho por Herrera en estos términos: "cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social; y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos" **(2)**.

Surgida del derecho brasileño, la socioafectividad nace en el contexto del derecho filial, pero poco a poco se va ampliando a otros espacios, como el relativo a las convivencias de pareja y el matrimonial. Y, junto con el afecto como construcción, observamos su ausencia como motivador oculto de ruptura de lazos jurídicos, por lo que nos pareció interesante plasmar algunas resoluciones donde se ponderaron —sin decirlo— esas realidades vitales.

II. Cuidados parentales ante la condena por violencia de género del progenitor

En la sentencia dictada por la Sala Civil del Tribunal Supremo (en adelante TS) en fecha 29/03/2021 **(3)** cabe destacar, al margen de la decisión sobre el fondo, la estructura con que se elabora el fallo, que permite una correcta identificación de los hechos y la consiguiente posibilidad de utilización de su contenido con el peso específico de un precedente, ante situaciones —lamentablemente muy frecuentes— de violencia doméstica (emocional, económica, e incluso simbólica).

Hacemos esta consideración para establecer la diferencia hallada en esta sentencia al compararla con las resoluciones locales que, en general, omiten la descripción de tales circunstancias, al menos en el modo necesario para la utilización de la jurisprudencia de las instancias superiores, con fuerza de precedente.

Veamos el caso.

(1) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", LA LEY del 08/10/2014, AR/DOC/3592/2014, p. 9.

(2) HERRERA, Marisa, en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), "Tratado de niños niñas y adolescentes", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 975.

(3) Rec. 3110/2019, res. 175/2021.

La Sra. M. peticionó su divorcio, solicitó que la hija de 7 años de edad quede bajo su "guardia y custodia", invocando que ese era su deseo, y fue aceptado por ambos progenitores. Además, demandaba que todas las decisiones acerca de la hija serían consultadas y decididas por ambos progenitores **(4)**, a la par que explicitó la posibilidad de comunicación e información recíproca en temas escolares y de salud de la niña. Postuló un régimen de visitas, en días y horarios determinados para el progenitor **(5)**, sin limitaciones en la comunicación para los restantes días, salvo las horas de descanso nocturno. Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano se dividirían en igual proporción **(6)**, las celebraciones por día del padre y de la madre con cada uno, y el cumpleaños de la niña por mitades. También solicitó la atribución del hogar, cuota de alimentos, que el señor asuma los costos de los gastos de servicios y la hipoteca del inmueble, y solicitó una prestación compensatoria de 400,00 (euros).

El progenitor reconvino solicitando que la guarda y custodia se establezca compartida, interesando subsidiariamente que las visitas entre semana sean diarias. En cuanto a la vivienda, pidió se asigne el uso y disfrute permanente del domicilio a favor de la niña, siendo los progenitores los que, de manera alterna y mensual, varíen su estancia conforme al ejercicio del cuidado de la hija. También requirió que no se fijen alimentos y subsidiariamente, caso de rechazo de su pretensión de guarda compartida, una pensión mensual de 100, con las revisiones anuales correspondientes en función del IPC y hasta que la hija adquiera su independencia económica y/o laboral/profesional, sin que tenga incidencia el que alcance la mayoría de edad, momento en que él recuperaría la propiedad. Los gastos de consumo de suministros serán abonados por el/la progenitor que ocupe la vivienda en cada período.

La sentencia de primera instancia fue dictada en fecha 31/10/2018, acogiendo parcialmente la pretensión materna. Declaró disuelto el matrimonio, atribuyó a la madre la guardia y custodia de la hija y el uso de la vivienda familiar, fijó un régimen de visitas a favor del padre, estableció una pensión de alimentos de 200 mensuales y una pensión compensatoria de 300 al mes, durante un año, ambas a cargo del demandado.

El juzgado denegó la petición de custodia compartida con el argumento de la situación de grave de conflicto existente entre los progenitores, materializada en varias denuncias interpuestas entre ellos y que dieron lugar a una serie de procedimientos penales todavía no resueltos, situación de tensión que, si bien no trasladada a la hija, hacía inviable, al menos mientras no se resuelvan los procedimientos penales abiertos —y conforme a la sugerencia del informe psicosocial— el ejercicio compartido.

La sentencia fue recurrida por el Sr. ante la Audiencia Provincial de Cáceres, que dictó sentencia en fecha 11/03/2019. Recogió el recurso del progenitor en lo referente al establecimiento de un régimen de custodia compartida. Consideró que "el interés y beneficio de la menor se concilia mejor con el establecimiento de un régimen de comunicación de tal clase, bajo el razonamiento de que una situación de tensión o desencuentro entre los progenitores no tiene que influir en relación con la menor". Para así decidir, estimó que el procedimiento penal pendiente por delito de vejaciones injustas y maltrato psíquico en el ámbito de la violencia de género no tenía condena penal y que no se habían adoptado medidas cautelares. Además, estableció un sistema de visitas y distribución de tiempos de vacaciones y feriados. Confirmó lo relativo a los alimentos y la pensión compensatoria.

(4) Particularmente, la elección de colegio, clases particulares, actividades extraescolares, cursos en el extranjero, viajes o salidas al extranjero en el que no vayan acompañados por algún progenitor, tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas y, en general, aquellas de mayor relevancia e importancia vital.

(5) De dos horas durante dos días a la semana y fines de semana alternos desde la salida del colegio a las 20 hs. del domingo correspondiente.

(6) A la madre la primera mitad de los años pares y la segunda los impares, y al padre a la inversa; la festividad de los Reyes Magos conferirá al o la no custodio/a el disfrute desde las 14:00 horas hasta las 21.00 horas. Puntualiza los días que se considerarán en cada supuesto, tanto el comienzo como el día de reintegro, y en particular se establece para las vacaciones escolares un primer mes con cada progenitor y una alternancia de 15 días con cada uno/a para el resto del receso, con un tope horario para la entrega, y con inicio por parte de la madre.

Esta decisión motivó la interposición del recurso de casación de la Sra., fundada en que contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que emana de las sentencias 2304/2016, de fecha 26 de mayo de 2016 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en particular en cuanto "recoge que para la adopción del sistema de custodia compartida se exige una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en los litigantes; y, una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de ambos progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad".

Durante la sustanciación del recurso ante el Tribunal Supremo el Juzgado de lo Penal 2 de Cáceres dictó sentencia (03/10/2019) firme, en la que se condena al demandado por un delito de maltrato habitual del art. 173.2.3 del Cód. Penal y vejaciones, a la pena de un año y ocho meses de prisión, multa, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de tres años y prohibición de acercarse a menos de 200 metros de la denunciante, de su domicilio y de su lugar de trabajo y de comunicar con ella por cualquier medio por tiempo de tres años. En ese proceso se tuvo por acreditado: insultos continuos de grueso calibre, haciendo partícipe a la hija, limitando la vinculación de la progenitora con la familia, no permitiendo que tuviera dinero para viajar donde residía su madre, ni que utilizase alguno de los vehículos de los que él es titular, impidiéndole manejar dinero al punto que iba a la tienda del pueblo a pagar las compras que la mujer efectuaba; además, mantenía un control sobre el teléfono de la mujer, la denigraba en presencia de terceros, le decía que le iba a quitar a la niña, pues ella no tenía nada.

Razonando que el art. 92.7 del Cód. Civil español establece que "no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica", la queja es admitida.

Se rememora en el fallo que los distintos compendios jurídicos de las comunidades autónomas disponen de forma simular **(7)**.

(7) Se cita el art. 233.11.3 de la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Cód. Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, establece que "En interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas"; el art. 3.8 de la ley 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra, norma que dispone: "No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres, ni individual ni compartida, cuando se den estos dos requisitos conjuntamente: a) Esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas. b) Se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá la atribución cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados y racionales de violencia doméstica o de género. Las medidas adoptadas en estos dos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme que, en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. La denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de este la guarda y custodia de los hijos". Por su parte, el art. 80.6 del dec. leg. 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, dispone: "No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual, ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de

De la sentencia de la Sala Civil del TS en comentario emana que ese órgano reivindica la medida de la custodia compartida "como mecanismo para mantener vivos los lazos de unión y afectividad inherentes a las relaciones entre los progenitores con sus hijos", a la par que surge que la doctrina legal emanada de su autoridad la hace procedente condicionada al interés y beneficio de las personas menores de edad, y en tanto así lo sea **(8)**. Agregan, entonces, que "es reputada abstractamente beneficiosa, en tanto en cuanto: 1) Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) Se evita el sentimiento de pérdida; 3) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; 4) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores" **(9)**.

En tanto el conflicto que llega para ser resuelto es entre la guarda y cuidado exclusivos dispuesta en primera instancia o compartida, como se reformuló en la apelación, se emiten algunas consideraciones respecto del sistema preferencial, esto es, el compartido.

Y así, señalan: "Con este régimen se pretende acercar al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental, así como participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos" **(10)**.

Conforme a la doctrina legal y según el fallo, son criterios determinantes para su procedencia "la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven" **(11)**.

Señalan también que para la adopción del sistema de custodia compartida "no se exige un acuerdo sin fisuras entre los progenitores, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo de los menores, así como unas habilidades para el diálogo que se deben suponer existentes" **(12)**, sin que quepa exigir que entre los progenitores no existan fisuras o desencuentros, siempre que con ellos no se afecten a los hijos e hijas, y sean de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial **(13)**. Como señala la sentencia 318/2020, de 17 de junio, "la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo

indicios fundados de violencia doméstica o de género". En similar sentido el art. 11.3 de la ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores norma, que dice: "No obstante, con igual carácter general se entenderá que no procede atribuir la guarda y custodia de los hijos e hijas, ni individual, ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos y ellas, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme por un delito de violencia doméstica o de género por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro miembro de la pareja o de los hijos e hijas que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal".

(8) TS, Sala Civil, sents. 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 553/2016, de 20 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 442/2017, de 13 de julio; 630/2018, de 13 de noviembre o 311/2020, de 16 de junio, entre otras.

(9) TS, Sala Civil, sents. 433/2016, de 27 de junio; 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio y 654/2018, de 30 de noviembre, entre otra.

(10) TS, Sala Civil, sents. 386/2014, 2 de julio; 393/2017, de 21 de junio; 311/2020, de 16 de junio y 559/2020, de 26 de octubre, entre otras.

(11) TS, Sala Civil, sentencias 242/2016, 12 de abril; 369/2016, de 3 de junio; 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 116/2017, de 22 de febrero y 311/2020, de 16 de junio; entre otras muchas.

(12) TS, Sala Civil, sentencias 545/2016, de 16 de septiembre; 559/2016, de 21 de septiembre; 23/2017, de 17 de enero, entre otras.

(13) TS, sentencia del 16/10/2014, rec. 683/2013 y sentencias 433/2016, de 27 de junio, y 409/2015, de 17 de julio. En el mismo sentido, la sentencia 242/2018, de 24 de abril, según rememora el fallo.

emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad".

Con ese piso de marcha, concluyen que el caso no constituye un supuesto de meras desavenencias entre los progenitores, ni tampoco se trata de exabruptos aislados sin capacidad de afectación a la hija en común.

Al contrario, hallan probado que en él se está "ante un patrón de conducta prolongado en el tiempo, que constituye una expresión inequívoca de desprecio y dominación del demandado sobre la actora, que trasciende al demérito de la misma delante de la hija común, con palabras directamente dirigidas a la menor sobre la valoración que su padre tiene de su madre, claramente vejatorias y manifiestamente dañinas para el ulterior desarrollo de la personalidad de la pequeña. El padre proyecta sobre la menor su problemática de pareja y un comportamiento constitutivo de violencia doméstica elevado a la condición de delito. Así resulta claramente de la declaración de hechos probados de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, que impone además, al demandado una orden de alejamiento con respecto a la recurrente".

En definitiva, y ante "el mal pronóstico de *coparenting*, es decir, la forma en que los padres deben coordinar el cuidado de los hijos, en un régimen de máxima colaboración como es el propio de la custodia compartida", se juzga improcedente el fijado por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

De ese modo, proceden a asumir la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto, confirma la sentencia dictada por el juzgado, y ordenan ajustar el fallo al pronunciamiento condenatorio de la sentencia penal, en tanto en cuanto establece la pena de alejamiento.

III. Fortalecimiento familiar y guardas para adopción: el difícil sendero de la afectividad

En este apartado, extractaremos los aspectos relevantes considerados en resoluciones dictadas por sendas Audiencias Provinciales (AP); en el primer caso correspondiente a la localidad de Lugo, en el segundo de Cádiz, y en el tercero de Huesca.

Interesan en cuanto a que, en todos los supuestos, cobró relevancia para la decisión el desarrollo de las relaciones familiares de las personas menores de edad con el entorno alternativo a su familia de origen, pese al reconocimiento de modificaciones positivas por parte de los progenitores. Este tipo de resoluciones no son aisladas en la jurisprudencia española. Al contrario, el criterio es preponderantemente confirmatorio de las decisiones administrativas que declaran desamparo, con simultáneo reconocimiento de un derecho de los niños y niñas a disfrutar de la estabilidad afectiva lograda en los grupos familiares alternativos. Como muchas otras, de similar tenor, y como también ocurre en nuestro país, resultan de atender a la realidad vigente al momento de la decisión, desplazando lo especulativo de un futuro incierto respecto de la persona sujeta de protección, y siempre y cuando no se adviertan vulneración a las garantías también protegidas de los y las progenitores.

Es, en definitiva, una muestra del reconocimiento judicial de una de las formas en que se manifiesta la socioafectividad, a partir de los vínculos que se generan sin preexistencia de lazo biológico, pero nacidos y forjados con la convivencia derivada de la intervención del Estado para proteger el derecho a la vida familiar en las mejores condiciones para el desarrollo de niños, niñas y adolescentes.

a) En la apelación de los progenitores respecto de medidas de protección dictadas a requerimiento de la Consellería de Política Social de la Xunta de Galicia, dictando la sent. 25/21 de fecha 25/01/2021. El juzgado de primera instancia, con fecha 27/02/2020, confirmó, en definitiva, la guarda con fines de adopción de fecha 11/05/2018 de dos hijos de los apelantes, E. y M., nacidos en 2017 y 2016, respectivamente. La postura sostenida por la Administración se basaba en el último informe de seguimiento de la guarda con fines de adopción de 17/01/2019.

La AP, al analizar la cuestión, rememora su sentencia de 11/12/2020, en la cual ya se decía "que resultaba incuestionable que el criterio que ha de inspirar la resolución de procedimientos

como el presente es el del *favor filii,* consagrado de modo general en nuestro ordenamiento jurídico, según se sigue de la cita del art. 39 de la Constitución española, y de los arts. 2º y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y por la ley 26/15, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Es sabido que el interés de los menores ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el *bonum filii* ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158, 170, Cód. Civil), y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2, CE), y responde a la nueva configuración de la patria potestad (párrafo segundo del art. 154, Cód. Civil), y consagrado en los textos internacionales".

Por otra parte, y en lo que interesa en esta ocasión, también invoca la STS 582, de 27/10/2014, en cuanto indica que "el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto, sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (STS, sala 1ª, de 13/06/2011 o de 17/02/2012); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido, ni por las normas legales propias, ni por las internacionales, como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco, tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor".

Además, rememoran que la STS 565, de 31/07/2009, sienta como doctrina que "A) Es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del art. 172.6, Cód. Civil, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad. B) Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico".

Es, justamente, en esta porción de la sentencia donde se puede escudriñar la incidencia de la socioafectividad, en tanto se señala que, además, de los progresos de los progenitores, lo que deberá ponderarse es la situación de la persona menor de edad, y en ese contexto, los vínculos forjados con la familia de acogida y la implicancia de un nuevo desarraigo, lo que nos conduce a insistir en la importancia del tiempo que insumen los procesos judiciales y su peso o incidencia —explicitada o silenciada— al momento de adoptar la decisión definitiva.

El niño y la niña contaban con uno y dos años cuando se dicta la resolución recurrida y ambos estaban institucionalizados desde el 27/05/2017, emergiendo de la sentencia que tenían otros tres hermanos menores tutelados por la Xunta, pero que no convivían con ellos. M. era el cuarto hijo de los apelantes y apenas dos meses después de nacer, se emitió un informe para declarar su desamparo fundándose en los antecedentes respecto de los hermanos mayores y que los progenitores no acudieron a la entrevista para la que fueron citados. Alojado el niño en la institución, con régimen comunicacional y plan de fortalecimiento familiar, se aduce que "en algunas ocasiones no devolvían al menor en la fecha programada, y este no venía en condiciones

higiénicas, observándose que el menor estaba bastante nervioso al volver". En junio de 2017 se dispuso administrativamente que las visitas se realizaran en el interior de las instalaciones del Punto de Encuentro Familiar. Con relación a su hermana E., nacida en junio de 2017, consta que a la vista de los antecedentes de sus progenitores al día siguiente de su nacimiento se declara su situación de desamparo y se dispone su tutela urgente e íntegra en la mini residencia.

El fallo informa sobre la tarea llevada a cabo por la Administración y la resistencia de los progenitores **(14)**, por lo que en el mes de febrero de 2018 se dispone un acogimiento familiar alternativo.

La AP confirma la sentencia apelada, recordando que "[e]n la jurisprudencia constitucional son constantes las referencias al superior interés del menor como principio orientador de las medidas de protección frente al interés de los progenitores biológicos, aunque se advierte que este no resulta desdeñable (STC 58/2008, de 28 de abril) e igual sucede en la jurisprudencia del TEDH (entre otras muchas, enumeradas en el ATC 28/2001, de 1 de febrero, caso 'W. W. contra Gran Bretaña de 8/07/1987')". En conclusión, esta Sala insiste en la doctrina de que para disponer el retorno de niños o niñas institucionalizados a la familia biológica "no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales, o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico".

Concluyen afirmando que el trabajo previo de la Administración fue exhaustivo a fin de lograr que los padres biológicos ejercieran sus derechos y obligaciones, pero finalmente tal objetivo no pudo lograrse, como tampoco existió el recurso de la familia extensa, y en el entendimiento de que las acciones desplegadas fueron "equitativas, proporcionadas y congruentes con el interés superior de los hijos" desestiman el recurso y confirman la medida.

b) En similar sentido, la AP de Cádiz, el 18/01/2021 al entender en la apelación formulada por una progenitora contra el Servicio de Protección de Menores de la Junta de Andalucía, a partir de lo resuelto en la sentencia dictada en primera instancia en fecha 18/12/2019.

La progenitora alegaba infracción del art. 39 del CE en relación con art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, sosteniendo que vulneraba el interés superior del niño al confirmarse la resolución administrativa adoptada

(14) "Los trabajos de los servicios sociales siguen la misma dinámica que cuando nació Martin, y además, se incluye una actuación de los padres en la Unidad de Salud Mental del Sergas el 29 de junio de 2017 que no pudo tener lugar porque estos no acudieron, constando que ante esta situación el 30 de junio de 2017 se tiene una reunión de los padres con los técnicos en el que se apercibe de los reiterados incumplimiento de los horarios de visitas, de inasistencia a las visitas programadas de Salud Mental, la falta de colaboración con la UAD, manifestándoles que las visitas a partir de entonces, serían supervisadas en el punto de encuentro, produciéndose una tensa discusión con los padres e incluso Doña M. R. agredió a una técnico. Finalmente, en la reunión de coordinación con los técnicos de la UAD el 4 de septiembre de 2017, consta también informan que no se puede llevar un trabajo efectivo con Federico, porque no colaboraba, faltaba a las citas y mandaba su mujer a recoger la metadona. Las visitas posteriormente a octubre de 2017 ya se realizaron en el punto de encuentro con los menores, siendo Doña M. R. la que cumplía con ellas, no así F., pero sin que mejoraran las intervenciones de los servicios sociales con relación a la situación de los padres por su falta o imposibilidad de colaboración, puesto que tampoco acudían a la Unidad de Salud Mental, figurando en fecha 5 de febrero de 2018 un informe del Equipo Técnico del Menor que presentaban déficits severos en sus competencia parentales, que unidos a su situación personal y socio-económica propiciaban un contexto familiar que no garantizaba el cuidado, seguridad y protección de M. y E., sin que tampoco sus respectivas familias puedan ofrecer condiciones que garanticen su cuidado".

por la Comisión Provincial de Medidas de Protección de fecha 11/07/2018 por la que se acuerda el acogimiento con fines de adopción de su hijo de 2 años. Sostenía la desaparición de las razones que dieron lugar a la declaración de desamparo, la errónea valoración de la prueba producida y la posibilidad actual de ser designada progenitora custodia, pues "es una persona independiente, que tiene estudios y trabaja, unido a que también mantiene a su hermana menor de edad, ocupando una vivienda que se encuentra en condiciones para que el menor viva allí".

La AP recuerda que "El desamparo ha de considerarse, en primer lugar, como una situación fáctica, querida o no, en la que se encuentran los menores y que se caracteriza, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias, y ello determina, por Ministerio de la Ley, la tutela automática de dichos menores por parte de la entidad pública a quien en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores, e implica por ende, la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera corresponder a sus padres naturales o biológicos. Se ha reiterado doctrinal y jurisprudencialmente que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, atendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, empero, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el art. 39.2 de nuestra Constitución. La situación de desamparo, como elemento de hecho, puede ser voluntaria o querida por los progenitores, o involuntaria, en el sentido de que la misma se produzca ante la existencia de una serie de carencias en los padres, que aun teniendo el deseo de proteger y educar a los hijos, no puedan de hecho realizarlo".

De igual forma, planteándose la restitución a la progenitora, los argumentos para la decisión fueron considerados "plenamente ajustados a Derecho, por cuanto no se basan en conjeturas, o raciocinios arbitrarios o ausentes de prueba, sino en el examen de las pruebas dimanantes de organismos y profesionales imparciales, sobre la base de hechos objetivos". Al respecto, señalan que la sentencia que se revisa tuvo en consideración que "el menor en la actualidad se encuentra debidamente integrado en la unidad familiar que lo tiene en acogida, sin que en ningún momento, de la prueba practicada, quepa inferir que el reintegro del menor con la madre biológica sería la medida más beneficiosa para el mismo".

En este fallo se advierte que se declaró la situación de desamparo provisional el 28/11/2017 y fue ratificada el 28/02/2018, habiéndose iniciado las actuaciones administrativas por los Servicios de Protección de Menores en el año 2017, y dando cuenta el trámite del rechazo de la progenitora del plan de recuperabilidad ofrecido por el Servicio, ya que ella considera que con la obtención de trabajo podría superar tal situación y hacerse cargo de su hijo.

En lo que en esta ocasión nos interesa poner de resalto, la sentencia hace pie en que "el menor ha tenido una evolución sumamente positiva con su familia acogedora de urgencia en todas las áreas de desarrollo: salud y desarrollo físico, al superar la plagiocefalia posicional, también se destaca el estímulo de su capacidad psicomotora, pudiendo el menor andar sin necesidad de utilizar apoyos; psicológica, en que revela una trayectoria ascendente habida cuenta de la estimulación recibida de sus acogedores; escolar, tiene positiva relación con sus educadores y grupo de iguales en la Escuela infantil; relaciones sociales y comunicación, interactúa con adultos y va adquiriendo vocabulario; autonomía personal, progresando paulatinamente en sus rutinas y hábitos".

Estimada esa evolución, se afirma que sería contraproducente el reintegro con la progenitora.

c) La sentencia 50/2021 del 17/02/2021 de la AP de Huesca resuelve la apelación de los progenitores interpuesta contra la confirmatoria de la medida adoptada por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS). La sentencia de primera instancia fue dictada en octubre de 2020 confirmando las resoluciones de fecha 02/07 y 13/08 de 2019 por las que se dispuso que una niña, nacida en 2018, cuya declaración de situación legal de desamparo fue dispuesta en 17/12/2018 con carácter cautelar, y solicitando acogimiento familiar urgente o en su defecto de acogimiento residencial en el director/a del

Centro de Protección más adecuado a sus necesidades y características personales. En esa resolución administrativa se determinó que el régimen de visitas con su progenitora se efectuará previa solicitud y autorización y en las condiciones que se establezcan. La Dirección Provincial del IASS ratificó en fecha 02/07/2019 la situación de desamparo a la par que ratificó suspender el régimen de visitas con la familia biológica, y dispuso elevar a la consideración del Consejo Aragonés de la Adopción la propuesta de delegación de guarda con fines de adopción de la niña. En simultáneo, se resolvió hacer cesar el acogimiento familiar temporal para dar lugar al inicio de la delegación de la guarda.

La AP rememora la legislación aplicable a la declaración de la situación legal de desamparo **(15)**, y con cita de la STS 17/03/2016 (ROJ: STS 1281/2016 - ECLI:ES:TS: 2016:1281), que reitera la doctrina declarada por la STS del 31/07/2009 (ROJ: STS 5817/2009 - ECLI:ES:TS:2009:5817), transcribe la jurisprudencia aplicable que sostiene: "esta Sala sienta la doctrina de que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico".

A esos argumentos, agregan los propios sostenidos en sentencia de 07/07/2004: "no puede desconocerse que los menores en situación de desamparo crecen tan rápido como lo hacen todos los niños, no pudiendo permanecer a la espera de que los integrantes de la familia biológica extensa se piensen durante meses si solicitan formalmente el hacerse cargo de ellos".

Y explicitan el factor principal que suele subyacer en estos trámites: "En este proceso, en que debe primar el interés del menor, es determinante el tiempo transcurrido. El retorno a la familia de origen requiere que se haya compro-

(15) Art. 18.2 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el art. 172 del Código Civil y en el art. 118 del Código de Derecho Foral de Aragón, así como en las disposiciones concordantes de la ley 12/2001 de la Infancia y la Adolescencia en Aragón y del dec. 190/2008 por el que se aprueba el Reglamento aragonés de medidas de protección de menores en situación de desamparo, como la situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. 2. Jurisprudencia El art. 59 de la ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, dice: 1. Se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral y material. 2. En particular, se entiende que existe situación de desamparo cuando se da alguna de las siguientes circunstancias: a) Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor. Cuando, debido al incumplimiento de los deberes de protección o por negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de salud o educativas por parte de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, se atenta contra la vida o la integridad física o psíquica del menor. b) Abandono del menor. Cuando faltan las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda y la autoridad familiar o cuando no pueden o no quieren ejercerlas. c) Malos tratos. Cuando el menor es objeto de malos tratos físicos, psíquicos o de abusos sexuales, por parte de familiares o terceros, producidos en el ambiente familiar del menor. d) Explotación de menor. Cuando sea inducido a ejercer mendicidad, delincuencia, prostitución, drogadicción, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación. e) Falta de atención adecuada. Cuando la drogadicción habitual o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de los mismos. f) Cuando, desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por la entidad competente en materia de protección de menores, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo.

bado una evolución positiva, objetivamente suficiente, y que se hayan mantenido los vínculos. Pero sobre todo 'deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma', art. 19 bis de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

En definitiva, aun cuando valoran que "Es cierto que no ha pasado por alto a los servicios sociales el cariño demostrado en las visitas y la habilidad para el manejo de la niña", afirman que la situación personal de ambos progenitores no ha cambiado. Señalan que "Los objetivos propuestos en abril de 2018 en el Plan de Reintegración Familiar por los Servicios de Familia y Menores de Navarra a Marcelina para recuperar a sus tres hijos mayores fracasaron y a finales septiembre de 2018 dejó de estar en vigor por incumplimiento. El 9 de enero de 2019 el Negociado de Gestión de la Guarda de la Subdirección de Familia y Menores propuso al servicio correspondiente el fin del procedimiento mediante la declaración de la situación de desamparo de los menores" y son declarados en situación de desamparo e incluidos en un programa de separación definitiva.

La sentencia hace mérito de que cuando se declaró el desamparo de la niña, la madre había delegado el cuidado del niño en la abuela materna, y que ese desprendimiento no fue momentáneo, mientras daba a luz, sino que se ha prolongado en el tiempo, sumándose lo acaecido con los hijos mayores, lo que a juicio de la AP revela la imposibilidad de asumir el cuidado de la recién nacida. Valiéndose de informes incorporados al proceso, que reiteran las carencias: no existe conciencia de sus dificultades para el cuidado y la crianza de un niño; cronicidad de la problemática familiar; los progenitores han vivenciado situaciones de desprotección grave durante su infancia; condiciones incapacitantes en los padres por dificultades personales y emocionales, sumado a la falta de respuesta ante la intervención externa y falta de colaboración, llevan a la confirmación de la medida.

IV. Mantenimiento de comunicaciones con familia de origen durante la etapa de guarda para adopción

a) La sala Civil del TS, en fecha 15/06/2018 se refirió a este tema, en ocasión del recurso extraordinario por infracción procesal y casación, interpuesto por la Administración contra la sentencia dictada con fecha 21/07/2017 por la Audiencia Provincial de Granada, con motivo del juicio de oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores 1746/2015 del juzgado de primera instancia, que había hecho lugar a la protesta de la abuela biológica sobre el mantenimiento de vínculos con sus nietas.

Por una resolución de fecha 23/09/2015, se establecía el régimen de relaciones personales con carácter supervisado respecto de los tres nietos mayores de la actora, y no se expedía respecto de las dos menores. El juzgado dictó sentencia el 08/06/2016, haciendo lugar a la demanda disponiendo la comunicación, como mínimo en la misma forma y periodicidad prevista para el resto de los nietos. La AP de Granada confirmó el fallo, y la Consejería para la Igualdad Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía recurrió en casación alegando infracción al art. 2º de la LO 1/1996, de Protección Jurídica al Menor y al art. 176 bis, Cód. Civil.

Como hecho relevante, debe mencionarse que mientras los niños mayores se encontraban en acogimiento con familia extensa, las dos más pequeñas estaban en acogimiento preadoptivo, al haberse declarado la inidoneidad de la actora para desempeñar su guarda, y no ser posible el restablecimiento de las relaciones con su familia biológica. Así se había resuelto con fundamento en que era "completamente contraproducente para las citadas menores, dada la fase en la que se encontraba el expediente de protección, que se mantuvieran relaciones con la familia biológica, pues ello, aunque sería beneficioso para la abuela, sería perjudicial para los intereses de las menores, y en concreto para constituir los necesarios vínculos con la nueva familia", indicándose que la propia redacción del art. 176 bis, establecía que, "salvo que conviniera otra cosa al interés del menor, la Entidad Pública procedería a suspender el régimen de visitas con la familia de origen cuando se iniciara el periodo de

convivencia preadoptiva, excepto en los casos previstos en el art. 178.2 del Cód. Civil".

En la resolución judicial originaria se valoró que la abuela y sus nietas habían desarrollado fuertes vínculos y, sobre todo, el hecho de que ningún momento ese contacto había incidido perjudicialmente en el desarrollo y evolución de las niñas. En consecuencia, se afirmó que "la mera iniciación de un procedimiento de acogimiento preadoptivo no es causa suficiente para privar de relaciones y visitas de las menores con familia de origen, en este, caso con la actora, si así lo aconseja el interés de la menor, y ningún perjuicio se causa a las citadas menores, en el proceso en que se encuentran incursas" **(16)**. Puntualmente se reprochó lo inmotivado de la suspensión, que la menor de las niñas había vivido con la abuela hasta que cumplió los dos años y se había informado la adecuada adaptación y seguimiento de pautas por parte de la actora en sus relaciones con las nenas desde que fueron tuteladas por la entidad pública, sumado a la ausencia de prueba alguna que acredite que esta relación abuela-nieta las perjudique o pueda perjudicarlas.

La entidad recurrente alegó ante el TS, en síntesis, que conforme al art. 176 bis del Cód. Civil, de modo general, en situación de convivencia preadoptiva se han de suspender las visitas con los progenitores biológicos y miembros de la familia extensa, con la salvedad excepcional de que se convenga otra cosa en interés del menor, entendiendo el legislador que lo mejor para los menores en situación de guarda con fines de adopción es que se elimine el régimen de visitas.

(16) Allí se apeló al art. 160 del Cód. Civil en cuanto dice que "los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el art. 178.4 del Cód. Civil", y en su apart. 2º, recalca que "No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados, y que en caso de oposición el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias"; añadiendo, que "especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos no faculten la infracción de resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores".

Al adentrarse a tratar los recursos, se advierte que la AP no expone argumentaciones fácticas y jurídicas que fundamenten su decisión, pero señalan que, como "se remite a la extensa motivación de la sentencia de primera instancia, que considera suficiente", no carece de fundamentos.

En cuanto al contenido del art. 176 bis del Cód. Civil **(17)**, que regula la figura de la guarda con fines adoptivos en los casos de desamparo, se afirma produce la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen (arts. 176 bis, 2, Cód. Civil), *salvo excepciones*. Y argumentan que "como no se trata de una adopción definitiva es por lo que las relaciones con la familia de origen no se extinguen, sino que se suspenden, en tanto no se obtenga la resolución judicial constitutiva de aquella".

Enseguida se señala que las excepciones a esa previsión son las siguientes: "(i) que convenga hacer lo contrario atendiendo al interés del menor; (ii) que se dé alguno de los supuestos previstos en el art. 178.4, Cód. Civil que se refiere a la posibilidad de acordar el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el menor, los miembros de la familia de origen que se determine y la familia adoptiva". Entienden que ha sido el interés de las niñas el valorado por la sentencia de la AP, por remisión.

Por otra parte, con cita de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y de la ley 26/2015, de 28 de julio, concretamente invocando el art. 19 bis, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela en estos términos: "para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma (...). En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma", estiman extrapolables dichas consideraciones al régimen de visitas.

(17) Introducido por el art. 2.21 de la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

En concreto, señalan, en cada caso debe revisarse "si favorece el interés de los niños ser visitados por los padres biológicos, en la situación de acogimiento familiar preadoptivo en que se encuentran, o, si por el contrario, podría perjudicarles para su desarrollo físico, intelectivo o de integración en su nuevo medio".

En el caso, en tanto la recurrente no aportó una sola alusión, análisis o valoración del posible perjuicio que el contacto con su abuela pueda causar en las niñas, mientras se llevó adelante el proceso de adaptación e integración en la eventual familia adoptiva, concluyeron que debía confirmarse la decisión originaria.

Del contenido del fallo emerge el criterio del principio de continuidad del mantenimiento de vínculos de origen durante el acogimiento familiar adoptivo (guarda con fines de adopción en nuestro sistema), sujeto obviamente a la posibilidad de su cese cuando contraríe el interés de los niños y niñas amparados, que debe estar suficientemente justificado y fundado.

b) La Audiencia Provincial de Girona, el 11/02/2021, resuelve la apelación del progenitor contra la sentencia del 15/09/2020 que dispuso la adopción del hijo. El padre alegó que uno de los hechos más relevantes y que no fue tenido en cuenta es que la declaración de abandono fue exclusivamente imputable a la madre del niño. Funda su pretensión diciendo que activó mecanismos para prevenir el abandono, que en fecha 16/08/2013 se resolvió la guarda a favor de los abuelos paternos acordando unas visitas y comunicaciones de una semana al mes a favor del padre en el domicilio de estos. El régimen fue supervisado en numerosos informes con resultados positivos, hasta que la abuela informa que el progenitor había dejado de tomar medicación. Alega que atravesó una situación personal convulsa, de la que ya se ha recuperado, dejando atrás el período en el que estaba diagnosticado de drogodependencia y alcoholemia **(18)**.

(18) En virtud del informe de 11/03/2014 por parte de la EAIA de Girona, que sugiere y resuelve el cese de la acogida en familia extensa y mantener la situación de desamparo del niño y la asunción de las funciones tutelares por parte de la Dirección General de Atención a la Infancia y Adolescencia (DGAIA), y proponer como medida idónea el acogimiento preadoptivo.

El derecho español exige que los adoptantes y el adoptado, si ha cumplido doce años, deben dar el consentimiento a la adopción ante la autoridad judicial. También dispone que deben dar el asentimiento a la adopción, si no están imposibilitadas para hacerlo, los progenitores del adoptado, salvo que estén privados legalmente de la potestad o incurran en una causa de privación de esta, o, en el caso de acogimiento preadoptivo, que la resolución que lo acordó haya devenido firme. En otras palabras, deben participar consintiendo la adopción o siendo oídos.

El art. 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "1. Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente y manifestarlo así. El Secretario judicial, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el art. 753. 2. Si no se presentara la demanda en el plazo fijado por el Secretario judicial se dictará decreto dando por finalizado el trámite, decreto que será recurrible directamente en revisión ante el Tribunal. Firme dicha resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior".

La AP, al tratar el recurso, analiza que en fecha 31/07/2020 se escuchó al padre biológico, quien manifestó su oposición a la adopción de su hijo, no obstando a que se proceda a ella porque, en este caso, no se exige su asentimiento, sino que únicamente debe ser oído, de acuerdo con el art. 235-41. 1. b) del Cód. Civil de Catalunya. Tuvo en cuenta que por sentencia del 11/02/2019 el progenitor se opuso a las medidas de protección, lo que fue resuelto confirmando el acogimiento preadoptivo y este decisorio devino firme, al ser confirmado por la Audiencia Provincial de Girona y por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. En ese sendero, señalan que en fecha 06/06/2019, se confirmó el acogimiento preadoptivo, argumentando que un informe de fecha 23/11/2018, acredita: "que el progenitor presenta deficiencias en sus competencias parentales, las cuales comprometen de manera significativa, su capacidad protectora y educativa, y el correcto desenvolvimiento de

su hijo. En este momento su proyecto de recuperabilidad que incluye la figura de los abuelos paternos, no incorpora la necesidad de cambios o mejoras tanto respecto de las propias competencias y habilidades parentales como en el de sus padres. no se observa que no es consciente de sus propis déficits y por tanto el pronóstico devine desfavorable". A esos argumentos, habían sumado los jurídicos "En cuanto a la invocada prioridad de la filiación biológica baste citar la sentencia del TSJC de 25/07/2013 que señala que 'en no pocas ocasiones la efectividad de la asistencia y la protección a los menores que han de prestar los poderes públicos según los tratados internacionales (art. 3.2 de la CNUDN), la CE (art. 39) y la Llei (art. 228-1, 2 CCCat), no es conciliable con la permanencia del menor en su entorno familiar, sea porque el riesgo provenga precisamente de las circunstancias familiares, sea porque la familia se revele absolutamente incapaz para protegerlo; en este caso se justifica la extracción del entorno mencionado, en virtud de la considerada como norma básica de conflicto en materia de derecho del menor: el interés del menor que es el principio prevalente sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir'".

En lo que es materia de análisis hacen referencia a los vínculos generados a partir de las medidas adoptadas: "El menor ha perdido todo contacto con padres biológicos, encontrándose bajo la guarda de la familia acogedora, estando plenamente integrado en la misma, la cual le presta adecuadamente todo lo que necesita para un correcto desarrollo de su personalidad. Por lo que, aunque el padre biológico haya podido normalizar su vida, lo cual, ni siquiera acredita, es claro que el interés del menor aconseja mantener la situación actual y que permanezca con la familia que lo acogió y que le está prestando la atención adecuada, debiendo formalizarse tal situación mediante la institución de la adopción, sería totalmente perjudicial para el niño que retorne a su familia tras una estancia prolongada en el tiempo con una familia que le presta todo lo que necesita, para un correcto desarrollo de su personalidad".

En definitiva, concluyen que no es posible admitir en ese procedimiento de jurisdicción voluntaria que tiene por objeto primordial valorar si la medida pretendida tiene en cuenta y respeta el interés del adoptado (art. 235-39, CCCat) y se han cumplido los presupuestos del consentimiento de los adoptantes (art. 235-40) y el asentimiento o audiencia de los progenitores biológicos (art. 235-41.1 y 2, CCCat), valorando estos en orden a la aceptación de la medida solicitada, admitir los argumentos del progenitor. En ese esquema, juzgan que "[c]onsta el consentimiento de los adoptantes y la buena evolución y adaptación del menor al nuevo entorno familiar que es capaz de proporcionarle las atenciones afectivas y materiales necesarias para su correcto desarrollo físico, síquico y social (art. 3.1 de las Observaciones Generales 14 del Comité de los Derechos del Niño y art. 2º LO Protección del Menor 1996). Procediendo en consecuencia desestimar el recurso y confirmar la resolución recurrida que no cabe duda beneficia al menor".

V. La socioafectividad en la seguridad social: convivencias de pareja

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en fecha 07/04/2021 se expide respecto del recurso contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, interpuesto por la ex conviviente de un pensionado, solicitando la revocación de la resolución recurrida y el reconocimiento de su derecho al cobro de una pensión de viudedad en cuantía mensual equivalente al 56% de la base reguladora de 677,26. Para así proceder, invocó contradicción del fallo con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Bilbao, de 8 de marzo de 2016 (rec. 311/2016).

Los antecedentes del caso se condensan en lo siguiente: La actora solicita pensión de supervivencia luego del fallecimiento, el 20/09/2018, de su pareja de hecho, de estado civil viudo y pensionista de jubilación. Ambos habían inscrito la unión el 05/08/2014 en el Registro de Uniones de hecho de la Comunidad de Madrid y estaban empadronados en el mismo domicilio. La mujer prestó servicios para el causante de la pensión como empleada de hogar desde el 17/12/2012 hasta el 11/08/2014. Por resolución del INSS de 6 de noviembre de 2018 le fue denegada a la actora la pensión solicitada por "No mantener convivencia ininterrumpida de al menos 5 años inmediatamente anteriores al fallecimien-

to como pareja de hecho registrada con el fallecido".

El juez de primera instancia admite la demanda y declara el derecho de la mujer a percibir pensión de viudedad. Esta decisión es revocada al tener por acreditado que hay un primer período en el que la demandante con el causante mantiene una simple relación de convivencia que comienza el 27/05/2001 y llegaría (sin relación laboral acreditada) hasta el 17/12/2012; un segundo período que se solapa con el anterior, en lo que a la convivencia se refiere, en el que la demandante dada de alta en la Seguridad Social como cuidadora del causante, esto es, como trabajadora por cuenta ajena, va desde el 17/12/2012 hasta el 11/08/2014. Finalmente hay un tercer período en el que sigue habiendo convivencia en el domicilio entre la beneficiaria y el causante, pero cambia a juicio de la Sala, la naturaleza de la relación, como consecuencia de la publicidad que supone la inscripción como pareja de hecho el 05/08/2014 en el Registro de Uniones de hecho de la Comunidad de Madrid. De allí que se afirma que no fue, sino hasta esa fecha, cuando la pareja de hecho fue constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal, porque hasta entonces, la demandante estaba dada de alta como trabajadora, incumpliendo así el requisito de una convivencia estable y notoria de carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a 5 años, porque el causante fallece el 20/09/2018 y la convivencia estable e ininterrumpida análoga a la conyugal comienza el 05/08/2014.

La sentencia de confronte, del País Vasco, había considerado: la convivencia como pareja sentimental en el domicilio propiedad del causante desde 2005; que contrajeron matrimonio en agosto de 2014; que el cónyuge falleció en octubre de 2014, reconociendo la pensión por haberse demostrado por prueba de testigos que se reúnen los requisitos exigidos en el art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social (1994).

La demandante no cumplió con el requisito exigido en el art. 221 de la Ley General de la Seguridad Social de constituir con el causante de la pensión de viudedad, que reclama, una pareja de hecho con análoga relación de afectividad a la conyugal, con una convivencia estable y notoria de carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a 5 años, porque se acreditó únicamente que la convivencia afectiva comenzó en agosto de 2014 (fecha de la inscripción) y el causante falleció en 2018; por el contrario, en la sentencia citada de contraste, quedó demostrado mediante prueba de testigos, la reunión de los requisitos.

En otro fallo, esta vez dictado en fecha 07/04/2021 que llegó a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ante el recurso de casación interpuesto por el Estado por haberse hecho lugar a la demanda de la pareja de hecho del causante, fundada en la relación durante más de 30 años de la que nacieron en 1986, 1987 y 1989 tres hijos en común, y con documentación aportada que acreditaba que desde el año 1996, la actora y el causante han convivido en domicilio en común, de forma análoga a la relación conyugal, el criterio también es de mayor amplitud.

Se había acreditado que adquirieron una vivienda en 2004, que ha constituido la vivienda familiar acompañándose certificado de empadronamiento, dando cuenta de una convivencia durante más de 5 años, de manera ininterrumpida y estable hasta la fecha del fallecimiento del causante.

El art. 38 de la Ley Clases Pasivas exige el requisito de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho, lo que no estaba cumplido.

Luego de adjetivar el caso como singular, y hacer referencia a una sentencia del TS del 31/09/2017, que brinda las pautas para establecer una excepción a la regla general expuesta se afirma que "existe una acreditación palpable de que ha existido una convivencia entre la recurrente y el causante durante 30 años, por lo que nos encontramos ante ese concepto de pareja de hecho que da el art. 38: la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante

y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años".

El Estado, en su recurso, había planteado que por sentencia de 28/05/2020, el TS había subrayado que el requisito formal de la existencia de pareja de hecho a los efectos del art. 38.4 del TRLCPE solo puede acreditarse mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante, y que esos medios no podían sustituirse.

La controversia giró en torno al párrafo que se ocupa de establecer la forma de acreditar la convivencia estable y notoria anterior al fallecimiento del causante. Con cita del art. 174.3 del real dec. leg. 1/1994 se señala que son dos los requisitos impuestos por ese precepto (el citado art. 38): "uno material, la convivencia estable durante los cinco años previos al fallecimiento del causante, la cual se puede acreditar por cualquier medio de prueba válido en Derecho; y otro formal, la existencia de la pareja y esta solamente se puede probar del modo establecido: su inscripción en registro específico o su formalización en documento público y en uno y otro caso, dos años, por lo menos, antes del fallecimiento del causante" **(19)**. Con base en esos argumentos, se establece como admisible a esos fines, el certificado de empadronamiento o cualquier otro medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca, fijándolo como doctrina legal.

VI. Los vínculos extensos: lazos con lxs abuelxs

La Audiencia Provincial de Barcelona, por sentencia 116/2021 del 22/02/2021 resuelve el recurso interpuesto por la progenitora contra la sentencia de fecha 21/10/2019 interpuesta respecto de la posición sostenida por la Direcció General d'Atenciò a la Infacia i l'Adolescencia (DGAIA). La recurrente resultó vencida en su solicitud de revocación de la resolución de 28/12/2018, por la que se dispuso el acogimiento provisional de su hija con sus abuelos paternos por haberse determinado administrativamente que se hallaba en situación de desamparo preventivo y acogimiento provisional en familia extensa.

La resolución objetada hacía referencia a indicadores de desamparo apreciados por el equipo técnico (ejercicio inadecuado de las funciones de guarda que se concretaban en incapacidad de preservar a la niña de los conflictos existentes entre sus progenitores, presunta existencia de incidentes con violencia física y verbal por parte del padre hacia la madre, el cambio provisional de guardador de un hijo anterior de la madre por resolución judicial). Con tales antecedentes, se dispuso que la niña debería quedarse en el domicilio de los abuelos paternos, con visitas para los progenitores de una hora/semana y supervisada. La madre presenta demanda de oposición solicitando que se modificara dicha resolución por considerar más idóneos para asumir el cuidado de su hija sus propios padres, quienes además, tenían atribuida la guarda de su otro hijo de dos años, por resolución de fecha 21/11/2018, del Juzgado de Violencia contra la Mujer. Agregaba en su postulación que "para fomentar la vinculación con ambas familias, sería mejor que la menor permaneciera de lunes a viernes con los abuelos maternos y los sábados y domingos con los paternos", todo lo cual fue desestimado por la sentencia recurrida.

Al momento de resolver el recurso, es valorado el informe de la EAIA de 28/12/2018 en estos términos: "[R]efiere un alto grado de confusión en el relato de los progenitores y de sus respectivas familias extensas en cuanto a la realidad de los hechos, dando todos ellos versiones diferentes. Los abuelos maternos acusaban al padre de maltratador y los paternos aseguraban que su hijo se encontraba amenazado por la madre de la menor. También la progenitora manifestó que sus padres habían presentado denuncias falsas contra su pareja porque pretendían llevarse la custodia de su hijo. En el informe se destacaron diversos elementos de grave riesgo que se detectaron el núcleo familiar, como la or-

(19) Siguiendo con la importancia que se confiere a los precedentes se dice en el fallo: "Esta Sala ha observado en la interpretación del párrafo cuarto del art. 38.4 del real decreto legislativo 670/1987 el mismo criterio seguido por la Sala Cuarta en la interpretación del art. 174.3 del real decreto legislativo 1/1994 respecto de la acreditación de la convivencia estable. En ese sentido se pronunció nuestra sentencia 1668/2019, de 3 de diciembre (recurso de casación 5178/2017)".

ganización caótica de la familia en cuanto a las diferentes versiones, denuncias y amenazas, relación enfermiza entre la progenitora y los abuelos maternos, falta de habilidades relacionales entre los progenitores y sus familias de origen, relación conflictiva entre todos ellos, diversos antecedentes policiales de la madre por delitos de robo y agresiones, información facilitada por la abuela materna en cuanto a la desatención de aquella con sus hijos y discusiones continuadas en el domicilio en presencia de los niños".

Para resolver, la AP se hace eco de los informes que dan cuenta de la profunda conflictiva familiar, la sugerencia de tratamientos terapéuticos, y el intento de vías de solución apelando a la mediación, iniciada en mayo de 2019 y que ha dado un resultado positivo. Además, se valora que "la abuela acogedora ha ejercido de manera adecuada sus funciones, estableciendo un contexto donde el buen clima, la dinámica y la red familiar han favorecido el desarrollo integral de A. La familia muestra una adecuada actitud de colaboración con los profesionales de los diferentes servicios del territorio y complementa adecuadamente con las indicaciones que se les sugiere, con lo cual, a falta de prueba que acredite que el acogimiento sea perjudicial para la menor y atendido su interés superior, máxime cuando en este procedimiento solo se puede impugnar la medida, no la familia concreta de acogimiento, es por lo que de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el presente recurso".

En sentido similar, con fecha 10/06/2020, se estima parcialmente la impugnación de la resolución dictada en fecha 09/10/2017 por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales, Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, en virtud de lo resuelto en fecha 19/05/2019 por la Audiencia Provincial de León, y en consecuencia, deben mantenerse las visitas de dos niñas con su abuela, consistentes en una hora cada quince días, realizándose dichas visitas de manera tutelada. Al igual que las dispuestas con la madre, pero en este caso solo respecto de una sola de las niñas, a realizar también de manera tutelada. Los encuentros se diagramaron en fechas distintas, supeditando la incorporación de la otra hija para cuando los técnicos consideren que ella esté preparada y siempre que ella desee retomar el contacto con la madre.

El organismo administrativo había recurrido el fallo, requiriendo revocación en el sentido de que se dejen también suspendidas las visitas de las dos niñas con su abuela, mientras que progenitora y abuela lo impugnan solicitando se restituya la guarda y custodia para la madre, supervisada trimestralmente con informes médicos, educativos, incluso del equipo psicosocial si así se considera oportuno, pero sin supervisión personal en los encuentros directos entre las personas implicadas. De forma subsidiaria proponen: permanencia con la progenitora fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes que serán entregadas en el centro. Todas las vacaciones escolares. Compartir madre e hijas todos los días desde la salida del colegio con reintegro en el centro donde residen, admitiendo supervisión directa de terceras personas por un plazo de tres meses, en que se restituirá la guarda y custodia a la madre. Piden que se considere a cada niña en su individualidad.

Las resoluciones administrativas que se impugnan, y la judicial que las confirma, son revisadas por la Audiencia contando con la exploración de las niñas practicada en la instancia. Es valorado que las medidas dispuestas tuvieron su soporte en "la adicción de la madre al alcohol, que la llevó a perder el control de su vida, y a desentenderse del cuidado de las menores". Se analiza que inicialmente se formalizó un acogimiento familiar con la abuela materna, terminando en septiembre de 2017, momento en que la Junta de Castilla y León asume la tutela de las niñas. La progenitora había ingresado a un centro especializado con la finalidad de rehabilitación, desde el que pasó a un piso terapéutico, consiguiendo una abstinencia prolongada y rehabilitación. Desde hace dos años, mantiene un seguimiento psiquiátrico a través de dos consultas anuales en un Centro de Salud Mental de León. Se dice, entonces, que "parece recuperada de sus problemas de adicción, que tiene una vivienda adecuada y una situación personal más estable, que cuenta con un trabajo al que podrá incorporarse una vez que obtenga el alta médica, no se puede obviar, que a las menores que actualmente tienen 15 años, las vivencias familiares vividas y sufridas las ha marcado pro-

fundamente, especialmente a Z. Actualmente ambas residen en un centro-hogar de acogida, tienen sus vidas estabilizadas y se encuentran perfectamente integradas en el centro escolar al que acuden y en la dinámica del centro de acogida, pero según el informe psicosocial ambas evidencian una falta de ajuste emocional con riesgos de inseguridad y preocupación y con estado de ansiedad muy elevado especialmente evidente en Z., que además, refleja sintomatología disfórica. R. que en principio mostraría una apariencia más adaptada a través de normalizar su discurso, en la evolución psicotécnica refleja una realidad diferente, mostrando una desadaptación personal muy elevada y sintomatología ansiógena, similar a la de su hermana. El estado psicológico actual de las menores se concluye en el informe psicosocial puede considerarse compatible con su trayectoria experiencial, que en la actualidad necesita de un apoyo terapéutico determinado, ajustándose a las necesidades individuales y a la evolución de cada menor. En la exploración de las menores, se observa, una actitud completamente diferente entre ambas hermanas, mientras Z., se encuentra totalmente cerrada a mantener cualquier relación con su madre, R. por el contrario manifiesta el deseo de poder estar con ella más tiempo, y sin la presencia de los técnicos".

En la sentencia se hace mérito que, ni la madre, ni la abuela, "dan muestras de ser plenamente conscientes, de hasta qué punto la vivencias de las menores en el hogar familiar, han marcado y dañado el estado emocional y psíquico de las mismas, por lo que la vuelta a dicho entorno, cuando las menores se encuentran plenamente integradas en el hogar que comparten con otros jóvenes, en el colegio, con la familia de acogida, y demás miembros de su entorno social, que por las circunstancias concurrentes su propia familia por el momento no puede proporcionarles, no parece que sea lo más conveniente". Esta apreciación, en definitiva, está marcando la realidad socioafectiva en que estas dos personas menores de edad se desplazan, y el fallo lo atiende.

Establecido lo anterior, se sostiene que la situación de cada una de las hijas es distinta, una "se siente totalmente amparada por el entorno que la acoge, y no quiere salir de ese ámbito de protección, y sigue manteniéndose reacia a comunicarse con su madre, se encuentra en tratamiento psiquiátrico y psicológico, con apoyo farmacológico antidepresivo. En estas circunstancias, siendo el fin al que debe atenderse de forma preferente, el interés de la menor, no ofrece duda de que dicho interés pasa por no obligarla a mantener un régimen de comunicaciones y visitas con su madre, que no desea, pues lo único que se iba a conseguir es más ansiedad, desasosiego para ella, y desestabilización en su afectada trayectoria de vida, lo que sin duda afectaría aún más, a su ya dañado estado psíquico y emocional".

Por el contrario, la otra hija, "que ya está cumpliendo un régimen de visitas con su madre, aunque limitado a una hora cada quince días en APROME, manifiesta su deseo de ampliar la relaciones con su madre, de poder estar más tiempo con ella, y sin la presencia de los técnicos, por lo que teniendo en cuenta su edad, 15 años, que cuando cumpla la mayoría de edad va a poder si lo desea volver con su madre, se estima conveniente, sin obviar que su estado emocional, precisa de toda la ayuda que en los distintos aspectos de su vida se le presta a través de la asunción de la guarda y tutela por la Junta de Castilla y León, fijar un régimen de visitas más amplio a favor de la madre biológica".

Por todo ello, disponen revocar parcialmente lo resuelto, acordando con relación a una de las hijas un régimen comunicacional de fines de semana alternos con pernocte, la mitad de las vacaciones de Navidad, las de Semana Santa enteras, y 15 días continuados en verano, que podrá elegir la madre, comunicándolo con mes de antelación al Centro, respetando en lo restante la voluntad de la otra hija, y dejándolo firme respecto de la abuela.

Jurisprudencia francesa

Alicia A. Carnaval

Sumario: I. Nacer en pandemia.— II. La preponderancia de la unidad de la hermandad.— III. Prácticas funerarias y crisis sanitaria.

I. Nacer en pandemia (1)

Entre las variadas cuestiones que plantea el estado de urgencia sanitaria declarado para luchar contra la pandemia mundial de COVID-19, tanto en Francia como en otros países, se destaca la que se refiere a las medidas previstas para los casos de nacimientos producidos en este periodo. El caso se plantea en Marsella, cuando el padre y la madre de una niñita nacida el 7/10/2020, habiendo sido testeados positivos al COVID-19 dos días antes de dicho nacimiento y por aplicación de las disposiciones sanitarias vigentes, debieron respetar un periodo de aislamiento de siete días.

De ese modo, la madre alumbró a su hija en una sala, aislada del resto del servicio y sin poder recibir la visita del progenitor.

Este, luego de un test negativo, recién el 13 de octubre terminó el aislamiento preventivo obligatorio. Por lo tanto, el 13 de octubre, el padre se presentó para declarar el nacimiento de la niña, habiéndose vencido el plazo previsto por el art. 55 del Código Civil francés para dicho acto. Dicho plazo es de 5 días, sin contar el día del parto, es decir, que hubiera debido hacerse el 12 de octubre a más tardar, fecha en la que el padre todavía estaba aislado.

Si bien el propio art. 55 prevé casos en el que el plazo puede prorrogarse, en ninguno de ellos encuadra este supuesto, destacando la inflexibilidad de la norma, que no se adaptó en función de la situación de estado de urgencia sanitaria reinante.

La norma es rigurosa y, en la especie, solo un juez puede autorizar al oficial del estado civil la inscripción del nacimiento, afectando a los padres que se encuentran en situaciones similares con esta solución estricta.

Se destaca que mientras la decisión judicial no se dicte, el niño está privado de su estado civil y carece de partida de nacimiento, con el consiguiente perjuicio, a título de ejemplo, no podrá inscribirse en la lista de espera de una guardería, ni ser declararlo en la caja de asignaciones familiares, etcétera.

En el último siglo, el rechazo del Registro Civil a inscribir a cinco niños, con nombres de origen bretón, condujo a una familia a una situación similar. En dicho supuesto, la decisión del tribunal de apelaciones **(2)**, favorable a los progenitores, fue casada por el Tribunal de Casación **(3)**.

Afortunadamente, una instrucción ministerial **(4)** hizo más flexibles los criterios de elección del nombre de los niños recién nacidos.

A falta de flexibilidad en la aplicación del derecho, una norma demasiado rígida termina siempre por abandonarse, ya que, citando al gran civilista Jean Carbonnier **(5)**, uno de los fundadores de la sociología jurídica francesa contemporánea, "[e]l derecho es demasiado humano para pretender en el absoluto que se aplique en línea recta. Para quererlo mucho, hay que comenzar por ponerlo al descubierto".

Esta afirmación, hecha en el prefacio de la primera edición de su famoso libro, sirve de hilo conductor para los operadores del derecho. Ese absoluto, en efecto no existe, lo sabemos, ya que los caminos del derecho son sinuosos, capri-

(1) *Droit de la famille. Couple-enfant-patrimoine*, Les revues LexisNexis, dic. 2020, nro. 12.

(2) Trib. Apels. Rennes, 09/01/1962. II 12501.

(3) Trib. Cas., sala II, 12/11/1964: *Bull. civ. II*, nro. 713.

(4) Instrucción ministerial, 12/04/1955, relativa a los principios generales sobre la elección del nombre, BO del 3/05/1966.

(5) CARBONNIER, J., "Flexible droit", LGDJ, Paris, 1969.

chosos, inciertos y es necesario volver el derecho menos formal y más humano.

Rigor, rigidez. Rígido como la justicia. Su frase podría ser entendida como un desquite, una revancha respecto de la idea de una justicia rígida, arrogante y segura de sí misma.

La flexibilidad significaba para el jurista nombrado una forma de apertura; es un término que significa una variedad y concibe el derecho tal como es, y tal como debiera ser, y no puede verlo sino como variado, fluctuante y relativo al tiempo y al espacio.

Y esta cita avala un pensamiento contrario al dogmatismo y a la permanencia de las normas jurídicas, ya que la continuidad es uno de los postulados del derecho dogmático, tal como surge del caso citado en párrafos anteriores.

Hablar de derecho flexible reenvía a desechar la idea de un derecho eterno y a considerar las normas de derechos como coyunturales.

Exactamente eso le faltó en las autoridades francesas frente a una situación extrema de pandemia, donde se estancaron en normas que no se adecuaron a la coyuntura sanitaria, dejando a los niños que nacieron en dicho periodo en estado irregular, ya que era imposible cumplir con los plazos fijados para su inscripción en los Registros respectivos, cuando se daban los supuestos del caso en comentario, con las funestas consecuencias para ellos y sus familias.

En concordancia con las enseñanzas de Carbonnier, es necesario admitir el error de aplicar el derecho como si fuera inmutable, y atender las relaciones humanas que, bajo el ángulo del conflicto judicial, preexisten.

II. La preponderancia de la unidad de la hermandad (6) (7)

En la especie, se pronunció el divorcio de los cónyuges por culpa exclusiva del exmarido, habiendo dos hijos comunes del matrimonio.

Se recuerda que en Francia continúa existiendo el divorcio causado y la atribución de culpa. Las modalidades exactas de la sentencia de primera instancia no se conocen. Pero sí que el exmarido, interpuso recurso de apelación ante el Tribunal de apelaciones de Versalles contra la sentencia de primera instancia, en la que se habían establecido las consecuencias del divorcio, previendo especialmente el pago de una prestación compensatoria de alrededor de 40.000 euros y de una pensión alimentaria de 300 euros a favor de la cónyuge, así como las modalidades de residencia de los niños y del cuidado personal.

De ese modo, se fijó, alternativamente, el domicilio de ambos progenitores como residencia a fin de permitir a cada uno de ellos que pasen un tiempo con ambos niños.

El exmarido se alzó contra dicho pronunciamiento e interpuso recurso ante la Corte de Casación impugnando el monto de la prestación compensatoria y el pago de la pensión alimentaria. Asimismo, consideró que las modalidades previstas en cuanto a la residencia de los niños iban a provocar una separación de los hermanos en el momento de ciertas vacaciones escolares.

En efecto, los niños están escolarizados en establecimientos dependientes de zonas distintas y por lo tanto las fechas de esas vacaciones no coinciden.

En el momento de las vacaciones de invierno y de primavera, solo tienen una semana de vacaciones en común. De ese modo, el hecho de mantener la residencia alternada tal como definió el juez de apelación conlleva la separación de la hermandad en el periodo de ambas vacaciones.

En esa inteligencia, el hecho de mantener la residencia alternada del modo que la definió el juez de Cámara, conduce a la separación de los hermanos en dichos periodos de vacaciones.

Si bien "el niño no debe ser separado de sus hermanos y hermanas", tal separación puede encararse si la unidad de la hermandad es imposible de mantener o cuando el interés del niño lo exija **(8)**.

(6) Hermandad: conjunto familiar de todos los descendientes de la misma generación pertenecientes a una misma familia (ej. hermanos, hermanas, primos hermanos)

(7) *Droit de la famille. Couple-enfant-patrimoine*, Les revues LexisNexis, ene. 2021, nro. 1.

(8) Cód. Civil, art. 371-5.

En la especie, opina Vincent Egéa **(9)**, nada indica que el interés de los niños requiera separarlos. El tema reposa en la imposibilidad de mantener la unidad de la hermandad. La escolarización de los niños, en establecimientos que dependen de zonas diferentes, ¿es realmente un impedimento a que se mantenga la unidad de la hermandad en los supuestos de determinadas vacaciones escolares?

Los jueces de Cámara no respondieron a este interrogante, incluso cuando el padre había propuesto recibir en su casa a ambos niños en la semana de vacaciones en común, con el objeto de reunir a estos y mantener la comunicación con ambos.

Ahora bien, el divorcio de una pareja acarrea diversas consecuencias, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales que inciden en los exesposos y en sus hijos. En esta situación, la cuestión de los niños es central, ya que es necesario determinar su nuevo domicilio. En principio, la separación de los padres no tiene incidencia en el ejercicio de la autoridad parental, ya que cada uno de ellos debe mantener relaciones personales con los hijos respetando los vínculos que ellos tienen con el otro progenitor **(10)**.

El mantenimiento del ejercicio en común de la autoridad parental necesita que a su vez se determine la residencia de los niños. Y en ese sentido, ella podrá fijarse en el domicilio de uno de los progenitores o en alternancia en el domicilio de uno y otro **(11)**. Esa opción podrá ser hecha por los progenitores o, en caso desacuerdo, por el Juez de asuntos familiares. En ambos casos, la elección se hará "velando especialmente por la salvaguarda de los intereses de los hijos menores de edad" **(12)**.

La cuestión radica en determinar cuál es el interés de los niños una vez planteado el divorcio de sus padres.

La Corte de casación descarta los motivos argüidos por el apelante relativos al monto de la prestación compensatoria y al pago de la pensión alimentaria y, en cuanto a la modalidad de residencia establecida, no se expide expresamente acerca de que dicha solución atente contra los intereses de los niños.

En efecto, el progenitor se agravia y considera que el tribunal de apelaciones violó los arts. 286, 373-2-5 y 373-2-11 del Cód. Civil. Se destaca que luego de la sentencia de primera instancia, este había apelado ante la Cámara de apelaciones solicitando que se fijaran los periodos de vacaciones escolares en forma sucesiva en lo de uno y otro progenitor, por mitades para cada periodo de cada niño, con excepción de las semanas de vacaciones en las que ambos, escolarizados en zonas diferentes, tengan en común, de manera de pasar juntos sus vacaciones en la casa de su padre.

La Cámara constató que los niños estaban escolarizados en establecimientos dependientes de zonas diferentes y que se deducía que para las vacaciones de invierno y primavera solo tenían una semana en común sobre las dos semanas de vacaciones; sin embargo, decidió mantener la residencia alternada de los niños para todos los periodos de vacaciones, sin tener en cuenta las consecuencias legales de sus constataciones, en violación de los artículos del Código Civil enumerados más arriba.

La Corte considera que al fallar de ese modo, y teniendo en cuenta las fechas de las vacaciones escolares respecto de cada zona escolar, se priva a los niños de toda posibilidad de estar reunidos en lo de uno u otro de sus progenitores, en el curso de las vacaciones de invierno y primavera.

Por lo tanto, casa y anula el fallo de segunda instancia del Tribunal de Versalles, pero solamente en lo que se refiere a que los niños residirán, cuando se trata de las vacaciones de invierno y de primavera, salvo mejor acuerdo de los padres, en lo del padre la primera mitad de los años pares y la segunda mitad de los años impares y en lo de la madre la segunda mitad de los años pares y la primera mitad de los años impares.

(9) Profesor en la Universidad de Aix-Marseille, director del Laboratorio de Derecho Privado y Ciencias Criminales.

(10) Cód. Civil, art. 373-2, párrs. 1º y 2º.

(11) Cód. Civil, art. 373, párrs. 2-9.

(12) Cód. Civil, art. 373-2-6.

Vale decir que el interés de los niños no se protege cuando las modalidades de la residencia alternada impiden a los hermanos estar reunidos en los momentos de ciertas vacaciones escolares.

Es función del juez, al organizar las modalidades de residencia alternada, cuidar y proteger la unidad de la hermandad.

III. Prácticas funerarias y crisis sanitaria (13)

La crisis sanitaria del COVID-19 produce efectos sobre una diversidad de dimensiones sociales. Una de ellas, particularmente simbólica, es la gestión de la muerte y del duelo.

Las medidas excepcionales puestas en práctica en materia funeraria a partir del primer confinamiento son múltiples en Francia: prohibición de cuidados de conservación y de *toilettes* mortuorias, plazo de inhumación extendido, limitación de las ceremonias fúnebres, etcétera.

Todos esos elementos tienen un impacto mayor en las prácticas fúnebres y en la manera de transitar el duelo, produciendo repercusiones humanas, sociales y psicológicas particularmente fuertes para los allegados y las familias de las personas fallecidas.

Analizados por algunos como una ruptura antropológica, estos cambios acentuaron la forma de negar la muerte que nuestras sociedades ya conocen.

Si las consideraciones sanitarias explican las modificaciones decididas a propósito de las prácticas funerarias en situación de pandemia, los deudos del fallecido se encuentran desposeídos de su duelo al no poder rendir homenaje a la persona que ha partido ni encontrarse a su lado a través de ritos que los ayudan a superar esa pérdida.

Todas estas consideraciones justificaron que sea necesaria una reflexión jurídica y ética sobre la muerte en periodo de pandemia, ocasión que tuvo lugar por el fallo del Consejo de Estado dictado en diciembre de 2020 **(14)**.

Esta jurisdicción anuló ciertas medidas excepcionales citadas, especialmente la prohibición de las *toilettes* funerarias. Se aclara que el recurso interpuesto abarcó un gran número de temas varios, tales como las modalidades del confinamiento, el cierre de ciertos establecimientos, etcétera.

En lo que nos concierne, el recurso pidió la anulación por exceso de poder del art. 1º del dec. 2020-384 del 1 de abril de 2020 **(15)** que especialmente ordena la colocación inmediata del cadáver en el féretro, prohíbe la *toilette* mortuoria para las personas que mueren de COVID-19, o quizá han muerto a raíz de dicho virus, y los cuidados de conservación para cualquier persona fallecida.

Estas medidas han sido mal vistas por cierto número de profesionales de la salud y del ámbito funerario **(16)**.

Asimismo, y más precisamente, han sido mal recibidas por los deudos de los difuntos, aduciendo que se les ha "impedido", incluso, "confiscado" el duelo **(17)**.

Toda esta situación impulsó al Comité Consultivo Nacional de Ética (CCNE) a pronunciarse acerca del tema, luego de la entrada en vigencia de dichas normas, a fin de recordar la importancia de los rituales fúnebres **(18)**.

Teniendo en cuenta todos estos pormenores, resulta particularmente interesante analizar la posición del Consejo de Estado, afirma Guillaume Rousset **(19)**.

(13) *Droit de la famille. Couple-enfant-patrimoine,* Les revues LexisNexis, abril 2021, nro. 4.

(14) CE, 22/12/2020, nro. 439804, JurisData 2020-020972; JCPA 2021, 2055. M. Touzeil-Divina.

(15) BO del 02/04/2020, texto 9.

(16) OPECST, "Crie du funéraire en situation de COVID-19: mort collective et rituels funéraires bouleversés", 02/07/2020.

(17) *Ibid.*, p. 14

(18) Posición del Comité Consultivo Nacional de Ética del 17/04/2020 sobre el dec. 2020-384 del 01/04/2020.

(19) Universidad Jean Moulin Lyon 3. HDR.

II.1. Medidas funerarias contrarias al derecho al respecto de la vida privada y familiar

Los autores del recurso centran sus argumentos contrarios a la colocación inmediata del difunto en su ataúd, debido a que ello impide a los familiares ver el cuerpo de este, así como a la prohibición de la *toilette* fúnebre y cuidados de conservación.

Formulan en ese sentido propuestas que concilien las exigencias sanitarias y el respeto del duelo de cada uno, sugiriendo por ejemplo, la "implementación en cada hospital o clínica de una teleceremonia fúnebre para los deudos de un paciente muerto por coronavirus".

En respuesta, el Consejo de Estado toma en cuenta de modo central la opinión dada por el Alto Consejo de Salud Pública (HCSP) el 24 de marzo de 2020 **(20)**, aunque indica que el gobierno no está obligado a seguir esta opinión.

El razonamiento del HCSP citado es el siguiente: si los desafíos sanitarios en materia funeraria son particularmente graves, es necesario tomar en cuenta la diversidad de prácticas culturales y sociales respecto del cuerpo-muerte.

Ello implica dos elementos esenciales, entre otros: la *toilette* mortuoria puede tomar una dimensión ritual y debe ser realizada por los próximos a la persona fallecida, y poder ver a la persona fallecida antes del cierre definitivo del ataúd puede ser una necesidad fundamental para muchos de los familiares.

Con esta base, el HCSP formuló diversas recomendaciones.

En primer lugar, no está de acuerdo con lo que más tarde fuera la postura del gobierno en su decreto del 1 de abril, al indicar que la puesta en el ataúd no debe ser inmediata, permitiendo a los deudos ver el rostro del difunto, respetando las barreras de protección.

En el mismos sentido, indica que la *toilette* mortuoria deberá ser autorizada si el personal o los deudos, a título ritual, respetando las condiciones estrictas, y un máximo de dos personas, la acuerdan con el personal de la funeraria.

Una vez que presentaron este razonamiento, el juez administrativo constata que el gobierno no dé algún elemento que permita explicar el porqué de las prohibiciones impuestas de modo general y absoluto.

Es decir, que hay matices: el Consejo de Estado no dice que el gobierno se equivoca al tomar tal medida; indica únicamente que la ausencia de explicación y de justificación impide apreciar el fundamento de la medida, lo que impulsa al juez, en esas condiciones, a admitir el recurso presentado y a declarar que, en razón de su carácter general y absoluto, dichas medidas causan perjuicio manifiesto y desproporcionado al derecho a una vida privada y familiar normal, anulando el último párrafo del art. 1º del decreto mencionado.

Es decir que las cuestiones relativas a los funerales se vinculan con las libertades fundamentales a través del derecho al respeto de la vida privada.

Evidentemente, la cuestión es compleja, especialmente en un contexto de urgencia caracterizada.

Es interesante observar los decretos que se dictaron con posterioridad

En ese sentido, el dec. 2020-497 del 30/04/2020 modificó el anterior. Siguen prohibidos los cuidados de conservación, pero solo para los fallecidos por COVID, o probablemente alcanzados por dicha enfermedad al momento de su muerte.

Asimismo, se permite la *toilette* mortuoria siempre que sea realizada por profesionales de la salud o tanatoprotectores, en las condiciones sanitarias apropiadas. Sin embargo, la colocación inmediata del cadáver se mantuvo.

Por lo tanto, si bien la decisión del Consejo de Estado tuvo incidencia con la anulación del art. 1º del citado decreto, la mayoría de las medidas consideradas problemáticas fueron sistemáticamente mantenidas.

(20) HSCSP, opinión relativa a la responsabilidad del cuerpo de un paciente caso probable do confirmado COVID-19, 24/03/2020.

Una reforma más sustancial fue realizada por el dec. 2021-51 del 21/01/2021, que prescribe medidas generales necesarias para hacer frente a la epidemia en el marco del Estado de urgencia sanitaria.

Esta norma prorroga medidas anteriores y prescribe otras innovadoras. Así, el médico que constata la muerte y sospecha que fuera por COVID-19, ordena realizar un test de antígenos y en función de los resultados, adapta las medidas.

Otra novedad importante se funda en la presentación del difunto a la familia y los próximos, la que será posible únicamente en el lugar donde se produjo la muerte y respetando un cierto número de condiciones sanitarias.

Además, se permite que la puesta del cadáver en el ataúd y su cierre definitivo no sean inmediatos y tengan lugar antes de salir del lugar donde se produjo el deceso. Más aun, se permite que dicha ceremonia tenga lugar en presencia de la persona que hubiera designado el causante, llegado el caso.

Respecto de los cuidados de conservación, se produjo una modificación relativa: dichos cuidados siguen prohibidos pero únicamente para aquellos que tuvieran signos clínicos o la fecha del test positivo fuera menor a diez días antes de que se haya producido la muerte.

Ello dado que el cuerpo del difunto no es considerado como riesgoso luego de dicho plazo, refiriéndose a la posibilidad de contagio.

Las medidas del decreto del 21/01/2021 son esenciales, ya que toman en consideración la posición del Consejo de Estado en su fallo del 22/12/2020. Los desafíos humanos, éticos y sociales que destacaba con firmeza el Comité Consultivo Nacional de Ética fueron preservados: “Todo lo que pueda, en este periodo, participar a reafirmar la singularidad y la dignidad de cada persona fallecida, de cada duelo, constituirá una marca de humanidad extrema y preciosa, que ninguna celebración ulterior podrá reemplazar” **(21)**.

(21) Posición del Comité Consultivo Nacional de Ética, cit.

INVESTIGACIONES

Derechos políticos de las mujeres en la Argentina (*)

Melina Soledad Zanotti (**)

Sumario: I. Objetivos del trabajo.— II. Orígenes de la lucha.— III. El día después de la conquista.— IV. Impacto de las normativas en la realidad social.— V. Paridad de género en Santa Fe: ley 14.002 (2020).— VI. Conclusiones finales.— VII. Bibliografía.

I. Objetivos del trabajo

En el presente trabajo de investigación, expondré acerca de la participación y representación de las mujeres en la política argentina, haciendo una recopilación de los diversos instrumentos legales que históricamente fueron abarcando este tema y de los que se encuentran vigentes en la actualidad.

Asimismo, aportaré datos que reflejarán cómo ha variado a lo largo del tiempo —y en consonancia con las diversas normativas vigentes— la representación de las mujeres en la política y el acceso a cargos públicos electivos.

Luego, sobre la base de la información recabada, mencionaré cuáles son los pasos a seguir en materia de igualdad de género, entendida como igualdad integral, en el ámbito de nuestra democracia, realizando un breve aporte con reflexiones personales sobre el tema.

II. Orígenes de la lucha

II.1. 1911: Arden fogatas de emancipación femenina

Para poder efectuar un análisis íntegro de cómo las mujeres fueron conquistando derechos en el espacio público/político, es preciso remontarnos a los orígenes de esta lucha, ya que el análisis y estudio de un tema requiere tener en cuenta los diversos momentos y etapas por los que fue atravesando.

El 16 de julio de 1911 ocurre un hecho clave en este sentido, y es que Julieta Lanteri se convierte en la primera mujer incorporada a un padrón electoral argentino, hecho que en consecuencia la convierte en las elecciones del 26 de noviembre de ese año en "la primera mujer sudamericana en votar". Si bien el derecho a votar de las mujeres es conquistado de manera definitiva recién en 1947 mediante la ley 13.010, este hecho constituyó un punto de partida en el camino hacia esa conquista.

Ahora bien, ¿cómo logró trascender en la lucha por las mujeres hacia la igualdad?

Para ello, debemos preguntarnos: ¿quién fue Julieta Lanteri?

Julieta Lanteri fue una mujer nacida en Cuneo, Italia, el 23 de marzo de 1873, que a sus 6 años se muda a la Argentina con sus padres y su hermana. Desde chica estuvo comprometida

(*) Esta investigación fue parte del trabajo final para el posgrado en Derecho Electoral y Político organizado por la carrera de doctorado en Derecho y la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(**) Abogada; empleada del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe (Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de la 1ª Nominación de Casilda, Santa Fe).

en la lucha por la igualdad de género. Ello podemos verlo en diversos momentos de su vida.

Fue la primera mujer en ingresar y recibirse de bachiller en el Colegio Nacional de La Plata (colegio que era exclusivo para varones). También fue una de las primeras 5 mujeres en la Argentina —y la primera italiana— en recibirse de médica. Fundó la Asociación Universitaria Argentina, la Liga Argentina de Mujeres. Y fue la primera mujer candidata a diputada en la Argentina, por el Partido Feminista Nacional, por ella fundado.

Asimismo, por iniciativa de Lanteri —entre otras mujeres feministas, como Cecilia Grierson, Sara Justo, Irma Vertúa y Alicia Moreau— se ha llevado a cabo en 1910 con el fin de celebrar el Centenario de la Revolución de Mayo, el primer Congreso Feminista Internacional, a raíz del cual se puso sobre la mesa una serie de temas que por ese entonces, no formaban parte de la agenda de los gobiernos —y de la sociedad misma—, que es ni más ni menos que el acceso de las mujeres en condiciones igualitarias a los hombres a las diversas instituciones de poder, respecto de las cuales veían obstaculizado su acceso por estar relegadas e invisibilizadas en el ámbito de lo privado/doméstico.

Fueron estos dos hechos, encabezados mayormente por Lanteri, entre 1910 y 1912, los que constituyeron el puntapié inicial para que la mujer comience a ganar espacio en el ámbito público/político en nuestro país.

II.2. Década del 20: sufragismo femenino en pleno auge

En la década del 20, la lucha por los derechos políticos de las mujeres comienza poco a poco a tener pequeños avances, mayormente a través de los partidos políticos, puntualmente del socialismo, siendo de vital importancia el Partido Feminista Nacional fundado por Lanteri en el año 1918. Se destaca también el importante rol de la Asociación Pro Derechos de la Mujer presidida por Elvira Rawson.

El hecho más importante que ocurre en esta década se da en el año 1919, y es la presentación por primera vez por parte de un diputado radical nacional por Santa Fe (Rogelio Araya) de un proyecto a favor de los derechos políticos femeninos, el cual si bien logró media sanción en Diputados, no tuvo éxito en Senadores.

Sin perjuicio de ello, constituyó el primer intento y además, a nivel provincial siendo Santa Fe una provincia pionera en la Argentina en este sentido.

II.3. Influencia de la Segunda Guerra Mundial y aparición política de Perón

En los primeros años de la década del 40, además de que el mundo se encontraba atravesando por la influencia política e ideológica de la Segunda Guerra Mundial que dividió al globo, a nivel nacional empezamos a observar la influencia política de Juan Domingo Perón, el cual comienza a elaborar proyectos que tenían como objetivo otorgar derechos civiles y políticos a las mujeres. Asimismo, y previamente a la asunción de Perón al gobierno, se destaca la importancia de la Junta de la Victoria, fundada el 13 de septiembre de 1941 en Buenos Aires. A continuación, haré un breve desarrollo de ella, dado que resulta de suma importancia en la historia de las mujeres en la política argentina.

La Junta de la Victoria fue una organización compuesta por mujeres antifascistas, quienes tenían como principal objetivo luchar por la recuperación de la democracia en el mundo y fortalecerla en el ámbito interno. La Junta de la Victoria es considerada el grupo político de mujeres más importante previo a la asunción de Perón como presidente (1946-1955), teniendo en cuenta que en su presidencia se sanciona el voto femenino (1947) y que a partir de ella, la participación política de las mujeres se cristaliza a través del Partido Peronista Femenino.

La importancia de su accionar radica en que lograron insertar a las mujeres en el ámbito político; específicamente, su particularidad radica en que su principal enfoque era lograr fortalecer la democracia en la Argentina, y consideraban que un punto importante para alcanzar ello era la incorporación de las mujeres en la política, en una posición de igualdad respecto del hombre.

Por otro lado, esta organización, además de incorporar a la mujer en la política, se destaca por tener una composición pluralista. Es decir,

no solo participaron mujeres de la elite, sino también mujeres de diversas clases sociales, religiones, etnias e ideologías políticas. De hecho, había mujeres de diversas nacionalidades, y de distintas provincias del país, lo que permite afirmar que, además de ser un grupo plural, también fue de tinte federal.

Entre las acciones que este grupo realizaba para cumplir su objetivo —restauración de la democracia y lucha contra los regímenes fascistas— podemos destacar las siguientes: recolección de ropa, alimentos, artículos hospitalarios, hilos y telas que luego eran usados en talleres de la Junta para confeccionar ropa, sábanas, mantas, entre otros. Esto último devela que la organización tenía aspectos de "trabajo doméstico", lo cual era la tarea que por regla realizaban las mujeres en ese entonces —por regla y por imposición de una sociedad patriarcal— pero sí es cierto que, además de estas tareas se generaban reuniones de mujeres en las cuales se producían debates sobre diversas cuestiones, se le permitía a la mujer ocupar posiciones de liderazgo y tener contacto con distintas autoridades políticas, lo cual no era habitual en ese entonces. Es decir, a través de la JPV la mujer tuvo su espacio de debate y liderazgo, lo cual para ese entonces implicó un avance enorme y nos colocó a la vanguardia en la conquista de los derechos femeninos.

Luego de la guerra, la Junta volvió a enfocarse en la lucha por los derechos de las mujeres, fomentando el mejoramiento de los sueldos de las obreras, el cumplimiento de la Ley de Maternidad y la asistencia a madres solteras, entre otras cuestiones.

Fue perdiendo influencia a partir de 1947 con la sanción del voto femenino mediante ley 13.010, momento en el cual se disuelve la Junta y es reemplazada por la Unión de Mujeres de la Argentina (UMA).

II.4. 1947: surgimiento de la Unión de Mujeres de la Argentina (UMA) y sanción del sufragio femenino

Llegamos ahora a 1947, año en el que se funda la Unión de Mujeres de la Argentina (UMA), la cual viene a reemplazar a la Junta de la Victoria, que como bien mencionaba anteriormente, se disuelve en este mismo año.

La Unión de Mujeres de la Argentina es una organización no gubernamental, social y política que ha tenido como bandera desde sus inicios el divorcio, la patria potestad compartida, el aborto seguro y gratuito e igual trabajo por igual salario. Fue fundada el 12 de julio de 1947 y sigue existiendo en la actualidad.

Resulta de importancia el dato relativo al momento fundacional de UMA, ya que, es muy cercano al suceso más importante en cuanto a la conquista de derechos políticos/electorales de las mujeres en la Argentina, al cual me referiré de aquí en adelante, que es la *sanción del voto femenino* el 23 de septiembre de ese mismo año, a través de la ley 13.010, durante la presidencia de Juan Domingo Perón.

Ahora bien, ¿cuál fue el contexto previo inmediato a la sanción de esta ley? Corresponde entonces, mencionar que la ley 13.010 a la que arribamos el 23 de septiembre de 1947 tuvo sus antecedentes, principalmente en 1911 con el proyecto de ley presentado por el socialista Alfredo Palacios. Luego de ello, se presentaron otros 22 proyectos más hasta llegar al año 1947; todos ellos fracasaron, sea por no haber sido tratados y en consecuencia, perder estado parlamentario, o por no alcanzar las mayorías necesarias para su sanción.

Entre los fundamentos patriarcales y androcéntricos que se mencionaron en ese entonces, como argumento para el rechazo al voto femenino, Uriburu mencionaba en la Cámara de Diputados: "Cuando veamos a la mujer parada sobre una mesa o en la murga ruidosa de las manifestaciones, habrá perdido todo su encanto. El día que la señora sea conservadora, la cocinera socialista y la mucama socialista independiente, habremos creado el caos en el hogar".

Estos fueron los matices de las declaraciones de los legisladores —por supuesto, todos ellos varones—, para rechazar en ese entonces la vasta cantidad de proyectos que a lo largo de los años se han presentado en este sentido y que, en consecuencia, durante décadas mantuvieron en la oscuridad de los cajones de los recintos el derecho humano y universal de la mitad de la

población (esto es, las mujeres) de votar y participar activamente en las decisiones políticas de nuestro país.

Además de los antecedentes que menciono *ut supra*, cabe destacar la importante labor de la provincia de San Juan, pionera en lo que refiere a los derechos políticos de las mujeres, ya que, es esta provincia la que en el año 1927 a través de una reforma de su Constitución les otorga el derecho a las mujeres, tanto a votar, como a ser elegidas para un cargo público. *Es decir, que los derechos políticos de las mujeres se consolidaron* prima facie *en el interior de nuestro país.*

A nivel nacional, en 1930 se crea la Comisión Pro Sufragio Femenino (la cual en 1932 se va a convertir en la Asociación Argentina del Sufragio Femenino). Se destaca su labor por impulsar el voto de las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres, esto es el voto secreto, universal y obligatorio.

Lo que sucede en este momento es que el golpe militar que derroca a Yrigoyen retrasó el tratamiento del proyecto que ya se venía gestando a raíz de la acción de la Comisión Pro Sufragio y de la labor de varios sectores del socialismo. Sin perjuicio de ello, entre 1932 y 1935, se presentaron proyectos, los cuales fueron aprobados en Diputados, pero luego en su tratamiento en el Senado, al ser enviados a la Comisión de Presupuesto para evaluar el costo que implicaría el empadronamiento femenino, pasaron posteriormente a la Comisión de Asuntos Constitucionales y allí quedaron paralizados, perdiendo estado parlamentario.

Posteriormente, ocurrirán hechos que van a desalentar la prosperidad del proyecto, los que surgen en la década del 40, con la Segunda Guerra Mundial y con el golpe militar de 1943, que dispone la disolución de los partidos políticos.

Todo resurge a partir de 1945 con la campaña política de Perón junto con Evita, quien en este momento va a impulsar la sanción de la ley, logrando que en 1946 al momento en que Perón asume la presidencia manifieste en el Congreso en su discurso de apertura de sesiones ordinarias su amplio apoyo a la ley que consagra los derechos políticos de las mujeres, comprometiéndose públicamente a enviar el proyecto al Congreso para su aprobación, lo cual efectivamente ocurre y el 21 de agosto de 1946 el Senado lo aprueba, promulgándose el 23 de septiembre de 1947 bajo el nro. 13.010.

III. El día después de la conquista

III.1. Introducción

La ley 13.010 del año 1947 fue la conquista de los derechos femeninos por excelencia. Es decir, constituye el hecho de que —a raíz de una serie de luchas que se sucedieron con anterioridad— consolidó el derecho que les correspondía a las mujeres como base, como punto de partida, como condición mínima, no así como techo. Por lo que corresponde preguntarse en esta instancia: ¿cómo fue el día después de esta conquista?

Por día después pretendo referirme a las etapas posteriores a la ley 13.010, que —dicho someramente— estuvieron compuestas por una ampliación de instrumentos legales y jurisprudenciales que fueron incrementando la base, es decir, fueron más allá de la condición mínima, que es el derecho a votar y a postularse a cargos públicos electivos, y pretendiendo garantizar estos derechos, no solo en el plano formal, sino también en el real.

III.2. Derechos de las mujeres en el ámbito jurídico internacional

En este punto es importante señalar los instrumentos jurídicos internacionales que han receptado derechos civiles y políticos de las mujeres y que permitieron reforzar y ampliar la base que se logró obtener a nivel nacional con la ley 13.010.

Como bien indica el art. 31 de nuestra Carta Magna, los tratados internacionales son ley suprema de nuestra Nación, y como lo señala el art. 75, inc. 22, los tratados internacionales son supralegales e infraconstitucionales, pero también existen aquellos que tienen jerarquía constitucional, como los que se encuentran enumerados expresamente por el presente artículo y los que luego de haber sido aprobados sean declarados con jerarquía constitucional con posterioridad por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Dicho esto, a continuación expondré en diversos cuadros, los derechos que han sido incorporados por los tratados internacionales con jerarquía constitucional y que han coadyuvado a la consolidación de los derechos civiles/políticos de las mujeres:

Igualdad ante la ley:

Declaración Americana delos Deberes y derechos del hombre (1948)	ART 2
Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	ART 7
Convención Americana de Derechos Humanos (1969)	ART 24
Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966)	ART 3
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	ART 3; ART 26
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra lamujer (1979)	ART 2 INC A); ART 15 INC 1)

Votar y ser elegidas:

Declaración Americana de los Deberes y derechos del hombre (1948)	ART 20; ART 32
Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)	ART 21 INC 1) e INC 2)
Convención Americana de Derechos Humanos (1969)	ART 23 INC 1)
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	ART 25

Si bien la igualdad ante la ley ya se encontraba contemplada en nuestro ordenamiento jurídico interno, por medio del art. 16 de la CN, así como también, el derecho a votar y ser elegidas por medio de la ley 13.010 del año 1947, el reconocimiento de estos derechos humanos fundamentales en el ámbito jurídico internacional permitió brindarles un valor aún mayor, ya que, el Estado Argentino al haber ratificado los tratados internacionales asumió la obligación ante la comunidad internacional de respetar y hacer cumplir los derechos humanos allí contemplados, no solo en una faz pasiva, sino también activa, es decir, llevando a cabo acciones positivas que garanticen el goce de esos derechos a las personas beneficiarias de ellos, por lo cual los derechos civiles y políticos de las mujeres y el trato en un plano de igualdad para con el hombre se convirtió a partir de la ratificación de estos tratados en un compromiso internacional asumido por la Argentina.

Por supuesto que cuando refiero a la igualdad ante la ley, siempre debemos tener en cuenta que la igualdad debe ser entendida entre iguales, por lo cual para que ese derecho sea efectivo *prima facie* se debe lograr una paridad que no sea solo formal, es decir, que quede relegada en las normas positivas y ya, sino que se refleje también en el plano real/fáctico. Sin perjuicio de esta aclaración, este compromiso internacional asumido abrió las puertas a que nuestro país lleve adelante las acciones necesarias para lograr alcanzar esa paridad en el plano real y para que en consecuencia ese principio de igualdad traspase las fronteras de la letra de la ley y se vea reflejado en la realidad social.

Y para hablar de igualdad en el plano real, párrafo aparte merece el análisis del instrumento internacional más relevante para los derechos de las mujeres, que es la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, más conocida por sus siglas como CEDAW.

Lo relevante de esta Convención es que, por empezar, en su art. 1º define la 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". Se destaca que la definición contempla la discriminación en diversos planos, esto es realiza una conceptualización amplia, e incluso al final del artículo dice "o en cualquier otra esfera", dejando la puerta abierta a cualquier otro tipo de discriminación que se pueda generar, a efectos de evitar que la interpretación literal conlleve a convalidar otro tipo de discriminación contra la mujer no enumerado en la Convención.

Luego en el resto del articulado propone una serie de medidas que los Estados firmantes deberán adoptar para consolidar la igualdad entre el hombre y la mujer, evitando así su discriminación de la misma en los términos del art. 1º.

Se destaca particularmente el art. 5º, incs. a) y b), que propone que el Estado debe adoptar medidas para "[m]odificar los *patrones socioculturales* de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres"; y "[g]arantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la *maternidad como función social* y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos". Resultan de vital importancia estas enunciaciones, en particular aquellas que refieren a "patrones socioculturales" y la "maternidad como función social", ya que, lo que establece el artículo en cuestión es que los Estados deberán accionar para que la sociedad se transforme culturalmente y deje de lado los estereotipos patriarcales que históricamente pesaron sobre las mujeres y que las han relevado al plano de lo doméstico/privado, dejándolas sin la posibilidad de elegir desempeñarse en otras áreas, como por ejemplo, en el área de lo público/político.

Esto implica que se trata de una medida a lograr progresivamente pero que a largo plazo constituirá y de hecho hoy en día constituye la principal herramienta que permitió igualar a la mujer respecto del hombre.

Por otro lado, el art. 7º, inc. c), de la misma Convención agrega un detalle importante respecto de los derechos políticos de las mujeres que la diferencia del resto de las convenciones y tratados: "participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país". Es decir, aquí se plasma el derecho de las mujeres a participar en la política no solo a nivel gubernamental sino también en el ámbito de las ONGs, es decir, que amplía los niveles de participación de las mujeres en la política ya que, no recurre a lo básico y elemental que es brindarles el derecho de participar en la política desde el gobierno, sino también a través de diversas organizaciones no gubernamentales relacionadas con cuestiones públicas y políticas.

Lo mismo ocurre con el art. 8º, el cual también viene a ampliar los niveles de participación de las mujeres, que en este caso los amplía al plano internacional, ya que, les reconoce a las mujeres el derecho de "representar a su gobierno en el plano internacional" y de "participar en la labor de las organizaciones internacionales".

Además, y, por último, mención aparte merece lo dispuesto en el art. 16, el cual obliga a los Estados firmantes a adoptar todas las medidas necesarias para eliminar todo tipo de discriminación hacia la mujer en relación con el matrimonio. Me interesa en este sentido resaltar dos de sus incisos que expresamente reconocen estos derechos: "en particular asegurarán [los Estados firmantes] en condiciones de igualdad

entre hombres y mujeres: c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores". Esto es de vital importancia, porque es precisamente a raíz de esta institución familiar que a la mujer se le otorgó el rol de estar a cargo de las tareas del hogar y de la crianza y cuidado de los hijos e hijas. Todo ello implicó que la mujer no pueda elegir un modo de vida diferente, ya que se daba por hecho que su destino estaba ligado al hogar familiar, además de que conllevó como consecuencia que tenga que realizar un trabajo no remunerado, y dejándola en una situación totalmente desigual respecto del hombre, quien podía elegir qué profesión estudiar, qué trabajo realizar por fuera del hogar y quien, además, recibía una remuneración por ello, es por todo esto que este artículo resulta importante porque está obligando a los Estados firmantes a corregir esta desigualdad garantizando estos derechos de las mujeres desde la esfera estatal, pero también desde la sociedad, ya que, este reconocimiento legal conlleva en su entramado interpretativo el propósito de lograr a largo plazo un cambio a nivel cultural respecto de estas cuestiones.

Por otro lado, cabe destacar el error conceptual y cultural en el que incurren la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos humanos, las cuales contienen en su Preámbulo enunciaciones en las que se refieren exclusivamente al "hombre" como por ejemplo en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que precisamente lo menciona ya en su título, y que en una parte de su preámbulo establece "Todos los *hombres* nacen libres e iguales en dignidad y derechos" o la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone: "Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del *hombre*", aunque en este caso acto seguido dictamina: "en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres". Con todo esto no pretendo realizar una interpretación literal "caprichosa" de la norma, pero sí destacar que la elaboración de las normas cuenta con una connotación patriarcal, que si bien luego es salvada en el desarrollo del articulado, en donde se comienza a hablar de "Toda persona", dejando allí la puerta abierta al establecimiento de la igualdad entre el hombre y la mujer a la que refieren en diversas partes de estos Tratados, constituye un error conceptual que no confluyó en el proceso de transformación cultural que la sociedad en ese momento necesitaba atravesar —y que aún en la actualidad estamos atravesando— ya que, si bien los tratados hablan de "toda persona" también en otras partes del mismo refieren al "hombre" como abarcativo de hombres y mujeres, es decir, parten de un concepto masculino para abarcar un todo, lo cual "patriarcaliza" el lenguaje y condiciona la norma, además, de incurrir en una abierta contradicción ya que, el Preámbulo constituye la base interpretativa/valorativa del instrumento legal y su importancia es vital para su interpretación.

Por supuesto que en el momento en que estos tratados fueron elaborados no existía el avance cultural que hoy alcanzamos, que nos permite realizar estas observaciones en el lenguaje, que en ese momento no era cuestionado. Sin perjuicio de esta observación que tiene como finalidad demarcar lo positivo pero también lo negativo, aquello que en ese entonces, faltaba reforzar y que actualmente estamos logrando gracias al progresivo cambio cultural que se va generando con el transcurso del tiempo en la sociedad, estos instrumentos internacionales constituyeron y constituyen un avance muy importante en el reconocimiento de los derechos de las mujeres en igualdad para con el hombre, ya que, como bien señalaba al inicio de este apartado además, de reconocer la igualdad entre los hombres y las mujeres en el plano formal también impulsan a los Estados a llevar adelante las acciones necesarias para que esa igualdad se plasme en el plano real, hecho necesario para que la ley no se convierta con el paso del tiempo en letra muerta.

III.3. Derechos civiles y políticos de las mujeres en el ámbito jurídico interno

Luego de la sanción de la ley 13.010 del año 1947 a raíz de la cual se conquistó el principal derecho civil y político de las mujeres, que es el derecho a votar y ser elegidas, observamos que en el ordenamiento jurídico internacional estos derechos también fueron reconocidos, ampliados y reforzados en su cumplimiento al haber

asumido Argentina una obligación ante la comunidad internacional. Pero el camino legal de conquista de derechos no se detuvo allí, sino que siguió avanzando en el plano jurídico interno, a través de la ley 24.012 del año 1991, la cual establece como exigencia para la oficialización de las listas a cargos legislativos nacionales que su integración tenga como mínimo un 30% de mujeres —conocida como "Ley de Cupo"—, y en diciembre de 2017 mediante la sanción de la ley 27.412 de Paridad. Cabe destacar que, previo a la sanción de esta última ley, las provincias de Buenos Aires, Salta, Chubut y Neuquén ya contaban en el año 2016 con legislación referida a la paridad.

III.4. Ley 24.012: Ley de Cupo

La Ley de Cupo tuvo como objetivo lograr una mayor representatividad de las mujeres en las Cámaras de Diputados y Senadores nacionales, ya que, al momento en que se sanciona la ley no se encontraba asegurada y para avanzar hacia la paridad, *prima facie* debía garantizarse un mínimo de representación en dichos órganos electorales. Dicha ley fue reglamentada por los DNU 1246/2000 y 451/2005.

Si bien por un lado, esta ley logró un avance en los derechos políticos de las mujeres, también es cierto que el propósito principal —la paridad— no se concretó, ya que, en los hechos la ley 24.012 implicó el establecimiento de un "techo de cristal" que obstaculizó el alcance de una paridad real.

El mínimo de 30% establecido en la ley fue interpretado en innumerables casos como máximo, cuando en verdad y valga la redundancia se trataba de un piso mínimo, que, por lo tanto, podía ser ampliado. Como bien lo indica el art. 5º *in fine* del dec. 1246/2000: "En todos los casos se privilegiarán medidas de acción positiva a favor de la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos". Es decir, el entramado interpretativo de esta ley no fue comprendido por las autoridades que debían velar por su aplicación y correcto cumplimiento, —o bien no quiso ser comprendido, para privilegiar la comodidad de muchos sectores de la sociedad—, objetivo que no es ni más ni menos que lograr la igualdad entre los hombres y las mujeres, en este caso una igualdad en el plano electoral/político, el cual para ser alcanzado implica tener en cuenta que las mujeres constituyen un grupo relegado históricamente por la sociedad, y que el piso mínimo establecido por la Ley de Cupo constituía una garantía de acceso a cargos públicos electivos prevista legalmente, cuya ampliación no significaría conculcar los derechos políticos de los hombres, quienes históricamente tuvieron acceso a cargos públicos sin limitación alguna.

Y es que legislar para igualar tiene como premisa fundamental comprender a este concepto como "igualdad entre iguales", significado que se encuentra en la interpretación misma del art. 16 de nuestra CN y que tiene como consecuencia la adopción de medidas de discriminación positiva en favor de aquellos sectores que históricamente han sido excluidos de la sociedad, medidas que no tienen un plazo *sine die*, sino que se establecen de manera transitoria, hasta tanto se alcance la igualdad o más bien dicho la *paridad*, momento en el cual su aplicación se tornará innecesaria.

En los hechos podemos brindar ejemplos que reflejan las fallas en la aplicación de la Ley de Cupo, uno es el caso del año 2001 de la agrupación "Acción por la República" de Tierra del Fuego, que presentaron una lista de diputadas integrada de manera exclusiva por mujeres y la Cámara Nacional Electoral rechazó la oficialización de la misma tomando como fundamento los requisitos dispuestos en la Ley de Cupo. También podemos mencionar el caso de "Ciudad Futura", partido político de la ciudad de Rosario (Santa Fe) que en 2017 llevaron a cabo el mismo intento que la agrupación anterior en las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO) consiguiendo el mismo resultado.

Como expresaba anteriormente, no todos los efectos de la Ley de Cupo fueron negativos, ya que, por empezar fue un paso adelante en la conquista de derechos de las mujeres porque les garantizó un acceso mínimo a los cargos públicos electivos, que si bien no alcanzó, fue un avance que permitió mirar hacia adelante y pensar en una nueva ley dirigida a lograr la paridad, lo cual se concretará con la sanción de la ley 27.412 en el año 2017, a la cual me referiré en el apartado siguiente.

Para finalizar esta breve reseña sobre la Ley de Cupo, me interesa resaltar las palabras de María Inés Tula: "las cuotas de género buscaron corregir la baja subrepresentación femenina de los órganos de representación, considerándola una medida transitoria porque se suponía que con el tiempo se iría cumpliendo su objetivo. Ahora la paridad es considerada una medida, ya que, busca transformar las democracias haciéndolas más inclusivas".

III.5. Ley 27.412: Ley de Paridad

Esta ley sancionada en el año 2017 modificó varios artículos del Código Nacional Electoral, puntualmente el art. 60 bis, que prevé los requisitos para la oficialización de listas. Puntualmente dispone que las listas de candidatos/as a senadores/as nacionales, diputados/as nacionales y parlamentarios/as del Mercosur deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente.

Asimismo, modifica el art. 157 del cap. II de la elección de senadores nacionales, el cual en su nueva redacción establece que del Partido o Alianza electoral que alcance la mayor cantidad de votos, ingresarán dos titulares, y del Partido o Alianza electoral que siga en cantidad de votos, el primer titular de su lista, y prevé asimismo, un sistema de sustituciones en caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a senador/a, debiendo ser reemplazado/a por el/la senador/a suplente de igual sexo. Si no quedaran mujeres en la lista, el puesto quedará vacante y se aplicará el art. 62 de la CN, es decir, el gobierno deberá hacer proceder a la elección de un nuevo miembro. Igual sistema de sustitución se prevé en el caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a diputado/a, según lo establece el art. 3º de la ley 27.412 que modifica el art. 164 del Código Nacional Electoral.

Además, esta ley incorpora una novedad, que es la paridad en los cargos dentro de las organizaciones partidarias, y en caso de que un partido político no respete la paridad de género y haya sido intimado a cumplirla, la sanción establecida por la ley es la caducidad de la organización política.

Con esta ley entonces, se pretende alcanzar el objetivo que no se logró con la Ley de Cupo: la paridad. ¿Y de qué hablamos cuando hablamos de paridad? De ello se encarga el dec. regl. 171/2019 el cual en su art. 1º define expresamente la paridad como "la conformación de listas integradas por candidatas y candidatos de manera intercalada, en forma alterna, y consecutiva, desde la primera o el primer titular hasta la última o último suplente, *de modo tal que no haya* dos *personas continuas del mismo género en una misma lista*".

Esto último nos permite afirmar que la paridad busca la *pluralidad* en el marco del acceso a cargos públicos electivos, y que, a diferencia de la Ley de Cupo, no deja lugar a que las disposiciones legales sean interpretadas como un porcentaje máximo de acceso de las mujeres a la política, sino como una estrategia para lograr a largo plazo la transformación de los órganos legislativos dotándolos de una composición igualitaria, plural y diversa, que sea representativa de la totalidad de los sectores de la sociedad.

IV. Impacto de las normativas en la realidad social

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, para comprender la importancia de estas normativas es preciso recabar información que permita analizar su impacto en la realidad.

Para ello, deviene necesario hablar del programa Atenea: "Mecanismo para acelerar la participación política de las mujeres en Argentina" impulsado por el PNUD (Programa de Naciones Unidas para el desarrollo), ONU Mujeres e IDEA.

Este programa ayuda a alcanzar el objetivo que propuso la Ley de Paridad, y lo hace a través de cuatro pilares (información; análisis; comunicación; y acción), sobre los cuales evalúa la participación de las mujeres en la política argentina y sobre la base de ello analiza cuáles son las medidas que deben adoptarse para mejorar la calidad de esa participación, impulsándolas a que los sectores políticos las lleven a cabo.

A través de Atenea podemos recabar información que nos indica los avances que la Argentina ha hecho en materia de paridad, y también

aquellas cuestiones en las que todavía se refleja un retroceso, siendo estos últimos datos de suma importancia para entender cuáles son los pasos a seguir.

Los datos que expondré a continuación, fueron tomados en cuenta en el período de julio y octubre de 2016, tomando en cuenta los resultados de las elecciones nacionales realizadas en octubre del año 2015, es decir, son datos previos a la sanción de la ley 27.412 la cual fue sancionada en el año 2017, y promulgada el 15 de diciembre de ese mismo año. Por lo tanto, a través de estos datos podremos observar el impacto que tuvo la aplicación de la ley 24.012 de Cupo.

IV.1. Datos alentadores: los avances en la Argentina en materia de paridad

- Las diputadas nacionales ejercen el 37% de las presidencias de bloque (Jefaturas de bancada).

- En la dimensión "Existencias de mecanismos de cuotas de género o paridad" del Índice de Paridad Política, la Argentina alcanzó un puntaje de 69,3 puntos sobre un máximo de 100.

- Desde la sanción de la ley 24.012 de Cupo, la proporción de Diputadas pasó de 5% a 13% en las elecciones de 1993 (renovación parcial de la Cámara baja) y se duplicó a partir de 1995.

- En el año 2001, en la primera elección directa de senadores nacionales, la participación de mujeres pasó de 6% a 38% (estos avances posicionaron al país a la vanguardia en el ámbito regional).

- En el año 2009 el Congreso Nacional se encontraba dentro de los seis Parlamentos nacionales del mundo con mayores porcentajes de legisladoras (dato proporcionado por el Ranking de la Unión Interparlamentaria).

- Todas las provincias cuentan con leyes de cuota mínima o paridad de género para cargos provinciales y locales.

IV.2. Datos preocupantes: ¿cuáles son los pasos a seguir?

- Escasa presencia de mujeres en gabinetes ministeriales: 13,6% en 2016.

- Escasa presencia de mujeres en cargos viceministeriales (Secretarías de Estado): 14,1%.

- Escasa participación de mujeres en el ámbito del Poder Judicial y Poder Electoral: en el Índice de Paridad Política del programa Atenea esta dimensión recibió un puntaje promedio de 16,7%.

- En la dimensión "Partidos Políticos" del Índice de Paridad Política, Argentina obtuvo un porcentaje promedio de 27,5%. Uno de los puntos evaluados en esta dimensión fue el porcentaje de partidos políticos que incluyen agenda de igualdad de género en sus plataformas electorales en la última elección presidencial.

- Porcentaje promedio de participación en gobiernos locales: 34,6% (estos datos corresponden solo a municipios de la provincia de Buenos Aires, ya que, al momento de hacerse el relevamiento de datos no se contaba con información referida a los otros 1128 municipios argentinos).

- Entre 2009 y 2016 el país descendió 22 lugares en el ranking de la Unión Interparlamentaria, pasando del puesto 6 al 28, y quedando por detrás de varios países de América Latina.

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, cabe tener presente como indiqué al inicio de este apartado que estos datos proporcionados por Atenea corresponden al año 2016, teniendo en cuenta las elecciones del 2015. Es decir, que reflejan cuál fue el impacto de la aplicación de la Ley de Cupo (24.012) y asimismo, proporciona información que revela la situación de las mujeres en la política argentina previo a la sanción de la ley de Paridad (27.412).

Con toda esta información recabada, corresponde hablar a esta instancia del trabajo, del impacto de la Ley de Paridad en las elecciones del año 2019, primeras elecciones en las cuales esta normativa tuvo su aplicación práctica.

Previo a las elecciones, la composición de las Cámaras del Congreso Nacional, era la siguiente:

- Cámara de Diputados: 99 diputadas de un total de 257 (es decir, las mujeres representaban casi un 39% del total).

- Cámara de Senadores: 30 senadoras de un total de 72 (en este caso representaban un 42% aproximadamente).

En la actualidad —febrero 2021— la composición es la que se expone a continuación:

- Cámara de Diputados: 109 diputadas mujeres y 148 diputados varones, sobre un total de 257.

- Cámara de Senadores: 28 senadoras mujeres y 44 senadores varones sobre un total de 72.

Estos últimos datos fueron extraídos de las páginas webs oficiales de la Cámara de Diputados y Senadores Nacionales.

Todo esto devela que luego de la sanción de la Ley de Paridad, hubo una mejora —aunque muy leve— en la Cámara de Diputados, pero no ocurrió lo mismo en la Cámara de Senadores, en la cual se produjo la salida de 10 senadoras, y el ingreso de 8, dejando un saldo de 2 mujeres menos en el recinto.

Sin perjuicio de que el impacto en las elecciones de 2019 no fue de gran magnitud, se espera que para las elecciones del 2021 los datos sean más alentadores. De todas formas, la Ley de Paridad representa un avance significativo en la lucha por los derechos políticos de las mujeres en la Argentina.

Además, cabe mencionar que, a nivel provincial, de las 24 provincias, 14 cuentan con leyes de paridad, 8 de ellas las han implementado en las elecciones de 2019, pero otras como Santiago del Estero, Córdoba y Río Negro ya las habían adoptado desde el año 2000. Y el impacto de estas leyes de paridad en las provincias es muy positivo: por mencionar un ejemplo, en las elecciones de 2019 en la provincia de Neuquén el porcentaje de mujeres en la legislatura aumentó 12 puntos porcentuales llegando a ocupar el 49% del total de las bancas. Algo similar ocurrió en Chubut con un aumento de 11 puntos porcentuales llegando a representar un 48% del total.

Sin embargo, todavía queda mucho por hacer, ya que en la actualidad no contamos con leyes de paridad respecto de los cargos al Poder Ejecutivo, —excepto en la provincia de Santa Fe—, ámbito en el cual hay una escasa cantidad de mujeres, sobre todo como indicaba con los datos de Atenea en los cargos ministeriales y viceministeriales.

Y hablando del Poder Ejecutivo nacional, contamos con datos muy poco alentadores respecto de los principales cargos políticos: esto es, los cargos de presidente/a y gobernador/a. Desde la vuelta a la democracia, tuvimos una totalidad de 97 candidatos a presidente, de los cuales solo 12 fueron mujeres, siendo la única presidenta electa la Dra. Cristina Fernández.

Mismo fenómeno ocurrió en las provincias, en donde desde la vuelta de la democracia de un total de 233 elecciones a gobernador solo 10 fueron ganadas por mujeres. Luego de las últimas elecciones —2019— solo dos gobernadoras mujeres resultaron electas: Alicia Kirchner en Santa Cruz y Arabela Carreras en Río Negro.

Similar situación encontraremos en los gabinetes nacionales, en donde desde 1983 hasta 2019, sucedieron 231 designaciones para cargos de ministro, de las cuales solo 23 fueron de mujeres, lo cual coloca a la Argentina en los puestos más bajos de América Latina, el Caribe y la Península Ibérica según la CEPAL.

En los gabinetes provinciales las mujeres representan solo el 23%. Y más sorprendente resulta el siguiente dato: de los ministerios tradicionalmente asociados al rol de la mujer, 17% son ocupados por hombres mientras que un 56% se encuentran ocupados por mujeres.

Por último, cabe mencionar los datos relativos al Poder Judicial, sector en el cual también es necesaria una ley que prevea mecanismos de paridad de género. En la Justicia Nacional, las mujeres representan en un 58% al personal administrativo, mientras que solo constituyen un 24% de los cargos de Camaristas, siendo este el cargo de más alta jerarquía en la justicia nacional.

Y en la justicia provincial ocurre lo mismo, representando las mujeres en un 62% los cargos administrativos, y en un 28% los cargos de magistrados.

V. Paridad de género en Santa Fe: ley 14.002 (2020)

En la provincia de Santa Fe, contamos con una ley que viene a dar respuesta a las falencias que se pueden observar a través de los datos proporcionados en el apartado anterior. Esta ley, que fue aprobada el 22 de octubre del 2020, dispone un mecanismo de elección que respete la paridad de género para los cargos al Poder Legislativo —hasta aquí tenemos una situación similar a la ley 27.412 a nivel nacional—, pero esta ley provincial agrega mecanismos que respeten la paridad de género para los cargos al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, además, de los partidos políticos, entes públicos o con participación estatal, y asociaciones, consejos y colegios profesionales, conforme lo establece su art. 1º que a continuación se transcribe: "Art. 1º — Establécese el principio de paridad de género en la composición e integración del Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, partidos políticos, entes públicos o con participación estatal y asociaciones, consejos y colegios profesionales".

Por lo tanto, de las 13 provincias que cuentan con legislación que establece mecanismos de paridad de género en cargos electivos, Santa Fe es pionera en cuanto al establecimiento de mecanismos de género en la designación de cargos al Poder Ejecutivo y Judicial, lo cual es de suma importancia ya que, son las dimensiones del Estado en las que más se refleja la escasa participación de mujeres en cargos de poder y liderazgo.

Actualmente, la Legislatura de la provincia de Santa Fe cuenta con la siguiente composición:

- Cámara de Diputados: 32 varones/18 mujeres sobre un total de 50.

- Cámara de Senadores: 18 varones/1 mujer sobre un total de 19.

Estos datos corresponden al mes de febrero del año 2021 y fueron extraídos de las páginas oficiales de las legislaturas santafesinas.

Si bien los datos en la actualidad no son alentadores, podemos decir que para las próximas elecciones del 2021 nuestro país y nuestra provincia se encuentran mucho más preparados para enfrentar comicios en los que la paridad de género constituirá su principal propósito. Propósito que, con el transcurso de los años, y efectuando las reformas legislativas que aún quedan por hacer, se convertirá en una meta más que alcanzada, manteniéndonos en el espacio que siempre merecimos ocupar: en un país a la vanguardia en materia de igualdad de género.

VI. Conclusiones finales

En el marco de la historia universal, y puntualmente de la historia argentina, mucho ha ocurrido y mucho se ha hecho en cuanto a la conquista de los derechos civiles y políticos de las mujeres. Y en todo ese camino es imprescindible destacar que siempre fueron un grupo de mujeres con ganas de hacer de este mundo un lugar más igualitario las que a través de sudor y lágrimas han luchado para conseguir las conquistas que hoy celebramos y que se ven reflejadas en muchos de los datos alentadores que proporcioné en el transcurso de este trabajo.

Los cargos públicos, y sobre todo aquellos que se encuentran en la cima de la pirámide de puestos jerárquicos, constituyen puestos de poder y liderazgo a los que por siglos la mujer vio obstaculizado su acceso, por el simple hecho de ser mujer. Nunca hubo otra razón. Y precisamente lo más angustiante es eso: que durante todo ese tiempo entendimos a esa razón como un impedimento legítimo.

Este impedimento ha sido legitimado desde los mismos puestos de poder, ocupados históricamente por hombres, reforzado por los medios masivos de comunicación, desde programas destinados a cultura general, informativos, hasta programas destinados al espectáculo, en donde la inclusión de la mujer siempre fue banalizada, y en donde el rol mismo de la mujer fue objeto de burla y de chiste. Y desde allí fue legitimado desde el seno de cada familia, pilar para la educación de las generaciones futuras. Familias en las cuales la mujer era excluida en la toma de decisiones, inclusive en aquellas relativas a la educación de los hijos/as, sin perjuicio de que en este ámbito constituyó históricamente el pilar más importante ya que, era la que se dedicaba a la totalidad de las tareas del hogar, más el cuidado de los hijos/as, es decir, se dedi-

caba a trabajar las 24 horas del día y los 365 días del año sin reconocimiento alguno, ni económico ni social. Y en el mismo seno de esa familia a la cual dedicaba su tiempo de manera exclusiva, sufría y padecía la exclusión y la marginalidad, no pudiendo elegir con libertad su propio destino, el cual le era impuesto.

Era cuestión de tiempo que estos moldes patriarcales se destruyeran. Y así lo fue, a través de la acción de muchas mujeres decididas a cambiar el destino de este género marginado, se comenzaron a forjar los primeros cambios que tuvieron como propósito la inclusión de la mujer en la sociedad en igualdad con el hombre, *prima facie* en el ámbito legislativo a través de la sanción e incorporación en nuestro país de innumerables instrumentos jurídicos que dieron respuesta a la situación de exclusión que vivían las mujeres en la Argentina y en el mundo. Y luego, se sucedieron los cambios en el espacio más importante y a su vez difícil de modificar: el cultural.

Las transformaciones a nivel cultural constituyen las más importantes, ya que, a través de ellas se garantiza que las generaciones venideras sean educadas en la igualdad. Ello permitirá que con el paso del tiempo ya no sean necesarias la adopción de medidas de discriminación positiva para garantizar la inclusión de la mujer, porque ella ya estará incluida en todas las agendas y espacios incluso aquellos de poder. Y esto es a lo que se tiende en la actualidad.

Por otra parte, es importante destacar también que, a partir de la lucha por los derechos de las mujeres surgieron otras luchas y disparadores de cambio a nivel legal y cultural: como lo fue la lucha por los derechos de las personas gays, trans, bisexuales y de otros géneros, lo que dio lugar a la conformación del colectivo conocido como: LGBTIQ+ (lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales, queers, entre otros), por eso se agrega el signo "+" ya que, a lo que se tiende es a evitar encasillar los géneros, fomentando una sociedad en donde la sexualidad sea libre de definiciones y prejuicios. A través de estas luchas y colectivos, surgieron la ley 26.618 de Matrimonio Igualitario en 2010 y la ley 26.743 de Identidad de Género en el año 2012.

Todo ello refleja que esta lucha femenina traspasó su frontera y fue más allá de sus intereses, ayudando a otros sectores sociales desprotegidos a ser reconocidos y a alcanzar sus derechos esenciales.

Todavía queda mucho por hacer y muchos sectores por conquistar, particularmente el del Poder Ejecutivo y Judicial, ya que la ley nacional no los incluye dentro de los mecanismos en los que se tiene que aplicar la paridad de manera obligatoria y esa falencia legal se refleja en la realidad con los datos desalentadores que fueron mencionados en este trabajo, en donde en esos sectores del Estado la participación de la mujer es escasa. Por lo tanto, es *imperiosa* la reforma de la ley nacional 27.412 en este sentido, para lograr de este modo la tendencia hacia la igualdad en todos los ámbitos, no solo en el político, sino también en el social, en las relaciones familiares, económicas y culturales.

Sin embargo, mucho se ha alcanzado en este recorrido. Sobre todo, se ha entendido lo más importante: que el impedimento que históricamente relegó a la mujer al espacio privado/doméstico, esto es, su propia condición sexual/biológica de mujer, ya no constituye un impedimento legítimo, sino que *es un acto de discriminación y además un acto ilegal.* Y este es el principal disparador que garantizará una tendencia hacia la igualdad para las mujeres de hoy y para las de todas las generaciones venideras.

VII. Bibliografía

MCGEE DEUTSCH, Sandra (2013), "Mujeres, Antifascismo y democracia: la junta de la victoria", 1941-1947.

DE SOUZA BENTO, Bibiana A., "Reforma política en Argentina: un debate democrático pendiente", ps. 302 a 318.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Estela, "Un hito en la lucha por la igualdad de género: Análisis de la ley de paridad de género en el ámbito de la representación política y de su decreto reglamentario", *Revista Jurídica AMFJN.*

PIGNA, Felipe, "Historia de la lucha por el voto femenino".

PNUD – ONU MUJERES – IDEA (2015), "La Paridad política en Argentina. Avances y desafíos", Programa Atenea.

https://www.cultura.gob.ar/julieta-lanteri-sus-frases-sus-luchas-su-historia-en-10-hitos-8814.

https://oear.cippec.org/novedades/democracia-paritaria-mapa-de-genero-en-la-politica-argentina-2020.

https://oear.cippec.org/novedades/democracia-paritaria-mapa-de-genero-en-la-politica-argentina-2020.

INFORMACIONES

Informaciones 3/2021

Federico Notrica
Martina Salituri Amezcua
Carolina A. Videtta

Sumario: I. Jornadas iberoamericanas virtuales.— II. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires crea el registro de aspirantes al ingreso al Poder Judicial para trabajadorxs transexuales, travestis transgénero.— III. Presentación del libro "Relaciones de familia y de géneros en la (pos) pandemia".— IV. Las relaciones familiares y la visión de género presente y futuro.— V. Las mujeres y/o personas gestantes sin aportes y con hijas/os podrán jubilarse.— VI. El Estado argentino reconoce la identificación de las personas no binarias.— VII. Presentación del libro "Derecho de familia. Nuevos retos y realidades".— VIII. Charla "Mujeres en sociedades de familia".— IX. La Universidad de Buenos Aires cumplió 200 años.

I. Jornadas iberoamericanas virtuales

Los días 26 y 27 de mayo se llevaron a cabo de manera virtual las Jornadas Iberoamericanas sobre "Desafíos actuales de los derechos de niñas, niños y adolescentes: El impacto de la pandemia".

Allí disertaron personalidades académicas de trayectoria. La conferencia de apertura estuvo a cargo de la Dra. Marisa Herrera (Argentina). Luego, le siguieron Evelyn Peralta (Paraguay), Alex Marroquín Martínez (El Salvador), Enroque Varsi Rospigliosi (Perú), María José Arauz Enríquez (Nicaragua), Yamila González Ferrer (Cuba), Yadira Alarcón Palacio (Colombia), Jennie Aimé Molina Morán (Guatemala), Sonia Seba (Argentina), Nicolás Espejo (Chile) y Carlos Villagrasa Alcaide (España).

II. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires crea el registro de aspirantes al ingreso al poder judicial para trabajadorxs transexuales, travestis y transgénero

El día 14 de junio del corriente, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires publicó la Resolución 920/21 mediante la cual creó el "Registro de aspirantes a ingresar al Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de la Ley 14.783", en la órbita de la Secretaría de Personal.

Allí, podrán inscribirse las personas que aspiren a ingresar al Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, siempre que reúnan las condiciones de idoneidad requeridas para el cargo de que se trate, de conformidad con el procedimiento y los requisitos de inscripción establecidos.

Precisamente, se les requiere completar un formulario integrado por los siguientes rubros: datos personales, antecedentes educativos, antecedentes laborales y agrupamiento para el cual se postula.

Los cargos a los que pueden postularse los aspirantes se clasifican en "servicio" y "obrero", para lo que se requiere el ciclo primario completo; "administrativo" que se necesita el ciclo secundario completo; y las categorías "técnico" y "profesional" para lo que se debe poseer título habilitante de la profesión o especialidad requerida.

III. Presentación del libro "Relaciones de familia y de géneros en la (pos) pandemia"

Se realizó el día 7 de julio de manera virtual la presentación del libro "Relaciones de familia y

de géneros en la (pos) pandemia" dirigido por la Dra. Marisa Herrera de Ed. Rubinzal-Culzoni.

La presentación contó con la participación de todas y todos las y los autores de la obra donde se analiza el impacto que ha tenido (y tiene) la pandemia en las relaciones de familia desde los pronunciamientos de los organismos internacionales y regionales especializados, las principales medidas adoptadas por el gobierno nacional así como la jurisprudencia emanada de nuestros tribunales. Para, finalmente, plantear los desafíos que como operadores del Derecho tenemos por delante.

Abre la obra colectiva su directora, Marisa Herrera, que analizó el impacto de la pandemia en el derecho de las familias y géneros, no solo en la actualidad sino pensando en los desafíos de mañana.

Carolina Videtta y Martina Salituri Amezcua, desarrollaron el impacto de la pandemia en los derechos de las infancias y las adolescencias. Natalia de la Torre abordó la responsabilidad parental y las tareas de cuidado que han demostrado su importancia en la sostenibilidad de la vida así como las desigualdades de géneros en su distribución.

Todo lo concerniente a las cuotas alimentarias en un contexto tan extraordinario quedó a cargo de Federico Notrica. Por su parte, Silvia Fernández se refirió al impacto que la pandemia ha provocado en los derechos de las personas con discapacidad, mientras que Luz Pagano ha hecho lo propio respecto de las personas mayores.

La violencia de género e intrafamiliar —la otra pandemia— también fue abordada en la obra a cargo del trío autoral Marisa Herrera, Mariana Ortiz y Sabrina Silva, mientras que Soledad Deza desarrolló los laberintos del proceso penal para las mujeres y disidencias sexuales.

Finalmente —y como no podía faltar al análisis del contexto distópico que estamos viviendo— Mariela González, Sonia del Blanco y Leonardo Vittola trabajaron sobre las relaciones de familia y el rol del Poder Judicial.

IV. Las relaciones familiares y la visión de género presente y futuro

El día 7 de julio tuvo lugar el conversatorio virtual denominado "Las relaciones familiares y la visión de género presente y futuro", organizado por el Colegio de Abogados de Comodoro Rivadavia.

Del mismo participaron las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera y la Lic. Valeria Durán de Kaplan.

V. Las mujeres y/o personas gestantes sin aportes y con hijas/os podrán jubilarse

Mediante el dec. 475/2021 publicado en el Boletín Oficial el pasado 19 de julio, el Gobierno nacional estableció que las mujeres y/o personas gestantes podrán sumar de uno a tres años de servicios computables para su jubilación por cada hija/o nacido con vida.

El decreto reconoce aportes jubilatorios a mujeres con 60 años cumplidos que sean madres y hayan trabajado en el hogar. También incluye a titulares de la Asignación Universal por Hijo.

Así, se incorporan artículos a la ley 24.241, que rige el sistema de jubilaciones y pensiones. Se dispone que "al único fin de acreditar el mínimo de servicios necesarios para el logro de la prestación básica universal (PBU), las mujeres y/o personas gestantes podrán computar un año de servicio por cada hijo y/o hija que haya nacido con vida".

Asimismo, la norma aclara también que "en caso de adopción de personas menores de edad, la mujer adoptante computará dos años de servicios por cada hijo y/o hija adoptado y/o adoptada".

Además "se reconocerá un año de servicio adicional por cada hijo y/o hija con discapacidad, que haya nacido con vida o haya sido adoptado y/o adoptada que sea menor de edad".

La norma extiende el beneficio a "aquellas personas que hayan accedido a la asignación universal por hijo para protección social por el período de, al menos, doce meses continuos o discontinuos", quienes "podrán computar, además, otros dos años adicionales de servicio por

cada hijo y/o hija que haya nacido con vida o haya sido adoptado y/o adoptada que sea menor de edad, en la medida en que por este se haya computado el tiempo previsto en el presente apartado".

En otro artículo que se suma a la ley de jubilaciones, se incluye el período de licencia por maternidad para el cómputo de "las prestaciones de retiro transitorio por invalidez o de la pensión por fallecimiento del afiliado o de la afiliada en actividad".

De esta manera, el Estado Nacional avanza en reparar parte de las desigualdades estructurales que sufren las mujeres a lo largo de su vida y que derivan, en gran medida, de la sobrecarga de las tareas de cuidado y de las inequidades del mercado de trabajo que se acumulan en el largo plazo.

VI. El Estado argentino reconoce la identificación de las personas no binarias

El 21 de julio de 2021 se publicó, en el Boletín Oficial, el dec. 476/2021 mediante el cual se reconoce el derecho a la identificación a toda persona cuya identidad de género se encuentre comprendida en opciones tales como no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada; u otra opción con la que pudiera reconocerse la persona, que no se corresponda con el binario femenino/masculino.

Con esta norma se incorpora entonces una tercera opción documentaria en la categoría "sexo" en el documento nacional de identidad y en el pasaporte, con el fin de contemplar el derecho a la identidad de género respecto de aquellas personas que no se reconocen dentro del sistema binario femenino/masculino, utilizándose además de las nomenclaturas "F" y "M", la "X", saliendo así del esquema de posibilidades binarias que existían previo al dictado de la presente medida.

VII. Presentación del libro "Derecho de familia. Nuevos retos y realidades"

El 6 de agosto del corriente año se llevó a cabo un evento académico internacional, con el soporte técnico de la Fundación Formarte y de manera virtual, para la presentación del libro "Derecho de familia. Nuevos retos y realidades", de la Ed. Investigaciones Jurídicas, con la participación de su directora, la Dra. Shirley Víquez Vargas y el Dr. Diego Benavides Santo de Costa Rica, el Dr. José Luis Ultrera Gutiérrez de España, la Dra. Rosa Reyes Rebolledo de Venezuela, el Dr. Eduardo Oliva Gómez de México y las Dras. Marisa Herrera, Silvana Ballarín, María Florencia Sanna y Griselda Alfaro, de Argentina, todos y todas autoras de la referida obra colectiva.

VIII. Charla "Mujeres en sociedades de familia"

El lunes 9 de agosto, a las 19 hs y a través de la plataforma Zoom, se realizó la charla "Mujeres en sociedades de familia", en el marco del Ciclo de charlas sobre paridad de género del Ateneo Jurídico Rosario. Disertaron las Dras. Gabriela Calcaterra y Lucía Spagnolo. La moderación y coordinación del evento estuvo a cargo del Dr. Juan Pablo Orquera de la Universidad Nacional de Rosario.

IX. La Universidad de Buenos Aires cumplió 200 años

El día 12 de agosto, se celebró el Bicentenario de la Universidad de Buenos Aires, en la Facultad de Derecho.

Durante el acto se distinguieron a 200 personalidades distinguidas por su trayectoria en el campo profesional, académico, científico, cultural, empresarial y/o de gestión que son docentes o se graduaron en la UBA. En este selecto grupo se destaca a la Dra. Cecilia Grosman, directora de esta revista e impulsora desde hace décadas de los cambios más profundos que se suscitaron en el derecho de las familias.

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

Novedades bibliográficas

1. HERRERA, Marisa (dir.), "Relaciones de Familia y Géneros en (pos)pandemia", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, 720 ps.

2. HERRERA, Marisa – DE LA TORRE, Natalia y FERNÁNDEZ, Silvia E. (dirs.), VIDETTA, Carolina (coord. gral.) – PAUTASSI, Laura – ZIMERMAN, Silvina – BASCARY, Lourdes – GENTILE, Micaela – MAFFÍA, Diana – TAJER, Débora – FRANCHI, Ana – ALCARAZ, María Florencia (coords.), "Tratado de géneros, derechos y justicia. Políticas públicas y multidisciplina", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, 840 ps.

3. MIZRAHI, Mauricio L., "Cuidado personal de niños con padres separados y guarda por terceros", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2021, ps. 152.

4. PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Mujeres y sus derechos en Argentina", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2021, 752 ps.

5. TAJER, Débora (dir.), "Niñez, adolescencia y género", Ed. Noveduc, Buenos Aires, 2020, 192 ps.

Discapacidad y modelo social. Enfoques desde la doctrina y la jurisprudencia

Autores: Leonardo B. Pérez Gallardo y Luz María Pagano (dirs.)
Datos editoriales: Erreius, Buenos Aires, 2020, 448 ps.

Reseña de

María Silvia Villaverde

1. "Discapacidad y modelo social" es el título de la obra minuciosa y reflexiva, que actualmente luce en mi biblioteca y que, amorosamente y agradecida, tuve entre mis manos mientras leía sus páginas.

2. Es el resultado de la magistral dirección de los juristas Leonardo Pérez Gallardo y Luz María Pagano, de la cual además son coautores en compañía reseñable de una variedad significativa de profesionales del derecho, provenientes de diferentes geografías y de diversos espacios de pensamiento y de acción, cuyos nombres son indicativos de un compromiso con la realización de los derechos de las personas con discapacidad, y de una lucha en aras de la erradicación de los obstáculos y barreras que obturan su efectividad: María Graciela Iglesias, Silvia Eugenia Fernández, Agustina Palacios, María Isolina Dabove, Emanuele Calò, Emilia Bustamante Oyague, Ángeles Baliero de Burundarena, Federico Isaza Piedrahita, Marisa Herrera, María Angélica Sotomayor Saavedra, Gloria Díaz Pardo, Marcela Viviana Spina y Otilia del Carmen Zito Fontán, María del Mar Heras Hernández, Joanna Pereira Pérez, Juan Pablo Olmo, Cristóbal Francisco Fábrega Ruíz y María Perla Goizueta, según el orden de aparición de sus escrituras.

Sus narrativas dan cuenta de sus trayectorias académicas y funcionales, en las que se mixturan la preocupación ante el sufrimiento, la necesidad de comprender, y la acción.

3. La jurista Cristina de Amunátegui Rodríguez, como prologuista de la obra, anticipa las claves de lectura de la obra. Nos invita a aproximarnos a los textos "en clave convencional", a fin de que los lectores puedan aquilatar las contribuciones de los trabajos realizados, en aras de la toma de conciencia y de la transformación cultural necesaria para el tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad desde las perspectivas adecuadas, pues "no estamos ante principios teóricos o inspiradores en futuras actuaciones de los legisladores —desde luego imprescindibles—, sino ante reglas directamente aplicables y que deben ser tenidas en cuenta por los jueces".

4. El propio Código Civil y Comercial de la Nación Argentina vigente en la Argentina desde mediados de 2015, interpela a la función judicial en el mismo sentido, desde el Título Preliminar. Así lo expresa la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en voto del Dr. De Lázzari: "[A]unque la nueva normativa parezca reproducir, en muchos casos textualmente, la obra de Vélez, es imposible ignorar que el reciente Código Civil y Comercial fluye de un hontanar diferente y que sus reglas deben ser analizadas, comprendidas y aplicadas desde una perspectiva diversa, a la luz de la influencia decisiva de los arts. 1º y 2º nuevos (...). Es más: de esta primera parte del nuevo Código Civil y Comercial (de sus primeros tres artículos), los sujetos destinatarios somos, ni más ni menos, los jueces" **(1)**.

(1) SCBA, 25/10/2017, "Andrada, Miguel Á. c. Arcuri, Carmen A. s/división de condominio".

"No por meras razones lingüísticas o de expresión, el Código Civil y Comercial en el Título Preliminar, rotuló el capítulo primero: 'Derecho' [arts. 1º a 3º], para luego recién en el segundo aludir a 'La Ley' [arts. 4º a 8º]. Con ello está queriendo significar el legislador el profundo cambio que ha experimentado el derecho desde mediados del S XX y el actual, ya que no se enfatiza la primacía de la ley como fuente, sino, que, por el contrario, se hace referencia a la CN, tratados de derechos humanos, finalidad de la norma, principios y valores. La función del juez se amplía considerablemente, sosteniendo Rodolfo Vigo 'insistamos con una síntesis esquemática de los cambios que nos parecen más relevantes y que tornan al derecho y la cultura jurídica en la segunda mitad del siglo XX notoriamente alterados respecto del escenario decimonónico: 1. La ley deja de ser igual al Derecho, e irrumpe el principialismo; 2. La Constitución (con sus principios y valores) se juridiza y se judicializa; 3. Los derechos humanos se tornan operativos" **(2)**.

5. La obra se compone de dos partes: El marco doctrinario y una selección de jurisprudencia comentada, local e internacional sobre 1. Capacidad jurídica. 2. Igualdad y no discriminación. 3. Derechos personalísimos. 4. Derechos políticos. 5. Institucionalización de adultos mayores.

6. Como parte del marco doctrinario, el trabajo titulado "La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y el discurso jurídico 'por motivos de discapacidad" de la jurista María Graciela Iglesias, distinguida y reconocida exmagistrada de familia en la Argentina, inaugura la obra presentando los grandes temas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad: dignidad, igualdad, igualdad formal y material, discriminación, acciones positivas y ajustes razonables, derechos basados en la discapacidad, tensiones entre lo político y lo jurídico, ajustes razonables, Derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley reafirmado en el art. 12 de la Convención, Distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, Apoyos, Decisiones sobre la vida persona y la comunidad, Mujer, género y discapacidad, Protección específica del hogar, la familia y el derecho a contraer matrimonio, y Derecho a la vida privada y a formar una familia.

7. A continuación, en el artículo titulado "Los derechos de los niños y niñas con discapacidad. Una mirada transversal en clave de derechos humanos", la jurista argentina Silvia Eugenia Fernández, expone con preocupación el panorama actual sobre la situación de niñas y niños con discapacidad en el mundo, quienes exhiben diversas formas y grados de exclusión, que se sustenta en la experiencia de ser definidos y juzgados en función de sus déficits y carencias. Ante ello se requiere el diseño de políticas públicas dirigidas al desarrollo inclusivo de niñas y niños con discapacidad, basado en el enfoque de derechos humanos que emana de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 23 y 2, obs. gral. 9 del Comité sobre los Derechos del Niño sobre el art. 23 de la Convención) y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la que niñas y niños con discapacidad están presentes, no solo en un artículo específico (art. 7º) y en Principios Generales (art. 3º), sino en la totalidad de su articulado, a partir del mismo Preámbulo). A la luz de este enfoque, la autora plantea "las principales situaciones de discriminación múltiple" de niños y niñas con discapacidad y la respuesta que se les debe mediante la aplicación transversal de sus derechos fundamentales, necesariamente acompañada de acciones, políticas y diseños concretos tendientes a la no discriminación y a la igualdad, así como al desarrollo de procesos participativos en favor de niñas y niños con discapacidad. Temas desarrollados: Accesibilidad y diseño universal. Derecho a la salud desde un enfoque basado en la comunidad. Salud mental y políticas públicas. Procesos de patologización de la infancia y clasificaciones emergentes apoyadas en paradigmas biologizantes y normalizadores ajenos a la Convención. Derecho a vivir en familia. Separación familiar e institucionalización. Educación inclusiva en escuela públicas y privadas. Género: niñas y adolescentes con discapacidad. Discriminación múltiple e interseccional de mujeres y niñas con discapacidad en todas sus formas (discriminación directa, indirecta, por asociación, por denegación de ajustes

(2) VENINI, Guillermina, "Efectos derivados de la unión convivencial. ¿Enriquecimiento sin causa o compensación económica? Una decisión desde la perspectiva de género", DFyP 2021 (agosto), 38, con cita a VIGO, Rodolfo, "Argumentación constitucional", JA 2009-III-1061 y ss., AR/DOC/1713/2021.

razonables, y estructural o sistémica). Violencia contra niñas y niños con discapacidad. Capacidad jurídica de niños y niñas con discapacidad.

8. En el siguiente texto, denominado "La perspectiva de género en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", la jurista argentina Agustina Palacios retoma el tema de la interseccionalidad, que desarrolla con maestría encomiable desde sus orígenes. "La interseccionalidad puede ser concebida como un instrumento de análisis, un enfoque, una mirada, un concepto, que describe la interacción entre sistemas de opresión, desde el entendimiento de que nuestra identidad no se encuentra conformada por una categoría, sino por varias. No solo soy mujer, ni soy solo cualquier otra condición, ni tampoco la simple sumatoria de dos o más de dichas condiciones (...). Así, la interseccionalidad como herramienta analítica demuestra que las situaciones de desigualdad se encuentran construidas a partir de varios factores de exclusión".

La autora muestra la manera en que la interseccionalidad permitió mostrar cómo operan sobre una persona diversos sistemas de opresión y discriminación —que no es por adición, sino que se entrecruzan y recaen sobre ella—, en razón de las múltiples dimensiones de su identidad (género, edad, raza, discapacidad, entre otras), tornando así más profunda la exclusión y la denegación de sus derechos.

Expone las intersecciones entre el feminismo y el modelo social, y describe el proceso que llevó a la adopción del texto final del art. 6º, "Mujeres y niñas con discapacidad", de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que se refleja lo que se conoce como la "doble vía", y a lo que se sumó la mirada transversal. La especificidad de la protección de las mujeres y niñas con discapacidad, que consagra dicho precepto, dio "visibilidad a la situación de opresión y discriminación que enfrentan en su vida diaria, pero además trabaja de manera transversal a toda la CDPD con una perspectiva de género que se refleja en temáticas, tales como la salud, violencia, derechos de familia y participación plena y efectiva en la sociedad, entre otros". En este punto, no ha de obviarse el estudio de la obs. gral. 3 sobre Mujeres y Niñas con Discapacidad, en el cual el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad desarrolla estos aspectos en detalle, enriqueciendo los estándares y facilitando la aplicación de la Convención con mayor eficacia.

Finalmente, la autora dedica un acápite de insoslayable y detenida lectura a la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema de justicia".

9. La temática del envejecimiento se introduce con el texto de la jurista María Isolina Dabove sobre "Vejez, discapacidad y autonomía personal", que retomarán el jurista español Cristóbal Francisco Fábrega Ruíz y la magistrada María Perla Goizueta en el último capítulo de la obra sobre Institucionalización de adultos mayores.

Sucintamente, presentaré algunos de los grandes temas planteados por la experta Dabove, cuyo análisis meduloso revela su conocimiento profundo de la problemática desarrollada y su intención de concentrar en tan breve escritura, como es la que hace posible un artículo de una obra colectiva, la evolución, la actualidad y una prospectiva sobre las distintas dimensiones que presentan los aspectos tratados.

En las conclusiones, afirma la relevancia actual de la problemática de la autonomía y de los cuidados de las personas mayores en la actualidad, a partir de dos supuestos: el desarrollo global y multigeneracional del envejecimiento en estos tiempos, además de la existencia simultánea yen expansión de dos generaciones envejecidas, y la necesidad de consolidar el derecho de la vejez.

La autonomía y la atención de las personas mayores con discapacidad y en situación de dependencia constituyen problemáticas que atraviesan todos los ejes del derecho de la vejez: la condición jurídica de la persona mayor y sus atributos, los derechos humanos de autonomía, los de participación, los referidos a los cuidados, el acceso a la justica — tal como es reconocido en el art. 7º, "Derecho a la independencia y a la autonomía" de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Destaca que la autonomía fue concebida históricamente en atención a un concepto de per-

sona abstracta y universal, insostenible en la actualidad. Pues, la vejez supone una serie de modificaciones a nivel físico, psíquico y ocupacional de la persona, que se traducen en un cambio en la autovaloración, en su relación con la sociedad y, principalmente, en su inserción familiar. Esta situación da lugar a una crisis de la identidad denominada "gerontoadolescencia", que las personas mayores padecen, a raíz de la cultura ambivalente sobre la vejez. Señala que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, jerarquizada constitucionalmente en el derecho argentino, maximiza la regla de la capacidad plena en el art. 12, cuyo texto adoptó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en el art. 30.

La autora vislumbra y augura, con el correr del tiempo y a la luz del estándar dimanante del art. 30, la expansión de la línea jurisprudencial que viene promoviendo y ampliando el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las personas mayores, en contraposición a aquellas decisiones judiciales y posturas basadas en prejuicios "viejistas" que asocian edad avanzada a proceso involutivo personal, en las que se sustentan tantos pedidos abusivos de restricción de la capacidad.

10. Con el artículo titulado "Capacidad e incapacidad en el derecho italiano entre derechos humanos y catástrofes jurídicas", Emanuele Calò, jurista italiano especialista en derecho internacional privado, cierra la primera parte de la obra con un análisis de problemas que surgen en materia de capacidad e incapacidad, a luz de la legislación italiana y su jurisprudencia, incluyendo la legislación argentina. En el texto, el autor considera que "la administración de sostén italiana es, simplemente, una *tailored measure*, un tipo de declaración de incapacidad moldeado según el problema específico de la persona a la que se aplica, mientras la incapacidad absoluta (interdicción con la consiguiente tutela) y la inhabilitación (con la consiguiente curatela) eran y son medidas rígidas que carecen de cualquier posibilidad de adaptarse a la situación específica de la persona a la que se aplican". Asimismo, exhibe y explica las problemáticas que se derivan de la ley italiana 219 sobre consentimiento informado y disposiciones informadas de tratamiento, al no autorizar ni prever que los parientes puedan autorizar operaciones quirúrgicas. Finalmente, concluye que "seguir albergando en el mismo Código, a la interdicción, inhabilitación y administración de sostén, si no es una catástrofe, se le asemeja bastante".

11. En el primer artículo sobre jurisprudencia comentada en materia de capacidad jurídica, denominado "Restricción de capacidad de obrar desde el prisma convencional. La historia de Daldo", el notario Leonardo B. Pérez Gallardo —además codirector de la obra— describe los hechos y expone y analiza los fundamentos de "una de las primeras sentencias cubanas que aplica la CDPD, en el sentido de no declarar la incapacitación de una persona con discapacidad intelectual", que además era autor de obras de arte aplicadas. La sentencia restringe el ejercicio de la capacidad jurídica, a la vez que nombra como apoyo a la madre. El autor expresa su beneplácito ante sentencias de este tipo, que se apartan de las clásicas instituciones de guarda y cuidado previstas en el Código de Familia de 1975 aún vigente. En particular, califica la labor llevada adelante por sus artífices, como "un acto de valentía de los operadores jurídicos que trabajan en el caso, tanto de la abogada como de los jueces, a la vez que un canto épico a favor de la justicia, la dignidad y los derechos de las personas con discapacidad".

12. A continuación, la jurista María Graciela Iglesias en un artículo titulado "La persona en situación de discapacidad como protagonista de su vida. El proceso judicial y una disidencia que aclara", expone un caso bonaerense que llega a la Suprema Corte de Justicia provincial, luego de la intervención de un juzgado de familia y de la Cámara Civil, que resolvieron basando "sus decisiones en el diagnóstico, en el modelo médico, sin valorar barreras, las demás condiciones, el desarrollo de su personalidad jurídica, sus capacidades, todo lo que realizaba mucho más allá de un diagnóstico". Es un caso de interés, que da cuenta de una problemática —el cruce entre Seguridad Social y discapacidad— que se plantea en forma recurrente ante la justicia de familia, a pesar de que, como la autora explicita y funda ampliamente, no requiere la intervención judicial: el trámite de las pensiones. Por lo que, es el organismo previsional correspondiente "el que debe formular los ajustes razonables para la accesibilidad de las personas

con discapacidad a la Seguridad Social," sin derivarlos innecesariamente a la justicia. Agrega que, tanto la ley nacional como la provincial y su reglamentación no requieren que la persona con padecimiento mental deba gestionar un proceso de capacidad para el goce la prestación previsional, ni siquiera lo era con anterioridad a la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (insania-curatela). Incorpora un dato de enorme interés y utilidad: la resolución de la Dirección de Asuntos de la ANSES, que da a conocer la circular 35/2008 sobre tramitación de los beneficios de pensión para las personas con discapacidad del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, mediante la cual el 8 de junio de 2008 su servicio jurídico dictaminó que no existe en estos casos un impedimento legal que se presente como un obstáculo para que el pago de la prestación pueda ser efectuado al propio solicitante. En el trabajo se analizan sus antecedentes y el problema en detalle, para proveer a los operadores, tanto de la abogacía como de la justicia, los elementos necesarios para que se instale y consolide una práctica acorde con la normativa vigente, no solo convencional sino también legal atento a lo explicitado, ya que "no existe normativa alguna que imponga este deber [se refiere al trámite judicial previo de insania-curatela, en su momento, o de capacidad en la actualidad], sino un [mero] protocolo de actuación en el formulario de solicitud". Como se expresa en el voto del Dr. De Lazzari del fallo comentado, que la autora califica como "un voto humanista y pleno de sentido del orden de los repartos" que se contrapone a la denegación de derechos cometida por las dos instancias anteriores en el caso: "no ha mediado el respeto pleno a la capacidad jurídica de las personas con tratamiento psiquiátrico cuando expresamente se señaló que no necesitaba de la función de un curador para que lo representara", pues el interesado "con esta errónea derivación resultó arbitrariamente condicionado a un proceso judicial de restricción de capacidad jurídica como medio para acceder al beneficio legal".

13. En el artículo siguiente de Emilia Bustamante Oyague, titulado "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad frente al proceso de interdicción judicial ante los cambios normativos en el Código Civil peruano y un fallo jurisprudencial importante: Caso Segovia Soto", la magistrada de la Corte Superior de Justicia de Lima destaca el valor que reviste esta sentencia dictada en 2014 por la Corte Superior de Justicia de Lima en un "amparo contra resoluciones judiciales" —antes de la reforma del Código Civil y del Código Procesal Civil de 2018 que adecuó las normas internas referidas a la capacidad jurídica de las personas a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Pues, en él se trata precisamente el cuestionamiento a las sentencias emitidas en un proceso de interdicción civil, utilizando el proceso de "amparo contra resoluciones judiciales" en el cual el demandante esgrime como sustento que él fue declarado interdicto por petición judicial de sus hermanos, y que en el proceso de interdicción no se le ha aplicado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Destaca la magistrada que el juez constitucional consideró efectivamente que la motivación de las sentencias adolecía de serias omisiones o vicios, y por ello declaró fundado el proceso constitucional y declaró la nulidad de las resoluciones emitidas en el proceso civil y nombramiento de curador, "dejando expresa mención a que habrá que pronunciarse en las futuras sentencias, sobre este aspecto central: sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". Observa la autora que la posterior modificación del Código Civil y del Código Procesal Civil peruano referidos a la capacidad jurídica de las personas, a fin de adecuar la normatividad interna a la Convención, ha cambiado favorablemente el panorama de la solución del caso.

14. En el texto titulado "Análisis de un fallo ejemplar sobre determinación de la capacidad jurídica a la luz de los postulados internacionales", la jurista argentina, Ángeles Baliero de Burundarena, califica el fallo de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia como "una sentencia ejemplar porque resulta 'a la medida' de la persona que encuentra afectada su salud mental", en la que se "conjugan y aplican todos y cada uno de los postulados vigentes en materia de salud mental" —la excepcionalidad en la restricción al ejercicio de la capacidad", "la restricción al ejercicio de la capacidad 'en beneficio de la persona' y "la interdisciplinariedad", que en el caso ejerció una influencia apreciable en "los avances en el estado de salud" de la persona.

En efecto, en este caso la Alzada revocó la sentencia de origen sobre determinación de capacidad jurídica de un joven con padecimiento mental, por encontrarla "dogmática", "descontextualizada y despersonalizada", al haberse dictado sin tener en cuenta el sustento fáctico —máxime en un caso en el que los resultados del apoyo interdisciplinario y los informes interdisciplinarios daban cuenta de la evolución favorable del joven y del exceso que significaba una restricción tan amplia como la impuesta en la sentencia de grado en cuanto había restringido más allá de lo necesario la capacidad de ejercicio— e ignorando "las herramientas transformadoras que pone al alcance de nuestra mano la normativa convencional con jerarquía constitucional contenida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación para que —en forma concreta, efectiva y real— se tienda siempre a promover la autonomía y dignidad de la persona en este tipo de procesos".

15. Seguidamente, un memorable fallo de la prestigiosa Corte Constitucional de Colombia, el auto 173 de 2014, dio motivo al comentario exhaustivo y minucioso del jurista Federico Isaza Piedrahieta, titulado "Apoyos en el conflicto: la aplicación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el proceso de justicia transicional en Colombia". El fallo comentado y los antecedentes incorporados al análisis dan cuenta de la violación de derechos humanos de las personas con discapacidad que integran poblaciones desplazadas en razón del conflicto armado en Colombia.

Señala el autor, que en tan memorable fallo, el punto 5, "relacionado a las limitaciones a la capacidad jurídica y al acceso a la justicia de esta población, es un elemento de análisis único en el derecho comparado (...) pues si bien se han realizado diversos análisis en el mundo sobre la situación de personas con discapacidad en escenarios de violación a derechos humanos en ocasión de conflicto armado, lo que hace la diferencia en esta sentencia es "el análisis de la falta de reconocimiento al derecho de la capacidad jurídica, como elemento central del derecho a la igualdad ante la ley, particularmente de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, en el marco del conflicto armado", que sigue siendo una tarea pendiente a nivel mundial como surge de las investigaciones y análisis que enfocan el problema desde el enfoque de la afectación de la salud mental —como nos aclara el autor en relevante nota al pie.

La sent. T-025 de 2004 y el auto 006/09, que también se analizan minuciosamente en el texto, constituyen antecedentes relevantes de innegable interés para aquilatar el fenómeno de reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en Colombia, particularmente en contextos de conflicto armado.

En la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional de Colombia —acumulando 108 expedientes del que surgía que 1.150 familias de distintas zonas del país—había utilizado la figura del "estado de cosas inconstitucional (ECI)" para dar cuenta y proteger los derechos de millones de personas desplazadas en razón del conflicto armado en Colombia que, ante el olvido institucional, la falta de políticas públicas eficaces e idóneas en materia de atención y la inexistencia de un trato urgente y preferente, se encontraban en situación una situación de violación de derechos humanos considerada como masiva, sistemática y persistente.

Cabe destacar que la ECI es una categoría aportada por Colombia a la teoría y a la práctica constitucional que permite, "ante casos de violaciones masivas a derechos humanos, de un número amplio de personas, y por la propia omisión o inefectividad de medidas para repararlas por parte de las entidades estatales, el tribunal constitucional pueda ordenar medidas concretas que pueden extenderse mientras se resuelve la situación estructural de vulneración".

En dicho antecedente, ya se habían reconocido las particularidades y necesidades propias de aquellos grupos poblacionales dentro de la población desplazada, evidenciando las situaciones propias que afectaban de manera más grave a grupos que gozan de especial protección constitucional, y por lo tanto están expuestos a riesgos distintos en razón de su situación, además de ser personas desplazadas.

En 2009, entre varios autos la Corte expidió el auto 006 sobre adultos mayores y personas con discapacidad, que fue la primera providencia ju-

dicial que contempla la afectación de derechos de la población con discapacidad, aquejada por el desplazamiento en razón del conflicto armado en Colombia. Este fallo pretendió establecer la necesidad de que el enfoque diferencial de la discapacidad (enfoque diferencial de desplazamiento y de discapacidad como agravante de la discapacidad) transversalizara todos los mecanismos de garantía de derechos para la población que se hallara en dicha situación, desde las instituciones estatales. Posteriormente el enfoque diferencial y el derecho a la reparación integral, en el contexto del conflicto armado colombiano, revistieron una importancia crucial con la ley 1448 de 2011 sobre Protección de Víctimas y Restitución de tierras.

Así se llegó al auto 173 de 2014, expedido por la Corte Constitucional iniciando una nueva etapa de revisión sobre los avances en materia de desplazamientos y discapacidad, en calidad de seguimiento a las ordenes emitidas en el auto 006 de 2009, pero esta vez en el contexto de la Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras debido a su precario cumplimiento en materia de hechos victimizantes.

Lo que distingue al auto 173 de 2014, como único a nivel mundial, es que identifica a la exigencia previa de la declaración de interdicción como una barrera que se interpone ante las personas con discapacidad intelectual y psicosocial desplazadas, para acceder al derecho consagrado en la Ley de Victimas y Restitución de Tierras, en igualdad de condiciones con los demás.

A partir del modelo social de la discapacidad, "en sintonía con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", la Corte considera que "una de las barreras actitudinales y jurídicas a las cuales se enfrentan las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial, es su poco reconocimiento como sujetos de derecho ante la ley, reflejado en las limitaciones y obstáculos para ejercer su capacidad jurídica" (negación a tomarles declaración, que son tachadas en su validez cuando se toman; menosprecio de su aptitud para recibir y administrar las ayudas, y para decidir su propio proyecto de vida; considerar que siempre necesitan el acompañamiento de un tercero para que tome decisiones por ellas).

La Corte Constitucional reconoce que estas suposiciones no solo obedecen a prejuicios y estigmas sociales arraigados en la forma de entender la discapacidad, sino que, principalmente, se derivan de un régimen legal de capacidad jurídica que —a 29 de junio de 2019— seguía partiendo de la idea de que hay personas que deben ser incapacitadas debido a la existencia de una discapacidad.

La realización de un análisis constitucional-convencional, como el que desarrolla la Corte —al fundar el auto 173 en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la interpretación hecha por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad— es un avance importante para resaltar la importancia de reconocer y garantizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; "hacerlo en el marco de un conflicto armado, reconociendo las barreras propias de las personas con discapacidad es un logro aún mayor" —dice el autor con acierto.

Aunque, lo más rescatable del fallo —a su juicio— es la orden de la Corte, en relación con la obligación general establecida en el art. 4.1.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según la cual los Estados deben "adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos de la presente Convención".

Así lo expresó la Corte Constitucional: "el Estado ha adquirido la obligación de transformar estas prácticas legales y sustituirlas por mecanismos de toma de decisiones con apoyo que permitan que las personas con discapacidad puedan participar de sus decisiones y sean la voz principal en la determinación de su proyecto vital".

En ese marco, la Corte emitió "dos órdenes vitales" en aras del reconocimiento pleno de la capacidad jurídica: una, propia para el contexto de atención y reparación integral, especialmente frente a la reparación administrativa (implicando entregas de dinero), a fin de evitar la revictimización y las barreras que implican para este derecho la solicitud de interdicción; la otra, con objetivos de largo plazo y para evitar que dicho reconocimiento se circunscribiera a los proce-

sos de atención y reparación integral. La primera, fue la Elaboración de un Protocolo de toma de decisiones con apoyo; la segunda, una Estrategia para la formación de funcionarios en derechos de las personas con discapacidad, con especial énfasis en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Concluye el jurista colombiano con una reflexión sobre el impacto negativo que ejercen las formas de lectura jurídicas que, en lugar de hacer lugar, crear espacios para voces heterogéneas y ampliar espacios de subjetivación en plural, lo jaquean, enlenteciendo los procesos de reconocimiento de derechos y produciendo con ello los consabidos daños y tanto sufrimiento evitable. Por esa vía, un sistema multifacético de opresión, desigualdad y exclusión se sigue reproduciendo al ignorar las lecturas "en clave convencional", como la adoptada por el auto 173 de 2014 de la Corte Constitucional de Colombia, que el autor analiza con cuidado y precisión para hacer visible la situación de discriminación de las personas con discapacidad, especialmente con discapacidad psicosocial e intelectual, en contextos de conflicto armado. Lamentablemente, "[c]omo suele suceder, muchas de las disposiciones legales y jurisprudenciales tienen dificultades prácticas en su aplicación, especialmente por interpretaciones jurídicas erróneas y prejuicios y estigmas derivados de creencias culturales".

16. El primer artículo sobre jurisprudencia comentada referida a Igualdad jurídica y no discriminación se titula "De vulnerabilidad y derechos: la (no) adopción en su lugar", en el cual la jurista argentina Marisa Herrera analiza un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya relevancia radica: 1) en "la fuerza ética (...) que tiene en el ordenamiento jurídico argentino y la consecuente fortaleza jurídica", 2) en que, por primera vez, se expide sobre el entrecruzamiento de varias vulnerabilidades en dos planos: a) la madre con discapacidad intelectual, y b) el hijo, persona menor de edad, que titulariza —entre tantos otros— el derecho a vivir en familia, ambos signados por carencias y restricciones socioeconómicas, y un hermano menor (afectado indirectamente, en virtud de la separación fraterna), c) en que "profundiza sobre una cuestión clave en el campo de la adopción: cuándo, qué situaciones fácticas, cuál es el lugar de la adopción en el obligado contexto constitucional-convencional que rige el derecho civil contemporáneo".

En primer lugar, la jurista argentina describe la plataforma fáctica y hace un relevamiento de los argumentos sobresalientes del fallo de la Corte federal para modificar la decisión adoptada en las dos instancias anteriores. Destaca la labor desarrollada, tanto por la Defensoría General de la Nación como por la Procuración General; la primera, focalizando sus dictámenes en la vulneración/satisfacción de los derechos de los niños, y la segunda, en los derechos de la madre y su situación de vulnerabilidad al ser una mujer con discapacidad intelectual y fuertes carencias socioeconómicas, a los que la Corte remitió para resolver del modo en que lo hizo.

Se trata de un fallo con argumentos sólidos en términos constitucionales, convencionales y legales, de conformidad con el plexo normativo vigente, pues como dice con acierto la autora, "se podría incurrir en responsabilidad internacional si se hubiera procedido a declarar la adoptabilidad de un niño cuya madre, con el consecuente sistema de apoyos en sentido amplio, no solo reclama vincularse con su hijo desde el primer momento, sino que sostuvo y demostró tal actitud tal actitud durante todo el proceso a tal punto que el caso llegó a la máxima instancia federal".

En efecto, a partir del bagaje normativo constitucional-convencional e infraconstitucional, "la discapacidad como la pobreza o carencias socio-económicas, no pueden ser causales hábiles para separar a un niño de su familia de origen o ampliada". Por lo que deben implementarse las acciones positivas conducentes al fortalecimiento y potenciación de la madre con discapacidad para que pueda hacerse cargo de sus hijos, tanto del que ya convive con ella con del que se encuentra en especial situación de vulnerabilidad debido a su institucionalización. "Es decir, la adopción solo es posible cuando la familia de origen (en este caso, una madre con discapacidad) no puede proporcionarle los cuidados tendientes a satisfacer las necesidades afectivas y materiales (en este orden) a un hijo; y para realizar tal evaluación, es clave que quien está en mejores condiciones, como es el Estado,

brinde todas las herramientas para tal fin. En otras palabras, la discapacidad intelectual leve como la que presenta C. M. L. en atención a que ello no le imposibilita cuidar y hacerse cargo de su segundo hijo, y la falta de recursos económicos, no son argumentos constitucionales, convencionales y legales para que la adopción sea considerada la figura hábil a fin de dar respuesta al problema planteado".

Dedica un acápite a la incidencia del tiempo en este tipo de procesos, en el que hace dos consideraciones críticas de interés y además atinentes a datos innegables de realidad que —desde la perspectiva del modelo social— erigen barreras al acceso a sus derechos para una mujer en situación de discapacidad y de pobreza y para sus hijos. Me refiero a las inadecuadas "acciones positivas" o "apoyos" (según la perspectiva de análisis que se adopte), a fin de fortalecer los vínculos afectivos entre la madre y el niño, o en algunos casos la ausencia. Ante esta situación se pregunta la autora "¿Cómo es posible fortalecer lazos de afectos mediante herramientas institucionales que logran el efecto contrario, impedir, dificultar y por ende, retrasar cualquier acercamiento entre la madre, el niño, su hermano y demás referentes familiares?", "¿Quién descuida a quién primero? ¿La madre a su hijo, o el Estado a la madre para que esta pueda hacerse cargo efectivamente de su niño?". Lo que la lleva a otra consideración crítica "que denota la perversión del sistema de la adopción en el ordenamiento jurídico nacional: el paso del tiempo", debido a la búsqueda de políticas públicas adecuadas para el caso que insume un tiempo que conspira contra el vínculo madre e hijo, en lugar de afianzarlo, con la consiguiente afectación del derecho a la identidad derivada del transcurrir del tiempo y de la menor interacción entre ambos A lo que se agregan los tiempos del proceso, de innegable trascendencia a la luz del interés superior del niño. "A todos estos expedientes debería dárseles prioridad en el trámite precisamente, porque el paso del tiempo consolida o profundiza situaciones de vulnerabilidad".

17. En el texto denominado "Personas con Síndrome de Tourette y programa televisivo", la jurista María Angélica Sotomayor Saavedra, comenta las sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile y por la Corte Suprema de Chile, en el caso que afectó en 2016 a las personas con Síndrome de Tourette mediante la emisión de un programa televisivo, en el que fueron objeto de mofa, caricaturización y ridiculización. En ambos fallos confrontan el Derecho interno y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con resultados diversos, ya que el fallo de la Cámara fundado en el modelo social de la discapacidad es favorable y el dictado por la Corte Suprema es revocatorio con sustento en los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de Chile, relativos a la libertad de expresión y a la libertad de creación artística.

Luego de una descripción exhaustiva de los hechos, la jurista desarrolla los argumentos jurídicos invocados por la Fundación Amigos de Tourette Chile en la acción de protección de garantías constitucionales deducida en contra de Red de Televisión Chilevisión SA, expone la normativa aplicada por la Cámara de Apelaciones para resolver en sentido favorable a lo peticionado y la aplicada por la Corte Suprema para decidir en sentido contrario, revocando el fallo de la Alzada. Menciona que el fallo dictado en primera instancia se había basado, tanto en el derecho interno como en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Chile en 2008.

En primer lugar, la autora señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha dictado sentencias contra el Estado de Chile relacionados con personas en situación de discapacidad, aunque cabe señalar que el tribunal regional ha dictado varios fallos en la materia contra otros Estados: "Furlan y familiares vs. Argentina", "González Lluy y familiares vs. Ecuador", "Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica" y "Chinchilla Sandoval vs. Guatemala".

La Cámara de Apelaciones aplicó las normas del derecho interno e *in extenso* la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Su sentencia, a pesar de haber sido revocada por la Corte, es considerada por la autora como "un elemento doctrinario y de trabajo de gran importancia". En el mismo sentido, fue apreciado por la experta María Soledad Cisternas "toda vez que desarrolló ampliamente las temáticas del respeto del derecho a la honra, dignidad y la no discriminación, con una ade-

cuada ponderación de estos derechos en relación con la libertad de expresión esgrimida por el canal de televisión como empresa comercial que en un segmento humorístico insistía en el estereotipo de una persona con discapacidad, Síndrome de Tourette, burlándose y ridiculizando la situación en que se encuentran quienes presentan esta discapacidad".

La argumentación de la Corte Suprema priorizó la libertad de expresión, consagrada en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el derecho a la creación artística, por sobre el derecho a la honra y a la no discriminación consagrados en la Convención sobre los Derechos de las Persona con Discapacidad.

Agrega la autora que la Convención consagra una mirada más actual, comprehensiva y moderna, contrariando las violaciones e invisibilización histórica de las personas que se encuentran en situación de discapacidad.

Por otra parte, observa que la sentencia de la Corte Suprema no contribuye al compromiso asumido por el Estado chileno, con fundamento en el art. 8º "Toma de conciencia" de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de sensibilizar y fomentar el respeto de los derechos y de la dignidad de las personas con discapacidad; superar estereotipos, perjuicios y prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género y en la edad; promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad; fomentar actitudes receptivas respecto de sus derechos; promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad; y promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones, y alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la Convención, establecido en su art. 1º.

Por su pertinencia, cabe puntualizar la relevancia que reviste la obligación general de los Estados parte, asumida en virtud del art. 4.1.e) de la Convención: "Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a: (...) e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad".

La jurista chilena comparte su preocupación ante la posibilidad de nuevos programas de este tenor y los eventuales daños, que debieran demandarse en cada caso en sede judicial. Menciona asimismo que llama la atención que el caso no se haya llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y destaca la importancia del rol que desempeñan las asociaciones de o vinculadas a las personas que se encuentran en situación de discapacidad.

Citando al Tribunal Constitucional de Colombia, la autora concluye su trabajo lamentando las consecuencias discriminatorias que posibilitan este tipo de programas: la persistencia de "ciertas actitudes hacia la discapacidad, tales como el miedo, la ignorancia, el prejuicio o la creación de estereotipos, que condicionan desfavorablemente las reacciones humanas que deben afrontar las personas que viven con una discapacidad; la imposición de barreras físicas (...) que limitan la movilidad y la interacción social de las personas con discapacidad; y el desarrollo de obstáculos institucionales —en la legislación, las políticas públicas, las prácticas y los procedimientos seguidos por las autoridades, los empleadores privados y las empresas— para el desenvolvimiento normal y digno de esta categoría de personas; y que estas barreras someten a las personas con discapacidad a existencias dependientes, segregadas y excluidas, que las condenan al paternalismo y la marginalidad, lo cual es inadmisible en el marco de un Estado construido sobre la base del respeto por la dignidad humana" **(3)**.

18. En el último artículo sobre jurisprudencia en materia de Igualdad y no discriminación, titulado "Quiebra de la equiparación entre hijos menores de edad y mayores con discapacidad en la atribución del uso de la vivienda familiar" la profesora e investigadora Gloria Díaz Pardo

(3) Sent. T-810/11 del Trib. Const. Colombia, 28/10/2011.

comenta un fallo del Tribunal Supremo español que fija un nuevo criterio, que implica "un cambio de orientación en la doctrina jurisprudencial en cuanto a la valoración jurídica que reciben los hijos mayores de edad con discapacidad respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia conyugal como consecuencia de una crisis matrimonial".

A partir de esta sentencia "se rompe la equiparación entre los hijos menores de edad y los hijos mayores con discapacidad, a efectos de no incluir a estos últimos en el art. 96.1 del Cód. Civil, contrariamente a lo que se venía manteniendo por el Tribunal Supremo con anterioridad", ello justificado en la prevalencia del derecho a la propiedad privada sobre el carácter indefinido de la discapacidad y, por otro, en que los cónyuges deben situarse en un plano de igualdad, incluyendo que las decisiones deben ser adoptadas por la propia persona afectada y no por su madre.

Por lo que, "ahora, independientemente de que esté o no incapacitadas judicialmente, el mero hecho de alcanzar la mayoría de edad las excluye del art. 96.1".

Dice la autora: "Las diferentes argumentaciones parecen situar en un mismo nivel, derechos de contenido económico y derechos personales y sociales para después hacer primar los primeros sobre los segundos". Entiende que "la falta de equiparación entre hijos menores y mayores con discapacidad, excluyendo automáticamente a estos del uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial, supone un retroceso en la protección de las personas con discapacidad. Considerar más digno de protección el derecho a la propiedad privada del progenitor que la necesidad de vivienda de la hija resulta ser un argumento de supremacía en la protección del patrimonio sobre el valor de la persona". Pues si bien, "[e]s cierto que los progenitores deben situarse en un plano de igualdad en cuanto a las obligaciones sobre los hijos, menores o mayores, con capacidad plena o con alguna discapacidad, (...) este principio de igualdad debe predicarse en todos los ámbitos de protección. No obstante, el juzgador centra el principio de igualdad, de nuevo, en el aspecto económico (pago de alimentos a través de la pensión que corresponda)".

En efecto, "se redirecciona la protección a la hija con discapacidad, desde el derecho a mantenerse en la vivienda familiar con la madre y guardadora de hecho, hacia la prestación de ayuda derivada del derecho alimentario".

En la conclusión de su comentario crítico al fallo, la jurista considera que "este cambio de dirección en la doctrina jurisprudencial, con los argumentos que se aducen para ello, no nos parece ni adecuado ni oportuno, máxime cuando en nos encontramos en un momento en que en el plano nacional e internacional se está reforzando la protección de la persona con discapacidad, protección que en esta sentencia decae".

19. A continuación, abre la selección de jurisprudencia sobre derechos personalísimos un texto titulado "Las personas con discapacidad y los derechos personalísimos" de las escribanas Marcela Viviana Spina y Otilia del Carmen Zito Fontán, de calificada trayectoria en el estudio de la armonización del derecho local a los tratados internacionales de derechos humanos —específicamente a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en intersección con los demás instrumentos internacionales de derechos humanos— en materia de capacidad de ejercicio de la persona humana.

Las autoras analizan un fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Río Negro sobre el ejercicio de la voluntad procreacional por parte de una persona que no había podido otorgar su consentimiento previo, libre e informado para tan personalísima decisión, que se hallaba en un estado de conciencia mínima y en el que no resultaron de utilidad los apoyos para conocer sus deseos y preferencias.

Desde una "bioética fundada en los derechos humanos" o desde una "bioética consciente de la discapacidad" —en términos de la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad (ONU)— , las escribanas exploran la normativa local e internacional y los antecedentes jurisprudenciales, a fin de ofrecer herramientas jurídicas adecuadas (arts. 59 y 2462, Cód. Civ. y Com.) para resolver este tipo de casos garantizando el ejercicio de estos derechos

personalísimos, en un marco de respeto por la autonomía personal y la dignidad inherente de toda persona, que podrían verse conculcados por falta de participación de la persona en la toma de decisiones de tal trascendencia vital. Cierran el texto expresando la necesidad de difundir y educar en los nuevos paradigmas a fin de facilitar las tomas de decisiones y anticipar directivas para el ejercicio de los derechos personalísimos.

Cabe recordar que, en el mismo sentido, la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas ha expresado que "es necesario volver a una bioética fundada en los derechos humanos. La bioética debería avanzar hacia una "bioética de la discapacidad" o una "bioética consciente de la discapacidad" que reconozca los derechos y las preocupaciones de las personas con discapacidad prestando gran atención a sus propias opiniones, necesidades y decisiones éticas. A fin de contar con una base sólida para la reflexión ética teórica y la formulación de políticas, la bioética debe disponer de una base empírica suficiente asentada en la realidad de la vida de las personas con discapacidad. El debate bioético debe impregnarse de las normas de derechos humanos y las preocupaciones relativas a las personas con discapacidad. Si bien la bioética se ha comprometido a promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos (Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, art. 2º), todavía no ha incorporado los derechos de las personas con discapacidad, consagrados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" **(4)**.

20. Seguidamente, se incluyen dos textos sobre el "derecho humano universal a contraer matrimonio por las personas con discapacidad", en particular, con discapacidad psíquica.

En el primero de ellos, titulado "Matrimonio, discapacidad e igualdad jurídica", la jurista María del Mar Heras Fernández comenta un fallo del Tribunal Supremo español con el objetivo de analizar "las bases jurídicas del ejercicio del derecho humano universal a contraer matrimonio por personas con discapacidad psíquica en igualdad de condiciones que el resto", reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y en particular en el art. 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El fallo del Tribunal Supremo que casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia desestima la demanda de nulidad matrimonial interpuesta por las tres hijas del fallecido, con fundamento en el principio *favor matrimonii,* en la presunción de capacidad para prestar el consentimiento matrimonial, agregando que "la modificación judicial de la capacidad de una persona no impide que esta pueda prestar válidamente el consentimiento matrimonial, toda vez que el hecho de padecer una discapacidad intelectual no determina *per se* la necesaria ausencia del consentimiento matrimonial, ni por ello conduce necesariamente a la nulidad del matrimonio, que habría que comprobar al momento de la celebración".

El interés de la autora se centra en la problemática actual de los matrimonios celebrados por personas de avanzada edad, considerando que es necesario comprobar la aptitud matrimonial de las personas que contraen matrimonio en edades avanzadas, a fin de evitar la manipulación emocional, las influencias indebidas y las captaciones de la voluntad. Para prevenir ese riesgo deben adoptarse cautelas legales para garantizar que la decisión sea adoptada de manera libre, consciente y voluntaria, de conformidad con lo que establece el art. 12.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la obs. gral. 1 del Comité

(4) A/HRC/43/41, Asamblea General, Naciones Unidas, 17/12/2019, párr. 25. Estudio temático de la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre los efectos del capacitismo en la práctica médica y científica. En su informe la relatora examina el modo en que el capacitismo se refleja en la legislación, las políticas, las costumbres y las prácticas relativas a la prevención, la curación y la muerte asistida. El informe contiene recomendaciones para ayudar a los Estados partes a diseñar y realizar reformas jurídicas y de política orientadas a integrar la discapacidad como parte de la diversidad humana, en consonancia con las normas establecidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esto incluye adoptar medidas para la toma de conciencia, implementar políticas de prevención basadas en los derechos, respetar y proteger la autonomía personal, el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal de las personas con discapacidad y fomentar la participación de estas en la adopción de decisiones.

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad **(5)**. En los párrafos 20 a 22 el Comité interpreta el art. 12.4 de la Convención sobre salvaguardias adecuadas y efectivas para el ejercicio de la capacidad jurídica, enfatizando que el objetivo principal de las salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos y la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores.

En este marco convencional, señala la autora que, en el derecho español, la nueva redacción del art. 56 del Cód. Civil articula una serie de apoyos para facilitar la expresión del consentimiento matrimonial en los casos de personas que mantienen sus capacidades volitivas o cognitivas suficientes para tomar por sí mismas la decisión de contraer matrimonio, pero presentan dificultades para expresar dicho consentimiento. A esos fines se diseña un amplio modelo de apoyos humanos, técnicos y materiales necesarios para facilitar la emisión, interpretación o recepción del consentimiento matrimonial.

Entre otras salvaguardias legales mencionadas por la autora, merece una mención el previo dictamen médico, que conforme a la reforma del art. 56 mencionada solo se exige en los casos en los que las condiciones de salud sean aparentemente de tal gravedad que comprometan de manera categórica, grave y sustancial la capacidad volitiva y cognitiva del contrayente, y que la autora nos advierte que por afectar a personas con ciertas discapacidades psíquicas leves o moderadas, se considera "un elemento diferenciador, y por tanto, un trámite discriminatorio".

21. El segundo texto, titulado "Permiso para contraer matrimonio, Señor/a juez/a, ¿me puedo casar?", la jurista argentina Luz María Pagano, que dirige magistralmente esta obra con el notario Leonardo Pérez Gallardo, da cuenta de su preocupación ante jurisprudencia que se halla en discordancia con el modelo social de la discapacidad, y le asiste razón. Pues, seguimos hablando de "los nuevos paradigmas" de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando el tratado fue firmado en Naciones Unidas en 2006, suman en la actualidad 184 los Estados que la han ratificado o han adherido a ella, y además la Argentina le ha reconocido jerarquía constitucional **(6)**.

En el fallo analizado por nuestra reconocida jurista, dictado en el marco de la etapa de revisión de sentencia prevista en el art. 40 del Cód. Civ. y Com., la Cámara convalidó la sentencia del juez de grado que restringe la capacidad jurídica de una persona a alterar su estado civil, vale decir la "decisión personalísima" de contraer matrimonio, debiendo recurrir a la previa dispensa judicial para ejercer dicho derecho prevista en el art. 405 del Cód. Civ. y Com.

La autora sostiene que los derechos a contraer matrimonio y a fundar una familia de las personas con discapacidad se encuentran específicamente garantizados por el derecho internacional de los derechos humanos, tanto regional como internacional, y expone detalladamente los instrumentos internacionales que sustentan su afirmación, incluyendo la perspectiva de género conforme a una metodología interseccional (obs. gral. 3º del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Desarrolla la normativa nacional que se "ha hecho eco" del cambio de paradigma de la normativa internacional, en particular la Ley Nacional de Salud Mental (ley 26.657) y el Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo art. 31 establece reglas generales en materia de restricción de capacidad de ejercicio, destacando entre esas reglas el "beneficio de la persona", y así va desgranando los argumentos del fallo en análisis, a la vez que expone posiciones interpretativas alternativas que enriquecen el repositorio conceptual del jurista.

(5) CRPD/C/GC/1, obs. gral. 1 sobre art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: "Igual reconocimiento como persona ante la ley", Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Naciones Unidas, 19/05/2014, párrs. 20-22.

(6) Ley 26.378, aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ley 27.044, jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Finalmente, cabe recordar en este punto que la obs. gral. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad citada previamente, en el párrafo 21 el Comité afirma que "[e]l principio del 'interés superior' no es una salvaguardia que cumpla con el art. 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás".

En el mismo sentido, en el párrafo 27 sobre las formas que pueden revestir los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, el Comité puntualiza que "todos esos regímenes tienen ciertas características en común: pueden describirse como sistemas en los que i) se despoja a la persona de la capacidad jurídica, aunque sea con respecto a una única decisión; ii) puede nombrar al sustituto que tomará las decisiones alguien que no sea la persona concernida y ese nombramiento puede hacerse en contra de su voluntad; y iii) toda decisión adoptada por el sustituto en la adopción de decisiones se basa en lo que se considera el "interés superior" objetivo de la persona concernida, en lugar de basarse en su propia voluntad y sus preferencias".

22. Con el artículo titulado "Nulidad de testamento notarial otorgado por persona con discapacidad intelectual al amparo de las salvaguardias que establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Protección o desprotección de su última voluntad?", la notaria Joanna Pereira Pérez analiza la sentencia del Tribunal Supremo cubano que declara la nulidad de un testamento notarial otorgado por una persona con discapacidad intelectual, por no haber cumplido con: 1) una formalidad esencial del negocio al no haber expresado el notario autorizante en el cuerpo del instrumento, la forma cierta en la que pudo comunicarse con la testadora (requisito inexistente en el ordenamiento jurídico civil cubano), y 2) por no haber exigido testigo idóneo para ello — todo con fundamento en las salvaguardas adecuadas y suficientes para el ejercicio de la capacidad jurídica establecido en el art. 12.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El análisis crítico de la sentencia desarrollado por la autora con amplio sustento, tanto en el ordenamiento jurídico cubano como en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en la obs. gral. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, da cuenta, no solo de su vasto conocimiento y manejo de los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicable al caso, sino de su sensibilidad a las barreras jurídicas (tanto legales como judiciales) que se interponen a las personas con discapacidad para que puedan expresar sus voluntades y preferencias.

Dice la autora cubana: "Como colofón, se puede aseverar que bajo el prisma de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las voluntades y preferencias de las personas son la cima de la montaña", tanto para sus efectos *inter vivos* como para sus efectos *mortis causa*. En ambos casos deben ser protegidos con igual agudeza por la administración de justicia. Incluso con más cuidado en el segundo de los supuestos, pues "al momento de hacerse efectiva la *voluntas testatoris*, ya la persona no está presente para defenderla".

Dice la relatora de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: "Habida cuenta de los desafíos culturales y sociales que se derivan del capacitismo, ni los programas de concienciación ni la generalización de las medidas contra la discriminación bastarán por sí solos. Lo que se requiere es una transformación cultural del modo en que la sociedad se relaciona con la diferencia de la discapacidad. Se trata del compromiso de reconocer a las personas con discapacidad como iguales en todos los sentidos, con los mismos derechos y las mismas oportunidades que las demás personas que integran la sociedad. Por consiguiente, es vital reducir la brecha entre la opinión que tiene la sociedad de la discapacidad y las narraciones de las personas que viven con una discapacidad. La desvalorización de las vidas de las personas con discapacidad es, en parte, consecuencia de la incapacidad a lo largo de la historia para escuchar lo que tienen que decir esas personas sobre ellas mismas" **(7)**.

(7) A/HRC/43/41, Informe de la Relatora sobre los Derechos de las Personas con discapacidad a la Asamblea General de Naciones Unidas, 17/12/2019, párr. 75.

23. Las citas de los textos de la notaria Joanna Pereira Pérez y de la relatora de Naciones Unidas que cierra el segmento sobre derechos personalísimos conversan con el siguiente dedicado a los derechos políticos, en particular al derecho al voto, titulado "¿Un fallo a favor del reconocimiento del derecho al voto de las personas con discapacidad en Argentina?".

Su autor, el jurista argentino Juan Pablo Olmo, titula su trabajo con una pregunta, cuya respuesta se anuncia y se va fraguando, gradualmente y en contrapunto a medida que avanza el análisis de la doctrina del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2018 según la cual en cada sentencia se deberá evaluar específicamente la capacidad para votar de la persona, incluso son designación de apoyos. En los dos últimos párrafos de su escritura, el autor responde en forma diáfana y breve:

"Como se podrá apreciar el test o la evaluación específica [individualizada] que plantea la CS no lo será, necesariamente, para determinar la necesidad de implementar los apoyos para el ejercicio del derecho al voto, sino incluso para restringir el derecho con la consecuente exclusión del padrón electoral. Y es en este último punto donde el fallo de la CS no opera a favor del derecho al voto, sino al contrario, incluso a contramano de la doctrina del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, órgano calificado para la interpretación de la CDPD, lo que en definitiva, lo que en definitiva hace a las 'condiciones de su vigencia'.

"Como corolario, la siguiente reflexión: pareciera ser que hubiera sido más beneficioso para el reconocimiento del derecho al voto de las personas con discapacidad que la CSJN no se hubiera pronunciado al respecto. ¿Por qué? Porque se mejoró la situación de la persona en cuestión, analizada a la luz del viejo Código (...), más no así a la luz del nuevo Código. Dicho de otro modo, se reflotó la validez del art. 3º, inc. a), del Código Electoral Nacional —se le dio nueva vida—, cuando de otro modo hubiera seguido el inevitable camino hacia su inaplicabilidad por la derogación del presupuesto fáctico que allí regula".

24. Finalmente, dos comentarios de sentencias sobre "Institucionalización de adultos mayores" cierran la obra: la primera, dictada por el Tribunal Superior español, y la segunda por la justicia argentina.

En el primer comentario titulado "El ingreso involuntario urgente de adultos mayores en centros asistenciales. La sentencia del Tribunal Constitucional español 132/2016", el jurista español Cristóbal Francisco Fábrega Ruiz, seleccionó una sentencia del Tribunal constitucional sobre la doctrina del procedimiento constitucionalmente adecuado para internamientos de personas con trastorno psiquiátrico en centros asistenciales o sociosanitarios, que forma parte de la doctrina consolidada.

El autor se dedica al análisis crítico de la sentencia, estudiando detalladamente los antecedentes y valorando las decisiones adoptadas en las distintas instancias, en las que se denegó la regularización judicial de un internamiento no urgente ya consumado, mediante una interpretación formalista del art. 763 de la LEC que requiere la autorización judicial previa y que la persona se hallara en libertad en ese momento.

Agrega el fallo que "si existen datos que desde el principio permiten sostener que el padecimiento mental que sufre la persona, por sus características y visos de larga duración e irreversibilidad, deben dar lugar a un régimen jurídico de protección más completo, declarando la discapacidad", (...) el internamiento podrá acordarse como medida cautelar en la sentencia, en un proceso declarativo instado a trámite.

Remite al antecedente STC 34/216 en el que se había afirmado que las políticas públicas no pueden servir en modo alguno "a situaciones privativas de la libertad sin la previa autorización judicial". Pero "no resulta posible hablar de 'regularización' de un internamiento involuntario que se prolonga en el tiempo durante días, semana o meses sin autorización del juez (...). No cabe subsanar lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (art. 17.1 CE)".

Por el interés que revisten, aunque sucintamente —en virtud de la naturaleza de una reseña— me referiré a algunas de las conclusiones

del comentario sobre las ideas fundamentales que se extraen de fallo:

1) Los ingresos involuntarios afectan el derecho fundamental a la libertad y, por ello, solo pueden hacerse con la correspondiente autorización judicial (art. 17.1, Const. española). La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluye el derecho a elegir el lugar de residencia y a no ser institucionalizado en contra de su voluntad en función de su discapacidad. Asimismo, el Comité recomendó al Estado español en las observaciones finales la revisión de su normativa interna, con la derogación del art. 763 de la LEC y que ella se base únicamente en el consentimiento informado de la persona afectada. Por lo que habría que averiguar la voluntad real de la personas y, de comprobarse que este fuera su *deseo, preferencia o voluntad* (cursiva en el original), autorizar forzosamente ese ingreso. La voluntad de la persona podría obtenerse a través de voluntades anticipadas o del establecimiento de poderes preventivos. En el caso de las personas mayores, debería traerse al procedimiento su *historia de vida* (cursiva en el original) de la cual se podrán obtener conclusiones sobre su voluntad. Observa el autor que "la sentencia comentada ha olvidado todo esto".

2) La necesidad de autorización judicial en los denominados ingresos asistenciales. Para la autorización el ingreso, el juez debe tener en cuenta como condición básica su necesidad. Pero, además, la voluntad del paciente, si está en condiciones de manifestarla. En caso extremo, puede valorar la probabilidad de daños a sí mismo y a terceros. El precepto abarca todo ingreso de una persona que, por sus condiciones psíquicas, no esté en condiciones de prestar su consentimiento. Así, lo decisivo no es la modalidad del centro, sino la condición psíquica de la persona.

3) En este caso "se tramitó como urgente lo que debitarse como ordinario y esto no es admisible para el Tribunal Constitucional". Así, la sentencia indica que "no se puede homologar un ingreso involuntario que se ha hecho de forma irregular, pues no se puede ratificar como urgente lo que debió autorizarse judicial y previamente como ordinario. La diferencia de proceso afecta la competencia territorial, los plazos de tramitación y sus requisitos". Por lo que, este tipo de ingresos en centros asistenciales deben realizarse por el procedimiento ordinario, ya que el urgente se reserva para los casos de peligro inminente para la persona con padecimiento psíquico. El centro no debe aceptar a la persona con discapacidad sin que los familiares le aporten la correspondiente autorización judicial obtenida por el procedimiento ordinario.

25. En el segundo trabajo sobre "Institucionalización de adultos mayores", titulado "Sujeciones físicas en entornos residenciales. Acerca del acceso a la justicia en tutela de la autonomía personal", la jurista argentina María Perla Goizueta desarrolla el problema de las sujeciones físicas en entornos residenciales con enjundiosa información para transitar el cambio cultural necesario, en aras de la eliminación de las justificaciones de las ataduras que siguen sosteniendo sólidamente la normativa y las prácticas actuales, y de la consagración del cuidado sin sujeción, *Free care.*

Inicia su trabajo con el comentario de dos resoluciones sobre prórroga de sujeciones mecánicas (sujeción física a la silla de ruedas y a la cama), que muestra líneas similares a las que se suceden ante los juzgados nacionales en la actualidad. La autora pone luz sobre el fenómeno de las solicitudes de autorización, planteadas ante el fuero nacional de familia para prolongar las sujeciones mecánicas, en el marco del art. 33 de la ley 5670 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La mayoría de las peticiones fueron promovidas por las autoridades de residencias geriátricos —con o sin asistencia letrada—o por parientes de la persona mayor.

En un acápite titulado "La medicalización de la prestación de las residencias de larga estadía de las personas mayores. Antecedentes o un poco de historia", a fin de identificar la singularidad de las de las residencias geriátricas en contraposición con las instituciones psiquiátricas, la autora comienza a recorrer el camino transitado desde las primeras experiencias de institucionalización de ancianos en el "retiro medieval", en conventos y monasterios cristianos, hasta el actual "proceso de gentrificación". Cabe señalar que, para la profundización del tema remite a la lectura de la investigación sobre la historia de los geriátricos de la experta

María Isolina Dabove —coautora de esta obra— citada en el texto en nota al pie.

Asimismo, expone como —en concomitancia con las diversas modalidades de institucionalización de ancianos— se desarrolla un proceso de la medicalización de la prestación de servicios, comienza la investigación del proceso de envejecimiento y surgen la geriatría y la gerontología —la primera, como rama o especialidad de la medicina dedicada al estudio de las enfermedades de las personas mayores, que estudiaba el aspecto negativo de la vejez (la enfermedad), y la segunda, que investiga las causas y condiciones del envejecimiento, estudia y describe los cambios del comportamiento regularmente progresivos y que se hallan relacionados con la edad.

Durante el desarrollo de la gerontología, surge la psicogerontología que se suma sus aportes a la metodología interdisciplinaria de investigación sobre el proceso de envejecimiento, y con ello comienza a consolidarse un nuevo modelo conceptual bio-psico-social que aglutina todas las perspectivas posibles, biológicas, sociales, jurídicas, culturales y psicológicas. Por ello, no basta el dato cronológico de la edad para la conceptualización de la ancianidad, porque no constituye solo un proceso biológico. Lo contrario sería reducirla a un problema biomédico y equipararla a una enfermedad. El miedo a la muerte, el énfasis en el ideal joven, la productividad medida exclusivamente en términos de potencial económico y la concentración de las personas mayores como dependientes institucionales producen una visión estereotipada y negativa de la vejez y el conocido "viejismo".

Menciona las instituciones nacionales e internacionales que van surgiendo para profundizar el estudio del proceso de envejecimiento, así como la designación en Naciones Unidas de una experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad (informes).

Destaca la relevancia de los principios de la bioética como rama de la filosofía y de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores —ratificada por el Estado argentino— para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, así como sus fundamentos constitucionales y el acceso a la justicia como puerta de acceso al goce y respeto de todo el resto de los derechos, y finalmente el derecho de la vejez como una nueva rama del derecho.

Expone el encuadre jurídico de los geriátricos desde la óptica contractual y como objeto de regulación por las diversas ramas del derecho; puntualiza la disparidad de sus denominaciones, y las múltiples relaciones jurídicas que pueden entablarse en un establecimiento geriátrico, en las que intervienen varios sujetos, y describe el sistema de fiscalización y control.

En este marco, previo resaltar el requisito de la declaración de consentimiento libre e informado para el ingreso a la institución y para todo cambio de diagnóstico y tratamiento médico y/o medicación, la autora se refiere al supuesto excepcional del "aislamiento" y a las sujeciones mecánicas contempladas en la ley 5670 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como "restricción de libertad ambulatoria o contención" —que dan origen a múltiples peticiones de prórroga ante la justicia.

En el acápite sobre sujeciones mecánicas, María Perla Goizueta comparte y analiza documentos encomiables e insoslayables, normativa (Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, art. 4º) y jurisprudencia regional (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 2006) y doctrina experta, tanto nacional como internacional, que merecen nuestra atención, para generar las condiciones propicias a la erradicación de los estereotipos negativos, los prejuicios y el estigma que —atravesando nuestras prácticas y asumidos como parte de la normalidad en la que vivimos— encubren la preservación del trato indigno que le damos las personas mayores cuando las atamos a la silla o a la cama, y no nos permiten ver el insondable y callado sufrimiento que expresan sus miradas.

Destaco especialmente para su lectura los 5 objetivos y los 5 cuidados básicos que surgen de la Declaración denominada *Free Care Fukuoka Proclamation* de 1998, antecedente de la prohibición del uso de sujeción dispuesta en el año 2000 por el Ministerio de Sanidad y Bienestar

de Japón. Tantos los 5 objetivos, como los 5 cuidados básicos, que fueron transcriptos *in extenso* por la autora de este trabajo en las notas al pie 69 y 71, estremecen por su hondo humanismo y por su aptitud para "mover montañas" en este terreno o para "tomar conciencia", de conformidad con el art. 32 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y al art. 8º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Luego de su lectura, la sensibilidad se expande.

Como dijo María Graciela Iglesias en su texto sobre capacidad jurídica: "el Código Civil y Comercial... se estremece", vislumbro que "todo el ordenamiento jurídico" se estremece ante la lectura de los 5 cuidados básicos de la *Free Care*. "¿Cómo no temblar?", diría Derrida **(8)**.

Cito, como muestra, el último principio y el primer cuidado.

El último principio es "expandir hacia todo el país el movimiento para la supresión de sujeciones".

El primer cuidado básico es "levantarse. El ser humano mientras está sentado toma consciencia de la fuerza de gravedad que ejerce presión desde arriba. Abre sus ojos, escucha con sus oídos y percibe lo que sucede a su alrededor. Sin embargo, no sucede esto cuando se encuentra acostado boca arriba mirando el techo. Ayudar a levantarse es el primer paso para devolver humanidad a esa persona".

En la misma línea, merecen mencionarse las instituciones libres de sujeciones mecánicas, geriátricos acreditados como libres de sujeciones; doctrina experta e investigaciones que dan cuenta de que la eliminación de las sujeciones no es, en sí mismo, un factor de riesgo de caídas; estudios para desmitificar "la prevención de las caídas" como excusas para seguir sujetando; ponencias en jornadas sobre "Desatar para cuidar. Herramientas para eliminar las sujeciones"; propuestas de buenas prácticas, que la autora transcribe en detalle en la nota al pie 78.

Sin embargo, señala con inocultable preocupación, que, "[a] pesar del profundo cuestionamiento en relación con las sujeciones como tratamiento médico o práctica curativa o de alivio de las personas mayores en entornos residenciales, lo cierto es que la práctica de sujeciones mecánicas o físicas en geriátricos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se presenta como naturalizada, habitual y continuada desde larga data", y salió a la luz al ser objeto de regulación y de los múltiples casos judiciales sobre su utilidad y pertinencia.

26. Así llego al final de la reseña, que cierro con la misma esperanza expresada en oportunidad de prologar una enjundiosa obra **(9)** dirigida por Leonardo Pérez Gallardo, que anticipaba en su hechura a la presente. Es la esperanza de estar transitando el camino de la dignidad, que es el camino de la "perfectibilidad sin fin de lo jurídico" —como decía Derrida—, en aras de una sociedad y un modelo de desarrollo más justos e inclusivos.

Considero que esta obra contribuirá al propósito que ha animado a los Estados al adoptar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que da a conocer la situación actual de los derechos de las personas con discapacidad, sin circunscribirse al análisis de las barreras existentes a su protección efectiva, sino que abre líneas de trabajo para su erradicación, adelanta propuestas de investigación, resignifica los conceptos y las categorías "en clave convencional" contemplando la totalidad del ordenamiento jurídico — todo ello, a la vez que convoca al estudio y a la asunción de los desafíos que demande la aplicación de los modelos de protección consagrados por los estándares internaciones de derechos humanos, sus enfoques y los principios en los que abrevan.

(8) Título de la conferencia de Jacques Derrida, publicada póstumamente en 2006, que Derrida tembló y pensó en 2004, poco antes de su muerte.

(9) PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coord.), "Personas con Discapacidad: Miradas jurídicas en clave convencional", Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

Adopciones. Un modelo psicojurídico para los procesos adoptivos. Análisis, acciones y propuestas concretas de abordajes

Autores: María Federica OTERO y Carolina A. VIDETTA
Datos editoriales: Ed. Noveduc, Buenos Aires, 2021, 431 ps.

Reseña de

Gisela L. Maxuell (*)

Con la aparición del texto cuyo análisis me ocupa, dedicado a la compleja temática del instituto de la Adopción, podría interpretarse que aquel avanza complementando en muchos de sus aspectos la obra precedente de una de sus autoras; refiero en ello a "Los procesos de adopciones de niños, niñas y adolescentes" de la Lic. Federica Otero. En tanto en esta oportunidad, acompañada de lujo y nutrida del saber que desde el campo del derecho viene a brindar la Dra. Carolina Videtta, se concreta un análisis simbiótico y original desde la propuesta transdisciplinar y en transdisciplina que, sostenida y enfáticamente, ha sido objeto de aquella obra.

En esta versión que surge, sus autoras desde sus áreas específicas de formación combinadas señalan la importancia que en el tema devela el trabajo inclusivo transdisciplinar y coordinado entre todos los efectores de los procesos en que la niñez y adolescencia resulten en primer lugar involucrados por la vulneración de sus derechos.

El encuentro entre una psicóloga y una abogada con conocimientos específicos de cada disciplina y experiencias distintas, pero con convicciones, intereses y objetivos profesionales similares, ha logrado el presente trabajo en el que se revisa, crítica, interroga y deliberan juntas el marco posible para los procesos adoptivos con anclaje en los derechos humanos; perspectiva que atraviesa transversalmente toda la obra.

La obra refleja la considerable actuación de las autoras en el campo de la psicología y del derecho respectivamente. Muy especialmente en el área de niñas, niños, adolescentes y familias lo que, sumado a las bondades de sus claros estilos, da cuenta del estudio, investigación y conocimiento que han dedicado durante su trayectoria, caracterizada además por una laboriosa casuística que considerablemente nos comparten.

La obra demuestra ser el fruto de un arduo y dedicado proceso de gestación de ideas en el que se interceptan y trascienden dos disciplinas, la psicología y el derecho. Logran así una herramienta de gran valor al alcance de todas/os con y desde la perspectiva de la/el niña, niño y adolescente (en adelante, NNyA) como principales protagonistas.

El compromiso que motiva esta obra se ubica en la corriente rupturista de ideas que afrontan la necesidad de interpelar e interpretar la estática y fría letra de la ley para acceder a un modelo psicojurídico viable para los procesos adoptivos, al que invitan arribar mediante observaciones, investigaciones y gestiones concretas de abordajes. Así las autoras, en sus explicaciones

(*) Abogada (UNMdP); mediadora (CeMED); directora del Registro Único de Adopción de la provincia de Neuquén desde el año 2009.

y desarrollos, emplean distintos tipos de argumentos, datos estadísticos, hechos e instruyen con citas jurisprudenciales y evidencias que enriquecen al participarnos del análisis de sus propios saberes.

Dadas las características de la obra y teniendo en cuenta que el propósito del presente comentario bibliográfico es servir de guía al núcleo de estudiosas/os y profesionales que interesadas/os en la temática decidan acudir a él, a continuación, se intenta describir y sintetizar los tópicos de aquella.

Iniciado el análisis, no puede soslayarse el dedicado y especial prólogo redactado por la conocida y destacada jurista Dra. Marisa Herrera, quien, avanzando con la presentación, enfatiza la generosidad de las autoras y destaca la significación del abordaje efectuado desde la multi/interdisciplina a través de la cual se han indagado y arribado a verdaderos cimientos nobles anclados en los derechos humanos de los NNyA cuya efectividad-operatividad aún se presentan como una deuda pendiente.

En la introducción, las autoras encuadran y fundamentan el objetivo de la obra y su enfoque psicojurídico asumido como un desafío. Se hallan convencidas de que su misión consiste en favorecer la construcción de modelos que reduzcan posibles intervenciones equívocas y se procuren mejores y buenas prácticas a favor de NNyA cuyos derechos han sido vulnerados, con su posible declaración de adoptabilidad.

El plan expositivo lleva a las autoras a dividir el texto en ocho capítulos de los cuales los seis primeros confluyen en el capítulo siete que resulta central y cuya obra lleva su nombre. A su vez cada capítulo se integra de temas que desarrollan y encierran en subtítulos. En el último y octavo capítulo realizan un análisis ante el contexto actual de pandemia COVID-19 y plantean el impacto en la temática.

Es a partir de allí que se desgranan los distintos apartados abarcando en el capítulo primero la adopción desde la perspectiva de los derechos humanos y el derecho a la vida familiar. Aluden a las familias en plural a las que describen como elemento de continuo cambio y en evolución incluyendo los diversos modelos. En él invitan a reflexionar desde el marco conceptual establecido por el *corpus iuris* internacional, regional y nacional de protección de derechos de NNyA y los organismos protectorios en ellos instaurados; específicamente respecto del principal derecho humano comprometido en la situación de NNyA sin cuidados parentales: el derecho a la vida familiar. Despliegan un análisis sobre estos organismos y destacan como cuerpo legal universal más relevante a la Convención de los Derechos del Niño y su órgano de control, el Comité de los Derechos del Niño. Instrumento legal que hace bisagra en el reconocimiento como sujeto titular de derechos al NNyA. Enfatizan la importancia del respeto de este derecho a las personas con discapacidad. Citan jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto en su función consultiva como contenciosa y cuyas sentencias han reafirmado primordialmente el sabido origen excepcional y preferentemente temporal que deberá tener la separación de un NNyA de su familia de origen, como así también la necesidad de resolver las situaciones sin discriminación por razones de sexo, raza, religión, cultura.

Se explayan sobre este derecho humano a la vida familiar, desde el derecho argentino y analizan la situación en el país de NNyA sin cuidados parentales y con reseña a la discapacidad y su sometimiento en general a la transinstitucionalización ocurrida en su pasar de una institución a la otra con las consecuencias negativas que ello les acarrea.

En el capítulo segundo presentan como punto de anclaje las adopciones desde la perspectiva de las/os NNyA, es decir, la necesidad de asumir conscientemente que ese proceso entendido como mecanismos restituyente es propio de ellas/os y les pertenece. De allí que deberá ser prioritarias su mirada y la consideración especial de sus necesidades universales y subjetivas y cómo las reclaman. Sostienen que habrá que detenerse en cada sentir, en su deseo, en lo que implica para ellos una familia, partiendo de la idea de que la filiación adoptiva —a diferencia de los adultos aspirantes a adoptar— no ha sido su elección original, no obstante, el consentimiento que luego presten para su adopción. Y tratándose de subjetividades y particularidades, se propone hablar de adopciones y de procesos adoptivos en plural, contemplando la casuística

y lo particular y único de cada NNyA y su adopción.

De allí la referencia acentuada sobre la responsabilidad como propia de la nueva familia de incorporar a la/el NNyA respetando su identidad, orígenes, deseos y costumbres y lograr la efectiva integración con la imprescindible presencia del Estado como garante a través de estrategias psicojurídicas de la adopción.

En el capítulo tercero, en el tratamiento del "Derecho a ser sujeto en familia" subrayan la importancia en la delimitación del objeto que el instituto persigue, definen y conceptualizan la adopción. En este apartado en su fundamento afirman la necesidad de reducir la discrecionalidad en el ámbito judicial, en las prácticas de organismos públicos o privados, en las posiciones subjetivas de las familias adoptantes y en el imaginario de la sociedad. Destacan la idea de exponer de manera unívoca y con precisión la comprensión de la fuente filial. Presentan y caracterizan las adopciones como instituciones jurídicas que constituyen asimismo un complejo proceso jurídico y psicoafectivo particular en el cual se genera un pasaje de la/el NNyA de ser sujeto sin cuidados parentales a ser sujeto en familia y las significaciones que en la inscripción psíquica ello le implica. En enlace con ello marcan la intervención estatal como garante de dicho proceso en el marco de la Ley Nacional de Protección Integral del NNyA y lo nutren citando jurisprudencia. Refieren a la sentencia judicial, el estado filial y su construcción subjetiva; finalizando con la descripción de tipos de adopciones, la sentencia a medida de la singularidad de cada caso, su conversión, nulidades y revocación. Destacan sus significaciones en el marco y bajo el análisis que proponen como etapas fundamentales de un proceso abordado integral, interrelacionado y caracterizado por la cooperación y corresponsabilidad de todos efectores involucrados.

Avanzan en el capítulo cuarto con la indicación y el detenido análisis de cada uno de los principios rectores, sus funciones y obligada aplicación en cuanto plataforma ineludible para arribar a un adecuado proceso adoptivo. Enumeran así al interés superior, el derecho a la identidad, el agotamiento de posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada y la preservación de los vínculos fraternos, derecho a conocer sus orígenes, a participar en su proceso, a la escucha de la/el NNyA por el juez y operadores jurídicos y su derecho a ser oído respetando el concepto de autonomía progresiva. Estos principios son enunciados como necesarias pautas de interpretación para resolver posibles conflictos a suscitarse en tanto orientan, regulan, direccionan y cohesionan la actividad judicial-administrativa del proceso adoptivo. Se brinda en este capítulo —en correlato con el vasto desarrollo— citas jurisprudenciales tanto del ámbito nacional como internacional.

En el capítulo quinto, aludiendo a las/os NNyA y adoptantes, exponen sobre los requisitos formales administrativos y psicojurídicos atinentes al tema y refieren sobre quiénes pueden ser adoptados, cómo se arriba a la condición de adoptabilidad, quiénes pueden adoptar y su necesaria compatibilidad adoptiva. Sobre este último aspecto, ahondan en un análisis muy interesante sobre las/os adoptantes como posibilitadores del derecho de NNyA a ser sujetos de familia, resultando menester contemplar la necesidad de las niñeces y familias desde una concepción de ambas en plural. A continuación, refieren a las excepciones de adopción por integración, la posesión de estado de hija/o y la pluralidad de adoptadas/os. Y sin omitir su referencia estudian la casuística al tratar la adopción conjunta y sus excepciones; por personas unidas en matrimonio, en unión convivencial, unipersonal o por personas casadas o en unión convivencial, divorciadas o cesada la unión convivencial. Culmina este capítulo develando el específico vacío legal sobre las licencias laborales en el marco de un proceso adoptivo como instrumento idóneo y armonizador de las responsabilidades familiares con la esperada independencia de la condición sexual, el género o la fuente filial de quienes la necesiten. Frente a lo cual proponen las autoras, hasta tanto se logre la reforma laboral aspirada, que los magistrados al intervenir en un proceso adoptivo de mínima contemplen dicha ausencia y sus decisiones redunden en beneficio de NNyA y sus familias, lo que incluya por tanto las situaciones de las/los trabajadores.

En el capítulo sexto desarrollan bajo el encuadre macro de derecho a la identidad las distintas garantías en él alcanzadas. Las autoras ponen

acento allí, en el derecho a conocer los orígenes, el protagonismo de las/los NNyA en su acceso y la legitimación en la acción autónoma para arribar a ello con el consiguiente derecho al resguardo de la información. De allí la valoración destacada de los expedientes administrativos y judiciales en tanto portadores de la suma de antecedentes y datos sobre la historia y posibilitadores del armado del rompecabezas de su trama familiar e historia vital. Se aborda para su cierre los temas del nombre, prenombre y apellido en la adopción y la novedosa jurisprudencia por la cual se impone la multiparentalidad o pluriparentalidad dando lugar a la triple filiación que jaquea y pone en crisis el principio binario del doble vínculo filial. Finalizan refiriendo a la adopción *post mortem* y la figura del pupilo/a y su interrelación con el instituto de la adopción.

Seguidamente y alcanzando el capítulo séptimo, cuyo título identifica al texto y podría indicarse como el corazón de la obra; las escritoras centran como eje temático el análisis y puesta en común de un modelo psicojurídico de los procesos adoptivos. Inician el apartado con una original y disparadora metáfora a partir de la cual invitan a reflexionar sobre una idea que como posible y eficiente consiste en sistematizar acciones, pautas y lineamientos que cimenten la construcción de un proceso que posibilite parentalidades en beneficio primordialmente de las/los NNyA sin cuidados parentales, que destierre nuevas violaciones de derechos. Plantean sus creadoras una extraordinaria y única propuesta existente en el país, signada por una doble impronta imbuida de lo teórico y práctico, por la cual muestran un exhaustivo estudio y análisis de cada fase del proceso adoptivo. Este desarrollo transita los distintos estadios posibles desde las medidas excepcionales y consecuente declaración de adoptabilidad, la guarda y el proceso de adopción hasta los lamentables procesos excluyentes.

En el capítulo octavo, en franco diálogo con el contexto actual sanitario y sociopolítico mundial de pandemia por COVID-19, cierran la obra analizando la situación de aquellas/os NNyA privados de cuidados parentales y en procesos adoptivos y el impacto ante las medidas de ASPO y DISPO dispuestas en consecuencia. Realidad que abordan desde la propia casuística citada, reflexionan y brindan propuestas generales psicojurídicas. Develan así un replanteo exigido en las prácticas en cuyo ámbito ha conquistado indudablemente el terreno la tecnología, considerada como tal la herramienta más propicia en la labor jurisdiccional.

Para finalizar, con gran admiración y respeto por las autoras, invito a las/os lectoras/es a explorar esta novedosa y magnífica obra que sin dudas despertará el interés de las/os estudiosas/os y distintas/os efectores de un proceso adoptivo, en tanto excede considerablemente un texto sobre la temática e importa una distinguida invitación a un novedoso y disímil mirar sobre el tema.

REVISTA DE REVISTAS

Revista de revistas 3/2021

Mariel F. Molina de Juan

Marcela Ilacqua

Nadia A. Tordi

Sumario: I. Adopción.— II. Adultos mayores.— III. Alimentos.— IV. Bioética.— V. Capacidad.— VI. Compensación económica.— VII. Derechos de NNyA.— VIII. Divorcio.— IX. Filiación.— X. Matrimonio.— XI. Mediación.— XII. Nuevas tecnologías y derecho.— XIII. Perspectiva de género.— XIX. Parentesco.— XV. Proceso.— XVI. Régimen patrimonial del matrimonio.— XVII. Responsabilidad parental.— XVIII. Sucesión.— XIX. Uniones convivenciales.— XX. Violencia de género.— XXI. Vivienda.

I. Adopción

I.1. Publicaciones nacionales

- "Desvinculación de la guarda con fines de adopción por decisión del niño", por BREST, Irina D, Microjuris, MJ-DOC-15857-AR. El trabajo comenta el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 06/11/2020, que confirmó la decisión de primera instancia por la que se ordenó la desvinculación de un niño con la familia de pretensos adoptantes sobre la base de la expresión de su opinión y su genuino deseo.

- "Una esencialmente justa adopción *post mortem*", por JÁUREGUI, Rodolfo G, RCCyC 2021 (junio), 100, AR/DOC/1300/2021. La publicación anota una sentencia del Juzgado de 1º Instancia en lo Civil de Personas y Familia 1 Nominación de San José de Metan ("P. P., W. L. s/ adopción", 28/12/2020), que otorga la adopción de un niño a los guardadores fallecidos antes de finalizar el proceso de adopción.

- "Adopción póstuma y redes familiares", por GALLI FIANT, María Magdalena, LA LEY del 06/04/2021, 12, AR/DOC/813/2021. Este artículo gira en torno del mismo caso de adopción *post mortem* antes reseñado. La autora examina los argumentos que sostienen la decisión del tribunal de Metán, enfocándose en la situación jurídica de los niños y adolescentes frente a la muerte de los guardadores, las nociones de socioafectividad y la valoración de las redes familiares extensas.

- "Validez y eficacia de la decisión prenatal para que el hijo sea adoptado", por PASTORE, Analía G, ebook-tr 2021 (Sambrizzi), 115, AR/DOC/608/2021. El trabajo se aborda el tema de las adopciones prenatales, carente de regulación jurídica. Repara en el estado de situación según la normativa vigente en la Argentina y la legislación proyectada; analiza el derecho comparado chileno y el estadounidense, reseña el único antecedente jurisprudencial registrado en nuestro país y delinea algunas condiciones a considerar para su validez y eficacia.

I.2. Publicaciones extranjeras

- "La lucha por la adopción en Colombia por parte de personas con orientación sexual diversa: un logro alcanzado ante la corte constitucional", por GIRALDO HENAO, Alejandro y MENDIETA, David, *Rev. Academia de Derecho. Universidad Libre*, nro. 21 . La adopción de niños por parte de parejas con orientación sexual diversa ha sido tratada por la Corte Constitucional colombiana que, de manera gradual, ha per-

mitido su acceso a las personas homosexuales (primero en forma individual y luego conjunta), no como un derecho del adulto o de la pareja sino como salvaguarda del derecho de los niños a tener una familia. Mediante la metodología descriptiva analítica, el autor se propone establecer y analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional atinente al tema, para concluir que las decisiones de ese tribunal mantienen el énfasis en la idoneidad física, mental, moral y social del adoptante más que en su orientación sexual. Ello en todo de acuerdo con el precepto constitucional que prioriza los derechos de los niños por encima de cualquier otra consideración.

- "La nulidad de la adopción por consentimiento viciado o por inexistencia de causa verdadera respecto del adoptante", por VELA SÁNCHEZ, Antonio J., *Diario La Ley* (España), nro. 9881, 2021. A partir de la premisa de la legitimación activa estricta para la adopción limitada a los sujetos esenciales del proceso, el autor sostiene la procedencia de la acción de nulidad fundada en los artículos 6. 3º (en relación con los arts. 175 y ss.) del Cód. Civil español y art. 1261 Cód. Civil por infracción de normas de carácter imperativo. Esta nulidad radical, imprescriptible y no subsanable, puede derivar de la falta de un consentimiento puro y válido del adoptante —*conditio iuris* de la adopción— o de la inexistencia de causa verdadera del negocio jurídico adoptivo, que debe ser la creación de un vínculo familiar, emocional y relacional entre las partes.

- "Adult adoptions: Process, forms need to be changed", por KAMAL, Imran, *The Lawyer's Daily*, LexisNexis Canadá, 14/07/2021. El artículo aborda las adopciones de adultos. El autor sostiene que son más comunes cuando la persona está alejada de la familia biológica, emocional o legalmente. Los ejemplos incluyen, entre otros, adultos que desean ser adoptados por una antigua familia de crianza o adultos LBGTQ que han sido rechazados por la familia biológica y buscan una nueva familia de apoyo.

II. Adultos mayores

II.1. Publicaciones nacionales

- "Abuso financiero contra los adultos mayores", por ACOSTA, Miguel Ángel, SJA del 30/06/2021, 3, AR/DOC/1476/202. El trabajo analiza el marco normativo internacional y nacional aplicable a las personas adultas mayores, luego estudia los posibles escenarios de vulnerabilidad, así como sus modalidades más frecuentes (el abuso-maltrato familiar, social e institucional). Resalta los casos de abuso financiero y su normativa específica. Propone recomendaciones para un futuro código de ética o manual de buenas prácticas; entre ellas, mantener sucursales bancarias personalizadas (*branch banking*) destinadas a las operaciones de los adultos mayores, innovar en tecnologías inclusivas con lenguaje llano y fácilmente comprensible, establecer una sanción agravada para las relaciones de consumo que involucren a un consumidor adulto mayor, y en la legislación penal, prever algún tipo de agravante del delito de estafa cuando la maniobra ardidosa sea cometida en perjuicio de un adulto mayor.

- "Por qué mediar en los conflictos con adultos mayores", por JACUBOWICZ, Juan Luis, RCCyC 2021 (junio), 14, AR/DOC/1290/2021. El trabajo se enfoca en los casos de mediaciones con adultos mayores y realiza un recorrido de las diferentes implicancias del proceso hasta el cierre. Propone un aporte para facilitar la comprensión de las complejas dinámicas e interacciones familiares de las que el adulto mayor forma parte a pesar de que muchas veces sea segregado, invisibilizado y negado. También apunta a comprender las realidades y el proceso de envejecimiento e invita a una tarea conjunta y colaborativa entre los profesionales del derecho y los mediadores, consistente en reflexionar sobre la complejidad de la cuestión del adulto mayor y en la encrucijada en que se encuentran las ciencias sociales en general y las políticas de estado en particular, para contribuir a dar respuestas a diferentes interrogantes que estas circunstancias generan.

- "La tercera edad ¿Sujetos de derecho... a la salud?", por DE ROSA ALABASTER, Enrique, Ed. IJ, IJ-MCLXXXII-59. El trabajo analiza el impacto de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación. Profundiza sobre los sistemas de apoyo y salvaguardas que instalaron las convenciones

internacionales y la normativa local para proteger los derechos de las personas que atraviesan esta franja etaria.

- "Derecho al acompañamiento y visita en la internación a pacientes en tiempos de pandemia", por BERTI GARCÍA, M. Bernardita y CALANDRIA, Luis M., MicroJuris, MJ-DOC-15974-AR. El artículo se enfoca en el dec. 714/2020 que dispuso la obligación de autorizar el acompañamiento durante la internación de pacientes en sus últimos días de vida con diagnóstico confirmados de COVID-19, o de cualquier enfermedad o padecimiento. La norma visibiliza y reflexiona sobre la imposibilidad que tenían los pacientes de ejercer sus derechos sanitarios, especialmente de recibir el trato digno y respetuoso que se materializa en el acompañamiento de sus familiares o amigos durante el transcurso de la enfermedad en situación de internación.

II.2. Publicaciones extranjeras

- "Las dimensiones del envejecimiento y los derechos de las personas mayores en América Latina y el Caribe", por GONZÁLEZ OLLINO, Daniela, SOSA, Zulma y REBOIRAS FINARDI, Leandro D. (comp.), CEPAL, marzo 2021, LC/M.2021/2 362. La publicación presenta una selección de textos destacados en los que la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) reflexiona sobre las múltiples dimensiones del envejecimiento, la protección y la promoción de los derechos humanos de las personas mayores y el desarrollo sostenible, con la perspectiva de género como eje transversal, *https://www.cepal.org/es/publicaciones/46730-dimensiones-envejecimiento-derechos-personas-mayores-america-latina-caribe.*

III. Alimentos

III.1. Publicaciones nacionales

- "El deber alimentario hacia l@s hij@: una responsabilidad compartida en la frontera geográfica pero no de los derechos", por OJEDA, María Verónica y PANCINO, Bettina, RCCyC 2021 (julio), 122, AR/DOC/1680/2021. Las autoras comentan un fallo de la Sala Segunda del Tribunal de Familia de San Salvador de Jujuy (No C-156537/2020, caratulado: "S., M. T. c. B., R. D. y B., R. M. s/ alimentos") que fija una cuota a cargo del progenitor y para el caso de incumplimiento, dispone la retención del 20% de los haberes del abuelo paterno (más SAC y asignaciones familiares que correspondan por su nieto). El artículo confronta diferentes interrogantes, entre otros los que genera la colisión de derechos entre universos de personas vulnerables (niño y adulto mayor).

- "Niños frente al concurso o quiebra de sus progenitores", por MEDINA, Graciela, DFyP 2021 (agosto), 5, AR/DOC/3564/2020. El artículo examina diferentes aspectos del cruzamiento entre la esfera del concurso o quiebra y los derechos alimentarios de los niños. Entre otros, la constitucionalidad de la falta de legitimación del hijo para pedir la quiebra de su padre y de la imposibilidad de que el crédito del hijo sea tenido en cuenta en las mayorías del acuerdo preventivo. El tema de los privilegios de los créditos alimentarios, los alimentos posteriores a la declaración de quiebra, el embargo de sueldos y jubilaciones por deudas alimentarias posteriores a la declaración de quiebra, etc.

- "Otro territorio. El sentido de la injusticia hacia las mujeres", por BAUM, Erica, Rubinzal Online, RC D 359/2021. A partir de lo resuelto por la Suprema Corte de Buenos Aires ("C., M. S. c. A., D. s/ ejecución de alimentos", 24/02/2021), la autora analiza los argumentos que brindaron los magistrados del alto tribunal, quienes por mayoría confirmaron el rechazo de la liquidación de los intereses —de primera y segunda instancia de Mar del Plata—, practicado por la actora sobre la deuda alimentaria que pesaba sobre el padre de su hija. Contiene un homenaje póstumo al Dr. Eduardo de Lázzari, quien, en disidencia, propuso otra visión del Derecho, con una interpretación que protege a las mujeres víctimas de sentencias judiciales que legitiman el retaceo de la obligación alimentaria.

IV. Bioética

IV.1. Publicaciones nacionales

- "Legislación civil e interrupción voluntaria del embarazo: una relación nada incómoda", por HERRERA, Marisa, SJA del 21/04/2021, 3, AR/DOC/197/2021. El ensayo gira en torno al debate por la legalización del aborto, que reavivó

una puja histórica en el campo del derecho civil en torno a su compatibilidad/incompatibilidad con la protección jurídica de la persona humana, es decir, el momento del inicio o comienzo de la existencia de la persona. Analiza la noción de "embrión" y recalca la imperiosa necesidad —siempre desde la obligada perspectiva constitucional/convencional— de diferenciar el embrión *in vitro* o no implantado del ya implantado en el cuerpo de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar. Como síntesis de esta ineludible interacción entre despenalización y legalización trae a colación un interesante precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso "P. y S. c. Polonia" del 30/10/2012, donde se sostuvo que la Convención no pretende garantizar derechos teóricos o ilusorios, sino que el Estado tiene la obligación positiva de crear un marco procesal que permita a la mujer embarazada ejercer efectivamente su derecho de acceso al aborto legal.

- "El *status* jurídico del embrión no implantado y una deuda legislativa pendiente", por PÉREZ CHÁVEZ, Grover J., Rubinzal Online, RC D 444/2021. El autor destaca que el debate por el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo (ley 27.610) puso de manifiesto las miradas contrapuestas acerca del comienzo de la existencia de la persona humana y su correspondiente protección jurídica. Con relación a la condición jurídica del embrión no implantado, resalta que es necesaria una regulación que permita establecer un régimen jurídico claro ante una sociedad cada vez más compleja, más diversa y —afortunadamente— más plural.

- "Un fallo que atrasa en el camino jurisprudencial y la imperiosa necesidad de contar con la ley especial de embriones crioconservados", por IMAS, Gonzalo E., SJA del 16/06/2021, 36, AR/DOC/1387/2021. El trabajo contiene un comentario crítico a lo resuelto por la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en fecha 09/04/2021, que revocó la sentencia de primera instancia en la que se resolvió que la decisión de cesar la crioconservación de embriones no requiere autorización judicial y que la cuestión debe decidirse según los términos del contrato. El autor sostiene que el fallo contraría leyes vigentes como la ley 27.610 y que carece de la visión constitucional convencional que exige el Código Civil y Comercial de la Nación y la doctrina de la Corte Suprema de la Nación (v.gr., aplicación de la doctrina de "Artavia Murillo" de la Corte IDH).

- "El acceso al diagnóstico genético preimplantacional", por ALURRALDE, Aldo M., Rubinzal Online, RC D 404/2021. El diagnóstico genético preimplantacional es una técnica moderna que permite eliminar la transmisión de numerosas enfermedades genéticas de padres a hijos. El texto discurre por los interrogantes que plantea esta práctica, principalmente, con relación a la persona humana, su dignidad y el comienzo de su existencia.

IV.2. Publicaciones extranjeras

- "Pacto de silencio y derecho a la información en pacientes gravemente enfermos. Escribiendo el último capítulo de la vida", por VERGARA LACALLE, Oscar, *Revista de Bioética y Derecho,* Universidad de Barcelona, 2021, nro. 52, jul., ps. 45-60, 18/06/2021. *https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/32561/34528*. El artículo analiza el derecho a la información clínica del paciente y su reconocimiento en el marco nacional e internacional. Cuestiona las prácticas que, con un sesgo paternalista, omiten la obligación de informar adecuadamente al enfermo grave con un pronóstico de vida limitado. Reconoce que, aunque son variadas las razones habitualmente invocadas para justificar esta reticencia, en el fondo, todas concurren al objetivo de que el paciente no pierda la esperanza de recobrar la salud. El estudio sostiene que este objetivo priva al paciente de la oportunidad de escribir con sentido el último capítulo de su vida ocasionándole un perjuicio mayor que el que se le trata de evitar.

- "Barreras comunicacionales en la práctica de la maternidad subrogada. Una crisis en tiempos de pandemia", por MUÑOZ-GÓMEZ, Diana Sthefanía, *Revista de Bioética y Derecho,* Universidad de Barcelona, 2021, nro. 52, jul., ps. 61-83, pub. 18/06/2021, *https://doi.org/10.1344/rbd2021.52.33384*. La puesta en práctica de la maternidad subrogada ha suscitado un intenso debate bioético y jurídico asociado a los conflictos de difícil solución que desencadena, y que revelan la complejidad del tema. El trabajo intenta responder a la pregunta sobre cuáles son

las barreras comunicacionales que emergen en la práctica biomédica de la maternidad subrogada en tiempos ordinarios y de pandemia, con el objetivo de entender sus implicaciones bioéticas y jurídicas a la luz del principio universal de la dignidad humana y de sostener la necesidad de resolver dichas barreras.

V. Capacidad

V.1. Publicaciones nacionales

- "Los derechos de las personas con discapacidad ante las barreras del COVID-19. Ejercicio de la capacidad jurídica", por PAZ, Marcela y BURUNDARENA, Ángeles, Ed. IJ IJ-MCCXXXIV-26. El trabajo parte de la premisa de que el estudio de los derechos humanos en materia de personas con discapacidad impone su análisis conjunto con los distintos indicadores y fenómenos que hacen al desarrollo humano en clave de respeto, dignidad y no discriminación, considerado como el proceso en el cual se amplían las oportunidades de las personas de acuerdo con sus posibilidades e intereses. Las autoras sostienen que el contexto de COVID-19 aumentó la fragilidad social y económica de América Latina, siendo las personas con discapacidad y con discapacidad intelectual y psicosocial en situación de pobreza las principales afectadas, por lo que se requiere de un aumento extraordinario del apoyo y del compromiso político, que involucre activamente a las personas con discapacidad en todas las medidas de protección que se adopten para prevención del COVID-19 con respecto a su autonomía y libertad para tomar sus propias decisiones. Concluyen que los jueces deben tener un rol proactivo en todas aquellas causas en que intervienen para la determinación de la capacidad jurídica. Entienden que el defensor público de Menores e Incapaces resulta ser una salvaguarda idónea para intervenir en caso de diferencias entre la persona en cuyo beneficio se tramita el proceso y el apoyo designado conforme al art. 43 del Cód. Civ. y Com.

- "Protección constitucional y convencional de las personas con discapacidad como principal escudo frente a los abusos de las obras sociales", por BÁEZ, Ángeles María, *Revista Derecho y Salud,* Universidad Blas Pascal, 4, 333-340, *https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)37*. El presente artículo comenta una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba sobre un recurso de apelación entablando en contra de una resolución que hizo lugar a la acción de amparo impetrada por la parte actora. El Máximo Tribunal provincial rechazó la impugnación intentada, ordenando en el fallo lineamientos de suma relevancia para el derecho a la salud y especialmente para el grupo vulnerable integrado por las personas con discapacidad.

- "El derecho de las personas con discapacidad a gozar del más alto nivel de salud posible", por BLANCO PIGHI, María Florencia, *Revista Derecho y Salud*, Universidad Blas Pascal, 4, 319-325. *https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)35*. El presente artículo versa sobre el reconocimiento del derecho subjetivo de una persona adulta mayor que padece de hipoacusia bilateral profunda, a gozar del más alto nivel posible de salud. En ese contexto, se considera, a la luz del análisis jurisprudencial, el alcance que debe tener el derecho a la salud de las personas con discapacidad, sobre todo en términos de accesibilidad, y el rol que cumple el Estado como garante.

- "Concepciones de la discapacidad y nueva genética: un abordaje a partir de un dilema bioético", por GASTALDI, Paula, *Revista Derecho y Salud*, Universidad Blas Pascal, 4, 63-78. El artículo reflexiona sobre este dilema moral en el que entran en choque dos principios bioéticos (autonomía y no maleficencia) a partir de la hipótesis de que una pareja de mujeres con sordera que, por medio de fecundación asistida, decidan que el embrión a implantar en la persona gestante esté genéticamente predispuesto a desarrollar sordera, seleccionando un donante de esperma que garantice dicha condición por sucesivas generaciones de sordera en su familia.

V.2. Publicaciones extranjeras

- "La reforma del Codice Civile en materia de protección de personas privadas de autonomía", por MARTÍN AZCANO, Eva María, Actualidad jurídica iberoamericana (España), nro. 14, 2021, ps. 294-321. El trabajo se centra en la propuesta de reforma del Código Civil italiano recientemente presentado al Parlamento, que recomienda eliminar los institutos de tutela

para adultos. Realiza un examen del sistema vigente y los cambios que se pretenden introducir.

- "La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el derecho de daños y el derecho de la discapacidad", por ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza, *Actualidad civil* (España), nro. 6, 2021. La reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha introducido un nuevo régimen jurídico de la responsabilidad civil basado en el modelo social de discapacidad y en el sistema de apoyos. Garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones contribuye a lograr la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, tal como marca la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- "Propuesta de regulación de los internamientos involuntarios en centros geriátricos o sociosanitario", por VICO FERNÁNDEZ, Gema, *Actualidad civil* (España), nro. 5, 2021. El autor propone que se incorpore a la legislación española una regulación específica sobre los internamientos en centros geriátricos de personas que carecen de capacidad para decidirlo voluntariamente. Sostiene que debe tenerse como base el respeto a las instrucciones previas que hubiera podido dar la persona sujeta a la medida y la normativa de la guarda de hecho. A su vez, reivindica la necesaria adecuación de las normas a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.

- "Un nuevo enfoque jurídico de la discapacidad: a propósito del Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", por GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, Javier y PEREA GONZÁLEZ, Álvaro, Actualidad civil (España), nro. 4, 2021. A partir de la premisa que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha significado un punto de inflexión en la perspectiva jurídica con la que el derecho español hace frente al hecho de la discapacidad, el artículo estudia el proyecto de ley, ambicioso y reformador, que sustituye los mecanismos tradicionales de tutela de la discapacidad por un sistema de apoyos en el que la igualdad se erige un principio tangible.

VI. Compensación económica

VI.1. Publicaciones nacionales

- "Compensación económica: Un fallo que propone una visión amplia de la nueva figura", por MAZZINGHI, Jorge A. M., RCCyC 2021 (julio), 109, AR/DOC/1677/2021. El trabajo comenta una sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que enfoca la figura con una perspectiva amplia, comprensiva de todos o de casi todos los aspectos que se hallan involucrados en su funcionamiento. Si bien reduce considerablemente el monto de la compensación fijada, el autor sostiene que la solución es enriquecedora porque deja en claro que no se trata solo de comparar los bienes de las partes —una fotografía de la situación patrimonial de cada uno—, sino de evaluar las actitudes y los roles desempeñados durante la convivencia matrimonial, y las perspectivas que cada uno de ellos tiene de lograr una evolución futura independiente o autónoma durante los años posteriores a la ruptura.

- "La incidencia de los intereses en la cuantificación de la compensación económica", por PELLEGRINI, María Victoria. Rubinzal Online, RC D 426/2021. En el trabajo se analiza el problema de la cuantificación de la compensación económica y su relación con la modalidad de pago y los intereses.

- "Compensación económica como efecto del divorcio. Contenido, pautas y requisitos", por RODRÍGUEZ SAIACH, Luis A. y ALONGI, Flavia D., *el Dial*, DC2DF7. Los autores estudian la figura de la compensación económica regulada en los arts. 441 y 442 del Cód. Civ. y Com.

- "Compensación económica y enriquecimiento sin causa: articulaciones y diferencias entre ambas figuras", por BEDROSSIAN, Gabriel, RCCyC 2021 (mayo), 125, AR/DOC/616/2021. El trabajo anota una sentencia dictada en el Juzgado de Primera Instancia del Distrito Familia de Villa Constitución, de la provincia de Santa Fe, que interesa por el extenso desarrollo que realiza sobre dos figuras que presentan similitudes

y diferencias: la compensación económica y el enriquecimiento sin causa.

VI.2. Publicaciones extranjeras

- "Compatibilidad entre la compensación del art. 97 CC y la compensación indemnizatoria del art. 1438 en los procesos matrimoniales", por PÉREZ DÍAZ, Raquel, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores* (España), nro. 29, 2021, ps. 11-20. La autora estudia la compatibilidad entre la compensación por desequilibrio económico previsto en el art. 97 del Cód. Civil, y la compensación indemnizatoria del art. 1438 del Cód. Civil para los casos de régimen de separación de bienes. Analiza el momento procesal en el que se pueden ejercitar ambas pretensiones, bien sea en un mismo procedimiento, pero de forma autónoma, bien en un procedimiento posterior en el caso de la compensación por trabajo doméstico, así como la cuantía a solicitar; y las consecuencias fiscales que producen para el pagador y perceptor de las citadas pensiones.

- "El desequilibrio económico en la pensión compensatoria: criterios jurisprudenciales", por DE VERDA Y BEAMONTE, José R., IDIBE, *Tribuna*, 20/04/2021 (España), *https://idibe.org/tribuna/desequilibrio-economico-la-pension-compensatoria-criterios-jurisprudenciales*. El objeto del artículo es analizar la cuantía de la pensión compensatoria. La jurisprudencia desde la emblemática STS 19/01/2010 (RAJ 2010, 417) ha declarado que las circunstancias del art. 97.II CC tienen una doble función: "a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio (...), y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión".

VII. Derechos de NNyA

VII.1. Publicaciones nacionales

- "El derecho a defender derechos y el rol de las adolescencias en el activismo de género ¿Cómo conjugar protección con autonomía?", por SILVA, Sabrina A., Rubinzal Online, RC D 290/2021. En esta oportunidad, la autora se ocupa del derecho a la participación en los asuntos públicos y políticos de los niños, niñas y adolescentes, a partir de su retroalimentación con otros derechos como la libertad de expresión, la libertad de pensamiento y conciencia, la libertad de asociación y reunión pacífica y el acceso a la información.

- "El rol del/la abogado/a de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual", por SERRALUNGA, Mariano, SJA del 26/05/2021, 12, AR/DOC/1237/2021. En el trabajo se analiza el rol del abogado/a del niño, en la asistencia jurídica de niños, niñas y adolescentes cuando son víctimas de delitos contra su integridad sexual. Su autor sostiene que el proceso judicial debe adaptarse a la especial situación de vulnerabilidad del NNyA, para que se cumplan, las garantías de los arts. 8º y 25, CADH, y de esa manera la plena vigencia de sus derechos humanos (art. 1º, CADH), y su protección especial (art. 19, CADH).

- "El ejercicio de los derechos de la personalidad de vertiente espiritual por parte de niños y adolescentes", por MALUF MARTÍNEZ, Melina. MicroJuris, MJ-DOC-15886-AR. La autora sostiene que es un hecho innegable que los niños, niñas y adolescentes son sujetos activos y participativos de la realidad tecnológica, y que son usuarios habituales de las redes sociales y de los dispositivos móviles. Desde dicha afirmación realiza un estudio comparado entre el derecho español y argentino en la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen. Estudia la figura del consentimiento como base jurídica para determinar el carácter de la intromisión en los derechos de la esfera espiritual.

- "Representación de niños, niñas y adolescente. El abogado del niño", por DI BERNARDO, María Valeria y CAROL REY, María Soledad, Ed. IJ, IJ-MXXXVII-474. En el trabajo se estudia el alcance de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a la representación por un letrado en un proceso judicial o administrativo, según su edad, se analiza la recepción legal de la figura del abogado de niño, y su operatividad en las provincias del Chaco y Corrientes.

VII.2. Publicaciones extranjeras

- "Niñez en tránsito migratorio por México. Instrumentos jurídicos y derechos humanos", por SÁNCHEZ GAVI, José Luis, *Rev. IUS*, 2021, vol. 15, nro. 47, ps. 233-258. 21/05/2021. El pro-

pósito del trabajo es presentar el entramado normativo relativo a las personas menores de edad en contexto de migración y en tránsito por México. Un segundo propósito se refiere al debate que muchos de esos dispositivos normativos generan al observarse distintas situaciones que incluyen en algunos casos contradicciones, el empalme de diferentes instrumentos o bien la ambigüedad en su interpretación y, por tanto, en su aplicación efectiva.

- "La infancia y sus circunstancias: Un camino para la construcción de derechos", por RECA, Joaquín P., PLAZA, Mariano y GALÁN, Santiago, *Rev. de la Facultad de Derecho* (Uruguay), nro. 50, enero-junio 2021. *https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/771*. El texto analiza diversas circunstancias y paradigmas de los derechos de niños, niñas y adolescentes que se ponen de manifiesto a la hora de realizar cualquier ponderación en lo que respecta a la Convención sobre los Derechos del Niño.

- "Note critiche sulla continuità delle relazioni nelle crisi familiar", por TUCCARI, Emanuele, *Rev. Il Diritto della Famiglia e delle Successioni in Europa*, 3/2021. El estudio tiene como objetivo analizar las relaciones entre los niños y otros miembros de la familia, a partir de desarrollar un diálogo entre la legislación y las decisiones que los tribunales han tomado para resolver situaciones de crisis familiar.

VIII. Divorcio

VIII.1. Publicaciones nacionales

- "Aspectos prácticos del proceso de divorcio", por SCHULZ, E. Manuela y GÓMEZ VARA, Graciela María, DFyP 2021 (abril), 30, AR/DOC/539/2021. Las autoras repasan aspectos prácticos del proceso de divorcio: entre ellos la cuestión de competencia, de legitimación, el escrito inicial, la propuesta reguladora de los efectos, su trámite, los efectos de la sentencia y su inscripción.

IX. Filiación

IX.1. Publicaciones nacionales

- "Reclamación de la filiación en caso de reproducción asistida. Una solución razonable por la vía inadecuada", por GALLI FIANT, María Magdalena, RDFyP 2021 (agosto), 52, AR/DOC/1642/2021. El artículo anota una sentencia de la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Familia del departamento de Lomas de Zamora del 11/02/2021 que por unanimidad y revocando la sentencia de primera instancia, hizo lugar a una acción de reclamación deducida en el marco de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. Declaró el emplazamiento filial de los niños como hijos de la cónyuge de la madre y ordenó la correspondiente adición en las respectivas actas de nacimiento. Nótese que el procedimiento médico de reproducción asistida se realizó antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, aunque que el nacimiento de los niños se produjo después, el 13/11/2015.

X. Matrimonio

X.1. Publicaciones nacionales

- "Nulidad del matrimonio por falta de salud mental: integración de la litis", por FARAONI, Fabián y SQUIZZATO, Susana María, Rubinzal Online, RC D 372/2021. La nulidad del matrimonio abre un sinnúmero de cuestiones a examinar. En esta oportunidad, los autores analizan el supuesto que se plantea cuando durante el trámite de nulidad por falta de salud mental se acredita el fallecimiento de uno de los cónyuges. Se cuestionan si el vínculo matrimonial se disuelve por la muerte o el proceso puede continuar con los herederos.

X.2. Publicaciones extranjeras

- "Derecho a celebrar matrimonio y personas con discapacidad. Una cuestión de autonomía y dignidad desde el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad", por FERNÁNDEZ, Silvia E., *Actualidad jurídica iberoamericana,* (España), nro. 14, 2021, ps. 406-437. La autora aborda el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en el marco del ordenamiento jurídico argentino vigente. Adopta como marco teórico el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad y enmarca la celebración de matrimonio bajo su naturaleza de derecho fundamental de carácter personalísimo, se justifica la necesidad de su reconocimiento en favor de las perso-

nas con discapacidad, a la luz de los principios fundamentales contenidos en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —en particular los principios de autonomía, libertad de tomar las propias decisiones, independencia y dignidad inherente.

- "La famille dans la Convention européenne des droits de l'homme: retour sur 70 ans de jurisprudence (La familia en la Convención europea de derechos del hombre. Revisión sobre 70 años de jurisprudencia)", por GOUTTENOIRE, Adeline y MARCHADIER, Fabien, *Droit de la Famille*, nro. 4, 2021, ps. 22-26 (Francia).

- "La prescripción de las acciones entre cónyuges", por RUIZ RICO ARIAS, María Dolores, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores* (España), nro. 29, 2021, ps. 31-40. El trabajo pretende analizar desde una perspectiva práctica el estado de la cuestión de un tema apenas presentado en los tribunales españoles: las particularidades de la prescripción de las acciones entre cónyuges. Examina la doctrina nacional y extranjera, la normativa legal vigente en la materia, desglosando su aplicación en los distintos regímenes económicos matrimoniales, para concluir que, en lo fundamental, el inicio del cómputo del plazo prescriptivo de las acciones que pudieran ejercitarse entre cónyuges debe comenzar a correr, como mínimo, con la disolución del régimen económico en cualquiera de sus vías, cuando no en un momento posterior, como sería aquel en que se proceda a su liquidación.

- "Discapacidad y matrimonio", por DE VERDA Y BEAMONTE, José R. (España), IDIBE, *Tribuna* junio 9, 2021, *https://idibe.org/tribuna/discapacidad-y-matrimonio*. El trabajo estudia la reforma llevada a cabo en el Código Civil por la ley 30/1981, de 30 de mayo con relación a la cuestión de capacidad nupcial y la circunstancia de que quienes pretendieran contraer matrimonio tuvieran aptitud *natural* de entender y de querer las consecuencias del acto que celebraban. El originario art. 83. 2 Cód. Civil impedía casarse a quienes "no estuviesen en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio", pero la ley 30/1981 eliminó dicho impedimento. En consecuencia, el autor sostiene que la cuestión debe reconducirse ahora al art. 73.1 Cód. Civil bajo el instituto de falta de consentimiento matrimonial.

XI. Mediación

XI.1. Publicaciones nacionales

- "Mediación a distancia en la Provincia de Buenos Aires", por PARAMIDANO, Carina y CALLEJA, José María, LA LEY 05/03/2021, 1, AR/DOC/515/2021. Los autores examinan la oportunidad y el desafío que presenta la mediación a distancia. Estudian la nueva normativa y analizan el nuevo rol del mediador.

- "Propuestas para una mediación tutelar y efectiva", por MOSQUERA, Gerardo, R JA 2021-I. SJA del 03/02/2021, 32, AR/DOC/2840/2020. El texto plantea la necesidad de un cambio en el abordaje de la mediación. Entre otras cuestiones estudia las causas deben ser mediables, reflexiona el rol y las funciones del mediador, la importancia de capacitarse en neurociencias, tecnología, psicología positiva, inteligencia emocional.

XI.2. Publicaciones extranjeras

- "Diálogos para el futuro judicial XXVII. Mediación electrónica: ¿un futuro inmediato?", por PEREA GONZÁLEZ, Álvaro, MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco, CORBALÁN DE CELIS, Mariano, ROSAS ANTÓN, Marta, DÍAZ BAÑOS, Manuel, TALAVERA HERNÁNDEZ, José A. y TORRE SUSTAETA, Victoria, *Diario La Ley*, nro. 9878, 2021. La irrupción del COVID-19 llevó consigo el desarrollo y la consolidación en la Justicia española de realidades antes desconocidas o marginales como el teletrabajo o la gestión deslocalizada de asuntos. En esa nueva dialéctica digital, y con el Anteproyecto de ley de Medidas de Eficiencia Procesal de fondo, los autores reflexionan sobre la posibilidad que ofrecen las plataformas de mediación electrónica que se torna como un futuro inmediato, novedoso y capaz de ayudar a la Administración de Justicia en su función frente a la litigación en masa.

- "Mediación empresarial y *coaching* en la transformación pacífica de conflictos de empresas familiares", por HERRERA, Luis L. y VÁZQUEZ GUTIÉRREZ, Reyna L., *Rev. de la Facultad de Derecho* (Uruguay), nro. 50, enero-junio 2021.

En este trabajo se presenta un análisis sobre las principales características que definen a las empresas de composición familiar, las dificultades a las que se enfrentan al gestionar los conflictos internos con la necesidad de que las relaciones entre los miembros del cuerpo laboral, administrativo y o directivo continúen y no dañen aspectos como productividad, crecimiento y proyección. En el ámbito empresarial existen diversos mecanismos a los cuales recurrir, legales y alternativos para solventar las situaciones conflictivas entre los miembros internos de una empresa. El artículo destaca las ventajas de los mecanismos alternativos para gestionar positivamente los asuntos y con ello asegurar la continuidad y el crecimiento empresarial.

XII. Nuevas tecnologías y derecho

XII.1. Publicaciones nacionales

- "Incidencias sobre las tecnologías de comunicación e información en el ejercicio de derechos por niñas, niños y adolescentes", por TORDI, Nadia A., Rubinzal Online, RC D 252/2021. La autora analiza las incidencias sobre las tecnologías de comunicación e información en el ejercicio de derechos por niñas, niños y adolescentes. Propone que esos derechos también sean fomentados, respetados y efectivizados en el mundo digital. Para ello, es imprescindible acceder a las herramientas necesarias que les permitan convertirse en ciudadanos digitales, lo que implica que puedan discernir entre lo valioso y lo negativo de la red, aceptar o rechazar condiciones y propuestas y propiciar un espacio de convivencia respetuosa con sus pares y adultos, entre otros.

- "Abuso sexual por internet", por MEDINA, Graciela, Rubinzal Online, RC D 283/2021. A partir de lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ("Carignano, Franco D. s/ producción de imágenes pornográficas de menores de 18 años - recurso de casación", 28/07/2020), la autora desarrolla la problemática del abuso sexual mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y sus particularidades. Entiende que por medio de los TIC se puede atentar contra la "integridad sexual" y la "libertad sexual" y repara en la diversidad de supuestos de acoso sexual ejecutados a través de los sistemas digitales.

XII.2. Publicaciones extranjeras

- "Entre personas y cosas animales y robots", por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, *Actualidad jurídica iberoamericana* (España), nro. 14, 2021, ps. 14-53. En este trabajo su autor estudia dos temas diversos, aunque relacionados con el dilema de situar a los animales y los robots entre las personas y las cosas, con la consiguiente repercusión práctica que ello supone. Acerca de los animales, teniendo presente que, según la nueva realidad social y jurídica, son seres sintientes, sin la necesidad de personificarlos, pero sin admitir tampoco que son simples cosas, considera que son un tipo de bien u objeto de derecho especial, merecedor de una singular protección, pero no por ello hay que crear ninguna categoría híbrida entre las personas y las cosas, entre los sujetos y los objetos de derecho. En cuanto a los robots con inteligencia artificial no son —hoy, al menos— personas, sino simples cosas. Con fundamento en algunas resoluciones del Parlamento europeo, sostiene que en un futuro la robótica puede ostentar una personalidad fundacional.

- "Protección de datos personales en el ámbito sanitario y de investigación biomédica: Una visión europea", por EMALDI CIRIÓN, Aitziber, *Actualidad jurídica iberoamericana* (España), nro. 14, 2021, ps. 718-747. En el ámbito de la investigación biomedicina y de la salud, el tratamiento y la combinación masiva de datos representa oportunidades para generar conocimiento, para curar enfermedades y para mejorar la calidad de vida de las personas. Sin embargo, las ventajas que aportan las nuevas tecnologías digitales, como el *big data*, pueden impactar de manera particularmente significativa en la esfera de los derechos fundamentales de las personas si estos no están claramente definidos y protegidos. Este estudio aborda los derechos y los problemas derivados en el marco del reglamento de la UE y de la ley española de protección de datos.

- "Privacidad, *smartphones* y aplicaciones móviles: cuestiones controvertidas en torno al tratamiento de datos personales", por AYLLÓN GARCÍA, Jesús D., *Actualidad civil* (España), nro. 5, 2021. El artículo discurre sobre los importantes cambios sufridos por el derecho fundamental a la protección de datos de ca-

rácter personal desde la llegada de la revolución tecnológica o revolución 4.0, que ha supuesto que las personas hayan sufrido un mayor número de intromisiones ilegítimas, sobre todo, cuando utilizan sus *smartphones*, a pesar de la existencia de una normativa europea y estatal española que trata de paliar esta situación.

- "Derechos digitales, planificación estratégica y *compliance*", por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard, *Diario La Ley*, nro. 9896, 2021 (España). En el trabajo se postulan reflexiones en torno de la Carta de Derechos Digitales presentada por el Gobierno, que se enmarca en la planificación estratégica del Estado en materia de transformación digital y cuyo objetivo es reconocer los novísimos retos de aplicación e interpretación que la adaptación de los derechos humanos plantea en el entorno digital, así como sugerir e inspirar principios y políticas referidas a ellos.

- "Breves notas sobre los sesgos de género en la inteligencia artificial (IA)", por SGRO, Gino. Rubinzal Online, RC D 413/2021. El autor analiza la categoría "sesgos de género en la inteligencia artificial" y sostiene que es una nueva versión de un problema de larga data que adquiere ribetes específicos en atención a la complejidad del escenario actual. Sostiene que un verdadero cambio de paradigmas es posible solo si se erradican conductas, estereotipos y patrones con independencia de los mecanismos que permiten su visibilización.

XIII. Perspectiva de género

XIII.1. Publicaciones nacionales

- "Mejor la jueza que la juez: El masculino genérico y otras formas de sexismo lingüístico", por DE CUCCO ALCONADA, Carmen, *el Dial*, DC2DAC. En el trabajo la autora hace un recorrido por el uso del lenguaje como factor de discriminación y propone tomar medidas para evitar el sexismo lingüístico. Sostiene que es posible utilizar un lenguaje no sexista sin atentar contra el uso correcto del castellano. Entiende que el lenguaje jurídico debe adaptarse a la nueva realidad en la que las mujeres ocupan, cargos políticos y de poder relevantes.

XIII.2. Publicaciones extranjeras

- "Docencia con perspectiva de género. 'Kahoot!' como aliado para desterrar mitos. Gamificación en tiempos de coronavirus", por BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, *Cuadernos jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano*, nro. 1 ("La adecuación de la docencia presencial al estado de alarma derivado del COVID-19"), 2021, ps. 176-183, *https://idibe.org/wp-content/uploads/2021/05/CuadJurid_LaAdecuacionDocencia.pdf*. La autora defiende la aplicación de la perspectiva de género en las clases de derecho procesal. Sostiene que es un *must* en la sociedad actual. Para llevar a cabo este proceso de deconstrucción utiliza la tecnología como aliada.

- "Perspectiva de género. Concepto y alcance", por SÁNCHEZ QUIÑONES, Luis, *Diario La Ley*, nro. 9896, 2021. El autor sostiene que, para el derecho español, la perspectiva de género se ha convertido en un principio hermenéutico caracterizado por estar destinado a suprimir las diferencias de género que puedan derivarse de una interpretación automática o literal de la norma. Con un enfoque ciertamente igualitario supone un avance evidente en materia de igualdad al facilitar la supresión de los efectos de la posible discriminación indirecta que la aplicación de normas o usos aparentemente neutros pudiera acarrear, colmando las posibles lagunas interpretativas y de aplicación que se plantean.

- "La interpretación jurídica con perspectiva de género. Un decálogo de estándares interpretativos", por JUAN, Gabriel, *Rev. Boliv. de Derecho* nro. 31, enero 2021, ps. 60-89, IDIBE, 02/06/2021. El sistema jurídico argentino se inscribe en el paradigma constitucionalista. En él, la perspectiva de género es una condición necesaria para una interpretación jurídica correcta, dado que sus postulados influyen sobre cualquier noción y curso de acción jurídico. Sobre esta base, en el autor asume una fundamentación iusfilosófica de la teoría de género y propone un decálogo de estándares interpretativos que receptan su visión.

XIV. Parentesco

XIV.1. Publicaciones nacionales

- "Relación alimentaria entre personas menores de edad (NNA) y ascendientes en segundo

grado (abuelos)", por LEONARDI, Juan Manuel, RCCyC 2021 (julio), 74, AR/DOC/1674/2021. El autor enfoca su comentario al estudio de la relación alimentaria entre las personas menores de edad (NNA) y sus ascendientes en segundo grado (abuelos). Examina el derecho del demandado a citar a juicio a todos o parte de los restantes parientes, a fin de que la condena los alcance, independientemente de quien o quienes sean los ascendientes del progenitor incumplidor.

XIV.2. Publicaciones extranjeras

- "Sobre el derecho de visitas de abuelos, parientes y otros allegados", por GONZALO MUÑOZ, Rodrigo, IDIBE, *Tribuna,* 09/03/2021, *https://idibe.org/tribuna/sobre-el-derecho-de-visitas-de-abuelos-parientes-y-otros-allegados*. El autor aborda la importancia de las relaciones de los niños con los abuelos, parientes y allegados, especialmente en lo referente a los abuelos sostiene que ha adquirido hoy en día una trascendencia fundamental, pues es común que los padres tengan menos tiempo para dedicar al cuidado de los hijos, que los abuelos vivan más tiempo para disfrutar de sus nietos. Además, el incremento de divorcios favorece el desarrollo de este tipo de relaciones.

- "Grandparents rights enhanced by amendments to the Divorce Act?", por COTTON, Barb y SILVERBERG, Christine, *The Lawyer's Daily*, LexisNexis Canadá, 15/07/2021. El artículo aborda las posibilidades de mejorar el derecho de los abuelos a tener acceso a sus nietos en caso de que uno o más de los padres les nieguen la comunicación y el contacto.

XV. Proceso

XV.1. Publicaciones nacionales

- "Algunas reflexiones sobre el litigio en el fuero de familia en época de pandemia y los principios que imperan en la materia", por ULLA, Luciana, *Revista Derecho Privado*, Universidad Blas Pascal, nro. 7, p. 63, 10/6/2021. El llamado procedimiento familiar exige el cumplimiento efectivo del principio de inmediación procesal y de la intervención dinámica y comprometida del juez. La autora resalta la necesidad de un tribunal de familia presente, visible y acompañante de estos dolorosos procesos, que se acentuaron aun en época de pandemia, por la falta de recursos económicos, por el malestar general de la población y por la falta de cooperación de innumerables sectores.

XVI. Régimen patrimonial del matrimonio

XVI.1. Publicaciones nacionales

- "Responsabilidad solidaria en el deber de contribución", por MÁRQUEZ CHADA, Luis F., ADLA 2021-8, 137, AR/DOC/2107/2021. El autor se enfoca en la responsabilidad solidaria de los cónyuges y convivientes en las obligaciones contraídas para el sostenimiento del hogar y de los hijos, que encuentra sustento en el deber de contribución. Analiza el alcance de dicha obligación —en sentido estricto de la palabra—, como así también su causa fuente. Dentro de la hermenéutica del Código Civil y Comercial, repara en el instituto de la solidaridad sin perder de vista los matices que son propios del derecho de las familias.

XVI.2. Publicaciones extranjeras

- "Gestión de los bienes propios en la sociedad de gananciales: una visión crítica", por Santillán, Romina, *Themis*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, , 591-605. La sociedad de gananciales es un régimen de comunidad relativa. Se configura legalmente por la existencia de bienes comunes de los cónyuges, sin perjuicio de que, durante su vigencia, cada uno pueda tener bienes propios. Se genera, entonces, un entramado de situaciones jurídicas que emergen de la gestión de dichos bienes. La gestión de los bienes propios está presidida por una regla de libre actuación de los cónyuges. Por ello, no existen límites expresos a los actos de administración y disposición de estos bienes. Sin embargo, ello no significa que no los haya. En el presente artículo, la autora se centra en el estudio de las restricciones legales y límites implícitos que resultarían aplicables a la gestión de los bienes propios en la sociedad de gananciales en el ordenamiento jurídico peruano. También estudia la figura de la irrenunciabilidad unilateral de actos de liberalidad, pues parece ser la única excepción prevista a la regla de libre actuación.

- "¿Qué ha sido del régimen de participación en las ganancias?", por ARRÉBOLA BLANCO, Adrián, IDIBE, *Tribuna*, 14/04/2021 (España), *https://idibe.org/tribuna/ha-del-regimen-participacion-las-ganancias*. En España el régimen económico de la mayoría de los matrimonios es la sociedad de gananciales, como corolario de una larga tradición que la catapultó hasta instalarse por completo en sus costumbres. Ello explica, en cierta medida, el futuro tan poco prometedor que le esperaba al régimen de participación en las ganancias cuando la sociedad de gananciales consiguió erigirse como régimen económico-matrimonial supletorio, a comienzos de los años ochenta. Esta situación, sigue prolongándose en el tiempo, agravada además por una serie de prejuicios que suelen reiterarse contra el régimen de participación en las ganancias, aspectos sobre los que profundiza el autor del trabajo.

XVII. Responsabilidad parental

XVII.1. Publicaciones nacionales

- "La incidencia del COVID-19 en la protección internacional de niños, niñas y adolescentes", por DREYZIN DE KLOR, Adriana, EBOOK-TR 2020 (Andruet), 20/08/2020, 32, AR/DOC/1898/2020. En el contexto de la emergencia sanitaria, la autora realiza un recorrido por el marco de protección internacional de los niños, niñas y adolescentes en la familia internacional, luego se posiciona en la sustracción internacional de niños y efectúa un breve sobrevuelo por algunos casos jurisprudenciales nacionales y extranjeros que han tenido lugar durante la pandemia. Cierra con una mirada prospectiva planteando reflexiones provocadas al hilo del fenómeno de la hora actual.

XVII.2. Publicaciones extranjeras

- "El daño moral ocasionado por la obstrucción e incumplimiento del régimen de visitas en las crisis matrimoniales referencia al 'síndrome de alienación parental'", por ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores* (España), nro. 29, 2021, ps. 1-10. El derecho de daños ha sido ajeno al derecho de familia hasta hace unos años. Sin embargo, últimamente se ha podido comprobar cómo, en determinados casos, se han empezado a conceder indemnizaciones derivadas del daño moral, por ejemplo, por ocultación de paternidad. Junto a este supuesto existen otros, como la obstrucción o incumplimiento comunicación a los/las niños y niñas por parte de un progenitor, en las crisis matrimoniales. El objeto de este trabajo es analizar si es posible la aplicación del art. 1902 del Cód. Civil español en estas situaciones e imponer una reparación por el perjuicio sufrido. Además, dada la importancia de los contactos con los abuelos y otros familiares, plantea si es factible aplicarlo a ellos. Por último, recala en el impacto del denominado "síndrome de alienación parental" en las relaciones paterno-filiales.

- "Condannata l'Italia ai sensi dell'art. 8 CEDU per aver tollerato che la madre impedisse i contatti tra il figlio minore e suo padre", por BENANTI, Claudia, *Rev Il Diritto della Famiglia e delle Successioni in Europa*, 05/07/2021. El artículo anota lo decidido por el TEDH en sentencia del 10/12/2020 (rec. 36936/18, "AV c. Italia"), que condena a Italia por violación al art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el caso, el padre había solicitado la comunicación con su hija incesantemente desde 2010, cuando tenía dos años, pero debido a la oposición de la madre adoptiva de la niña, solo pudo tener un mínimo contacto a lo largo de toda su primera infancia.

- "La suspensión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias al amparo del artículo 94 Código Civil tras la reforma por Ley 8/21 de 2 de junio", por ORTEGA CALDERÓN, Juan Luis, diario *La Ley*, nro. 9892, 2021. El art. 94 Cód. Civil español ha experimentado una notable reforma con ocasión de la ley 8/21 de 2 de junio de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que viene a satisfacer una de las aspiraciones marcadas en el Pacto de Estado para la lucha contra la violencia de género, atribuyendo al juez civil, con un reducido margen de actuación, la obligación de suspender todo régimen de comunicaciones y estancias para con los hijos menores de edad de los progenitores incursos en procesos penales por violencia doméstica y de género.

- "Conciliación, sí; pero mejor corresponsabilidad", por SERRANO ESPINOSA, Germán M.,

diario *La Ley*, nro. 9890, 2021. El objeto del artículo es analizar la necesaria conciliación de la vida laboral con la vida familiar es el gran reto del siglo XXI. Los nuevos retos familiares y demográficos y la normativa europea han convergido en la evolución de nuestra legislación en la materia desde la reducción de la jornada hasta su adaptación, implicando un cambio de paradigma. El trabajo judicial en este tipo de asuntos no puede perder la perspectiva familiar. La decisión judicial no puede ordenar los horarios de un hogar, ni tampoco recomendar políticas activas de conciliación, sino más bien a valorar la razonabilidad de la petición y de la respuesta empresarial.

- "Tras la Constitución de 2019: ¿albores de la responsabilidad parental en Cuba?", por MANSO LACHE, Jané, *Revista Boliviana de Derecho*, nro. 31, 2021, ps. 90-131. El autor estudia los nuevos horizontes que se abren para la responsabilidad parental en Cuba con la Constitución de 2019 que refleja la constitucionalización de los derechos familiares y el reconocimiento constitucional de las garantías procesales como expresión de cambios sociales y corolario del influjo de la internacionalización de las relaciones familiares.

XVIII. Sucesión

XVIII.1. Publicaciones nacionales

- "La atribución preferencial en el Código Civil y Comercial y la continuidad de la explotación agropecuaria", por FOS MEDINA, Juan Bautista, RyD, vol. 6, nro. 6 (2021). La atribución preferencial del establecimiento agropecuario ha sido incorporada en el Código Civil y Comercial y reconoce antecedentes en el derecho civil francés y similitudes con otras instituciones del derecho comparado, destinados a una amplia protección y conservación del patrimonio familiar. Para el autor del trabajo este es un modo excepcional de la partición hereditaria que tiene una función familiar, al conservar la finca en cabeza de uno o de varios herederos, así como una función económica, porque permite la continuidad de la actividad económica de la unidad agraria familiar. Cuenta con la virtud de mitigar la implacable división forzosa e igualitaria de los bienes hereditarios, que conduce a la pulverización de la propiedad rural.

XVIII.2. Publicaciones extranjeras

- "Colación de participaciones societarias y de empresa en el derecho italiano", por BARBA, Vincenzo, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* (España), nro. 14, 2021, ps. 558-575. El artículo estudia la colación de las participaciones sociales y de la empresa desde el punto de vista del derecho italiano. Entre otras cuestiones analiza: a) Si la participación social y la empresa deben ser valorados según su valor en el momento de la apertura de la sucesión, b) Si la participación social y la empresa deben ser valorados según su valor contable o a su valor real, y c) Si la colación de la empresa puede hacerse también *in natura*.

- "Una revisión crítica del testamento ológrafo", por CARRIÓN VIDAL, Almudena, *Actualidad civil* (España), nro. 4, 2021. El trabajo pone de relieve algunas cuestiones vinculadas al testamento ológrafo en España. Junto con el interés que la figura sigue presentando (corroborado por el COVID-19) repara en la "otra cara de la moneda" (el riesgo de contravención de normas imperativas de Derecho sucesorio). Se abordan también, otras cuestiones problemáticas de esta forma de testar; entre ellas, la capacidad para su otorgamiento, y la nueva redacción del art. 691.1 Cód. Civil por la ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria con desaparición de la expresión "de mano propia del testador".

- "La intervención de los menores en la partición de la herencia", por ARRÉBOLA BLANCO, Adrián, IDIBE, *Tribuna*, 09/03/2021 (España), *https://idibe.org/tribuna/la-intervencion-los-menores-la-particion-la-herencia*. La partición de la herencia contiene sus propias reglas en torno a la capacidad de obrar que se requiere para llevarla a cabo. Basta, en principio, con tener la libre administración y disposición de los bienes para poder pedirla en cualquier tiempo, a instancia de los coherederos (cfr. art. 1052 I Cód. Civil). Pero, por lo que atañe a los incapacitados y a los ausentes, se exige que lo hagan por ellos los que en cada caso les representen legalmente. El autor analiza esta extrapolación a las personas menores de edad que se hallen bajo la *patria potestad*, a quienes tienen la capacidad restringida y a quienes, siendo menores de edad en sentido estricto, se han emancipado.

- "En torno a los fundamentos del derecho de regreso en favor del coheredero solidario", por PRADO RODRÍGUEZ, Juan Carlos, IDIBE, Doctrina, 14/04/2021, *https://idibe.org/doctrina/torno-los-fundamentos-del-derecho-regreso-favor-del-coheredero-solidario*. El autor realiza previas consideraciones sobre el surgimiento de la responsabilidad por deudas hereditarias y el reconocimiento en el ordenamiento jurídico español del derecho de regreso en favor del coheredero solidario. Aborda sus fundamentos teóricos, que giran en torno al restablecimiento del equilibrio patrimonial quebrantado a causa del enriquecimiento injustificado de aquellos codeudores quienes, en virtud de la utilidad recibida por la intervención del *solvens*, fueron liberados de la parte de la deuda a la que también estaban obligados.

XIX. Uniones convivenciales

XIX.1. Publicaciones nacionales

- "La unión convivencial a la luz del derecho internacional privado argentino", por ECHEGARAY DE MAUSSION, Carlos E., *Revista de Derecho Privado,* Universidad Blas Pascal, vol. 7, nro. 7, p. 11, 10/06/2021. *https://doi.org/10.37767/2362-5325(2020)001*. El artículo estudia con visión crítica la regulación jurídica de la unión convivencial, con el objetivo de hacer algunas consideraciones desde la óptica del Derecho Internacional Privado y de los problemas que las reglas sobre jurisdicción y derecho aplicable pueden acarrear en su interpretación y aplicación.

- "La planificación sucesoria ante la falta de vocación hereditaria del conviviente", por MARTÍ, Luciana, *Temas de Derecho Sucesorio y Familias*. Erreius, 05/05/2021, ps. 363-374. En el trabajo se analiza la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial, sus fundamentos y contenido. Presenta un enfoque comparado de la planificación sucesoria para luego analizar las vías para que los convivientes planifiquen la disposición de sus bienes para después de la muerte. Entre las figuras resalta: la constitución de un contrato oneroso de renta vitalicia, el testamento, la constitución del fideicomiso testamentario, la constitución del derecho real de habitación el usufructo del bien que ha sido sede del hogar familiar a favor del conviviente supérstite. Adhiere a la solución uruguaya, que establece que, disuelto el c*oncubinato* por fallecimiento de uno de sus integrantes, el sobreviviente tendrá derechos sucesorios equiparados a los del cónyuge.

XIX.2. Publicaciones extranjeras

- "Parejas de hecho: historia, régimen y perspectivas de futuro", por GARCÍA CANTERO, Gabriel (España), IDIBE, *Doctrina*, 23/03/2021. *https://idibe.org/doctrina/parejas-hecho-historia-regimen-perspectivas-futuro*. El objeto del artículo es el análisis de los antecedentes históricos de las parejas de hecho a partir del derecho romano clásico, derecho canónico, común y codificado, con especial atención a la Constitución de 1978 y leyes matrimoniales reformadoras del Código Civil de España.

XX. Violencia de género

XX.1. Publicaciones nacionales

- "Perspectiva de género y violencia sexual: hacia una valoración probatoria respetuosa de los estándares de derechos humanos", por GONZÁLEZ, Agostina, *Revista Electrónica, Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, nro. 26, junio 2021 - noviembre 2021, Buenos Aires, Argentina, ps. 116-140. La autora analiza cómo debe realizarse la valoración probatoria en las causas penales por delitos contra la integridad sexual con perspectiva de género, considerando ciertos estándares internacionales de derechos humanos en la materia del sistema interamericano y del derecho penal internacional.

- "Violencia psicológica, la violencia 'invisible'", por ACEVEDO, Soledad A. – RAUTI, Ana A., Rubinzal Online, RC D 445/2021. Las autoras recalan en uno de los aspectos más difíciles de identificar de la violencia de género: la violencia psicológica, que generalmente queda subsumida en la violencia física por carecer de "marcas visibles".

- "Aspectos procesales sobre violencia económica", por ORTIZ, Diego O., MicroJuris, MJ-DOC-15871-AR. El autor sostiene que la violencia económica es un tipo de violencia que en la actualidad está siendo conocido y reinterpre-

tado a través de los fallos que van apareciendo progresivamente. Una de las claves para detectarla es hacer una lectura del articulado de las convenciones internacionales y la ley 26.485 para cotejar con las situaciones que se presentan. Sugiere verificar la existencia del menoscabo de recursos y cómo se da en una relación desigual de poder, propone que no se puede quedar solo con un análisis conceptual del tema, sino que se debe desmenuzar junto con algunos aspectos procesales, ya que las reglas de actuación delinean las peticiones de fondo y le dan un marco de seguridad jurídica a la pretensión procesal.

XXI. Vivienda

XXI.1. Publicaciones nacionales

- "La vivienda familiar y las personas mayores", por SOLARI, Néstor E., RCCyC 2021 (junio), 28, AR/DOC/1297/2021 El artículo se enfoca en los derechos de los adultos mayores, su impacto en el Código Civil y Comercial, especialmente en relación con la protección de la vivienda familiar, los que sostiene, no tiene regulación expresa. Repasa las normas vigentes, la situación de la vivienda en las uniones con impedimento de ligamen, la registración y la renuncia a la vivienda familiar.

ARTE, LITERATURA Y DERECHO DE FAMILIA

Leer como abogados y abogar como lectores

Gabriel R. Juan

Nuestra sección tiene el gusto de ofrecer para este número 102 de la *Revista de Derecho de Familia* un trabajo de ficción de Laura Galarza. De manera generosa, la autora nos permite la publicación de "Visitas", un cuento breve incluido en su libro "Cosa de nadie" (Ed. del Dock, Buenos Aires, 2014).

Laura Galarza es psicoanalista, escritora y crítica literaria. Sus columnas son un clásico en el suplemento "Radar" de Página/12. Fue columnista literaria en radio Del Plata y Radio con Vos, entre otras. Es asesora literaria del departamento Enlaces de la EOL (Escuela Lacaniana de Buenos Aires). Desarrolla "La Solapa de Laura y Nati", un programa sobre libros en *Youtube*. Publicó dos libros de cuentos, "Cosa de nadie" (Ed. del Dock, 2014), con el que ganó el premio Fundación Acero Manuel Savio y "Date cuenta de tu suerte" (Ed. La Parte Maldita, 2020). Actualmente coordina talleres literarios en Dain, Usina Cultural de Buenos Aires.

El relato "Visitas" se inscribe en esa literatura orgullosa que acierta, como dijo Roberto Arlt en sus palabras iniciales de "Los lanzallamas", un "*cross* a la mandíbula". Es una historia cotidiana de compromiso individual, pero también de discriminación e indiferencia social hacia lo diverso. Y entre los extremos, la duda de una niña (quizás adolescente) entre los valores que la madre procura transmitirle, el "deber ser", y la realidad expresada por el padre, quien no hace otra cosa, en definitiva, que poner en palabras y gestos violentos la discriminación social (el "ser") hacia lo distinto. Es una propuesta de buena literatura, que nos invita a reflexionar sobre nuestro discurso igualador y pluralista; y si este incluye ser capaces de sentarnos a la mesa con el joven Román.

Visitas

Sentados a la mesa están mamá, papá y vos, que para entonces debés tener nueve años. También Román, que debe tener como diecisiete pero es como si tuviera menos. Porque en el instituto de tu mamá los chicos por más que sean grandes siguen siendo chicos, eso lo fuiste entendiendo. Ella entró a Román empujándolo por la espalda porque él se agarraba del marco de la puerta y hacía palanca. Román es de hacer esas cosas. Ahora mientras están sentados alrededor de la mesa, se ríe y ves sus dientes grandes y separados, la nariz como de plastilina que vos te imaginás aplastada. Tu mamá termina de servir los ravioles en cada plato menos en el de ella y se sienta al lado de Román, le acaricia la cabeza. Tu papá está inquieto como cada vez que tu mamá trae a los chicos a comer, se mueve en la silla, mordisquea el pan y hace bolitas con las migas. Trata de no mirar, pero mira igual. Levanta la vista y la vuelve a bajar. Los ravioles forman una montaña en tu plato y la cebolla de la salsa te parece que pueden ser pedacitos de vidrio anaranjado. Lo mejor es que hoy ella no va a insistir con que comas porque se ocupa de Román. Pincha un raviol, con la otra mano le hace abrir la boca, después se la cierra y lo tiene de la pera hasta que traga.

De repente es como si el mundo se congelara. Sabés cómo es eso, porque primero lo sentís en la panza, un nudo. Después es la voz de tu papá. ¿Me querés decir para qué mierda traés a estos pibes a casa? Esa voz cruza la mesa. Y te alcanza. Ella deja de hacer lo que hacía: No hables así delante de los chicos. Román tiene su tenedor apuntando al techo, un hilo de baba le cae desde la boca. Y qué si no entienden un carajo, sigue la voz que ahora también es un puño que golpea la mesa y hace saltar todo, platos, vasos, cubiertos. Después él se levanta, sale de la coci-

na y en el living prende la televisión. Vos quieta. Sabés que es eso lo que tenés que hacer. En cambio Román empieza a moverse, se hamaca y cada vez que va para atrás, da la cabeza contra la pared. Primero despacio, después más rápido, no para, no para. Llora bajito. Vos pinchás un raviol y lo tragás entero. Sentís cómo baja por tu garganta, un tubo seco.

Cada medio día, tu papá te espera a la salida del colegio y después buscan a tu mamá por instituto. Él te hace bajar a vos. Decile que se apure. Entrás, vas derecho a la dirección donde ella se sienta detrás de un escritorio lustrado, entre dos mástiles. Sin entrar, desde la puerta, le avisás y volvés rápido otra vez al auto concentrada en no mirar a los costados, a todos esos chicos que hay en la galería, parecidos a Román. De formas raras, de piernas muy cortas o muy largas, con caras estiradas o muy apretadas, en sillas de ruedas o revolcándose en el piso. Que gritan. Que estiran los brazos cuando vos pasas, queriendo tocarte. Y vos corrés.

A Román a veces te lo cruzás en el centro. Anda solo, con una bolsa en la mano. En cada negocio algo le regalan y él lo mete en esa bolsa que vos sabés, tiene pedazos de pan duro, papeles y muñecos descuartizados. Cuando te ve, se pone a gritar. Lo ves venir con su cuerpo moviéndose como una gelatina y te abraza, te aprieta, y vos, adentro de él. Dura. Rezás, no me toca, no me toca, no me toca. Una vez, a la salida del instituto, lo viste tirado en el piso con los ojos para atrás. Las maestras lo rodeaban, quisiste mirar pero tu mamá vino y te sacó de un tirón. Esa vez Román estuvo internado y lo fueron a ver. No te dejaron entrar, pero desde la puerta alcanzaste a ver ese tubo verde que salía de su boca, la piel blanca cubierta de cables.

Después de comer tu mamá te dice que lleves a Román a jugar a tu habitación. Agarralo y vayan. Vos obedecés. Subís la escalera y lo llevás. Podés sentir su respiración. La mano de Román se resbala por el sudor y es tan grande que envuelve la tuya. Llegan a tu habitación rosa. Rosa la cama, el placard, el acolchado. Te das vuelta y Román está tan cerca que llegás a ver bien esos pelos duros debajo de la nariz. Le preguntás a qué querés jugar, como hacés con todas las visitas. Él se queda mirándote justo cuando la voz de tu mamá grita que lo vinieron a buscar. Entonces corrés por la escalera aunque te lo tienen prohibido. Él queda allá y tiene que subir tu mamá a buscarlo. En el *palier* la madre de Román camina en círculos. Ese vestido que lleva, tu mamá se lo pondría para una fiesta. Cuando te ve, deja de caminar y se acerca. Qué linda que estás, tan grande. Los anillos fríos en tu cachete, su perfume. Te zafás y vas con tu papá a ver la televisión. Te acurrucás en ese hueco entre él y el apoyabrazos del sillón. La mujer los mira y sonríe. Los ojos brillantes. Cuando escucha los pasos que bajan la escalera, se da vuelta. Román la abraza como a vos cuando te encuentra en la calle. Es más alto que ella. Empieza a saltar y la casa tiembla. Ella lo agarra de los brazos, tu mamá desde atrás le habla despacito, como hace con vos cuando te explica algo. Y Román se calma. Entonces ves llorar a esa mujer, cómo se ataja las lágrimas con los dedos. Tu madre le rodea los hombros y salen. La acompaña por el jardín de adelante hasta la calle. Román las sigue dando saltos un poco más atrás.

ACTUALIDADES

Actualidad bioética en el mundo 3/2021

Eleonora Lamm

Carolina B. Martino

Sumario: I. Inteligencia artificial.— II. Actualidad legislativa.— Vacunación.— IV. Embriones.— V. Pluriparentalidad.— VI. Matrimonio de personas del mismo sexo/género.

I. Inteligencia artificial

I.1. Actualidad

I.1.a. El derecho de resucitar digitalmente a los muertos, 12/08/2021, *elpais.com*.

Mantener una conversación con una persona que ha fallecido es posible. La inteligencia artificial permite su resurrección digital. Mediante sus publicaciones en redes sociales, fotografías, videos, grabaciones de voz, correos electrónicos o mensajes se puede crear un programa informático capaz de reproducir la forma de hablar y los rasgos físicos del finado, incluso de imitar su sentido del humor o del sarcasmo. Sin embargo, los interrogantes éticos y jurídicos que generan este tipo de tecnologías son numerosos.

Aunque en enero Tim O'Brien, responsable de ética de Microsoft, dijo que no continuarían con la patente del *software* conversacional que simulaba charlas con difuntos porque era demasiado "perturbador", se pueden descargar directamente al móvil otros *chatbots* de este tipo. Por ejemplo, el *alter ego* del joven ruso Roman Mazurenko está disponible en App Store. Después de morir de forma repentina con 32 años, su mejor amiga lo devolvió a la vida en línea. Para ello, recopiló todos los mensajes que le había enviado a ella y a otros amigos comunes, con los que diseñó un programa que reproduce los patrones del discurso del joven fallecido. Solo hay que descargarlo para comenzar a chatear con él. "¿Hablamos?", dice desde la pantalla del teléfono.

Pero ¿es legal que una persona resucite digitalmente a otra que se ha ido? Efrén Díaz, responsable de Tecnología del despacho Mas y Calvet, explica que, si el fallecido no se ha opuesto antes de morir, sí cabe la vivificación mediante el uso de sus fotos en redes, videos, mensajes, etc. "Sin embargo, en tales casos, las personas vinculadas al finado pueden ejercer ante las diversas redes sociales el derecho de supresión". Es decir, pueden dirigirse a Facebook, Google o YouTube para que eliminen las cuentas que tuviese abiertas.

Y es que, aunque "una persona fallecida no tiene derecho a la privacidad", la ley permite que sus familiares puedan acceder, rectificar o suprimir sus datos personales ante el encargado de su gestión.

Cuestión distinta es que existieran "prohibiciones de tratamiento de datos personales impuestas por el difunto o la ley", en cuyo caso "una persona viva no podría resucitar a una muerta sin su consentimiento", explica el abogado. Es decir, "se pueden utilizar mensajes de texto o WhatsApp enviados en vida por el causante para crear un *chatbot*" siempre que no se hubiera opuesto a ello antes de partir.

En este sentido, Pablo Burgueño, abogado *of counsel* de PwC, explica que la ley de protección de datos regula "el derecho al testamento digital", donde la persona puede indicar cómo desea que sus familiares, herederos o un albacea gestionen sus contenidos electrónicos. En este documento se podría dejar constancia de la ne-

gativa a que otro lo traiga a la vida online después de la muerte física.

A diferencia del testamento sucesorio, en el que el individuo dispone de todos sus bienes o de parte de ellos para después de su fallecimiento, el testamento digital es un documento jurídico que permite a una persona dar instrucciones sobre qué hacer con su presencia en la red una vez fallezca, por ejemplo, con las cuentas y suscripciones digitales, perfiles en redes o correos electrónicos.

Entre los instrumentos jurídicos más novedosos, destaca la reciente propuesta de reglamento de la Comisión Europea sobre las normas aplicables a la inteligencia artificial. El Ejecutivo comunitario ha establecido diferentes niveles de riesgo, a los que les impone más o menos obligaciones en función de su categorización. Como explica Burgueño, hay sistemas de inteligencia artificial prohibidos por implicar un "riesgo inadmisible" para la seguridad, la vida o los derechos fundamentales, como los que pueden predecir información sobre grupos de personas para identificar sus vulnerabilidades.

I.1.b. Huella digital

En concreto, los *chatbots* conversacionales con personas fallecidas implican un nivel de riesgo "limitado", lo que significa que quienes utilicen este tipo de inteligencia artificial deben garantizar que los usuarios son conscientes de que están interactuando con máquinas.

El mismo nivel de riesgo se aplica a los *deepfakes*, es decir, a los videos manipulados mediante inteligencia artificial que parecen ser reales. Entre ellos destacan los que reviven a personas fallecidas, lo que hacen aplicaciones como Deep Nostalgia o Wombo. A través de inteligencia artificial, pueden animar fotografías de seres queridos que ya no están mediante efectos como sonrisas, movimiento de ojos, parpadeo o ligeros movimientos de cabeza. El resultado es similar a las fotografías que se movían en las películas de Harry Potter.

Actualmente, no existe una normativa que regule específicamente la huella digital de los difuntos, es decir, el rastro que dejaron en vida al utilizar internet. "Existe el llamado derecho al olvido, que hace referencia a la posibilidad de impedir la difusión de información personal, pero no específicamente en el caso de personas fallecidas, sino en general", explica Bárbara Sainz, asociada de Propiedad Intelectual y Tecnología del despacho Gómez-Acebo & Pombo. Así, este derecho permite al usuario solicitar que se elimine su información personal de internet cuando atente contra su derecho al honor, su derecho a la intimidad o a la propia imagen. Y también cuando es información obsoleta que ya no tiene sentido que se siga teniendo acceso a ella.

En opinión de la letrada, "sería recomendable abordar una regulación de estas cuestiones" en el ámbito nacional. Por ejemplo, "Cataluña, siguiendo el ejemplo de países como Francia, aprobó la ley de las voluntades digitales que regula la huella digital cuando la persona muere", aunque "algunas disposiciones han sido declaradas inconstitucionales por invadir competencias estatales".

II. Actualidad legislativa

II.1. La regulación de la inteligencia artificial en la UE, 29/04/2021, legalarmy.net

Siguiendo con la estrategia de la Comisión Europea (2019-2024) y tras la publicación del Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial (2020), se ha publicado la Propuesta de Reglamento para la regulación de la Inteligencia Artificial (*Artificial Intelligence Act*) **(1)**, con el objetivo de establecer normas armonizadas en la Unión Europea a fin de propiciar el desarrollo de un marco normativo que permita consolidar el liderazgo tecnológico, garantizando a su vez el cumplimiento de los valores y derechos fundamentales de la Unión.

Las finalidades perseguidas por la Comisión son:

a) Asegurar que los sistemas basados en IA utilizados en la Unión sean seguros y garanticen el respeto a los derechos fundamentales.

(1) Disponible en *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206*.

b) Aportar seguridad jurídica para facilitar la innovación y la inversión en IA.

c) Reforzar la gobernanza y la aplicación de la normativa vigente en relación con los requisitos de seguridad y conformidad de sistemas basados en IA.

d) Facilitar el desarrollo de un mercado único para la IA segura (*trustworthy AI*).

En este sentido, la Comisión propone una aproximación basada en el riesgo, procurando evitar obstaculizar el desarrollo y la implementación de soluciones en las que se utiliza la inteligencia artificial. La propuesta hace referencia también a la promoción de *sandboxes* regulatorios sobre IA tanto a nivel europeo como a nivel de los Estados miembros con el fin de favorecer la innovación.

Conviene destacar que la propuesta establece que las normas establecidas en el reglamento serán aplicables a los proveedores de sistemas de IA independientemente de si se encuentran en la Unión Europea o en un tercer Estado. En este sentido, el reglamento será aplicable tanto a instituciones públicas como instituciones privadas en la medida en que sean proveedores de sistemas de IA, quedando al margen lo relativo a instituciones de naturaleza militar.

Se establecen los siguientes niveles de riesgo y requisitos independientes para cada uno de ellos:

a) Riesgo inaceptable - prácticas prohibidas.

b) Alto riesgo (*high risk*) - prácticas relacionadas con: i) el acceso y seguridad aplicable a los servicios mínimos (relacionados con suministros e infraestructuras críticas); ii) el acceso o toma de decisiones sobre el acceso de una persona a una institución educativa; iii) las decisiones relacionadas con el ámbito laboral (proceso de selección, monitorización y evaluación de trabajadores); iv) sistemas de *scoring* de personas que determinen, por ejemplo, el acceso a servicios de telecomunicaciones o servicios financieros y, entre otros; v) el uso de sistemas de IA por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y otros fines relacionados con la administración de justicia.

c) Riesgo mínimo o despreciable (*low or minimal risk*) - prácticas relacionadas con *deep fakes* o *chatbots*.

Las prácticas prohibidas son, en principio, las siguientes:

a) La comercialización, puesta en servicio o utilización de un sistema de IA que despliegue técnicas subliminales más allá de la conciencia de una persona para distorsionar materialmente el comportamiento de una persona de manera que cause o pueda causar a esa persona o a otra un daño físico o psicológico.

b) La comercialización, puesta en servicio o utilización de un sistema de IA que explote cualquiera de las vulnerabilidades de un grupo específico de personas debido a su edad, discapacidad física o mental, con el fin de distorsionar materialmente el comportamiento de una persona perteneciente a ese grupo de manera que cause o pueda causar a esa persona o a otra un daño físico o psicológico.

c) La comercialización, puesta en servicio o utilización de sistemas de IA por parte de las autoridades públicas o en su nombre para la evaluación o clasificación de la confianza de las personas físicas basándose en su comportamiento social o características personales.

Se proponen restricciones y excepciones en relación con a determinados usos de los sistemas de identificación biométrica a distancia con fines de seguridad pública.

La propuesta de Reglamento introduce también el European Artificial Intelligence Board, una figura análoga al actual Comité Europeo de Protección de Datos, en su respectivo ámbito de competencia. Este nuevo comité persigue la aplicación fluida, eficaz y armonizada del Reglamento, contribuyendo a la cooperación efectiva de las autoridades nacionales de supervisión y la Comisión, proporcionando asesoramiento y *expertise*.

A nivel nacional, los Estados miembros deberán designar una o varias autoridades nacionales competentes.

Se establecen obligaciones de transparencia que aplicarán a los sistemas de IA que: i) inte-

ractúen con seres humanos; ii) se utilicen para detectar emociones o; iii) generen o manipulen contenidos (*deep fakes*).

Cuando las personas interactúen con un sistema de IA o se detecten sus emociones o características por medios automatizados, deberán ser informadas de esta circunstancia. Si un sistema de IA se utiliza para generar o manipular contenidos de imagen, audio o video que se asemejan sensiblemente a los contenidos auténticos, deberá existir la obligación de revelar que el contenido se genera por medios automatizados, sin perjuicio de excepciones con fines legítimos (libertad de expresión).

En cuanto a la responsabilidad se establece que "es razonable que una persona física o jurídica concreta, definida como proveedor, asuma la responsabilidad de la comercialización o puesta en servicio de un sistema de IA de alto riesgo, independientemente de que esa persona física o jurídica sea la que diseñó o desarrolló el sistema".

El Reglamento entrará en vigor, una vez aprobado y publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, a los veinte días de su publicación - si bien está previsto que no será aplicable hasta que transcurran 24 meses desde esa fecha.

Esta propuesta de la Comisión representa una importante iniciativa legislativa que puede servir como referencia a nivel global como ya ocurrió con el RGPD en 2016 y que se suma al nuevo marco regulatorio que se encuentra en tramitación (Digital Markets Act, Digital Services Act y Data Governance Act).

III. Vacunación

III.1. Actualidad jurisprudencial

III.1.a. Primera sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre vacunación infantil obligatoria. Caso "Vavricka and Others v. the Czech Republic, no. 47621/13" **(2)**

En la República Checa existe la obligación legal general de vacunar a lxs niñxs contra nueve enfermedades comunes. Aquellos progenitores que no la cumplan, sin justificación, pueden ser multadxs; y se encuentra impedido el ingreso a las guarderías de lxs niñxs que no han sido vacunadxs, con excepción de aquellxs que no puedan serlo por razones médicas.

En la causa, un accionante había sido multado por incumplir la obligación de vacunación en relación con sus dos hijxs. A lxs restantes coaccionantes se les había negado la admisión de sus hijxs a la guardería por este mismo motivo.

En la decisión se señaló que, de conformidad con los antecedentes del Tribunal, la vacunación obligatoria como medida médica involuntaria, implica una injerencia en la integridad física y, por lo tanto, se relaciona con el respeto a la vida privada, protegido por el art. 8º de la Convención.

Señaló que la política checa perseguía los objetivos legítimos de proteger la salud, así como el derecho de lxs demás, señalando que la vacunación protege tanto a quienes la reciben como a quienes no pueden ser vacunadxs por razones médicas y, por lo tanto, dependen de la inmunidad colectiva para su protección contra enfermedades contagiosas graves. Consideró además que se disponía de un amplio "margen de apreciación" apropiado para el Estado demandado en este contexto.

Destacó que, en la República Checa, la obligación de vacunación se encontraba fuertemente incentivada por las autoridades médicas. Podría decirse que representa la respuesta de las autoridades nacionales a la apremiante necesidad social de proteger la salud individual y pública contra las enfermedades en cuestión, y de proteger contra cualquier tendencia a la baja en la tasa de vacunación entre lxs niñxs.

La sentencia enfatiza que en todas las decisiones relativas a lxs niñxs, su interés superior debe ser de primordial relevancia. Con respecto a la inmunización, el objetivo debe ser que todos lxs niñxs estén protegidos contra enfermedades graves, mediante la vacunación o en virtud de la inmunidad colectiva. En este sentido, podría concluirse que el enfoque de la política de salud checa resulta proteger el interés superior de lxs niñxs.

La Corte también observó que el deber de vacunación se refiere a nueve enfermedades

(2) Disponible en *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:* [%22001-209039%22].

respecto de las cuales la comunidad científica considera que la vacunación resulta eficaz y segura, al igual que la décima vacunación, que se administra a niñxs con indicaciones de salud particulares.

Luego, el tribunal examinó la proporcionalidad de la política de vacunación. En términos generales, señaló el alcance y contenido de la obligación de vacunarse, sus excepciones y el procedimiento aplicable a ellas.

En lo atinente al caso en concreto, señaló que la multa impuesta al Sr. Vavricka no había sido excesiva. Aunque la inadmisión de lxs niñxs solicitantes al preescolar había significado la pérdida de una importante oportunidad para desarrollar su personalidad, significaba una medida preventiva más que punitiva, y había sido limitada en el tiempo, en tanto habiendo alcanzado la edad de asistencia obligatoria a la escuela primaria, su admisión no se había visto afectada por su estado de vacunación.

En consecuencia, las medidas denunciadas por los coaccionantes, evaluadas en el contexto del sistema nacional, habían estado en una razonable relación de proporcionalidad con los objetivos legítimos perseguidos por el Estado checo (para proteger contra enfermedades que podrían suponer un riesgo grave para la salud) a través del deber de vacunación.

La Corte aclaró que, en última instancia, la cuestión a determinar no era si podría adoptarse una política menos exigente, como se había hecho en algunos otros Estados europeos. Más bien, se trataba de si, al lograr el equilibrio particular que lograban, las autoridades checas habían superado su amplio margen de apreciación en este ámbito. Concluyó que las medidas impugnadas podrían considerarse como "necesarias en una sociedad democrática" y que no había habido una violación al art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

III.1.b. Decisión de la Corte

- Art. 8º (Derecho al respeto de la vida privada)

El razonamiento del tribunal comienza con la aclaración de que el caso se refiere a la vacunación estándar y de rutina de lxs niñxs contra enfermedades que son bien conocidas por la ciencia médica, y la naturaleza obligatoria de aquellas vacunas en la República Checa.

La obligación de vacunación se refiere a la vacunación contra la difteria, el tétanos, la tos ferina, las infecciones por *Haemophilus influenzae* tipo b, la poliomielitis, la hepatitis B, el sarampión, las paperas, la rubéola y, en el caso de niñxs con indicaciones sanitarias específicas, las infecciones neumocócicas.

- Si hubo una interferencia

Según la jurisprudencia del tribunal, la vacunación obligatoria, como intervención médica involuntaria, representa una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada. En el presente caso, si bien no se había realizado ninguna de las vacunaciones impugnadas, el tribunal consideró que como consecuencia de la negativa a admitirlxs en la educación preescolar, lxs menores solicitantes (en cinco de las solicitudes) habían soportado las consecuencias directas del incumplimiento con el deber de vacunación. En cuanto al Sr. Vavřička , si bien lo que estaba en juego era la vacunación de sus hijxs, en virtud de la legislación nacional estaba personalmente sujeto a la obligación de vacunarlos; las consecuencias de su incumplimiento, a saber, una multa, han sido asumidas directamente por él como persona legalmente responsable del bienestar de sus hijxs. Por tanto, lxs demandantes habían sufrido una injerencia en su derecho al respeto de la vida privada.

- Licitud de la injerencia

El tribunal consideró que la injerencia denunciada tenía una base adecuada en el derecho interno, ya que se basaba en una combinación de legislación primaria y secundaria que los tribunales nacionales ya habían determinado que satisfacía los requisitos del derecho constitucional checo.

- Fin legítimo perseguido por la injerencia

El objetivo de la legislación pertinente es proteger contra enfermedades que puedan suponer un grave riesgo para la salud. Esto se refería tanto a quienes recibieron las vacunas en cues-

tión como a quienes no pudieron ser vacunadxs y, por lo tanto, se encontraban en un estado de vulnerabilidad, confiando en el logro de un alto nivel de vacunación dentro de la sociedad en general para protegerse contra las enfermedades contagiosas en cuestión. Este objetivo correspondía a los fines de la protección de la salud y la protección de los derechos de lxs demás, reconocidos por el art. 8º de la Convención.

- Si la injerencia fue necesaria en una sociedad democrática. El margen de apreciación de los Estados

Dado que el presente caso se refiere a una intervención médica obligatoria, la obligación de vacunación puede considerarse relacionada con el goce efectivo de los derechos íntimos por parte del individuo. Sin embargo, el peso de esta consideración se vio atenuado por el hecho de que no se habían administrado vacunas en contra de la voluntad de lxs solicitantes, ni podrían haberlo hecho, ya que la legislación interna pertinente no permitía imponer por la fuerza el cumplimiento del deber.

La Corte señaló que había un consenso general de que la vacunación era una de las intervenciones de salud más exitosas y rentables y que cada Estado debería apuntar a lograr el nivel más alto posible de vacunación entre su población. Sin embargo, en cuanto a los mejores medios para lograrlo, no hubo consenso entre las partes contratantes de la Convención sobre un modelo único. Más bien, existía un espectro de políticas relativas a la vacunación de lxs niñxs. La posición de la República Checa estaba en el extremo más prescriptivo de ese espectro, una posición apoyada y compartida por tres de los gobiernos intervinientes (de Francia, Polonia y Eslovaquia). De hecho, el tribunal señaló que varias otras partes contratantes habían cambiado recientemente sus políticas hacia un enfoque más prescriptivo, debido a una disminución de la vacunación voluntaria y la consiguiente disminución de la inmunidad colectiva. Si bien se aceptó que hacer de la vacunación una cuestión de deber legal planteaba cuestiones delicadas, esto no se limitaba a la perspectiva de quienes no estaban de acuerdo con el deber de vacunación, sino que englobaba el valor de la solidaridad social, cuyo propósito era proteger la salud de toda la sociedad, en particular aquellxs que eran especialmente vulnerables y en cuyo nombre se pidió al resto de la población que asumiera un riesgo mínimo en forma de vacunación.

En consecuencia, la Corte consideró que en el presente caso el margen de apreciación del Estado debe ser amplio.

- Necesidad social apremiante

La Convención, así como otros instrumentos internacionales, impone a los Estados contratantes la obligación positiva de tomar las medidas adecuadas para proteger la vida y la salud de quienes se encuentran dentro de su jurisdicción. El material de expertxs presentado por el gobierno demandado transmitía la firme opinión de las autoridades médicas pertinentes de la República Checa de que la vacunación de niñxs debería seguir siendo una cuestión de obligación legal en ese país, y subrayó que el riesgo para la salud individual y pública aumentaría frente a un posible declive en la tasa de vacunación, si se convirtiera en un procedimiento meramente recomendado. Los gobiernos intervinientes también habían expresado su preocupación por el riesgo asociado con una disminución de la cobertura de vacunas, haciendo hincapié en la importancia de asegurar que lxs niñxs estuvieran inmunizados contra las enfermedades en cuestión desde una edad temprana. También se han expresado preocupaciones similares en otros lugares a nivel europeo e internacional.

A la luz de estos argumentos, el tribunal consideró que en la República Checa se podría decir que la obligación de vacunación representa la respuesta de las autoridades nacionales a la imperiosa necesidad social de proteger la salud individual y pública contra las enfermedades en cuestión y de prevenir cualquier descenso en la de la tasa de vacunación infantil.

- Razones pertinentes y suficientes

Con respecto a las razones esgrimidas para el carácter obligatorio de la vacunación en la República Checa, el Tribunal reconoció el importante fundamento de salud pública que subyace a esta elección de política, en particular en términos de la eficacia y seguridad de la vacunación infantil, y también el consenso general que

apoya el objetivo, para cada Estado, de lograr el mayor grado posible de cobertura vacunal. Además, tomó nota de la conclusión del Tribunal Constitucional checo de que los datos pertinentes de expertos nacionales e internacionales en la materia justificaban la aplicación de esta política. Si bien un sistema de vacunación obligatoria no fue el único modelo adoptado por los Estados europeos, ni el más extendido, la Corte reiteró que, en materia de política sanitaria, son las autoridades nacionales las que están en mejor posición para evaluar las prioridades, el uso de los recursos y las necesidades de la sociedad. Todos estos aspectos fueron relevantes en el presente contexto y se ubicaron dentro del amplio margen de apreciación que la Corte debe otorgar al Estado demandado.

Además, en todas las decisiones relativas a lxs niñxs, su interés superior debe ser de suma importancia. De ello se desprende que los Estados tienen la obligación de colocar el interés superior del niñx, y también el de lxs niñxs como grupo, en el centro de todas las decisiones que afecten a su salud y desarrollo.

Con respecto a la inmunización, el objetivo debe ser proteger a todxs lxs niñxs contra enfermedades graves. En la gran mayoría de los casos, esto se logró cuando recibieron el programa completo de vacunaciones durante sus primeros años. Aquellxs a quienes no se les podía administrar tal tratamiento estaban indirectamente protegidos contra enfermedades contagiosas siempre que se mantuviera el nivel requerido de cobertura de vacunación en su comunidad; en otras palabras, su protección provenía de la inmunidad colectiva. Así, cuando se consideró que una política de vacunación voluntaria no era suficiente para lograr y mantener la inmunidad colectiva, las autoridades nacionales podrían introducir razonablemente una política de vacunación obligatoria para lograr un nivel adecuado de protección contra enfermedades graves.

En opinión de la Corte, la política de salud del Estado demandado se basó en tales consideraciones y, por esta razón, podría decirse que es compatible con el interés superior de lxs niñxs en quienes se centra. Por tanto, la elección del legislador checo de aplicar un enfoque obligatorio a la vacunación se basó en razones pertinentes y suficientes, al igual que las interferencias específicas denunciadas por los solicitantes.

- Proporcionalidad de la injerencia en relación con el fin perseguido

La obligación de vacunación se refería a nueve enfermedades contra las que la comunidad científica consideraba que la vacunación era eficaz y segura, al igual que la décima vacunación, que se administraba a niñxs con indicaciones de salud particulares. Si bien el modelo checo era de vacunación obligatoria, este no era un deber absoluto. Se permitió una exención, en particular con respecto a lxs niñxs con una contraindicación permanente para la vacunación. Además, hubo una nueva exención sobre la base de una "objeción de conciencia secular", reconocida por el Tribunal Constitucional en el caso del Sr. Varicka y desarrollada en casos posteriores.

Si bien la vacunación era un deber legal en el Estado demandado, la Corte señaló que su cumplimiento no podía imponerse directamente, en el sentido de que no existía ninguna disposición que permitiera la aplicación forzosa de la vacuna. La sanción impuesta al Sr. Vavricka podría considerarse relativamente moderada y consistiría en una multa administrativa única.

Con respecto a lxs niñxs demandantes, el Tribunal consideró que su no admisión a la educación preescolar había sido una medida destinada a salvaguardar la salud de los niñxs pequeñxs en particular y tenía un carácter esencialmente protector más que punitivo.

El tribunal también señaló las garantías procesales previstas en la legislación nacional. Los demandantes habían tenido a su disposición tanto recursos administrativos como recursos judiciales ante los tribunales administrativos y, en última instancia, el Tribunal Constitucional. No habían logrado hacer afirmaciones que cuestionaban la matriz institucional.

Con respecto a lxs niñxs solicitantes, su exclusión del preescolar había significado la pérdida de una importante oportunidad para que desarrollaran su personalidad y comenzaran a adquirir importantes habilidades sociales y de aprendizaje en un entorno pedagógico forma-

tivo. Sin embargo, eso había sido consecuencia directa de la decisión de sus respectivos progenitores de negarse a cumplir con un deber legal, cuyo propósito era proteger la salud, en particular en ese grupo de edad. Además, los efectos sobre lxs niñxs solicitantes habían sido limitados en el tiempo. Cuando alcanzaron la edad de asistencia escolar obligatoria, su admisión a la escuela primaria no se había visto afectada por su estado de vacunación.

En consecuencia, las medidas denunciadas por lxs demandantes, evaluadas en el contexto del sistema nacional, habían tenido una relación razonable de proporcionalidad con los fines legítimos perseguidos por el Estado demandado a través de la obligación de vacunación.

- Conclusión

La Corte aclaró que, en última instancia, la cuestión a determinar no es si se podría haber adoptado una política diferente y menos prescriptiva, como se había hecho en algunos otros Estados europeos. Más bien, se trataba de si, al lograr el equilibrio particular que lograban, las autoridades checas habían excedido su amplio margen de apreciación en este ámbito. Concluyó que las medidas impugnadas podrían considerarse "necesarias en una sociedad democrática". En consecuencia, no ha habido violación del art. 8º de la Convención.

IV. Embriones

IV.1. Actualidad

IV.1.a. Se han modificado los límites para la investigación con embriones humanos. Es hora de un debate público, 07/03/2021, *science.thewire.in*

Durante 40 años, la investigación sobre el desarrollo humano temprano se ha guiado por el principio de que luego de 14 días, un embrión no debe usarse para investigación y debe ser destruido. Esta regla se ha convertido en ley para más de 12 países. Pero en las nuevas pautas publicadas por la Sociedad Internacional para la Investigación de Células Madre, se ha modificado esta pauta, permitiendo realizarse investigaciones en embriones humanos que se encuentran en etapas más avanzadas de desarrollo.

A raíz de esta modificación, los países deberán revisar sus leyes, políticas y directrices. Sin embargo, y ante todo, el debate público resulta fundamental a fin de determinar los límites respecto de qué tipo de investigaciones deberían permitirse.

A lo largo de las décadas, la investigación con embriones humanos nos ha permitido comprender el desarrollo humano normal y anormal, así como las enfermedades y trastornos genéticos tempranos. El estudio de los embriones humanos, como las primeras formas de vida humana, puede darnos una idea de por qué ocurren los abortos espontáneos y cómo se desarrollan nuestros complejos sistemas corporales. Los embriones humanos también son importantes para la investigación con células madre, donde lxs investigadorxs intentan crear terapias basadas en células para tratar enfermedades humanas.

A menudo, se crean embriones adicionales durante los procedimientos de fertilización *in vitro*. Estos embriones adicionales se pueden donar para investigación. Son cultivados en un laboratorio y pueden ser estudiados hasta alcanzar el día 14 luego de su creación.

La regla de los 14 días ha servido como estándar internacional desde 1990, al ser incluida en la Ley de Embriología y Fertilización Humana en el Reino Unido. En ese tiempo, no era posible mantener vivos los embriones humanos en un laboratorio por más de unos pocos días. Sin embargo, recientemente lxs científicxs han podido mantener vivos a los embriones durante períodos más largos, entre 12 y 13 días. Las consecuencias éticas, legales y sociales de dicha investigación también fueron consideraciones importantes.

- La regla de los 14 días y las nuevas pautas

Aunque la regla de los 14 días ha sido criticada por decidirse arbitrariamente, existen varios motivos para su determinación.

Luego de que un óvulo es fertilizado por un espermatozoide, el embrión resultante consta

de unas pocas células idénticas. La mayoría de los embriones se implantarán en el útero después del día 14. Tras este punto, aparece la 'línea primitiva', que es el primer signo del sistema nervioso en desarrollo de un embrión. La regla también identificó el punto en el que el embrión muestra signos de individuación, ya que ya no es posible que el embrión se divida en gemelos pasados los 14 días. Algunxs entienden que, debido a esto, es en esta etapa que surge un ser moral, y no sería ético realizar investigaciones sobre embriones pasado este tiempo.

Recientemente ha habido una creciente presión por parte de lxs investigadorxs para eliminar la regla de los 14 días, o al menos extenderla, ya que impide que se lleven a cabo investigaciones críticas. La extensión del límite permitiría realizar una investigación importante sobre el desarrollo humano temprano. Las nuevas directrices permiten realizar investigaciones en embriones mayores de 14 días si se siguen los procesos de aprobación de los correspondientes comités de ética.

Sin embargo, resulta un problema significativo que ya no exista ningún límite en el marco de tiempo para la investigación. ¿Estaría permitido investigar con embriones humanos de 20 o 40 días de edad? Las pautas no especifican límite alguno. Cuanto más tiempo se le permite crecer a un embrión humano, más reconociblemente humano se vuelve. ¿En qué punto consideraríamos que la investigación no es ética y en qué punto el costo moral supera los beneficios de la investigación?

- Qué dicen las legislaciones

Los distintos países han adoptado una variedad de enfoques para la investigación con embriones humanos. Algunos, como Italia y Alemania, no lo permiten en absoluto. Otros, como el Reino Unido, permiten que la investigación continúe hasta que el embrión tenga 14 días, luego de lo cual debe ser destruido. También hay algunos países en los cuales se permite la investigación de embriones sin identificar un límite. En EE.UU. al igual que en otros países, no existe ninguna ley que lo regule (pero hay pautas que contienen referencias a la regla de los 14 días). En Sudáfrica, la referencia a la regla se encuentra en la Ley Nacional de Salud (2003), que establece que la investigación con embriones humanos solo puede realizarse con el permiso del ministro, y que los embriones no deben tener más de 14 días.

Las pautas internacionales no son legalmente vinculantes. Pero el efecto de las directrices revisadas es que el estándar internacional para las prácticas en la investigación científica ha cambiado. Esto significa que los países que han implementado la norma en sus leyes deberán revisarlas para que estén en consonancia con la mejor práctica científica.

V. Pluriparentalidad

V.1. Actualidad jurisprudencial

V.1.a. Jueza de British Columbia ordena que la segunda madre de una relación amorosa conformada por tres personas sea declarada como tercera progenitora **(3)**, 26/04/2021, *cbc.ca*

Una jueza de la Corte Suprema de Columbia Británica ordenó que los tres miembros de una "tríada" poliamorosa se registren como progenitores del niñx de dos años y medio que están criando juntos como familia.

La jueza Sandra Wilkinson señaló que un "vacío" en la ley provincial que trata sobre la paternidad de lxs niñxs impedía que una mujer conocida como Olivia fuera reconocida legalmente como la madre del niñx que considera su hijo.

Olivia ha estado en una relación romántica con Bill y Eliza desde 2016, dos años antes de que Eliza diera a luz a Clarke, el bebé engendrado por Bill. Las partes han sido anonimizadas por orden del tribunal.

Pero debido a que Clarke fue concebido a través de relaciones sexuales, la Ley de Derecho de Familia de BC no dejó lugar en su certificado de nacimiento para nadie más que una madre biológica y un "presunto" padre biológico.

"Encuentro que hay un vacío en la [Ley de Derecho de Familia] con respecto a lxs niñxs concebidos a través de relaciones sexuales, y que

(3) Sentencia disponible en *https://www.bccourts.ca/jdb-txt/sc/21/07/2021BCSC0767.htm.*

tienen más de dos padres", escribió Wilkinson. "La evidencia indica que la legislatura no previó la posibilidad de que un niñx pudiera ser concebido a través de relaciones sexuales y pudiera tener más de dos padres. Dicho sin rodeos, la legislatura no contempló familias poliamorosas".

- Sistema legal lidiando con la familia moderna

La decisión es una de una serie de fallos en casos que se han desarrollado en los tribunales de Canadá en los últimos años a medida que el sistema legal lidia con la composición cambiante de la familia moderna. Incluyen una decisión de 2007 en la que la Corte de Apelaciones de Ontario falló a favor de una pareja de mujeres del mismo sexo que quería que ambos nombres aparecieran como madres junto con el nombre del hombre que las ayudó a formar una familia.

Y más recientemente, otro juez de la Corte Suprema de Columbia Británica dictaminó que un hombre que donó su esperma para que los miembros de una pareja femenina del mismo sexo pudieran quedar embarazadas podría tener su nombre incluido en los certificados de nacimiento de lxs niñxs nacidos de cada una de las mujeres. En ese caso, la sentencia se centró en acuerdos escritos y verbales que permitieron que más de dos personas se registraran como padres en el apartado de la ley de reproducción asistida.

Según el fallo de Wilkinson, Olivia sabía que Eliza y Bill estaban tratando de tener un hijo cuando ella se unió a su relación. Una vez que Eliza quedó embarazada, se aceptó que Olivia fuera una "madre plena". "Olivia llegó a inducir la lactancia para que también pudiera alimentar a Clarke cuando naciera", escribió Wilkinson. "De hecho, Olivia fue la primera madre en alimentar a Clarke después de su nacimiento".

Si Clarke hubiera sido concebido mediante reproducción asistida, con un donante de esperma o un padre sustituto, Olivia, Bill y Eliza podrían haber podido redactar un acuerdo para que todos fueran declarados padres en virtud de una sección diferente de la Ley de derecho de familia. Pero Wilkinson dijo que esa opción no estaba abierta para un niñx nacido a través de relaciones sexuales.

La abogada de Olivia, Catherine Wong, señaló: "Es una señal de que estamos viendo que la ley se está poniendo al día con la realidad de las familias poliamorosas o las familias con múltiples padres en Columbia Británica". "En ese sentido, es un caso muy importante porque reconoce la diversidad de familias en BC y que la ley no funcionaba para todas las familias hasta ahora".

En 2018, en lo que se creía que era una primicia canadiense, un tribunal de Terranova y Labrador permitió que tres miembros de una relación poliamorosa fueran declarados padres y madre de un bebé. Pero en esa situación, la relación involucró a dos hombres y una mujer y, a diferencia de la actual que involucra a Clarke, no se sabía cuál de los hombres era el padre biológico.

El fiscal general de BC se opuso a que se declarara a Olivia como la tercera madre legal de Clarke, argumentando que "abriría las compuertas para las declaraciones de paternidad en el futuro". Pero Wilkinson señaló que era improbable que eso sucediera. De hecho, señaló el juez, muchas personas acuden a los tribunales para intentar evitar las responsabilidades de los padres, no aceptarlas.

En un comunicado a CBC News, Olivia, Bill y Eliza dijeron que esperaban que la decisión proporcionara "un trampolín para otras familias no tradicionales en situaciones similares". "Antes de esta decisión, Olivia no tenía derechos legales como madre y nos habíamos acostumbrado a hacer sacrificios como resultado de no encajar en la definición tradicional de familia", dijeron. "Estamos emocionados de ver que la ley comienza a ponerse al día con la forma en que un número creciente de personas está construyendo familias".

VI. Matrimonio de personas del mismo sexo/género

VI.1. Actualidad jurisprudencial

VI.1.a. Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso "A. M. and others v. Russia" **(4)**

(4) Sentencia disponible en *https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22* [%22001-211016%22].

(application no. 47220/19)En la sentencia del caso Fedotova y otros contra Rusia, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo, por unanimidad, que había habido una violación del art. 8º (derecho al respeto de la vida privada y familiar) de la Convención Europea sobre Derechos Humanos.

El caso se refería a la negativa a registrar el matrimonio de los coaccionantes, que son parejas del mismo sexo. El tribunal determinó que Rusia tenía la obligación de garantizar el respeto de la intimidad y la privacidad de los codemandantes, al proporcionar un marco legal que les permita tener sus relaciones reconocidas y protegidas por la legislación nacional. La falta de oportunidades para que las parejas del mismo sexo tengan relaciones reconocidas formalmente creó un conflicto entre la realidad social de los solicitantes y la ley. El tribunal desestimó el argumento del gobierno de que los intereses de la comunidad en su conjunto podrían justificar la falta de oportunidades para que las parejas del mismo sexo formalicen sus relaciones. Concluyó que, al negar el acceso al reconocimiento formal de su estado a las parejas del mismo sexo, las autoridades rusas habían ido más allá de la discreción (margen de apreciación) de la que gozan. El tribunal declaró que la elección de la forma más adecuada de registro de uniones del mismo sexo quede a discreción del Estado demandado.

- Decisión de la Corte

La Corte reiteró que el art. 8º no imponía explícitamente a los Estados la obligación de formalmente reconocer las uniones del mismo sexo. Sin embargo, implicaba la necesidad de lograr un equilibrio justo entre los intereses en competencia de las parejas del mismo sexo y de la comunidad en su conjunto. También existe la obligación de establecer un marco legal que garantice el goce efectivo de los derechos consagrados en el art. 8º. La Corte señaló en particular el impacto en un individuo cuando existe una discordancia entre la ley y la realidad social, como en el presente caso.

En cuanto a las parejas del mismo sexo, la Corte reafirmó que eran tan capaces como las parejas de distinto sexo de entablar relaciones comprometidas, con la necesidad de un reconocimiento formal y protección de su relación. Incumbe a los Estados tenerlo en cuenta y lograr un equilibrio entre sus necesidades y las de la comunidad en general.

En particular, con respecto al argumento de que la mayoría de la sociedad rusa desaprueba las uniones entre personas del mismo sexo, el tribunal declaró que el acceso a los derechos de una minoría no podía depender de la aceptación de la mayoría. Además, reiteró que dar a los demandantes acceso al reconocimiento del estatus de sus parejas en una forma distinta al matrimonio no entraría en conflicto con el "entendimiento tradicional del matrimonio" que prevalece en Rusia, o con las opiniones de la mayoría a la cual el Gobierno se refirió, ya que esas opiniones se oponían únicamente a los matrimonios entre personas del mismo sexo, no estaban en contra de otras formas de reconocimiento legal.

Como resultado, la Corte sostuvo que Rusia no había cumplido con sus obligaciones bajo el art. 8º, lo que llevó a una violación de la Convención.