

Título: Familia y coronavirus. 10 claves para comprender su relación jurídica

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: LA LEY 09/04/2020, 09/04/2020, 2

Cita Online: AR/DOC/1011/2020

Sumario: I. Introducción.— II. La violencia de género y la violencia doméstica. El empeoramiento de la situación de la mujer.— III. El régimen de comunicación y los planes de parentalidad.— IV. La vivienda familiar.— V. Los alimentos.— VI. El acceso a la justicia y los procesos de familia.— VII. El matrimonio. Matrimonio a distancia. Matrimonio in articulo mortis. La posibilidad de celebrar convenciones y el cambio de régimen patrimonial matrimonial.— VIII. La compensación económica.— IX. El deber de asistencia.— X. Los vulnerables adultos mayores y personas con discapacidad.

(*)

I. Introducción

En la historia de la humanidad siempre han existido pestes que han devastado la población e impactado en la economía, así como obligado a la familia a extremar su solidaridad frente a ellas cuidando a sus enfermos y colaborando con el esfuerzo común en la salida de la crisis [\(1\)](#).

Cada una de estas situaciones horribles han tenido características diferentes según las épocas en las que se han desarrollado; la actual pandemia [\(2\)](#) del coronavirus se produce en un mundo que se caracteriza por su hiperconectividad, física y cibernética.

La globalización de la circulación de las personas ha sido catastrófica para la difusión del virus mientras que la socialización de la información es beneficiosa para el conocimiento epidemiológico y de las reglas legales que contribuyen favorablemente a minimizar las consecuencias, el avance y los riesgos.

Al respecto tenemos que comenzar afirmando que el impacto para el derecho no viene dado por el virus COVID-19 sino por el amplio número de reglamentaciones, dictadas por las autoridades nacionales, provinciales y hasta municipales, para tratar de evitar su propagación y para minimizar sus consecuencias económicas. Su cantidad imposibilita el conocimiento de la totalidad de ellas. Piénsese que el 29 de marzo del 2020 el Colegio de Abogados de la Capital Federal dio a conocer un informe de las normas relativas al coronavirus y este tenía 600 páginas.

De todas las disposiciones dictadas en la emergencia la que más afecta es el dec. DNU 297/2020 de "Aislamiento social, preventivo y obligatorio" del 19 de marzo del 2020, que impide la circulación de las personas en razón de la emergencia sanitaria causada por el coronavirus.

Estas disposiciones de "emergencia" afectan y afectarán a la familia y al derecho de familia en el corto, mediano y largo plazo.

El propósito de estas líneas es mostrar diez ámbitos del derecho de familia que sufren alteraciones tanto en lo inmediato como en lo futuro, por efecto de las reglamentaciones que limitan los derechos y libertades individuales; luego los diferentes artículos profundizarán los aspectos enunciados. A saber.

II. La violencia de género y la violencia doméstica. El empeoramiento de la situación de la mujer

La situación de aislamiento, sumada al confinamiento, con más el agregado de la severa crisis económica que vive el país —que afecta en mayor medida a las clases sociales de menores ingresos económicos— contribuye al crecimiento de la violencia doméstica y a la violencia de género, a la vez que favorece el empeoramiento de la situación de la mujer por el crecimiento de las situaciones de cuidado.

Ello sumado a la dificultad de circulación y al limitado acceso a la justicia por la feria judicial, hace peligrar la vida y la integridad de las mujeres, los niños, los discapacitados, los ancianos y los más vulnerables.

III. El régimen de comunicación y los planes de parentalidad

El "aislamiento social obligatorio" dificulta el cumplimiento de los regímenes de comunicación de los niños y niñas de progenitores que viven separados.

Los planes de comunicación "paterno-materno-filial" definitivamente no se pueden cumplir, ni con la normalidad en que fueron pactados, ni con la regularidad que fueron sentenciados por normas de orden público que limitan el desplazamiento de los ciudadanos con el fin de proteger la salud general. Ello obliga a repensar soluciones que permitan proteger el interés de los grupos familiares afectados, respetando las disposiciones generales, no afectando la salud pública y salvaguardando el derecho humano de comunicación, esencial en épocas donde la solidez de las relaciones familiares es trascendente para el fortalecimiento del individuo, brutalmente golpeado por una situación sanitaria inimaginada; y una vez conocida, inevitable.

IV. La vivienda familiar

La vivienda familiar, necesaria para el desarrollo individual y familiar que cuenta con una gran protección constitucional, convencional y de derecho positivo, ve tambalear sus bases por la crisis económica, agravada por la imposibilidad de trabajar, comerciar y circular, que golpea con rudeza a profesionales y trabajadores independientes de la más diversa índole.

Todos aquellos que paguen un canon por la adquisición del inmueble-habitación, o por su uso y goce, se encuentran ante la dificultad temporaria para solventarlo. Ella ha tratado de ser paliada por dos decretos del Poder Ejecutivo, el 319/2020 y el 320/2020 (3), que buscan la suspensión de los aumentos de alquileres, mutuos hipotecarios, y la prórroga de los plazos, como así también la suspensión de los intereses y los desalojos.

Estas normas, por un lado, tratan la solución solo en el corto plazo; y por otra parte no contemplan los supuestos en los cuales la vivienda ha sido otorgada a uno de los cónyuges en virtud de un convenio regulador (art. 439 del Cód. Civ. y Com.) y donde el otro cónyuge tiene derecho a una renta compensatoria por el uso del inmueble (art. 444 del Cód. Civ. y Com.); ni los supuestos en que uno de los herederos hace uso de la cosa común, debiendo pagar un canon a los restantes coherederos, y que también se ve comprometida por las consecuencias de la emergencia sanitaria.

V. Los alimentos

El régimen de los alimentos se ve afectado en el corto, largo y mediano plazo. Por una parte, la restricción al acceso a la justicia complica la definición, petición, establecimiento y ejecución de los alimentos fijados judicialmente. Y en esto una vez más las TIC cumplirán un rol esencial para paliar los inconvenientes.

Por otra parte, la disminución de ingresos generados por la imposibilidad de trabajar establecida obligatoriamente, con más la recesión general, va a producir una disminución de los ingresos de los alimentantes, que lógicamente influirá en el estándar de vida de los alimentados.

A largo plazo se debe repensar el régimen de reclamo y ejecución de los alimentos para lograr eficacia en un país cuyas leyes de emergencia se suceden una tras otra, sin que se advierta que la emergencia alimentaria exige más que ayudas asistenciales, como puede ser la Asignación Universal por Hijo.

VI. El acceso a la justicia y los procesos de familia

Los procesos de familia se caracterizan por su inmediatez, celeridad, y acceso ilimitado al expediente.

Ninguno de estos principios se cumple acabadamente en una feria judicial de plazo indefinido; y es acá donde las políticas públicas de los Poderes Judiciales han de propugnar las TIC y la buena fe procesal, como paradigma que alivie la situación de crisis y limite las barreras que imponen las restricciones

VII. El matrimonio. Matrimonio a distancia. Matrimonio in articulo mortis. La posibilidad de celebrar convenciones y el cambio de régimen patrimonial matrimonial

Los matrimonios no se pueden celebrar ni festejar como las familias argentinas acostumbran; y atento al número de muertes que se producen y a la imposibilidad de desplazamiento, de ingreso y egreso al país, cobran relevancia las disposiciones para el matrimonio a distancia y el matrimonio in articulo mortis.

La frustración de las fiestas de bodas por disposiciones sanitarias obligará a revisar los contratos celebrados a la luz de la teoría de la imprevisión, el caso fortuito y la fuerza mayor.

Las convenciones y el cambio de régimen patrimonial se celebran por escritura pública y los escribanos tienen imposibilidad de desplazarse salvo para la realización de testamento. Esta circunstancia atenta contra la libertad de la autonomía de la voluntad en orden a la libertad de elegir el régimen patrimonial matrimonial.

VIII. La compensación económica

Los convenios que planteen compensaciones económicas también serán afectados.

Ellos hoy adquieren otra dimensión, porque el convenio que fija la compensación y los remedios o acciones que en función de él se diseñaron deben repensarse frente a una pandemia como la del coronavirus, ya que el fenotipo del convenio concebido como autosuficiente para reglar de una vez por todas la vida de la relación convencional hoy no alcanza para reflejar acabadamente la esencia del pacto.

IX. El deber de asistencia

El deber de asistencia asume una importancia vital ante el conflicto que el COVID-19 presenta a la familia.

El deber de asistencia surge del matrimonio (4) y de los nexos familiares; y es una consecuencia de la comunidad de vida familiar que exige una continua colaboración tanto en el ámbito personal como en el económico. La causa-fuente del deber de asistencia está en el matrimonio, en las relaciones de parentesco y en

las de filiación.

Desde el punto de vista personal genera la obligación de ayudar y auxiliar al otro en las dificultades de la vida; y nunca, como en momentos de pandemia, este deber se ha puesto más de relevancia. Tan así es que el propio DNU 297/2020 cuando establece las excepciones al aislamiento en el art. 6º, inc. 5º, incluye a las "Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes".

El contenido del deber de asistencia es amplio; se extiende a la esfera personal y a la patrimonial. Por lo tanto, ha de entenderse que la solidaridad y el socorro que los miembros de la familia se deben brindar abarcan el plano personal como el económico, por lo que comprende todo tipo de apoyo intelectual, espiritual e incluso laboral, así como de auxilio económico, patrimonial, físico o moral.

No es posible realizar una enumeración concreta de los elementos que comprende la asistencia, porque el contenido de este deber varía conforme a las necesidades que tienen las partes y las circunstancias que les toca vivir. Pero resulta indiscutible que la asistencia que se brindan los cónyuges, los padres a los hijos, y los hijos a sus mayores es fundamental para sobrellevar la crisis.

X. Los vulnerables adultos mayores y personas con discapacidad

Frente a los adultos mayores y las personas con discapacidad el derecho de familia debe revalorizar los principios que surgen de las convenciones que los protegen, para lograr en el corto plazo y de manera imprescindible su acceso a la salud.

Teniendo en cuenta que la vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo, a su vez resultan imprescindibles para el ejercicio de la autonomía personal [5](#) y para la dignidad tanto de las personas mayores como de las que sufren restricciones a su capacidad.

De allí la revalorización del compromiso familiar para la protección de los más vulnerables y de la labor del Poder Judicial para su efectivización.

(*) Doctora en Jurisprudencia. Juez de la Cámara Civil y Comercial Federal. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Vicepresidente de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las personas. Profesora Titular de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho (UBA).

(1) En el siglo XIV una epidemia de peste negra se propagó por Asia Europa y África. Se estimó que Europa perdió por lo menos un tercio de su población, 25 millones de personas sobre un total de 75 millones. En el siglo XX la gripe española mató a 50 millones de personas y afectó seriamente a 500 millones.

(2) La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el 11/03/2020 al brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 llegara a 118.554, y el número de muertes a 4.281, afectando hasta ese momento a 110 países.

(3) El Gobierno Nacional ha decidido intervenir los contratos de alquiler mediante el dec. 320/2020. Muchos fueron los fundamentos de esta medida: la protección constitucional de la vivienda familiar (aunque no solo a ella); la dificultad para gran cantidad de locatarios y locatarias de dar cabal cumplimiento a diversas obligaciones de los contratos celebrados, en particular a las cláusulas que se refieren a la obligación de pago del precio de la locación; la posibilidad de desalojos y la dificultad de buscar viviendas en tiempos de aislamiento. Las medidas establecidas en el dec. 320/2020 no derogan, sino que complementan el Código Civil y Comercial en sus principios y normas relativas a la locación. Ello es fundamental de entender, porque las normas del decreto del Poder Ejecutivo Nacional son limitadas en el tiempo y excepcionales en su alcance, mientras que las disposiciones del ordenamiento de fondo carecen de límites temporales y son generales en su alcance.

(4) El deber de asistencia conyugal está previsto expresamente en el art. 431 del Cód. Civ. y Com. El deber de asistencia filial surge de la responsabilidad parental y se desprende del art. 638 del Cód. Civ. y Com.; y el deber de asistencia familiar patrimonial se deriva del art. 537 del Cód. Civ. y Com.

(5) El derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º arts. 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; e inc. 1º del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no solo a la salud individual sino también a la salud colectiva.

Título: [Sobre la exigibilidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes ante la emergencia sanitaria ocasionada por el coronavirus](#)

Autor: Bermejo, Paula N.

Publicado en: [LA LEY 09/04/2020, 09/04/2020, 9](#)

Cita Online: [AR/DOC/1016/2020](#)

Sumario: I. Introducción.— II. Coronavirus y emergencia sanitaria.— III. Los fallos en comentario.— IV. El encuadre que se propone.— V. Reflexiones finales.

(*)

I. Introducción

La normativa dictada luego de que el Gobierno Nacional haya dispuesto mediante el dec. 297/2020 [\(1\)](#) el aislamiento social, preventivo y obligatorio con el fin de evitar la propagación de los casos de coronavirus ha originado una serie de planteos formulados por los progenitores que pretendían continuar con el régimen de comunicación, cuidado personal o revinculación con sus hijos.

Dado que en las distintas jurisdicciones de todo el país se han declarado ferias o asuetos judiciales, el primer obstáculo que han enfrentado los progenitores ha sido lograr la habilitación. De la lectura de los fallos que han trascendido parecería ser que el criterio seguido por la mayoría de los jueces es inclinarse por considerar la "suspensión" de los regímenes de comunicación y cuidado personal.

Dichas resoluciones judiciales nos invitan a reflexionar en torno del alcance y la exigibilidad de los derechos de niñas, niños y adolescente y si estos pueden ser vulnerados bajo el pretexto de la emergencia.

Es por ello que se desarrollarán las pautas de interpretación de las medidas dispuestas, para lo cual nuestro sistema de prelación normativo nos exige realizar el análisis de la cuestión desde la perspectiva de los derechos del niño.

II. Coronavirus y emergencia sanitaria

Si observamos el dec. 297/2020 advertimos, en primer lugar, que uno de los derechos afectados es el de circulación de las personas. No obstante, y tal como se analizará en el presente, en la práctica muchos otros derechos garantizados constitucional y convencionalmente se pueden encontrar comprometidos.

El art. 14 de la CN se refiere específicamente al derecho que poseen todos los habitantes de la Nación a saber, trabajar, peticionar a las autoridades; entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino, siendo que los derechos enumerados en dicha disposición deben ser ejercidos "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio".

Dicho artículo es complementado por el art. 28 de la CN que establece que los principios, las garantías y los derechos reconocidos por nuestra Carta Magna no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, por lo que se puede sostener que si bien el derecho a circulación no puede ser alterado, sí puede estar sujeto a ciertas restricciones.

En tal sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [\(2\)](#) también establece en el art. 12 el derecho a circulación en sus incs. 1º y 2º [\(3\)](#) y dispone que este "no podrá ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto". Norma similar se observa en el art. 22 [\(4\)](#) de la CADH [\(5\)](#).

Asimismo, conviene en este punto destacar, dada la especial circunstancia de peligro público y emergencia suscitada por el COVID-19, que la Convención Americana de Derechos Humanos permite la suspensión de garantías. Así, el art. 27 dispone expresamente que "[e]n caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social" (inc. 1º).

No obstante, se destaca también en dicho artículo que dicha suspensión no se encuentra autorizada en los casos de afectación de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre), 9 (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad); y 23 (derechos políticos, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (inc. 2º) [\(6\)](#).

Volviendo al análisis de la normativa dictada en nuestro país ante la excepcionalidad ocasionada por la pandemia, se debe destacar que el Poder Ejecutivo Nacional ha emitido el dec. 297/2020 (7), mencionándose expresamente que este tiene como fin proteger la salud pública, obligación inalienable del Estado nacional, por medio del cual se estableció el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" desde el 20 al 31/03/2020, "pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica" (art. 1°) (8). En este sentido el dec. 325/2020 prorrogó la medida hasta el 12/04/2020 inclusive (9).

Por su parte el art. 6° establece que las personas afectadas a las actividades y los servicios declarados esenciales en la emergencia quedan exceptuadas del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio y de la prohibición de circular, estipulándose que dichos desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios.

De esta manera, y en relación con el tema que en el presente se analiza, se exceptúa al personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes (inc. 3°) y a las personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes (inc. 5°), tal como se detallará a continuación.

II.1. Medidas en relación con la actividad judicial

En relación con el servicio de justicia se han dictado en el marco de las distintas jurisdicciones y competencias resoluciones para evitar que el personal se traslade hacia su lugar de trabajo durante el periodo de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el Gobierno Nacional. Así se ha exceptuado al personal de los servicios de justicia de concurrir a sus lugares de trabajo, pero se dejó a salvo el cumplimiento de una guardia mínima para determinadas cuestiones.

En este sentido la Corte Suprema de la Justicia de la Nación ha emitido la ac. 4/2020 (10) que estableció el asueto judicial. Posteriormente a través de la ac. 6/2020 (11) dispuso la feria extraordinaria y con la ac. 8 (12) dispuso la prórroga de la feria extraordinaria desde el 01/04/2020 hasta el 12/04/2020.

En este punto conviene destacar que en la primera acordada indicada la CS declaró inhábiles los días 16 a 31 de marzo de 2020 para las actuaciones judiciales ante todos los tribunales que integren el Poder Judicial de la Nación; dispuso que los tribunales deberán asegurar una prestación mínima de servicio de justicia durante el plazo establecido; suspendió la atención al público salvo para las actuaciones procesales en la que resulte indispensable la presencia de letrados y/o las partes y estableció que para los asuntos que no admitan demoras, las partes podrán solicitar habilitación de días y horas inhábiles.

En la ac. 6 se declaró feria judicial extraordinaria por el periodo de vigencia de las medidas del Gobierno Nacional dispuestas por el dec. 297/2020 desde el día 20 al 31 de marzo inclusive, pudiendo prorrogarse, eventualmente, en caso de que el Poder Ejecutivo Nacional disponga prorrogar el aislamiento, lo que ocurrió tras el dictado del dec. 325/2020 del 31/03/2020. Asimismo, en dicha acordada se les recuerda a los magistrados las facultades privativas que poseen para llevar a cabo los actos procesales que no admitan demoras o medidas que de no practicarse causen un perjuicio irreparable. Respecto de este último punto se destaca que se deberá tener especialmente en consideración dentro de las materias penales, entre otras cuestiones, las vinculadas con la interrupción de las comunicaciones; mientras que en materia de familia se deberán considerar los asuntos de familia urgentes, resguardo de menores, violencia de género y amparos —particularmente, los que se refieran cuestiones de salud—.

Por su parte, en el ámbito de la Justicia Nacional Civil, el Tribunal de Superintendencia ha dictado la res. 282/2020 (13) en la que se dispone que durante el periodo de vigencia de la ac. 4 de la CS los magistrados que integran la Justicia Nacional en lo Civil atenderán únicamente cuestiones urgentes, previo pedido de habilitación de días y horas inhábiles en los términos del art. 4° de la referida acordada.

Asimismo, dicho tribunal ha tratado específicamente la situación de las víctimas de violencia familiar y la problemática de la salud mental (14) a través de la cual se dispone la prórroga por 60 días las medidas cautelares dispuestas, incluso aquellas que hayan vencido en los últimos 40 días.

Por su parte en la provincia de Buenos Aires la Suprema Corte dictó la res. 368/2020 (15) a través de la cual se dispuso asueto en todo el ámbito del Poder Judicial provincial, con suspensión de los términos procesales, desde el 16 hasta el 31 de marzo de 2020 estableciéndose expresamente que deberá garantizarse durante dicho periodo la prestación mínima del servicio de justicia, limitándose a la atención de asuntos de urgente despacho o que por su naturaleza no admitan postergación. En cuanto a la atención de los asuntos urgentes, se decidió que permanezcan habilitados exclusivamente los juzgados y tribunales en turno, incluyendo las sedes descentralizadas, funcionando con guardias mínimas, conformadas con el magistrado a cargo —en el caso de

tribunales colegiados, al menos uno de sus integrantes—, un funcionario letrado y los agentes indispensables que el titular designe.

II.2. La excepción relativa a las personas que deban asistir a niños, a niñas y a adolescentes y su reglamentación

Otra de las excepciones que resulta fundamental para la comprensión de la problemática que se está analizando es la referida a la situación en la que se encuentran las personas que "deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes" contempladas entre las excepciones del art. 6° del dec. 297/2020.

En tal sentido, el Ministerio de Desarrollo Social dictó la res. 132/2020 [\(16\)](#).

En los considerados de dicha resolución se destaca que el dec. 297/2020 establece como regla general y obligatoria el aislamiento social, preventivo y obligatorio y que las excepciones establecidas en el art. 6° deben ser interpretadas de manera restrictiva.

De esta manera se puede sostener que el principio general es que todas las personas deben someterse al aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Luego remarca que "en virtud de la situación de excepcionalidad, y respecto de sus progenitores, se trataría de un supuesto de cuidado personal unilateral, debiendo el progenitor conviviente llevar adelante todo lo que esté a su alcance para que los/las hijos/as mantengan una fluida comunicación con el progenitor no conviviente, tal como lo disponen los arts. 652 y 653 del Cód. Civ. y Com. En este contexto excepcional, tal fluidez implicaría profundizar los medios tecnológicos".

Es así como a través de esta resolución se "suspenden" todos los regímenes de cuidado personal y comunicación y comienza a regir, únicamente para el periodo de emergencia, un cuidado personal unilateral en el que se deberán redoblar los esfuerzos para la comunicación a través de los distintos medios de comunicación.

Por otra parte, se menciona que "desde el punto de vista individual del interés superior del niño, niña y adolescente, la restricción de aislamiento social, preventivo y obligatorio lo es también en beneficio de su salud," no obstante se destaca que "sin embargo, frente a algunas mínimas situaciones, la restricción de la regla general no se aplicaría por entender que el deber de asistir emerge para el progenitor, familiar o referente afectivo del niño, niña y adolescente, de acuerdo a las previsiones del mentado art. 6° inc. 5°".

En este sentido la norma establece que dicho aislamiento responde a una especie de presunción realizada a priori del interés superior del niño a modo individual. No obstante, se debe destacar que, más allá del loable fin de la norma de evitar la propagación del COVID-19 y proteger la salud de los niños, la restricción al ejercicio del cuidado personal compartido o bien la privación del régimen de comunicación pueden alterar en muchos casos los derechos de los NNyA.

Con los antedichos fundamentos, la res. 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social ha impuesto la obligación de portar una declaración jurada cuando se pretenda trasladar al NNyA y se han establecido pautas de interpretación para analizar las situaciones comprendidas dentro de la excepción contemplada en el art. 6°, inc. 5°, del dec. 297/2020.

En primer lugar, el art. 1° establece expresamente que "cuando se trata de excepciones vinculadas a la asistencia de niños, niñas y adolescentes, el progenitor, referente afectivo o familiar que tenga a su cargo realizar el traslado deberá tener en su poder la declaración jurada que como Anexo (...) integra la presente resolución, completada, a fin de ser presentada a la autoridad competente, junto con el Documento Nacional de Identidad del niño, niña o adolescente, a los fines de corroborar la causa del traslado".

Refiere en este sentido Medina [\(17\)](#) que dicha norma debe ser aplicada teniendo en cuenta la realidad de un extenso país federal, donde no todos los hogares cuentan con una computadora e impresora para imprimir un formulario, ni siquiera con un teléfono celular, además de que los ciudadanos en su gran mayoría desconocen esta disposición.

En segundo lugar, establece que la excepción al aislamiento social, preventivo y obligatorio se podrá dar únicamente en tres supuestos, a saber: cuando al momento de entrar en vigencia la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio el NNyA se encontraba en un domicilio distinto al de su centro de vida, o al más adecuado al interés superior del niño, niña o adolescente para cumplir el aislamiento social mencionado, destacándose que dicho traslado debe ser realizado por única vez (inc. a); cuando uno de los progenitores se encuentra exceptuado de cumplir el aislamiento ya sea por razones laborales, es decir cuando realiza alguna de las actividades comprendidas en el art. 6° del dec. 297/2020, o bien cuando deba concurrir a asistir a terceros o medien otras causas de fuerza mayor y por dichos motivos deba ausentarse del hogar en el que se encuentra el NNyA, en cuyo caso se autoriza el traslado del NNyA al domicilio del otro progenitor, familiar o referente

afectivo (inc. b]) y; por último se menciona cuando existan razones de salud y siempre en beneficio del interés superior del niño/a, se puede trasladar al hijo/a al domicilio del otro progenitor.

Finalmente se destaca en los considerandos de dicha resolución que "cualquier otra situación que involucre la comunicación entre progenitores e hijos/as queda limitada por la medida excepcional de aislamiento social temporal, en beneficio de la salud integral de los hijos/as, de los progenitores y de la población".

De esta manera se puede sostener que el principio general previsto en la norma es que los NNyA se encuentran sometidos a la medida de aislamiento preventivo y obligatorio, siendo que la res. 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social solo autoriza los supuestos de excepción.

No obstante, y tal es el criterio que se propone, la normativa dictada ante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19 muchas veces debe ser complementada e interpretada a la luz de un principio fundamental en materia de infancia de modo tal que se garanticen sus derechos, el interés superior del niño y el acceso a la justicia.

III. Los fallos en comentario

El primero de los fallos que se mencionará es el dictado el 19 de marzo 2020 en los autos "L. A. H. E. c. S. M., S. s/ medidas protectorias" (18) por el Juzgado de Familia nro. 4 de San Isidro, provincia de Buenos Aires, donde, conforme se desarrolló más adelante, la SCBA había decretado asueto judicial.

El mismo trataba sobre un pedido de habilitación del asueto judicial solicitado por un progenitor a fin de exigir el cumplimiento del régimen de comunicación. De los únicos antecedentes mencionados en el fallo en relación con las partes y el conflicto específico que requería la intervención de la justicia, se desprende que la cuestión debatida se centra en el planteo formulado por el actor, en virtud de la negativa en la que estaría incurriendo la demandada a dar cumplimiento con el régimen de comunicación a que se había arribado en el expediente, justificando aquella su comportamiento en la situación actual derivada del coronavirus.

El juez falla desestimando el pedido de habilitación de asueto judicial. El Dr. Gustavo Halbide destaca que "en la práctica, la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. De este modo, puede definirse al 'interés del menor' como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (...) máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente".

De esta manera y refiriéndose a la observación general 14 del Comité de los Derechos del Niño, el juez indica que "la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como su edad, su sexo, su grado de madurez, su opinión, su experiencia, su pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre este y su familia o sus cuidadores, su entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores, entre otras".

No obstante estas referencias invocadas a las normas y reglas de interpretación que deben ser aplicadas en materia de infancia, resulta paradójico que el juez resuelve desestimando el pedido de asueto judicial formulado sin hacer una referencia específica al caso en concreto al que se le somete a consideración.

Tan así es que no se menciona siquiera quién es el niño en cuestión, su edad, su estado de salud, de qué manera se considera el interés superior de ese niño en particular, cuál es el régimen de comunicación que se pretende ejecutar, o bien si considera que este ha sido suspendido por la normativa dictada por el Poder Ejecutivo nacional, etcétera.

Finalmente se advierte que en este caso el interés público en general prevalece sobre el interés superior del niño, el cual, se reitera, solo ha sido considerado en forma abstracta. De esta manera el magistrado expresa: "que con la finalidad de fortalecer la prevención y la salud como bien fundamental de la comunidad, corresponde desestimar el planteo formulado por el actor, mientras dure la vigencia de las medidas de aislamiento dictadas tendientes a la permanencia de los niños en sus hogares, evitando todo tipo de traslado de los mismos".

El segundo de los fallos en comentario es el dictado por el mismo magistrado, Gustavo Halbide, a cargo del Juzgado de Familia nro. 4 de San Isidro en los autos "S. L. E. c. Z. D. J. C. S. s/incidente de alimentos" del

26/03/2020 (19).

De sus antecedentes se destaca que se trataba de un pedido de habilitación del asueto judicial a los fines del dictado de una medida tendiente a garantizar que el niño permanezca en su hogar y evite traslados, en virtud de situaciones de salud que, al parecer, tornarían aconsejable tal solución; habiéndose acompañado, según se indica, la prueba documental que avalaba dicho pedido.

El juez resolvió haciendo lugar a la habilitación de asueto judicial y dispuso que el niño permanezca en el hogar que habitaba al momento de dictarse el fallo, sin ser expuesto a traslados de ninguna naturaleza que no tengan un carácter terapéutico o de urgencia médica y hasta tanto se reviertan las circunstancias derivadas de la pandemia; "ello con la finalidad de fortalecer la prevención y la salud como bien fundamental de la comunidad y en pos del interés superior de aquel y sin perjuicio de ser claras las normas dictadas hasta el presente en cuanto a la obligación de la población de efectuar un aislamiento social obligatorio, dictadas con el propósito de lograr la permanencia de los niños en sus hogares, evitando todo tipo de traslado (...) las que tornarían innecesario el dictado de la presente cautelar".

De esta manera, en este caso puntual el magistrado ha procedido a habilitar el asueto judicial de modo "preventivo" toda vez que, tal como lo invoca, la normativa dispone el aislamiento obligatorio, lo que torna innecesario el dictado de la medida cautelar.

Finalmente se considera una aplicación del principio de tutela judicial efectiva que el juez haya admitido el tratamiento de la cuestión en el proceso toda vez que si bien se estaba introduciendo una cuestión que no hacía al objeto procesal expreso de la causa (alimentos), se decide hacer lugar al tratamiento por las razones de excepcionalidad suscitada por la pandemia y porque la Suprema Corte bonaerense dispuso que los jueces deben privilegiar "abocarse a las cuestiones sustanciales que requieren urgente determinación, más que a las cuestiones formales que implicarían —a veces— llegar tarde con las medidas necesarias".

Del análisis de ambos fallos dictados por el mismo magistrado parecería ser que el criterio seguido por el mismo consiste en la aplicación estricta de la normativa dictada ante la emergencia sanitaria toda vez que ante un planteo fundamentado en razones de salud (art. 2º inc. c) res. 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social) el juez dispuso habilitar el asueto, mientras que en el caso que no estaba contemplado en la norma (cumplimiento del régimen de comunicación) no ha analizado siquiera el caso específico. De esta manera, en el supuesto no contemplado por la normativa dictada ante la emergencia sanitaria, el juez resolvió negando el acceso a la justicia, el derecho del niño a ser oído y no considerando el interés superior de quien es el principal protagonista y afectado en la cuestión.

Por otro lado, se debe destacar el pronunciamiento dictado el 26/03/2020 firmado por los jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Omar Luis Díaz Solímene, Juan Manuel Converset y Pablo Tripoli, en el que se confirma el fallo de primera instancia que denegó el pedido de habilitación de la feria extraordinaria dispuesta por la Corte Suprema.

De sus considerandos se destaca que los agravios formulados por el recurrente se fundan en que la habilitación de la feria no solo importaba un interés del litigante, sino de su hija, ya que la interrupción de la actividad jurisdiccional representaría la privación del proceso revinculatorio con aquella, frente a la negativa de parte de la madre de la niña de llevarla a los lugares en donde se celebraban los encuentros y luego de que la psicóloga suspendiera el proceso de revinculación, invocando razones de salud pública.

En este sentido los jueces de Cámara destacan que la habilitación de la feria solo procede cuando existan razones que entrañan para los litigantes un riesgo cierto e inminente de ver alterados sus derechos para cuya tutela requieren protección jurisdiccional y que, por consiguiente, la intervención de los tribunales de feria tiende en principio, a asegurar únicamente el futuro ejercicio de un derecho o el cumplimiento de medidas ya decretadas, motivo por el cual para que proceda deben concurrir estrictamente los supuestos contemplados en el art. 153 del Cód. Proc. Civ. y Com.

Es por ello que entienden que es condición necesaria que existan reales motivos de urgencia que objetivamente emanen de la propia naturaleza del caso y así lo justifiquen.

En este sentido destacan que el recurrente no ha logrado demostrar de qué manera una decisión favorable a la habilitación de la feria perseguida podría subsanar la eventual pérdida o frustración del ejercicio de su derecho, más aún cuando lo pretendido implicaría poner en riesgo la propia salud de la niña.

Resulta coherente el pronunciamiento dictado por la Cámara toda vez que parecería relacionarse con un supuesto de revinculación en el que los encuentros se realizan en distintos espacios y con la intervención de un tercero, lo cual sería de cumplimiento imposible toda vez que se encuentra vedado concurrir a espacios públicos, así como también los traslados y circulación de las personas.

Fuera de las cuestiones vinculadas con los regímenes de comunicación y cuidado personal de los niños resulta pertinente también destacar el fallo dictado por el juez Aurelio L. Ammirato a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario nro. 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 22/03/2020 en los autos "Asesoría Tutelar CAyT nro. 2 c. GCBA s/medida cautelar autónoma" (20) en el que se obliga a la autoridad pública competente a extender, cautelarmente, para un niño que padece autismo severo y precisa realizar una caminata diaria fuera de su residencia, un salvoconducto que le permitirá desplazarse en las cercanías de su domicilio y en un radio específico que no iba más allá de las dos plazas que se situaban a 800 metros del mismo, durante todos los días, en el horario de 10 a 12 hs., acompañado por un adulto responsable, en principio su padre o su madre, a quienes les impone el deber jurídico específico de preservar en todo momento la distancia del menor con respecto a cualquier otra persona (la cual en ningún caso podrá ser inferior a dos metros) toda vez que dicha caminata resultaba efectiva para que el niño pueda regular su conducta, pues, de lo contrario, tendría tendencia a autolesionarse y lastimar a su entorno familiar.

Para analizar la procedencia de la medida cautelar autónoma se tuvo especialmente en cuenta el derecho a la salud, el interés superior del niño con capacidades diferentes y el del su entorno familiar (21).

Pero no solo resulta útil destacar el fallo en cuanto hace una justa ponderación de todos los derechos en juego sino también porque en él se dispone como medida para mejor proveer la realización de una videoconferencia, de cuya realización se realizó el acta correspondiente, en la que participaron el juez de turno, el secretario, el asesor tutelar y la psiquiatra que atendía al niño sujeto de proceso, a quien le efectuaron las consultas pertinentes respecto del riesgo que enfrentaba el niño en caso de permanecer confinado en su domicilio. Dicha videoconferencia permitió al juez tener en cuenta las especiales circunstancias que se encontraba atravesando el niño (22).

IV. El encuadre que se propone (23)

La reforma constitucional de 1994 ha dado un nuevo sentido a la protección de los grupos más vulnerables. Así no solo ha impuesto un nuevo sistema de jerarquía de fuentes con la incorporación de los tratados de derechos humanos del art. 75 inc. 22, sino que también ha establecido en el art. 75 inc. 23 la necesidad de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, particularmente respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Por otra parte entre los tratados internacionales que han adquirido jerarquía constitucional tras las reforma constitucional de 1994 debemos destacar que la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 32 enfatiza la existencia de una "correlación entre deberes y derechos", determinándose que "[t]oda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad" (inc. 1°); y que "[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática" (inc. 2°). Dicho artículo es fundamental a la hora de interpretar dado que refiere que se deban compatibilizar y ponderar adecuadamente los derechos de las partes involucradas.

Paralelamente a este reconocimiento de derechos, en el Título Preliminar del Cód. Civ. y Com. y Nacional se establece que "[l]os 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..." (art. 1°). Al utilizarse la expresión "los casos" es evidente que la norma está directamente vinculada con la resolución de conflictos (24).

Es por ello que se considera fundamental que también ante supuestos de emergencia se refuerce la plena vigencia que tienen los derechos de los NNyA, de modo que las restricciones impuestas tengan en ellos el menor impacto posible. Los jueces cumplen para ello un importante rol, debiendo garantizar la plena vigencia de los derechos de un grupo tan vulnerable como lo es el de la infancia.

Para ello tienen la obligación de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (confr. art. 3° Cód. Civ. y Com.) y en el caso de que se invoque el interés superior del niño se debe referir directamente a ese niño en concreto, conforme a las particulares circunstancias que se encuentra atravesando (25).

El paradigma de la "protección integral" ha reforzado la consideración de los NNyA como sujetos de derechos, al mismo tiempo que ha consagrado expresamente la participación activa de estos en los procedimientos judiciales que los afecten.

El Código Civil y Comercial de la Nación (26) también se hizo eco de este proceso, adecuó sus disposiciones a la consideración del NNyA como sujeto de derecho y modificó las normas en materia de responsabilidad

parental (arts. 638 y ss.) (27), al mismo tiempo que estableció una serie de principios que deberán estar presentes en todos los "procesos de familia" (28), tales como la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia —especialmente cuando se trata de personas vulnerables—, la resolución pacífica de los conflictos y el interés superior del niño (art. 706 Cód. Civ. y Com.) (29). Asimismo, se menciona expresamente en el art. 707 que los NNyA tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente, y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso, cuestión que ya se encontraba prevista expresamente en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y la ley 26.061.

Tan así es que en todas las cuestiones de familia en la que se encuentren involucrados NNyA, y más aún en la emergencia, debe reforzarse la plena vigencia de sus derechos. Para ello se debe admitir cierta flexibilidad y creatividad en el proceso a los efectos de salvaguardar los derechos del niño, así como también de las otras partes involucradas y de la sociedad toda en general.

IV.1. Acceso a la justicia

El afianzamiento de la justicia es un valor fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, ello es resaltado en el mismo Preámbulo de la Constitución Nacional en cuanto se establece como uno de los objetivos "afianzar la justicia".

El derecho de acceso a la justicia se encuentra presente en los arts. 14 (30), 18 (31) y art. 33 de nuestra Carta Magna (32). Pero más específicamente se encuentra plasmado en el art. 8° de la DUDH (33) y en los art. 8.1 (34) y 25 (35) de la CADH (36), que tienen jerarquía constitucional, conforme a lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la CN.

Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (37) constituyen una "guía" (38) útil para analizar los derechos de personas vulnerables como lo son los NNyA. Dichas Reglas apuntan a que se otorguen las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico sea efectiva y que se adopten las medidas que mejor se adecúen a cada condición de vulnerabilidad. Ello surge de la propia exposición de motivos, en cuanto allí se dispone que "[e]l 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. 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 éstas 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".

En dicho documento se conceptualiza a las personas en situación de vulnerabilidad refiriéndolas como "aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico" (39), enumerando que podrán "constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, la edad, la discapacidad, la victimización y la privación de libertad" (40).

En este sentido las Reglas consideran especialmente como personas en condición de vulnerabilidad a NNyA y establecen que deben "ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo".

Esta especial tutela de las personas en condición de vulnerabilidad a la que aluden las Reglas de Brasilia resulta ser una de las principales cuestiones que prestigiosos juristas plantean incorporar en el ordenamiento jurídico nacional.

Tan así es que en el Proyecto de Reforma del Cód. Civ. y Com. (41) se plantea agregar al art. 51 del Cód. Civ. y Com. —el cual establece que la persona humana es inviolable y que en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad— un segundo párrafo relativo a las personas en condición de vulnerabilidad, reconociendo que "estas tienen derecho a una tutela efectiva diferenciada, que promueva, proteja y asegure el pleno y eficaz goce de sus derechos y el respeto de su dignidad" considerando que se encuentra en condición de vulnerabilidad "aquella persona que, en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentre especiales dificultades para el efectivo ejercicio y reconocimiento de los derechos de los que es titular".

Se expresa entre los fundamentos de dicha propuesta de incorporación que ella tiene su fundamento en las Reglas de Brasilia a las que se hecho alusión y que de ese modo se armoniza el derecho interno con las reglas y

principios de las normas supranacionales que rigen esta cuestión, considerándose "axiológicamente valioso y necesario que el código recepte una tutela más enérgica para quienes por su estado de salud, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales se encuentren en situación de vulnerabilidad". De esta manera se afianza "la garantía de igualdad ante la ley, que necesariamente requiere ponderar asimetrías de esta naturaleza".

En los casos que nos encontramos analizando, el niño presenta una doble vulnerabilidad, la primera es en razón de su edad, pero, además de ello, se debe tener presente que ante la circunstancia sanitaria que se encuentra atravesando el país también es vulnerable —al igual que el progenitor que pretende la comunicación o ejercer el cuidado personal de su hijo— ante el sistema de justicia que no le da una respuesta y le impide ejercer con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

IV.2. Derecho a la participación

El derecho a la participación de NNyA se encuentra expresamente previsto en el art. 12 de la CDN (42). Dicha disposición establece la obligación de los Estados de garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y el grado de madurez. Para garantizar este derecho se le debe dar la oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

Este derecho ha sido objeto de particular análisis a través de la observación general 12 del Comité de los Derechos del Niño (43), la que constituye una guía fundamental para analizar la participación efectiva de NNyA. En ella se reafirma el carácter de sujeto de derecho que reviste el niño (párr. 1º) y se interpreta que el derecho que tiene a ser escuchado y tomado en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño (párr. 2). Se destaca que para hacerlo efectivo los Estados deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior (párr. 16).

Con respecto a la expresión "que esté en condiciones de formarse un juicio propio" el Comité interpretó que no debe verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible, destacándose que "eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad" (párr. 20). Asimismo, conviene en este punto remarcar, principalmente a quienes cumplen la función de resolver conflictos, que el Comité de los Derechos del Niño hizo hincapié en que el "art. 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan" (párr. 21).

El derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escucharlo y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias: "el niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones" siendo fundamental el derecho a la información, imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño (párr. 25).

En cuanto a la expresión "en todos los asuntos que afectan al niño" prevista en el art. 12 CDN el Comité de los Derechos del Niño ha interpretado que el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina lo afecta, constituyendo la misma una condición básica que debe ser respetada y comprendida ampliamente (párr. 26). En este sentido se menciona específicamente la exigencia de que el niño sea escuchado en los procedimientos judiciales civiles de divorcio y separación de los progenitores y lo que en nuestro ordenamiento jurídico incluiría las cuestiones de cuidado personal y régimen de comunicación (párrs. 50 a 56).

Finalmente, otro aspecto que es enfatizado en la observación general 12: la "capacidad del niño debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El art. 12 estipula que no basta con escuchar al niño, sino que, además, las opiniones del niño deben tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio" (párr. 28). Como correlato de ello el Comité exige que se le comuniquen los resultados de la escucha al niño, destacando que "dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones". Esta comunicación es considerada como una

garantía de que "las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio", ello toda vez que "la información puede mover al niño e insistir, mostrarse de acuerdo, o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia" (párr. 45).

Por otro lado, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (44) también se refiere a la participación en su art. 2º, el cual dispone que los NNA "tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos". Por su parte en el art. 3º conceptualiza el interés superior del niño como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley" y establece que se debe respetar su condición de sujeto de derecho; el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, estableciéndose expresamente que "cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

Asimismo, se debe remarcar que el derecho a opinar y ser oído también lo encontramos en el art. 24 de dicho cuerpo normativo en el que se menciona el derecho de "participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés" y que "sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo" estableciendo el alcance de este derecho a todos los ámbitos en que se desenvuelven los NNA, mencionando a modo enunciativo el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Finalmente se debe destacar que el art. 27 de la ley 26.061 establece como "garantías mínimas de los procedimientos" que los organismos del Estado garanticen los derechos a: ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente (inc. a)]; a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte (inc. b)]; ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya (inc. c)]; a participar activamente en todo el procedimiento (inc. d)] y; recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte (inc. e)].

Es claro que los niños probablemente no tengan forma de acudir a la justicia en épocas de emergencia, pues muchas veces tampoco lo logran hacer en supuestos de "no emergencia". Pero por la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran, deben redoblar los esfuerzos de los jueces para hacer cumplir los derechos de los NNA.

Se entiende que ante la excepcionalidad de la situación imperante se deberán proveer formas "alternativas" de participación de los principales protagonistas en la cuestión, los NNA, evitándose su traslado en pos de su derecho a la salud y en beneficio de la comunidad en general. Para ello las herramientas tecnológicas e informáticas pueden ser muy útiles, flexibilidad que en los procesos de familia se puede admitir en atención a la obligación inescindible del Estado de garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos del niño.

IV.3. Interés superior del niño

La CDN establece la obligación de los Estados de que, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a tomar en cuenta será el interés superior del niño (art. 3º), mientras que en el ámbito nacional la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes conceptualiza este principio como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley" y establece que se debe respetar su condición de sujeto de derecho; el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; y el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, estableciendo expresamente que "cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros" (art. 3º).

El Comité de los Derechos del Niño, a través de la observación general 14 (45), ha enfatizado que el interés superior del niño debe ser entendido como un concepto que abarca tres dimensiones.

En primer lugar, se refiere a él como un derecho sustantivo, consistente en que sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica inmediatamente siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño.

En segundo lugar, como un principio jurídico interpretativo fundamental, toda vez que una disposición

jurídica admita más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

Y finalmente, como una norma de procedimiento, en tanto siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño, así como la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, el Comité enfatiza que los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos

De acuerdo con el marco normativo reseñado se entiende que, no obstante la normativa restrictiva en materia de excepciones a la regla del aislamiento preventivo y obligatorio, se deberá tener en cuenta, como un supuesto de excepción autónomo a los tres mencionados en la res. 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social, el interés superior del niño.

En los casos que llegan a la justicia el juzgador deberá estimar las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño y tendrá que explicar en su sentencia cómo se ha respetado el interés superior del niño en la decisión, "es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos".

IV.4. Derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular

Este derecho se encuentra expresamente reconocido en el art. 9º de la CDN que establece que es obligación de los Estados de respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que ello sea contrario al interés superior del niño (inc. 3º).

En España la cuestión ya ha merecido el pronunciado de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) el 20 de marzo de 2020 que acordó que, sin perjuicio de la posibilidad, "e incluso conveniencia", de que la variación del régimen de custodia, visitas y estancias y de la forma de ejecutarlo sea producto del consenso entre los progenitores, ante la falta de acuerdo "corresponde al juez o magistrado adoptar la decisión que proceda" en función de las circunstancias del caso, en garantía de la finalidad tuitiva del Real Decreto y de la preservación de la salud y bienestar de los hijos, así como de la salud de los progenitores y, en general, de la salud pública".

En ese sentido el órgano de gobierno de los jueces de dicho país señala que "las medidas adoptadas judicialmente en los procedimientos de familia no quedan afectadas por la regla general de suspensión de plazos y actuaciones procesales durante el estado de alarma, ya que si bien no se encuentran en sí mismas entre aquellas actuaciones esenciales cuya realización ha de asegurarse, una vez adoptadas se sitúan en el plano de la ejecución de las resoluciones judiciales que las hayan acordado y entran dentro del contenido material de las relaciones entre los progenitores en relación con los hijos menores que surgen como consecuencia de la nulidad matrimonial, separación o divorcio y de las decisiones judiciales que fijen las condiciones del ejercicio de la patria potestad, de la guarda y custodia y del régimen de visitas y estancias".

Ello no significa para el CGPJ, que la ejecución práctica del régimen establecido no se vea afectado por lo dispuesto en el real decreto 463/2020, ya que "la necesidad de preservar la salud de los hijos y de los progenitores puede imponer, según las circunstancias, la modulación o la modificación del régimen de custodia, visitas y estancias, alterando o suspendiendo la ejecución de las medidas acordadas o determinando una particular forma de llevarlas a cabo". En este sentido se destaca que la suspensión, alteración o modificación del régimen acordado puede ser particularmente necesaria, "cuando los servicios o recursos públicos (Puntos de Encuentro Familiar y recursos equivalentes) se hayan visto afectados en su funcionamiento ordinario como consecuencia de la aplicación de las medidas del real decreto 463/2020" (46).

En el mismo sentido, Medina y Yuba (47) destacan una sentencia emitida por el 9º Tribunal Civil de Milán el 11/03/2020 en el que se confirmó que estaban permitidos los traslados de los hijos a fin de cumplir con el régimen de custodia de dos progenitores en el que los niños tenían un acuerdo de residencia en la casa de la madre y un detallado calendario de tiempos y horarios para la comunicación con el padre. En el mismo la madre había realizado sucesivos traslados provisionales de un municipio a otro a causa de la emergencia sanitaria y el padre se presentó al tribunal para pedir el regreso de los hijos al del domicilio de Milán, para respetar sus tiempos de visita y comunicación. El juez decidió que ningún cierre de fronteras pueden justificar violaciones

de disposiciones convenidas entre las partes respecto a los hijos en caso de separación o divorcio, las que tienen fuerza vinculante y que en el decreto del 08/03/2020 que impide la circulación no se prohíbe el traslado de la persona menor de edad para ir a su residencia.

En este sentido, y dadas las cifras de infectados y fallecidos por la pandemia (48) —más elevadas aún en países como España e Italia— se coincide con Medina y Yuba en cuanto destacan que el traslado de los niños depende en primer lugar de la conciencia de los padres y que este caso, más que los acuerdos realizados en épocas en que no había pandemia, impera el interés superior del niño y su derecho a la salud siendo que, en primer lugar, serán los titulares de la responsabilidad parental quienes deben acordar lo más seguro para el niño.

IV.5. Principio de efectividad

Este principio implica la obligación por parte de todos los organismos del Estado de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole para garantizar el efectivo cumplimiento dar efectividad a los derechos reconocidos tanto en la Convención de los Derechos del Niño como en la ley 26.061 (arts. 4º, CDN y 29, ley 26.061).

V. Reflexiones finales

A las consideraciones anteriormente mencionadas se cree conveniente sintetizar algunas de las principales cuestiones analizadas en el presente.

En primer lugar, se debe destacar que a partir de la entrada en vigencia de la res. 132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social se "suspenden" todos los regímenes de cuidado personal y comunicación, y comienza a regir, únicamente para el periodo de excepción, un cuidado personal unilateral en el que el progenitor que ejerzan dicho cuidado deberán redoblar los esfuerzos para que exista una adecuada comunicación con el progenitor no conviviente.

Cabe en este punto destacar que ante el impedimento de "comunicación" por parte del progenitor conviviente durante el periodo de excepción se encuentran habilitada la posibilidad de acudir a la justicia penal (confr. ac. 6/2020 de la Corte).

La normativa dictada para hacer frente al coronavirus debe necesariamente ser avalada (cfr. arts. 27 y 32 CADH; 14, 28 y 75, inc. 22, CN y 12, PIDCyP).

No obstante, y tal es el criterio que se propone, las medidas dictadas ante la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19, deben ser complementadas e interpretadas a la luz de las normas que protegen los derechos del niño, de modo tal que se garanticen en todos los procesos sus derechos y se tenga en especial consideración el interés superior del mismo.

Es por ello que se considera fundamental que también ante supuestos de emergencia se refuerce la plena vigencia que tienen los derechos de los NNyA, de modo que las restricciones impuestas tengan en ellos el menor impacto posible.

Los jueces cumplen para ello un importante rol, debiendo los garantizar la plena vigencia de los derechos de un grupo tan vulnerable como lo es el de la infancia.

Se debe remarcar que el niño presenta una doble vulnerabilidad, la primera es en razón de su edad, pero, además de ello, se debe tener presente que frente a la circunstancia sanitaria que se encuentra atravesando el país también es vulnerable —al igual que lo es el progenitor que pretende tener comunicación o ejercer el cuidado personal de su hijo— ante un sistema de justicia que no le da una respuesta y le impide ejercer con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Es por ello que los jueces tienen la obligación de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3º Cód. Civ. y Com.) y, en los casos que invoquen el interés superior del niño, se deben referir directamente a ese niño en concreto, conforme a las particulares circunstancias que se encuentra atravesando.

El juzgador deberá necesariamente estimar las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño y tendrá que explicar en su sentencia cómo se ha respetado el interés superior del niño en la decisión, "es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos" (cfr. observación general 14 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial [art. 3º párr. 1º], 2013, párr. 6º).

Finalmente se debe enfatizar que en todas las cuestiones de familia en la que se encuentren involucrados NNyA, y más aún en la emergencia, se podrá admitir cierta flexibilidad y creatividad en el proceso a los efectos

de salvaguardar los derechos del niño, así como también el de las otras partes involucradas y de la sociedad toda en general, lo que se puede admitir en atención a la obligación inescindible del Estado de garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos del niño.

(*) Abogada y docente de la Facultad de Derecho UBA; becaria UBACYT de culminación de doctorado en el proyecto "Derecho, Sociedad e Infancia" (programación científica 2018-2020).

(1) DNU 297/2020, Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio. Cita online: AR/LCON/8OAJ.

(2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por res. 2200 (XXI) de 16/12/1966 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobado en nuestro país mediante ley 23.313, sanc. 17/04/1986. El mismo obtuvo jerarquía constitucional tras la reforma de la Constitución Nacional de 1994 (conf. art. 75, inc. 22).

(3) El art. 21 del PIDCyP dice expresamente: "1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio".

(4) En tal sentido el art. 22 de la CADH prevé: "1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás. 4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inc. 1º puede asimismo ser restringido por la ley en zonas determinadas, por razones de interés público...".

(5) La Convención Americana de Derechos Humanos fue aprobada en nuestro país mediante ley 23.054, sanc. 01/03/1984 y prom. 19/03/1984. Con la reforma constitucional de 1994 adquirió jerarquía constitucional (cfr. art. 75, inc. 22, CN).

(6) Asimismo, impone al Estado la obligación de hacer uso del derecho de suspensión de informar inmediatamente a los demás Estados parte, por intermedio del secretario general de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión (inc. 3º).

(7) Este fue dictado luego de que la ley 27.541 del 21/12/2019 declarara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y delegó en el Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en dicha ley hasta el 31 de diciembre de 2020. Asimismo, mediante el dec. 260/2020 se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un [1] año a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto.

(8) Dicho decreto dispone que "[d]urante la vigencia del "aislamiento social, preventivo y obligatorio", las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20/03/2020 y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, siendo que solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos".

(9) DNU 325/2020, "Prórroga del aislamiento social preventivo y obligatorio", del 31/03/2020. Cita online: AR/LEGI/A18V.

(10) Ac. CS 4/2020 del 16/03/2020, AR/LEGI/A0PP.

(11) Ac. CS 6/2020 del 20/03/2020, AR/LEGI/A0ZT.

(12) Ac. CS 8/2020 del 01/04/2020, AR/LEGI/A1AB.

(13) Res. 282/2020 del Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 17/03/2020.

(14) Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 19/03/2020.

(15) Res. SCBA 368/2020 del 16/03/2020. Dicha medida fue prorrogada hasta el 12/04/2020 por res. 14/20 del 31/03/2020.

(16) Ministerio de Desarrollo Social, res. 132/2020 del 20/03/2020. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227094/20200321>.

(17) MEDINA, Graciela, "El coronavirus y el derecho de familia", LA LEY del 30/03/2020, p. 1.

(18) JFam. nro. 4 de San Isidro, 19/03/2020, "L. A. H. E. c. S. M., S. s/ medidas protectorias", AR/JUR/3260/2020.

(19) JFam. Nro. 4, San Isidro, 26/03/2020, "S. L. E. c. Z. D. J. C. S. s/ incidente de alimentos", AR/JUR/5369/2020.

(20) JCont. Adm. y Trib. Nro. 10, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22/03/2020, "Asesoría Tutelar CAyT nro. 2 c. GCBA s/ medida cautelar autónoma", AR/JUR/3348/2020

(21) En este sentido ha destacado: "[a]sí pues, la pretensión instaurada pone en juego directamente, por un lado, el derecho a la salud y a la integridad física del menor y de su familia y, por el otro, el interés público, representado en este caso por el imperativo de respetar las restricciones a la libre circulación impuestas por el Poder Ejecutivo Nacional para reducir las posibilidades de contagio del Covid 19 (aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido mediante el DNU/PEN N° 297/20). Es dable ponderar, a su vez, que el menor integra un grupo etario en el que la incidencia de la enfermedad viral en cuestión es relativamente baja, pero sin embargo sus miembros pueden ser portadores del virus y con sus desplazamientos contribuir a la expansión local de la pandemia. Consecuentemente, el planteo exige coordinar de forma equilibrada los intereses individuales, familiares y comunitarios implicados en el caso y procurar el diseño de un dispositivo precautorio idóneo para tutelarlos de manera balanceada y simultánea".

(22) Allí la psiquiatra le indicó que el niño padecía un gran desborde conductual, al punto de que la circulación la realizaba con un casco, pues tendía a golpearse la cabeza; que al momento de ser interrogada el niño no asistía a ningún centro asistencial porque nadie puede controlar su conducta, y que su situación es grave, siendo que lo único que necesita en este caso para mantenerse regulado era caminar. A su vez, se advierte en dicha videoconferencia la gravedad que implicaba la cuestión dado que tenía una hermana de 7 años a quien el niño podía llegar a lastimar de no regular su conducta. Finalmente, en dicha oportunidad también destacó que si bien el niño necesitaba asistencia las 24 hs del día, lo cierto era que como consecuencia de la restricción impuesta por medio del Poder Ejecutivo Nacional no era posible encontrar ninguna persona que pueda trasladarse hasta su domicilio.

(23) Muchas de las cuestiones que se encuentran expresadas en el presente apartado han sido analizadas en profundidad por la suscripta en la tesis depositada en la maestría en Derecho Comercial y de los Negocios. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires titulada "Los métodos alternativos de resolución de conflictos en el derecho privado. Su eficacia, su eficiencia y el derecho aplicable".

(24) Destacan los redactores del Cód. Civ. y Com. que en él se han tomado en consideración numerosos aspectos valorativos, entre ellos, el proceso de "constitucionalización del derecho privado". Sostiene Lorenzetti que de esta manera el Código recepta disposiciones contempladas en la Constitución y en los tratados internacionales, e incluye no solo las reglas determinadas, sino también los principios y los valores (LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2014, p. 25).

(25) Véase LORA, Laura N., "Discurso jurídico sobre el interés superior del niño", en Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios, Ed. Suárez, Mar del Plata, 2006.

(26) Aprobado por ley 26.994, cuya entrada en vigencia operó el 01/08/2015, conf. ley 27.077.

(27) Conf. art. 639 Cód. Civ. y Com. rige en materia de responsabilidad parental los principios de: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; y c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

(28) La importancia de esos principios expresamente consagrados en el Cód. Civ. y Com. para los procesos de familia tiene su razón de ser en el hecho de que existen "tipologías procesales especialmente diseñadas para actuar en esa área" que justifican "la existencia de un proceso —o procesos— diverso de las tutelas jurisdiccionales ordinarias para ser utilizados a las controversias familiares", por lo que se debe tener presente en la actualidad la idea de una categoría procesal específica: el "derecho procesal de familia" (GALLO QUINTIAN, Gonzalo - PENNISE IANTORNO, María Soledad - QUADRI, Gabriel, "Los procesos de familia: nociones preliminares", en QUADRI - GALLO QUINTIAN (dir.), Procesos de familia, Ed. La Ley, Bs. As., 2019, t. I, p. 3).

(29) Para un mayor análisis de ellos se recomienda MEDINA, Graciela, "El 'proceso de familia' en el Código unificado", disponible en

<http://www.saij.gov.ar/graciela-medina-proceso-familia-codigo-unificado-dacf150456-2015-08/123456789-0abc-defg6540-51fcan>

(30) Art. 14: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: (...); de peticionar a las autoridades; (...)"

(31) Art. 18: "...Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos..."

(32) El mismo dice expresamente: "[l]as declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

(33) Art. 8º.— "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley".

(34) Art. 8º.— "Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

(35) Art. 25. "Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

(36) Aprobada mediante ley 23.054, sanc. 01/03/1984 y prom. 19/03/1984. Con la reforma constitucional de 1994 adquiere jerarquía constitucional (cfr. art. 75, inc. 22, CN).

(37) Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia durante los días 4 a 6/03/2008.

(38) Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina a través de la ac. 5/2009 en la cual ha adherido a ellas.

(39) Regla 3.

(40) Regla 4.

(41) Proyecto elaborado por la Comisión integrada por los Dres. Diego Botana, Julio C. Rivera y Ramón D. Pizarro designada por dec. 182/2018 para la modificación parcial del Cód. Civ. y Com.

(42) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos, el 20/11/1989; aprobada por la República Argentina mediante ley 23.849, sanc. 27/09/1990 y prom. 16/10/1990 y habiendo obtenido jerarquía constitucional con la reforma constitucional de 1994 conf. art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

(43) Comité de los Derechos del Niño, observación general CRCC/C/GC/12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, 2009.

(44) Sanc. 28/09/2005 y prom. 21/10/2005.

(45) Comité de los Derechos del Niño, observación general 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3º, párr. 1º), 2013, párr. 6º.

(46) Dicha acordada unificó el criterio de interpretación judicial en España toda vez que mientras los jueces de familia de Málaga o Barcelona instaban a paralizar los traslados de menores durante la cuarentena, los de Pamplona o Murcia recomendaban que se mantuvieran ("Justicia y el CGPJ recomiendan mantener el régimen de visitas en caso de divorcios pese al estado de alarma", El País [España], 20/03/2020, <https://elpais.com/sociedad/2020-03-21/justicia-y-el-cgpj-recomiendan-mantener-el-regimen-de-visitas-en-caso-de-divorcios-pese->

(47) MEDINA, Graciela - YUBA, Gabriela, "Derecho comparado y coronavirus" (inédito), AR/DOC/1022/2020.

(48) "El mundo llegó al millón de infectados por coronavirus", Página/12, 03/04/2020, <https://www.pagina12.com.ar/257065-el-mundo-llego-al-millon-de-infectados-por-coronavirus>.

Título: Intimidad y privacidad en tiempos de coronavirus (y en los que vendrán después)

Autor: Bellotti San Martín, Lucas

Publicado en: LA LEY 09/04/2020, 09/04/2020, 7

Cita Online: AR/DOC/1012/2020

Sumario: I. Introducción.— II. El derecho a la privacidad de los datos sobre la propia salud.— III. Algunas líneas jurisprudenciales en materia del poder de policía sanitaria.— IV. Conclusiones.

(*)

I. Introducción (**)

Las recientes regulaciones en materia de lucha contra la pandemia de COVID-19 generan sin dudas interrogantes en el ámbito del derecho de las personas. Esta manera de captar el asunto no solo es apasionante, porque nos obliga a pensar cómo se aplican ciertas categorías conocidas en entornos hasta ahora extraños, sino también necesaria. Y ello porque no faltan ejemplos históricos de desborde de los poderes públicos, que en estos escenarios bien deben ejercer sus facultades más enérgicamente, pero sin extralimitaciones ni restricciones de derechos esenciales más allá de lo razonable.

Nuestro derecho nacional, va a de suyo, no se enfrenta por primera vez a una situación dramática de salud pública. Podemos rastrear viejos precedentes de nuestro Máximo Tribunal, por ejemplo, que resolvieron sobre el impacto del brote del cólera sobre el cómputo de los plazos procesales (1). O bien sobre las implicancias de la terrible epidemia de fiebre amarilla que azotó Buenos Aires en 1871 y se visibilizó particularmente en los negocios portuarios, debido a las restricciones de descargas impuestas en la aduana porteña (2).

Los poderes-deberes en materia de policía sanitaria en cabeza de las autoridades han sido objeto de un temprano reconocimiento judicial, aun en tiempos donde el pensamiento de riguroso corte liberal triunfaba sin competidores entre las mentes jurídicas más destacadas de nuestro país. En un fallo que hizo época, aun estudiado en los cursos elementales de Derecho Administrativo, dijo la Corte Suprema que "ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria" (3).

Conforme el Estado comenzó a asumir cada vez mayor cantidad de funciones en el terreno de la salud (como en otros) empezaron a insinuarse tensiones que hoy aparecen exacerbadas a la luz del despunte de las tecnologías de la información. Estas, si bien facilitan el logro de los objetivos de la salubridad pública, exponen a los ciudadanos a un descomunal riesgo de intrusión gubernamental o privada.

En las líneas que siguen intentaremos presentar al lector un panorama lo más completo posible sobre el derecho a la privacidad y sus límites en interacción con las políticas de salud pública, particularmente en contextos de crisis.

Para ello comenzaremos por señalar qué cabe entender por privacidad a la luz de nuestro ordenamiento constitucional y la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Seguidamente, señalaremos algunas razones por las cuales vale la pena reflexionar en torno a este interesante tópico aun en tiempos donde las circunstancias fácticas y el humor social parecen predisponer poco a cortapisas fundadas en derechos individuales.

Con ello a la vista, presentaremos alguna reflexión sobre las peculiaridades que presenta el COVID-19 y si existen razones para revisar las políticas sanitarias destinadas a su contención a la luz de un escrutinio más o menos severo.

Nos detendremos también a pensar unos instantes en las afectaciones al derecho a la privacidad que suponen o pueden suponer las aplicaciones móviles destinadas al diagnóstico y el seguimiento de casos positivos de COVID-19, que parecen haber ganado particular predicamento en la opinión publicada. Teniendo en cuenta su utilidad actual y su riesgo potencial, acercaremos al lector algunas opiniones sobre la razonabilidad de uso en estos momentos críticos y en los que sobrevendrán una vez pasada la pandemia.

Para completar el horizonte que hemos querido traer al lector, expondremos algunos precedentes judiciales en materia de tensiones entre la privacidad y la salud pública. Ellos permitirán extraer criterios eventualmente de aplicación para supuestos de cuestionamiento judicial a las medidas sanitarias actualmente vigentes.

II. El derecho a la privacidad de los datos sobre la propia salud

Al decir de María Angélica Gelli (4) la privacidad es una noción amplia, comprensiva de la intimidad, en virtud de la cual el Estado reconoce y protege un ámbito cerrado a la interferencia de terceros, tanto públicos como privados; al que únicamente pueden estos acceder si la persona lo abre voluntariamente.

Esta manera de entender la relación entre privacidad e intimidad nos parece adecuada, porque permite captar con claridad el fenómeno de aquellas acciones que, aun hechas por fuera de un ámbito íntimo o de reserva, refieren únicamente al sujeto y caen dentro de la protección que asegura el art. 19 de la CN.

La idea de privacidad como ámbito, en principio, ajeno a toda interferencia externa pública o privada ha sido también la seguida por la Corte en el señero precedente "Ponzetti de Balbín" (5), en el que se consideró incluida dentro de esta esfera, precisamente, la información relativa a la salud física y mental. La doctrina sentada en "Ponzetti" ha sido largamente seguida por nuestro Máximo Tribunal, y fue reafirmada en la reciente sentencia del caso "Castillo" (6).

A tono con ello, la ley 25.326 de Protección de Datos Personales considera "datos sensibles" aquellos vinculados con la salud de su titular (art. 2º) y los somete a un régimen de tratamiento diferenciado (arts. 7º y 8º).

II.1. Razones para estar alerta

Existen varias buenas razones para que los tribunales acuerden una protección intensa a los datos relativos a la salud, considerándolos amparados por el derecho a la privacidad que garantiza el art. 19 de la Ley Suprema.

Se ha señalado al respecto cómo en la era de la medicina personalizada y de alta precisión resulta bastante sencillo conocer aspectos tremendamente íntimos de la vida de las personas con base en sus registros médicos, por caso, su conducta sexual, cuestiones vinculadas a la fertilidad, embarazo, aborto, etcétera (7).

Y, por lo demás, es innegable la larga historia de estigmatizaciones, violencia y segregación que han sufrido desde la noche de los tiempos determinados colectivos alcanzados por alguna condición de salud desconocida o capaz de centrar la atención del gran público.

Con base en pánicos generalizados también se han delineado políticas públicas de acción que, aunque prima facie razonables, tenían el velado propósito de avanzar sobre aspectos íntimos de la vida de los ciudadanos.

Un muy interesante caso son las disposiciones habidas en 1997 en Nueva York, Estados Unidos, en materia de pruebas neonatales sobre anticuerpos contra el HIV.

Es cierto que la evidencia científica disponible para la época demostraba las ventajas de la actuación inmediata en casos de recién nacidos HIV positivos. No obstante, los grupos destinados a la protección de los derechos de las personas que vivían con el HIV pusieron de resalto que la intención subrepticia de la normativa era exponer a las gestantes, puesto que los resultados se entregaban luego de un mes de tomadas las muestras. La justicia neoyorkina corrigió esta situación al resolver, en "R. Z. vs. Pataki", que el Estado estaba obligado a implementar testeos rápidos de HIV como parte de su programa de control neonatal; adecuando así la relación de medios a fines que una norma de estas características debe observar (8).

Ya en nuestras latitudes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido la constitucionalidad de pruebas de HIV realizadas a agentes de la Policía Federal, aun sin su consentimiento (9).

La enfática disidencia emitida entonces por el Dr. Fayt viene a nosotros como un auténtico canto a la dignidad del hombre: "aceptar que la relación de sujeción especial que mantienen los agentes con la Policía Federal, supone algunas limitaciones al derecho a la intimidad en beneficio de los fines propios de la institución, no autoriza a cohostear la pulverización de ese derecho (...). A lo que cabe agregar —lamentablemente— que gran parte de la sociedad, con base solo emocional, suele estigmatizar y segregar a quienes se encuentran infectados por el virus del HIV".

Aparece en este voto especialmente ponderado el hecho del estigma y la segregación de las personas que viven con VIH. Se trata de un elemento principalísimo a tener en cuenta, al momento de determinar el alcance razonable que cabe conferirle al derecho a la privacidad en estos supuestos, la llamada "potencialidad discriminatoria" (10) que la develación de estas informaciones tiene.

Y a ello cabe añadir que, la mayoría de las veces a lo largo de la historia, los aspectos más agresivos de las políticas sanitarias han recaído sobre sectores vulnerabilizados.

Un muy completo trabajo ha señalado cómo tras el fallo estadounidense emblema en materia de admisibilidad de cuarentenas forzosas ("Compagnie Francaise de Navigation a Vapeur vs. Louisiana State Board of Health") subyacía un clima generalizado de hostilidad hacia los inmigrantes, a quienes se los responsabilizaba por la expansión de la tuberculosis. Lo mismo ocurrió en los años 20 con el direccionamiento de campañas de cuarentena hacia trabajadoras sexuales para la prevención de enfermedades de transmisión sexual, al tiempo que jamás se pensó en tomar medidas de similar tenor para sus clientes. Y también se observa esta política de estigma con los reclamos de indudable tinte homofóbico por los que se requería el aislamiento de varones homosexuales en los primeros tiempos de aparición del HIV, con prescindencia de la inexistencia de

una necesidad de salud pública concreta que justificara una medida de tal calibre (11).

El patrón se repite trágicamente. El miedo a la peste bubónica movilizó a las autoridades de San Francisco en 1900 a poner en cuarentena al barrio conocido como Chinatown de esa ciudad y a movilizar forzosamente a la población blanca que allí residía. Sucesivamente se implementaron políticas de vacunaciones experimentales forzosas y cuarentenas selectivas que solo incluían las casas de los inmigrantes chinos, medidas que fueron posteriormente declaradas inconstitucionales (12).

Con similar sesgo, pero dirigido a otro grupo, se intentó contener la epidemia de la viruela de 1894 en la ciudad de Milwaukee, Wisconsin, mediante la internación forzosa de los habitantes más humildes de la urbe, a quienes se los consideraba portadores eventuales más peligrosos de la enfermedad, pese a que afectaba de manera pareja a todos los estratos sociales (13).

Estos datos no pueden ser dejados a un lado en el razonamiento del jurista puesto a determinar qué nivel de afectación resulta tolerable para la población destinataria de las políticas públicas, salvo que pretenda llegar a conclusiones reñidas con el principio de realidad.

La emergencia de COVID-19 no se presenta vinculada a un estrato social tradicionalmente preferido. Más bien por el contrario, la aparición del virus en el continente asiático y su rápida propagación al europeo han llevado a vislumbrar la presencia de la infección en nuestro país como una consecuencia de los viajes realizados por residentes argentinos hacia esas zonas. Ello supone, en la generalidad de los casos, la pertenencia a estratos medios y superiores en la escala del poder adquisitivo local.

Aun así, tal como se dijo con relación a la viruela, por "democrática" que pueda ser la enfermedad (en cuanto alcanza por igual a distintos sectores del conjunto social) muchas veces las respuestas de las oficinas públicas no lo son. Sobre esto debe posar su atención también el operador.

Además, la aparición de conatos de violencia física (14) y de escraches digitales (15) contra residentes acusados en sus comunidades locales de ser los responsables de la introducción de la enfermedad obliga a mantener una actitud alerta en cuanto al tratamiento de datos de las personas infectadas.

El riesgo que se corre, en caso contrario, es generar una postura de retraimiento de personas con síntomas compatibles con COVID-19, quienes por su aprehensión a ser objeto de tales conductas evaden los centros para su adecuado diagnóstico y tratamiento, con consecuencias previsibles y deletéreas; lo que ya ha ocurrido frente a otros escenarios de crisis sanitaria (16) (17).

II.2. El caso de las aplicaciones móviles y sus riesgos

La prensa local (18) y extranjera (19) ha destacado como estrategia exitosa y digna de réplica la utilización, en Corea del Sur, de aplicaciones digitales para el diagnóstico y el control de comportamiento de los pacientes infectados por coronavirus.

El gobierno nacional se aprestó a seguir esta alternativa (20) y lanzó la aplicación "COVID-19- Ministerio de Salud", hoy descargable desde las tradicionales tiendas digitales de aplicaciones (appstores). El software requiere del usuario la provisión de su DNI, correo electrónico y teléfono en la primera pantalla. También se solicitan permisos para conocer la ubicación del dispositivo móvil. Similares aplicativos fueron lanzados por el gobierno de Mendoza (21) y por la justicia santafesina (22).

La cuestión, en buena hora, generó la preocupación de otro sector de la opinión. Así, en una muy interesante columna publicada en *The Economist*, se ha señalado con detalle cómo distintas apps lanzadas en todo el mundo incluyen mecanismos capaces de dar aviso a las autoridades en casos de inobservancia de aislamiento, notificar a particulares que una persona con la que han entrado en contacto reciente ha dado positivo para COVID-19 y realizar modelos predictivos sobre el avance probable de la infección, con base en los patrones que se van relevando (23).

Está a la vista que se trata de estrategias altamente intrusivas y susceptibles de develar aspectos de la vida personal indudablemente protegidos en un Estado de Derecho. Somos de la opinión de que, al menos a la luz de la tradición jurídica local, estas alternativas solo son viables para proteger la salud pública en tanto se demuestren altamente eficaces para el logro de sus objetivos y no existan vías igual de útiles y menos agresivas para la privacidad individual.

La altísima tasa de contagiosidad del coronavirus, el carácter potencialmente letal de la enfermedad que genera, la falta de métodos adecuados para el tratamiento de la infección y la situación de posible saturación de los servicios públicos de salud permitiría —prima facie— considerar que, en este contexto fáctico tan particular, una correcta utilización de estos datos superaría el test de necesidad, característico de todo razonamiento judicial ponderativo.

Este razonamiento es de particular relevancia para aquellos supuestos en los que se ha considerado obligatoria la utilización de esta aplicación, tal como lo disponen la dec. adm. 432/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y la disp. 1771/2020 de la Dirección Nacional de Migraciones, para toda persona que ingresó al país desde las fechas a las que cada regulación alude.

La solución parece más sencilla si el uso de estas App es de corte estrictamente voluntario. Operará en estos supuestos la muy tradicional doctrina de los actos propios, en virtud de la cual no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta (...) [pues la buena fe] impone un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever (24).

Por lo que resulta poco factible que prospere una pretensión basada en un agravio por el uso de datos personales al cual prestó expresa conformidad su titular. No obstante, habrá que verificar en cada caso el cumplimiento del deber de información que le cabe al Estado en estos supuestos, que actúa como proveedor y deberá cumplir con las exigentes pautas que son de aplicación a tenor de los arts. 2º, 4º y conchs. de la ley 24.240.

Con todo, queda abierta la incógnita por el uso posterior de estos datos y cómo deberán comportarse las agencias administrativas del Estado al respecto si resultan útiles para el cumplimiento de otros fines por ellas perseguidos.

Al respecto es muy interesante la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos dictada en el caso "Carpenter" (25). En ella, el máximo tribunal norteamericano consideró —por mayoría— que las agencias administrativas federales no pueden acceder a la información sobre posicionamiento geográfico que almacenan las compañías telefónicas sin una previa orden judicial. Orden esta que debe ser despachada únicamente frente a la satisfacción de un estándar de "causa probable" de comisión de delitos u otros fines relevantes del Estado.

Para así decidir, la Corte Federal tuvo particularmente en cuenta la entidad cualitativa y cuantitativa de los datos sobre ubicación que almacenan estos proveedores (informaciones muy precisas sobre el desplazamiento de sujetos a lo largo de años). También ponderó en particular la expectativa razonable de privacidad que tienen los ciudadanos respecto de estos datos, que no aparece enervada por el hecho de que la utilización de los celulares comporta —contrato mediante— el revelamiento voluntario de las informaciones en cuestión al proveedor.

No regiría así la doctrina de los actos propios porque, según la realista visión del tribunal, la utilización de los celulares es prácticamente indispensable para participar en las comunidades contemporáneas, y porque la información permanente que produce la portación del aparato de telefonía no requiere de intervenciones del ser humano cada vez que estas se generan.

Se ha reclamado la aplicación de estos estándares garantistas en materia de almacenamiento de datos relativos a la salud por parte de agencias públicas (26). Ello sobre todo en países que —al igual que el nuestro— se rigen por el principio federal, en virtud del cual es altamente probable la existencia de un tráfico de datos entre las administraciones de los estados menores y el central para el pretendido cumplimiento de los fines que a cada uno encarga la Constitución.

La cuestión resulta interesante a la luz de las prescripciones del art. 11, inc. 3º, apart. c), de la ley 25.326, que permite la cesión de datos entre agencias gubernamentales para el cumplimiento de sus respectivas competencias, cláusula por cierto bastante vaga.

III. Algunas líneas jurisprudenciales en materia del poder de policía sanitaria

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse sobre la tensión que generan los objetivos de política sanitaria y las decisiones adoptadas en la esfera de privacidad a la que nos venimos refiriendo (27).

En lo central, sostuvo el tribunal que la decisión paterna de no vacunar a un niño de corta edad, basada en la adhesión de los progenitores al método naturista y ayurvédico, no era merecedora de la protección dispensada por el art. 19 de la CN. Y ello así porque esta opción avanzaba sobre los intereses de terceros, en la medida que comprometía la salud pública toda y no solo la del grupo familiar, dado el riesgo de contagios y diseminación de enfermedades que comporta la existencia de personas no inoculadas.

A ello se agregan, en el concreto caso juzgado, fuertes argumentos vinculados con un ejercicio adecuado de los derechos y los deberes impuestos por la responsabilidad parental, como instituto orientado a la protección integral del hijo menor de edad, y no a su puesta en peligro. Y, por último, una consideración sobre el modo en que en el caso operaba el interés superior del niño, en cuanto subordina a los otros esgrimidos en la contienda,

en este caso, los de los progenitores.

Lo que puede extraerse como criterio general de tal resolución es que las decisiones vinculadas con la propia salud no gozan de protección constitucional si mediante ellas se pone en riesgo la salud de terceros o de la comunidad en general. Este razonamiento fue seguido pacíficamente por distintos tribunales locales (28) (29).

Cabe quizás introducir un matiz —como se ha hecho desde la doctrina y en el fallo citado en primer término en el párrafo anterior— si las medidas sanitarias de acatamiento obligatorio pueden comportar una afectación grave a la salud de la persona en cuestión, ya sea por sus características individuales, enfermedades preexistentes, etcétera.

Al respecto, sostiene Tobías que estas argumentaciones solo resultan plausibles si, y solo si, los fundamentos científicos que respaldan la política sanitaria aparecen contrarrestados con las razones científicas invocadas para la negativa (30). En este caso, los tribunales se encontrarán frente a la delicada tarea de resolver la cuestión mediante una valoración razonable, con indispensable auxilio interdisciplinario y observancia del deber de prevenir el daño, el cual debe materializarse atendiendo a los criterios de menor restricción posible al derecho invocado y medio más idóneo para lograr la finalidad perseguida (arg. arts. 1710 y 1713, Cód. Civ. y Com.).

Lo que sí es claro es que no resultan de recibo objeciones genéricas sobre la eficacia de las medidas o la invocación de algunas opiniones que disienten con aquellas en las que se basa la política pública en cuestión.

Como dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos en un viejo y aun recordado fallo sobre vacunación compulsiva, no cabe que los tribunales diligencien pruebas sobre la eficacia en general de las medidas sanitarias del gobierno, puesto que "solo al Congreso cabe determinar si son los opositores a las vacunas o la mayoría de la opinión médica los que están en lo correcto". Y que, en todo caso "no es parte de la función de los tribunales (...) determinar si una alternativa u otra es probablemente la más efectiva para la protección del público contra la enfermedad. Ello corresponde al Poder Legislativo, a la luz de la información que tuvo o pudo obtener" (31).

Aquellos criterios resultan fácilmente extrapolables a las demás medidas de política sanitaria y a las potestades del Poder Ejecutivo propias de la urgencia, puesto que tienen contenido legislativo (art. 99, inc. 3º, CN).

En línea análoga, nuestra Corte Suprema ha sostenido que no cabe que los jueces se sustituyan en el criterio técnico de la administración en ejercicio de su poder de policía sanitaria, puesto que es aquella la que cuenta con los recursos humanos y técnicos para el cumplimiento de su deber de salvaguardar la salud pública (32).

IV. Conclusiones

Esperamos con lo dicho hasta aquí haber brindado un panorama completo al lector sobre las reacciones posibles desde el Derecho a las restricciones a la privacidad que generan las normas de policía sanitaria en tiempos de emergencia.

Si bien el interrogante, así planteado, no tolera respuestas apriorísticas, esperamos haber dejado suficientemente dicho que la ponderación de bienes que deberá hacer el jurista no puede aparecer desembarazada de las consecuencias posibles en materia de discriminación, estigma y segregaciones.

Afortunadamente, y al menos de momento, la pandemia que nos toca atravesar no ha traído aparejados rebotes de sentimientos xenófobos, aporofóbicos u hostiles hacia grupos tradicionalmente postergados.

Ello somete las decisiones judiciales en la materia a un escrutinio menos severo, aunque no por ello debe abandonarse una actitud de prudente atención. Esta deberá tener en cuenta, por un lado, la larga lista de estigmatizaciones sufridas por sectores vulnerabilizados mediante políticas públicas no siempre irrazonables a primera vista. Y, por otro lado, las consecuencias previsibles o potenciales de la revelación de pacientes diagnosticados con COVID-19 en lo inmediato (dadas algunas lamentables escenas observadas en estos días) y más a largo plazo (puesto que ignoramos aun cuál es la verdadera complejidad del fenómeno y de las reacciones sociales que generará).

También en esa faena de revisión judicial deberá tenerse presente el carácter más o menos intrusivo de la política de la que se trate, que deberá aparecer crecientemente justificada en cuanto avance en mayor medida sobre derechos constitucionalmente protegidos. Va de suyo que no es lo mismo la toma de temperatura a distancia que el sometimiento obligatorio a pruebas de laboratorio, la cuarentena o el seguimiento de las actividades y los movimientos del paciente.

En materia de COVID-19, las muy peculiares características de la infección a las que hemos aludido parecen justificar medidas enérgicas de corte legal y administrativo tendientes a evitar la propagación del virus, aun cuando supongan restricciones de importancia al derecho a la intimidad. La tarea judicial deberá aparecer

entonces más bien ordenada a vigilar que ese sea el efectivo fin de las medidas dispuestas y que no se apliquen más allá de la subsistencia de las razones que les dieron origen.

Esta manera de razonar el asunto es particularmente relevante en el terreno de las aplicaciones móviles destinadas a la recopilación de datos sensibles y de geolocalización. La utilidad que han demostrado en otras latitudes para la contención y la prevención de la enfermedad pueden justificar su utilización por parte de las oficinas estatales. Mas superada la crisis, estas se encontrarán frente a un muy delicado acervo de datos que deberán ser objeto de adecuado tratamiento y resguardo.

El derrotero jurisprudencial nacional y comparado al que hemos aludido brinda robusto apoyo a las autoridades públicas en la conducción de la política sanitaria, máxime en momentos de grave amenaza para la salud general. En la medida que las decisiones individuales adoptadas se proyecten sobre la salud pública, la Corte ha sido terminante en señalar que se encuentran más allá del derecho a la privacidad que garante el art. 19 de la CN y, por lo tanto, son acciones sujetas a la interferencia estatal.

Ello se complementa con un razonable criterio jurisdiccional de deferencia hacia el criterio técnico de la administración, que parte de reconocer la dotación de recursos materiales y humanos de los que dispone para el cumplimiento de sus fines; y sobre los cuales no cabe —en principio— la revisión judicial.

Solo nos queda cerrar este artículo enviando nuestro saludo a quienes, a pesar de los razonables temores que esta difícil situación genera, no han podido o no han querido negarse al esfuerzo que la comunidad precisa de ellos. Lo menos que podemos hacer en honor a su valentía o sentimiento del deber es contribuir a hacer su tarea más sencilla, mediante un leal acatamiento a las regulaciones sanitarias dispuestas hasta la fecha. Ellas a nuestro modo de ver no requieren —al menos hasta el momento— sacrificios que no se justifiquen en las apremiantes circunstancias de la hora.

(*) Abogado (UBA); especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca, España); maestrando en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral); docente en las asignaturas Elementos del Derecho Civil y Salud Mental. Apoyos y curatela (Facultad de Derecho de la UBA).

(**) "[L]a unanimidad de masas no es el resultado del acuerdo, sino una expresión de fanatismo e histeria". ARENDT, Hannah, "Salvar la Patria Judía" (1948).

(1) CS, 04/04/1868, "Scotto, Antonio c. Ferrando, Ramón", Fallos 5:209.

(2) CS, 02/05/1872, "Hogman, Carlos c. Modet, Adolfo", Fallos: 11:446.

(3) CS, 14/05/1887, "Saladeristas Podestá, Bertam, Anderson, Ferrer y otros c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 31:273.

(4) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015.

(5) CS, 11/12/1984, "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida SA", Fallos: 306:1982.

(6) CS, 12/12/2017, "Castillo, Carina V. y otros c. Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ amparo", AR/JUR/88049/2017.

(7) OLIVA, Jennifer, "Prescription-Drug Policing: The Right to Health Information Pre and Post-Carpenter", D. 4, 2020, Duke Law Journal, Vol. 69, ps. 775-854.

(8) McGOVERN, Theresa, "Is privacy now possible?", M. 1: The Johns Hopkins University Press, 2001, Vol. 68, ps. 327-333. Traducción del autor.

(9) CS, 17/12/1996, "B. R. E. c. Policía Federal Argentina", AR/JUR/1112/1996.

(10) MOLINA QUIROGA, Eduardo, "Los datos de salud en la ley 25.326 de Protección de Datos Personales", JA 2004-II-1395, cita online: 0003/010495.

(11) MINDES, Paula, "Tuberculosis Quarentine: A Review of Legal Issues in Ohio and Other", 2, 1995, Journal of Law and Health, Vol. 10, ps. 403-428.

(12) ANNAS, George J., K. — MARINER, Wendy — PARMET, Wendy E., "Pandemic Preparedness: The Need for a Public Health - Not a Law Enforcement/National Security - Approach", American Civil Liberties Union, New York, 2008.

(13) Ibid.

(14) "San Juan: apedrearón la casa de la primera paciente con coronavirus", MDZ, 29/03/2020, <https://www.mdzol.com/sociedad/2020/3/29/san-juan-apedrearon-la-casa-de-la-primera-paciente-con-coronavirus-69883.html>.

(15) "Dio positivo en coronavirus y denuncia amenazas y escraches", Rosario 3, 01/04/2020,

<https://www.rosario3.com/policiales/Dio-positivo-en-coronavirus-y-denuncia-amenazas-y-escraches-20200331-0050.html>.

(16) "Un joven rosarino fue escrachado en redes por un falso positivo de coronavirus", Rosario 3, 31/03/2020,

<https://www.rosario3.com/informaciongeneral/Un-joven-rosarino-fue-escrachado-en-redes-por-un-falso-positivo-de-coronavirus-20200331-0050.html>, p. 785.

(17) OLIVA, Jennifer, ob. cit., p. 6.

(18) ANNAS, George J., K. — MARINER, Wendy — PARMET, Wendy E., ob. cit.

(19) "La lucha contra el coronavirus: por qué Asia parece estar mejor que Occidente", Infobae, 29/03/2020, <https://www.infobae.com/america/mundo/2020/03/29/la-lucha-contra-el-coronavirus-por-que-asia-parece-estar-mejor-que-occidente/>

(20) PÉREZ COLOMÉ, Jordi — PASCUAL, Manuel G., "El Gobierno impulsa una aplicación inspirada en el éxito de Corea del Sur para combatir el coronavirus", El País, 17/03/2020, <https://elpais.com/tecnologia/2020-03-16/el-gobierno-impulsa-una-aplicacion-inspirada-en-el-exito-de-corea-del-sur-para-combatir-el-coronavirus/>

(21) "Coronavirus: el Gobierno prepara una app para autodiagnosticarse con el fin de identificar los casos", La Nación, 20/03/2020, <https://www.lanacion.com.ar/politica/coronavirus-gobierno-prepara-app-autodiagnosticarse-fin-identificar-nid2345645?busqueda=>

(22) "Coronavirus en Mendoza: el Gobierno lanzó una app que permite realizar autodiagnósticos", Los Andes, 01/04/2020, <https://www.losandes.com.ar/article/view?slug=coronavirus-en-mendoza-el-gobierno-lanzo-una-app-que-permite-realizar-autodiagnosticos>

(23) GALÁN, Nadia, "Coronavirus: en Santa Fe controlarán con una app que cumplan la cuarentena", Perfil, 23/04/2020, <https://www.perfil.com/noticias/actualidad/coronavirus-santa-fe-controlan-app-se-cumpla-cuarentena.phtml>.

(24) "Creating the coronopticon", The Economist, 26/03/2020, <https://www.economist.com/briefing/2020/03/26/countries-are-using-apps-and-data-networks-to-keep-tabs-on-the-pandemic?fsrc=>

(25) Suprema Corte de los Estados Unidos, 22/06/2018, "Carpenter vs. United States", 16-402.

(26) CS, 12/06/2012, "N.N. o D., c. s/protección y guarda de personas", Fallos: 335:888.

(27) OLIVA, Jennifer, ob. cit., ps. 775-854.

(28) CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 10/04/2019, "xxx c. xxx s/ medidas precautorias", AR/JUR/5426/2019.

(29) CNCiv., sala B, 15/01/2019, "Defensoría de Menores e Incapaces N° 1 c. C. F., T. S. s/medidas precautorias", AR/JUR/11/2019.

(30) TOBÍAS, José W., "El consentimiento informado y sus límites", LA LEY, 2019-F, 1012; AR/DOC/3915/2019.

(31) Corte Suprema de los Estados Unidos, 20/02/1905, "Jacobson vs. Massachusetts", 197 U.S. 11 (1905). Traducción del autor.

(32) CS, 17/01/1987, "Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social", Fallos: 310:112.

Título: El coronavirus y el derecho a la salud

Autor: González Magaña, Ignacio

Publicado en: LA LEY 09/04/2020, 09/04/2020, 18

Cita Online: AR/DOC/1013/2020

Sumario: I. Introducción.— II. El origen del COVID-19. Antecedentes.— III. La evolución de la pandemia en nuestro país. Las primeras medidas adoptadas.— IV. Las respuestas sanitarias adoptadas por nuestro país y sus proyecciones en el ámbito judicial.— V. La protección de los empleados y funcionarios judiciales frente a la pandemia.— VI. Reflexiones finales.

(*)

I. Introducción (1)

Resulta una tarea titánica en estos días no hacer referencia de una u otra forma a la pandemia (2) desatada por el virus "COVID-19" que desde finales del año pasado y comienzos de este mantiene en vilo al mundo entero, no solamente por su peligrosa evolución a nivel global sino también por las imprevisibles consecuencias sanitarias, políticas y socioeconómicas que provocará tras su paso.

En este breve aporte trataremos de exponer someramente cómo la irrupción de este virus afecta la protección del derecho a la salud de toda la ciudadanía y cuales son (o serían) las respuestas esperables frente a esta pandemia, desde un punto de vista jurídico. Con especial referencia a los trabajadores judiciales por la importancia que tiene para la vida democrática el servicio de justicia, más aún en tiempos de emergencia.

II.El origen del virus COVID-19. Antecedentes

Los coronavirus son una serie de virus llamados así por su forma, ya que tienen una especie de corona (como la de un reloj) alrededor del 'núcleo' del virus. Estos organismos conviven con el ser humano desde siempre; y hay muchos tipos de ellos, tanto animales como humanos.

Sin embargo, el primer análisis comparativo de esta nueva enfermedad determinó que el 2019-nCov (nombre provisional del virus que finalmente fue denominado SARS-CoV-2), era "suficientemente distinto" de los otros dos beta-coronavirus de gravedad detectados en humanos, el SARS y el MERS, para ser considerado como una nueva enfermedad: el COVID-19.

Tuvo su origen en la ciudad de Wuhan, Provincia de Hubei, en China. A mediados del mes de diciembre de 2019, a partir de la alerta emitida por las autoridades sanitarias de Wuhan que detectaron una serie de casos de neumonía producida por una causa desconocida (3).

Según datos de la OMS, el índice de letalidad del nuevo coronavirus entre los contagiados se situó entre el 2 y el 4% en Wuhan, mientras que fuera del área de esta ciudad se reducía a un 0,7%.

Sin embargo, los investigadores consideran que aún es demasiado pronto para calcular con precisión su letalidad, en parte debido a que los casos leves no son diagnosticados y no se registran, además de que en ocasiones la enfermedad cursa de manera asintomática, lo que provocaría que la cifra se reduzca significativamente.

Este virus, el COVID-19, todavía no tiene hasta el momento ninguna vacuna para prevenirlo. En las últimas horas, el vicepresidente de los Estados Unidos, Mike Pence, indicó que un tratamiento contra el coronavirus podría estar disponible para mediados de 2020 y llegaría a los pacientes recién a principios de 2021 (4).

III. La evolución de la pandemia en nuestro país. Las medidas adoptadas para combatirla

El Poder Ejecutivo Nacional (5) y los diferentes poderes ejecutivos provinciales han actuado velozmente frente al estallido de la pandemia, estableciendo distintas medidas, apuntadas en primer lugar a que el virus se demorara lo más posible en llegar a nuestro país (6) y, una vez introducido, evitar y/o dilatar su propagación dentro del territorio nacional.

Para ello, fue adoptado a lo largo de estos últimos días una serie de disposiciones tendientes a minimizar el avance del virus.

En primer lugar, se dispuso que en caso de estudiantes o personal de los establecimientos que regresen de viaje desde áreas con circulación y transmisión de coronavirus, a la fecha los siguientes países: China, Corea del Sur, Japón, Irán, Italia, España, Francia y Alemania —y los que indicare el Ministerio de Salud—, aunque no presenten síntomas, se sugiere que permanezcan en el domicilio sin concurrencia y evitar el contacto social por catorce [14] días (7).

A continuación, se decidió suspender transitoriamente la tramitación de solicitudes de admisión como "residente temporario" de los extranjeros que se encuentren en el exterior y sean nacionales y/o provenientes de

la República Popular China, Corea del Sur, Irán, Japón, Estados Unidos; Gran Bretaña; países de la Unión Europea y los países que conforman el espacio Schengen, en las subcategorías establecidas por el art. 23 de la ley 25.871 y sus modificatorias con los siguientes alcances: trabajador migrante, rentista, pensionado, inversionista, científicos y personal especializado, deportistas, artistas, religiosos de cultos reconocidos oficialmente, académicos y estudiantes [\(8\)](#).

En lo que respecta a las medidas de prevención recomendadas por la OMS, la Secretaría de Comercio de la Nación decretó la retrocesión transitoria del precio de venta del alcohol en gel —en todas sus presentaciones— a los valores vigentes al día 15 de febrero de 2020, no pudiendo ser alterados durante un período de noventa [90] días corridos, a partir de la entrada en vigencia de la referida resolución [\(9\)](#).

Advirtiendo la evolución de contagios del COVID-19 en el mundo y en virtud de las proyecciones de su impacto en nuestro país, la jefatura de gabinete de la nación resolvió el otorgamiento de licencia excepcional a todas aquellas personas del sector público que presten servicio en relación de dependencia y que hayan ingresado al país habiendo permanecido en Estados Unidos de América o en países de los continentes asiático y europeo, a efectos de que permanezcan en sus hogares, en un todo de acuerdo con lo dispuesto en las recomendaciones del Ministerio de Salud [\(10\)](#).

Las siguientes medidas que fueron ampliando el espectro de aislamiento social, tuvieron como objeto a los agentes de viajes, considerados eslabones necesarios para la transmisión comunitaria del virus [\(11\)](#) y la atención reducida al público en dependencias de la ANSeS [\(12\)](#) entre otros.

Con respecto al tráfico de personas que ingresan y abandonan el país diariamente, la autoridad nacional central estipuló autorizar las operaciones aéreas a las zonas afectadas hasta el día lunes 16 de marzo del corriente año, inclusive. Asimismo, se informó que desde el día 17 de marzo y hasta el plazo fijado por la suspensión, será exclusivamente Aerolíneas Argentinas SA la que se encuentre autorizada a efectuar las operaciones de traslado desde y hacia las zonas afectadas [\(13\)](#).

Con fundamento en lo dispuesto por el dec. 260/2020, que dispone que la evolución de la situación epidemiológica exige que se adopten medidas rápidas, eficaces y urgentes; el Consejo Federal de Educación; en coordinación con los organismos competentes de todas las jurisdicciones, conforme con las recomendaciones emanadas de las autoridades sanitarias, y manteniendo abiertos los establecimientos educativos, la suspensión del dictado de clases presenciales en los niveles inicial, primario, secundario en todas sus modalidades, e institutos de educación superior, por catorce [14] días corridos a partir del 16 de marzo, debiendo articularse mecanismos de enseñanza que permitieran la continuidad del dictado de clases a través de medios digitales [\(14\)](#).

A posteriori las restricciones incluyeron la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo por el plazo de catorce días [14] días, con goce íntegro de sus remuneraciones, a todos los trabajadores y las trabajadoras que se encuentren dentro de las categorías de riesgo [\(15\)](#), cualquiera sea la naturaleza del vínculo jurídico de que se trate [\(16\)](#).

Sumado a ello, se decidió el reordenamiento del transporte público urbano y de larga distancia, limitando la cantidad de unidades en circulación y de pasajeros permitidos en cada caso [\(17\)](#).

El dictado de las medidas referidas precedentemente confluyó en el dictado del decreto 297/20 que determinó, para todas las personas que habitan en el país o se encuentran en él en forma temporaria, la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio" en los términos allí indicados desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica [\(18\)](#).

La prórroga del plazo referido fue extendida hasta el 12 de abril del año en curso por el dec. 325/2020, publicado en el Boletín Oficial, el 31/03/2020.

IV. La protección del derecho a la salud: Las respuestas sanitarias adoptadas por nuestro país y sus proyecciones en el ámbito judicial

El Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), firmada en Nueva York el 22/07/1946 y en vigencia desde el 07/04/1948, define la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades" [\(19\)](#).

Este reconocimiento establece el derecho a acceder a atención médica, acceder a información relativa a tratamientos médicos o prescripción de medicamentos, la prohibición de la discriminación en la prestación de servicios médicos, la libertad para no recibir tratamiento médico no consentido, entre otras garantías importantes.

En el marco de la Pandemia desatada por el COVID-19, la Convención Interamericana de Derechos

Humanos y su REDESCA (20) recuerdan a los Estados que el derecho a la salud se debe garantizar a todas las personas dentro de su jurisdicción, sin ningún tipo de discriminación, de conformidad con los estándares e instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos. Así, enfatizan que para hacer efectivo el derecho a la salud, los siguientes elementos son esenciales e interrelacionados: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad. En virtud de este derecho los Estados deben brindar una atención y tratamiento de salud oportuna y apropiada; destacándose que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles sin discriminación alguna, y adaptarse en función de circunstancias como las que la presente pandemia plantea con apego al principio "pro persona", a fin de que prevalezca el debido y oportuno cuidado a la población por sobre cualquier otra pauta o interés de naturaleza pública o privada. Dada la naturaleza de la pandemia y las medidas de contención, también debe brindarse una particular atención a la salud mental de la población (21).

Como estamos comprobando con la epidemia del coronavirus, la salud pública no es un asunto individual que dependa solo de las personas, sino que estamos ante un bien público de interés social, porque sin salud pública puede colapsar la vida de las sociedades. Es lógico, por lo tanto, que el Estado en coordinación con las comunidades autónomas garantice como derecho una salud pública básica, con carácter universal y de calidad, para hacer posible el desenvolvimiento normal de la vida social.

Desde esta perspectiva, entendemos que la dimensión preventiva en materia de políticas de salud no solamente obliga al accionar de la clase dirigente, sino que tiene un necesario componente de responsabilidad social en cumplir las medidas dispuestas por el órgano administrativo.

Ello nos lleva a analizar desde dos perspectivas la protección del Derecho a la Salud en estos momentos; por un lado, en lo que respecta a los resortes de protección en casos positivos de COVID-19, y, por otra parte, la afectación a la salud que por cualquier otro motivo afecte a la población en este período y que requiere urgente accionar judicial.

IV.1. Las respuestas judiciales frente a casos derivados de la Pandemia COVID-19

El Poder Judicial ha tenido que intervenir en estos días frente a algunos conflictos que fueron judicializados a causa de las medidas impuestas por el Gobierno Nacional para combatir la pandemia.

Así, la justicia penal ha señalado que el DNU 297/2020 dictado con el fin de evitar la propagación de la pandemia provocada por el COVID-19 busca preservar la salud pública en forma razonable y proporcional; pues, si bien implica una severa restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública, no solo del afectado en forma directa, sino de los terceros con los que se tenga contacto (22).

En otro caso, en el cual un recluso en situación de riesgo requirió la excarcelación, dijo que teniendo especialmente en cuenta la situación de salud en la que se encuentra el imputado, que padece diabetes, hipertensión y requiere una intervención quirúrgica coronaria de urgencia, y atendiendo a razones de orden humanitario, debe concederse la excarcelación, de manera que pueda realizar un adecuado tratamiento en territorio provincial, máxime cuando a ello se suma la situación sanitaria del país como consecuencia de la pandemia provocada por el COVID-19, y todas las medidas que se adoptaron para evitar la circulación de personas y su exposición al contagio, más lo que genera en el Servicio Penitenciario Federal y la población carcelaria (23).

En sentido contrario, la justicia penal cordobesa determinó que la prisión domiciliaria solicitada a favor de una mujer de 65 años fundada en la actual pandemia debe rechazarse, pues las patologías que sufre no resultan de gravedad, están siendo controladas y se encuentra clínicamente estable, máxime cuando no hay aún registro de casos detectados o sospechosos dentro del pabellón donde se aloja, ni en su módulo, ni en el establecimiento, ni en cárceles en la Provincia de Córdoba, ni en ninguna cárcel del país; y cuando existe, se está llevando a cabo un protocolo específico de prevención para el contagio y propagación de la enfermedad (24).

En el ámbito civil se ordenó, entre otras cuestiones, la limitación en el traslado de niños, niñas y adolescentes al domicilio del otro progenitor, salvo que medien razones de salud o que de alguna forma el traslado requerido redunde en el mejor interés del menor, postura que ha tenido reconocimiento judicial en el caso de un niño que sufre de autismo y que por prescripción médica necesita un permiso de tránsito para moverse en las cercanías de su domicilio (25).

También cabe referir que en la justicia chaqueña se dictó una medida cautelar en un amparo deducido por la Federación Médica del Chaco, en la que se ordena al Poder Ejecutivo de la Provincia de Corrientes arbitre las medidas necesarias para permitir a los profesionales médicos de la actora la libre circulación hacia esta Provincia para la prestación de los servicios esenciales de salud en los establecimientos en que ellos se

desempeñan y su regreso hacia Corrientes, en los términos y con las limitaciones establecidas en el decreto de necesidad y urgencia 297/2020 del Poder Ejecutivo Nacional, en tanto no presenten síntomas compatibles con coronavirus (COVID-19) (26).

IV.2. La protección del Derecho a la Salud desde la intervención judicial en casos donde no se trata de un caso de COVID 19 positivo

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sintonía —tardía— con las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional, decretó la feria judicial durante el período de cuarentena fijado por el dec. 297/2020 (27).

En ese sentido, se debe tener en consideración que la intervención de un Tribunal de Feria procede solo en forma excepcional para asuntos que no admiten demora (art. 4° del Reglamento para la Justicia Nacional) y cuando la falta de resguardo o de una medida especial pudiese causar un mal irreparable al solicitante de la habilitación por el transcurso del tiempo hasta la reanudación de la actividad judicial ordinaria.

Ese grado de excepcionalidad aludido en el precepto antes referido se ve acentuado en la actualidad por las restricciones impuestas por las normas destinadas a combatir la pandemia del COVID-19 (conf. decs. 260/2020 y 297/2020 y Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 6/2020, art 3°).

Por otra parte, es sabido que la omisión en brindar un tratamiento médico o la demora injustificada en hacerlo (p. ej., la omisión de realizar una intervención quirúrgica en tiempo oportuno, de brindar un adecuado tratamiento farmacológico a término, la injustificada demora en brindar prestaciones de salud y educación a una persona con discapacidad y especialmente a un niño en sus primeros años de desarrollo, entre tantas hipótesis) puede ser causa generadora de daños en la integridad psicofísica de la persona. De allí que es razonable que el ordenamiento jurídico reaccione por vía de la prevención de esos menoscabos. Y una vez producidos perjuicios, en caso de concurrir los presupuestos de la responsabilidad, será procedente la acción por daños (28).

Desde esta perspectiva, es necesario asegurar la operatividad de los derechos en su integridad —en este caso, el derecho a la vida, a la salud y a la integridad psicofísica—, puesto que esto constituye la base conceptual de la garantía de la tutela judicial efectiva (29).

De acuerdo con la relevancia de este derecho a la salud, en los últimos años se han dictado numerosas leyes que lo reconocen y regulan (p. ej.: leyes 26.529, 26.689, 26.862, 27.043, 27.071, 27.350, entre otras); y que, a su vez, conviven con otras regulaciones que fueron sancionadas, incluso, antes de la reforma constitucional; coincidiendo en señalar que el derecho a la salud es indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales y precondition para la realización de valores en la vida y del proyecto personal (30).

El Código Civil y Comercial, a su vez, elaborado sobre la idea de la constitucionalización del derecho privado, se afirma en esta tesitura. En sus fundamentos se expone que todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho los referidos instrumentos internacionales, conforme se establece en el art. 1° del Cód. Cid. y Com. Pero, además, cuando se interpreta una norma, los tratados revisten especial trascendencia, puesto que tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esa es la función que tienen en materia hermenéutica, a la que se refiere el art. 2° del Código.

Y a su vez, para asegurar el principio de supremacía constitucional y convencional se deben establecer mecanismos idóneos para garantizar la eficacia de los derechos de la persona en cuanto concierne a la justicia.

Por ello, en los últimos años, la mirada de los operadores jurídicos está puesta en la tutela efectiva de este derecho. Así, se abre paso una corriente jurisprudencial y doctrinaria que busca los mecanismos procesales más idóneos para hacerlo efectivo. Se ha difundido la utilización de la figura del amparo, las medidas autosatisfacías, las medidas cautelares, las sentencias anticipatorias, e incluso mediante acción autónoma por aplicación de la función preventiva de la responsabilidad civil (31).

En consecuencia, entendemos que, en este período de aislamiento social obligatorio y feria judicial no bastará la acreditación de cualquier afección que lesione el derecho a la salud, para lograr la intervención judicial en este período de excepción, sino que deberá acreditarse en forma palmaria la plataforma fáctica que autorice a la justicia habilitar excepcionalmente su intervención.

A nuestro modo de ver la justificación de la habilitación de feria procedería, a fin de garantizar la continuidad de tratamientos clínicos de tracto continuo o provisión de medicamentos cuya efectivización fue dispuesta con anterioridad a las medidas de emergencia; también sería procedente en caso de que las medidas adoptadas involucren a pacientes incluidos dentro de los grupos de riesgo previstos por la emergencia sanitaria o, en definitiva, cuando por las particularidades del caso, se justifique la habilitación excepcional del período de feria.

En sentido contrario, estimamos que no debería habilitarse el procedimiento en caso de requerirse reintegros por prestaciones otorgadas fuera de cartilla; o bien, a fin de intimar de pago a prestadores o beneficiarios del servicio de salud cuya actividad se ha visto colapsada por esta emergencia, salvo que la entidad del reclamo cuya habilitación se requiriera pusiera en riesgo el normal funcionamiento del sistema de salud.

VI. La protección de los empleados y funcionarios judiciales frente a la Pandemia

Un aspecto importante, y no menos relevante que los anteriores, radica en atender la protección de magistrados, funcionarios y empleados que frente a la pandemia se ven obligados a concurrir a sus lugares de trabajo a fin de tratar los casos urgentes que requieren intervención judicial inmediata.

Antes del dictado del dec. 297/2020, tanto la Asociación de Magistrados de la Nación, como el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Unión de Empleados de Justicia de la Nación, habían sido contestes a través de distintas manifestaciones de que debía decretarse la feria judicial y que, en ese contexto, deberían extremarse los recaudos para mantener indemnes del virus a las dotaciones de personas que cubrieran las guardias en cada caso.

Sobre este particular entendemos que el adecuado servicio de justicia no solamente será de efectivo cumplimiento a través del dictado de resoluciones durante la época de confinamiento obligatorio, sino que también se expresa a través de una adecuada protección y cuidado de aquellos magistrados, funcionarios y empleados que ponen todo de sí para brindar el servicio.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como cabeza del Poder Judicial, se comprometió a dictar los actos necesarios para acompañar las medidas dispuestas por el Ministerio de Salud de la Nación, con el fin de preservar la salud de su propio personal como así también la de todas aquellas personas que concurran a los tribunales y dependencias que lo integran, de forma de contribuir, además, con la contención de la propagación de la infección por coronavirus.

Así, por ejemplo, dispuso la licencia inmediata de todas las personas dependientes del Poder Judicial que se encontraran comprendidas en los denominados "grupos de riesgo" referidos por la autoridad sanitaria (conf. Ac. 3/2020).

Asimismo, dispuso una feria judicial extraordinaria (conf. Ac. 6/2020), cuyos alcances fueron extendidos hasta el 12 de abril del corriente año por Ac. 8/2020, todo ello, de acuerdo con las disposiciones tomadas por el Poder Ejecutivo nacional

La postura asumida por nuestro máximo tribunal ha sido refrendada en el Reino de España, en donde el sindicato de secretarios judiciales había solicitado que se les suministraran equipos individuales de protección y se evaluaran los riesgos que los funcionarios asumen. Además, se pidió a los distintos tribunales que se dispensara a los funcionarios de prestar sus servicios mientras no les provean de los equipos de protección.

La justicia ha rechazado esta última petición, pero sí ha aceptado las dos primeras y da 24 horas al Ministerio y la Comunidad para que suministren mascarillas, guantes, gel desinfectante, bata para desplazamientos a centros sanitarios y gafas a todos los letrados de la administración de justicia de Madrid que deban trabajar de forma presencial mientras dure el estado de alarma (32).

VI. La cuestión de los recursos escasos

Una cuestión muy difícil de decidir es la cuestión de los recursos escasos en materia de Salud sobre todo el acceso a los respiradores artificiales y a las Unidades de Terapia Intensiva cuando estas resulten insuficientes.

Coincidimos en que "Ante situaciones extremas y escasez de recursos que pudieran darse (urgencia, pandemia, calamidad), deberían decidir qué paciente accede a la UCI conforme a criterios prudenciales, valorando caso por caso, no solo la edad, sino también el diagnóstico y pronóstico del paciente. Y en todo caso, poniendo siempre todos los medios a su alcance para salvarle y proteger su derecho a la vida y a la salud. Sin que sea la edad un criterio discriminatorio" (33). Y valoramos la necesaria actuación de los comités de bioética en estos casos.

VII. Reflexiones finales

La pandemia desatada por el COVID-19 obligó a nuestro país y al mundo entero a adoptar una serie de medidas extremas, que incluyen el aislamiento social prolongado con el fin de evitar la propagación del virus.

En el marco de esta emergencia sanitaria, el Poder Judicial de la Nación ingresó en feria judicial excepcional, autorizándose solamente el trámite de causas que por su naturaleza resulten impostergable.

En este contexto, indudablemente, en los juicios de amparo en salud existe una pretensión destinada a obtener la cobertura que requiere el paciente, pero también coexiste una finalidad preventiva que busca evitar

daños a la salud y, eventualmente, al derecho a la vida.

Vida y salud son dos valores íntimamente asociados, ya que en el ámbito de la promoción de la vida humana se inscribe el tema de la defensa de la salud del hombre y la obligación ética y legal de defender y promover la salud para todos los seres humanos en proporción a sus necesidades"

El desafío en estos días reside no solamente en abocar la mayoría de los recursos sanitarios al tratamiento de pacientes con COVID-19 positivo, sin descuidar los casos graves de salud de la ciudadanía en general y lograr una articulada utilización de medios idóneos o útiles para garantizar al paciente que frente a su necesidad de atención o tratamiento médico podrá acceder a ellos —v.gr., amparo, medidas cautelares, medidas autosatisfactivas, tutela anticipada—, debiendo la justicia autorizar su intervención en aquellos casos en los cuales la omisión de tales prestaciones redundará en daños que pudieron ser prevenidos.

(*) Abogado. UBA. Especializado en Derecho de Familia y en Derecho de Daños. Prosecretario de la Cámara Federal Civil y Comercial, Buenos Aires. Docente adjunto de Derecho de Familia y Docente de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia (UNLZ). Docente adjunto de Derecho de Familia y de los cursos "Violencia contra la Mujer", y "Daños en el Derecho de Familia" (UBA).

(1) "...En el ambiente está la peste. Y está tu respiración y la mía. Mezclándose. Está tu olor y mi olor. Están nuestras esencias juntas. Bailando en el viento para ser inhaladas otra vez por ti o por mí, o por cualquiera. Está tu egoísmo tratando de aislarte. Está tu perversidad que quiere que me hunda. Y está tu generosidad intentando ayudarme. Pero todo está sin que lo sepamos. Somos parte de un solo mundo. Estamos juntos, aunque te encierres en tu cuarto. Eres vulnerable aunque te creas invencible bajo las cobijas de tu cama. Aunque creas que no necesitas a nadie. La peste llega con distintas caras..." Albert Camus, "La Peste" (1947)

(2) La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el 11/03/2020 al brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 llegara a 118.554, y el número de muertes a 4.281, afectando hasta ese momento a 110 países.

(3) N. del A.: Distintos portales de noticias han deslizado la posibilidad, sin sustento alguno, de que la propagación del COVID-19 provenga de algún tipo de laboratorio, configurándose de este modo como un virus de "diseño".

(4)

Conf.

<https://www.infobae.com/america/tendencias-america/2020/03/05/coronavirus-el-origen-y-la-evolucion-continua-de-un-patogeno-chequeado-el-30/03/2020>.

(5) Conf. DNU 297-2020 de "Aislamiento social, preventivo y obligatorio" del 19/03/2020, AR/LCON/80AJ.

(6) Establécese la prohibición de ingreso al país por un plazo de treinta [30] días de las personas extranjeras no residentes que hayan transitado por "zonas afectadas" en los catorce [14] días previos a su llegada, en los términos del art. 4º del dec. 260/2020. El plazo de vigencia de la prohibición de ingreso al país podrá abreviarse o extenderse conforme la evolución de la situación epidemiológica.

(7) Conf. res. 82/2020 del Ministerio de Educación del 10/03/2020, AR/LEGI/A0F1.

(8) Disposición 1644/2020 de la Dirección Nacional de Migraciones del 11/03/2020, AR/LEGI/A0JR.

(9) Res. 86/2020 de la Secretaría de Comercio de la Nación, del 11/03/2020, AR/LEGI/A0JQ.

(10) Decisión Administrativa 371/2020 del Sector Público Nacional. BO del 12/03/2020, AR/LCON/8092.

(11) Res. 125/2020 del Ministerio de Turismo del 12/03/2020, AR/LEGI/A0NR.

(12) Res. 70/2020 de la Administración Nacional de la Seguridad Social, del 13/03/2020, AR/LEGI/A0NT.

(13) Aviso Oficial del Ministerio de Transporte, 14/03/2020.

(14) Res. 108/2020 del 15/03/2020, AR/LEGI/A0O2.

(15) Esta categorización incluye a: a) Trabajadores y trabajadoras mayores de sesenta [60] años de edad, excepto que sean considerados "personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento". Se considerará "personal esencial" a todos los trabajadores del sector salud. b. Trabajadoras embarazadas c). Trabajadores y trabajadoras incluidos en los grupos de riesgo que define la autoridad sanitaria nacional.

(16) Res. 207/2020 del 16/03/2020 del Ministerio de Trabajo, AR/LCON/809P.

(17) Conf. disposición 118/2020 y res. 64/20 de la Agencia de Seguridad Vial del 17/03/2020 y 19/03/2020.

(18) Conf. art. 1º dec. 297/2020. N. del A.: Al momento de presentar este trabajo, el Sr. presidente de la Nación anunció la prórroga de la cuarentena hasta después de Semana Santa, pero sin que se haya oficializado el

decreto que así lo dispone.

(19) Conf. Official Records of the World Health Organization, nro. 2, p. 100.

(20) Las siglas refieren a la "Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales".

(21) Comunicado de la CIDH del 20/03/2020.

(22) CNFed. Crim. y Correcc., sala de hábeas corpus, 21/03/2020, "K., P. s/ hábeas corpus", AR/JUR/3147/2020.

(23) Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes, 19/03/2020, "A., R. s/ incidente de prisión domiciliaria", LA LEY del 01/04/2020, p. 6; AR/JUR/1736/2020.

(24) Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 1 de Córdoba, 19/03/2020, "Anton, Mirta Graciela s/ legajo de ejecución penal", LA LEY Online, AR/JUR/1734/2020.

(25) Expte. 2977/2020-0, "Asesoría tutelar CAYT N° 2 c. GCBA s/ medida cautelar autónoma", Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nro. 4, 22/03/2020 (sentencia no firme).

(26) JFed. Resistencia nro. 1, "Asociación de Clínicas y Sanatorios y Federación Médica del Chaco c. Ministerio de Salud de la Provincia de Corrientes y/o Poder Ejecutivo de la Prov. de Corrientes s/ medida cautelar", del 29/03/2020.

(27) Conf. Ac. 6/2020 de la Corte Suprema.

(28) Se ha dicho al respecto que "La asociación mutual es responsable de los daños generados a un afiliado por haberle negado la cobertura de una prestación médica —en el caso, una cirugía laparoscópica de extracción de bazo—, pues habiéndose corroborado a partir del dictamen pericial que tal negativa ha sido susceptible de ocasionar un grave perjuicio a su salud, al privarlo arbitrariamente de una alternativa idónea, se hallan configurados los presupuestos necesarios para atribuir responsabilidad a la prestadora del servicio, meritando sobremanera que el ejercicio diligente de la actividad obliga a que la prestación se ejecute según las posibilidades de la ciencia y con todos los medios técnicos necesarios a su alcance, a fin de no desvirtuar la naturaleza de la prestación" (CApel. Civ. y Com. Mar del Plata, sala III, 12/07/2016, "S. J., J. A. c. Mutual Federada 25 de Junio SPR s/ daños y perj. incump. contractual (exc. Estado)", RCyS 2017-III-193; ED 269-334; LA LEY Online AR/JUR/45670/2016). "El Estado provincial es responsable ante los daños causados por la muerte de un menor ocurrida en un hospital provincial que carecía de medicación para tratar una picadura de insecto —en el caso, suero antialacránico—, pues las normas que tutelan el derecho a la salud, de raigambre constitucional nacional e internacional con el mismo nivel que la Constitución Nacional e incluso la propia Constitución de la Provincia de Córdoba lo obligaban a proveer la medicación en condiciones y número apropiados y permitir la inoculación en el plazo que según la ciencia médica hubiera salvado la vida y restablecido la salud" (CCiv. y Com., del Trab. y Fam. de Cruz del Eje, 16/12/2014, "M., M. A. y otro c. Superior Gobierno de la Pcia. de Córdoba y otros s/ ordinario", RCyS 2015-V-146). "La obra social que denegó la cobertura médica por asistencia domiciliaria a un paciente discapacitado debe resarcirlo por daño moral, teniendo en cuenta las circunstancias vividas ante la falta de prestaciones" (CNCiv., sala B, 13/06/2014, "A., L. A. y otro c. OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios s/ daños y perjuicios", ED 258-563, AR/JUR/29615/2014). La injustificada negativa de afiliación a un efector de salud también puede determinar su responsabilidad civil si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil. En tal sentido se sostuvo que "La demandada debe abonar una indemnización por daño moral al accionante por la negativa de afiliación de su grupo familiar que comprendía a su hija recién nacida con discapacidad, pues su conducta fue antijurídica, en tanto dañó bienes protegidos y contrarió el ejercicio funcional de los derechos, y existe relación de causalidad entre aquella y la mortificación espiritual ocasionada al verse imposibilitado de cubrir a la niña de las condiciones elementales para el acceso a la salud y al pleno desarrollo que le corresponde como persona humana" (CNFed. Cont. Adm., sala I, 24/05/2016, "H., R. c. Consejo Prof. de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", LA LEY, 2016-E, 139; RCyS 2016-XI-85; AR/JUR/40674/2016).

(29) Conf. arts. 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José—.

(30) CAYUSO, Susana, "El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación", LA LEY, 2004-C, 303.

(31) Sobre la acción preventiva y la protección del derecho a la salud sugerimos la lectura de TANZI, Silvia Y. - PAPILLÚ, Juan M., "El derecho a la salud y la prevención de los daños. Vías procesales", LA LEY,

2018-D, 774.

(32)

<https://elpais.com/espana/2020-03-19/una-juez-ordena-a-justicia-y-a-la-comunidad-de-madrid-suministrar-material-de-proteccion-chequeado-el-01/04/2020>.

(33) PUCHETA, Leonardo, "Orientaciones éticas generales ante la pandemia de COVID-19", www.centrodebioetica.org, 30/03/2020.

Título: Alimentos y COVID-19: Soluciones para ahora y para después

Autor: Basset, Úrsula C.

Publicado en: LA LEY 09/04/2020, 09/04/2020, 3

Cita Online: AR/DOC/1010/2020

Sumario: I. Crisis como discernimiento.— II. Qué respuestas hay frente a la situación actual.— III. ¿Qué puede aportar el presente del coronavirus sobre el futuro de los alimentos?

(*)

I. Crisis como discernimiento (1)

La palabra "crisis" quiere decir hacer pasar por la criba o el cernidor. La crisis sanitaria y económica de la pandemia pone a prueba las respuestas de las instituciones, y así nos permite repensarlas forzando una inversión de perspectiva: la crisis obliga a pensar a partir de los más vulnerables, y ésa tal vez sea la mejor manera, la más saludable de pensar las instituciones (2).

En primer lugar, la crisis obliga a discernir qué respuestas dar hoy a las personas que son acreedoras de una cuota alimentaria y a las que son deudoras: como señaló Medina, en el creativo artículo que dispara estas reflexiones (3), se trata de un problema que tiene inevitablemente dos extremos a considerar. Digamos más: sólo se puede solucionar si tenemos en cuenta al mismo tiempo la posición del deudor y la del acreedor. Ahora bien, un conflicto jurídico se expresa, también, como un proceso, y su incumplimiento conlleva una sanción. Al análisis de todos estos elementos de la relación jurídica se refiere la sección II de este artículo. Se trata, en definitiva, de las soluciones para ahora.

En segundo lugar, la crisis actual, originada en la pandemia, puede ser una oportunidad para aprender y mejorar. A riesgo de ser polémica a partir del tercer párrafo, los reclamos alimentarios funcionan de manera ineficiente. No es una novedad, ni en la Argentina ni en el derecho comparado. Pero, justamente por eso, en muchos sistemas comparados se han pensado estrategias para dinamizar su cobro. La crisis del COVID-19 pone en evidencia esa falta de respuesta idónea, sobre todo si analizamos mecanismos comparados de respuesta. La sección III tiene un contenido propositivo gracias a las enseñanzas que nos deja el presente. Se trata de las enseñanzas que nos deja la crisis para después.

II. Qué respuestas hay frente a la situación actual

Como anticipábamos, la pandemia impacta directamente en la deuda alimentaria, golpeando los dos extremos que la sujetan: el acreedor y el deudor.

El primer problema para considerar son los sujetos de la obligación. La obligación alimentaria siempre se piensa en términos injustamente estereotipados: el acreedor es visto como vulnerable y urgido, y el deudor, como una persona económicamente más acomodada y a quien el tiempo (la demora) resulta ventajoso. La pandemia, por sus efectos sanitarios y socioeconómicos, pone a prueba esos estereotipos. De repente, lo que era de una forma puede pasar a ser de otra: el que es acreedor puede ser beneficiario del ingreso familiar de emergencia decretado por el gobierno; o bien puede haber conservado su trabajo o haber circunstancialmente incrementado ingresos debido a requerimientos de la época. Podría ser que se suspenda el pago de la cuota alimentaria, que se deposite menos de lo convenido sin acuerdo previo o que el confinamiento haya sorprendido a las partes en medio de un proceso alimentario no concluido, que ahora se extienda en el tiempo. Ni que hablar del impacto desigual de la crisis en mujeres y niños.

El segundo problema para considerar es el proceso alimentario y su suspensión, debido a la parálisis de la justicia. En tanto, podría ser que el deudor no esté percibiendo ingreso alguno y no tenga modo de satisfacer la deuda. Todo ello en tiempos en los que hacer una reducción de la cuota puede resultar ilusorio o inútil. Debe señalarse que la Argentina tiene un sistema bastante torpe y lento de cobro de los alimentos. Es un proceso judicial que requiere un juicio sumario, que sin embargo es aparatoso y oneroso, aunque la mayoría de las veces se trata de cifras mínimas. La buena fe del deudor, que es la pieza angular en los edificios bien montados y eficientes de cobro alimentario, no juega ningún rol. Todo pasa por pruebas imposibles, favoreciendo justamente lo contrario: las conductas dolosas o negligentes de ocultamiento de ingresos por parte del deudor son más que comunes. Es necesario analizar cómo se adapta y qué alternativas hay frente a la situación actual.

El tercer problema a considerar es la sanción frente al incumplimiento. Si el sistema de sanciones era muchas veces ineficiente y por eso la creatividad de los jueces había multiplicado las respuestas ingeniosas, ahora el ingenio deberá revisitarse. Determinadas sanciones resultan poco convenientes o útiles en estos contextos.

Comencemos entonces por considerar la posición de los sujetos de la obligación [II.1], para pasar luego a

los procesos [II.2] y terminar con las sanciones [II.3].

II.1. Acreedor y deudor alimentario en tiempos de coronavirus

Decíamos que la posición relativa de alimentante y alimentado puede haberse alterado durante la pandemia. Esto, por varias razones:

— Salud: alguno (alimentante o alimentado) puede haber contraído el virus.

— Cuidado: alguno (alimentante o persona a cargo de alimentado) tal vez tenga que cuidar de personas adultas mayores o con necesidades especiales, o sea personal de salud o de seguridad, que tenga entonces una agenda mucho más comprometida que al momento de acordar o fijar la cuota.

— Ingresos: alguno de los dos puede haber visto mermados sustancialmente sus ingresos, o puede haberse hecho acreedor de algún beneficio especial que supla la falta de ingresos (ingreso familiar excepcional) o, en virtud de su trabajo, por requerimientos especiales, tenga más ingresos. O bien, lo más probable: ambos pueden haber empeorado sustancialmente sus ingresos, o no tener ninguno.

Este cambio de escenario es la clave para comprender la deuda alimentaria, que siempre fue entendida en términos de una proporcionalidad doble que comprende a alimentante y alimentado (ingresos del alimentante, necesidades del alimentado). Ninguna deuda alimentaria causa estado, y es revisable en función de determinaciones de hecho que permiten establecer los dos extremos de esa proporcionalidad.

El problema principal es que esos dos extremos no son revisables con la inmediatez que requiere la pandemia, y los problemas de desequilibrios que se generen durante la crisis, con el sistema procesal actual, sólo podrán tener respuestas a través de medidas cautelares, que son siempre riesgosas, porque no permiten sopesar el fondo adecuadamente.

Todo esto nos lleva a las siguientes consideraciones:

— ¿Qué dice la ley? Las reglas generales indican que, si hay una cuota alimentaria fijada que se incumple (4), esa cuota sigue vigente durante la pandemia y será ejecutable una vez cesada la feria judicial extraordinaria dictada por la Corte Suprema de Justicia de La Nación. Es irrelevante si la cuota tiene por fuente un convenio homologado o una sentencia judicial (5). También son exequibles los acuerdos de mediación en los que no medien intereses de personas cuya capacidad no es plena (6). La falta de homologación no impide la obligatoriedad del convenio entre las partes signatarias, lo que hace a las cuotas ejecutorias desde la fecha de su celebración, aunque se requiera previa homologación (7).

— Habilitación de la feria en caso de urgencia: si el alimentado no puede esperar a la ejecución porque tiene urgencia y existe un peligro en la demora, podrá requerir habilitar la feria extraordinaria de la Ac. 6/2020 de la CS o sucedáneas y pedir que se intime al cumplimiento de la cuota, demostrando que se dan los elementos fácticos que motivan la habilitación de la feria (art. 153, Cód. Proc. Civ. y Com.).

— ¿Qué es necesario? (a) Pruebas de la urgencia para acreditar la feria (seguramente, en caso de alimentos a los hijos, bastará con demostrar de alguna forma el cese de ingresos por razones públicas y notorias, exhibiendo la notificación del empleador, si la hubiera, o, si es trabajo informal, bastará lo que resulta evidente como consecuencia del confinamiento). (b) Pruebas de la modificación de la situación económica para acreditar la modificación provisoria de la cuota si el deudor deseara disminuirla o el acreedor, acrecentarla. (c) Pruebas de la falta de pago de los alimentos en el mes en curso, para la intimación o la intimación extrajudicial al pago.

Tal vez aquí sería interesante considerar la posibilidad de que el confinamiento continuara. ¿Cuánto tiempo podría estar la justicia paralizada y qué impacto tendría esto en términos de tutela judicial efectiva? En ese caso, el Poder Judicial tal vez diseñe un plan de contingencia, ampliando los juzgados de turno y tratando de implementar mecanismos en los que la justicia no sea tan presencial como lo es hasta hoy. Rodolfo Jáuregui mencionaba la posibilidad de sostener audiencias virtuales y empezar a pensar en una justicia que pueda funcionar aun durante el confinamiento. En muchos casos, esto puede ser una posibilidad. En los casos más humildes, probablemente no. ¿Podrían las audiencias o las intervenciones judiciales ser reemplazadas por conversaciones telefónicas mantenidas con el actuario/secretario, el juez y las partes?

De todos modos, nos parece que sería conveniente un comunicado general por parte del Poder Judicial informando a la población sobre la situación y sus implicancias en las relaciones de familia, que contenga pautas que ajusten las expectativas e informen los derechos de cada parte (8).

— Acceso a la información y previsibilidad como parte del uso y goce de los derechos humanos. Una parte esencial del uso y goce de derechos es el acceso a la información clara sobre los derechos de los que se goza. La población en general no cuenta con ella. Nos parece más conveniente que el Poder Judicial emita una comunicación a todos respecto de los juicios alimentarios, aclarando a la población cuáles son las consecuencias

del incumplimiento de la obligación alimentaria, así como se hizo en relación con la violencia familiar. Una comunicación con lenguaje claro y conciso que indique cada situación y cada consecuencia jurídica puede recordar a cada parte en qué situación se encuentra, permite previsibilidad, clarifica en general cuál es el espectro de derechos en juego y de conductas esperadas ante la crisis y, así, genera paz social.

— La conveniencia de ajustar las expectativas. Las partes a veces tienen expectativas irreales sobre su conflicto [\(9\)](#). Un trabajo fundamental del operador jurídico es ajustar las expectativas a los resultados posibles, convenientes y sustentables. Una cuota fijada en tribunales, aunque sea exigible en términos abstractos, puede no serlo en términos concretos. La familia está presidida por una medida invisible de justicia que consiste en una conciliación de las posibilidades de cada uno de sus miembros de satisfacer razonablemente las necesidades de los demás. Cuando alguien es mezquino y da menos de lo que razonablemente puede dar, o alguien es pretencioso y exige más de lo que el otro puede cumplir, la experiencia nos indica que el resultado deja secuelas. Cuando dos tiran de una soga, el que tira más fuerte y se la queda toda termina cayéndose solo al piso. En la familia, la pretensión jurídica sólo tiene resultado satisfactorio para todas las partes cuando es equilibrada y tiene en cuenta todas las posiciones relativas. Mostrar vías de composición y buena voluntad puede ser un camino para recibir esa misma buena voluntad en el futuro como retribución. La crisis exige solidaridad y desarrollo de actitudes colaborativas y empáticas. También esto debería ser parte de un comunicado general para favorecer buenas prácticas. Exigir una deuda impagable no la hace pagable. Y, en materia de familia, puede ser mucho más destructivo que constructivo ignorar la situación del otro.

Teniendo en cuenta lo expuesto, sería conveniente pensar también en algunas buenas prácticas en materia de alimentos en contextos de crisis (que excederán presumiblemente la pandemia) y que conviene tener en cuenta:

— De la misma forma en que se encuentra en el derecho comparado, lo ideal es que las partes primero se pongan en contacto para saber por qué se produce el incumplimiento y cómo cada parte se ve afectada por la pandemia. Para arribar a una solución, judicial o no, saber qué le está pasando a cada uno es el mejor punto de partida [\(10\)](#). Ser proactivo, apostar a la buena fe recíproca (y al espíritu de solidaridad ante la pandemia) y ser comunicativo es lo que recomienda un estudio de derecho de familia de Nueva Jersey [\(11\)](#).

— A veces las partes no pueden comunicarse o, lamentablemente, la buena fe no es el quicio favorecido por el sistema (o, dicho de otra forma, la mala fe no es castigada con suficiente rigor en la materia). En ese caso, tal vez puedan comunicarse sus abogados e instar a las partes a componer sus posiciones, evitando un dispendio procesal que va ser inconveniente en términos de costo-beneficio.

— Es probable que precisamente en dónde más sería necesario que se aplicaran buenas prácticas es dónde más difícil resulte su aplicación. Sobre todo en los sectores más vulnerables, los alimentos se reclaman por defensores no necesariamente especializados y que tienen un alto grado de sobrecarga (alguna forma de patrocinio jurídico gratuito). Muchas veces esos defensores no localizan fácilmente a sus defendidos. Tratándose de personas menores de edad, tal vez el Ministerio Público de Menores pueda tener los datos de las dos partes, aunque nada obliga a que lleve estos registros para localizar informalmente a las partes. Todo ello demuestra cuánto más puede mejorarse en este campo, sobre todo cuando alimentante y alimentado pertenecen a sectores vulnerables.

— En el caso en que tengamos conocimiento de una persona vulnerabilizada que no puede hacer efectivo el cobro de sus alimentos, si los alimentos son para una persona menor de edad, puede constituirse ante la guardia del Ministerio Público de Menores. Si se trata de una persona con curador oficial designado, podrá encauzar su inquietud por vía de la curaduría respectiva. En ambos casos, sería conveniente un instructivo de alcance general emitido por ambos organismos. Las páginas web no son claras para el público común y sería necesario que contuvieran una carátula en el inicio que dijera al hombre común a dónde recurrir según la circunstancia en que se encuentre. En cambio, el Ministerio Público de provincia tiene una página, pero indica solamente e-mails [\(12\)](#). Sería mejor que incorporara teléfonos o un contacto de WhatsApp para la asesoría de guardia.

— Tratándose de personas menores de edad en riesgo, las oficinas administrativas de defensa de la infancia, cuando las haya en cada jurisdicción, si tuvieran guardia, podrían dar respuesta a beneficios sociales que pudieran ayudar a paliar la circunstancia. Entramos al Consejo de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires y no había ni mención a la pandemia ni red de recursos [\(13\)](#). Nada tampoco en la Secretaría de Niñez y Adolescencia de la Nación, ni en referencia a recursos específicos, al menos hasta el 31/03/2020 (fecha de consulta). Sólo se indican medidas para evitar el contagio y los permisos en materia de cuidado. Nada sobre alimentos ni cómo proceder. Australia tiene indicaciones específicas: qué hacer si su niño no puede ir al centro de cuidado diario, qué hacer si no recibe el pago de alimentos, qué hacer si los horarios de su actividad cambian [\(14\)](#).

— Una vez que se termine la feria y se reinauguren las actividades judiciales, o si es necesario habilitar otra

feria, se requiere una sanción especial a la mala fe de las partes en época de solidaridad. La solidaridad y la buena fe deberían fomentarse en ambos extremos de la relación jurídica (alimentante y alimentado), y el fraude, en el marco de ese deber de solidaridad (alimentaria) en épocas en que esa solidaridad es un bien social indisponible, debería ser castigado ejemplarmente. Para eso, si luego se estableciera que alguna de las partes escondió información sobre su situación patrimonial o aprovechó la crisis para incumplir o para colocar al otro en una situación desfavorable, debería ser sancionada al momento de ejecutar la cuota cuando se habiliten los plazos. Más aún, cualquier acuerdo hecho sobre la base de una conducta dolosa de una de las dos partes, aprovechando la pandemia para obtener un beneficio patrimonial o disminuir el pago de la cuota alimentaria, debería tornar nulo el acuerdo que se haya hecho por vicio en el consentimiento y debería ser sancionado ejemplarmente, como se sancionaban los fraudes en época de guerra, cuando la solidaridad social era un valor jerarquizado. El derecho impone que el aprovechamiento de la crisis para beneficio personal sea duramente sancionado, ya sea declarando la nulidad de los acuerdos, ya imponiendo intereses o multas en sede judicial que sean ejemplares.

II.2. El proceso alimentario y su suspensión por la feria

La principal consideración es que la habilitación de feria puede hacer del reclamo judicial un recurso ineficiente. Entre los plazos requeridos para habilitar la feria y los requeridos para presentar suficientemente el caso, es posible que las dos semanas adicionales de prórroga del aislamiento impuesto por el Poder Ejecutivo Nacional hayan concluido. La mayoría de las decisiones sobre cuestiones relativas a la pandemia tal vez se tomen cuando se levanten las medidas de confinamiento. En ese caso, igualmente serían válidas la mayoría de las consideraciones que siguen.

En todo caso, como indica la experiencia, el inicio del reclamo puede tener un valor extrajurídico precioso: el de aportar calma y contener. Encauzada la pretensión, la parte siente que su reclamo está siendo reconocido (al menos por el abogado; luego, tal vez, por la justicia). Cualquier abogado que ejerza sabe perfectamente que solamente su intervención tiene casi siempre un efecto de sublimación del conflicto y pacificación. Crea, de por sí, un contexto más idóneo de solución de la controversia, porque una parte de la angustia que genera la falta de pago o la situación de no poder pagar se encuentra ya reconocida y verbalizada.

La presentación judicial, aun cuando no cumpla su propósito inmediato efectivamente, puede tener un efecto suplementario: tanto si se trata de indicar una imposibilidad momentánea de pago o de pago completo de la cuota por parte del deudor, como si se trata de un reclamo por cuota impaga o un reclamo por pago parcial del acreedor, el haber verbalizado en la presentación judicial la situación de la parte puede facilitar una valoración de la excepción que le permita al juez resolver contextualmente teniendo presente el antecedente de esa presentación.

En épocas de crisis se agudiza el eterno dilema de la sábana corta. La sábana corta implica que los ingresos de ambos progenitores sumados son insuficientes para cubrir las necesidades o gastos. Y lo que se cubre por un lado, se descubre por el otro. La "sábana corta" es la regla que rige para la materia alimentaria para la mayoría de los argentinos. Apenas para unos pocos los alimentos son algo de lo que se puede prescindir un mes o dos sin grandes implicancias.

En otras palabras, para muchos argentinos, la crisis va a impactar negativamente en los ingresos y en la salud, y eso implicará negociar soluciones conjuntamente y en forma solidaria para encontrar una salida que no satisfaga del todo a nadie y que involucre a personas que antes figuraban como espectadores de la relación jurídica.

En este sentido, los jueces deberían estar preparados para hacer excepciones por la excepcionalidad de la circunstancia y habilitar soluciones transitorias, alternativas creativas sobre la base del derecho vigente y pagos excepcionales.

— Si una parte acreditara haber perdido el trabajo o haber perdido una parte sustancial de sus ingresos en virtud del aislamiento, el juez podría tomar en cuenta esa circunstancia y resolver una disminución acotada excepcional respecto de ese período de tiempo. Situaciones inusuales requieren soluciones inusuales, para sostener el estándar de la justicia.

— A la inversa, si el reclamo es porque quien está a cargo del cuidado personal prevalente del niño ha perdido su trabajo o se encuentra en una situación desesperada y excepcionalmente requiere una cuota alimentaria superior, porque su contribución disminuyó, también en ese caso el juez podrá disponer con validez acotada y provisoria una medida excepcional que no altere la medida de fondo, por la cual por un tiempo se fije un aumento de la cuota alimentaria que proteja los intereses de la persona menor de edad. Todo sin alterar los acuerdos o la sentencia de alimentos vigente, pues tal vez la alteración es circunstancial.

— Si la pérdida del trabajo fuera definitiva (del alimentante o del alimentado), y dadas las circunstancias no se percibiera inmediatamente la indemnización (y, en todo caso, siempre y por las dudas), el acreedor alimentario podría reclamar simultánea y subsidiariamente a los abuelos (15) del niño (en caso de alimentos a hijos menores de edad solamente) (16).

— Probablemente, a falta de abuelos y si el otro progenitor no puede cumplir, entre en juego el rol subsidiario del progenitor afín, si lo hay. También a él el juez podrá recurrir en épocas de crisis para hacer cumplir una obligación mínima y subsidiaria, si los obligados no pueden, estableciendo claras limitaciones temporales.

— Si lo que se alterara es la forma en que se distribuye el cuidado del niño (p. ej., uno de los dos padres es personal de salud y cubre guardias a deshora), entonces, tal vez también pueda alterarse provisoriamente el monto y forma en que se paga la cuota alimentaria. No olvidemos que el cuidado es parte del aporte alimentario. Quien aporta en especie puede ver deducido su aporte en dinero. El aporte en dinero faltante puede ser compensado por el otro progenitor, sobre todo si recibió algún pago excepcional en virtud de su desempeño en una profesión o empleo que le reputó más ingresos.

— Lo mismo en caso de hacerse efectivo el ingreso familiar extraordinario dispuesto por el gobierno, en el caso de cese de actividades del alimentante: el juez podrá ordenar, en caso de que las circunstancias del caso lo habiliten, que una parte de ese pago vaya a cubrir la cuota de alimentos faltante (17).

— La falta de pago de alimentos podría ser una forma de violencia económica: en ese caso sería viable iniciar la acción como una denuncia de violencia familiar. No es recomendable usar la vía de la violencia como un bypass a un reclamo alimentario. Produce una banalización del mecanismo que es perjudicial para los verdaderos casos de violencia, y en las relaciones de familia produce una magnificación y una escalación del conflicto que es contraproducente. Conviene denunciar sólo los casos en que la privación de los alimentos sea el medio para ejercer violencia.

— Resolución de conflictos por e-mediation. Así como los abogados han debido repensar sus consultas por vías creativas (teléfono, Zoom, Facetime, Skype), también la mediación podría en el futuro o ahora realizarse por ese medio. Sería una forma de lograr un resultado incluso provisional frente a la crisis y obtener una respuesta más rápida.

El juez podrá verse en situación de analizar la posición de la familia ampliada. Si bien la obligación principal de los padres de prestar alimentos es hacia sus hijos, podrían tener responsabilidades de cuidado económico o de otro tipo hacia otros parientes en medio de la crisis, y esto podría alterar la ecuación de la respuesta frente a la obligación alimentaria. Que el juez conozca y se interiorice en los contextos familiares de cara a la crisis es una garantía de que la situación será humana y sustentable en el tiempo. La sensibilidad a la familia ampliada constituye uno de los valores que distingue al nuevo Código Civil y Comercial (los "otros integrantes del grupo familiar" de los arts. 438 y 443, que deben tenerse en cuenta para el divorcio y la atribución de la vivienda, y el art. 665 del plan de parentalidad).

Hay que pensar que la cuota alimentaria es un todo que comprende cuidado, vivienda, alimentación, educación y esparcimiento, y que ese todo se reparte sobre los hombros de los dos responsables del cuidado del niño, en especie y en dinero (18). Lo que debe asegurar el juez es que ese todo satisfaga el estándar de interés del niño, independientemente de cuál de las personas que están obligadas haga el aporte. Cómo se distribuye el peso depende de las circunstancias y puede reacomodarse incluso provisoriamente frente a la crisis.

II.3. La sanción frente al incumplimiento

El problema es que el proceso alimentario llega invariablemente tarde. La fijación de alimentos provisorios busca paliar esa tardanza, cuando el reclamo llegó a la justicia y a veces con proyección retroactiva a la mediación.

Hay que pensar que todo proceso judicial es un fracaso y una recarga inconveniente del sistema judicial de familia (ya sobrecargado más allá de su posibilidad de respuesta). Los procesos alimentarios son, en un alto porcentaje, de gran urgencia. La respuesta del proceso llega a destiempo.

La sanción por el incumplimiento de la cuota es uno de los mecanismos con los cuales el sistema busca desalentar el incumplimiento y favorecer el pago regular. O, dicho en términos más abstractos, garantizar la tutela judicial efectiva (19). La creatividad de los operadores jurídicos se ha aguzado. Como señala Galli Fiant, hay medidas tipificadas en el ámbito civil o administrativo, sanciones no tipificadas en el derecho civil y sanciones en el ámbito penal (20).

El art. 553, Cód. Civ. y Com., establece que el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado medidas razonables para asegurar el cumplimiento de la sentencia, entre las cuales la más común es la

fijación de astreintes, pero también se documenta la suspensión del incidente de reducción de cuota o incidentes conexos, la prohibición de salir del país, la clausura del servicio de comercio y la suspensión del servicio celular, el arresto durante el fin de semana, la prohibición de ingreso al club deportivo y otras más (21). Algunos autores, como es sabido, han propiciado la suspensión del régimen de contacto.

Estas sanciones tienen por objetivo golpear en donde más le duela al incumplidor. Se encuentran con la limitación de los principios de eficacia y proporcionalidad: tienen que resultar de tal suerte que favorezcan el cumplimiento, en lugar de impedirlo, y que redunden en interés del fortalecimiento familiar y vincular, en lugar de corroerlo.

En la hipótesis, muchas de las sanciones enunciadas resultan fútiles. Ni que hablar de la prohibición de salir del país (22). En realidad, si había sanciones impuestas, puede que muchas de ellas hoy resulten poco temibles.

Ciertamente la peor sanción es probablemente el impacto irreversible que el incumplimiento provocará en el hijo. Lo que dice el incumplimiento es algo que las palabras no pueden desdecir: es un acto de abandono en medio de una crisis. Si uno de los progenitores incumple por negligencia, si el otro exige de más, en todos los casos, quien sufrirá será el hijo. Para algunos padres puede resultar irrelevante; en todo caso sería conveniente que se conduzcan sabiendo que ninguna negación de alimentos, mucho menos en la crisis, resultará impune. Y, esta vez, no es el derecho el que tendrá la peor sanción, sino que esa sanción será dolorosa y provendrá de una significación afectiva de la conducta en el hijo y en el padre.

III. ¿Qué puede aportar el presente del coronavirus sobre el futuro de los alimentos?

Esta crisis demuestra que el sistema de fijación de cuota, aumento de cuota y ejecución de alimentos está colapsado y es ineficiente. Queda evidenciado porque, ante el cierre de la justicia por la feria, los recursos que tienen deudores y acreedores alimentarios son extremadamente limitados, y aun el recurso a la justicia es un recurso de clases medias y altas, y es poco amigable con los sectores más vulnerables.

En este sentido, conviene examinar algunas alternativas de cara al futuro en las dos estructuras que conforman el quicio de la deuda alimentaria, que es un flagelo más frecuente de los sectores más vulnerables: los alimentos a los hijos. Básicamente, la eficiencia del reclamo de la cuota alimentaria depende de dos estructuras regulatorias: 1. la identificación de los deudores (en el caso: los progenitores); 2. la regulación del proceso eficiente de cobro (23).

III.1. Tener a quién reclamar los alimentos (o la cuestión de la identificación del deudor)

Tengamos presente además que la posibilidad y eficiencia del reclamo alimentario también depende de la existencia de una coparentalidad establecida, es decir, depende de un derecho filiatorio que favorezca la coparentalidad. En caso contrario, el peso entero del mantenimiento de los hijos recae sobre los hombros de la madre jefa de familia. Y éstas son las mujeres más expuestas a la pobreza, y sus hijos tienen un riesgo de caer por debajo de la línea de pobreza que se incrementa inversamente con el número de hermanos. De ahí que una pieza fundamental de la eficiencia del sistema alimentario es el fomento de la coparentalidad. En ese sentido, haremos algunas consideraciones:

— El Código Civil y Comercial sólo insiste en la coparentalidad en la hipótesis de la filiación por naturaleza, y sobre todo si ésta ocurre fuera del matrimonio.

— La filiación por TRHA admite la monoparentalidad como modelo sin que se incremine socialmente (ni jurídicamente) a la madre que realiza esta opción. No olvidemos que la titularidad del derecho a la coparentalidad es, principalísimamente, de los hijos, como lo es el derecho a percibir alimentos de ambos padres. Es curioso que si se trata de una TRHA ese derecho resulte disponible.

— Por otra parte, en el sistema actual la filiación se establece óptimamente y con más seguridad en el matrimonio, porque la estructura del matrimonio permite la aplicación de presunciones. Tal vez sería hora de pensar en presunciones para la filiación nacida al amparo de una unión convivencial. Finalmente, se exige a la unión convivencial más estabilidad que al matrimonio en el derecho contemporáneo.

Inútil es decir que la falta de pago de los alimentos incide en derechos de naturaleza fundamental, como el derecho a la vida y a la vida digna (24). En el derecho de familia, la falta de pago de alimentos implica además un impacto de naturaleza identitaria: cuando un padre niega alimentos a su hijo o a la inversa, si se dan las condiciones, ese padre se desdice de su paternidad o ese hijo, de su filiación. Es tanto como decirle a ese hijo: "no me importa que existas o que puedas sobrevivir; no me importan tus necesidades".

III.2. Cómo cobrarlos en tiempo y forma (o la cuestión de la eficiencia)

Por otra parte, el procedimiento de reclamo de la cuota alimentaria es demasiado aparatoso. Quiero prevenir al lector acerca de que las líneas que siguen pretenden ser tan sólo un punto de partida de un diálogo que

considero necesario y urgente. El problema de cómo cobrar los alimentos temporáneamente es un problema que no es dramático en muchos casos, pero que es acuciante y terrible precisamente en los sectores más vulnerables: mujeres y niños de bajos recursos. Para ellos, el acceso a la justicia en el estado actual de cosas se torna, en alguna medida, ilusorio.

A continuación, haré algunas propuestas (inspiradas en algunas experiencias comparadas) que someto a discusión, simplemente para empezar a pensar cómo podríamos hacer para que nuestro sistema diera una respuesta cuando se necesita, y no después de un largo proceso:

— El punto de partida es distinguir dos escenarios para el reclamo alimentario. Los ingleses se refieren a una profunda divisoria de aguas en el derecho de familia: los big money cases o casos de ricos, como los llama la literatura inglesa, que dejan rédito y son más complejos. Los everyday cases o casos regulares se rigen por otras reglas. Si tomáramos los everyday cases, los que suceden a diario para la gente de clase media, de bajos ingresos o vulnerables, y trazáramos una línea límite baja (en el orden de \$ 15.000 al mes en pagos de alimentos), sería mucho más ventajoso trabajar con un sistema más automatizado que seguir recargando a la justicia y a las partes. "Juicios de baja cuantía" (25) podría ser una denominación utilizable en español para designar los casos que requieren una urgencia y un tratamiento diferenciado.

— En los casos "de baja cuantía" en los que la urgencia es increíblemente mayor, los abogados que intervengan trabajan a pérdida. Si los abogados que litigan la materia saben que, además, en la mayoría de los casos, el litigio en alimentos ni siquiera es redituable, mucho menos lo son los alimentos de las personas más vulnerables. Para las partes, ese proceso es una inevitable sangría que carcome una parte vital del ingreso. Al menos, para la mayoría de los deudores y acreedores.

— Tal vez, en lugar de iniciarse un juicio, las partes podrían acceder a una Oficina de Alimentos, semejante a la Oficina de Violencia Doméstica. En muchas jurisdicciones comparadas existen en el ámbito judicial o administrativo oficinas de cobro de alimentos.

— Un oficial calificado podría recibir a la parte y hacerle un número de preguntas pertinentes y relevantes para el establecimiento de la cuota (26). En el derecho comparado, esas preguntas se suplen con un simple formulario, sin necesidad de un abogado (27), en el que la parte detalla las necesidades del alimentado y otros elementos indispensables para que el juez pueda decidir la materia (edad del niño, distribución del cuidado, ingresos de la persona que inicia el reclamo, vivienda, elementos que prueban el vínculo, etc.).

— El hipotético deudor alimentario debería ser notificado informalmente del inicio del reclamo por el oficial por teléfono celular (informado por la parte que inició el reclamo), dejando constancia del llamado respectivo y de su respuesta. Sería invitado a contestar preguntas pertinentes para establecer su posibilidad de contribución.

— Las manifestaciones formuladas ante el oficial de la Oficina de Alimentos tendrían el valor de declaraciones juradas.

— Regiría para ambas partes el deber de transparencia (28). Si se comprobara que alguna de las partes falseó su información, se podría imponer una sanción ejemplar grave o gravísima. Se trataría de un fraude que no daña sólo al otro cónyuge, daña la credibilidad del proceso. Podría haber una anotación marginal en el registro de antecedentes (aunque no fueran criminales, el contexto demuestra la gravedad que una sociedad asigna al fraude en materia de alimentos) o la comunicación a sistemas que monitorean el crédito del deudor (del estilo de Veraz u otros). Ciertamente, compromete la credibilidad de un empleado el que haya tratado de engañar a su propia familia. Si engaña a su familia, cuánto más puede intentar engañar a su empresa. Ya sé que esto es lo más inverosímil de todo: pensar que en la Argentina se pueda obtener una conducta de buena fe, y menos en el juicio de alimentos. Es que si hay algo que nos enseñó el coronavirus es que, en determinadas circunstancias, somos capaces de cambiar como sociedad. Es decir: las conductas cambian cuando tienen el incentivo justo.

— Si la información de las declaraciones juradas fuera contradictoria, desde el juzgado sorteado se comunicarían informalmente con las partes para hacerles saber de las consecuencias de comprobar que algún dato de la declaración jurada resulta falso. Si persisten en manifestaciones contradictorias, entonces y sólo entonces tendrá lugar un juicio contradictorio. Si del juicio contradictorio resultara que alguna de las dos partes o ambas falsearon deliberadamente los datos de las declaraciones juradas, entonces se aplicarían sanciones graves o gravísimas, más el pago de una multa que se establezca. Se pueden pensar otras sanciones; es clave que se penalice social, jurídica y públicamente a quien obra con mala fe.

— Si las declaraciones tuvieran un contenido coherente, una vez en posesión de ambos formularios contestados, el juez podría decidir sobre la base de tablas de referencia, de acuerdo con cómo resulta en varios sistemas comparados.

— Los valores indicados en las tablas funcionarían como una presunción iuris en caso de que la decisión del juez sea objetada (recurrida). En ese caso, sería carga de la prueba del demandado demostrar que no posee esos ingresos.

— Sistemas semejantes podrían pensarse para modificaciones de cuota y ejecuciones alimentarias.

Indudablemente, muchos casos no encontrarán una resolución pacífica por vía de la intervención judicial previa. Sin embargo, si la Oficina de Alimentos funcionara eficazmente como la Oficina de Violencia Doméstica, sería más que posible dar una tutela efectiva a miles de casos que la necesitan con urgencia. Esa respuesta no sería la pálida respuesta de alimentos provisorios incobrables, sino el involucramiento efectivo de las dos partes en la solución del conflicto alimentario por medio de un reclamo que lleva a un concierto de las partes sobre la base de un deber (con sanciones graves) de obrar con buena fe. Una oficina así permitiría, además, aliviar la sobrecarga de los Juzgados de Familia. No les quitaría nada a los abogados, pues la mayoría de estos casos o bien son con patrocinios jurídicos gratuitos o se trabajan a pérdida.

Se trata apenas de un boceto, pasible de mil críticas. Otras tantas cuestiones quedan abiertas (29). Invito al amigo que lea a pensar conjuntamente la solución.

Pensemos en las miles y miles de mujeres que ante esta crisis hoy no están pudiendo reclamar alimentos. Y en aquellas otras que, cuando termine la crisis, tendrán que hacerse un tiempo que no tienen o usar recursos que no tienen para conseguir un abogado (aunque sea gratuito) para que reclame alimentos, aumentos de cuotas alimentarias o ejecuciones. Esas mujeres no pueden dejar su trabajo en los horarios en que el abogado puede atenderlas. No pueden ir a una audiencia en tribunales en los horarios en que los tribunales están abiertos. Nuestros sistemas no son idóneos. Tampoco lo serán cuando reabran los tribunales.

La clave está en que una respuesta eficaz y eficiente en materia alimentaria es pacificadora (30) y es así una herramienta valiosa para ayudar a que los niños puedan crecer en un "ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad" (31). Cada vez que tienen que pedir una modificación de cuota o que el padre de sus hijos cambia de trabajo, todo recomienza. ¿Cómo vivir en paz en estos términos? Seguir así es condenar a cortar el hilo en la parte más débil.

Hoy, la pandemia nos pide dar respuestas ágiles y creativas. Tal vez ese desafío sea la mejor oportunidad para pensar juntos un cambio.

(*) Profesora titular de Derecho de Familia (UCA). Directora del Centro de Investigaciones de Derecho de Familia (UCA).

(1) Quiero agradecer especialmente los comentarios que me hicieron Gabriel Rolleri, Rodolfo Jáuregui, Carla Modi y Manuela Sancho sobre este artículo, especialmente sobre la última parte. Las inteligentes observaciones me hacen ver que sobre todo ese segmento es terreno abierto para un diálogo mucho más amplio. La mirada del abogado y la del juez son indispensables a cada paso: gracias por el tiempo que generosamente dedicaron.

(2) Es nuestra apuesta en BASSET, Úrsula - FULCHIRON, Hugues - LAFFERRIÈRE, Jorge - BIDAUD-GARON, Christine, "Tratado de la vulnerabilidad", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018.

(3) MEDINA, Graciela, "El coronavirus y el derecho de familia", LA LEY del 30/03/2020, p. 1.

(4) BELLUSCIO, Claudio, "Ejecución de la cuota alimentaria", Ed. García Alonso, Buenos Aires, 2010, p. 15, art. 499, Cód. Proc. Civ. y Com.

(5) OTERO, Mariano C., "Juicio de alimentos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 293.

(6) Cfr. art. 500, Cód. Proc. Civ. y Com.

(7) Ibid., p. 18.

(8) Así se ha hecho en casi todos los centros de tramitación administrativos y judiciales en los sistemas judiciales anglosajones. Ver, por ejemplo, en Reino Unido: <https://www.gov.uk/manage-child-maintenance-case/nonpayment-what-happens>; el gobierno de Australia: <https://www.servicesaustralia.gov.au/individuals/subjects/affected-coronavirus-covid-19/if-you-already-get-payment-from-us-coro>; la página de la ciudad de Nueva York: <https://www1.nyc.gov/site/hra/help/child-support-services.page>; o la página del procurador general de Texas: <https://www.texasattorneygeneral.gov/child-support/covid19>; o el Wyoming Child Support Service: <https://childsupport.wyo.gov/covid-19-coronavirus-updates/>.

(9) Sobre esto, el estudio de EEKELAAR, John - MacLEAN, Mavis, "Family justice", Hart, Oxford, 2013, entre otras obras que exploran este aspecto en el abordaje contemporáneo del proceso de familia.

(10) Es la sugerencia de Axel BOLAND, en su post en el sitio de LexisNexis en Canadá: "How COVID-19

affects child support payments: What to do if support is too expensive?", 27/03/2020, accesible en <https://www.thelawyersdaily.ca/articles/18355/how-covid-19-affects-child-support-payments-what-to-do-if-support-is-too-expensive>

(11) Véase <https://www.rgfamilylaw.com/>.

(12) Véase <https://www.mpba.gov.ar/asesoria> (visto el 31/03/2020).

(13) Véase <https://www.buenosaires.gob.ar/cdnnya> (visto el 31/03/2020).

(14) AUSTRALIAN GOVERNMENT, "Families and COVID-19", <https://www.servicesaustralia.gov.au/individuals/subjects/affected-coronavirus-covid-19/if-you-already-get-payment-from-us-coro> (visto el 31/03/2020).

(15) Para ver cómo opera en la práctica: BALLARIN, Silvana, "La obligación alimentaria de los abuelos", DFyP 2016 (junio), 06/06/2016, 13. Ver también RICOLFI, Miriam F., "Alimentos: concurrencia en la obligación de los abuelos", DFyP 2017 (abril), 125.

(16) Se daría la hipótesis de la CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala I, 24/04/2017, "A. M. c. A. R. E. s/ incidente de alimentos", DFyP 2017 (agosto), 147: "La cuota alimentaria debe extenderse a los abuelos paternos, dado que se acreditó mediante prueba informativa que el principal obligado ya no se encuentra vinculado laboralmente a su empleadora".

(17) En este sentido, puede resultar de apoyo en la argumentación el sustancioso trabajo de GÓMEZ, César J., "El sueldo anual complementario ¿debe incluirse en el cálculo de la prestación alimentaria?", DFyP 2018 (diciembre), 19/12/2018, 83.

(18) Sobre los modos de pago, el interesante trabajo de BELLUSCIO, Claudio, "Obligación alimentaria de cada progenitor y su extensión", LA LEY, 2016-E, 123.

(19) GALLI FIANT, María Magdalena, "Alimentos y tutela judicial efectiva. Primera parte: los beneficiarios", DFyP 2018 (marzo), 12/03/2018, 3.

(20) GALLI FIANT, María Magdalena, "Alimentos y tutela judicial efectiva. Ejecución de la sentencia de alimentos", LA LEY, 2019-B, 819.

(21) OTERO, Mariano, "Juicio de alimentos", ob. cit., ps. 283 y ss. Ver también: FLORES, Martín, "Sentencia de alimentos: otras medidas para asegurar su cumplimiento", DFyP 2019 (agosto), 40.

(22) BRAZ ANDREKOWISK VOLPE CAMARGO, Lauane - TAVARES DA SILVA, Regina B., "A sobrevivência do credor de alimentos e o COVID-19", Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS, una de las dos asociaciones más importantes en la materia en Brasil), 30/03/2020, accesible en <http://adf.org.br/2020/03/30/a-sobrevivencia-do-credor-de-alimentos-e-o-covid-19/>.

(23) WADLINGTON, Walter - O'BRIEN, Raymond, "Family law in perspective", Foundation Press - Thomson, Nueva York, 2007, ps. 130 y ss.

(24) PITRAU, Osvaldo, "Alimentos para los hijos: el camino desde la Convención de los Derechos del Niño hasta el Código Civil y Comercial de la Nación", versión actualizada con las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación, julio de 2015, en Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea, p. 389, accesible en <http://www.saij.gov.ar/osvaldo-pitrau-alimentos-para-hijos-camino-desde-convencion-derechos-nino-hasta-codigo-civil-comercial>

(25) Esta sugerencia en relación con esa denominación la recordó Gabriel Rollerli.

(26) Otra sugerencia de Gabriel Rollerli, para suplir el formulario. Carla Modi me hizo notar que puede no ser fácil completar el formulario para algunas personas.

(27) Rodolfo Jáuregui señaló la dificultad de carecer de un abogado que pudiera defender a la parte. Tiene razón. Aquello en lo que coincidíamos es que mucha gente de sectores vulnerables tiene abogados de patrocinios gratuitos sobrecargados, que, en realidad, con la mejor buena voluntad, no pueden dar respuesta eficiente y efectiva al reclamo urgente. La posibilidad de controvertir las cuestiones debatidas existe siempre después de la fijación de alimentos que haga el juez con las tablas de referencia o si existieran discordancias en las manifestaciones de las partes al oficial. El juez sólo podría fijar alimentos si las partes concordaran y no hubiera cuestiones controvertidas.

(28) Al respecto, ver "Deber de transparencia o candor en las relaciones de familia: una realidad y una tarea", en CÓRDOBA, Marcos (dir.), Tratado de la buena fe, UAI, Buenos Aires, 2019, p. 545.

(29) Manuela Sancho decía: "Si alguien no responde el teléfono, se hace pasible de las sanciones del que responde falseando la información [...]. Habría que prever esa circunstancia".

(30) Como sugieren JÁUREGUI, Rodolfo G. - MARFIL, Andrés M., "Efectivización de los alimentos y un mecanismo de interdicción de la violencia económica", RCCyC 2019 (diciembre), 105.

(31) Art. 15, Protocolo de San Salvador.