

EDICIÓN  
ESPECIAL

2020

myf

REVISTA DEL COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS  
DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS

JUSTICIA Y PANDEMIA



**COLEGIOS DE  
MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS  
DEL PODER JUDICIAL  
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE**

**Delegación Norte Santa Fe**

(Circunscripción Judicial N° 1)  
25 de Mayo 1855, Planta Baja.  
(0342) 458 0035  
CP 3000, Ciudad de Santa Fe

**Delegación Sur Rosario**

(Circunscripción Judicial N° 2)  
Balcarce 1551  
(0341) 440 3081 - 449 2333  
CP 2000, Rosario

**Consejo Regional Venado Tuerto**

(Circunscripción Judicial N° 3)  
Saavedra 455  
(03462) 46 1011  
CP 2600, Venado Tuerto

**Consejo Regional Vera - Reconquista**

(Circunscripción Judicial N° 4)  
• Eugenio Alemán 1852  
CP 3550, Vera  
• San Martín 1060  
(03482) 42 5120  
CP 3560, Reconquista

**Consejo Regional Rafaela**

(Circunscripción Judicial N° 5)  
Alvear 226  
(03492) 42 4172  
CP 2300, Rafaela

ISSN 2545-6563

Revista del Colegio  
de **Magistrados y Funcionarios**  
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

**myf**

EDICIÓN ESPECIAL 2020

# STAFF

## Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

AÑO 10 / EDICIÓN ESPECIAL  
OCTUBRE 2020

### Editor Responsable

Colegio de Magistrados y Funcionarios  
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

### Coordinación General

Dra. Marcela De Luca

### Comité Editorial

Dra. Marcela De Luca  
Dr. Roberto Dellamónica

### Comisión Editorial

Dr. Roberto Dellamónica  
Dra. Marcela De Luca  
Dr. Iván Kvasina  
Dra. Patricia Otegui  
Dra. Viviana Cingolani

### Realización fotográfica

Dra. Viviana Cingolani

### Correctora

Dra. María Laura Martínez

### Dirección Editorial y Diseño Gráfico

Arq. Mg. Claudia Rivarola  
Dg. Amancay Rocha  
Ave Comunicación y Diseño

### Impresión

Borsellino Impresos

### Redacción y Administración

Colegio de Magistrados y Funcionarios  
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe  
Balcarce 1551 | 2000 Rosario | Pcia. de Santa Fe.

***Queda hecho el depósito  
que previene la ley 11.723.  
Registro Nacional de la Propiedad  
Intelectual ISSN 2545-6555***

*Prohibida su reproducción parcial o total  
sin la autorización escrita extendida  
por el Colegio de Magistrados  
y Funcionarios del Poder Judicial  
de la Provincia de Santa Fe.*

*Las opiniones de las notas son exclusiva  
responsabilidad de los autores  
y no representan necesariamente  
el pensamiento de la Dirección  
de la Revista.*

*El nombre «Revista del Colegio  
de Magistrados y Funcionarios del Poder  
Judicial de la Provincia de Santa Fe»  
y su logotipo, son marca registrada.*

# CONSEJO DIRECTIVO

## **Presidente**

Dr. Roberto Dellamónica

## **Secretario**

Dr. Mario César Barucca

## **Tesorera**

Dra. Sandra Marina Valenti

## **Vicepresidente**

Dr. Gustavo A. Salvador

## **Prosecretario**

Dr. Iván D. Kvasina

## **Protesorero**

Dra. María Eugenia Iribarren

## **Vocales Titulares**

Dr. Mario Barucca

Dra. Sandra Valenti

Dr. Roberto Prieu Mantaras

Dra. María José Haquin

Dra. Mariela Jimenez

Dr. Alejandro Roman

Dr. Iván D. Kvasina

Dra. María Eugenia Iribarren

Dr. Nelson Martín Fogliato

Dra. María Fabiana Genesio

Dra. Patricia L. Otegui

Dr. Marcelo J. Molina

Dra. Viviana M. Cingolani

## **Vocales Suplentes**

Dr. Pablo Lazzeri

Dra. Mercedes Mazzia

Dra. Julia Collado

Dra. Marcela De Luca

Dr. Gonzalo López Quintana

Dr. Miguel Moreno

## **MIEMBROS TITULARES DEL ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN**

### **Sindico Titular**

Dra. María C. Rosso

### **Sindico Suplente**

Dra. Florencia Chaumet

## **CONSEJO REGIONAL SUR**

### **Presidente**

Dr. Sergio Fenice

### **Vocales**

Dr. Sebastián Suárez Mónaco

Dra. Lorena Garini

## **CONSEJO REGIONAL NORTE**

### **Vocales**

Dra. Alicia Mudryk

Dra. Jorgelina Yedro

## **CONSEJO REGIONAL OESTE**

### **Presidente**

Dr. Cristian Fiz

### **Vocales**

Dra. Favia Burella

Dra. Carolina Castellano

# SUMARIO

## EDITORIAL

08

**Dr. Roberto Dellamónica**

«2020: El año en que sentamos las bases de un nuevo Poder Judicial»

10

**Dr. Gustavo Salvador**

«La judicatura en tiempos de pandemia: el compromiso de seguir brindando el mejor servicio de justicia a la comunidad»

## PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE

Circunscripción Judicial N° 1 | Santa Fe

Circunscripción Judicial N° 2 | Rosario

## FUERO CIVIL Y COMERCIAL

20

**Dr. Iván Kvasina y Dra. María Eugenia Sapei**

Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria. Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra justicia civil y comercial

36

**Dr. Sergio J. Barberio**

Paradojas del principio de inmediación en tiempos de aislamiento

48

**Dr. Gabriel Oscar Abad**

Efectos de la pandemia sobre la insolvencia y sobreendeudamiento de personas humanas. Reflexiones a partir de recientes pronunciamientos jurisprudenciales

#### TRIBUNALES COLEGIADOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

62 **Dra. Viviana Cingolani y Dr. Juan José Bentolila**  
Diálogos sobre un artículo, para una revista,  
en una pandemia

70 **Dr. Cristian Omar Werlen**  
La responsabilidad civil por el contagio  
del Covid-19

#### DERECHO DEL CONSUMIDOR

88 **Dr. Ariel Ariza**  
Perspectiva judicial del derecho del consumo  
en el contexto de pandemia

#### TRIBUNALES COLEGIADOS DE FAMILIA

102 **Dr. Marcelo Molina**  
El fuero de familia y la crisis provocada  
por el Covid-19

118 **Dra. Mariana Herz**  
Justicia de familia y pandemia

#### MINISTERIO PÚBLICO - LEY N° 10.160

136 **Dr. Jorge A. Barraguirre (h)**  
Incertidumbre y complejidad: el rediseño  
de las instituciones del Ministerio Público  
durante la pandemia

160 **Dra. Marcela De Luca**  
Las defensorías generales civiles y zonales  
en el contexto de pandemia por Covid-19

#### FUERO LABORAL

170 **Dr. Sergio Fabián Restovich**  
Impacto de la pandemia de Covid-19  
en las relaciones de trabajo y en el fuero laboral

188 **Dra. Patricia L. Otegui**  
Teletrabajo y pandemia (un virus que dejó  
al trabajador en su casa)

206 **Dra. Julia Elim Collado**  
Despidos durante el período de prueba  
Artículo 92 bis LCT y alcances del Decreto 329/2020

#### FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

222 **Dr. Aidilio Gustavo Fabiano**  
Responsabilidad del estado y pandemia

#### FUERO PENAL

240 **Dr. Gonzalo López Quintana**  
Justicia penal y pandemia.  
La experiencia en Rosario

256 **Dra. Alejandra Del Río Ayala  
y Dra. María Celeste Minniti**  
Violencia de género en contextos  
de pandemia y las respuestas penales

#### FUERO PENAL DE MENORES

- 272 **Dr. Alejandro Cardinale y Dra. Brenda Coassolo**  
Apuntes de la justicia adolescente  
en tiempos de pandemia

#### ASESORES DE MENORES

- 286 **Dra. Mariana Caratozzolo, Dra. María G. Román  
y Dra. Claudia R. Benoiel**  
Los adolescentes están confinados,  
sus derechos no

#### MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN

- 304 **Dr. Jorge C. Baclini**  
El Ministerio Público de la Acusación  
frente al Covid-19
- 322 **Dr. Carlos Arietti y Dr. Federico Fumis**  
La actuación del Ministerio Público de la  
Acusación en la Circunscripción Judicial N° 1  
y el desafío de la pandemia Covid-19

#### SERVICIO PÚBLICO PROVINCIAL DE DEFENSA PENAL

- 340 **Dra. Jaquelina Ana Balangione**  
La Pandemia y su impacto  
en el Sistema Penal
- 362 **Dr. Martín Ignacio Cáceres**  
Derecho en crisis y Derecho  
frente a la crisis

#### GESTIÓN

- 382 **Dr. Carlos J. G. Garibay**  
Covid-19 y gestión judicial

Circunscripción Judicial N° 3  
Venado Tuerto

#### FUERO CIVIL Y COMERCIAL

- 392 **Dra. María Celeste Rosso**  
Impacto de la pandemia (Covid-19)  
en el Fuero Civil, Comercial y Laboral.  
Particularidades de la región

#### FUERO PENAL

- 402 **Dr. Sergio Raúl Fenice**  
El Fuero Penal: proyección a futuro

Circunscripción Judicial N° 4  
Vera y Reconquista

#### VIOLENCIA DE GENERO

- 410 **Dra. María Eugenia Chaperó**  
Género, pandemia y justicia



## PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

418

**Dr. Anibal Pineda**  
Poder Judicial de la Nación

## FAM

440

**Dra. Verónica Luchessi y Dra. Valeria Vaccaro**  
Los Sistemas Judiciales no estamos  
de vacaciones durante la Pandemia

## ASPECTOS SOCIOLÓGICOS DE LA PANDEMIA

446

**Dr. Kevin Lehmann**  
La Paradoja de la Resiliencia

## ASPECTOS FILOSÓFICOS DE LA PANDEMIA

460

**Dr. Rodolfo Luis Vigo**  
Derecho y Pandemia

## ASPECTOS NORMATIVOS DE LA PANDEMIA

470

**Dr. Néstor Sagüés**  
Las Normas Regulatorias de la Pandemia:  
¿Ley o Decreto de Necesidad y Urgencia?

## OTROS REGISTROS DE LA PANDEMIA

480

**Dra. María Laura Martínez**  
La versión improbable

**«2020: El año  
en que sentamos  
las bases de un nuevo  
Poder Judicial»**

**DR. ROBERTO DELLAMÓNICA**

Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios  
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

La pandemia del COVID 19 que azota al mundo, nos ha puesto en uno de los mayores desafíos de nuestras vidas.

Nunca lo imaginamos, y claro está, nadie se encontraba preparado para enfrentar esta difícil situación.

La vida y la salud de nuestros allegados y seres queridos está en juego, y las consecuencias de la pandemia se corporiza introduciéndose en todos y cada uno de los aspectos de la vida cotidiana.

No son momentos propicios para protagonismos excesivos ni para la generación de innecesarios ni exacerbados conflictos, sino que por el contrario, son las oportunidades para que cada uno de nosotros y de los operadores del servicio de justicia, con la máxima responsabilidad, pueda sacar lo mejor de sí mismo para enfrentar y derrotar a este adversario invisible. El servicio de justicia continuó prestándose con la máxima eficacia aun en tiempos de aislamiento obligatorio, pero los cambios que necesariamente debieron materializarse en los mecanismos de gestión judicial, han venido para quedarse. Debemos hacer el máximo esfuerzo en tratar de solucionar los inconvenientes que diariamente se suscitan y que con seguridad, van a seguir presentándose.

Firma digital, notificaciones electrónicas, audiencias virtuales, demandas y escritos incorporados en forma digital, son algunos de los avances logrados en este escaso tiempo. No debemos conformarnos con ellos ya que los continuos e incessantes avances tecnológicos nos interpelarán continuamente para seguir mejorando las tecnologías existentes.

Es imprescindible que los sistemas sean amigables con el ejercicio profesional y con la labor jurisdiccional. Debe existir un trabajo continuo para dotar a los/as funcionarios/as y magistrados/as de las herramientas necesarias para que de un modo sencillo y razonable la labor judicial pueda ser llevada adelante en tiempos que resulten acordes con el inconmensurable ingreso de causas existente en este Poder Judicial. También los sistemas procesales deberán adecuarse a los nuevos tiempos, ya que ninguna modificación legislativa ni tampoco ningún proceso de reformas –por más reciente que fuere–, previó ni pudo prever lo que en este 2020 nos ha sucedido.

Y en la tarea cotidiana, nuestra misión fundamental transita por asegurar la prestación del servicio de justicia, respetando y haciendo respetar las medidas sanitarias y los distanciamientos.

El reemplazo de la presencialidad por los medios tecnológicos aparece como un factor fundamental para evitar cualquier contagio. Las decisiones que impliquen el ingreso innecesario de personas a los edificios judiciales, pueden sin dudas generar consecuencias negativas para la salud de los ciudadanos.

Aún así, debemos valorar el esfuerzo de los/as magistrados/as y funcionarios/as, que no obstante las medidas de aislamiento y distanciamiento, han sabido mantener la prestación del servicio de justicia a sus destinatarios.

Así, la justicia penal, a través de sus jueces, funcionarios/as, fiscales y defensores/as ha trabajado con absoluta normalidad desde el inicio de la pandemia.

También el resto de los fueros, laboral, civil y comercial, familia, contencioso administrativo y justicia comunitaria, han sorteado todos los obstáculos para continuar prestando un servicio eficiente en el marco de la pandemia. Miles y miles de sentencias dictadas, de audiencias realizadas, o de órdenes de pago libradas, han dado muestras del esfuerzo realizado en condiciones plenamente adversas.

Pero aún enfrentándonos día a día con las vicisitudes de esta emergencia sanitaria, el mensaje no puede ser otro que el de la esperanza y la confianza en que entre todos vamos a superar esta pandemia y lograremos salir adelante.

A partir de allí, y posando nuestra mirada hacia el pasado reciente, podremos darnos cuenta que hemos cimentado las bases en las que se erigen las nuevas formas de prestar el servicio de justicia a los ciudadanos de nuestra querida provincia de Santa Fe.

Vaya nuestra felicitación a todas las mujeres y hombres del Poder Judicial santafesino, y de nuestro querido Colegio de Magistrados y Funcionarios, que desde hace cincuenta y cinco años se encuentra trabajando por el mejoramiento del Poder Judicial y por su independencia.

Un gran abrazo a todas y todos. ■

***«La judicatura  
en tiempos de pandemia:  
el compromiso de seguir  
brindando el mejor servicio  
de justicia a la comunidad»***

**DR. GUSTAVO SALVADOR**

Vicepresidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios  
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

«La judicatura en tiempos de pandemia: el compromiso de seguir brindando el mejor servicio de justicia a la comunidad»

Una vez más, la revista del Colegio vuelve a editarse. Otra vez nuestro colegio, trabajando en aras de los postulados del asociacionismo judicial, manteniendo nuestro compromiso con los fines estatuidos en nuestra carta fundacional, damos nuevamente nacimiento a esta edición de la Revista del Colegio de Magistrados de la Provincia de Santa Fe. Y no es un número más. Es la puesta en valor de todo este trabajo que el Colegio viene haciendo desde hace diez años y que en esta coyuntura por la que transitamos, quiere reflejar a través de una EDICIÓN ESPECIAL.

Obviamente que la realidad coyuntural por la que estamos transitando en estos momentos, no solo en nuestro país, sino en el mundo entero tiene su incidencia en las distintas actividades que el Colegio ha tenido que llevar a cabo durante estos seis meses desde la disposición del aislamiento social preventivo y obligatorio. Y, como no podía ser de otra manera, tal coyuntura tiene su repercusión en este emprendimiento puntual como es la revista de nuestro Colegio.

Quiero manifestar que, aún cuando mucho hemos deliberado respecto a las formas, contenido, modalidad de la aparición de esta nueva edición, nunca estuvo en duda en el ánimo de cada uno de los que integramos el Consejo Directivo del Colegio, la concreción de un nuevo número de la revista, la que conforme luego pasará a reseñar, tendrá algunas innovaciones respecto de los números anteriores.

Y es que no puede soslayarse que el desafío que encararan las autoridades que se desempeñaban allá por el año 2010 no sólo que se mantiene vigente, sino que nos compele a que sigamos adelante en este emprendimiento que constituye un orgullo para nuestra Asociación a nivel nacional.

## Esta nueva edición

Aún cuando resulte una obviedad, el material que formará parte de este nuevo número no puede estar desvinculado del contexto que a partir de mediados de marzo del presente año se comenzó a vivenciar como consecuencia de la pandemia reinante a nivel mundial, y como directa derivación de ello,

las medidas adoptadas a nivel nacional y provincial relativas al aislamiento social preventivo y obligatorio, y la incidencia que ello ha traído aparejado en las distintas aristas que forman parte de la administración de justicia.

Es que, vale destacarlo, nuestro Colegio, al igual que la mayoría de las Asociaciones a nivel nacional, se erigió desde los primeros momentos de aquella disposición por parte de la más Alta Magistratura de la Nación, en un articulador de ideas, aportando constantemente la experiencia de sus asociados para un mejor abordaje de las diferentes situaciones y dificultades que hubo que ir superando día a día, desde que por Acordada de la Corte Suprema de Justicia Provincial se dispusiera un receso administrativo y la implementación de un sistema de distribución de trabajo y de formas de llevarlo adelante, pasando a revestir trascendental importancia el trabajo por vía remota, la realización de audiencias mediante el sistema de video conferencia o de plataformas de video virtuales y la incorporación de tecnología informática a través de la firma digital y de la notificación electrónica.

Obviamente que todas estas situaciones han originado diferentes vivencias, tanto en los operadores del sistema de justicia, como así también en los profesionales del derecho y en el ciudadano destinatario del servicio.

La implementación de un sistema de gestión que se cimentaba en casi su totalidad a través de la gestión presencial, esto es, en la averiguación, tramitación y presentación de planteos de una manera física y en los distintos despachos de las unidades jurisdiccionales, se pasó a una imposibilidad –absoluta en los primeros momentos y más flexibilizada, después– de poder concurrir al edificio de los tribunales y así interactuar de manera directa lo que se pretendía verificar o presentar en cada una de las causas radicadas en los diferentes órganos jurisdiccionales.

Desde los primeros momentos de esta situación inusitada y de excepcionalidad los operadores hemos estado a la altura de las circunstancias, dando muestras de nuestro compromiso y responsabilidad, prestando nuestra función de las distintas maneras que ello era posible, esto es, en forma presencial a través de la cobertura de las guardias que desde el máxi-

mo Tribunal de la Provincia se dispusiera, como así también desde nuestros hogares, analizando los casos que se encontraban pendientes de resolución y dictando las pertinentes decisiones, que luego fueran protocolizadas y notificadas, dando así la posibilidad de que los justiciables pudieran ver resueltos los conflictos que oportunamente fueran traídos a ser dirimidos en la justicia, y a los profesionales, la posibilidad de que puedan articular las medidas procesales que correspondieran y ejercer así en forma efectiva su trabajo.

Es por ello que en esta edición, se tratará de reflejar todo lo que desde nuestro sector se ha hecho en pos de mejorar sustancialmente el servicio de justicia, tratando de aportar la experiencia y el conocimiento para contribuir a sortear las complicaciones que obviamente la implementación de un sistema totalmente novedoso trajo aparejado.

Hemos puesto de relieve que en momentos en que esta pandemia está azotando al mundo, y se está llevando consigo la vida de miles de personas, es cuando las instituciones y sus dirigentes deben sacar lo mejor de sí, dejando de lado las mezquindades y estando en definitiva a la altura de las circunstancias para poder así enfrentar uno de los más difíciles desafíos que en nuestras vidas nos ha tocado atravesar. Asimismo, en nuestra interacción en la Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial, hemos analizado la manera en que las distintas jurisdicciones provinciales, como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires abordaron la temática de administrar el trabajo en el contexto actual, intercambiando puntos de vista sobre el particular y enriqueciéndonos mutuamente con el aporte de ideas al respecto.

No puede desconocerse que el Poder Judicial ha tenido que adaptarse a esta nueva situación, asumiendo como prioridad prevenir y evitar la propagación de la enfermedad, teniendo la responsabilidad de velar por la protección de la salud de la multiplicidad de personas que concurren a nuestros tribunales.

Esto es, no solo de los operadores del sistema de justicia (empleados, funcionarios, magistrados), sino también de los profesionales que se desempeñan como auxiliares de la justicia y, principalmente, de la ciudadanía que concurre en pos de hacer valer sus derechos.

Adviértase que, en épocas de normalidad, sólo en el Edificio de Tribunales Provinciales de Rosario, diariamente transitan entre cuatro mil y cinco mil personas. Es claro que la pandemia puso un límite insoslayable a esa realidad.

Tal como seguramente será puesto de relieve, en los distintos fueros que conforman los estamentos de la administración de justicia se han encontrado alternativas para seguir prestando el servicio de la mejor manera, poniendo a disposición desde el primer momento, todo el material humano para tratar de sostener su prestación, sabedores de la trascendencia y la esencialidad que nuestra tarea tiene para toda la ciudadanía. No escapa a nuestra consideración que en este loable esfuerzo, resulta necesaria una estrecha vinculación con las asociaciones profesionales, a los fines de encontrar fórmulas que ayuden a efectivizar los intereses de los auxiliares de la justicia.

En resumidas cuentas, desde el Colegio de Magistrados y Funcionarios estamos convencidos que, acompañando las



«La judicatura en tiempos de pandemia: el compromiso de seguir brindando el mejor servicio de justicia a la comunidad»

políticas públicas que se dicten desde el gobierno nacional y provincial para la protección de la salud de todos los ciudadanos y ciudadanas, el servicio de justicia –tal como se viene haciendo– debe seguir en funcionamiento dentro del marco de excepcionalidad en que nos encontramos, sin cesar en la búsqueda de nuevas alternativas que permitan la canalización de más trámites a poder ser realizados mediante la implementación de medios tecnológicos a los fines de tutelar los intereses de la sociedad de una manera dinámica y efectiva.

Esta revista tendrá también como misión poner de relieve ante la sociedad toda lo que se hace desde nuestro Colegio para que se pueda evidenciar nuestro trabajo en pos de mejorar la administración de justicia, considerando que una de las misiones de nuestra Asociación es la de, explorando nuevos horizontes, proponer y generar métodos alternativos para llevar adelante nuestro trabajo.

## En síntesis

Quiero terminar esta editorial, agradeciendo fervientemente a todo el grupo de colaboradores que hecho posible, una vez más, el nacimiento de un nuevo ejemplar de la Revista del Colegio, esta vez con las características especiales a las que aludí en precedencia.

No es un año común. Pero no lo fue para nadie. Y nosotros tenemos la obligación de seguir representando a nuestros asociados con mayor ahínco aún que en épocas normales. Pues

también ellos han hecho frente a la adversidad y han puesto su esfuerzo en tratar de mitigar las inconveniencias que se han suscitado mirando siempre hacia adelante y tratando de dar lo mejor de sí, para el beneficio de la sociedad toda.

La experiencia recogida durante todos estos años y llevar adelante una empresa de esta magnitud, reunir a quienes van a volcar sus ideas en los diferentes temas que se proponen, todo esto conjuntamente con nuestras obligaciones diarias, hacen que sean reconocidos especialmente por la gestión llevada a cabo.

Es por eso que aprovecho este espacio para agradecer muy especialmente al equipo de trabajo que hace posible que este proyecto se concrete año a año. Y, obviamente, a los colegas que forman parte del mismo integrando el Consejo Directivo de nuestro Colegio, honrando cabalmente el significado que tiene el representar institucionalmente al conjunto de asociadas y asociados que son los operadores del servicio de justicia en nuestra Provincia. ■







PODER JUDICIAL  
DE LA PROVINCIA  
DE SANTA FE



CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL N° 1  
SANTA FE

CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL N° 2  
ROSARIO



# FUERO CIVIL Y COMERCIAL



**TUTELA JUDICIAL EFECTIVA  
EN EL CONTEXTO DE LA EMERGENCIA  
SANITARIA. UNO DE LOS MAYORES  
DESAFÍOS PLANTEADOS A NUESTRA  
JUSTICIA CIVIL Y COMERCIAL**



### DR. IVÁN KVASINA

VOCAL DE LA CÁMARA DE APELACIONES  
EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO - SALA I



### DRA. MARÍA EUGENIA SAPEI

SECRETARIA DEL JUZGADO DE PRIMERA  
INSTANCIA DE DISTRITO EN LO CIVIL  
Y COMERCIAL DE LA 15° NOMINACIÓN  
DE ROSARIO

*La propuesta en este trabajo busca enfocar, desde un punto de vista conceptual y también desde un análisis en concreto, el impacto de la emergencia sanitaria en funcionamiento efectivo del sistema de justicia en lo Civil y Comercial. La proposición busca acercarse a un diagnóstico de la situación actual en dicho fuero y efectuar una valoración del esfuerzo de adaptación que vienen realizando los distintos operadores.*

#### I. La emergencia

El término «emergencia» (*emergency*) corresponde al lenguaje tradicional del derecho anglosajón en tanto refiere a situaciones extraordinarias. En nuestra lengua la voz emergencia proviene del latín con el sentido positivo de emerger, salir. Recién en 1989 la Real Academia comienza a admitir la

## 22 FUERO CIVIL Y COMERCIAL

Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

acepción de «caso imprevisto» o de «necesidad». En el derecho constitucional alemán se ha utilizado, en cambio, la, quizás más gráfica, expresión «estado de excepción», que indica la presencia de una situación anómala en el funcionamiento regular de un sistema jurídico.

Bidart Campos, siguiendo a García Pelayo, entiende que las emergencias son «situaciones anormales o casos críticos que, previsibles o no, resultan extraordinarios o excepcionales»<sup>1</sup>.

El constitucionalismo, desde sus orígenes, ha sido consciente de la necesidad de articular instrumentos para que el Estado pueda superar estas situaciones de crisis que, sin duda, cuando se producen atentan contra él mismo, su vigencia y estabilidad.

En la historia política de occidente, en muchos casos se alude a situaciones naturalmente transitorias que aparecen en la dinámica social y política y que tienen carácter de excepcionalidad, porque constituyen períodos de peligro en las instituciones en donde se considera la supervivencia del grupo humano y donde es necesario recurrir a ciertas restricciones o lesiones de intereses jurídicamente protegidos.

Por ello, el derecho público no ha podido dejar de prever normas para afrontar situaciones de anormalidad institucional. Es una noción, puede decirse, propia del Estado de Derecho.

Consecuentemente, el derecho constitucional ha acudido a normas que estima adecuadas para superar los estados siempre disvaliosos de emergencia o crisis.

La doctrina en general, antigua o moderna, es rica en cuanto al tratamiento de la cuestión; la jurisprudencia nacional y comparada, por su parte, contempla el estado de emergencia, necesidad o crisis y los ordenamientos jurídicos antiguos o actuales, reconocen estas situaciones de excepcionalidad en su legislación positiva, consuetudinariamente o a través de sus decisiones jurisprudenciales.

El jurista uruguayo Jiménez de Aréchaga, en «La Constitución Nacional»,

### CITAS

<sup>1</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN, «Manual de la Constitución Reformada», Bs. As., Ediar, 2000, T. II, pág. 349.

<sup>2</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, JUSTINO, «La Constitución nacional», Montevideo, Ed. Cámara de Senadores, 1998, T. III, pág. 106.



Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

<sup>3</sup> HUTCHINSON, TOMÁS, «Emergencia, Constitución y después», en «El Derecho Administrativo de la Emergencia», Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 2002, T. 1, pág. 180.

<sup>4</sup> HUTCHINSON, TOMÁS, ob. Cit., pág. 181.

<sup>5</sup> «Avico», Fallos: 172:21.

dice que se trata de normar la anormalidad, de regular las situaciones irregulares<sup>2</sup>.

Partiendo de esa premisa, y siguiendo a Hutchinson, podemos señalar que en la mayoría de los casos la emergencia ha implicado la sustitución de un derecho normal por uno excepcional<sup>3</sup>.

Estos procedimientos excepcionales, por lo general, se han traducido en la intensificación de prerrogativas que, ante un acontecimiento extraordinario, encuentran ocasión para ejercerse a través de técnicas también extraordinarias y, por ende, inadmisibles en circunstancias normales.

Tal razonamiento ha partido de presumir que, para aplicar los procedimientos de emergencia, las instituciones del derecho constitucional y del administrativo «normales» deben resultar insuficientes para lograr la satisfacción del interés general. La insuficiencia jurídica del procedimiento normal justifica, entonces, la utilización de los institutos excepcionales de la emergencia<sup>4</sup>.

Mas dicha sustitución de procedimientos siempre se ha concebido como una opción que reconoce límites concretos: la preservación de los derechos fundamentales y de los derechos humanos. El principio de legitimidad y validez del Estado de Derecho sólo se asienta en el reconocimiento pleno de los derechos humanos y en el ejercicio de un poder limitado y controlado. Sólo será justificada la emergencia si no contradice esta idea.

Nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional ha sostenido que la emergencia no autoriza el ejercicio por el Gobierno de poderes que la Constitución no le acuerda, pero sí justifica, con respecto a los poderes concedidos, un ejercicio pleno y a menudo diverso del ordinario, en consideración a las circunstancias excepcionales que constituyen la emergencia. Fue lo que concretamente expresó el juez Repeto en una disidencia muy conocida: «La emergencia, pues, no crea el poder ni tampoco aumenta o disminuye la extensión acordada a una facultad, sólo da causa al ejercicio de los que expresa o implícitamente le hallen acordados en el instrumento constitucional»<sup>5</sup>.

Esta significativa observación resalta el principio de que no existe dispensa del cumplimiento de la Constitución en situación de emergencia. El ejercicio

Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

del poder, las potestades que implica y las normas que se dicten deberán ser acordes a la Ley Fundamental.

La Corte Suprema ha perfilado los requisitos básicos de toda emergencia, siguiendo la decisión de la Corte norteamericana en «*Home Building and Loan Association c. Blaisdell*», entre otros casos en «Nadur» (1959) y «Russo» (1959), siendo: a) existencia de una situación de emergencia declarada por el Congreso; b) persecución de un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país; c) transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales; d) y razonabilidad del medio empleado por el legislador, o sea la adecuación de ese medio al fin público perseguido, y que ese medio afecte a los derechos solamente en la medida necesaria<sup>6</sup>.

Por su parte, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional incorporados en el inc. 22 segundo párrafo del art. 75, contemplan también la suspensión de derechos y garantías en situaciones de emergencia. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos así lo dispone «en caso de guerra, de peligro público, o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado parte» (art. 27), pero requiere que las disposiciones que se adopten lo sean «en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación», y también que no resulten incompatibles con las demás obligaciones del derecho internacional y no entrañen discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Ello sin perjuicio de dejar claro que algunos derechos no pueden ser suspendidos, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la familia, la libertad de conciencia y religión, principio de retroactividad y legalidad, entre otros.

Puntualmente, es de particular interés recordar los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la Opinión Consultiva 9/87 para Estados en situación de emergencia. Allí se puntualizan las garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el art. 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el *hábeas corpus* (art. 7.6), el amparo y/o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está

<sup>6</sup> Ver de la Corte Suprema de Justicia de La Nación, el Suplemento Emergencia económica I: Secretaria de Jurisprudencia; 1ª ed.; Bs.As., 2009. [https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em\\_econom](https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=em_econom).

Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

<sup>7</sup> PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO; «La urgencia en el marco de las emergencias»; en IJ Editores, 1/5/2020, <https://latam.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=075c5970fa0c827015217ceb538da6d> y en Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Suplemento II de su Revista Digital, destinado al tema «Constitución y Emergencia Sanitaria» (<http://aadconst.org.ar/revista-digital/>). (9 de mayo 2020).

autorizada por la misma Convención. Deben también entenderse como «garantías judiciales indispensables» que no pueden suspenderse a aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a los que se refiere el art. 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

Agrega que la implantación del estado de emergencia cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno, no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia.

Partiendo de este contexto, es necesario recordar que la historia institucional argentina muestra una larga trayectoria de situaciones de emergencia tanto política, económica como sanitaria. En las últimas décadas «nuestro país vive en estado de emergencia permanente desde mediados de junio de 1985 cuando fue necesario instrumentar el denominado «Plan Austral» (Dec. 1096/85). Sucesivas leyes de emergencia y decretos delegados y de necesidad y urgencia han caracterizado nuestra vida institucional desde el retorno de la democracia en diciembre de 1983»<sup>7</sup>.

La pandemia de COVID-19, se inscribe en esta larga historia de emergencias que desafían la normalidad institucional, con el agravante de que es un fenómeno de carácter global. Sus manifestaciones y efectos sobre la totalidad de los aspectos de la vida de las personas se extienden a todos y cada uno de los países del mundo. La Argentina no es una excepción. Desde un punto de vista institucional, siendo que la prevención y el cuidado de la salud de las personas es un imperativo del sistema de derechos fundamentales y humanos, no cabe duda de que la irrupción de la pandemia fuerza un reconocimiento y declaración de emergencia, cuyas consecuencias se materializan en el acrecentamiento del poder estatal, el desencadenamiento de procesos de decisión de carácter excepcional y la obligada reglamentación y aun restricción en el ejercicio normal de los derechos.

## 26 FUERO CIVIL Y COMERCIAL

Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

Ahora bien, este estado de emergencia que amplifica y extiende los alcances del poder de policía estatal no puede estar exento de cumplir con los parámetros de legitimidad para el ejercicio de poderes excepcionales como son la razonabilidad, la proporcionalidad, la temporalidad y, por supuesto, la legalidad.

En punto a ello, cabe traer a colación la Resolución N° 1 del 2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, denominada «Pandemia y derechos humanos en las Américas», del 10 de abril del 2020, donde se realiza un análisis de la situación global y se reiteran los lineamientos y recomendaciones dirigidas a los Estados parte, a fin de garantizar el pleno respeto de los derechos humanos. Tales como «asegurar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 cumpla con los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud» (apart. 20).

Sigue la Resolución puntualizando que debe justificarse la excepcionalidad de la situación de emergencia en cuanto a su gravedad, inminencia e intensidad que constituya una amenaza real a la independencia o seguridad del Estado; que la suspensión de algunos derechos y garantías sea únicamente por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación; que las disposiciones que sean adoptadas resulten proporcionales, en particular, que la suspensión de derechos o garantías constituya el único medio para hacer frente a la situación, que no pueda ser enfrentada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales, y que las medidas adoptadas no generen una mayor afectación al derecho que sea suspendido en comparación con el beneficio obtenido; finalmente, que las disposiciones adoptadas no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional, y no entrañen discriminación alguna fundada, en particular, con motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. (apart. 21).

Además con toda claridad pide que los estados se abstengan de suspender derechos fundamentales como el reconocimiento de la personalidad jurídi-

Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

ca; el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal y la prohibición de tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes; la prohibición de esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y retroactividad; la libertad de conciencia y religión; la protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos de la niñez; el derecho a la nacionalidad, y los derechos políticos. (apart. 23). Y en relación con el Poder Judicial, que se abstenga de suspender procedimientos judiciales idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, entre ellos las acciones de hábeas corpus y amparo para controlar las actuaciones de las autoridades, incluyendo las restricciones a la libertad personal en dicho contexto. Estas garantías deben ejercitarse bajo el marco y principios del debido proceso legal. (apart. 24).

## II. La defensa de los derechos en el ámbito de la emergencia

Una derivación lógica de los conceptos desarrollados en el punto precedente está dada por la necesidad de que las decisiones y actos estatales adoptados con motivo de la emergencia deben estar sujetos a un efectivo control judicial de legitimidad. Ello presupone, desde luego, un funcionamiento adecuado de las estructuras judiciales de modo tal de asegurar el derecho a la jurisdicción o, más aún, el principio de tutela judicial efectiva. Por otro lado, siendo que todo el sistema de derechos no debe sufrir otras afectaciones que aquellas imprescindiblemente necesarias para la superación de la situación de crisis, la función jurisdiccional no es sino el reaseguro estatal necesario para la vigencia de dicho sistema de derechos. El apartado 24 de la resolución 1/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los contundentes términos de la Opinión Consultiva N° 9/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos despejan cualquier duda que pudiera albergarse a ese respecto.

En este punto cabe recordar el pensamiento de Germán Bidart Campos en cuanto a que el derecho a la jurisdicción y la función jurisdiccional del Estado son como las dos caras de una misma moneda: «De un lado, en el ámbito del < poder >, el estado tiene la función de administrar justicia; del otro, en el ámbito de los derechos (...) el justiciable tiene el derecho de requerir esa función a su favor o de incitarla». Pero también aclaraba el maestro cons-

Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

titucionalista que la noción tradicional de «acceso a la justicia» quedó hoy subsumida en el concepto enriquecido de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la «garantía de las garantías», el derecho a hacer valer todos los demás derechos, que abarca el acceso irrestricto a la justicia, el tiempo razonable de resolución de la controversia y las correspondientes garantías procesales<sup>8</sup>.

Ahora bien, la emergencia que actualmente estamos atravesando presenta la particular característica de estar provocada por una situación de riesgo real de afectación de la salud (y en muchos casos de la vida) de la totalidad de la población, sin distinción de sectores sociales (aunque el grado de vulnerabilidad pueda ir variando conforme a la mayor o menor disponibilidad de recursos) ni, fundamentalmente, de áreas o sectores de actividad económica, profesional, social o de la índole que fuere.

Tal circunstancia puso a los sistemas judiciales frente a la paradoja de tener que asegurar (por imperativo constitucional y convencional) el servicio de justicia y, por otra parte, respetar las pautas y normas generadas desde los otros estamentos gubernamentales (que son quienes cuentan con las competencias no sólo jurídicas sino también científicas y técnicas para su diseño) en orden a la protección de la salud de la población en general y de los distintos operadores en particular.

En el caso puntual de la justicia santafesina, el aislamiento y posterior distanciamiento social dispuestos por el Poder Ejecutivo Nacional a consecuencia de la Pandemia de Covid-19, generó concretos desafíos en punto a la adecuación de las respuestas jurisdiccionales. Tales desafíos, lógicamente, pusieron en crisis los tradicionales esquemas de gestión judicial.

En ese orden, el aislamiento, en primer lugar, y luego el distanciamiento social obligaron a adoptar aceleradamente nuevas formas de trabajo y, entre otras cuestiones, a improvisar modulaciones de las normas procedimentales tratando, paralelamente, de maximizar el uso de las herramientas tecnológicas disponibles en orden a mantener el servicio de justicia en el marco de una pandemia global.

<sup>8</sup> BIDART, CAMPOS, GERMÁN, ob. Cit., T. II, pág. 287.

Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

### III. Las soluciones intentadas y el estado actual de situación

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, como órgano de gobierno del Poder Judicial provincial, fue la encargada –en ejercicio de la potestad reglamentaria que la Constitución provincial le asigna–, de generar el marco normativo de adecuación del funcionamiento de las estructuras judiciales a las normas nacionales y provinciales de emergencia sanitaria y, como lógica consecuencia, de fijar las directrices generales de organización administrativa necesarias para operar en tal particular contexto.

En ese orden, el análisis de las distintas Acordadas dictadas por el Máximo Tribunal provincial revela la adopción de una estrategia gradual que comenzó con un rígido esquema de receso administrativo con suspensión general de plazos procesales y guardias jurisdiccionales mínimas (Acta N° 10/2020) que, paulatinamente, fue derivando en esquemas de habilitación puntual de determinados trámites (en general vinculados con procedimientos cautelares y urgentes y con la percepción de créditos alimentarios) hasta culminar con un restablecimiento total del servicio en toda la Provincia aunque con importantes modificaciones en punto a las condiciones concretas de prestación (ver, Actas 11, 13, 14, 15, 16 y 26, todas del presente año 2020).

Todo ese proceso fue objeto de un detenido seguimiento por parte de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la 2ª Circunscripción, quien fue la encargada de realizar un sinnúmero de ajustes y adecuaciones frente a las necesidades que las sucesivas modificaciones introducidas por la Corte iban generando en el funcionamiento de las distintas unidades jurisdiccionales.

Sentado dicho marco general de reacción del sistema judicial frente a la crisis generada por la pandemia, pasaremos ahora a precisar algunos aspectos que consideramos de central importancia en punto a la organización de la justicia Civil y Comercial a partir del esquema de actividad actual, que surge de lo dispuesto en los Acuerdos 14, 15 y 16 de la c.S.J.S.F..

Mediante Acuerdo –Acta N° 16, circular N° 70/2020– la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, dispuso el cese del receso judicial ordenado por Acuerdo N° 10 de fecha 19 de Marzo de 2020, a partir del 12 de Junio del 2020; la reanudación de los plazos procesales a partir del 18 de Junio

## 30 FUERO CIVIL Y COMERCIAL

Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

del 2020 y de la celebración de audiencias a partir del 29 de Junio del 2020.

En dicho contexto tomó distintas medidas, entre las cuales resultan de interés para este trabajo las siguientes:

- habilitó a partir del 18 de Junio de 2020, la recepción electrónica de demandas a través de una funcionalidad de la Autoconsulta *Online* y mediante la página *Web* del Poder Judicial;
- dispuso la presentación electrónica de demandas materializada ante la mesa de Entradas Únicas de Primera y Segunda Instancia situadas en las sedes de Santa Fe, Rosario, Venado Tuerto, Reconquista, Rafaela, Cañada de Gómez, Casilda, San Lorenzo, Villa Constitución y Vera, los 24 Juzgados Unipersonales situados en dicho Distritos; en los 30 Juzgados que comenzaron con prueba piloto el día 8 de Junio de 2020, los Circuitos de Santo Tomé, Arroyo Seco y Villa Gobernador Gálvez; ante la Secretaria Técnica de la Corte Suprema de Justicia; y ante las Cámaras de los Contencioso Administrativo y Cámaras de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto, Reconquista y Rafaela.
- Aprobó las reglamentaciones que permiten el inicio electrónico de demandas ante las «Mesas de Entradas Únicas Electrónicas» (M.E.U.E.) y ante los órganos jurisdiccionales donde no funciona esa dependencia. No obstante, concedió a los profesionales la opción de presentar los escritos de demanda de manera presencial ante las respectivas Mesas de Entradas Únicas acompañando el Formulario de Foja 0 respectivo o ante los Juzgados que funcionan sin esta dependencia, previo turno *web*.
- En lo referente a las Audiencias, recomendó establecer mecanismos específicos y diferentes en cuanto a las metodologías de celebración de audiencias en todos los fueros, respetando pautas de distanciamiento social y permitió la utilización de mecanismos tecnológicos disponibles para la celebración de aquellas de modo remoto, instando a que se tome debida precaución y seguridad en el resguardo de la información recabada.
- A fin de evitar la concurrencia, aglomeración y respetar el distanciamiento social, autorizó a los profesionales a efectuar la remisión de sus escritos



Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

judiciales a la dirección de correo electrónico dispuesta en cada unidad jurisdiccional, sea mediante firma digital o simple correo electrónico, en expedientes ya en trámite.

- Puso en funcionamiento el sistema de notificaciones electrónicas con firma digital aprobada por Acta Acuerdo N° 7, punto 11 del 7 de Marzo de 2019, en todas las unidades jurisdiccionales y dependencias del Poder Judicial.
- Reorganizó el horario de atención al público, disponiendo un doble turno: matutino de 8 a 13 hs y vespertino de 14 a 19 hs., estableciendo un cronograma en las cuales los distintos órganos judiciales deben prestar su servicio.
- Estableció un sistema de turnos *web*, disponiendo que el ingreso de público y profesionales a todos los edificios del Poder Judicial, debiera efectuarse con previa exhibición a las autoridades que lo requieran de la constancia de turno asignado emitido por el sistema *web*.

Como resulta fácil de advertir, las medidas descriptas introdujeron cambios sustanciales en la metodología de trabajo diaria de cada unidad jurisdiccional y de los distintos operadores del sistema. Entre otros aspectos, ante una situación de tal excepcionalidad, se aceleraron los tiempos de implementación de nuevas tecnologías, poniendo a prueba la capacidad de adaptación e innovación de los recursos humanos que cuentan los distintos juzgados y tribunales.

En esta particular coyuntura, se ha redimensionado la labor de los secretarios y secretarías, convirtiéndose en figuras centrales del proceso. A título de simple ejemplo, su puesto de trabajo se transformó, en la emergencia, en una suerte de mesa de entradas virtual de cada unidad jurisdiccional. El correo electrónico receptor de los distintos escritos judiciales enviados por los profesionales como las diversas consultas efectuadas, no es otro que el de la Secretaria o el Secretario del órgano jurisdiccional correspondiente. Ellos y ellas han sido los encargados principales a la hora de adoptar soluciones prácticas al sinnúmero de nuevos problemas que esta coyuntura ha ido planteando y se han erigido en la principal área de contención frente a las inquietudes y reclamos que provienen de una gran cantidad de operadores afectados por la comprensible incertidumbre que los invade frente a una situación totalmente inédita.

## 32 FUERO CIVIL Y COMERCIAL

Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

Luego de un relevamiento de la funcionalidad de los diversos órganos judiciales en cuanto a la instrumentalización de las diversas directivas del Alto Tribunal como de Presidencia de Cámara, a fin de brindar una respuesta pronta, oportuna y eficaz, pueden esbozarse algunas precisiones preliminares:

En lo referente a Escritos Cargos, la mayoría de los juzgados sólo permite el ingreso del escrito en forma presencial por el profesional, al devolver un expediente o cuando el volumen de la documental a presentar lo merita. Para ello, requiere turno *web* y excepcionalmente recepta dichos escritos sin turno *web* si razones de urgencia lo ameritan. En los demás casos, se otorga el respectivo cargo a todo mail ingresado a la bandeja de entrada, sean escritos cargo o simple manifestaciones, enviados por el profesional con su respectiva firma digital, firma escaneada o bien, por simple correo.

Si bien la mayoría del secretariado prefiere que la casilla de correo corresponda al profesional firmante del escrito, no obstante, cuando no existe tal coincidencia el escrito se recepciona igualmente, dictando la resolución que corresponda a la petición.

Por cuestiones de practicidad y prolijidad, se aspira a que los profesionales adjunten los escritos judiciales en formato PDF y en lo referente a oficios y/o cédulas que se efectúe en formato digital editable, a fin de permitir su corrección y libramiento sin demora.

Frente a la discordancia que suele verificarse en la fecha y horario de recepción de los mails en la bandeja de entradas, es decir, entre envío y recepción del correo electrónico, se ha articulado distintas respuestas. En algunos casos se realiza constancia actuarial dejando debidamente aclarado la divergencia en todos los casos; otros operadores optan por dejar constancia actuarial, en los supuestos donde existen traslado y/o términos corriendo. En algunos supuestos también suele efectuarse dicha constancia a requerimiento de parte.

En cuanto a la documental se advierte cierta dificultad a la hora de definir si debe acompañarse en la primera presentación efectuada por el profesional o, por el contrario, autorizar al profesional a presentar copias y acompañar la documental original al ser requerida por el tribunal, sea en la oportunidad

Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

procesal correspondiente o previo a dictar sentencia.

En lo atinente al retiro de expedientes, se aplica lo dispuesto en el art. 56 del c.P.c.c. permitiéndose sólo en los supuestos que, previa petición expresa y fundada, requieran por parte del profesional el estudio de las actuaciones. En este punto, resulta dable recordar, que no todo expediente se encuentra digitalizado.

Especial dificultad se está detectando en lo referente a los domicilios electrónicos de los profesionales. La solución práctica más generalizada ha pasado por aceptar los domicilios electrónicos denunciados por cada una de las partes en forma particular en cada expediente. El problema surge en aquellos casos en que no existe domicilio electrónico denunciado. Consideramos que en este tema resulta imperiosamente necesario que el Colegio de Abogados homologue un listado oficial de domicilios electrónicos, lo cual no ha ocurrido hasta la fecha como también que inste efectivamente a la adopción generalizada de la firma digital por parte de los profesionales, lo cual posibilitaría otras variantes seguras de notificación.

En lo relacionado con las notificaciones electrónicas, la mayoría de las unidades jurisdiccionales sólo libra cédula con firma digital a requerimiento de parte y en los supuestos específicos del art. 62 del c.P.c.c., requiriendo en todos los casos, precisión en la petición de la resolución que se pretende notificar. Más allá de ello, en los Juzgados que adhieren al Plan Piloto de Oralidad, se efectúan notificaciones electrónicas de oficio y en los supuestos acordados por los jueces y juezas.

Las comunicaciones entre Reparticiones Públicas y el órgano judicial, así como las comunicaciones con las demás dependencias del Poder Judicial se efectúan por Secretaría, vía mail institucional con firma digital, en todos los casos habilitados por la Corte Suprema de Justicia provincial.

En cuanto al funcionamiento de los Turnos *Web*, ha prevalecido un criterio de estricto respeto por las normas de distanciamiento social, impidiendo aglomeraciones de personas en las mesas de entradas. No obstante, en supuestos urgentes y excepcionales se brinda atención al público aun cuando no cuenten con el turno respectivo. A modo de ejemplo, suelen contemplar-

## 34 FUERO CIVIL Y COMERCIAL

Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

se excepciones en supuestos de devolución de expedientes; aceptación de cargos; retiro de oficios; cautelares o trámite urgente previo pedido por mail.

Otra novedad de importancia se registra en lo relacionado con las aceptaciones de cargos. En la mayoría de los Juzgados Civiles y Comerciales de Distrito se están efectuando por correo electrónico, con exhibición de D.N.I., sin necesidad de alegar circunstancias que impidan concurrir al tribunal.

Las consultas de los profesionales y/o auxiliares de justicia, en la actualidad son evacuadas vía telefónica y/o correo electrónico, por secretaria y/o empleados judiciales.

Finalmente, se advierte, en general y ante el contexto recién descrito, la necesidad de incorporación de nuevas herramientas tecnológicas y las consecuentes modificaciones en el sistema informático que tengan como norte brindar mayores niveles de seguridad y certeza en un contexto que también esté gobernado por criterios de simplicidad, practicidad y maximización del uso del tiempo. Ello debe ser necesariamente acompañado por cambios normativos imprescindibles que den suficiente respaldo al proceso que venimos describiendo.

### **IV. A modo de provisoria conclusión**

La emergencia sanitaria irrumpió en la vida social e institucional interpelando fuertemente a la sociedad civil y, fundamentalmente, a las estructuras estatales, que debieron acudir a remedios excepcionales para intentar hacerle frente con los consecuentes costos que ello conlleva.

En una situación en extremo novedosa como es la que estamos transitando, los procesos y decisiones son objeto de permanente revisión y ajuste. Esa es, quizás, una de las características principales del tiempo que nos toca vivir y que explica la evolución y el sentido de muchas de las medidas que hemos reseñado en este trabajo.

Los funcionarios/as y magistrados/as se han visto en la necesidad de pro-

Tutela judicial efectiva en el contexto de la emergencia sanitaria.  
Uno de los mayores desafíos planteados a nuestra Justicia Civil y Comercial

yectar y aplicar, de modo urgente e inesperado, soluciones innovadoras para dirigir sus equipos de trabajo y para poder brindar respuestas a las demandas que provienen de la ciudadanía en un contexto de alta conflictividad.

Como puede fácilmente colegirse, este proceso transicional que venimos describiendo excede lo estrictamente jurídico. Por el contrario, la capacidad de introducir innovaciones tecnológicas adquiere una inédita centralidad y pone en crisis los paradigmas tradicionales de organización de los sistemas de justicia.

Los distintos estamentos del Poder Judicial tienen, actualmente, plena conciencia de tales particulares características de la presente coyuntura y, frente a ello, no sólo han demostrado compromiso funcional, sino también una considerable capacidad de adaptación a constantes cambios y nuevas exigencias y una aptitud destacable para la resolución de innumerables problemas operativos que la inédita crisis que estamos viviendo les ha presentado. El balance en estos aspectos no puede sino ser calificado como ampliamente positivo.

Ahora bien, en tan especial contexto, el diálogo permanente y la búsqueda de una sinergia con el resto de los operadores del sistema resulta más importante que nunca. Empero, ciertas actitudes de alguna dirigencia que, de modo casi irracional, apostó a una exacerbación del conflicto y a los ataques y descalificaciones públicos han conspirado contra ello, y han puesto a prueba la capacidad de tolerancia de las dirigencias judiciales que han tenido que priorizar la formación de consensos frente a una crisis inédita.

No obstante, y más allá de todas esas dificultades, creemos, en concordancia con la opinión de la inmensa mayoría de los operadores, que esta crisis debe convertirse en una oportunidad de cara al presente y al futuro. Oportunidad ésta que no debe ser sino para mejorar la capacidad de respuesta de los sistemas de justicia a las cambiantes demandas de la sociedad civil, en el contexto de un Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho. ■



# PARADOJAS DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN EN TIEMPOS DE AISLAMIENTO

**DR. SERGIO J. BARBERIO**

VOCAL DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SANTA FE - SALA III



*El principio de inmediación procesal, tal como lo propone la doctrina desde antaño y se ha reforzado en las últimas reformas procesales del país, implica y conlleva «acercamiento»; pero, sin embargo, la actual situación de «distanciamiento» parece conducirnos hacia todo lo contrario. En la mayoría de las provincias argentinas conviven ahora dos protocolos, uno de oralidad con la inmediación como estandarte y otro, forzado por los tiempos de pandemia, que promueve –aunque con auxilio de tecnología– la actuación y sustanciación a distancia. Asistimos a una suerte de oxímoron: la inmediación remota.*

*Con particular detenimiento en la realización de audiencias, el desafío consistirá en sortear el obstáculo de la no presencia física que impone el distanciamiento y contrapesar, a través de la comunicación virtual, la falta de contacto personal. Rescatando la responsabilidad y buena práctica de inmediación que se ha logrado hasta aquí –y sin cesar en tal compromiso jurisdiccional– tendremos*

*que dar recibimiento a alternativas tecnológicas que, si bien hoy por hoy pueden resultar paliativos espasmódicos ante el virus que arrecia, a cierto tiempo vista serán aliadas permanentes en la prestación del servicio de justicia.*

### LA INMEDIACIÓN PROCESAL

Cuando hablamos de intermediación nos referimos al grado de contacto que tiene el juez con los sujetos que intervienen en el proceso (partes, abogados, testigos, peritos, etc.) y con los elementos objetivos que lo integran (cosas, lugares, documentos, etc.). Si la vinculación del magistrado es propuesta de manera directa e inmediata, sin intermediarios, estamos frente a la consagración del principio de intermediación. De dicha regla, que propone la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo con los actos de adquisición de las pruebas, se predica su contribución al logro de una justicia más eficaz en términos de acercamiento a la verdad histórica.<sup>1</sup>

Es corriente identificar o asociar la intermediación con la oralidad, pero aunque la oralidad brinde el ámbito propicio para que la intermediación se desarrolle más fecundamente, es posible concebir también un proceso escrito en donde el juez tenga una presencia directa con relación a las fuentes probatorias y a los actos de afirmación y alegación. Vale decir, entonces, que la intermediación no es un aspecto que necesariamente dependa del sistema o técnica que rija el proceso –oral o escrito– sino que mayormente se trata de una cuestión conductual del magistrado, de una manera de ejercer la jurisdicción, en fin, de un mayor o menor compromiso a la hora de actuar como director del proceso.

Es por ello que, asimismo, resulta empobrecida la mirada de esta figura cuando se la centra solamente en la etapa probatoria. Pues, aunque esta fase del proceso permite apreciar su mayor alcance y sus más genuinas connotaciones, la intermediación recorre –o debe recorrer– todas las etapas del proceso, tan es así que sus beneficios ya se aquilatan desde la fase introductoria o de audiencias preliminares, con la depuración de los presupues-

### CITAS

<sup>1</sup> BARBERIO SERGIO-GARCÍA SOLÁ MARCELA, «Lineamientos de los principios de intermediación y mediación», en la obra Principios Procesales, Jorge Peyrano Director, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2011, Tomo II, pág. 93.



<sup>2</sup> Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza (Ley 9001, vigente desde febrero de 2018); CPCC de la Provincia de San Juan, Ley 1992-0, 28/12/19, B.O. 8/1/20; Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, elaborado por la Comisión Redactora designada por RESOL-2017-496-APN-MJ y RESOL-2017-829-APN-MJ; Proyecto de reforma al CPCC de la Provincia de Santa Fe, elaborado por la Comisión Técnica designada por Dec. 2505/17 del PE y elevada a la Legislatura Provincial por Mensaje 4704/18, con media sanción en Cámara de Diputados; Proyecto de Reforma al CPCC de la Provincia de Corrientes, con media sanción en la Cámara de Diputados en mayo de 2020, entre otros.

<sup>3</sup> *Vide.* Art. 2 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: «Inmediación, concentración y oralidad. Se garantizará la inmediación del juez con las partes, los sujetos intervinientes y el material de conocimiento. A esos fines se concentrará la actividad procesal, la que se desarrollará en forma preferentemente oral y en audiencias. Los jueces presenciarán las declaraciones de las partes y de los testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en este Código, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente». En sentido similar: Art. 45: «Son deberes de los jueces:... c) Conducir el proceso acti-

tos, encuadramiento del *thema* controversial, elucidación y proveimiento de los medios probatorios, además de las gestiones conciliatorias o pedidos de aclaración a las partes o auxiliares. Luego, claro que sí, en la oportunidad de producción probatoria se aprovecha la inmediación en su máxima expresión.

En consonancia con las directrices antes señaladas –que no son nuevas–, en los últimos años se han impulsado reformas procesales que estructuran los procesos por audiencias, con mayor dosis de oralidad<sup>2</sup>, y en donde la inmediación se ubica como mascarón de proa<sup>3</sup>. Sin perjuicio de las reformas habidas y proyectos de reforma en danza, un número destacable de provincias argentinas<sup>4</sup>, a través de las Cortes y Superiores Tribunales, celebraron acuerdos con la CSJN y el MJDHN para la elaboración e implementación de protocolos de oralidad y simplificación de la gestión judicial.

Particularmente, en la Provincia de Santa Fe, la Corte Suprema dictó los Acuerdos, por Actas N° 48/2017, N° 8/2018 y N° 10/2018, que pusieron en funcionamiento, con implementación progresiva en las distintas circunscripciones provinciales, un Protocolo de Actuación que claramente direccionó el proceso hacia la oralidad promoviendo las audiencias preliminar y conciliatoria (de proveído de pruebas) y de vista de causa (de producción de pruebas).<sup>5</sup> Se incorporó, además, la filmación/grabación de las audiencias y dispusieron los recursos para el diseño y puesta en uso de salas de audiencia especialmente provistas con la tecnología necesaria.

La experiencia en la provincia ha sido satisfactoria, destacándose que el primer año, sólo en los primeros cinco meses de funcionamiento, en las ciudades de Santa Fe y Rosario, se llevaron a cabo más de 500 audiencias con dicho sistema, realizadas con un 95% de efectividad, sin fracaso ni postergación y alcanzando un alto índice de conciliación. Además del avance significativo en la gestión, la simplificación de los trámites y el impulso oficioso que promueve el aludido protocolo, la inmediación es la base esencial sobre la que descansa el provecho de lo actuado.

Como hemos afirmado en otro lugar, la estructuración de un trámite por au-

diencias y, en particular, con audiencia preliminar, conlleva la intervención indelegable del juez quien debe asistir personalmente y asumir un rol activo en su desarrollo, como única garantía de que la audiencia rinda sus frutos. El saneamiento, delimitación de los presupuestos, fijación de la controversia, puntualización de las cargas, descarte y proveimiento de los medios probatorios, amén de los intentos conciliatorios o pedidos de aclaración a las partes o sus abogados tendrá, para la depuración, simplificación y comprensión, otra productividad con la interrelación *facie ad faciem* entre el juez y las partes. Y todo ello, es la condición predisponente que augura el mejor desarrollo de la audiencia de prueba (vista de causa) posterior.<sup>6</sup>

Luego de los acomodamientos necesarios y la creciente aceptación por los distintos funcionarios y partes litigantes, en la bota santafesina se palpó rápidamente que la intermediación así ejercida, conjugada con la concentración de los actos procesales, no reporta más que beneficios. Los operadores –de una buena vez– comenzaron a transitar y aceptar las ventajas de un cambio de prácticas y de una justicia de acercamiento.

Pero ocurrió que, al comenzar el año que ahora transitamos, sobrevino la pandemia. A partir de tal suceso, con aislamiento primero y distanciamiento después, se trocó la realidad.

### IRRUPCIÓN DE LA PANDEMIA (COVID-19)

El advenimiento del virus COVID-19, a escala de pandemia intercontinental, provocó una brutal alteración, rápida y expansiva, en todos los órdenes del planeta, ya económicos, políticos, de salud, jurídicos, sociales o humanitarios. Hecho notorio, como pocos, del que no es necesario abundar en descripciones. Por supuesto, la prestación del servicio de justicia y la actividad en los tribunales, sufrió el golpe disruptivo.

Espejadamente a las medidas que se tomaron primero en oriente y luego en occidente, nuestro país se vio sumido en la paralización, encierro y ais-

vamente, ...; d) Asistir y dirigir personalmente las audiencias. La actividad procesal, salvo aquellos actos que el Código prevea que deben incorporarse por escrito, se desarrollará mediante audiencias, en las que la presencia ininterrumpida del juez es un requisito ineludible e indelegable y cuya inobservancia determinará nulidades absolutas y no convalidables. La nulidad puede ser deducida o declarada de oficio en cualquier oportunidad procesal...».

<sup>4</sup> Buenos Aires, La Pampa, Mendoza, San Luis, Formosa, Santa Fe, Entre Ríos, Tierra del Fuego, Tucumán, Santiago del Estero y juzgados nacionales.

<sup>5</sup> La vecina provincia de Entre Ríos implementó análogo protocolo en 19/6/18, mediante Acuerdo General N° 18 del Superior Tribunal de Justicia.

<sup>6</sup> BARBERIO, SERGIO J., «Audiencia de vista de causa. Con especial mirada al Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación», en Revista de Derecho Procesal N°2019-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2019, pág. 70.

<sup>7</sup> Acordadas CSJN 4/40; 6/20; 10/20; 11/20; 12/20; 13/20 y 14/20.

<sup>8</sup> Por ejemplo TSJCba Ac. 1621/20; SCBA «*El proceso ante la pandemia*» AR/DOC/2602/2020; Pcia. del Chacho, «*La justicia chaqueña profundiza la digitalización de trámites*» AR/DOC/2037/2020; TSJ Santa Cruz, Ac. del 02/04/2020 y Ac. del 22/04/2020 y Resoluciones de Presidencia, entre otras.

<sup>9</sup> Acuerdos CSJ SANTA FE de fecha: 16/03/2020, Acta N° 8; 19/03/2020, Acta N° 10; 14/04/2020, Acta N° 11; 05/05/2020, Acta N° 13; 13/05/2020, Acta N° 14; 27/05/2020, Acta N° 15; 10/06/2020, Acta N° 16; 04/08/2020, Acta N° 26; y más de una veintena de Resoluciones de Presidencia y Circulares de la Secretaría de Gobierno.

<sup>10</sup> Ver <http://www.justiciasantafe.gov.ar/js/index.php?go=i&id=6321>.

lamiento social. La premisa fue, y sigue siendo, el «distanciamiento». Y ello, claro, va a contrapelo de las bondades de «acercamiento» que describimos al comienzo.

Luego de cuarentenas, recesos administrativos, ferias extraordinarias, habilitaciones parciales con turnos de guardia, etc., los distintos tribunales del territorio nacional tuvieron que acelerar y generalizar la utilización de tecnologías para la información y comunicación (TIC). Se intensificó la actuación procesal a distancia, reduciendo al mínimo la circulación de personas en los ambientes tribunalicios.

A nivel nacional<sup>7</sup> y en casi todas las provincias<sup>8</sup>, en mayor o menor medida, se azuzó el proceso digitalizado y, particularmente, la actuación remota. Cabe reconocer que, en su mayoría, las distintas jurisdicciones del país ya contaban con sistemas de actuación *on-line*, mesas virtuales y escritorios electrónicos sólo que, ahora, con motivo del *#quedateencasa*, se potenció la utilización de las TIC.

Consecuentemente, la Corte Suprema celebró distintos Acuerdos y se dictaron numerosas Resoluciones encaminadas a la despapelización por un lado, y a la mejora de la actuación remota por el otro<sup>9</sup>. Profundizando el uso de la firma digital y electrónica regulada hace tiempo, se agilizó la comunicación interjurisdiccional mediante correo electrónico entre los distintos tribunales y juzgados de la provincia. Avanzando hacia la notificación electrónica, con correos de cortesía a través de las direcciones *e-mail* requeridas a las partes y sus defensores y el mejoramiento del sistema SISFE, se incrementó la actuación, notificación y consulta *on-line* de los expedientes. Entre las últimas decisiones, se habilitó el inicio electrónico de demandas ante la Mesa de Entradas Únicas Electrónicas y ante los órganos judiciales que no contaran con dicha Mesa, como así también la presentación de escritos (traslados, interposición de recursos, etc.) por correo electrónico. Con respecto a las audiencias, se instó a su realización por medios tecnológicos, fijando un manual de uso e instructivo de instalación, configuración y uso de *zoom-software* para realizar reuniones a distancia.<sup>10</sup>

En suma, a diferencia de aquellos protocolos de oralidad efectiva e intermediación que campeaban hasta hace poco tiempo, debió ahora regularse el distanciamiento, procurando la no concurrencia de abogados, partes y público a los edificios de los tribunales.

Sin embargo, desde un punto de mira, la creciente aplicación de las TIC al proceso es bienvenida y constituye un crédito que reportará utilidades, sin duda, aun después de la pandemia. Paradójicamente, si se quiere en el peor de los momentos, se ha producido una significativa mejora en la gestión y en el servicio.

A nadie escapa, y la doctrina viene sosteniéndolo hace tiempo<sup>11</sup>, que las actuaciones y el expediente *on-line*, digital, electrónico –como se lo denomine–, contribuye eficazmente a la abreviación de los trámites, a una mayor producción en la gestión, desburocratización, reducción de los costos, mejoramiento de las comunicaciones interzonales, trazabilidad de los datos y control de la información; no requiere de mayor espacio físico y hasta se congratula con el medio ambiente por la sensible reducción en el insumo papel. Luce, decididamente, como un paradigma de la economía procesal en sus tres expresiones, economía de esfuerzo, de tiempo y de gastos.

Otro salto cualitativo lo provocó la filmación o grabación de las audiencias. Se abandona así el acta escrita –que no refleja lo ocurrido–, queda a la vista el cumplimiento o incumplimiento de la intermediación jurisdiccional, permite con fidelidad el repaso de lo actuado antes que el tribunal dicte sentencia, se facilita la percepción en la prueba trasladada y la valoración en la prueba comisionada, deja plasmado el comportamiento que desplegaron los participantes, por sólo mencionar algunas de las virtudes de tal medio tecnológico.

Aunque hasta allí la digitalización ubica todo en la columna del haber, existe un ítem que merece cierta reflexión: la intermediación no presencial. Como consecuencia de la situación de emergencia y aislamiento que transitamos, se incorpora con más fuerza la presencia del juez (prolepsis, no presencia) a través de videoconferencia con utilización de las plataformas, públicas o

<sup>11</sup> SOSA TORIBIO E., «Reingeniería procesal», Editora Platense, La Plata, 2005, pág.121; PEYRANO, JORGE W. «La privatización, transferencia o tercerización de funciones judiciales», en Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales, Tomo 1, Rosario, 2002, pág. 113; PAGES LLOVERAS, ROBERTO, «La prueba judicial en la era digital», en la obra *«La prueba en procesos y procedimientos especiales»*, dirección de Jorge W. Peyrano, Ed Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2019. PAGES LLOVERAS, ROBERTO, «*El derecho procesal electrónico en el país*», Idem. «*La prueba digital*», en Academia, [https://www.academia.edu/31658624/EL\\_DERECHO\\_PROCESAL\\_ELECTR%C3%93NICO](https://www.academia.edu/31658624/EL_DERECHO_PROCESAL_ELECTR%C3%93NICO); PEYRANO, JORGE WALTER, «*El proceso civil que viene*», Libro del Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1999, pág. 819; Conclusiones de las XXV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Recife 2016; Conclusiones de la II Conferencia Internacional y XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Salamanca 2018; Conclusiones del XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan 2019.

<sup>12</sup> Vid. FALCÓN, ENRIQUE M., «Tratado de Derecho Procesal Civil, Comercial y de Familia», Tomo III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

privadas, disponibles en la actualidad. Ello, tanto para la realización de alguna diligencia a distancia como, también, para la realización de audiencias preliminar o de vista de causa. De manera que ya no se trata de la grabación o digitalización de una audiencia presencial sino, derechamente, de su celebración virtual.

La presencia física del magistrado es prácticamente ingénita a la oralidad y a la intermediación clásica que regula cuanto ordenamiento hemos citado. Además de las ventajas que la intermediación presencial reporta y se han descrito, se reconoce que el intercambio oral y presencial mejora la comunicación, facilita el entendimiento, la objeción y alegación. Dicha interacción personal directa permite, asimismo, que el magistrado observe el lenguaje corporal o gestual (gestos, vacilaciones, expresiones, rubor, etc.), o ciertas actitudes omisivas, obstructivas o hesitativas de los sujetos que participan en la audiencia y extraiga, también, argumentos de valoración de la conducta procesal desplegada por las partes.

Destacada doctrina sostiene que la comunicación es mucho más que las palabras que emitimos; éstas forman una pequeña parte de nuestra expresividad como seres humanos. Las investigaciones demuestran que en una presentación ante un grupo de personas, el mayor porcentual de impacto se produce por el lenguaje corporal como la postura, gestos o contacto visual.<sup>12</sup> Por ese andarivel, se supone –o se teme– que aquellos condimentos de la presencialidad pierdan su esencia en una audiencia virtual que se limitará al recuadro que reproduzca una pantalla o monitor.

Pero tales inquietudes –que tienen miga, por supuesto– no deben ser un obstáculo al recibimiento de esta forma de intermediación. Frente a las necesidades de la hora, con una emergencia sanitaria cuyo fin no puede aventurarse, y también potencialmente hacia adelante cuando aquélla termine, la aludida intermediación no presencial, amparada en sistemas tecnológicos que brinden garantía de fiabilidad y seguridad en la transportación de datos, se posicionará seguramente en el casillero de los beneficios.

## LA INMEDIACIÓN REMOTA

La intermediación remota no es estrictamente un fenómeno reciente. Quizá no como regla, sino como alternativa, medio coadyuvante o en paralelo con la intermediación presencial, la videoconferencia y declaraciones a distancia han sido motivo de estudio por la doctrina y objeto de tratamiento en numerosos encuentros científicos.<sup>13</sup>

La utilización de esta modalidad de intermediación se encontraba en desarrollo y expansión mucho antes de la pandemia. En España, por ejemplo, el cumplimiento de la intermediación presencial obligatoria (art. 137 LEC) puede reemplazarse por la intervención del juez en medios telemáticos, de acuerdo a lo que dispone el art. 299 de la Ley Orgánica.<sup>14</sup> Relata Reiling (2011), que la videoconferencia es utilizada por los tribunales en Europa cada vez con mayor frecuencia y hay legislación que la ha hecho obligatoria. Es de mucho uso en Australia debido primordialmente a las distancias; la ventaja es que las personas no tienen que desplazarse –no sólo los testigos, sino también los expertos y las partes–. Técnicamente, dice esta autora, la video conferencia es más fácil de implementar pues es una instalación autónoma que no requiere de mucha adaptación en los procesos de trabajo.<sup>15</sup> En Brasil, país que en Sudamérica es pionero en el proceso electrónico, hace un lustro que tales audiencias se llevan a cabo en supuestos especiales.

Se predica, a favor, que la videoconferencia compele al cumplimiento de la intermediación por parte del juez, permite la declaración a distancia cuando el sujeto no pueda trasladarse, facilita que sea el juez de la causa quien reciba la declaración en la prueba comisionada, es de provechosa aplicación en conflictos donde los declarantes residen traspasando las fronteras o cuando están involucradas personas vulnerables<sup>16</sup>, proporciona la intervención de quien está postrado o imposibilitado, sirve de salvaguarda ante la posibilidad de fracaso o postergación de la audiencia, reduce los tiempos y costos de traslado, entre tantas otras. Es cierto que, en sus primeras aproximaciones, la videoconferencia se diseñaba a partir de la recepción de declaraciones a distancia y no ya, o no tanto, para las audiencias plenarios o de vista de cau-

<sup>13</sup> PEYRANO, JORGE W., «La prueba entre la oralidad y la escritura», Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Gandia y Valencia 2008, /vol 1, 2008, pág. 149 en <https://dialnet.unirioja.es>; Del mismo autor: «Nuevos horizontes de la oralidad y de la escritura» en Principios procesales, Tomo II. Rubinzal Culzoni, 2011. *Vide etiam* Ponencias Generales y las Conclusiones del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe 2011 y Ponencias y Conclusiones del XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan 2019.

<sup>14</sup> Art. 299 LOPJ: «... 2) Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención... 3) Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. En estos casos, el letrado de la Administración de Justicia del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión

o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo».

<sup>15</sup> REILING, DORY, «E-Justicia: experiencias con las tecnologías de la información en los tribunales de Europa» en «Buenas prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la administración de justicia», compilada por José A. Caballero, Carlos Gregorio de Gràcia y Linn Hammergren, (2011), págs. 80 y 87, <http://www.ijjusticia.org>.

<sup>16</sup> La Argentina aprobó, por ley 27.162, el «Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia». Asimismo, en las «Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad» (con más de diez años desde su adhesión en el país), se prevé la posibilidad de la no presencia del sujeto vulnerable en audiencia pública, recomendándose la videoconferencia.

<sup>17</sup> CAFFERATA NORES, JOSÉ I., «De los estrados tribunalicios a los estrados cibernéticos, el ciberjuicio», en revista «Consecuencias jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia de COVID 19», La Ley, Thomson Reuters, e-book, pág. 140, <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/blob?bloguid=i99BC68BAC12C18222DA1BE478256603F>.

sa. Pero, en los últimos años, se ha extendido a la realización íntegra para audiencias generales.

Claro que, desde otro costal, preocupa la probable pérdida de espontaneidad en los interlocutores, la falta de frescura o libertad en las declaraciones, el indirecto contacto ocular y hasta la no apreciación del ambiente y clima del juicio que, en persona, se percata mejor en el ánimo de los participantes. Ello, particularmente, en la audiencia de debate y prueba.

Tales inquietudes sobre la intermediación distante han sido descritas por Cafferata Nores (2020) para el proceso penal, en tanto –dice– se «afrentará inicialmente una fuerte demanda en lo tecnológico y procedimental para procurar mantener las virtudes de la <presencialidad>, la fiel percepción de los aspectos verbales y no verbales de lo que en el debate se haga y se diga (inmediación) y el útil ejercicio del derecho de confrontación (contradicción), virtudes que pueden quedar más satisfechas con la intermediación clásica personal. Y por estos motivos serán el espacio más propicio para la discusión y probables reformas legislativas, a las que se sumará la publicidad que, si bien aparenta ser de más sencilla solución, tampoco lo es».<sup>17</sup>

Reconociendo que tales cuestiones son atendibles y en cierto modo pueden mermar algunas virtudes de lo presencial, cabría hacer un distingo –al menos para el proceso civil– de dos momentos de actuación: uno en pandemia, donde la virtualidad se yergue en algo prácticamente indispensable y otro luego, post-pandemia, en el que la intermediación remota se habrá incorporado definitivamente a nuestras prácticas como una herramienta complementaria.

En el actual estado de cosas y en el trance de distanciamiento obligatorio al que nos somete el virus COVID 19, tendremos que agudizar el ingenio, ser comedidos en sacrificar ciertos detalles del proceso civil clásico y asumir que el servicio jurisdiccional debe prestarse a todo evento. Habrá que calibrar situaciones, sopesar las urgencias, escrudinar los bemoles del caso concreto y, garantizando el debido proceso, facilitar la utilización de la in-

mediación remota. Tal vez primariamente no responda a los cánones de una intermediación ideal sino a una posible; sus ribetes resultan hoy, en el contexto, más pragmáticos que dogmáticos.

Ahora bien, si como hemos dicho, la intermediación depende en gran medida de una actitud conductual del magistrado y del compromiso que éste tenga con la eficacia y efectividad del proceso, el acudimiento a las TIC para una intermediación remota se utilizará responsablemente, cuando sea necesario, con la mayor interlocución posible, poniendo énfasis en la expresión y recepción, tratando por todos los medios –y los modos– de cohonestar la no presencia física.

Ínterin, las TIC de que se disponga tendrán que avanzar hacia una alta calidad de imagen y velocidad de conexión, donde la comunicación sea fluida, sin interrupciones, ni latencia o *delay* conformándose así una presencia virtual análoga a la presencial; también, eso sí, brindar garantías de confiabilidad sobre la información, conservación de datos y no alteración de lo que se registre.

Una audiencia virtual bien conformada, en tanto se aproxime o permita –con fidelidad de imagen y sonido– percibir las pausas en la alocución, la postura corporal, el mensaje ocular, la cronémica, cinésica y aspectos paralingüísticos de quien declara o tiene la palabra, puede equiparar las impresiones comunicacionales de la presencialidad. Incluso la opción no es de hierro, porque puede combinarse lo presencial y virtual, en el mismo acto, en todo o en parte.

Dar el paso hacia esta variante de intermediación o, mejor, ampliar la intermediación, no dejará de ser un reconocimiento a las ventajas de este principio que compromete la intervención personal y directa del magistrado (física o virtual, pero con presencia al fin), lo que marca un abismo entre el juez participativo de hogaño y aquél del siglo pasado, solitario, encerrado en su despacho, sin contacto con las partes o abogados.

Tiempo ha, sin imaginar la crisis pandémica que nos azota, sosteníamos que



<sup>18</sup> ARBERIO-GARCIA SOLA, op cit. Pág. 98.

se requiere abordar la intermediación desde el nuevo escenario que plantea el crecimiento poblacional, la judicialización creciente de la vida social –con su correlato en el aumento mayúsculo de la tarea judicial y morosidad– como, en modo paralelo, el surgimiento de nuevas herramientas tecnológicas que brindan posibilidades de remedar la intermediación física del juez en las audiencias, con su presencia virtual.<sup>18</sup> Probablemente, a futuro, la intermediación virtual se consolide y los pruritos irán menguando, lo que no implicará, por supuesto, reemplazar o abandonar la intermediación presencial.

De suerte tal que, cuando cese el peligro sanitario y el distanciamiento termine, la intermediación remota se habrá constituido en un recurso más –coadyuvante– para el desarrollo del proceso y mejoramiento del servicio, claro que no será –ni puede ser– la regla para todos los casos y en cualquier tipo de conflicto.

Por último, la definitiva inserción de las TIC en el proceso y sus ventajas, bajo el prisma de las garantías de acceso a la jurisdicción y a la tutela efectiva, debe estar al servicio de los justiciables antes que para comodidad de los funcionarios. El riesgo de obnubilarse –o equivocarse– con la intermediación remota, al conjuro de estar a la vanguardia, será el de caer en la cotidiana facilidad o confort de no asumir, cuando quepa, la dirección presencial. Y entonces nada habremos ganado, será que avanzamos en realidad retrocediendo. ■



**EFFECTOS DE LA PANDEMIA SOBRE  
LA INSOLVENCIA Y SOBREENDEUDAMIENTO  
DE PERSONAS HUMANAS.  
REFLEXIONES A PARTIR DE RECIENTES  
PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES**

**DR. GABRIEL OSCAR ABAD**

JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DE DISTRITO EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA 6ª NOMINACIÓN DE SANTA FE



*Entendemos que la situación de pandemia generada por el COVID-19 generará y agravará situaciones de insolvencia y sobreendeudamiento de las personas humanas. Dicha situación, a la que cabe añadir la insuficiencia del legislador para normar toda la problemática, determinará un incremento de pretensiones judiciales que girarán en torno a procesos colectivos e individuales. Frente a dicho escenario se analizan las posibles respuestas judiciales, especialmente a partir de recientes pronunciamientos jurisprudenciales de los tribunales provinciales.*

## **I. Introducción**

En el presente trabajo intentaremos analizar las posibles respuestas jurídicas a brindar frente a las posibles hipótesis de insolvencia y sobreendeudamiento de las personas humanas que hayan sido generados o bien agrava-

dos a consecuencia de la situación de pandemia del COVID-19.

Es que la situación actual, de público conocimiento a nivel mundial, no sólo que proyecta sus efectos en lo estrictamente sanitario, sino que genera importantes consecuencias económicas en todos los países, y con mayor razón, en los no desarrollados como sucede en nuestro caso.

No parece necesario tener que realizar mayores precisiones en torno a la candente crisis, a la incesante pérdida de cuantiosas fuentes de trabajo, y al quiebre general de la cadena de pagos, escenario que afecta directa o indirectamente a toda la población, así como a las estructuras empresarias.

Y en este contexto, que más allá de la normativa de emergencia que el Estado dicta en determinados sectores y rubros para intentar paliar los perniciosos efectos, la configuración de la insolvencia o el sobreendeudamiento de las personas físicas no sólo que tiene y tendrá un inusual crecimiento exponencial (cuantitativo y cualitativo), sino que incidirá además en la sociedad toda.

El panorama además, adquiere una connotación especial, considerando que la mayor afectación aparece sobre personas que asumen el rol de consumidores, ubicados en una situación de reconocida desigualdad estructural, y consecuentemente merecedores de una especial tutela constitucional y legal (art. 42 c.n., Ley 24.240, cc).

Frente a este presente entonces, intentaremos analizar las respuestas que da el ordenamiento jurídico, tanto desde la órbita de la apertura de procesos colectivos como de las pretensiones individuales, especialmente a partir de recientes precedentes jurisprudenciales, indagando sobre algunos aspectos que pudieran generar controversias, pero además, reflexionando sobre el ejercicio de herramientas que permitan compatibilizar adecuadamente los intereses en danza, no con ánimo de dar una respuesta acabada, ni una completa sistematización, sino con la sola pretensión de reflexión y aporte de ideas que contribuyan al debate.

## CITAS

<sup>1</sup> Entre otros: Régimen de sobreendeudamiento para consumidores de la Dra. Negre de Alonso, con media sanción del Senado de la Nación el 2/11/2011; o incluso el reciente Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

## II. El proceso universal frente a la insolvencia de las personas humanas

### II. 1. La concursabilidad de personas humanas

Liminarmente cabe señalar que nuestro sistema concursal actual (Ley 24.522 y cc., en adelante L.c.q.) no distingue entre la insolvencia de una persona jurídica y de una persona física. Y que en esa misma tesitura, tampoco diferencia sustancialmente entre la situación de insolvencia de una empresa o de un consumidor.

Ello determina que, aún sin dejar de reconocer que la legislación fue pensada primigeniamente para dar solución a la problemática generada en torno a la cesación de pagos de un comerciante o empresario, con la consiguiente multiplicidad de intereses allí involucrados; lo cierto es que la misma normativa resulta susceptible de aplicación (salvando las lógicas distancias de cada caso) también a toda persona física, ello a partir de la ausencia de un régimen de aplicación especial (como sucede por ejemplo con el Régimen de Fideicomiso para entidades deportivas –Ley 25.284–), así como por la falta de exclusión dentro de los presupuestos subjetivos para la presentación o pedido de apertura de un concurso preventivo o quiebra (art. 2 L.c.q.).

Esta situación, quizá antes pasada desapercibida por las limitadas presentaciones, hoy resulta ser un fenómeno bastante usual, no sólo en nuestro fuero santafesino, sino en todo el ámbito nacional, e incluso reproducido en el derecho comparado.

Haciendo eco de ello, y consientes de la insuficiencia o inconveniencia de la aplicación de la normativa general, la doctrina especializada se ha enfocado en la cuestión, e incluso se han propiciado numerosos proyectos legislativos especiales que aún no han prosperado<sup>1</sup>.

En este escenario, corresponde a los jueces la tarea de dar respuesta par-

particular, aplicando el régimen general y especial, y en su caso, adaptando el mismo a las concretas circunstancias de cada causa, ello en un adecuado y armónico diálogo de fuentes (art. 2 Código Civil y Comercial).

## **II. 2. La particular problemática que subyace al concurso o quiebras de personas humanas**

Desde el marco fáctico precedentemente expuesto, no se puede soslayar que la problemática de la cesación de pagos de una persona física, tal como lo hemos adelantado en la introducción, en la mayoría de los supuestos implica el juzgamiento del fenómeno conocido como «sobreendeudamiento de un consumidor»<sup>2</sup>, con la imperiosa necesidad de consideración de este especial carácter, el que determina una especial tutela constitucional y legal (art. 42 CN, 24.240 y cc).

El punto es cuestión es que, en una descripción netamente objetiva, se observa que la directa aplicación del régimen falencial a una persona física, que normalmente no cuenta con más ingresos que sus salarios mensuales como personal dependiente, implica en lo trascendente la decisión de incautación de un limitado porcentaje de sus ingresos (el 20%), durante el término de un año, ello en razón de la rehabilitación legal (art. 236 L.c.q.), instituto que opera de pleno derecho, y aún con independencia de cualquier declaración judicial<sup>3</sup>.

Así entonces resulta que, con dicho límite legal de incautación, tanto en lo cuantitativo como en lo temporal, la persona fallida logra no sólo incrementar sus eventuales ingresos a percibir durante el período de inhabilitación (puesto que ya no se le aplicarán por imperio legal los descuentos voluntarios pactados para la restitución de créditos), sino que además consigue liberarse definitivamente del pasivo falimentario, obteniendo lo que en la práctica se ha denominado como «limpieza de su recibo de sueldo» y obteniendo un «*free start*» para lo sucesivo. Por lo demás, las sumas incautadas en raras ocasiones superan los gastos de justicia, quedando los acreedores generalmente sin percibir sus respectivas acreencias.

<sup>2</sup> En rigor de verdad, cabe tener presente que existen diferencias conceptuales, no siempre que exista sobreendeudamiento habrá insolvencia (ver: Japaze María Belen «Sobreendeudamiento del Consumidor», Editorial Bibliotex, Tucumán, 2016).

<sup>3</sup> CSJN 2/2/2010, «Barreiro s/quiebra».

<sup>4</sup> Ver: Cam. Civ. Com. Rosario, Sala 4, 4/9/2019 «Fernández Edgardo Fabián s/solididad de propia quiebra» (CUIJ 21-02912315-9), que mantiene un criterio aperturista resuelto en anteriores precedentes.

<sup>5</sup> ROUILLON, ADOLFO «Régimen de Concursos y Quiebras», Astrea, anotación al art. 86 LCQ.

<sup>6</sup> Cam. Civ. Com. Rosario Sala 2, 19/3/2018, «Forni María Fernanda s/ propia quiebra».

### II. 3. Las respuestas judiciales

La objetiva situación descrita en el punto anterior, ha derivado en un incipiente desarrollo jurisprudencial, muchas veces contradictorio, que discurre entre la decisión de ordenar sin más la apertura del proceso de quiebra por el sólo pedido del deudor (y ante su sola manifestación de insolvencia), o bien por resolver su rechazo, esto sobre la base de considerar una eventual inidoneidad del procedimiento, o bien por entender presente un supuesto de abuso del derecho.

En la clásica respuesta, carácter que en modo alguno le resta actualidad y vigencia (así lo consideran desde antaño y en la actualidad por ejemplo, algunas Salas de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario<sup>4</sup>), se ha entendido que frente al propio pedido de quiebra de una persona física no correspondería en principio efectuar mayores indagaciones y resolver la apertura del proceso universal.

Se ha sostenido que sólo por tratarse de un sujeto concursable, y en la consideración de que la propia confesión de la cesación de pagos efectuada en su pedido, resultaría ser un hecho revelador de la misma, no cabría sino hacer lugar a la pretensión.

Esta postura reproduce en parte la opinión de Rouillón, en el sentido de que la confesión judicial del estado de cesación de pagos revestiría la máxima eficacia probatoria acerca de la existencia de la insolvencia<sup>5</sup>.

Sin embargo, desde otro costal, echando mano del instituto del abuso del derecho (antes art. 1071 Código Civil, hoy art. 10 del Código Civil y Comercial), se ha considerado que el pedido de propia quiebra podría constituir un ejercicio antifuncional en determinadas hipótesis de inexistencia, o insuficiencia de bienes a liquidar<sup>6</sup>.

Esta posición, expone la problemática analizada por parte de la doctrina especializada que entiende que si la sola presentación del deudor pudiera

resultar suficiente para acreditar el presupuesto objetivo de cesación de pagos, se podría llegar a una hipótesis extrema de comerciantes inescrupulosos que pudieran aprovecharse del instituto concursal para perjudicar a los acreedores<sup>7</sup>.

Entendemos que esta preocupante situación se agrava en los tiempos que corren, y que resulta preciso entonces evitar situaciones que pudieran resultar ilegítimas y disvaliosas.

Además, el propio art. 11 L.c.q. impone en su art. 2 la necesidad del peticionante de «explicar las causas concretas de su situación patrimonial».

Como muestra de una intención de poner un freno a eventuales prácticas abusivas, resulta útil traer a colación un interesante análisis efectuado en la causa «Lencinas» de la Cámara Civil y Comercial de Reconquista, en la cual se puso de relieve la imperiosa necesidad de demostrar que el sobreendeudamiento de una persona física no tiene su causa en un previo obrar desaprensivo e irresponsable<sup>8</sup>, a lo que se podría agregar de mala fe, todo como un presupuesto previo para poder disponer la apertura del proceso falencial.

En nuestro entender, y en esta misma línea, nos parece indiscutible la facultad del juez de ordenar las medidas de impulso y de investigación que resulten necesarias para determinar la real situación que precede a la denunciada insolvencia, ello más allá de la propia manifestación del fallido<sup>9</sup>.

Recientemente y en un par de elaborados pronunciamientos, la Sala 1 de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe ha avanzado en esta dirección en las causas «Urbano»<sup>10</sup> y «Franco»<sup>11</sup>, ratificando no ya la facultad, sino estableciendo un deber del Juez de analizar el cumplimiento de los presupuestos de apertura, entendiendo insuficiente la mera invocación de la cesación de pagos del deudor.

Es claro que la interpretación de la exigencia de dicho mandato, no se en-

<sup>7</sup> MARTORELL, ERNESTO EDUARDO «Tratado de Concursos y Quiebras» Tomo 1, Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 323; HEREDIA, PABLO «Tratado Exegético de Derecho Concursal» Tomo 1, Abaco, Buenos Aires, 2000, pág. 223; VEDROVNIK, MARCELO «Sujetos concursales», Nova Tesis, 2011, pág. 73.

<sup>8</sup> Cam. Civ. Com. y Lab. Reconquista 21/10/2014, «Lencinas Luisa s/quiebra».

<sup>9</sup> GRAZIABILE, DARÍO «Régimen Concursal Ley 24522», Tomo III, Buenos Aires, La Ley, 2014, pág. 145.

<sup>10</sup> Cam. Civ. Com. Santa Fe, Sala 1, 21/10/2019 «Urbano Marcelo Alejandro s/solicitud de quiebra».

<sup>11</sup> Cam. Civ. Com. Santa Fe, Sala 1, 20/4/2020, «Franco Víctor José s/solicitud de propia quiebra».



<sup>12</sup> Sobre el particular ver: Cam. Civ. Com. Sala 3, 17/5/2019, «De la Vega María Angélica s/quiebra», con cita de otros precedentes de la misma Sala, en donde se descalifica la decisión de primera instancia de rechazar un pedido de quiebra sin ingresar en las constancias concretas de la causa.

dereza sino a determinar en concreto la eventual existencia de un uso disfuncional de la pretensión falencial, la cual claro, no corresponde decidir en abstracto (por la sola insuficiencia de bienes a liquidar), sino sólo en razón de las particulares circunstancias que se presenten en cada caso<sup>12</sup>.

De ahí que con idénticos fundamentos, en el primer precedente se dispuso la apertura del proceso falencial, revocando el pronunciamiento de grado («Urbano»); mientras que en el segundo, se confirmó el rechazo de la apertura que había sido dispuesto en primera instancia por considerar presente una pretensión abusiva («Franco»).

El estudio de estos interesantes precedentes, parece indicar que lo relevante para la cuestión, sería la constatación de un sobreendeudamiento que podría resultar del tipo activo o bien pasivo. Al primero, el propio tribunal sentenciante lo caracteriza como aquel en que se ha ingresado a través de voluntarias adquisiciones de bienes de consumo o de servicios, sin atender a la capacidad de pago, lo que equivaldría a un uso cuanto menos imprudente o derechamente malicioso.

Por el contrario, en la segunda modalidad, el sobreendeudamiento pasivo sería aquel en que la imposibilidad de cumplimiento tendría otras causas externas, al menos en concurrencia, como ser la pérdida de un empleo, la enfermedad, invalidez, muerte, divorcio, etc.

Resulta indudablemente el sobreendeudamiento activo es el que pudiera en principio tipificar un ejercicio antifuncional, que lógicamente corresponde evitar, debiendo para ella analizar en concreto las causas de la cesación de pagos, y su caso, desestimar la apertura falencial, sobre las bases fácticas que así lo justifiquen.

Ahora bien, no se puede dudar que en los tiempos que corren, la situación de pandemia generada por el COVID-19, y los efectos económicos ya referidos, configurarán una causa, o al menos una concausa, en eventuales sobreendeudamientos de personas físicas que se ven venir, extremos que será ne-

cesario considerar a los fines de dar la respuesta judicial que se ajuste a las circunstancias de cada caso.

### **III. Las respuestas individuales frente a la insolvencia o dificultades económicas de las personas humanas**

Es claro que más allá de la eventual posibilidad de apertura de un proceso universal (quiebra o concurso preventivo), el sistema jurídico también presenta innumerables herramientas previstas para la situación de insolvencia o de dificultades económicas que inciden en el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

A las clásicas respuestas brindadas por institutos tales como la imprevisión contractual, corresponde añadir la posibilidad de renegociación y adecuación contractual previstas por el Código Civil y Comercial (art. 960, 1011, cc), todo en la línea no sólo con el principio de conservación del contrato, sino además con el paradigma de la prevención del daño injusto (art. 1710 y cc).

En efecto, las dificultades que acarrea el sobreendeudamiento, las que pueden incluso agudizarse a partir de la reducción de ingresos, podrían generar la producción y/o agravamiento de daños tanto en la propia persona del deudor como en su grupo familiar (la obtención de ingresos mínimos para satisfacer las necesidades básicas), presentes y futuros, lo que se podrían evitar a partir de la adopción de las medidas adecuadas que pudieran ayudar a transitar la crisis.

Desde el escenario descrito, resulta interesante traer a colación dos recientes pronunciamientos de tribunales rosarinos, en los cuales, sin perjuicio de desestimar las pretensiones individuales propuestas por los accionantes sobreendeudados, se dispusieron oficiosamente medidas de prevención del daño.

El primero al que queremos referir, es el caso «Hang» resuelto por la Jueza

<sup>13</sup> Juzg. Civ. Com. N° 13, Rosario, Resolución N° 216, 8 /6/2020, «Hang Daniela s/medida autosatisfactiva», inédito.

<sup>14</sup> Juzg. Civ. Com. N° 14 Rosario, 26/6/2020, «Ramírez Gustavo c/Municipalidad de Rosario s/otras diligencias», inédito.

del Juzgado de 1ª Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial N° 13 de Rosario<sup>13</sup>, en el cual la accionante pretendía mediante una demanda autosatisfactiva, el dictado de una orden judicial que imponga un límite al alcance de los descuentos que su empleadora efectuaba en su recibo de salarios, con sustento en códigos autorizados con anterioridad por la propia demandante.

En sus considerandos la magistrada entendió que dichos descuentos se encontraban dentro del tope autorizado por la normativa específica aplicable (Decreto 2420/2011 reglamentario del art. 54 de la Ley 12.510 de Santa Fe), y en consecuencia resolvió desestimar la pretensión autónoma.

Ahora bien, advirtiendo la palmaria situación de endeudamiento de la reclamante, agravada a la luz de las circunstancias del COVID-19, consideró necesario el ejercicio oficioso de una tutela judicial preventiva conducente a evitar un daño futuro, o a morigerar un daño en curso.

Sobre dicha base, reencauzó oficiosamente la pretensión, despachando un mandato preventivo para que la empleadora de la accionante, la Municipalidad de Rosario, identifique los acreedores beneficiarios de los códigos de descuentos que pesaban sobre los haberes, para fecho ello: *«...ordenar a la actora y a sus acreedores beneficiarios...renegocien de buena fe el reembolso de los préstamos involucrados, debiendo incluir en dicha tarea la forma de pago de las cuotas de los préstamos y el porcentaje de afectación del salario que garantiza el repago, todo lo cual deberá ser informado a este tribunal a los fines de valorar el negocio habido por las partes y disponer lo que por derecho corresponda...»*.

El restante caso que queremos analizar es «Ramírez», resuelto por el Juez del Juzgado de 1ª Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial N° 14 de Rosario<sup>14</sup>. Aquí la pretensión actoral era también del tipo autosatisfactiva, y se pretendía una decisión judicial tendiente a reducir los descuentos que afectaban al recibo de salarios hasta el límite de la embargabilidad (es decir el 20%).

En similares consideraciones a las del fallo precedente, el Juez dispuso aquí desestimar la pretensión autosatisfactiva, pero sin embargo, advirtien-

do también una real situación de sobreendeudamiento del accionante, re-encauzó la pretensión hacia una decisión judicial innovativa, preparatoria y sujeta al plazo de caducidad del art. 286 C.P.C.C.

Sobre dicho anclaje legal, y procurando garantizar un mínimo de ingresos que permita al actor y su grupo familiar una digna subsistencia, dispuso bajo previa justificación de contracautela, limitar los descuentos voluntarios sobre el recibo de haberes, ello a modo de cautelar preventiva de una posterior acción judicial de renegociación y/o revisión de los respectivos contratos.

Como se advierte de los auspiciosos precedentes citados, vemos que se valoriza la vía de la renegociación contractual o la adecuación contractual como una herramienta tendiente a tutelar al tomador del crédito inmerso en un sobreendeudamiento, buscando alternativas que le permitan superar la coyuntura, asumiendo expresamente facultades oficiosas que el propio ordenamiento prevé para los jueces, todo en miras a evitar el acaecimiento de un daño injusto.

Así en el primer caso, la magistrada directamente ordena una renegociación extrajudicial, limitada en lo temporal, y sujeta además al cumplimiento del deber de información; en el segundo, el juez avanza un poco más y dispone una medida preventiva del tipo innovativa, a suerte de cautelar, aunque condicionando la misma a la necesidad una posterior interposición de una acción judicial principal de adecuación o revisión de los respectivos vínculos contractuales en crisis (bajo lógicos apercebimientos de caducidad).

Los dos precedentes nos parecen novedosos y brindan un claro reconocimiento, no sólo de las alternativas individuales extrajudiciales de superación de una insolvencia o dificultad económica coyuntural, que seguramente se multiplicaran en estos tiempos de pandemia, sino además de las facultades y deberes judiciales en orden al principio de prevención del daño, revisión y adecuación de términos contractuales.

No resulta ocioso destacar que más allá del resguardo de los mínimos ingre-

Efectos de la pandemia sobre la insolvencia y sobreendeudamiento de personas humanas.  
Reflexiones a partir de recientes pronunciamientos jurisprudenciales

sos de subsistencia de la persona física (cuestión que constituye la amenaza de daño, y la urgencia del caso), sujeto débil beneficiario de una especial protección, la renegociación individual constituye también un importante incentivo también para el acreedor, ello en miras a evitar una eventual apertura de un proceso falencial que, como vimos, seguramente reducirá sustancialmente las posibilidades de recupero de su crédito.

Por lo demás, y ante supuestos que pudieran involucrar intereses individuales homogéneos, la tramitación como proceso colectivo resultará especialmente idónea para lograr la misma finalidad, con mayor eficiencia y economía procesal, pero claro, resulta ser un tópico que requiere mayores precisiones y que naturalmente excede a estas breves reflexiones.

#### **IV. A modo de conclusiones**

En el presente trabajo hemos intentando analizar ciertos aspectos jurídicos en relación a la problemática de la insolvencia o sobreendeudamiento de personas humanas, situación que se claramente agrava en estos tiempos de pandemia.

A la luz de recientes pronunciamientos judiciales hemos intentado describir las posibles respuestas, las que demuestran la necesidad de despojarse del apego a soluciones generales dogmáticas, buscando la adaptación a las circunstancias concretas que pudiera presentar cada caso, para, en función de ello, asumir incluso las facultades judiciales oficiosas en pos de brindar una decisión judicial que contemple todos los intereses en danza. ■



TRIBUNALES COLEGIADOS  
DE RESPONSABILIDAD  
EXTRACONTRACTUAL



# DIÁLOGOS SOBRE UN ARTÍCULO, PARA UNA REVISTA, EN UNA PANDEMIA

**DRA. VIVIANA CINGOLANI**

JUEZA DEL TRIBUNAL COLEGIADO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL N° 2 DE ROSARIO

**DR. JUAN JOSÉ BENTOLILA**

VOCAL DE LA CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO - SALA IV





**VIVI: — ¡Hola Johnny! ¿Cómo va?**

**JOHNNY: — ¡Hola Vivi! Bien, todo tranquilo. ¿Vos?**

**V. — Bien. Bah, harta de la pandemia. Y del humo por las quemadas en las islas. No veo la hora de que todo esto se acomode.**

**J. — Ni me digas. Estamos todos igual, tratando de ponerle onda.**

**V. — Che, te llamaba por el tema de la Revista.**

**J. — Uh sí, tenemos que hacer ese artículo.**

**V. — Bueno, por eso. Vence mañana.**

**J. — ¿Mañana? ¿Cómo mañana?**

**V. — Sí. Mañana. Mañana es 30. Te dije que vencía el 30.**

**J. — El tema es que no sabía que hoy era 29. Esta cuarentena nos reforzó esa sensación absurda de que todos los días son iguales.**

**V. — Bueno, eso no cambia que tenemos que mandarles algo. Vos ya habías empezado ¿no?**

J. — No, la verdad es que ni una palabra...

V. — **Ah. Estamos al horno porque yo tampoco.**

J. — La idea era...

V. — **El trabajo en los Colegiados de Daños durante la pandemia.**

J. — Fuero que ya la tenía difícil de antes.

V. — **Si, bueno... que siempre estuvimos saturados de laburo ya lo hemos dicho (y mucho). Me parece que lo que quieren ahora es que hablemos acerca de cómo impactó la pandemia en nuestra forma de trabajar.**

J. — ¿Te dijeron eso o es lo que vos pensás?

V. — **Lo hablamos por zoom en el medio de muchas otras cosas. Al menos es lo que yo entendí. Esto de virtualizar nuestras vidas en módulos de cuarenta minutos ha restado margen para las sutilezas.**

J. — Sí. La virtualidad ha impuesto los tiempos del inconsciente hasta en la vida social. Una desgracia.

V. — **Tal vez podemos empezar diciendo que el fuero estaba complicado para después ingresar al tema de la pandemia.**

J. — Complicado suena a eufemismo. Cuando hicimos el relevamiento con el área de estadística para implementar la oralidad efectiva hasta ustedes se sorprendieron de los números.

V. — **Sí. Parece que fue hace tanto tiempo. Este año se me hace interminable.**

J. — ¿Y cuáles son los problemas derivados de la pandemia que han visto? Contame.

V. — **Bueno varios. Por empezar, esto complica mucho la realización de las audiencias de producción de prueba. Imaginate que varios de los jueces, funcionarios y abogados estamos dentro de los considerados grupos de riesgo.**

J. — Sí, hoy no parece ser una buena idea meter a un montón de gente en una sala cerrada. Pero de igual modo ¿no están usando algún soporte virtual? El otro día me conciliaron un expediente en una audiencia del 19 por *skype*, me sentí re tecnológico, Ja, ja.

V. — **Bueno ahí tenés, la audiencia preliminar la estamos tomando virtual y funciona bárbaro. De hecho, los abogados colaboran un montón para lograr conciliaciones porque saben de las dificultades que van (que vamos) a tener para celebrar las audiencias de producción de prueba. Y nosotros ponemos nuestro granito de arena ofreciéndoles fijarlas en cualquier momento.**

J. — Pero no entiendo por qué no hacen lo mismo con las de vista de causa.

V. — **Es que imagináte tomar declaraciones testimoniales o confesionales (con todo lo que implica el control de identidad que deben efectuar los se-cres), en las que no podemos estar totalmente seguros de que quien con-**

**testa realmente diga lo que piensa y no lo que otro (en la misma habitación y fuera del ángulo de la cámara) le está diciendo que diga. Una cosa es tener a las partes y sus abogados, otra distinta es hacer desfilar a testigos, peritos, reconocientes de documental...**

J. — Claro, parece que tiene complejidades técnicas adicionales. Para la toma de exámenes virtuales en la Facu estamos teniendo las mismas discusiones.

**V. — Si hasta ha habido problemas porque alguien decía que habría que dejar el acta impresa para firmarla después en el tribunal.**

J. — ¿Para qué? Pienso que alcanza con formalizarlo en el video que queda grabado en el sistema ¿no?

**V. — Bueno viste cómo es esto... no hay reglas y se van debatiendo y armando a medida que van apareciendo los problemas.**

J. — ¿Qué opción tenemos? Sin duda que hubiera sido más simple implementar los cambios sobre la base de un plan ordenado. ¿Te acordás que habíamos empezado con la notificación electrónica?

**V. — Si, bueno, ahí tenés. Los secres nos decían que había que dar mil pasos antes de lograr enviar una cédula.**

J. — Estoy casi seguro de que eso se pudo cambiar. Lo habíamos advertido en su oportunidad y lo resolvimos con la gente de informática. No te digo que el sistema arme la cédula automáticamente pero está bastante bien por lo que tengo entendido.

**V. — No sé, eso me dijeron. Además no descuides la resistencia al cambio que todos llevamos dentro (más los que no somos nativos informáticos).**

J. — Y también la tendencia medio persecutoria de ver fantasmas en las posiciones de los otros. Fijate cómo la pandemia ayudó a que trabajemos juntos de ambos lados del mostrador. En realidad, mejor, creo que nos mostró que no hay más que un solo lado.

**V. — Eso ni hablar. Los abogados están colaborando mucho para que esto siga funcionando de la mejor manera posible, y con muy poco margen por este contexto tan extraño.**

J. — De cualquier manera, es tecnología o nada. Si no podemos reunirnos, lo virtual es el apoyo indispensable para que podamos brindar el servicio.

**V. — Aunque no lo creas, no todos están tan convencidos. Estuve escuchando a algunos que decían que habría que volver al sistema escriturario.**

J. — Nah, ¿en serio?

**V. — Te juro.**

J. — Pienso que es un error...

**V. — Pero claro que es un error. Al menos como está hoy la cosa veo más de una posible respuesta alternativa. Vos sabés que cuando surgió (allá**

**lejos y hace tiempo) que iba a ser jueza de un tribunal oral me puse súper contenta. Porque me parece re importante que la persona a la que le vas a cambiar la vida te pueda mirar a los ojos aunque sea una vez.**

**J.** — Seguro. Además convengamos que todos hemos aprendido a hablar antes que a escribir. El que habla se posiciona en un lugar de franqueza que no se tiene cuando se escribe. Escribir es, de alguna manera, una actividad de ocultamiento, el producto es más meditado.

**V.** — **Pero sí. Ahora que los testimonios están grabados eso se nota muchísimo. Leer la declaración del testigo o verle la cara en persona y en el video son experiencias bien distintas.**

**J.** — Te voy a agregar, aparte, que volver a la escritura no resolvería el problema de la pandemia. Seguiría circulando el expediente que, después de haber pasado por todas esas manos antes de entrar a sentencia, es cosa mugrienta si las hay. Leí que en el plástico el coronavirus dura mucho y pensaba en las carátulas que en su momento estábamos tan contentos de haber implementado.

**V.** — **¿Cuánto?**

**J.** — ¿Cuánto qué?

**V.** — **Cuánto dura el coronavirus en el plástico.**

**J.** — Ah no sé... Varios días. Tres o cuatro (sí, creo que tres o cuatro). Estoy leyendo diarios todo el tiempo y ya me pierdo un poco entre tanto dato que aparece un día y es desmentido al siguiente. Pero era mucho de todas maneras. La verdad es que pensé «da igual, para estar seguro yo le paso alcohol al expediente y listo».

**V.** — **De igual modo, si sigue existiendo el expediente la gente tendría que venir al tribunal a buscarlo, y no evitaríamos justamente lo que hay que evitar.**

**J.** — Claro.

**V.** — **En su momento ustedes habían hablado acerca del expediente digital.**

**J.** — Uh, sí, eso sería fantástico. En la comisión de reforma del CPCC se incluyeron un montón de normas que tratan la introducción de nuevas tecnologías para el proceso. Es un eje fundamental del nuevo Derecho procesal.

**V.** — **Justamente, si hasta la utilización del mail (que ya es tecnología antigua para las nuevas generaciones) nos obliga a repensar los esquemas de trabajo. Parece una tontería pero hay tres casillas de correo en el juzgado y los abogados mandan sus escritos a todas o a algunas, la cuestión es que por las dudas se imprime todo y a veces hay actuaciones repetidas. Y encima, como no pueden abrirse desde otra computadora que no sea la designada, los secres (que son los que titulares de las cuentas) están a**

**full respondiendo consultas y recibiendo escritos que a veces ya están recibidos por otro. Ahora parece que les ponen mail a los prosecretarios también, pero tal vez convendría unificar todas las presentaciones en una sola dirección de correo, no sé...**

**J.** — Lo que pasa es que el sistema no había sido pensado para la recepción de presentaciones... De nuevo, la pandemia nos obligó a ser creativos con las respuestas en un contexto que no habíamos previsto.

**V.** — **Y nos forzó a resolver algunos problemas a los que, en otra situación, no hubiéramos enfrentado. ¿Viste que se suponía que el abogado iba a denunciar su domicilio electrónico en cada expediente (con la duplicidad de tareas de carga idénticas que eso implica y la posibilidad de error)? Bueno, hoy no hay queja respecto de usar la base de datos con los correos electrónicos que proveyeron los colegios.**

**J.** — Está muy bien. Creo que las decisiones que se han ido tomando están acertadas.

**V.** — **Si, ni hablar.**

**J.** — Ahora, volviendo a lo anterior, creo que tenemos que retomar esa idea de ir hacia la total despapelización. Fíjate que hoy los escritos se escanean y los mails se imprimen y se cosen al expediente. Yo creo que eso hay que revertirlo.

**V.** — **Si, pero no pienses que va a ser fácil.**

**J.** — Seguro. En el sistema penal tardaron su tiempo también en lograr desarticular la lógica del expediente.

**V.** — **Decime ¿no se podrá hacer que el profesional presente en formato digital directo al sistema? Así tal vez se pueda ir dejando de lado la impresión. Como cuando en los 90' se pasó del libro de cargos manual al computarizado.**

**J.** — ¿Te acordás de esos libracos? Yo cargaba en uno hace veinte años, cuando laburaba en la mesa de entradas de la Cámara de lo Contencioso Administrativo. Y en la transición también con (no en lugar de) el informático. Nuestra secre en aquel momento tenía miedo de que el electrónico se borrra y por eso llevábamos doble registración (ni te cuento todo lo que tuvimos que hacer para convencerla de jubilar el libro manual, ja ja).

**V.** — **Me acuerdo. A todos nos cuesta hacer esos cambios. Pero viste que muchos años después a nadie se le ocurre volver al libro manual.**

**J.** — Cierto. Supongo que lo que decís de la presentación directa al sistema se podrá. Hay que pedir que se evalúe. ¿Vos estás anotando todas estas cosas?

**V.** — **No, ¿por?**

**J.** — Porque después nos vamos a olvidar y hay que escribir el artículo para la Revista.

**V. — Tenés razón, la Revista...**

**J. —** Bueno pero eso. Pienso que de este problema se sale hacia adelante. No es momento de retroceder sino de buscar los mecanismos para incrementar la oralidad con apoyo en las nuevas tecnologías.

**V. — De lo que estamos diciendo creo entonces que si tuviéramos que definir el impacto más grande de la pandemia en nuestra forma de trabajar es que nos obligó a repensar nuestros métodos de manera abrupta.**

**J. —** Ni hablar. Todo este cambio lo hubiéramos hecho, pero habría llevado más tiempo. Ahora se nos vino encima y no nos queda otra.

**V. — ¿Llegaremos a ver un «expediente» que sea un formulario online con campos para completar? Al menos en las causas estandarizadas esto podría ser así. Hoy se hacen transacciones electrónicas más importantes y la gente no parece asustarse por eso.**

**J. —** Mirá Vivi, yo creo que es un excelente momento para instalar este debate. Si lo que buscamos es un servicio de justicia a la altura del siglo que transitamos, tenemos que reflexionar críticamente sobre nuestras prácticas e intentar ir derecho hacia ese esquema. Expediente digital, inteligencia artificial para la construcción de las respuestas... Hay experiencias en otras provincias (no te digo otros países, te digo aquí nomás) que han demostrado que esos cambios funcionan y llegan para quedarse.

**V. — Seguro, no se puede tapar el sol con la mano. Esas novedades van a venir y se van a quedar, nos guste o no, nos acostumbremos o las resistamos.**

**J. —** Es que, como está la cosa, es la única manera que vamos a tener para llevar al justiciable una respuesta en tiempo y forma. Como habíamos logrado en los últimos tiempos con el nuevo sistema de oralidad.

**V. — Yo tengo cierto optimismo.**

**J. —** Yo también. Creo que podemos mover un poco la estantería apoyando la idea de repensar todo esto; al final, tal vez se pueda lograr algo bueno de esta situación tan desfavorable.

**V. — Ah, antes de que me olvide, te tenés que sacar una foto.**

**J. —** Usemos la de otro año, vos siempre fuiste la fotógrafa oficial de la Revista, las tenés en tu archivo.

**V. — No, no... Este año queremos que las fotos sean desde las casas, para mostrar esta nueva forma de trabajar que estamos teniendo.**

**J. —** Matame. No hay chance de que les mande una selfie.

**V. — Dale, no seas mala onda... ¿Para qué protestás si sabés que vas a terminar haciéndolo?**

**J. —** Pero discrepando profundamente. ¿Y si mejor te sacás una foto vos mientras hablás conmigo? Técnicamente nos incluiría a ambos.

**V. — Si te hace feliz...**

J. — Mejor. Y, por cierto, ¿cómo lo decimos a todo esto? Para la Revista...

**V. — Digámoslo así...**

J. — ¿Así cómo?

**V. — Como lo estamos diciendo, desde la franqueza de la palabra hablada.**

J. — Pero ¿no te parece que habría que darle alguna forma? Nosotros somos desordenados para hablar

**V. — El equívoco es la base de la comunicación.**

J. — ¿Quién dijo eso?

**V. — Mi analista.**

J. — ¿Volviste? No me contaste.

**V. — La «nueva normalidad»: psicoanálisis por teléfono.**

J. — Sos tan de vanguardia... Si eso funciona cómo no vamos a poder con esto otro.

**V. — Me llaman para almorzar, ¿armamos algunas ideas para mañana?**

J. — Dale. Hablamos. Besote gigante para todos.

**V. — Beso grande para vos también. ■**



# LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL CONTAGIO DEL COVID-19

**DR. CRISTIAN OMAR WERLEN**

JUEZ DEL TRIBUNAL COLEGIADO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL N° 1 DE SANTA FE





*El impacto colectivo e individual del COVID-19 no puede mensurarse y se traduce en una nueva ruptura con un pasado que considerábamos estable. Como sociedad navegamos en un prolongado estado de incertidumbre frente a un novedoso riesgo sanitario que compromete derechos fundamentales, como la vida, la salud y las libertades individuales. Por estos días, mientras se confirman más de 685.000 muertos y casi 18 millones de infectados en el mundo, el director general de la Organización Mundial de la Salud, Tedros Adhanom Ghebreyesus, afirmó: «no tenemos una bala de plata en este momento y quizás nunca haya una cura». De este modo, el futuro se muestra como una gran incógnita y la ciencia parece que no puede ofrecer una respuesta –al menos, en el corto plazo– a esta incipiente pandemia.*

*Frente a ella, queda preguntarnos si el Derecho cuenta con los mecanismos necesarios para regular los conflictos heterogéneos que se suscitan a conse-*

*cuencia de la propagación de un virus que no reconoce fronteras espaciales ni temporales. En lo específico de la responsabilidad civil, la duda versa sobre la utilidad de sus funciones para enfrentar las más variadas situaciones lesivas que amenazan o se concretan en daños derivados de la transmisión de la enfermedad. A las dolorosas imágenes de ancianos y ancianas infectados con el virus en geriátricos, se suma la labor heroica del personal de salud de diferentes centros asistenciales que se encuentran expuestos como uno de los principales grupos de riesgos. La casuística resulta heterogénea, por lo que este comentario se limitará al análisis de la eventual responsabilidad de sujetos individuales como transmisores de la enfermedad, más allá de algunas referencias tangenciales a otros supuestos.*

### **1. Las transformaciones provocadas por una nueva «pandemia» cuyo origen permanece incierto y sus efectos adversos tampoco resultan previsibles**

La oms calificó al COVID-19 como un «pandemia», que es una expresión griega que significa –vaya paradoja– «reunión de un pueblo». En el caso, no hay dudas que esta epidemia –que además de aislarnos, se propagó por el planeta bañándolo de enfermedad y muerte– es un virus diferente, más agresivo y con un enorme efecto expansivo. Por ello y aun frente a la escasa información confiable que tenemos, se afirma –sin exagerar– que llegó para cambiar algunos de nuestros hábitos, para modificar «nuestra normalidad». En una reciente entrevista, el filósofo francés Étienne Balibar describió estos tiempos de pandemia, en los siguientes términos: «No habrá regreso al estado anterior. No lo tomo como una profecía, sino como la descripción de un estado de cosas. La crisis revela condiciones que se han vuelto incompatibles con la reproducción del régimen anterior»<sup>1</sup>.

Es cierto también que las tragedias existieron siempre, la historia de la humanidad muestra prolongados episodios de pestes, hambrunas y guerras, con miles de víctimas fatales. En *Madame Bovary*, Gustave Flaubert describe con su particular estilo las improvisadas extensiones que debieron efectuarse en los cementerios de los pueblos franceses ante muertes masivas. Era

#### CITAS BIBLIOGRÁFICAS

<sup>1</sup> *Clarín*, entrevista de Carolina Keve, publicada el 31 de julio de 2020.

<sup>2</sup> FLAUBERT, GUSTAVE, *Madame Bovary. Costumbres de Provincia*, traducción, introducción y notas de Jorge Fondebrider, pág. 140, nota 178, Eterna Cadencia Editora, Buenos Aires, 2014.

<sup>3</sup> CASTEL, ROBERT, *El ascenso de las incertidumbres*, Fondo de cultura económica, Buenos Aires, 2012, pág. 33.

<sup>4</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, Paidós, España, 1998; *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI editores, España, 2002; entre otras publicaciones del autor en las que desarrolla su tesis de la «sociología del riesgo».

necesario derrumbar muros y comprar varios acres de tierras linderas para recibir a los difuntos y darles sepultura. En las notas de esa obra cumbre de la literatura universal, el comentarista enumera tres grandes períodos de contagio del cólera que se produjeron en Francia durante el siglo XIX: el primero tuvo lugar entre 1832 y 1833 (es el que refiere la novela citada) y «dejó un saldo de 160.000 muertos y una marca profunda en la memoria popular. Hubo también otros dos momentos de epidemia en marzo de 1849 (16.000) y entre julio y septiembre de 1854 (99 muertos)»<sup>2</sup>.

Sin embargo, el «coronavirus» podría incluirse dentro de la categoría de los llamados «nuevos riesgos» –en este caso sanitario, pero que interactúa con otros, como los económicos–, caracterizados como peligros que amenazan a la sociedad moderna en su conjunto y además se encuentran «descontrolados», con proyecciones imprevisibles en el tiempo y espacio. Robert Castel en su obra titulada «El ascenso de las incertidumbres», alude a esta constelación de riesgos (la tercera, en su clasificación), entre los que incluye al efecto invernadero, el prion de la «vaca loca» y la exposición a productos tóxicos para la salud. Ellos son «las consecuencias nefastas que se producen como un efecto boomerang de los desarrollos de la ciencia y las tecnologías y de la explotación descontrolada de los recursos del planeta», que se multiplican y su gravedad es tal que «en adelante habría que pensar el porvenir de la civilización bajo el signo de la amenaza y no ya del progreso como en el tiempo de las ilusiones perdidas»<sup>3</sup>.

Estos peligros aparecen en un contexto de «incerteza científica», no solo en orden a los efectos del virus, sino porque el manto de dudas se extiende a sus orígenes, incluso en el seno de una comunidad científica que se muestra dividida y desconcertada. Se configura de este modo una vulnerabilidad antes desconocida para los individuos, una suerte de «*retorno a las catástrofes*», pero ya no provenientes de la naturaleza, sino de la misma actividad del ser humano. Si bien algunos autores proponen evitar una interpretación unilateral y paranoica, la mayoría reconoce la amenaza, la presencia de la «sociedad del riesgo» que describía Ulrich Beck en sus obras<sup>4</sup>, para quien estaríamos en este universo apoyados sobre una suerte de asiento eyectable, situación que nos conduce a una reflexión crítica sobre las dicotomías

fundacionales de la modernidad y la creencia de una ciencia infalible. A juicio de este autor, la globalización y proliferación de los «riesgos manufacturados» permite explicar el paso de un modelo social propio del siglo XIX y las primeras décadas de la pasada centuria, en el que el problema central era el de la distribución de la riqueza, al de los tiempos que nos toca transitar, cuyo eje de preocupación se ubica en el reparto de esos riesgos.

## 2. El Derecho de daños y el contagio de enfermedades

El COVID-19 afecta nuestras relaciones sociales, políticas, económicas y culturales, lo que determina un consecuente impacto sobre las diferentes ramas del Derecho. Resultaría suficiente pensar las adaptaciones que se deben realizar en materia contractual, laboral, concursal, para concluir en las necesarias implicancias jurídicas de esta pandemia.

En lo que atañe a la responsabilidad civil, los contagios masivos de enfermedades pueden constituir uno de «los grandes miedos» que enumera Martine Rémond-Gouilloud en el capítulo II de su libro «El derecho a destruir»<sup>5</sup>. Frente a ellos, este autor reconoce que «el Derecho tarda en adaptarse» y en general la materia termina por «sorprender a los juristas». Las dificultades en su abordaje resultan lógicas, en primer lugar porque «es difícil tener en cuenta en el Derecho un daño de envergadura planetaria», pero además nuestras decisiones se encuentran condicionadas por aquel contexto de *incertidumbre científica*, que en el caso de algunas enfermedades –el COVID-19 es una de ellas– persiste sobre sus causas y consecuencias. Aún con estas limitaciones, la existencia de un escenario de riesgos y daños –como el que atravesamos– constituye una problemática de interés jurídico, que justifica que la doctrina y jurisprudencia abordaran numerosos casos de responsabilidad civil por contagio de enfermedades, desde diferentes perspectivas.

A modo de simple referencia, pueden citarse algunas de las sentencias que se pronunciaron sobre la responsabilidad de los establecimientos médicos por transmisión de enfermedades a terceros, cuyos criterios resultarían

<sup>5</sup> REMOND-GOUILLOUD, MARTINE, *El derecho a destruir*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1994.

<sup>6</sup> PIZARRO, RAMÓN DANIEL, RCyS 2002, 450.

<sup>7</sup> SAGARNA, FERNANDO ALFREDO, LLBA 1998, 1321.

<sup>8</sup> SEGUÍ, ADELA, LL 1992-B, 1057.

aplicables (con adaptaciones) a las hipótesis de demandas contra centros asistenciales que incumplieron los protocolos de seguridad y aportaron la causa de contagios de COVID-19 al propio personal de salud, pero también a pacientes internados por otras patologías y personas allegadas a los mismos que contrajeran el virus por vía indirecta. La jurisprudencia nacional registra un interesante precedente de una enfermera que se contagió de tuberculosis en el hospital en el que trabajaba y derivó en un reclamo indemnizatorio de su nieta contra ese nosocomio, al contraer también la dolencia. La Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó la demanda de la nieta y aunque tuvo por acreditado que fue su abuela (la enfermera) quien le transmitió la enfermedad, consideró que no medió nexo causal entre la conducta atribuida a los responsables del hospital demandado y el contagio de la enfermedad a su familiar. El fallo generó una profunda crítica de la doctrina. En efecto, el profesor Pizarro consideró que al encontrarse acreditado el incumplimiento del deber de seguridad que pesaba sobre el establecimiento sanitario de la demandada, la cadena causal no se agota en el daño sufrido por su empleada, sino que debe incluir –como una consecuencia mediata previsible– «el contagio de familiares de la víctima inmediata (la enfermera)»<sup>6</sup>.

El COVID-19 presenta también algunos puntos de coincidencia con los diferentes casos de responsabilidad por contagio del VIH. No sólo por los vaivenes que en las décadas de los 70 y 80 del pasado siglo se suscitaron respecto de los orígenes del SIDA, que frente al aumento en las cifras de portadores y fallecidos llevó a algunos juristas a denunciar que «la ciencia médica deja mucho que desear a la hora de encontrar una respuesta a la enfermedad»<sup>7</sup>; sino a partir de la conmoción que suscitó la enfermedad en las diferentes áreas del saber, lo que obligaba a «repensar el derecho en función de nuevas realidades»<sup>8</sup>. En efecto, las dificultades a las que nos enfrentamos los operadores jurídicos para el análisis del nexo de causalidad cuando se produce un contagio por transfusión y que se materializan al «intentar acreditarse en forma certera y determinante la relación causa-efecto entre la enfermedad que sufre el paciente y el evento dañoso», no difieren –en lo sustancial– de las que tendremos que evaluar los jueces cuando nos encontremos frente a una reclamo indemnizatorio por COVID-19. Es cier-

to que en los casos de las transfusiones de sangre infectadas con el virus del SIDA se suman otras complejidades, como el «período ventana» en los donantes durante el cual resulta imposible detectar la presencia de la enfermedad en sangre (son los casos de «VIH latentes») y también la circunstancia que el daño que sufren las personas contagiadas del SIDA suele manifestarse mucho tiempo después de efectuada la transfusión, lo que torna dificultoso construir la de por sí compleja relación causal en la función de «autoría», ante la lógica posibilidad que la enfermedad reconozca otros orígenes. Estos precedentes no deberían descartarse en su aplicación analógica a los reclamos indemnizatorios que puedan presentarse por violación de la obligación de seguridad contra centros médicos asistenciales en los que se transmitió el «coronavirus», patología que también aporta sus complejidades en el análisis de la responsabilidad civil, como es el caso de los portadores asintomáticos.

Tampoco puede soslayarse la importancia que tiene la tutela preventiva del daño en la situación actual de pandemia. La incorporación de esta función en el Código Civil y Comercial constituye uno de los hitos más trascendentes en la evolución del sistema de la responsabilidad civil. Debe pensarse para estos casos que analizamos, en los que se vislumbra un daño previsible producto de una acción u omisión antijurídica, en la viabilidad de una acción inhibitoria (cautelar, urgente u ordinaria) que permita evitar un perjuicio injustificado o no agravar el que ya se produjo (artículo 1710 Código Civil y Comercial). La amplitud con la que nuestra legislación receptó esta herramienta de corte inhibitorio, fortalecida por la impronta constitucional de la cuestión (bastaría, remitirnos a la interpretación que la Corte Federal realiza de principio de «no dañar» que emana del artículo 19 de la Constitución Nacional), permite su aplicación de oficio, con los límites que prevé el propio ordenamiento (artículos 1713, última parte, 3 y concordantes del Código Civil y Comercial).

Formuladas estas reseñas, pasaré a exponer el tema específico de este comentario: la eventual responsabilidad civil de la persona que contagia a otra el COVID-19, analizada a la luz de los presupuestos de la función resarcitoria.

### 3. Algunas particularidades del COVID-19 en orden a los requisitos de la responsabilidad civil cuando se demanda a otra persona imputándole el daño sufrido por el contagio

El COVID-19 puso en jaque las instituciones esenciales, paralizando el funcionamiento de los poderes del Estado, provocó el cierre de escuelas, templos, servicios de transportes, empresas y comercios. Nunca antes sentimos la extrema necesidad de pensar y actuar colectivamente, porque ya no resulta suficiente que adoptemos medidas preventivas (higiene, distanciamiento social, uso de tapabocas) si no lo hacen también mis vecinas y vecinos, mis compañeras y compañeros de trabajo. Nuestros hábitos más cotidianos, aquellas tradiciones que creímos incorporadas de manera vitalicia, de pronto cambiaron de un modo brusco y hasta irreversible. Las sucesivas renovaciones de la «cuarentena» no solo nos permitió descubrir talentos dormidos, comunicarnos por nuevas plataformas, sino que nos aisló de nuestros seres más cercanos.

El Estado limitó nuestras actividades esenciales con una sucesión de normas dictadas mientras observaba con atención el termómetro de las estadísticas de contagios y muertes. Frente a ello, las reacciones de las personas fueron de las más diversas, oscilando entre los extremos de un acatamiento estricto de las reglas impuestas por los diferentes gobiernos a peligrosas actitudes de desconocimiento respecto de las mínimas restricciones vigentes, lo que determinó la apertura de numerosos procesos penales y administrativos contra los infractores. En este escenario heterogéneo emerge el análisis sobre las perspectivas de procedencia de una demanda promovida contra la persona a la que se le imputa el contagio del COVID-19. En su caso, repasar los requisitos que deberán acreditarse, ponderando las eventuales adaptaciones de los presupuestos clásicos de la responsabilidad por daños. A ellos me abocaré a continuación.

La **antijuridicidad** en la conducta del agente se exhibe como el primer requisito para solicitar el pago de una indemnización por un daño sufrido. Ello es así, por una tradición nacional plasmada en el artículo 1066 del Código Civil, que contenía una clara sinonimia entre ilicitud y antijuridicidad. La doctrina

se esforzó durante décadas para flexibilizar esa norma que exigía la presencia de una prohibición expresa emanada de las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía. Era el reinado de la antijuridicidad formal. Pero el cursor se fue desplazando y se comenzó a aceptar tibiamente una antijuridicidad material, amplia, cuando la contradicción se verificaba entre la conducta y el ordenamiento jurídico en su totalidad, visión superadora de la ley como única fuente cuya transgresión habilitaba el resarcimiento. Así, nuevos paradigmas solidaristas y protectorios de las víctimas llevaron al ocaso de la conducta antijurídica y mutaron este elemento normativo por uno axiológico. De este modo y como lo analizaremos en los siguientes apartados, se otorgó prevalencia como requisito del resarcimiento a que el daño sea injustamente sufrido, antes que ilícitamente provocado.

En esta breve reseña de la evolución, podríamos llegar a reconocer la crisis del presupuesto de la antijuridicidad, como un cuestionamiento –al menos– de esa visión clásica y fundamentalmente desde el reconocimiento de supuestos de responsabilidad por actividad lícita, especialmente en la órbita estatal. Por ello, en estos tiempos se sostiene que la antijuridicidad ya no puede considerarse un requisito indispensable del resarcimiento<sup>9</sup>, expresión que no se limita a los autores nacionales, sino que se planteó en la jurisprudencia española, que en forma reiterada asumió que la responsabilidad civil puede surgir de hechos considerados en sí mismos como lícitos, porque «el problema no estriba en la calificación de la actividad inicial de la que el daño puede ser el resultado, respecto de la cual el calificativo de ilicitud no añade nada ... Por ello, la idea de ilicitud que a veces se utiliza más parece predicarse de los daños en sí mismos considerados»<sup>10</sup>.

En ese contexto, puede apreciarse un fenómeno interesante que se refleja en las modernas legislaciones. El calificativo «antijurídico» que acompañaba a la conducta desaparece como requisito para la procedencia de la indemnización. O mejor dicho, se traslada como adjetivo que integra otro presupuesto que constituye el resultado de esas acciones: el daño, que para ser indemnizable debe ser «injusto». El análisis se centra ahora en este requisito compuesto de la responsabilidad civil: el daño antijurídico, es decir, «no justificado». Por ello, el recorrido que realiza el citado calificativo regresa a

<sup>9</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, T. IV, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 317.

<sup>10</sup> DIEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 290.



<sup>11</sup> JALIL, JULIÁN EMIL, RCyS2020-V, 19.

<sup>12</sup> DIEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 293.

las causas que pueden justificar el daño y que se encuentran contempladas de modo expreso por la legislación. Coherente con ello, el artículo 1717 del Código Civil y Comercial dispone que «cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada», enumerando la norma que sigue a la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho, como las causales que precisamente pueden justificar un daño, borrando así la antijuridicidad.

Más allá del interesante debate que podría suscitarse en un caso de contagio de «coronavirus» respecto de la última de las causas enumeradas en el párrafo anterior y la invocación del ejercicio regular (no abusivo) de algún derecho, cuya materialización podría operar como causa de un contagio, no considero que existan mayores dificultades para «afirmar que quien transmite el COVID-19 en violación al mencionado decreto (297/2020) provoca un daño y viola la norma general del art. 1717 del Cód. Civ. y Com.»<sup>11</sup>. Puede sostenerse que la transgresión de las reglas dictadas en el marco de la pandemia constituye un incumplimiento objetivo y la antijuridicidad se encontraría configurada cuando se causa un daño injusto a una persona. Insisto, no creo que la acreditación de este presupuesto presente complicaciones.

Lo mismo ocurre con el **daño resarcible**. La legislación sustantiva vigente enuncia algunos de los intereses que son dignos de tutela (v. artículos 52, 53, 1758 del Código Civil y Comercial), pero para que se configure un daño no deviene –incluso– necesario la tipicidad de aquellos, resultando suficiente que opere la lesión de intereses «no reprobados» por el ordenamiento jurídico (artículo 1737 del Código Civil y Comercial). Entre ellos, se ubican en un sitio de especial protección la vida y la salud de las personas que pueden resultar afectadas ante el contagio de COVID-19 (artículos 1737, 1738 y concordantes del Código Civil y Comercial). A su vez, como nos enseña el profesor Diez Picazo, resulta «imposible establecer un catálogo completo y satisfactorio de los deberes que nos incumben y de las transmisiones que pueden ocasionar. Y sobre todo, constituye un procedimiento por completo artificial tejer primero una red obligatoria preconstituida y, después, presentar los delitos como incumplimientos de los mandatos del legislador»<sup>12</sup>. Esta afirmación no hace más que abonar la necesaria existencia de sistemas de protección de

intereses atípicos, que surgen por la aparición de nuevos derechos dignos de tutela que ponen «en crisis la teoría liberar del acto ilícito elaborado en base a la tipificación de bienes protegidos por el derecho objetivo»<sup>13</sup>. Por ello, la tutela resarcitoria funciona también para derechos e intereses innominados, por lo que la pretendida víctima «debe reclamar a partir de la lesión de un derecho, tomando esta palabra en su sentido más comprensivo y aplicándola no solamente a los derechos típicos nominados y definidos por la ley, sino también a otros que se presentan como más vagos y genéricos»<sup>14</sup>.

No puede menos que reconocerse que la salud psicofísica y la vida de las personas afectadas por COVID-19 constituyen intereses jurídicamente protegidos (con mayor precisión y acorde a la legislación nacional analizada, serían los «no reprobados por el ordenamiento jurídico»), que integran el núcleo de la tutela y que la lesión de esos derechos fundamentales genera un daño. Ahora bien, esta afectación implicaría (en los términos autores italianos como Cesare Salvi, 1985:48) un «daño-evento», pero deja abierta la posibilidad que puedan producirse esas lesiones y no necesariamente configurarse un perjuicio indemnizable. A esta conclusión se llega desde la doctrina que considera que el «daño resarcible» no se identifica con esa lesión (que sí le sirve de antecedente) sino que conceptualmente aparece asociado a la idea de «daño-consecuencia». La adhesión a esta tesis no nos permite soslayar que las nociones de daño como lesión a un interés y resultado indemnizable se encuentran íntimamente vinculadas, observándose «la homogeneidad entre el daño y su consecuencia. Si el interés minorado es patrimonial la consecuencia ha de ser de igual índole, y si el interés que se conculca es espiritual lo propio ocurrirá con la secuela»<sup>15</sup>.

En síntesis, estas categorías conceptuales (lesión al interés y consecuencia) aparecen integradas en el sistema del Código Civil y Comercial, lo que evidencia que pueden coexistir sin negarse a sí mismas ni contradecirse. El concepto de daño que desarrolla el artículo 1737 del citado cuerpo normativo aparece asociado a la primera idea de lesión a intereses (sea que tengan por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva), pero la cuestión de daño resarcible se vincula con la de resultado (v. el epígrafe del artículo 1741 para las consecuencias no patrimoniales). Por ello,

<sup>13</sup> DE LORENZO, MIGUEL FEDERICO, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 47 y siguientes.

<sup>14</sup> DIEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 294.

<sup>15</sup> BUERES, ALBERTO, *El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la síque, a la vida de relación y a la persona en general*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 1 «Daños a la persona», Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1994, ps. 237/238, 244.

<sup>16</sup> TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. – LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la responsabilidad civil*, T. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 637.

comprobada la lesión de intereses derivados de un contagio de COVID-19, deberá analizarse si producen consecuencias patrimoniales o personales resarcibles, lo que –indudablemente– ocurrirá en la mayoría de los casos. Entre las primeras, ubicamos los perjuicios emergentes de gastos de atención médica y farmacéutica, como también los derivados de secuelas incapacitantes que pueden provocar la enfermedad (artículo 1746 del Código Civil y Comercial). Entre las extrapatrimoniales, corresponde afirmar que las propias características del COVID-19, un virus lesivo de la integridad personal y de la salud psicofísica (artículo 1738 del Código Civil y Comercial), determinarán consecuencias personales resarcibles, cuya entidad emanará de las particularidades del caso y se cuantificarán en base a las indemnizaciones sustitutivas y placeres compensatorios (artículo 1741 del Código Civil y Comercial). Cuando el resultado del contagio sea letal, se habilitarán los legitimados activos indirectos que contempla esta última norma, quienes además podrán reclamar la reparación de los daños previstos en el artículo 1745 del Código Civil y Comercial.

La cuestión se torna más compleja con los **factores de atribución**, no porque existan dudas que cuando hablamos de contagio de enfermedades entre personas prevalecen los de tinte subjetivo, sino por los alcances y la valoración que debe realizarse de la culpa en el caso de contagios de COVID-19. Nos parece importante comenzar por recordar que este presupuesto está impregnado de un tinte axiológico, derivado de las las razones o motivos que justifican que el daño sufrido por una persona, una clase de ellas o un bien colectivo, sea reparado por un sujeto diferente. Los factores de imputación de responsabilidad habilitan el tránsito económico del perjuicio por un motivo de justicia y en ese desplazamiento aportan el fundamento del mecanismo del Derecho de daños. Esa justicia –como valor– subyace en el funcionamiento del sistema y así resultan precisas las palabras de Kemelmajer de Carlucci y Parellada, citadas en una obra cumbre de la literatura jurídica nacional<sup>16</sup>, cuando explican que el hecho dañoso provoca la lesión a un sujeto y frente a este fenómeno, el Derecho se pregunta si es justo que el daño quede a cargo de quien de hecho lo ha sufrido, o si por el contrario, deben desplazarse sus consecuencias económicas a otras personas. Si no es justo, impone la obligación de responder y la razón por la cual produce tal

desplazamiento es lo que denominamos factor de atribución.

A partir de esta noción, la clasificación más difundida de este presupuesto de la responsabilidad civil, es la que distingue entre los subjetivos y objetivos. La denominación de los primeros deriva del reproche que emana de la conducta del agente y al comprobarse su negligencia, impericia, imprudencia o intención de dañar, se tiene por acreditado el motivo por el que se lo transforma en deudor de la indemnización. Ambas subespecies (culpa y dolo) están arraigadas en la tradición jurídica nacional desde la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield y fueron desarrolladas en el nuevo Código Civil y Comercial, que incluso enumera las distintas manifestaciones de culpa que ya eran reconocidas por los autores argentinos (artículo 1724).

Pero antes de ingresar a las diferentes categorías, puede resultar pertinente citar al maestro Llambías, quien afirmaba que «la culpa» alude un «comportamiento reprochable pero exento de malicia»<sup>17</sup>, caracterizándola por dos elementos, ambos de contenido negativo: una omisión de la diligencia apropiada y la ausencia de mala intención. Sumado a lo expuesto y como lo anticipaba, el sistema actual reproduce –en lo esencial– la sabia definición del artículo 512 del Código Civil y enumeran los «rostros» de la culpa, entre los que encontramos las categorías clásicas: negligencia, imprudencia e impericia. La otra especie de factor subjetivo es el «dolo» en la que sí se advierte una innovación conceptual que puede resultar interesante para el análisis del caso de los contagios de enfermedades, ya que se configura no sólo por la producción de un daño de manera intencional (en este punto, puede identificarse con el anterior artículo 1072 del Código Civil), sino también con «manifiesta indiferencia por los intereses ajenos» (artículo 1724 del Código Civil y Comercial), valioso agregado que le impone a la dogmática jurídica la necesidad de precisar sus alcances y límites conceptuales.

Aceptando esta disgregación conceptual, coincidimos en que el sistema argentino no presenta diferencias prácticas sustanciales entre las consecuencias derivadas de un acto culposo y doloso. Requiere la presencia de un factor de atribución (en el caso, de corte subjetivo) pero no derivan efectos distintivos a una u otra especie. Acorde con ello, la doctrina española que

<sup>17</sup> LLAMBÍAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978, ps. 188 y 194.

<sup>18</sup> DIEZ-PICAZO, LUIS, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 352.

citamos afirma que «no presenta especial interés en el tratamiento de la responsabilidad extracontractual establecer diferencias como hacen los penalistas entre el dolo directo y el eventual, la preintencionalidad, la imprudencia grave y la imprudencia leve ... en la responsabilidad civil extracontractual, el resarcimiento integral del daño se produce cualquiera que sea la forma de culpabilidad que haya concurrido»<sup>18</sup>. En la actualidad y como quedó expuesto, quedaron plasmadas zonas grises en la legislación privada, como aquella configuración del dolo operada por la indiferencia manifiesta por los intereses ajenos.

A partir del incumplimiento de las normas nacionales de prevención de contagio de COVID-19, como también de los diferentes protocolos que regulan el funcionamiento de las actividades, puede sostenerse que el infractor incurre en alguna modalidad de imputación de responsabilidad subjetiva. Parecería excepcional la existencia de una intención directa de contagiar el virus y con ello causar un daño, pero no resultan tan extrañas las conductas positivas u omisivas de algunas personas que revelan un notorio desinterés por los derechos del otro, como también se configuran comportamientos imprudentes y negligentes que habilitan la presencia de este presupuesto subjetivo de la responsabilidad civil. Su apreciación, puede realizarse en abstracto, comparando «la actuación del deudor con la que habría cumplido el ente de razón que se tiene como cartabón en mente», o bien con un criterio concreto y circunstancial, considerando «la propia persona del deudor, tomando en cuenta sus aptitudes y flaquezas y lo que le era exigible en función de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar», que es el criterio que sigue el autor analizado y quedó plasmado en el Código Civil y Comercial a partir de las prescripciones contenidas en los artículos 1724 y siguientes. En orden a esos parámetros, nos parece que el hecho que la persona a quien se le imputa la responsabilidad en el contagio de COVID-19 no tenga confirmado un resultado positivo porque no se realizó algunos de los test de rutina, no lo exime de responsabilidad cuando presenta síntomas, pertenece a algunos de los grupos de riesgo (viajó a una zona de contagio comunitario o tiene un allegado con un diagnóstico confirmado) y omite adoptar las medidas de prevención exigidas, causando así el contagio.

Por último, no tengo dudas que el presupuesto más complejo y difícil de acreditar es el de la **relación de causalidad**. Este obstáculo no es exclusivo del área de la responsabilidad civil por contagio de enfermedades, sino que constituye un lugar común a diferentes ámbitos del Derecho de daños (resultaría suficiente repasar los valiosos trabajos escritos en materia de Derecho ambiental o daños a los consumidores). No hay dudas que es una de las cuestiones más arduas en el campo del Derecho, al punto que Ripert no vaciló en considerarla indisoluble, como nos recuerda el profesor Goldemberg en una obra maestra sobre este tema<sup>19</sup>. El enlace material que debe probarse entre un antecedente fáctico –que opera como causa– y el daño –que es el resultado disvalioso– debe someterse al prisma jurídico. La otra cuestión es recordar las funciones que tiene este presupuesto cuando es sometido al tamiz del ordenamiento positivo, cuales son las de indagar la «autoría» como instancia previa a la individualización del sujeto responsable y posteriormente «calibrar la extensión del resarcimiento», es decir, delimitar «si el daño debe ser resarcido y con qué alcance corresponde determinarlo»<sup>20</sup>.

En el caso, la dificultad se observa en la prueba de la primera de las funciones del nexo causal, la que permite fijar el origen de un determinado efecto (en el caso, la enfermedad del COVID-19) para así individualizar al responsable, que no será otro que el que aportó la fuente del contagio. Pero el tema no es tan simple, porque para que el Derecho se ocupe de establecer –con fundamentos– cuál es la causa jurídica de un resultado particular, debieron construirse numerosas teorías que intentan explicar la operatoria. Aquí sólo menciono que fue la de la *causalidad adecuada*, ratificada expresamente por nuestro Código Civil y Comercial (artículo 1726), en concordancia con su antecedente normativo (artículo 906 del Código Civil), la que logró mayor predicamento. Su aplicación impone al juez el análisis retrospectivo del *<iter causal>*, para descubrir la condición que puede elevarse a la categoría de causa adecuada y como contrapartida descartar aquellas periféricas que no revisten esa idoneidad.

La tesis expuesta es la dominante, no sólo en nuestra normativa de fondo, sino también en los sistemas del Derecho Comparado, y por lo demás, cuenta con el aval de la mayoría de la doctrina nacional y extranjera. Funciona

<sup>19</sup> GOLDEMBERG, ISIDORO H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, pág. XIII.

<sup>20</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños*, T. 4, «Presupuestos y funciones del Derecho de Daños», Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 251.

<sup>21</sup> BREBBIA, ROBERTO, *La relación de causalidad en derecho civil*, N° 31, nota 94, Juris. Rosario. 1973.

<sup>22</sup> GOLDEMBERG, ISIDORO H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, pág. 23.

desde un criterio de «regularidad» y sostiene que no todas las condiciones concurrentes en la producción de un hecho pueden equipararse, sino que debe distinguirse entre la «causa» y la «mera condición», encolumnándose dentro de las tesis individualizadoras. Así, según esta postura, «causa» es solamente aquella condición que, según el curso natural y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado y más aún, debe tratarse de una condición que regularmente provoque dichas consecuencias y que por eso se eleva a la categoría de «causa adecuada».

Esta «adecuación» deberá ser probada por la víctima del contagio (artículo 1736 del Código Civil y Comercial), sin perjuicio de las facultades judiciales habilitadas de modo expreso por la norma inmediata anterior (artículo 1735 del Código Civil y Comercial). Pero lo cierto es que esta prueba con la que carga como regla el damnificado, si no es imposible es al menos difícil, ya que deberá demostrar que el demandado, al que imputa el contagio, aportó la causa idónea para la transmisión del COVID-19. Ello implica, en la tesis mencionada, regularidad, en el sentido de lo que habitualmente acostumbra a suceder. Compartimos por ello las ideas del profesor Brebbia que, aún cuando estuvieran expuestas para el modelo anterior, resultan aplicables al sistema vigente y concluyen que «lo que califica el nexo de causalidad adecuado es la normalidad del proceso que conduce del hecho a la consecuencia»<sup>21</sup>.

Para ello, los jueces tendremos que considerar no sólo las pruebas periciales, sino también los indicios y las presunciones, para así lograr recorrer ese camino denominado «*prognosis póstuma*». Este sendero exige acreditar «la adecuación de la causa en función de la posibilidad y probabilidad de un resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece según lo indica la experiencia diaria»<sup>22</sup>. Lejos estará de resultar una faena sencilla, porque estaremos en tierras en las que –como quedó expuesto– reinan *la incerteza* y *la controversia*, con una gran influencia en el marco de una causalidad, a la que le resulta esquivos los aportes de datos reales y regularidades, debido a la falta de información que sustente el funcionamiento de la estadística. ■





# DERECHO DEL CONSUMIDOR



# **PERSPECTIVA JUDICIAL DEL DERECHO DEL CONSUMO EN EL CONTEXTO DE PANDEMIA**

**DR. ARIEL ARIZA**

VOCAL DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO - SALA I



### **Provisionalidad de los saberes**

La posibilidad de contar con una perspectiva histórica sobre la dimensión y consecuencias que la pandemia COVID-19 traerá aparejadas para la humanidad, no parece factible aún. Sin embargo, es certero que la singularidad de su alcance global en todas las áreas de la sociedad no tiene antecedentes comparables en la historia. Para poder contrastar eventos históricos cuyas consecuencias planteen derivaciones equiparables a las actuales, suele recurrirse a las contingencias que tuvieron lugar durante las denominadas guerras mundiales del siglo veinte. Sin embargo, las diferencias con aquellos episodios de las conflagraciones mundiales son notorias, aunque puedan existir comparaciones posibles a la hora de cotejar en qué grado, determinados sucesos que están fuera del alcance de las voluntades individuales y colectivas, repercuten profundamente en la vida cotidiana, alte-

rando hábitos básicos y generando factores de ruptura en la previsibilidad de los acuerdos.

El desconcierto de los gobiernos a la hora de evaluar la propia efectividad y consistencia de sus políticas en materia sanitaria es acompañado por una correlativa desorientación de las corrientes de pensamiento y de los saberes para poder dar cuenta de la multiplicidad de fenómenos que acontecen en la sociedad en el tránsito de la pandemia. Podría decirse que los marcos conceptuales explicativos de cantidad de variantes de la vida en sociedad han retornado a un grado cero en el que sus fuerzas explicativas ceden paso a la provisionalidad de los saberes. No es un momento de racionalidades fuertes sino, antes bien, una época de ejercicios combinatorios en constante búsqueda por alcanzar ámbitos de racionalidad aceptables.

Constituiría un serio obstáculo para el cumplimiento de los roles judiciales no tener en cuenta en qué grado las prácticas jurídicas están también alcanzadas por este contexto. El Derecho como sistema de regulación de la vida pública y privada no puede dissociarse del profundo grado de modificaciones, rupturas y tensiones que ha generado, y sigue produciendo, la epidemia de COVID-19 en el mundo actual. Aun aquellos conflictos judiciales que aparecen como cotidianos o no susceptibles de ser considerados como un caso singular o difícil, se enmarcan y contextualizan en el interior de una dinámica social propia de la actual situación sanitaria y de pandemia. Ninguna controversia judicial se sustrae de los impactos que para el mundo jurídico tiene la crisis sanitaria, las medidas de prevención social que disponen los gobiernos, las modificaciones de los procesos y prácticas de las organizaciones públicas y privadas y, en fin, la crisis económica en desarrollo.<sup>1</sup>

### Abordajes pandémicos del Derecho

La reciente resistematización del Derecho Privado en la República Argen-

### CITAS

<sup>1</sup> LOMBARDI, ELIDA S., «Las obligaciones, el coronavirus y las nuevas formas de solidaridad», *ADLA*2020-5, 42; *La Ley Online: AR/DOC/1147/2020*.

tina, que tuvo lugar con la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, ofrece alternativas particularmente aptas para encontrar soluciones y razonamientos adecuados al momento actual. No obstante, antes que la búsqueda de soluciones normativas, es imprescindible adoptar como punto de arranque de cualquier metodología judicial del momento el enfoque del impacto de la pandemia desde la estructura tridimensional del Derecho.

Si existe acuerdo en reconocer que ningún fenómeno de la historia reciente de la humanidad ha tenido el alcance social y global que genera la actual pandemia, es posible conceder también que el punto de partida para dar cuenta y observar los alcances concretos de las rupturas y desórdenes de esta época se encuentra en la dimensión sociológica del Derecho. Ella revela que las previsiones establecidas en acuerdos enfrentan dificultades e imposibilidades de cumplimiento generalizadas. También los pactos que se celebran en el propio contexto de la crisis sanitaria declarada están alcanzados por dosis inusuales de incertidumbre atento la sumatoria de circunstancias desfavorables a la libertad de decisión que suponen la dificultades de la economía y las limitaciones de circulación por el territorio, para concretar cumplimientos y desarrollo de actividades. El contexto social actual denota una fuerte restricción a la posibilidad de conducción individual de la vida privada a través de actos de autonomía privada. Igualmente, desde las esferas públicas de gobierno se intentan ordenar los repartos de conducta priorizando medidas de seguridad sanitaria que llevan a una administrativización o publicización de la vida económica y privada.

Otro de los rasgos sobresalientes de los tiempos de emergencia en general y, en especial, del contexto actual de crisis sanitaria, está dado por la primacía de los criterios axiológicos para la solución de conflictos. La emergencia sanitaria ha conllevado a la adopción de una serie de medidas que tienen por objetivo la preservación de la salud pública, a raíz de las cuales emergen a la escena del Derecho principios y valores orientado al bien común y a la preservación del interés colectivo. La etapa de pandemia del Derecho tendrá

como fisonomía propia la de una constante tensión entre exigencias axiológicas de bien común, solidaridad social y prevalencia del interés colectivo con los límites lógicos y necesarios que supone el resguardo de la personalidad y las libertades individuales.

Esta primacía de la dimensión valorativa del Derecho acarrea múltiples consecuencias a nivel de la dinámica jurídica. Simplemente enumeramos dos de estas derivaciones que merecen ser destacadas. Por un lado, la dimensión normativa del Derecho pasa a estar superada en sus posibilidades de captación de la realidad social, tornándose difusa la fuerza reguladora que en tiempos de normalidad le corresponde más claramente al sistema normativo<sup>2</sup>. En las tareas de funcionamiento de las normas, las etapas de interpretación y aplicación del Derecho adquieren más amplitud y se desenvuelven con mayor receptividad a captar matices que resultarían insignificantes en tiempos de normalidad. También en la dimensión aplicativa del Derecho, la asignación de consecuencias que corresponde a un supuesto de hecho de las normas tiende a adquirir mayor expansión y posibilidad de modelación de las soluciones.

Como segunda nota a mencionar derivada de este declive de la función descriptiva de las normas ante la complejidad del fenómeno de la pandemia, se instala la significación que adquiere como factor de generación de previsibilidad la dimensión concreta de la solución de conflictos. Es en la solución de los conflictos individuales y de incidencia colectiva que llegan a los sistemas judiciales a buscar soluciones, que se irán definiendo las mejores alternativas para crear la regla del caso. El entramado de criterios de solución de controversias configura una carta de ruta orientadora de los posibles cursos de acción.

También en el orden de perspectivas que derivan de una mirada amplia del sistema jurídico, puede observarse que la epidemia COVID-19 ha generado una proliferación de criterios propios del Derecho Administrativo para la ordenación de la vida social y privada. Esta «administrativización» de la cotidianidad se caracteriza por la fluctuación y carácter cambiante de las

<sup>2</sup> Pueden establecerse paralelismos entre las repercusiones en la dimensión normativa de la situación de emergencia sanitaria actual con las que derivaron de la emergencia económica del año 2001. Sin embargo, pese a las coincidencias sobre el fenómeno de dispersión en la capacidad descriptiva del sistema normativo, entendemos que existen diferencias relevantes entre una situación y otra, ejemplificables por ejemplo en la profusión de normas de emergencia que tuvo aquella crisis a diferencia de la actual Ariza, Ariel «Emergencia y sistema de Derecho Privado», J.A. 2003-II, págs. 1255 y sgtes.

disposiciones que adoptan distintas autoridades de la estructura estatal, llegando a conformar conjuntos normativos contradictorios y detallados de la regulación de la vida en sociedad que configuran una etapa prácticamente inédita de las restricciones a las libertades de circulación y desarrollo de actividades por razones de tipo sanitario.

### **Notas sobre Derecho del Consumo en pandemia**

El Derecho del Consumidor transita el escenario actual sometido a fuertes exigencias que realzan el ya clásico rol protectorio en las relaciones de consumo. Así como se constata una tendencia de las ramas del Derecho a perder transitoriamente los contornos que le dan autonomía para quedar absorbidas por las directivas de regulación administrativa de la crisis sanitaria, se impone potenciar la fuerza valorativa de cada una de las ramas para definir (redefinir) su ámbito de actuación y tutela en el contexto social de pandemia. Aunque estas fuerzas no discurren en sentido coincidente, el Derecho no debe ceder a la inercia de la administrativización del mundo jurídico, tanto porque las disposiciones y criterios no resultan suficientes para la especificidad de respuestas requeridos para los problemas del consumo, como así también porque los núcleos axiológicos de esta disciplina sectorial se tornan indispensables para las necesidades de consumidores y usuarios.

Los principios del Derecho del Consumidor asumen un rol preponderante en la situación de crisis vigente, ya sea en su rol integrador de soluciones jurídicas como en su función de orientación interpretativa del sistema. En primer lugar corresponde observar que la actuación y resignificación del principio protectorio (art. 42 c.N., Art. 1094 c.c. y c.) conduce a garantizar a los consumidores la protección de su salud en la relación de consumo. En consonancia con las condiciones de desenvolvimiento de la actividad económica y comercial bajo parámetros de seguridad sanitaria, tienen los consumidores el derecho al resguardo de su salud en cada situación de consumo. Tanto en el desenvolvimiento de una compra en un espacio comercial como así también en las difundidas adquisiciones de alimentos por delivery, deben

imperar garantías de resguardo de la salud. También en lo que respecta a los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios de medicina o de prácticas profesionales médicas en sus distintas variantes, cabe observar una actuación acentuada del principio protectorio.

En otro orden, en las actuales condiciones de pandemia es imprescindible reparar en la faz psíquica y psicológica del concepto de salud que el principio protectorio orienta a garantizar. Dentro de las formas de ponderación de los costos que aquélla conlleva, no reviste menor jerarquía lo correspondiente a los costos anímicos, afectivos y espirituales que padecen las personas humanas. Sin la consideración de este aspecto, de tanta repercusión íntima, no se lograría una comprensión adecuada de aquello que al principio protectorio toca resguardar en las relaciones de consumo.

Asociado a lo expuesto anteriormente, es pertinente recordar la particular protección que el sistema de tutela del consumidor y del usuario confiere a la protección de la dignidad en la relación consumeril (art. 8 bis de la ley 24.240 y art. 1097 del c.c. y c.). Las relaciones de consumo se encuentran alcanzadas por los efectos de las medidas sanitarias adoptadas en el curso de la pandemia (aislamiento y distanciamiento) con lo cual la puesta en vigencia de protocolos preventivos de salubridad deben armonizar con el trato digno al consumidor, descartándose modos de implementación que puedan ser vejatorios o vergonzantes. Particular énfasis es necesario poner en cuanto al alcance del principio de no discriminación en esta etapa por razones de género. La situación de pandemia ha puesto al descubierto el desfavorecimiento que afecta al colectivo de mujeres en razón de una multiplicidad de circunstancias potenciadas por la crisis sanitaria (reparto desigual de tareas de cuidado, superposición de tiempos laborales y familiares, incremento de la violencia doméstica y familiar) con lo cual, en las relaciones de consumo los conflictos que puedan tener connotaciones de este tenor tienen que ser decididos otorgando primacía y efectividad a los principios de trato digno y no discriminación.



El principio de acceso al consumo sustentable consagra una directiva del sistema prevista en el artículo 1094 del Código Civil y Comercial que configura un aspecto medular del desenvolvimiento del Derecho del Consumidor en este período. La resolución de la Secretaría de Comercio Interior número 100/2020, que establece el sistema de información y controles de precios máximos, resulta ejemplificativa de la prioridad que en esta etapa cobra el mencionado principio de acceso al consumo. Igualmente, el Decreto 351/2020 del PEN dispone la coordinación de estructuras del Estado aplicadas al control de dichas disposiciones.

### **Incumplimientos y rupturas en los contratos de consumo**

El fenómeno de la pandemia y de las medidas sanitarias derivadas de dicha situación, implicó una alteración profunda de las pautas de conducta y desenvolvimiento económico y social, cuya complejidad y vastedad de situaciones no resulta factible de describir exhaustivamente en una clasificación de posibles categorías de casos. Asimismo, la grave crisis económica que ya se encontraba en curso al mes de marzo de 2020 vino a verse superada por la agravación de las dificultades de desenvolvimiento de la actividad productiva generada por la crisis sanitaria, cuyos contornos recesivos no terminan aún de perfilarse.

En este escenario es dable suponer que las repercusiones en la posibilidad de cumplimiento de contratos de consumo inicialmente alcanzarán dos posibles ámbitos de contingencias. Por un lado estarán aquellos contratos y relaciones celebrados con anterioridad a la adopción de medidas sanitarias y que luego fueron afectados en su cumplimiento por las medidas de aislamiento y/o distanciamiento y las diversas limitaciones que derivaron de ellas. A tales situaciones, en primer lugar, corresponde aplicar los mecanismos de tutela del consumidor definidos en el artículo 10 bis de la ley 24.240. Esta disposición articula una cantidad de opciones como herramientas de

protección del crédito que define diversos caminos para recorrer frente al incumplimiento del proveedor. La propia norma deja a salvo el incumplimiento originado en situaciones de caso fortuito o fuerza mayor. Cabe reconocer que las medidas de aislamiento pudieron configurar limitaciones al cumplimiento susceptibles de ser consideradas como caso fortuito o fuerza mayor<sup>3</sup>.

En estos casos corresponderá al intérprete integrar el marco de alternativas específicas para la protección del consumidor con los institutos previstos por el Código Civil y Comercial como mecanismos de recomposición. Sobresalen en este punto las alternativas previstas para la frustración del fin del contrato (art. 1.090 del c.c. y c.) y extinción y revisión por imprevisión (art. 1.091 del c.c. y c.).<sup>4</sup> Sin embargo, es posible que la aplicación de estos institutos pueda no resultar indicada debido a la no concurrencia de alguno de sus requisitos legales<sup>5</sup>. Entendemos que en materia de contratos de consumo debe otorgarse prevalencia al mecanismo de revisión y recomposición contractual sobre la base de una concepción amplia de la afectación del interés del acreedor y de alteración de circunstancias generadas por efecto de la pandemia.

Otro mecanismo de solución que deriva de la conexión con el ordenamiento del Código Civil y Comercial es la renegociación de los términos del acuerdo.<sup>6</sup> Las alternativas de renegociación cobran significación en momentos en los cuales episodios de la dimensión actual alteran en forma general los programas de conducta.<sup>7</sup> Sin embargo, desde el punto de vista de los contratos de consumo no puede perderse de vista que la situación de inferioridad negocial del consumidor al celebrarse el contrato de consumo está también presente a la hora de la renegociación, razón por la cual este instrumento que encuentra su plena justificación en el desenvolvimiento del principio de autonomía privada debe gozar en este campo de los resguardos que garanticen soluciones equilibradas. Es factible sostener, en cambio, la posibilidad de que por intermedio de las asociaciones de consumidores se gestionen recomposiciones colectivas a relaciones de consumo afectadas.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> APARICIO, JUAN MANUEL, «COVID-19 y contrato», EBOOK-TR 2020 (Andruet), 20/08/2020, 4; La Ley *Online*: AR/DOC/1899/2020.

<sup>5</sup> Vuelve a aparecer en escena la recurrente tensión de la dogmática *ius privatista* cuando se interroga por los cauces y condiciones de la gestión del riesgo contractual ante el cambio de circunstancias. Las ventanas que el c.c. y c. deja disponibles a través de la frustración del fin, la revisión por imprevisión y la imposibilidad de cumplimiento se proyectan en su amplitud al campo de los contratos de consumo. En este ámbito, sin llegar a una regla de virtual cláusula *rebus sic stantibus*, debe propenderse a favorecer criterios de mantenimiento del intercambio equitativo por encima de la observancia de la regla aurea de respeto a lo originariamente estipulado. Para la evolución y desarrollo de la cláusula *rebus sic stantibus* en sus orígenes y pasaje a las codificaciones puede v. CHAMIE GANDUR, JOSÉ FÉLIX «La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos», Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, págs. 96 y sgtes.

<sup>6</sup> QUAGLIA, MARCELO C., RASCHETTI, FRANCO, «Herramientas jurídicas para la pandemia y la pospandemia: la renegociación del contrato», LA LEY 06/07/2020, 8; cita *Online*: AR/DOC/1829/2020.

<sup>7</sup> GALDÓS, JORGE M., «El deber legal de renegociar y la prevención del daño negocial», LA LEY 10/08/2020, 1; cita *Online: AR/DOC/2567/2020*.

<sup>8</sup> FALCO, GUILLERMO E., «Pandemia, contrato de larga duración y renegociación: la oralidad como herramienta de solución de conflictos colectivos. Breves reflexiones», RCCyC 2020 (agosto), 05/08/2020, 251; *La Ley Online: AR/DOC/2278/2020*.

Por otra parte, en cuanto a las relaciones de consumo celebradas ya en el contexto de crisis sanitaria, el ordenamiento debe resguardar el interés protectorio con aplicación de todos los mecanismos de tutela individual y colectiva a fin de evitar frustraciones en los intercambios de consumo. Por un lado es necesario observar la multiplicación de contratos celebrados en modalidad fuera de los establecimientos comerciales (art. 1.104 del c.c. y c.) y fundamentalmente a distancia (art. 1.105 del c.c. y c.). La gestión de soluciones a este tipo de conflictos encuentra un primer señalamiento en la solución de revocación prevista por el artículo 1.110 del ordenamiento civil y comercial, pero es necesario reconocer (especialmente en tiempo de pandemia) que la frustración a la expectativa del consumidor puede merecer una tutela más enérgica y efectiva por vía de la aplicación de los mecanismos de los artículos 10 bis, 11 y 17 de la ley 24.240, herramientas éstas que en sede judicial cobran particular relevancia en el contexto de limitación de la circulación.

También exhiben un potencial protectorio relevante, en las condiciones actuales, dos institutos que pueden servir para la adecuada concreción del principio protectorio. Por una parte, la suspensión del cumplimiento prevista por el artículo 1.031 del Código Civil y Comercial, que permite evitar soluciones extintivas en tanto y en cuanto el interés del consumidor en el cumplimiento se mantenga. Como derivación de lo anterior resulta destacable el mecanismo de tutela preventiva que confiere el artículo 1.032 de dicho ordenamiento a quien se encuentra expuesto a situación de grave amenaza de daño en sus derechos.

### **Rasgos y pautas de la actuación judicial en tiempos de emergencia sanitaria**

Las transformaciones, resquebrajamientos y tensiones que afectan a la sociedad desde el mes marzo de 2020, con honda repercusión en la dinámica

del Derecho, no pueden encontrar a la estructura de los sistemas judiciales gestionando la conflictividad como si se tratara de una continuidad de la «vieja normalidad». Las exigencias axiológicas que el Derecho del Consumo irradia al resto del ordenamiento, imponen que se adopte una tesitura acorde con la sensibilidad y significación de los conflictos propios de esta área, a fin de poder garantizar una tutela judicial efectiva.

Sobresale en primer término, la observancia del principio de acceso a una justicia gratuita a los consumidores y usuarios. Ninguna de las garantías constitucionales previstas como marco de actuación del principio protectorio puede verse concretada con efectividad si no es correspectivamente garantizado el acceso a una tutela judicial efectiva. Desde luego, que la importancia de la justicia de proximidad consagrada en la Provincia de Santa Fe a través de la Justicia Comunitaria de Pequeñas Causas es sobresaliente en este punto. No obstante lo cual, asimismo el resto de las estructuras judiciales tienen también a su cargo la tarea de facilitar y garantizar el acceso a justicia de los consumidores y usuarios.

De las coordenadas referidas anteriormente sobre la incidencia de los principios del Derecho del Consumidor como modeladores de soluciones, se desprende que la clave axiológica de actuación marca un desplazamiento de los razonamientos aplicativos de normas a una jurisprudencia que elabore soluciones, conjugando y compatibilizando el alcance de principios. Podría señalarse también que, en tiempos de crisis sanitaria, el rol del operador del sistema tiende a hacer expansivo el alcance y vigencia de los principios de la tutela del consumidor y usuario, ampliando los marcos de la actuación del Derecho del Consumidor. Aquello que no es habitual que conforme un caso de Derecho del Consumo, puede ser relevante que en tiempo de crisis sanitaria merezca atención judicial prioritaria.

Otra nota de la praxis aplicativa judicial es que en la resolución de conflictos en este sector ha de otorgarse maximización a la búsqueda de criterios de

<sup>9</sup> ROJAS, JORGE A., MORENO, ROMINA S., «El sistema de justicia frente a la pandemia», SJA 26/08/2020, 26/08/2020, 3; *La Ley Online: AR/DOC/2438/2020*.

equidad (arts. 42 c.n. y 1.098 c.c. y c.). Las soluciones de equidad amplían el poder de conocimiento de circunstancias de hecho que contribuyen a componer la solución más justa para el caso concreto. Los razonamientos de equidad en tiempos de emergencia constituyen una herramienta complementaria del sistema que permite que todo aquello excepcional, que no se encuentran descrito en las normas, sea modelado en una solución que satisfaga valores de equilibrio y razonabilidad.

Las capacidades de las estructuras judiciales para afrontar la crisis, que aún no termina de desenvolver sus consecuencias, son puestas a prueba.<sup>9</sup> Es conveniente pensar en alternativas de capacitación y formación continua que asistan a quienes deben gestionar estos escenarios. El Derecho del Consumo, en constante desarrollo, tiene una nueva hora de verdad al momento de garantizar a la ciudadanía estándares mínimos de protección de la organización familiar y personal. ■



# TRIBUNALES COLEGIADOS DE FAMILIA



# **EL FUERO DE FAMILIA Y LA CRISIS PROVOCADA POR EL COVID-19**

**DR. MARCELO JOSÉ MOLINA**

JUEZ DE LA CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO - SALA III





*El artículo busca delinear, a grandes rasgos, cuál ha sido el impacto que la crisis del Covid-19 ha tenido en el fuero de familia local tanto en general como en ciertas materias en particular. Así, en su parte introductoria puntualiza las distintas instancias que fue atravesando la prestación del servicio especializado para luego ponderar las materias principalmente afectadas: violencia familiar, internaciones involuntarias, alimentos, derecho a la debida comunicación y control de legalidad de medidas excepcionales.*

## **1. Introducción**

Hacia fines de febrero de este año el Secretario de Gobierno de nuestra Corte provincial nos acercó ciertas sugerencias vinculadas con la adopción de medidas de higiene en función de las noticias vinculadas con la pandemia

Covid-19 más una recomendación de consulta al médico ante cuadros de afecciones respiratorias o febriles.

Pocos días después, el Presidente de la Corte Dr. Rafael Gutiérrez resolvió adherir al Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 260/2020 dictado por el Presidente de la Nación e instruyó al Secretario de Gobierno para que preservara al máximo posible la normal prestación del servicio de justicia<sup>1</sup>.

Tres días más tarde, la Corte suscribió el Acuerdo Ordinario del 16.03.2020 por el que se ordenaba la suspensión de plazos procesales. Luego de otros tres días, el Presidente de la Nación dictó el DNU 297 y dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) para todo el país a partir del 20 de marzo –el que, como sabemos, se ha ido prorrogando sucesivamente y con distintos alcances territoriales conforme la evolución local de la pandemia– y llevó a nuestras máximas autoridades judiciales a adoptar una serie de medidas operativas y de gestión jurisdiccional.

Es decir, entre el primer intento por sostener la normal prestación de servicios en el Poder Judicial a la máxima restricción de todos ellos transcurrieron sólo veinte días y, si bien la misma situación fue vivida en todos los ámbitos y actividades de nuestro país, la afectación al servicio de justicia se multiplica en tanto el aislamiento golpea con su máxima severidad a la comunidad con su consecuente potenciación de conflictos que se ventilan ante este Poder del Estado, pero también golpea a los operadores que canalizan dichos conflictos ante ese Poder, especialmente la abogacía, y a los propios integrantes del Poder Judicial<sup>2</sup>.

La descripción del párrafo anterior, que peca de reduccionista e incompleta, puede palpase sin duda alguna en el fuero de familia. Los juzgados especializados en la materia fueron incluidos desde un comienzo en el esquema de guardias mínimas que diseñara la Secretaría de Gobierno<sup>3</sup> como consecuencia de lo ordenado por la Corte en el Acuerdo Extraordinario del 19.03.2020 (Acta N° 10), por el que se dispusiera el receso administrativo en todo el ámbito del Poder Judicial y ordenara la instrumentación de tal esquema para

## CITAS

<sup>1</sup> Resolución N° 262 del 13/3/2020. Por su parte, el Procurador General de la Corte suscribió el 17/3/2020 la Resolución General N° 003 por la que acotaba los casos que serían recibidos en el Ministerio Público y establecía reglas para el desarrollo de las tareas.

<sup>2</sup> ANDRÉS JULIÁN, HERNÁN (Prosecretario del TCF N° 3 de Rosario), «El COVID-19 y la nueva forma de ejercer la judicatura», Inédito; MEDINA, GRACIELA, «El coronavirus y el Derecho de Familia», La Ley 30.03.2020, *AR/DOC/822/2020*; HERRERA, MARISA, «Las relaciones de familia detrás de un vidrio. Coronavirus y aislamiento social/familiar», La Ley 2/4/2020, *AR/DOC/837/2020*; MEDINA, GRACIELA, «Familia y coronavirus. Diez claves para comprender su relación jurídica», La Ley 09.04.2020, *AR/DOC/1011/2020*; CÓRDOBA, MARCOS, «El derecho en la época de pandemia. COVID'19, familia y solidaridad», La Ley 09.04.2020, *AR/DOC/1034/2020*.

<sup>3</sup> Resolución de la Secretaría de Gobierno N° 299 de fecha 19.3.20.

<sup>4</sup> También, para el Ministerio Pupilar se amplió del siguiente modo: «1. Autorizaciones para percibir haberes previsionales devengados y a devengarse. 2. Extracciones bancarias mensuales destinadas a manutención de menores y personas con capacidad restringida, las que se considerarán vigentes hasta treinta días después de reanudarse plenamente la actividad judicial».

garantizar la debida prestación del servicio de justicia.

En una primera etapa, la atención prioritaria reposó en las denuncias de violencia familiar, alimentos e internaciones involuntarias por razones de salud mental, en función de su carácter urgente e impostergable. Ello se vio reflejado, por ejemplo, en la Resolución de Presidencia de la Corte del 27.03.2020 que ordenó hacer saber que las medidas cautelares adoptadas por los tribunales de familia, como así también aquellos con competencia en dicha materia, dirigidas a la protección de víctimas de violencia familiar, se mantendrían mientras durase la situación de excepción, sin perjuicio de su eventual revisión o cese. De igual modo pudo verse en la Resolución de Presidencia N° 306 del 01.04.2020 por la que se encomendara a los juzgados encargados de las guardias mínimas asegurar, entre otras materias, el libramiento de órdenes de pago por alimentos que hubieren quedado pendientes de cumplimiento al momento de ordenarse el receso judicial de fecha 19.3.2020.

El 14 de abril la Corte resolvió, mediante Acuerdo Extraordinario (Acta N° 11), la ampliación de materias del esquema de prestación de servicios sin perjuicio de mantener la suspensión de los plazos procesales, la suspensión de todas las audiencias con excepción de aquéllas que, a criterio de la Magistratura, pudiesen provocar la vulneración o pérdida irreparable de derechos para algunas de las partes o un perjuicio cuya magnitud justifique exceptuar de tal suspensión. En lo que hace al fuero de familia la ampliación se tradujo textualmente en violencia familiar, alimentos (determinación de provisorios, cobro de las cuotas alimentarias vigentes), medidas y/o intervenciones vinculadas al régimen de contacto y comunicación en casos de urgencia y gravedad, control jurisdiccional de medidas de protección excepcional (art. 58 y 58 bis Ley 12.967, uso fuerza pública, prohibición de acercamiento, etc.), cobro de honorarios profesionales ya regulados, órdenes de traslado para evaluación y eventual internación y otras cuestiones urgentes relacionadas con la materia<sup>4</sup>. En el mismo Acuerdo se ordenó habilitar la recepción de escritos enviados por abogadas y abogados mediante correo electrónico.

En función de las exclusiones territoriales al ASPo, el Acuerdo del 13.05.2020 (Acta N° 14), contempló la reactivación de tareas en las áreas que no quedaron incluidas en los «grandes aglomerados urbanos de la provincia» a partir del 15.05.20, con reanudación de plazos procesales a partir del 26.5.2020 y de celebración de audiencias a partir del 1.6.2020. Para los grandes aglomerados urbanos se amplió el marco de prestación de servicios y en el caso del fuero de familia ello se tradujo en: «a. Divorcios por presentación conjunta. b. Regulaciones de honorarios de asuntos ya terminados o en condiciones de regulación. c. Homologaciones de acuerdos en general. d. Declaraciones de incapacidad, de capacidades restringidas y sistema de apoyo. Tutelas y curatelas. e. Celebración de audiencias optativamente por los medios electrónicos disponibles, en aquellos casos que su materialización de manera presencial no pueda efectuarse, en tanto no se pueda cumplir con los protocolos establecidos sobre distanciamiento social y normas de salubridad...».

Finalmente, por Acuerdo del 10.06.2020 (Acta N° 16 punto 2), la Corte dispuso el cese del receso judicial a partir del 12.06.2020 con especial atención a los denominados «grandes aglomerados urbanos», reanudándose los plazos procesales a partir del 18.06.2020, y las audiencias a partir del 29.06.20.

## **2. El impacto en algunas materias en particular**

El período de aislamiento y las consecuentes restricciones al trabajo presencial han puesto de manifiesto ciertas dificultades operativas que obligaron a proveer de medios tecnológicos, diseñar esquemas de atención, desplegar un sinnúmero de soluciones pragmáticas y crear nuevos mecanismos adaptables a las modificaciones de base. Tales dificultades fueron palpables no sólo en las posibilidades propias del Poder Judicial sino, particularmente, en la comunidad que accede a sus servicios.

En el fuero de familia, la presencialidad es uno de los factores fundantes de

la efectividad del sistema. Ello puede observarse, sin mayores hesitaciones, en el contacto directo con las partes o con las personas involucradas dentro del conflicto familiar que de modo alguno puede equipararse al contacto mediatizado por los recursos informáticos. La audiencia o la entrevista no sólo se limitan al lenguaje verbalizado sino que también pasa por el lenguaje gestual. Quizá lo apuntado puede observarse en plenitud en las entrevistas con niños, niñas y adolescentes afectados en situaciones de obstaculización del contacto con el progenitor no conviviente o en las entrevistas con personas cuya capacidad se pretende sea restringida.

Amén de lo señalado, lo cierto es que el fuero fue propiciando y concretando audiencias y entrevistas a través de plataformas digitales a los fines de no dilatar las causas, en aquellos donde fue factible realizarlo teniendo presente, además, que no toda la población cuenta con los equipamientos necesarios o con acceso a los servicios informáticos.

Respecto de la problemática de la salud mental, amén de lo ya expuesto, las órdenes de traslado para evaluaciones en pos de una eventual internación involuntaria (ley 26.657) continuaron del mismo modo que se venían dando con anterioridad al 20 de marzo. Amén de ello, es preciso señalar que se han registrado algunos inconvenientes propios de órdenes judiciales emitidas respecto del sistema de atención a la salud en un período donde, precisamente, dicho sistema se está particularmente comprometido con la atención directa de la pandemia.

La normativa de emergencia, como se adelantara más arriba, incluyó dentro de los trámites a ser abordados por las guardias mínimas, al control jurisdiccional de las medidas excepcionales adoptadas por el Poder Ejecutivo (ley 12.967). Tal como puede estimarse, la mayor afectación vino de la mano de las dificultades que registrara la autoridad administrativa para el normal desarrollo de sus tareas en tanto las mismas requieren de un trabajo territorial ineludible y del consecuente contacto directo con la situación de vulneración de derechos.

En tanto los procesos de declaración en situación de adoptabilidad y de adopción se encuentran íntimamente relacionados con los de control de legalidad de medidas excepcionales y pueden ser entendidos como consecuenciales, algunos juzgados habilitaron su continuidad. En ese sentido, se registraron algunas instancias de vinculación entre adoptados y familias adoptivas mediante la utilización de las herramientas informáticas.

Veamos algunas materias en particular<sup>5</sup>:

### 2.1. Violencia Familiar y violencia de género

Para aquellas personas que son víctimas de violencia familiar la convivencia con la persona agresora importa un agravamiento mayúsculo de la situación ante la imposibilidad de solicitar auxilio de un modo directo, tal como surge de los innumerables informes y estudios realizados al respecto como así también de la realidad palpable que han vivido nuestros juzgados de familia donde se ha visto reflejado en el incremento de denuncias realizadas en este período. Ello también puede trasladarse respecto de las situaciones de violencia de género en tanto una más que significativa mayoría de casos de violencia familiar están atravesados por la problemática de género<sup>6</sup>.

Si bien el aislamiento impacta en todas las modalidades de violencia diferenciadas en la ley 26.485 –que también operan en materia de violencia familiar– entiendo conveniente prestar una mayor atención a la violencia económica, sin perjuicio de aquellos tipos que se detectan cotidianamente en las secretarías de vulnerabilidad y en las secretarías de violencia familiar.

Se han generado campañas a efectos de otorgar herramientas a las personas afectadas con el objeto de permitirles viabilizar sus pedidos de ayuda sin que la persona agresora pueda percatarse de ello<sup>7</sup>, como así también se han abierto canales institucionales para facilitar la llegada de la denuncia a quienes tienen la potestad de dictar órdenes preventivas y ejecutivas.

En la «introducción» hice referencia a la Resolución de Presidencia del 27.03.2020 que ordenara mantener la vigencia de las medidas cautelares

<sup>5</sup> No cabe duda alguna que el aislamiento genera consecuencias en otras materias vinculadas al fuero de familia mas su abordaje va más allá de los límites de este artículo. Para una aproximación en ese sentido ver: HERRERA, MARISA, RUIZ ACUÑA, DANIELA, VISCONTI, VANESA Y CARRILLO HERRERA, GONZALO, «De identidades y responsabilidad estatal. La falta de inscripción registral en tiempos de cuarentena», La Ley 23.04.2020, *AR/DOC/1170/2020*; BASSET, ÚRSULA C., «Revisión de acuerdos patrimoniales de familia por crisis económica derivada de la pandemia», La Ley 11.05.2020, *AR/DOC/1519/2020*; Graiewski, Mónica, «Restitución internacional de menores en la era del coronavirus», La Ley 26.05.2020, *AR/DOC/1502/2020*; Modi, Carla B y Sancho, Manuela, «Coronavirus y adultos mayores», La Ley 13.04.2020, *AR/DOC/1020/2020*; ROCA SANTIAGO Y SALMAIN, MARINA, «Los niños, niñas y adolescentes migrantes como sujetos de especial protección frente a la pandemia del coronavirus (COVID-19)», La Ley 26.05.2020, *AR/DOC/1168/2020*; GALLI FIANT, MARÍA MAGDALENA, «La protección de la vivienda frente al aislamiento social, preventivo y obligatorio», La Ley 09.04.2020, *AR/DOC/1015/2020*; FERRER DE FERNÁNDEZ, ESTHER H.S., «La protección de la vivienda familiar en la emergencia sanitaria por el coronavirus», La Ley 13.04.2020, *AR/DOC/1024/2020*.

<sup>6</sup> En este acápite abordamos la violencia de género en tanto se observa en el marco de la

violencia familiar en función de la competencia propia del fuero de familia santafesino. Sin embargo, las situaciones de violencia de género que no son violencia familiar han encontrado otros cursos de acción, como por ejemplo aquella que se da en el trabajo bajo la modalidad home office, mas su tratamiento excede la finalidad de este artículo. Para una perspectiva más cercana al ámbito penal ver Barrios Colman, Noelia, «Violencia de género y COVID-19: una mezcla doblemente letal para las mujeres», Revista Derecho de Familia y de las Personas 2020 (junio), *AR/DOC/1641/2020*.

<sup>7</sup> PUENTES, MARÍA FLORENCIA «La violencia intrafamiliar en tiempos de pandemia COVID-19», Revista Derecho de Familia y de las Personas 2020 (junio), *AR/DOC/1646/2020*, CÁNEPA, SARA, DONATO, MARÍA, TAFFETANI, LAURA, EZEIZA, GRISELDA, ROGLIANO, FABIANA, PELITTI, BEATRIZ, «La violencia de género e intrafamiliar en épocas de pandemia», *La Ley online AR/DOC/1108/2020*.

<sup>8</sup> En los «considerandos» de este Instructivo, el Procurador expresó «que, además de tal eventual impacto que era necesario neutralizar, el aislamiento social preventivo y obligatorio — de acuerdo al número de denuncias tramitadas, como así también a la opinión de distintos actores institucionales y sociales relevantes... bien podría dar lugar a un silenciamiento de las situaciones de violencia de género experi-

adoptadas para proteger a las víctimas de violencia familiar, sin perjuicio de su eventual revisión o cese. En el mismo sentido, el Procurador General de la Corte Dr. Jorge Barraguirre emitió la Instrucción Particular N° 3 del 20.03.2020 por la que determinó que «las medidas cautelares adoptadas (prohibición de acercamiento u otras) dispuestas por los tribunales y juzgados de familia en protección a las víctimas de violencia de género, deberán mantenerse durante todo el término de duración previsto por la Acordada N° 8 del 16.03.2020; en tanto que su transcurso no puede afectar de ningún modo el cómputo del plazo de la medida cautelar que se trate».

Un enorme avance en materia de garantizar el acceso a la justicia por parte de quienes sufren de violencia familiar o de género ha sido el dictado de la Instrucción General N° 3 del 02.04.2020 del Procurador en la que se autorizó a las Oficinas de Asistencia de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género a receptor por vía electrónica —sea por correo electrónico, mensaje de texto, servicios de mensajería y/o mediante el empleo de redes sociales— las denuncias que presentaran las víctimas de violencia de género y doméstica, especialmente las solicitudes de prohibición de acercamiento, sin que la falta de presencia física de la denunciante constituya un impedimento para su recepción (artículo 1)<sup>8</sup>. En la Circular Aplicativa del 04.04.2020, se precisó claramente la forma de proceder para los casos de restricciones de acercamiento y para los casos de exclusión<sup>9</sup>. Asimismo, ordenó a dichas Oficinas a intervenir en los procesos en que se tramiten medidas cautelares de las contempladas en los numerales III y IV de la Resolución de Presidencia del 27.03.2020 y solicitar su bilaterización o llevándola a cabo, «cuando se pretenda por parte de los sujetos objeto de la medida, el levantamiento de aquéllas (u otro tipo de decisiones) que afecten a las víctima de violencia de género y doméstica». También instruyó a dichas Oficinas para supervisar el cumplimiento de las medidas dictadas por los juzgados pertinentes.

Es claro que las disposiciones adoptadas en función de la recepción de denuncias, sumadas a las campañas sociales antes referidas, permitieron sostener —no sin dificultades— el flujo de trabajo de las secretarías de violencia familiar reduciendo al mínimo las posibilidades de re victimización que sue-

len registrarse cuando se multiplican las exposiciones al sistema por parte de las víctimas de violencia.

## 2.2 Alimentos

Como describimos en la introducción, los alimentos fueron una de las materias priorizadas en su atención al inicio del receso judicial en cuanto hace al pago de cuotas alimentarias y a la fijación de alimentos provisorios.

Se han suscitado, claro está, algunas miradas nuevas en esta materia como así también se han reavivado discusiones anteriores. Voy a hacer eje en algunos en particular:

### 2.2.1 Mayores gastos provocados por el aislamiento y alimentos extraordinarios

Sin perjuicio de esbozar brevemente esta arista, me remito al excelente artículo de nuestro compañero de trabajo Marco Pedraza (Prosecretario del TCF N° 3 de Rosario), titulado «Implicancias de la pandemia coronavirus en la obligación alimentaria de los progenitores»<sup>10</sup>. En el marco del aislamiento social obligatorio, el autor refiere que «el progenitor conviviente deberá realizar mayores erogaciones vinculadas con la alimentación del niño, niña o adolescente (por ejemplo, se hará cargo de las cuatro comidas del día que quizá en el régimen ordinario de cuidado personal eran distribuidas equitativamente entre ambos progenitores) y, eventualmente, en mayores gastos de salud (por ejemplo, medicamentos, atención médica, etc.)» y se pregunta qué naturaleza jurídica tienen esos mayores aportes y si los mismos justifican un reclamo de coparticipación al progenitor no conviviente. En ese orden, desarrolla su artículo en función del concepto de alimentos extraordinarios y propone el reconocimiento de dicha mayor onerosidad.

### 2.2.2 Dificultades vinculadas con los ingresos del deudor alimentario

Como en cualquier otra situación crítica, se ha puesto globalmente en debate cuáles son los valores que deben ser comunitariamente priorizados. En el caso de nuestro país, se ha privilegiado al valor salud pública (indirectamente al valor vida) por sobre los aspectos económicos sin desconocer, des-

mentada por mujeres, niñas, niños, adolescentes y otros colectivos desaventajados en razón de su género y sus preferencias sexuales». Y agregó: «los medios habituales de denuncia para comprobar la identidad de la denunciante bien pueden flexibilizarse y moderarse para dar estricto cumplimiento a las obligaciones que surgen del *corpus iuris* en materia de protección de las víctimas de violencia de género».

<sup>9</sup> En este último supuesto y para viabilizar la flexibilización en la recepción, el aplicativo contempló que los pedidos proviniesen de un organismo administrativo local o provincial de protección de los derechos de las víctimas o de una organización social con reconocida trayectoria en la lucha por los derechos de las víctimas de violencia de género.

<sup>10</sup> *Microjuris* MJ-DOC-15276-AR-MJD15276.



<sup>11</sup> Ver el pormenorizado y profundo análisis que realiza Marisa Herrera en «Las relaciones de familia detrás de un vidrio...» ya citado, con especial atención al punto 1 «orden público prima sobre autonomía de la voluntad».

<sup>12</sup> BASSET, ÚRSULA, «Alimentos y COVID-19: Soluciones para ahora y para después», La Ley *AR/DOC/1010/2020*.

<sup>13</sup> Resolución N° 84/2020 de la ANSES.

<sup>14</sup> Comunicación «B» 11996 del BCRA.

<sup>15</sup> PEDRAZA, MARCO, «El IFE (Ingreso Familiar de Emergencia). Posibilidad de retención y/o de embargo para garantizar el pago de la cuota alimentaria» (inédito).

de ya, la afectación provocada en estos últimos<sup>11</sup>. Desde ese punto de vista, no cabe duda alguna que el aislamiento tendrá repercusión en la situación económica de los partícipes del derecho-obligación de alimentos, ya sea por ser el propio beneficiario o ser quien presta alimentos en forma directa en función de la convivencia con la persona alimentada, ya sea por ser el obligado al pago— en tanto pueden ver disminuidos sus ingresos o aumentados sus egresos. Aun cuando aspiremos a que la situación económica mejore en lo inmediato, es dable prever que se incrementen los planteos de reducción o de adecuación de las obligaciones alimentarias o las dificultades para el cobro de las cuotas alimentarias ya establecidas<sup>12</sup>.

Otro tema que puede ser objeto de discusión es la posibilidad de retención de una contribución alimentaria del Ingreso Familiar de Emergencia que fuera instituido por el DNU N° 310/2020 del 23 de marzo de 2020. En dicha norma se lo define como «una prestación monetaria no contributiva de carácter excepcional destinada a compensar la pérdida o grave disminución de ingresos de personas afectadas por la situación de emergencia sanitaria declarada por el Decreto 260/20...». Disposiciones administrativas posteriores establecieron que tal ingreso no es susceptible de descuento alguno ni computable para ningún otro concepto<sup>13</sup>, ni susceptible de ninguna deducción por las entidades bancarias<sup>14</sup>. Entiendo que el conflicto normativo con los derechos alimentarios, especialmente desde la legislación vinculada con los alimentos establecidos en favor de niñas, niños y adolescentes, aparece palpable, aunque es cierto que el carácter transitorio del instituto difícilmente habilite su abordaje judicial en un número importante de casos<sup>15</sup>.

### **2.2.3. Los recursos contra las resoluciones de alimentos provisorios**

Al inicio del esquema de guardias mínimas se plantearon algunas dudas respecto de ante quién eran recurribles los autos de alimentos provisorios dictados por el juez a cargo de dicha guardia. La respuesta encontró un cauce sencillo: aplicar por analogía las normas de la feria judicial y canalizarlo por vía de apelación sin instar la constitución de un tribunal pleno al solo efecto de tal recurso.

Sin embargo, esta situación pone en debate la recurribilidad misma de los alimentos provisorios. Los juzgados de familia unipersonales imprimen el trámite sumarísimo a los procesos autónomos de alimentos y la vía sumarísima incidental para las cautelares de alimentos provisorios. Un esquema similar se da en los Tribunales Colegiados de Familia (TCF) de Rosario dado que, si bien las juezas y jueces que los integran no son contestes en cuanto a aplicar juicio oral o juicio sumarísimo al proceso autónomo de alimentos en función de lo normado en el artículo 543 del Código Civil y Comercial, no queda duda alguna que la cautelar de alimentos provisorios tramita bajo juicio sumarísimo incidental.

Respecto de los TCF, la cautelar es otorgada por el juez de trámite y tal decisión es recurrible ante el Pleno con efecto devolutivo (artículo 531 último párrafo). En ese sentido, podría interpretarse que si la decisión fue suscripta sin sustanciación operaría previamente el recurso de revocatoria (art. 344 CPC) mas tal interpretación choca contra la contundencia del art. 531 que establece una vía directa de revisión. En el caso de los juzgados unipersonales será pasible de recurso de revocatoria (art. 344 CPC) si el decisorio fue dictado sin sustanciar.

Como vemos nos encontramos frente a situaciones diferentes, en los TCF los justiciables cuentan con una instancia de revisión ante dos jueces distintos de quien otorgara la medida cautelar mientras que en los juzgados unipersonales se restringe al mismo juez. Aun cuando pueda entenderse que estamos frente a recursos de revocatoria<sup>16</sup>, lo cierto es que si los recursos se agotaran en este esquema normativo nos hallaríamos frente a un tratamiento distinto para los justiciables conforme el lugar de radicación del juicio.

La pregunta radica en establecer si luego de agotada la revocatoria o la revocatoria ante el pleno, existe una vía procesal de revisión hacia la segunda instancia. En el marco del juicio sumarísimo debemos asir en primer término la norma establecida en el artículo 414 CPC que textualmente dice: «Ninguna resolución que no sea la sentencia en lo principal o que dé por resultado la paralización del juicio es apelable, pero el Tribunal de apelación podrá, al

<sup>16</sup> No podemos soslayar que el recurso de revocatoria ante el Pleno tiene similitudes mayores con el recurso de apelación tal como se encuentra operando en la actualidad en los Tribunales Colegiados donde una mayoría notoria de actuaciones son decididas por el juez de trámite del mismo modo que lo hace un juez unipersonal.

<sup>17</sup> En un sentido similar se pronunció la Sala 1° de la Cámara que integro al admitir un recurso directo respecto de la denegatoria de la apelación con fundamento en el artículo 414 CPC en un caso donde se había fijado una cierta tasa de interés para cuotas alimentarias devengadas y se habían desafectado fondos existentes en un plazo fijo (Auto N° 204 del 26 de junio de 2020 «Recurso Directo F., B.A. contra C., J. P. s/Aumento Cuota Alimentaria», inédito).

conocer de lo principal, reparar los agravios causados en los incidentes o en el procedimiento de primera instancia». Respecto del fallo del Tribunal Colegiado en Pleno operará la primera parte del artículo 42 de la ley 10.160 en cuanto exige que el decisorio recurrido por vía de apelación extraordinario se trate de sentencias definitivas o con fuerza de tales.

Entiendo que en ambos casos la respuesta es afirmativa para el obligado alimentario en función de la irreparabilidad del gravamen impuesto. Ello surge, a mi juicio sin mayores hesitaciones, de la parte final del artículo 539 Cód. Civ. y Com. que pauta la irrepetibilidad de lo pagado en concepto de alimentos. En el caso del artículo 414 del CPC es claro que la sentencia que pueda dictarse en segunda instancia en modo alguno puede reparar el agravio causado en el incidente<sup>17</sup> y en cuanto al recurso de apelación extraordinario nos hallamos frente a un caso de una sentencia con fuerza de definitiva, amén de tener que cumplir con los restantes requisitos de admisibilidad propios de dicho recurso.

En un fallo reciente, la Sala 4° de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, se pronunció en un sentido similar al más arriba propiciado, al hacer lugar a un recurso directo en un caso donde el Tribunal de grado había declarado la inadmisibilidad del recurso de apelación extraordinario que fuera interpuesto respecto de la resolución del Tribunal en Pleno de rechazar el recurso ante él interpuesto respecto de una cautelar de alimentos provisorios. Sostuvo la Sala que en el caso «no se trata de una resolución cautelar meramente conservatoria, sino de un verdadero anticipo de sentencia, con un desplazamiento patrimonial del demandado a la actora, que se avizora irreversible, en caso de una resolución final adversa a la demandada y aunque fuera adversa a la actora también porque no puede repetir» (Resolución N° 157 del 28.07.2020 en «M., N. L. contra P., M. O, s/alimentos. Recurso Directo»).

### **2.3. Derecho a la debida comunicación**

Si se tiene presente que el derecho a la debida comunicación entre niñas, niños y adolescentes con sus progenitores no convivientes o entre parientes,

se concreta en general de modo presencial, es fácil inferir que las consecuencias directas del aislamiento social obligatorio han recaído con mayor envergadura en la concreción de dicho derecho<sup>18</sup>.

Las restricciones al contacto presencial observaron distintas etapas tanto en su alcance como en su aplicación territorial. Al inicio del aislamiento se habían contemplado ciertas excepciones que incluían a las personas mayores que debían asistir a niñas, niños y adolescentes, extremo que fuera aclarado el mismo día 20 de marzo por Resolución N° 132 del Ministerio de Desarrollo Social. En ese sentido, el traslado fue autorizado por única vez para aquellas situaciones en que los niños, niñas y adolescentes se hallasen a esa fecha en un domicilio distinto del centro de vida para regresar al mismo o para trasladarse a aquél que sea más adecuado para cumplir con el aislamiento. Se contemplaron otras dos excepciones: el traslado al domicilio del otro progenitor, familiar o referente afectivo cuando uno de los progenitores deba ausentarse del hogar por las razones laborales, de asistencia a terceros o de fuerza mayor contempladas en el DNU 297/2020, o cuando se observase razones de salud en función del beneficio del NNA<sup>19</sup>.

Los sistemas de comunicación, como puede inferirse del párrafo anterior, se vieron marcadamente acotados en su modalidad presencial, no así, claro está, en la posibilidad de realización de encuentros virtuales<sup>20</sup>. Cabe recordar, especialmente para el caso del derecho a la debida comunicación enmarcado en la responsabilidad parental, que este derecho reposa en cabeza de las niñas, niños y adolescentes y se relaciona íntimamente con el derecho a la identidad. Se observa nuevamente aquí la disputa de valores en juego en el que se optó por preservar la salud pública (e individual) acotando –pero no anulando– las posibilidades de contacto.

El 1 de mayo de 2020 fue dictada la Decisión Administrativa N° 703/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación por la que se incorporó al listado de excepciones al cumplimiento del «aislamiento social, preventivo y obligatorio» y a la prohibición de circular, «a las personas involucradas en los siguientes supuestos: a) Traslado de niños, niñas y adolescentes, al do-

<sup>18</sup> HERRERA; MARISA, «Las relaciones de familia detrás de.....» citado. Ver punto II «Cuidado personal unilateral obligatorio: cuando la regla se invierte».

<sup>19</sup> TORRES LÓPEZ, JUAN BAUTISTA (H), «Padres separados de sus hijos en plena pandemia: ¿hasta cuándo es justo?» Revista Derecho de Familia y de las Personas, 17/06/37, Cita *online*: AR/doc/1640/2020.

<sup>20</sup> BELLUSCIO, CLAUDIO, «La aplicación de las nuevas tecnologías en el derecho de familia», Revista Derecho de Familia y de las Personas 2019 (Agosto), AR/DOC/1850/2019; SOLARI, NÉSTOR E., «El coronavirus y la tecnología en las relaciones de familia. En particular con referencia al régimen de comunicación filial», La Ley, 26/5/2020, AR/DOC/1164/2020.

<sup>21</sup> PEDRAZA, MARCO, «Un breve comentario acerca de la decisión administrativa N° 703/20202: un paso adelante y varias cuentas pendientes», *eldial.com-DC2AB3*, UGARTE, LUIS A., «Pandemia y régimen de comunicación para padres separados o divorciados», *La Ley AR/DOC/1529/2020*.

micilio del otro progenitor o progenitora, o referente afectivo, siempre que ello sea en el interés superior del niño, niña o adolescente; b) Si se trata de una familia monoparental, el progenitor o la progenitora podrá trasladar al niño, niña o adolescente al domicilio de un referente afectivo, siempre que ello sea en el interés superior del niño, niña o adolescente». La norma habilitaba para realizar el traslado, solamente una vez por semana, a cualquiera de los progenitores o progenitoras, o referente afectivo, que esté conviviendo con el niño, niña o adolescente<sup>21</sup>.

Luego de dictada la Decisión Administrativa JGM N° 966 del 2 de junio de 2020 y 968 del 5 de ese mismo mes y el Decreto provincial N° 474 de ese último día, la excepción al «aislamiento social, preventivo y obligatorio» y a la prohibición de circular, con las distintas modalidades que ha ido adoptando con el correr de los días con ampliaciones o restricciones conforme la situación epidemiológica, se produjo un paulatino proceso de normalización de los contactos sin desconocer, desde ya, las secuelas que en ciertos casos particulares han acarreado las restricciones ya comentadas.

En esta materia, las dificultades generadas a partir de este proceso extraordinario continuarán mostrando consecuencias luego de superada la situación crítica. La suspensión de los contactos presenciales supervisados por el cuerpo de Trabajadoras Sociales del Tribunal y las enormes dificultades operativas de concreción virtual, necesariamente importan un retraso en el desarrollo de establecimiento de lazos entre progenitores, progenitoras, hijos e hijas. Ello se ve agravado en los casos de procesos de re vinculación.

Como ya lo adelantara, los obstáculos a la realización de entrevistas con niñas, niños y adolescentes y de concretar así el derecho de los mismos a ser oídos, muestra marcadas consecuencias en el derecho a la debida comunicación, más aún cuando no es dable garantizar que el niño, niña o adolescente pueda expresarse con total libertad.

### 3. Síntesis

El aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Gobierno Nacional como consecuencia de la pandemia provocada por el Covid-19, como es de público conocimiento, conlleva agudas consecuencias en la vida cotidiana de nuestra comunidad que se traducen en marcadas afectaciones a las relaciones familiares.

Dichas afectaciones se trasladan proporcionalmente en el requerimiento de atención por parte del servicio que presta el fuero de familia local el que, a su vez, también registra el impacto del aislamiento en tanto y en cuanto sus propios miembros como así también quienes se relacionan directamente con el servicio de justicia, forman parte de la comunidad en general.

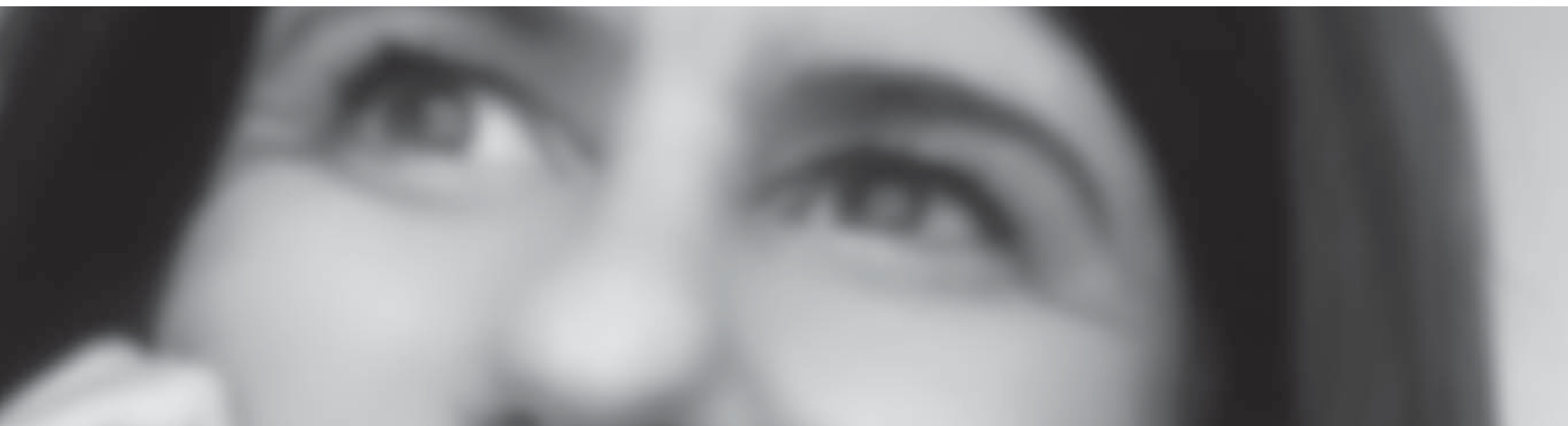
El Poder Judicial, como también ha sucedido en otros ámbitos, ha tenido que brindar respuestas y adecuaciones urgentes en las que necesariamente se ha visto comprendido el fuero de familia no sólo a partir de lo señalado en los párrafos anteriores sino también por las carencias propias de un sistema preparado para otro esquema de prestación de servicios.

Sin perjuicio de las adaptaciones tecnológicas que necesariamente se han impuesto y de las dificultades operativas que ellas conllevan, el fuero ha dado respuestas progresivas al tratamiento de los casos planteados. Desde el punto de vista de gestión, se comenzó mediante una prestación acotada a guardias mínimas a cargo de un equipo de emergencia –sin perjuicio del trabajo que desde sus domicilios efectuaron el resto de los magistrados y funcionarios– para luego ir ampliándolo hasta arribar a una situación más cercana a la normalidad luego de cesado el aislamiento.

Desde el punto de vista de las materias abarcadas, al inicio del período de aislamiento se incluyeron algunas que requerían urgente atención para luego ir incorporando otras y otros aspectos de las mismas materias ya contempladas. Así, la prestación de servicios continuó durante todo el período en violencia familiar y de género, alimentos provisorios, pago de alimentos,

honorarios profesionales, internaciones involuntarias, control de legalidad de medidas excepcionales, derecho a la debida comunicación y otras situaciones particulares no contempladas, a las que se agregaron ulteriormente las restantes propias del fuero cuando cesó el aislamiento, más allá de algunas nuevas restricciones territoriales puntuales y por breves lapsos.

Las consecuencias del período de aislamiento continuarán repercutiendo en los casos sometidos al fuero aún luego del cese definitivo de la situación de emergencia. Sin perjuicio de ello, algunas modificaciones operativas han mejorado significativamente el servicio o muestran, al menos, una clara potencialidad en tal sentido, y serán aplicables también en los tiempos venideros. Dentro de dicho marco se incluye la necesidad de profundizar el trabajo coordinado de los distintos actores del sistema judicial, en especial entre quienes ejercen la abogacía y los miembros del Poder Judicial, desde el rol específico que a cada uno le corresponde. ■



# JUSTICIA DE FAMILIA Y PANDEMIA

**DRA. MARIANA HERZ**

JUEZA DEL TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 5 DE SANTA FE





*El COVID-19 ha generado incertidumbre, forzado la restricción de algunos derechos fundamentales y acarreado una profundización de la crisis económica y social. Ha irrumpido en la cotidianeidad de las familias y ha incidido negativamente en la violencia familiar y de género, el contacto fluido de los hijos con ambos progenitores y la satisfacción de las necesidades alimentarias entre otros. El acceso a la jurisdicción aparece central para garantizar derechos pero se exige su adaptación a los desafíos que implica la migración de lo presencial a lo virtual así como a las transformaciones que habrán de operarse si la recuperación de las fuentes de ingreso formales e informales de las familias no ocurre en el corto plazo. Ello posiblemente fuerce una reformulación de las cargas asumidas y una redistribución de los sacrificios y pérdidas con mayor presión sobre el patrocinio jurídico gratuito en particular y el sistema de justicia en general.*

## 1. Introducción

El impacto de la pandemia por COVID-19 en las familias difícilmente puede ser mensurado<sup>1</sup> debido a que estamos transitándola y no es posible predecir sus efectos, al menos en el mediano y largo plazo, en el cual los expertos aseguran habrá consecuencias profundas en lo económico y en lo social.<sup>2</sup>

Si puede aventurarse que el confinamiento, la sobrecarga de tareas de cuidado que recaen principalmente sobre las mujeres, los cambios de hábitos y rutinas y las dificultades económicas y financieras afectan las relaciones de pareja, de parentalidad y fraternas. Debido a que esas relaciones no son unidireccionales, el malestar de uno de los extremos de la relación necesariamente tiene incidencia sobre el otro y, en definitiva, sobre las restantes relaciones que integran la urdimbre familiar.

El COVID-19 también impacta sobre el Derecho de familia en tanto para evitar la propagación del virus los Estados han adoptado una multiplicidad de normas, reglamentaciones y protocolos nacionales, provinciales y municipales que tienen la particularidad de restringir el ejercicio de los derechos con objeto de preservar la salud pública.

Esas restricciones, en particular a la libre circulación de personas y el derecho de reunión, tienen incidencia directa en aspectos tales como la violencia de género y doméstica, regímenes de comunicación y planes de parentalidad, vivienda familiar, alimentos, acceso a la justicia, matrimonio, compensación económica, deber de asistencia familiar, adultos mayores y personas con discapacidad (G.MEDINA, 2020.a) entre otros.

La situación es tan anómala y seria que ha llevado a la oms y otros organismos de Naciones Unidas a la creación de un laboratorio jurídico<sup>3</sup> que reúne las respuestas gubernamentales de 190 países y cuyo objetivo es garantizar que las legislaciones nacionales protejan a las personas y las comunidades y que adhieran a las normas internacionales vigentes sobre derechos humanos.

## CITAS

<sup>1</sup> Existen algunos estudios cuantitativos realizados por el Observatorio de Psicología Social Aplicada de la Facultad de Psicología de la UBA (OSPA) pero son recortes.

<sup>2</sup> Pueden verse los informes de la CEPAL sobre el impacto económico en América Latina y el Caribe de la enfermedad por coronavirus disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45602-informe-impacto-economico-america-latina-caribe-la-enfermedad-coronavirus-covid>; «El desafío social en tiempos de covid» disponible en [cepal.org/es/publicaciones/45527-desafio-social-tiempos-covid-19](https://www.cepal.org/es/publicaciones/45527-desafio-social-tiempos-covid-19); «Enfrentar los efectos cada vez mayores del COVID-19 para una reactivación con igualdad: nuevas proyecciones» disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45782-enfrentar-efectos-cada-vez-mayores-covid-19-reactivacion-igualdad-nuevas>.

<sup>3</sup> <https://covidlawlab.org/>.

La falta de un mapa claro que permita anticipar cómo quedan los derechos en el Estado de derecho mientras dure la crisis (G. SOZZO, 2020) genera por un lado, un incremento en la demanda del servicio de justicia y por otro, presenta diversidad de respuestas en situaciones análogas, aumentando los niveles de ansiedad producto de la incertidumbre.

Paralelamente, al producirse el deterioro de la economía formal e informal, afectando el nivel y regularidad de los ingresos económicos de buena parte de la población, se acrecienta la pobreza, lo que conlleva el desafío de garantizar que la creciente demanda de tutela efectiva pueda encontrar un patrocinio jurídico gratuito de calidad, como herramienta de inclusión social que le permite mejorar o transformar la situación en que se encuentra (K. CARPINTERO, 2020).

A continuación, se intentarán esbozar los principales requerimientos en el acceso a la jurisdicción y el funcionamiento de la justicia de familia, durante dos etapas: la fase de Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO) –que en la justicia provincial se tradujo en el receso administrativo judicial dispuesto por Acuerdo Extraordinario de la CSJ en fecha 19 de marzo de 2020 (Acta N°10) con alcance a todo el territorio santafesino– y con posterioridad, la etapa de Distanciamiento Social que, en buena parte del territorio provincial, ha significado el cese del receso y el funcionamiento de los tribunales con las limitaciones y adaptaciones que impone la necesidad de adoptar medidas de prevención de la enfermedad. A partir de allí, se intentará identificar algunos desafíos que conviene anticipar para construir respuestas adecuadas en la postpandemia.

## **2. Respuestas jurisdiccionales frente a las problemáticas más acuciantes**

### **a) Violencia de género y doméstica**

La violencia de género ha sido calificada como una pandemia dentro de una

pandemia (S. COUSINS, 2020: 301)<sup>4</sup>. Ello porque la crisis sanitaria, económica y de seguridad exacerba las tensiones lo que aunado al confinamiento dispuesto por los gobiernos de diversos Estados obliga a las mujeres a permanecer encerradas con sus parejas violentas dificultando su acceso a las redes de ayuda y contención<sup>5</sup> (CANEPA y otras, 2020; OEA-CIM, 2020: 9).

Como consecuencia, a nivel global se advierte un preocupante incremento de los casos de violencia intrafamiliar y de género.

La Relatora Especial sobre violencia contra la mujer de Naciones Unidas ha señalado que «es muy probable que aumenten los casos de violencia doméstica generalizada, como ya sugieren los informes de la policía y de las líneas directas. El hogar puede ser un sitio de miedo y maltrato para muchas mujeres, niñas y niños. La situación empeora considerablemente en casos de aislamiento como las cuarentenas impuestas durante la pandemia. Todos los Estados deben tomar medidas para combatir el COVID-19, pero no deben dejar atrás a las mujeres y los niños que sufren violencia doméstica».<sup>6</sup>

En Argentina, desde que se dispuso el ASPO se han incrementado en un 25% el número de llamadas de emergencia (*UN Women*, 2020). La Oficina de Violencia Doméstica de la CSJN ha publicado un informe sobre los casos atendidos durante los 120 días de duración del ASPO, entre el 20 de marzo de 2020 y el 17 de julio de 2020<sup>7</sup>. Del mismo se desprende que en el período comprendido entre el 20 de marzo y el 30 de abril las situaciones evaluadas con riesgo altísimo y alto superaron el promedio del mismo período del año 2019 aunque la tendencia es decreciente ya que en mayo, junio y julio los porcentajes se asemejan a los de 2019. Entre los escenarios en los que aparece, se reedita o agudiza la violencia, enumera: Temor por el contagio ante la salida de algún miembro de la familia por situaciones asociadas a consumo de sustancias psicoactivas y/o problemáticas de salud mental; Temor de niñas y niños por el contagio ante el incumplimiento de cuarentena por parte del padre; Impedimento a la afectada, por parte del agresor, para ingresar o egresar de la vivienda esgrimiendo cumplimiento del ASPO; Cuestiones de vulnerabilidad y/o dependencia económica agravadas por la pér-

<sup>4</sup> Este término aparece en diversas publicaciones de ONU MUJERES. Puede verse: <https://news.un.org/es/story/2020/04/1473082>; <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/un-supporting-trapped-domestic-violence-victims-during-covid-19-pandemic>.

<sup>5</sup> En igual sentido ver <https://www.hrw.org/es/news/2020/07/07/creciente-riesgo-de-violencia-para-las-mujeres-durante-la-covid-19>.

<sup>6</sup> Declaración del 27.03.2020.

<sup>7</sup> Puede verse en <http://www.ovd.gov.ar/ovd/verMultimedia?data=4194>.

<sup>8</sup> Disponible en: <http://www.ovd.gov.ar/ovd/verMultimedia?data=4194>, p.23-24.

<sup>9</sup> Acuerdo Extraordinario del 13.05.2020 -Acta N° 14.

dida de ingresos por aislamiento; Decisión de transcurrir la cuarentena de la pareja parental junto con las/os hijas/os en el mismo domicilio; Aparición de situación de violencia en el contexto de inicio o reinicio de convivencia por cuarentena; Permanencia en el mismo domicilio ante la dificultad de retornar a los lugares de residencia y/o empleo; Agudización de las situaciones de violencia; Agravamientos de problemáticas de salud mental con referencia directa a la pandemia de COVID-19; Situaciones relacionadas con conflictos en el sistema de comunicación entre madres/padres no convivientes con hijas/os; Aumento del consumo de alcohol y sustancias psicoactivas en el contexto del ASPO; Excarcelación de la persona agresora por la situación de la pandemia; Hostigamiento agudizado en el contexto de mayor disponibilidad de tiempo ante el ASPO; Conflictiva vincular familiar agudizada en el contexto del ASPO; Utilización de la cuarentena por parte de la pareja para evitar la denuncia; Dificultad de la persona de continuar con las denuncias o trámites relacionados en función de la pandemia; Suspensión de asistencia psiquiátrica ambulatoria por la situación de ASPO; Situaciones emergentes en el contexto de las conductas irresponsables frente al ASPO; Incumplimiento del ASPO: situaciones de ex parejas y otros vínculos donde el agresor se dirige a la vivienda de la afectada –irrupción en la vivienda u hostigamiento–.<sup>8</sup>

El Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe adoptó prontamente diversas medidas. En primer lugar, dispuso que durante el receso judicial funcionara un esquema de guardias mínimas para la atención de asuntos urgentes dentro de los cuales quedan comprendidas las denuncias por violencia. Este esquema fue reforzado, al designarse dos jueces del fuero por cada turno de guardias mínimas<sup>9</sup>.

Por Resolución N°306 de Presidencia de la CSJ, en fecha 27 de marzo de 2020, se dispuso la prórroga de las medidas autosatisfactivas dictadas para protección de las víctimas de violencia familiar durante todo el término de duración del ASPO. Esto fue muy útil en una etapa donde no había uniformidad de criterio respecto de si el desplazamiento para denunciar violencia quedaba comprendido en la excepción de fuerza mayor prevista en el art. 6 inc. 6 del DNU N°297/2020. Tal situación quedó clarificada a partir del 6 de

abril de 2020, por Decreto Provincial N° 318/2020 del 6 de abril de 2020, que interpretó que en el ámbito provincial, tal situación quedaba excepcionada y autorizó la circulación de la persona denunciante junto a sus hijas/os para efectuar denuncia o pedir auxilio, asistencia o protección<sup>10</sup>.

Por Acuerdo Extraordinario de 14 de abril de 2020 (Punto VIII.1) se amplió el esquema de prestación de servicio, en línea con la Instrucción General N°3 dictada por el Señor Procurador General, que habilitó la recepción de denuncias por correo electrónico, telefonía móvil y a través de la aplicación *WhatsApp*, por lo cual se ordenó dar trámite a las presentaciones efectuadas con la sola firma del Fiscal. En la práctica tribunalicia, lo anterior se tradujo en que, durante la vigencia del ASPO, las medidas autosatisfactivas solicitadas en virtud de las Leyes de violencia familiar y de género fueron tramitadas casi íntegramente por medios digitales.

A la recepción de la denuncia por el Fiscal, sigue su remisión por correo electrónico a la casilla habilitada del tribunal, juntamente con la documentación de respaldo como ser: DNI, denuncia ante el centro territorial correspondiente o la autoridad policial, informes de equipos locales y cualquier otro que fuera pertinente. El tribunal genera el expediente judicial asignando CUIJ y carátula y, adoptada la resolución judicial, la misma es comunicada al Fiscal y a la autoridad policial competente, por correo electrónico. De esta manera, se evita la concurrencia de la víctima al tribunal y se otorga celeridad al despacho y notificación de la medida adoptada.

Esto ha significado flexibilizar los requisitos para recepcionar denuncias y ha operado en paralelo con la atención presencial, cuando la víctima no tiene acceso a la tecnología por carecer de ella o de los conocimientos mínimos necesarios y/o el auxilio de un familiar o referente afectivo que pudiera prestarle auxilio para ello.

#### **b) Regímenes de comunicación y cuidado**

El ASPO tuvo y tiene gran impacto sobre los regímenes de comunicación vi-

<sup>10</sup> Por Decreto del Gobernador N°318/2020, de 06.04.2020, durante la vigencia del ASPO, y comprendida dentro de la excepción de fuerza mayor contenida en el DNU N°279/2020, se autorizó la circulación de «todas las mujeres y personas de la diversidad sexual, solas o junto a sus hijos e hijas, que con motivo de encontrarse atravesando situaciones de violencia, se encuentren fuera de su domicilio con la finalidad de realizar las pertinentes denuncias penales respecto de la violencia sufrida o se dirijan a requerir auxilio, asistencia o protección en razón de la dicha situación.»

<sup>11</sup> El art. 2 dispone que: Serán considerados supuestos de excepción, a los fines del artículo anterior, los siguientes: a) Cuando al momento de entrar en vigencia la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio el niño, niña o adolescente se encontrase 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. Este traslado debe ser realizado por única vez; b) Cuando uno de los progenitores, por razones laborales que se inscriban en alguno de los incisos del artículo 6° del Decreto N° 297/20, de asistencia a terceros u otras causas de fuerza mayor, deba ausentarse del hogar en el que se encuentra el niño, niña o adolescente; pueda trasladarlo al domicilio del otro progenitor, familiar o referente afectivo; y c) Cuando por razones de salud y siempre en beneficio del interés superior del niño/a, pueda trasladar al hijo/a al domicilio del otro progenitor. Esta resolución fue declarada inconstitucional por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 23, a cargo de Agustina Díaz Cordero, el 27.04.20.

<sup>12</sup> Ver el informe de la Sociedad Argentina de Pediatría disponible en [https://www.sap.org.ar/uploads/archivos/general/files\\_preguntas-y-respuestas-covid-19-05-20\\_1588790094.pdf](https://www.sap.org.ar/uploads/archivos/general/files_preguntas-y-respuestas-covid-19-05-20_1588790094.pdf); Igualmente ver <https://portalgarrahan.org/el-covid-19-y-los-ninos-ninas-y-adolescentes/>; <https://www.sjdhospitalbarcelona.org/es/ninos-tienen-prevalencia-anticuerpos-co->

gentes en tanto no se pueden cumplir con la normalidad ni regularidad con que fueron establecidos (MEDINA, 2020 a).

Desde el plano normativo, el DNU N°297/2020 que dispuso el ASPO excepción de su cumplimiento a las «personas que deben asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores, a niños, a niñas y a adolescentes» (art. 6 inc.5) siendo complementado por la Resolución N°132/2020 del Ministerio de Desarrollo Social que precisó los supuestos de traslado de NNA.<sup>11</sup>

Ello generó la interrupción del contacto de los hijos con el progenitor no conviviente durante el ASPO, salvo los limitados supuestos de excepción previstos en las normas.

Las críticas a una concepción adulto céntrica, que desconoce que las NNA presentan una baja incidencia de casos, con cursos de enfermedad más leves<sup>12</sup> dieron origen, entre otros, a que el 1 de mayo de 2020 la Jefatura de Gabinete de Ministros dictara la Disposición Administrativa N°703/2020 que habilitó el traslado cada siete días de NNA desde el domicilio del progenitor con quien convivieron durante el ASPO hacia el domicilio del otro progenitor o referente afectivo.

La falta de acuerdo entre los progenitores para garantizar el contacto con los hijos, durante este período, motivó el recurso a la Justicia para que habilitara el cumplimiento de los planes de parentalidad vigentes.

En la provincia, por Acuerdo Extraordinario de la csj del 14.04.2020 (Acta N°11, Punto VIII.3) se amplió el esquema de prestación del servicio para atender medidas y/o intervenciones vinculadas al régimen de contacto y comunicación en casos de urgencia y gravedad.

Los criterios jurisprudenciales han sido disímiles. Mientras que algunos tribunales denegaron el pedido con fundamento en la preservación del derecho a la salud de la comunidad o planteando la dicotomía entre el interés supe-

rior del niño a la preservación de su salud frente al interés del progenitor no conviviente a mantener el contacto, otros habilitaron temporariamente regímenes de comunicación virtual, a través de *skype*, *whatsApp*, *Zoom* u otras aplicaciones similares, destinados a regir durante la vigencia del ASPO<sup>13</sup>.

Algunos modificaron temporalmente el régimen de comunicación vigente fijando un régimen de cuidado compartido alternado y otros dispusieron que se ejecute el régimen vigente aun cuando signifique traslados intersemanales con mayor frecuencia que la establecida en la Disposición Administrativa N°703/2020.<sup>14</sup>

Siendo que el interés superior del niño es un concepto indeterminado, que se define como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos, la pandemia exige ponderar su derecho a la salud que se encuentra en tensión con su derecho a mantener fluida comunicación con ambos progenitores, teniendo ambos derechos reconocimiento en la CDN (TORRES LOPEZ, 2020).

La solución debe sopesar la seguridad e integridad del niño en el momento de la toma de la decisión sin desentenderse de valorar también la posibilidad de que esa decisión genere riesgos y daños a futuro así como otras consecuencias sobre su seguridad (DIAZ CORDERO, 2020). Esto es especialmente cierto en el caso de niñas y niños en su primera infancia en donde las comunicaciones por medios virtuales son más difíciles y la falta de contacto por períodos prolongados puede obligar luego a complejos procesos de revinculación.

### **c) Alimentos**

La pandemia puede impactar sobre los sujetos de la relación alimentaria poniendo a prueba los estereotipos según los cuales el acreedor suele encontrarse en una posición económicamente aventajada y el deudor en una situación de urgencia y vulnerabilidad. Cualquiera de ellos puede ver afectada su salud o sufrir una disminución o pérdida de ingresos económicos.

*vid-19-similar-adultos-pero-mayoria-con-sintomas-leves*

<sup>13</sup> Una sinopsis de los fallos puede consultarse en BELLUSCIO, CLAUDIO A. «Jurisprudencia sobre coronavirus y régimen de comunicación» disponible en <https://garciaalonso.com.ar/blog/jurisprudencia-sobre-coronavirus-y-regimen-de-comunicacion/>

<sup>14</sup> Este fue el criterio que sostuve en una Resolución de 28.05.2020 en razón de que todas las partes residen en Santa Fe, a la fecha no había circulación comunitaria del virus, se habían autorizado las salidas recreativas, la corta edad del niño hacía difícil la comunicación virtual y cuanto mayor tiempo transcurriera sin contacto mayores dificultades para la revinculación postpandemia.



También puede haberse producido una alteración en el régimen de cuidado de los hijos permaneciendo más tiempo del habitual en el domicilio de uno de los progenitores generando un desequilibrio (U. BASSET, a), 2020).

Las situaciones varían según exista cuota alimentaria fijada judicialmente o convenida entre las partes o no.

Si no hubiera cuota alimentaria establecida, desde el inicio del receso judicial, se ha admitido la fijación de cuota alimentaria provisoria, atento el carácter urgente de la misma, sin perjuicio de que por Acuerdo Extraordinario de 14.04.2020 (Acta N°11/2020 Punto VIII.2.a) se ampliara expresamente el esquema de prestación del servicio para la determinación de alimentos provisorios.

Frente a su incumplimiento, durante el ASPO se han efectuado intimaciones. También por Acuerdo Extraordinario de 14.04.2020 (Acta N°11/2020, Punto VIII.2.b) se habilitó el cobro de las cuotas alimentarias vigentes mediante la solicitud por correo electrónico y la remisión de oficios al Banco por la misma vía, evitando la presencia física en los tribunales. También se habilitó la homologación de acuerdos celebrados por las partes a partir del 13.05.2020 (Acuerdo Extraordinario CSJ Acta N°14).

En los casos en que la cuota alimentaria está establecida puede ser necesario habilitar soluciones transitorias, de excepción por la excepcionalidad de la pandemia (U.BASSET, 2020), siendo admisible el establecimiento de una cuota alimentaria extraordinaria (M.A.MASSANO, 2020) ya que la promoción y resolución de un incidente de aumento, reducción o cese de cuota puede insumir en su tramitación más tiempo que el que dure la situación crítica en el caso concreto y, al tiempo de resolverse, haber cesado la causa que le dio origen.

Este es el criterio que siguió el Juzgado de Familia N°1 de Tigre que estableció una cuota alimentaria extraordinaria por única vez, en un caso en el cual desde que se dispuso el ASPO y durante 40 días, la progenitora estuvo

al cuidado exclusivo de su hijo, se quedó sin salario y sin percibir suma alguna por el carácter independiente de su profesión y, requerido el progenitor, éste no contribuyó voluntariamente. Además del interés que presenta por el abordaje con perspectiva de género que exhibe el fallo, el mismo se basó en la doctrina antes mencionada, en el valor económico que corresponde asignar a las tareas de cuidado y en el principio de solidaridad familiar, tan importante en épocas de crisis.<sup>15</sup> En otro caso en el cual el cuidado personal era compartido indistinto y el progenitor aducía no poder hacerse cargo del cuidado de sus hijos conforme el plan pactado, en tanto la progenitora no podía asumir la totalidad del pago del salario de la niñera que debió contratar para cuidar a sus hijos ya que debió retomar su trabajo en forma presencial, el Juzgado de Familia N°2 de Córdoba dispuso que, hasta tanto se normalice la actividad escolar de los hijos y se retome el régimen de cuidado vigente, el progenitor deberá abonar una suma adicional proporcional para cubrir el pago de los servicios de la cuidadora de sus hijos<sup>16</sup>.

También sería procedente una reducción excepcional cuando se alegue la pérdida sustancial de ingresos del alimentante por efecto del ASPO (U.BASSET, a), 2020).

La cuota alimentaria provisoria puede incrementarse pero se comparte el criterio según el cual no bastará la mera invocación de la pandemia para ello, siendo necesario demostrar un incremento de las necesidades del alimentado a consecuencia de ella. (BELLUSCIO, 2020).

#### **d) Divorcio**

Al limitar la libertad de circulación y las posibilidades de realizar salidas sociales, deportivas y recreativas el ASPO ha forzado la convivencia diaria y permanente de aquellas personas unidas en matrimonio o en unión convivencial, de un modo diferente al que se presenta en los períodos de vacaciones, en que el tiempo compartido transcurre disfrutando de paseos, salidas y actividades. Esta circunstancia, en un contexto de inestabilidad sanitaria, económica y emocional puede haber fortalecido algunas relaciones pero

<sup>15</sup> Un trabajo muy interesante sobre este tema puede verse en CORDOBA, MARCOS «El derecho en época de pandemia. COVID-19, familia y solidaridad jurídica» LA LEY 09/04/2020, 09/04/2020, 15, cita *online*: AR/DOC/1034/2020

<sup>16</sup> «M.V.L. s. Alimentos» 14.07.2020 publicada por el Dr. Claudio Belluscio en su grupo de facebook «Derecho de familia según el nuevo código civil y comercial».

<sup>17</sup> En su trabajo titulado «Los covidivorcios después del confinamiento por el covid-19: breve análisis de las causas y soluciones desde una visión constructiva» Granjo hace un exhaustivo análisis de las causas y consecuencias del confinamiento sobre las parejas que por razones de espacio aquí se omiten. El cese de las uniones convivenciales también habrá de provocar efectos en lo relativo al pedido de compensaciones económicas, atribución del uso de la vivienda familiar, fijación de canon locativo, entre otros.

<sup>18</sup> «Asesoría Tutelar CAYT N°. 2 c. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ medida cautelar autónoma», J Cont. Adm. y Trib. N° 10, cita *online*: AR/JUR/3348/2020.

también precipitado la ruptura de otras, dando lugar en el caso de la existencia del vínculo matrimonial a la promoción de los llamados covidivorcios (GRANJO, 2020:70)<sup>17</sup>.

Desde el 19.03.2020 (Acta Acuerdo Extraordinario csJ N°10) y hasta el 13.05.2020 (Acuerdo Extraordinario csJ Acta N°14) las pretensiones de divorcio no se encontraron dentro de las habilitadas en tanto no eran materia de atención por las guardias mínimas. A partir de que la csJ dispuso el cese del receso judicial –a excepción de los llamados «grandes aglomerados urbanos de la provincia»– se habilitó el trámite de los pedidos unilaterales y bilaterales de divorcio. En Santa Fe y Rosario, en cambio, sólo se habilitó la presentación de divorcios por presentación conjunta (Punto IX del Acuerdo N°14) siendo admisibles las nuevas peticiones de divorcio unilateral recién a partir del cese del receso judicial (Acta Acuerdo Extraordinario N°16).

#### **f) Determinación de la capacidad**

Los procesos para la determinación de la capacidad de las personas se vieron suspendidos desde el 19.03.2020 (Acta Acuerdo Extraordinario csJ N°10) y hasta el 13.05.2020 (Acuerdo Extraordinario csJ Acta N°14) en que fueron incluidos dentro de la ampliación del esquema de prestación del servicio de justicia, sin perjuicio de que las pretensiones cautelares fueran atendidas en razón de la urgencia.

Por ejemplo, frente al supuesto de un niño con trastorno del espectro autista, a quien el aislamiento colocaba en una situación de riesgo por cuanto además de la medicación se le había recomendado realizar caminatas diarias de larga duración como modo de regular su conducta y evitar autolesiones y violencia hacia los restantes integrantes de su grupo familiar conviviente, un Juzgado de c.A.B.A. hizo lugar a una medida cautelar y lo autorizó a realizar salidas diarias por el término de dos horas, acompañado por un adulto responsable.<sup>18</sup>

Pero, aún superado el ASPO y vigente el distanciamiento social, uno de los

principales desafíos que impone el COVID-19 en esta materia se relaciona con la exigencia del conocimiento personal y directo por parte del juez con la persona cuya capacidad debe determinarse (art. 35 del CCC) porque, en muchos casos, se trata de personas pertenecientes a los grupos de riesgo a las que se les ha recomendado la permanencia en sus hogares y el mínimo contacto con terceros para evitar exponerlos a contraer la enfermedad.

La tecnología se constituye en una herramienta de suma utilidad en estos casos ya que permite cumplir con los principios de intermediación judicial, celeridad, economía y concentración (MARTINEZ BORDA, 2020).

Desde el 17 de julio de 2020, en los tribunales de familia de la Primera Circunscripción, se cuenta con la posibilidad de celebrar audiencias a través de la plataforma *zoom*. Ello permite cumplir con la exigencia del art. 35 del CCC evitando el desplazamiento a la sede del tribunal. En el mismo proveído que convoca a audiencia se transcribe el ID de la reunión y la contraseña facilitando así que la persona cuya capacidad debe determinarse, su letrado, el apoyo o curador propuesto –según el caso– y su letrado así como el Defensor General puedan conectarse remotamente, grabándose la audiencia y reservándose el archivo para registro. De este modo se optimiza el proceso evitando desplazamientos innecesarios sin afectar los derechos de las personas vulnerables.

#### **g) Medidas de protección excepcional de la niñez y adolescencia**

En materia de niñez, durante la vigencia del receso judicial, por Acuerdo Extraordinario de la CSJ de 14.04.2020 (Acta N°11, Punto VIII.4) se amplió el esquema de prestación del servicio en lo relativo a las Medidas de Protección Excepcional adoptadas por la SDNAF, en aplicación del art. 58 y 58 bis de la Ley 12.967. Aún sin ésta ampliación explícita, ante el requerimiento del auxilio de la fuerza pública para protección de la niñez en situación de vulnerabilidad, por su carácter urgente, correspondía el despacho.

En las causas que involucran a la infancia el uso de la plataforma *zoom* pue-

<sup>19</sup> Ver informe N° 3 y N° 7 de OPSA disponible en <https://www.psi.uba.ar/opsa>.

<sup>20</sup> Ver informe N°9 del OPSA «Familia, pareja y crianza en contexto de pandemia: análisis comparativo a los 10 y 80 días de cuarentena» disponible en <https://www.psi.uba.ar/opsa/informes/Crisis%20Coronavirus%209.pdf>.

de ser muy útil cuando es necesario oírlos a los fines de resolver pedidos de declaración en situación de adoptabilidad (art. 609 inc. b) del CCC), otorgar la guarda con fines adoptivos (Art. 613 del CCC), oír a la NNA (Art. 617 inc. b) del CCC), recepcionar su consentimiento para la adopción (Art. 617 inc. d) del CCC) y escuchar a los pretensos adoptantes. También para el conocimiento personal de los aspirantes a guarda con fines de adopción cuyos legajos remite el RUAGA (Art. 613 del CCC).

Asimismo podría ser de utilidad en las entrevistas de conocimiento personal en las tutelas (art. 113 CCC). En cambio, no parece aconsejable su uso cuando se trata de oírlos en el marco de causas relacionadas con el conflicto parental para determinar quién habrá de detentar el cuidado personal por el riesgo de manipulación por parte del adulto con el que se encuentren al momento de efectivizar la entrevista.

### 3. Hacia un derecho de familia pos pandémico

Estamos atravesando la pandemia y es difícil anticipar el devenir de los acontecimientos, aunque puede presumirse que los efectos se sentirán en el mediano y largo plazo y sus repercusiones no sólo se darán en lo económico y financiero sino también en la salud mental de la población.<sup>19</sup>

Se cuenta con información que concluye que durante la cuarentena aumentaron todos los indicadores negativos de la comunicación intrafamiliar y disminuyeron los indicadores positivos de cohesión familiar.<sup>20</sup>

En el fuero de familia confluye la prestación del servicio de justicia de buena parte de los grupos definidos como vulnerables por las 100 Reglas de Brasilia: NNA, mujeres, personas con afecciones en su salud mental y con restricciones en su capacidad.

Es razonable esperar un incremento cuantitativo de casos y el planteo de situaciones de mayor complejidad, originales, que exigirán de un magistrado

creativo, flexible, abierto al uso de nuevas tecnologías y sensible para trabajar con un tejido social frágil.

El contexto de incertidumbre genera estrés pero también permite repensar prácticas y reformularlas para adaptarlas a las nuevas necesidades. La migración de lo presencial hacia lo telemático posiblemente haya llegado para quedarse. Las presentaciones *online*, la firma digital, las notificaciones electrónicas son medios de dotar de celeridad al sistema, reducir costos, contribuir con el medioambiente. Se trata de aspectos sobre los que se venía trabajando no sin resistencias. El virus ha terminado por doblegarlas.

Las audiencias virtuales, la prueba electrónica, las presentaciones digitales, la emisión y recepción de oficios y exhortos por medio del correo electrónico obligan a los operadores del sistema de justicia a salir de su zona de confort y adaptarse al uso de las nuevas tecnologías (SANTARELLI, 2020). El fuero de familia no estará al margen de ello. ■

#### BIBLIOGRAFÍA

- BASSET, ÚRSULA (a) «Alimentos y COVID-19: Soluciones para ahora y para después», LA LEY 09/04/2020, 09/04/2020, 3, cita *online*: AR/DOC/1010/2020
- (b) «Principio de coparentalidad: un fallo y un decreto subsecuente». LA LEY 18/05/2020, 18/05/2020, 4, cita *online*: AR/DOC/1516/2020.
- BELLUSCIO, CLAUDIO ALEJANDRO, «Alimentos a los hijos menores de edad en tiempos del covid-19», *ElDial.com*, 2020.
- BELLUSCIO, CLAUDIO A. «Jurisprudencia sobre coronavirus y régimen de comunicación» disponible en <https://garciaalonso.com.ar/blog/jurisprudencia-sobre-coronavirus-y-regimen-de-comunicacion/>.
- BERMEJO, PAULA «Sobre la exigibilidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes ante la emergencia sanitaria ocasionada por el coronavirus»: LA LEY 09/04/2020, 09/04/2020, 9, cita *online*: AR/DOC/1016/2020.
- CANEPA, SARA, DONATO, MARÍA Y OTRAS, «La violencia de género e intrafamiliar en épocas de pandemia», *La Ley online*, AR/DOC/1108/2020.
- CANEPA, SARA, DONATO, MARÍA Y OTRAS, «El derecho a la comunicación de las hijas y los hijos con sus progenitores en épocas de pandemia», *DFyP* 2020 (mayo), 05/05/2020, 5, cita *online*: AR/DOC/1050/2020.
- CAMPO, MÓNICA, FEHLBERG, BELINDA Y OTRAS, «*The Meaning of Home for Children*

and Young People after Separation», disponible en <https://doi.org/10.1080/09649069.2020.1796218>.

- CARPINTERO, KARINA G. «Acceso a justicia en el contexto del COVID-19. Desafíos y estrategias en el uso de tecnologías para los servicios de acceso a justicia», *La Ley online* AR/DOC/1897/2020.
- COUSINS, SOPHIE «COVID-19 has devastating effect on women and girls», *The Lancet*, vol. 396 agosto-1-2020, p.301-302, disponible en [https://www.thelancet.com/journals/lan-art/article/PIIS0140-6736\(20\)31679-2/fulltext?dgcid=raven\\_jbs\\_etoc\\_email](https://www.thelancet.com/journals/lan-art/article/PIIS0140-6736(20)31679-2/fulltext?dgcid=raven_jbs_etoc_email).
- DIAZ CORDERO, AGUSTINA. «Los regímenes de comunicación en épocas de pandemia, desde el derecho del niño», 14.04.20, cita *online: elDial.com - DC2A1F*.
- GRANJO, ANIA «Los covidivorcios después del confinamiento por el covid-19: breve análisis de las causas y soluciones desde una visión constructiva», *Revista Jurídica Valenciana*, N°35, p. 70-92.
- MARTINEZ BORDA, DANIEL «El rol protagonista de las audiencias «virtuales» en tiempos de pandemia», *SJA* 24/06/2020, 24/06/2020, 3, cita *online: AR/DOC/1742/2020*.
- MASSANO, MARÍA ALEJANDRA «Incidencia de las medidas de aislamiento en materia de cuidado personal y alimentos»: *DFyP* 2020 (junio), 17/06/2020, 27, cita *online: AR/DOC/1643/2020*.
- MEDINA, GRACIELA. (a) Familia y coronavirus. 10 claves para comprender su relación jurídica, LA LEY 09/04/2020, 09/04/2020, 2, cita *on line: AR/DOC/1011/2020*.
- (b). «El coronavirus y el Derecho de Familia», LA LEY 30/03/2020, 30/03/2020, 1 - *DFyP* 2020 (abril), 14/04/2020, 5, cita *online: AR/DOC/822/2020*
- (c) «COVID-19, el deber de cuidado y el derecho de comunicación de hijos, progenitores y familiares. Los adolescentes adultos. La responsabilidad de los padres por la violación del aislamiento de los hijos», LA LEY 13/04/2020, 13/04/2020, 1, cita *on line: AR/DOC/1023/2020*.
- MIGUEZ, MARÍA SOLEDAD Y GIANNI; PAULA V. «Aislamiento social preventivo y obligatorio. Los desafíos que representa para la problemática de violencia familiar y de género», LA LEY 13/04/2020, 13/04/2020, 11 - *DFyP* 2020 (mayo), 05/05/2020, 185, cita *online: AR/DOC/1019/2020*.
- OEA-CIM «Covid 19 en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados» disponible en <http://www.oas.org/es/cim/docs/ArgumentarioCOVID19-ES.pdf>.
- PERES, AGUSTÍN A. «Tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en momentos de pandemia (COVID-19). Implicancias en el derecho de familias»: LA LEY 13/04/2020, 13/04/2020, 17, cita *online: AR/DOC/1017/2020*.
- PRIME, HEATHER, WADE, MARK Y BROWNE, DILLON «Risk and Resilience in Family Well-Being During the COVID-19 Pandemic», *American Psychological Association*, 2020, Vol. 75, N° 5, 631-643 <http://dx.doi.org/10.1037/amp0000660,631>.
- SANTARELLI, FULVIO G. «La gestión judicial en el siglo XXI», LA LEY 18/05/2020, 18/05/2020, 1, cita *online: AR/DOC/1694/2020*.
- SEDA, JUAN ANTONIO «COVID-19, discapacidad y familia», LA LEY 13/04/2020, 13/04/2020, 20, cita *online: AR/DOC/1021/2020*.
- SOLARI, NÉSTOR E. «El coronavirus y la tecnología en las relaciones de familia. En particular con referencia al régimen de comunicación filial», LA LEY 26/05/2020, 26/05/2020, 3, cita *online: AR/DOC/1164/2020*.
- SOZZO, GONZALO «Una cartografía de derechos para las crisis sanitarias. A propósito del COVID-19», *La Ley online* AR/DOC/1376/2020.
- TORRES LOPEZ, JUAN BAUTISTA. «Padres separados de sus hijos en plena pandemia: ¿hasta cuándo es justo?» *DFyP* 2020 (junio), 17/06/2020, 37, cita *online: AR/DOC/1640/2020*.
- UGARTE, LUIS A. «Pandemia y régimen de comunicación para padres separados o divorciados», LA LEY 26/05/2020, 26/05/2020, 5, *AR/DOC/1529/2020*.
- UN Women «Covid-19 and ending violence against women and girls», disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/centro-covid/docs/Covid-19/UN-WOMEN-issue-brief-covid-19-and-ending-violence-against-women-and-girls-en.pdf>.





MINISTERIO PÚBLICO  
LEY 10.160



# **INCERTIDUMBRE Y COMPLEJIDAD: EL REDISEÑO DE LAS INSTITUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO DURANTE LA PANDEMIA**

**DR. JORGE A. BARRAGUIRE (H)**

ABOGADO Y MASTER OF LAWS. PROCURADOR GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE SANTA FE



*Se sienta a la mesa y escribe*

*Con este poema no tomarás el poder dice  
Con estos versos no harás la Revolución dice  
Ni con miles de versos harás la Revolución dice*

*Se sienta a la mesa y escribe*

«CONFIANZAS», GOTAN PROJECT<sup>1</sup>

*Una sociedad global, además de sus miserias globales, tiene también sus enfermedades globales. Por supuesto, también nos alcanzó el «murciélago de Wuhan»<sup>2</sup>. Para mitigar su impacto la Procuración General, a cargo del Ministerio Público - Ley 10.160, remodeló sus instituciones bajo una serie de políticas públicas centradas en el cuidado de los derechos humanos.*

## 1. El cuidado propio

Ante la ausencia de protocolos específicos que luego fueron generándose, el 17.03.2020 y días antes del dictado del decreto de necesidad y urgencia 297/20 (aunque ya vigente el 260/20), la Procuración General dictó la Resolución 003/2020 por la que se establecieron normas de competencia (artículo 1°); distanciamiento social (artículos 2° y 3°); modificación del aprovechamiento de los espacios y lugares de trabajo (artículo 4°); disminución de la capacidad espacial de ellos, priorizando el ingreso de adultos mayores, discapacitados, mujeres embarazadas o con niñas o niños a su cargo y otras personas en evidente situación de vulnerabilidad (artículo 5°); la evitación de la formación de filas (artículo 6°); el anuncio y la atención en forma telefónica, por redes sociales o por correo electrónico (artículo 7°); la reorganización de los circuitos y procesos de trabajo a los fines de evitar los contactos de cercanía (artículo 8°); la limpieza y desinfección de las oficinas y mobiliario (artículo 9°); la adhesión a las «Recomendaciones para la prevención de infecciones respiratorias en empresas y organismos con atención al público del Ministerio de Salud de la Nación» (artículo 10) y que se adjuntaron, disponiendo la provisión de los elementos de bioseguridad indispensables para la prestación del servicio; el asesoramiento a personas que denuncian la violación de las disposiciones del decreto de necesidad y urgencia 260/20, en especial, acerca del órgano competente encargado de la persecución penal (artículo 11); y la recomendación a todo el personal a que se mantenga bien informado a través del canal oficial de la Presidencia de la Nación en <https://www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus-COVID-19>.

## 2. Los cuidados sanitarios de la sociedad

Tan pronto como el 06.04.2020, la Procuración General solicitó al gobierno provincial, frente a las dudas que tenían algunos de sus órganos y grupos de expertos referentes, la adopción del uso obligatorio del barbijo. En la Carta se puso el acento en lo que ya era conocimiento público disponible y sólo hacía falta rastrearlo con la debida diligencia.

Fundamentalmente se indicó el consenso de varios países al margen de la OMS (no sólo los asiáticos –que habían sido muy exitosos en el control de la enfermedad como Japón, Tailandia y Corea del Sur– sino también la República Checa, Eslovaquia, Austria, la ciudad de Jena en la República Federal de Alemania; el cambio dramático que había adoptado en esos días la Academia Nacional de Medicina de Francia –que informaba, además, la adopción del criterio en otras 16 naciones no asiáticas– y el Cirujano General de Estados Unidos<sup>3</sup> –quien hasta aparecía en *YouTube*), el de varias provincias argentinas (Catamarca y La Rioja) y la comunidad científica (por ejemplo, se citó un informe inicial de investigadores de la Universidad Nacional del Comahue afiliadas al CONICET y la opinión de un profesional médico del prestigio del Dr. Aldo Barsanti).

Una decena de días después, la Provincia adoptó el uso obligatorio del tapabocas.

### 3. El grito sagrado: las libertades que supimos conseguir

Como suele ocurrir en los tiempos oscuros y de tensión, enseguida se buscaron víctimas propiciatorias<sup>4</sup> y el refuerzo de la autoridad, el aumento exponencial de su número y sus atribuciones. La autoridad se multiplicó y cada jefatura comarcal buscó reforzar el aislamiento. Se fue perdiendo el sentido de comunidad y se vieron cientos de imágenes medievales en las que las localidades más pequeñas que podían hacerlo buscaron, literalmente, amurallarse, tanto en el país como en la Provincia<sup>5</sup> y entre Provincias.

Por tal motivo, se instruyó a «las y los fiscales del Ministerio Público Ley 10.160 —frente a las eventuales vías de hecho o disposiciones que restrinjan el ingreso y/o egreso de los ejidos municipales o comunales— a fin de que dispongan todas las medidas necesarias para garantizar la supremacía de la Constitución Nacional, de la Constitución Provincial y de las leyes aplicables que allí se señalaron en especial, los Decretos de Necesidad y Urgencia 260/20, 297/20 y la Decisión Administrativa DECAD-2020-429-APN-JGM

(que establecieron el marco de emergencia sanitaria y **las excepciones al aislamiento social preventivo y obligatorio**); y de las normas, resoluciones y actos administrativos (de contenido general y/o particular) provinciales dictados/as en su consecuencia»<sup>6</sup>.

Para ello se tuvo en cuenta «Que, entre los derechos que nacen de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional buscó preservar algunos que, por su impacto, no pueden ser desconocidos ni desamparados ni aún bajo la actual crisis sanitaria global. En tal sentido quedaron expresamente por fuera de la emergencia, cualquier modalización o condicionamiento, el derecho a circular bajo las excepciones del artículo 6° y bajo la ampliación del artículo 1° de la Decisión Administrativa de la Jefatura de Gabinete de la Nación del día 20.03.2020 bajo el N° DECAD-2020-429-APN-JGM. Esto significa, ni más ni menos, darle a los derechos que nacen del artículo 14 de la Constitución Nacional y del artículo 22.1. la Convención Americana sobre Derechos Humanos el mismo estatus o jerarquía normativa que los derechos a la vida y a la salud. Y si bien éstos fueron los derechos preferidos con la técnica del aislamiento social, preventivo y obligatorio, los otros tampoco podían (ni pueden) ser desconocidos en tanto impactan directamente en el disfrute de los derechos preferidos en forma urgente e inmediata dado que nos brindan, junto a otros, el **soporte material indispensable** para que la vida florezca y se desarrolle dignamente, incluso en una situación tan tensionante como ésta. Es más, puede sostenerse que tales excepciones fueron habilitadas como condición necesaria para el éxito de la estrategia de tratamiento de la pandemia. Esos derechos son operativos en la Provincia producto de una combinación de tres artículos: el art. 31 de la Constitución Nacional, el artículo 128 de la misma Constitución y el propio artículo 6 de la Constitución Provincial que los incorpora expresamente». Por tal motivo se consideró que sólo un interés **manifiestamente prevalente**, respaldado por **evidencia científica robusta e incontrovertible** y que regule en **forma diferencial, adicional** y en el ámbito de sus **competencias**, podría justificar disposiciones sanitarias locales que atenten contra los derechos consagrados por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución Provincial y la legislación común aplicable.

Antes de ello, y en forma urgente, hubo ocasión de instruir a las fiscalías de Rosario de desafiar la Ordenanza 35/20 de la Comuna de Timbúes que había suspendido las actividades comerciales, industriales y, especialmente, las portuarias<sup>7</sup>. Luego, frente al conflicto de competencias entre la jurisdicción provincial y la federal para el juzgamiento del delito del artículo 205 del Código Penal de la Nación la Procuración General, dictaminó ante los ministros de la Corte<sup>8</sup>, a fin de poder decidir cual era el enfoque basado en derechos que correspondería adoptar<sup>9</sup>.

#### 4. Visibilizar y ganarle a la violencia

En los tiempos oscuros no solo se buscan víctimas propiciatorias. Otro de sus rasgos sobresalientes es que nos ciegan derechos de género y disidencias. Suelen volvernos más ciegos; y los derechos que se estaban encarnando –luego de generaciones de disputa, reivindicación y reclamos– de pronto se podían volver invisibles. Por lo tanto había que establecer mecanismos muchos más aptos para que las mujeres víctimas de violencia pueden acudir a los tribunales a pedir protecciones mínimas y disidencias tales como medidas de prohibición de acercamiento.

Dado ese contexto, el día 20 de marzo y raíz de una consulta de la Defensoría del Pueblo a la Fiscalía de Cámaras de la Segunda Circunscripción, se interpretó que «las **medidas cautelares adoptadas (prohibición de acercamiento u otras)** dispuestas por los tribunales y juzgados de familia en protección a las víctimas de violencia de género, deberán mantenerse durante todo el término de duración previsto por la Acordada N° 8 del 16.03.2020; en tanto que su transcurso no puede afectar de ningún modo el cómputo del plazo de la medida cautelar que se trate».

Posteriormente, en fecha 2 de abril, se emitió la Instrucción General N° 003:2020 que flexibilizó (con carácter permanente) los mecanismos de recepción de denuncias de violencia de género por parte de las víctimas y autorizó «a las OFICINAS DE ASISTENCIA DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA

DOMÉSTICA Y DE GÉNERO a **RECEPTAR** por vía electrónica (sea por correo electrónico, mensaje de texto, servicios de mensajería y/o mediante el empleo de redes sociales) las denuncias que presenten las víctimas de violencia de género y doméstica, especialmente las que consistan en solicitudes de prohibición de acercamiento, dándole curso e ingresándolas a los tribunales correspondientes siguiendo y adaptando los actuales criterios generales de actuación en relación a la identidad de la persona denunciante, de acuerdo a los considerandos, no pudiendo constituir impedimento para su recepción, la falta de presencia física de la denunciante.»

Asimismo se dispuso que no sería «necesario que las personas denunciantes ratifiquen su denuncia, exposición, manifestación, comunicación o declaración que hayan efectuado ante un organismo administrativo y/o ante la fuerza policial de la Provincia –cualquiera sea su dependencia. En este sentido, bastará que tales autoridades (administrativas y/o policiales) hagan constar en el instrumento respectivo un medio de comunicación que sirva para establecer un vínculo entre la OAVVDyG y la denunciante». Además, por primera vez desde su creación, se dispuso que les correspondía «supervisar el cumplimiento de las medidas adoptadas por los Tribunales Colegiados de Familia en el período que va desde el 1° de marzo de este año hasta la fecha de levantamiento definitivo del aislamiento social preventivo y obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo Nacional en Acuerdo General de Ministros». Y, también por primera vez, se ordenó «a los titulares de las OAVVDyG y quienes se encuentren prestando tareas les compete la función de **COORDINAR** y **COOPERAR** con los órganos competentes en materia de protección contra la violencia de género de los gobiernos locales (organismos de primer nivel) y de la Provincia (organismos de segundo nivel) las acciones necesarias para la mejor consecución de los fines pretendidos por los artículos 1° y 2° de la presente Instrucción General».

Luego de una amplia consulta a gran parte de las instituciones relevantes<sup>10</sup> entre los fundamentos que se consideraron para articular este nuevo dispositivo se estimó que las medidas de aislamiento para contrarrestar la pandemia «bien podría dar lugar a un silenciamiento de las situaciones de



violencia de género experimentada por mujeres, niñas, niños, adolescentes y otros colectivos desaventajados en razón de su género y sus preferencias sexuales». Por lo que debía «reconsiderar[se] el carácter presencial de la denuncia recibidas ante y tramitadas por LA OFICINA DE ASISTENCIA DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO (en adelante, indistintamente, OAVVDyG) en especial, cuando se petitionen medidas tales como la **prohibición de acercamiento** en tanto supone, conforme lo demuestra la práctica, la experiencia y los informes estadísticos, que no presentan complejidades legales (y psico-sociales e institucionales de apoyo<sup>11</sup>) como la exclusión de hogar, por ejemplo». Se sostuvo, en consecuencia «que los medios habituales de denuncia para comprobar la identidad de la denunciante bien [podían] flexibilizarse y moderarse para dar estricto cumplimiento a las obligaciones que surgen del *corpus iuris* en materia de protección de las víctimas de violencia de género<sup>12</sup>».

Pero, además, se tomó en cuenta que «dada la excepcionalidad en todo sentido que estamos viviendo, corresponde acentuar la supervisión de las medidas otorgadas, por parte de la propia Oficina –aún con la extrema escasez de recursos humanos, en general y, más aún, en esta emergencia–»; a lo que se sumó el deber –para las Oficinas– de estar «en contacto proactivo y permanente con los organismos de primer nivel (municipales o comunales) en materia de protección contra la violencia de género». Luego de ello, se dictaron las Circulares Aplicativas en Relación a los Artículos 1° y 2°: la primera diagramó todo el circuito no presencial que debía llevar la tramitación de la denuncia (simplificándola al extremo<sup>13</sup>); y la segunda dispuso el modo, más bien en forma muy simple y sencilla, bajo el que se supervisarían las medidas, destacándose el enfoque de escucha activa y el registro que debe tener la entrevista con la víctima estableciendo, también, el propósito de verificar en terreno si la medida había logrado su objetivo.

## 5. La protección de los consumidores

Nuestro Ministerio Público no estaba habituado, ni por conocimiento, prác-

tica o tradición, a desempeñar el papel que le adjudica la ley de defensa del consumidor. No obstante que pronto harán 3 años desde que se ocupa con alta intensidad en el Distrito Judicial N° 2 de dictaminar en los casos correspondientes, lo cierto es que, salvo un caso anterior, la agenda viene impuesta por la litigación privada en la casi totalidad de sus intervenciones. El súbito y completamente desproporcionado aumento de precios de frutas, verduras y hortalizas en los mercados concentradores de Santa Fe y Rosario que siguió al decreto de necesidad y urgencia 297/20 motivó que se dictara la Instrucción General 002:2020. en ésta se dispuso (a) la iniciación de las medidas judiciales previas comunicadas oportunamente a fin de investigar la ocurrencia de eventuales abusos de derecho y/o abusos de posición dominante u otro tipo de antijuridicidad, en relación a los aumentos de precios de bienes y servicios, conforme el modelo acompañado el día 26.03.2020 o bien mediante la adopción de diligencias extrajudiciales con el mismo objeto, función y contenido a requerir»; (b) la remisión a la Procuración General de la documentación que eventualmente se recibiera de organismos tales como la Secretaria de Comercio de la Provincia; y (c) la adopción de investigaciones del mismo tipo en relación a otros mercados.

La Instrucción consideró que «los titulares de las actividades permitidas, por lo tanto, deben tener un cuidado especial en no desnaturalizarlas ni llevarlas a cabo de modo de configurar un abuso del derecho (por ejemplo, abuso de posición dominante). En estas circunstancias de crisis sanitaria global y nacional, más que nunca, deben respetar incondicionalmente los derechos que surgen del artículo 42 de la Constitución Nacional» Y en el hecho de que los principales medios de comunicación de la Provincia «reflejaron esos aumentos relacionados, principalmente, con artículos de primera necesidad en frutas, verduras y hortalizas [citas omitidas]. Esta situación agravaría el cuadro de crisis social que se vive y puede derivar en privaciones alimentarias que, además de lesivas de los derechos de los consumidores, impactan negativamente en la calidad de vida de la población como así también (y tal vez peor) en la confianza en las instituciones, generando una situación social y sanitaria aún más tensa y cuya prospectiva es ominosa». Y se agregó que de ser ello así —**cuestión que exige ya ser investigada apropiada, pronta**

**y previamente**<sup>14</sup>— se deberán remediar o mitigar los daños colectivos producidos por estas decisiones (que habrían transubstanciado el intercambio económico de suma positiva en un juego de suma-cero<sup>15</sup> y roto, así, el equilibrio competitivo alcanzado), por la vía judicial más apta» (resaltado en el original)». Finalmente, se estimó que —siempre que las fiscalías así lo juzgaran según su sana discreción— «la arquitectura de la acción preventiva de daños es la que mejor serviría el propósito de remediar esta falla del mercado<sup>16</sup>. La acción preventiva es de amplio espectro en tanto permite evitar que se cause un daño injustificado, pero también disminuir su magnitud o no agravarlo (art. 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación); contiene una particularísima legitimación amplia (art. 1712) —armónica con la traducción, al ámbito del derecho privado (art. 103), de la función constitucional del Ministerio (art. 120 de la Constitución Nacional)—; modifica el habitual nexo de causalidad civilmente exigido para focalizarse en la probabilidad del daño (art. 1711); y dispone, para la magistratura, de poderes adaptativos para resolver adecuadamente la disputa (art. 1713) ya que puede imponer, incluso provisoriamente, obligaciones de dar, hacer o no hacer, como así también sanciones económica (las que puede morigerar, conforme los arts. 1714 y 1715). A todo ello se suman las disposiciones generales en relación a la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos y, en especial, del abuso de posición dominante (arts. 10 y 11) disponiendo que si se corroboran debe ordenarse lo necesario para evitar sus efectos<sup>17</sup>. Por otro lado, y conectándose con el micro sistema de la Ley de Defensa del Consumidor (LCD), el Código Civil y Comercial brinda un marco general bajo el artículo 1092 y concordantes, disponiendo los derechos de trato digno y trato equitativo y no discriminatorio; el principio interpretativo a favor del consumidor; el orden de prelación de las normas; el más extenso ámbito de aplicación; y el derecho al acceso al consumo sustentable. Por último, el micro sistema (la LDC, art. 52 y concordantes) refuerza nuestra legitimación para demandar, nos intitula a tramitar reclamaciones basadas en la violación de derechos de incidencia colectiva (básicamente, como en este caso, cuando se trata de representar intereses individuales homogéneos), a solicitar el enjuiciamiento conforme el procedimiento de conocimiento más abreviado que rija en nuestra jurisdicción y a solicitar —de corresponder— que se impongan daños punitivos».

## 6. El valor de los DESCA y la tradición de los derechos humanos

El 10 de abril la CIDH publicó su Resolución 1/2020 en la que estableció determinados compromisos que los Estados debían asegurar en orden a respetar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de sus habitantes. Entroncando con esa tradición, el día 11, se dictó la Instrucción 004:2020 que dispuso que las Defensorías Zonales de Santa Fe y Rosario (a) **tomen activa intervención y participación** en las redes interinstitucionales barriales existentes a los fines de detectar necesidades básicas insatisfechas con motivo de la actual crisis sanitaria provocada por la pandemia de COVID-19; (b) **cooperen** con los distintos niveles de Gobierno que asistan a las personas y grupos socialmente vulnerables en lo que aquéllos consideren necesario, poniéndose **activamente** a disposición; y (c) **reporten diariamente** a las Defensorías Generales de Cámara la labor desplegada la que abarcará –pero no estará limitada a informar– los contactos realizados; el cumplimiento y respeto por la legislación y los programas gubernamentales en materia de emergencia de todo tipo con los que asiste a las poblaciones más vulnerables; y las **visitas y entrevistas** mantenidas con distintos referentes barriales asociaciones vecinales, clubes sociales y deportivos, movimientos sociales, personal directivo de escuelas y centros de salud de todo tipo, entre otros actores socio-institucionales a los fines del cumplimiento de la presente.

Por último se dispuso que las Defensorías Generales de Cámara deberán coordinar con la Secretaría de Informática y con otras áreas de la Secretaría de Gobierno de la Corte Suprema de Justicia, las **modalidades de trabajo a domicilio** de las defensorías zonales a fin de que éstas tramiten los requerimientos habituales y rutinarios que hacen a su cometido funcional y que puedan ser objeto de esa modalidad de trabajo.

Entre sus fundamentos se consideró que la propia legislación de emergencia había adoptado un modelo de igual dignidad para los derechos que implican dotar a las personas de soportes vitales mínimos para que la vida y la salud prosperen. La Instrucción tuvo en cuenta la tradición igualitaria del liberalis-

mo que resalta la interrelación entre libertades, autonomía material y bienes y recursos. Así, por ejemplo, para John Rawls, su segundo principio de justicia se aplica a la distribución del ingreso y la riqueza. Si bien no necesita ser igual para todos sí debe ser ventajosa. Está claro que las libertades no pueden prosperar por sí solas (sólo tienen una prioridad lexicográfica) dada su interconexión con la base material bajo la que se desenvuelven<sup>18</sup>. Otro autor que participa de este enfoque acerca de la relación entre la autonomía entendida como libertad de elección (para que la persona esté en condiciones de elegir entre el mayor número posible de planes de vida) y autonomía como libertad de satisfacción (para que la persona esté en condiciones de llevar a cabo su plan de vida tal como lo eligió) es Nino<sup>19</sup>. Dándole prioridad al primer aspecto sobre el segundo, elaboró una lista de derechos fundamentales que deberían estar protegidos bajo este principio, lista que no es exhaustiva y que incluye, entre otros, el derecho a controlar ciertos e indispensables recursos materiales<sup>20</sup>.

También se tuvo en cuenta la puesta en marcha por parte de los Gobiernos de ciertos programas de ayuda y asistencia para reforzar la autonomía material de los grupos más vulnerables, debiendo tutelarse su efectivo alcance<sup>21</sup>. Ello en consonancia con una interpretación de sentido del art. 103 del Código Civil y Comercial de la Nación cuya arquitectura constitucionaliza en el ámbito del derecho privado el artículo 120 de la Constitución Nacional, sobre todo en circunstancias socialmente críticas y frágiles. Tales normas habilitantes fueron puestas en contacto con las recomendaciones de la CIDH, en especial, la Recomendación 2, por la que encomendaba a los Estados Parte a «Adoptar de manera inmediata e interseccional el enfoque de derechos humanos en toda estrategia, política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia del COVID-19 y sus consecuencias, incluyendo los planes para la recuperación social y económica que se formulen. Éstas deben estar apegadas al respeto irrestricto de los estándares interamericanos e internacionales en materia de derechos humanos, en el marco de su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y transversalidad, particularmente de los DESCAs». Como así también la 3.a), b) y e) y 4, en las que recordó que los Estados Parte debían:

«Guiar su actuación de conformidad con los siguientes principios y obligaciones generales:

a. Los compromisos internacionales en materia de derechos humanos deben cumplirse de buena fe y tomando en cuenta los estándares interamericanos y las normas de derecho internacional aplicables.

b. El deber de garantía de los derechos humanos requiere que los Estados protejan los derechos humanos atendiendo a las particulares necesidades de protección de las personas y que esta obligación involucra el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos

c. [...]

d. [...]

e. El objetivo de todas las políticas y medidas que se adopten deben basarse en un enfoque de derechos humanos que contemple la universalidad e inalienabilidad; indivisibilidad; interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos; la igualdad y la no discriminación; la perspectiva de género, diversidad e interseccionalidad; la inclusión; la rendición de cuentas; el respeto al Estado de Derecho y el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados.»

Y

«Garantizar que las medidas adoptadas para enfrentar las pandemias y sus consecuencias incorporen de manera prioritaria el contenido del derecho humano a la salud y sus determinantes básicos y sociales, los cuales se relacionan con el contenido de otros derechos humanos, como la vida e integridad personal y de otros DESCAs, tales como acceso a agua potable, acceso

a alimentación nutritiva, acceso a medios de limpieza, vivienda adecuada, cooperación comunitaria, soporte en salud mental, e integración de servicios públicos de salud; así como respuestas para la prevención y atención de las violencias, asegurando efectiva protección social, incluyendo, entre otros, el otorgamiento de subsidios, rentas básicas u otras medidas de apoyo económico.»

El día 15 de abril se emitió una circular orientativa<sup>22</sup> acerca de qué hacer, cómo y el modo de registrarlo<sup>23</sup>.

Por otro lado, merece una especial referencia, la Instrucción General 006:2020 que recomendó a las Defensorías Generales Civiles recordar la vigencia del artículo 145 inc. 13) de la ley 10.160, bajo una interpretación que dé amplio espacio a las Recomendaciones 41 a 45 de la Resolución 1/2020 de la CIDH.

El trabajo en materia ambiental también fue creciente, intenso y de singular importancia. Dada la situación del arroyo Ludueña, se emitieron dos instrucciones particulares<sup>24</sup>. A raíz de la denuncia de la situación del arroyo Saladillo<sup>25</sup>, también se emitió una instrucción particular. Del mismo modo se instruyó la actuación fiscal en relación con microbasurales a cielo abierto y gestión (aparentemente no integral) de residuos sólidos urbanos en Empalme Villa Constitución<sup>26</sup> y Granadero Baigorria<sup>27</sup>.

Durante estos tiempos se finalizó también una trascendente acción preventiva (de remediación) en relación a la ex refinería de Oil Combustible en la ciudad de San Lorenzo, a cargo de la Fiscalía ante esos tribunales y con YPF como contraparte en razón de ser la sucesora singular en su operación<sup>28</sup>.

Finalmente, se llevó adelante un amplio encuentro participativo en relación a las quemaduras en las islas del Delta Superior del río Paraná que culminó en la presentación de dos solicitudes ante la Corte Suprema de la Nación para que la Procuración General pueda tomar intervención como amiga del Tribunal en forma conjunta con las Universidades Nacionales de Rosario y del Litoral

y el Centro de Investigación y Transferencia Rafaela (CIT Rafaela) – CONICET agregándose, en la primera, también la Municipalidad de Rosario<sup>29</sup>.

### **7. Las TICs al servicio del Ministerio Público (de nuevo sobre el capítulo de Innovación Tecnológica como práctica de Gobierno Abierto)**

En este rubro hubo cuatro innovaciones principales: la primera, ya aludida, fue la recepción de denuncias de violencia de género y de violencia domésticas por vía de redes sociales, como las líneas habilitadas para el servicio de mensajería de *WhatsApp*, el que constituye un canal de recepción y asistencia a la víctima en forma permanente. La segunda fue la separación entre trabajo presencial y a domicilio para las defensorías zonales, alentando la primera forma para el cumplimiento de la Instrucción General 004:2020 y la segunda forma para las actividades de desempeño habitual, dotándola de los elementos tecnológicos pertinentes. La tercera fue el rediseño de la línea informativa del 0-800 que pasó a ser un canal de atención al público que ligó a cada persona solicitante de atención en la defensoría general civil que estaba tramitando sus peticiones. La cuarta fue el trabajo a domicilio de las defensorías generales y fiscalías de interés general a través del sistema SISFE. Todas ellas fueron posibles gracias al aporte de la Secretaría de Gobierno y la Secretaría de Informática de la Corte Suprema. De hecho, el modo de trabajo impuesto por la Instrucción General N° 003:2020 fue avalado por la misma Corte Suprema en su Acuerdo de fecha 14.04.2020 –Acta N° 11 punto único–; y la conectividad con el expediente a través del sistema SISFE adoptado en los Acuerdos del 02.07.2019 –Acta N° 26, punto 4°– (Defensorías Generales N° 1, 2, 3, 4 y 5 de Santa Fe y su Mesa de Entradas Única); del 30.07.2019 –Acta N° 29, punto 4°– (Defensoría General de Cámaras de la Primera Circunscripción Judicial); del 06.08.2019 –Acta N° 30, punto 3°– (Fiscalías Extrapenales N° 1, 2 y 3 de Santa Fe y su Mesa de Entradas Única); del 13.08.2019 –Acta N° 32, punto 3°– (Fiscalía de Cámara de Santa Fe); 20.08.2019 –Acta N° 33, punto 3°– (Defensorías Generales N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de Rosario y su Mesa de Entradas Única); del 27.08.2019 –Acta N°



34, punto 3° – (Defensoría General de Cámaras de Rosario); del 03.09.2019 – Acta N° 35, punto 4° – (Fiscalía Extrapenal de Rosario); y del 10.09.2019 – Acta N° 36, punto 4° – (Fiscalía de Cámaras de Rosario).

### **8. Hacia una gestión de calidad: mejorando el contacto con la gente (sobre el capítulo de Participación y Colaboración Ciudadanas como práctica de Gobierno Abierto)**

Sobre este punto hubo una innovación cuyo impacto se espera evaluar prontamente conforme los mecanismos internos según norma ISO 9001 —distinción que nos fuera otorgada el 10.10.2019 tras más de un año de preparación, capacitación y auditorías internas—<sup>30</sup>. La Resolución 007:2020 dispuso modificar el sistema de gestión de los procesos y representación de las personas vulnerables considerando las metas y objetivos estratégicos aprobados<sup>31</sup>, la necesidad de reducir las interacciones sociales no significativas y la habilitación de tecnologías de comunicación remota, virtual o no presencial con que actualmente se cuenta para mantener plenamente informada a las personas representadas. Fue así que se estableció que las Defensorías Generales Civiles «deberán, significativa y activamente, establecer en lo sucesivo como regla, en los supuestos en que intervengan como representación principal (art. 103 inc. b CCyC), el otorgamiento de poderes especiales para actuar en juicio, abandonando el modelo histórico de patrocinio» (art. 1°); y se encomendó su instrumentación a las Defensorías Generales de Cámaras, previa aprobación del proyecto reglamentario de la Procuración General, ante quien debían elevar el proyecto respectivo (arts. 2° y 3°).

### **9. Covid-19 ¿Intermezzo o preludio?**

El mañana no está escrito, la incertidumbre prolifera y las profecías apocalípticas acerca del derrumbe de un modo de producción —que brinda las bases materiales para el desarrollo civilizatorio— muestran más los deseos de los oráculos que las vaticinan<sup>32</sup> que la verificabilidad descriptiva y explicati-

va que encierran<sup>33</sup>. Mientras tanto, mientras se reconfiguran los reticulados y rizomas convivenciales, societales, de mercado y tecno-burocráticos conocidos bajo nuevas formas, las instituciones de cuidado<sup>34</sup> deberemos seguir favoreciendo formas de dominación justas<sup>35</sup>, enlazándonos muy firmemente con la tradición de los derechos humanos<sup>36</sup>, bajo principios éticos razonablemente incontestables<sup>37</sup> como el de igual importancia<sup>38</sup> y el de responsabilidad especial<sup>39</sup>, junto a otros mencionados a este artículo<sup>40</sup>, balanceando precaución y prevención y afirmando la autoridad convencional del derecho democráticamente sancionado (en especial, en su variante deliberativa). ■

## CITAS

<sup>1</sup> Agradezco la cálida e insistente invitación de la Dra. De Luca para participar de este número tan especial (y de los anteriores). Y a María Laura Martínez por el poema del epígrafe («Confianzas», Gotan Project) y por alentar el -muchas veces- inútil fervor de nuestro compromiso. Obviamente, a todo el equipo de la Procuración General que sostiene, día a día, los aciertos, en silencio (son suyos): María Raquel, Clarisa, Lucila, Romina, Mariana, Magdalena, María José, Mercedes, Patricio, Leandro, Nicolás, Raúl y Roberto. También a todo el equipo de Defensoras/es, Fiscales y Asesoras/es que cumplen su deber. Especialmente debo agradecer la participación y el compromiso con el que me asistieron las Defensoras Carolina Pangia, Laura Portero, Raquel Baidino, Adelaida Etchevers y Myrian Huljich, los Defensor Santiago López y Santiago Malé Franch y los Fiscales Guillermo Corbella y Facundo Paschetto. Especial reconocimiento a las defensoras y defensores zonales de Santa Fe y Rosario que innovaron su práctica habitual en virtud de la IG N° 004:2020.

<sup>2</sup> Una epizootia vinculada a nuestra degradación ambiental; por lo menos hasta que surja evidencia razonable que nos permita concluir que se trató de un virus de diseño.

<sup>3</sup> Similar a nuestro ministro de Salud.

<sup>4</sup> Como sucedió siempre, y quedó retratado por Albert Camus en La Peste, la enfermedad siempre es extranjera.

<sup>5</sup> Lo mismo aconteció entre las Provincias lo que motivó, a principios de abril, la gestión por redes sociales de habilitación de permisos para circular a habitantes de la Provincia que habían quedado vulnerables y aisladas en otras Provincias.

<sup>6</sup> Como la norma lo indica, la normativa provincial debía ser «en consecuencia»; no, derogatoria y/o modificatoria salvo, que respete a los principios de **no discriminación**; **proporcionalidad** (esto es, debe estar basada en evidencia que correlacione la consecuencia que se quiere evitar -o fin- con el medio empleado); e **inviolabilidad de las personas** -que, básicamente, en lo que interesa, prohíbe la imposición de sacrificios especiales-.

<sup>7</sup> En resumen se consideró que no había razones para suspender o prohibir actividades permitidas por el DNU 297/20 sin que haya razones sanitarias compelentes o urgentes para hacerlo; más aun si se considera que aquellas, materialmente, son disposiciones de rango legislativo; la habilitación de puertos no está dentro de las atribuciones del artículo 107 de la Constitución Provincial; la comuna había dispuesto, de facto, una aduana interior (prohibidas por el artículo 9 de la Constitución Nacional), alteró la jerarquía normativa

dispuesta por el artículo 31, impactó de modo directo en materia aduanera (reservada al Gobierno federal por el artículo 75 inciso 1); y, al regular tráfico interprovincial, socavó la autoridad del artículo 75, inciso 13), todos ellos, también, de la Constitución Nacional.

<sup>8</sup> En el dictamen se sostuvo que la decisión del juez unipersonal del Colegio de Jueces de Segunda Instancia, Dr. Javier Beltramone, no había dado lugar al surgimiento de cuestión constitucional por arbitrariedad de sentencia. Se concluyó de ese modo a la luz de la consolidación histórica del art. 205 del Código Penal y de la tradición interpretativa nacional (tanto de la Corte Suprema como del Congreso) extendida a lo largo del tiempo en relación a cómo se determinó la jurisdicción y competencia sobre los delitos federales, acudiendo al valor de **la intención expresa y de la historia jurisprudencial** (como método de interpretación). También se tuvo en cuenta, en términos de **derecho comparado**, el singular apartamiento que los Constituyentes de 1853 hicieron en ese punto de la Constitución de los Estados Unidos. A su vez se consideró el valor de la **interpretación sistemática**, lo que permitía concluir que (i) la legislación material que servía de base para integrar la ley penal en blanco es (y fue siempre) materia concurrente; (ii) que la ley nacional de salud 15.465 así lo ratificaba y (iii) que era irrelevante, en este caso y bajo las consideraciones anteriores, el órgano que había dispuesto as

medidas sanitarias. Se tomó en cuenta el valor del **fin o del propósito de la ley**. En tal sentido se sostuvo que los intereses federales presupuestos no eran homogéneos, por lo que cobraba singular importancia el artículo 10 del DNU 297/20. Finalmente se consideró el **valor que el auto-reconocimiento** tiene en este campo; en este sentido se enfatizó las propias declaraciones del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

<sup>9</sup> En *Vázquez, Nahuel Oscar - Recurso de Inconstitucionalidad en Carpeta judicial: «Vázquez, Nahuel Oscar s / cuestión de competencia» - (cuij 21-08357624-0) s/ Recurso de Inconstitucionalidad (concedido por el tribunal unipersonal del colegio de jueces de segunda instancia) - CUIJ 21-00513075-9*

Se dijo sobre esta cuestión [contra la autoridad de SEBASTIÁN SOLER: DERECHO PENAL ARGENTINO (Bs. As.: Tipográfica Editora Argentina, 1953), T. IV pág. 617] que la autoridad de castigar está delegada y que tal delegación no tiene bases constitucionales. Garavano & Arnaudo [en BAIGÚN - ZAFFARONI, (Dir.), CÓDIGO PENAL y normas complementarias. Análisis doctrina y jurisprudencial; (Hammurabi: Buenos Aires, 2010), p. 233] en su comentario al artículo 205, también consideran que no hay delegación. Para concluir de ese modo, siguieron acriticamente una serie de fallos de la Corte Suprema en los que se pronunció sobre delegación y no sobre la constitucionalidad de

leyes penales en blanco (es cierto que la Procuración Fiscal ante la Corte Suprema también incurrió en el mismo error).

Por el contrario, dado el **componente esencialmente deliberativo de la ley**, adherimos a la posición de Zaffaroni - Slokar - Alagia (en Derecho Penal: Parte General; p. 109 y 110), quienes sostienen, casi a rajatabla, el principio de legalidad formal para la imposición de los delitos y las penas –en la mejor tradición de la Ilustración política y constitucional– contemplando como única excepción las llamadas leyes penales en blanco *impropias* (es decir, de normas emanadas de la misma fuente); y el principio de máxima taxatividad interpretativa.

Además, consideramos que estas normas deben estar sometidas al estándar de escrutinio estricto de constitucionalidad (el que incluye el de razonabilidad sustantiva), en razón de los desbordes usuales que en materia de emergencia siempre caracterizaron nuestras regulaciones y del ataque a libertades tan básicas y fundamentales como la de la autonomía material y electiva de las personas (que incluyen el derecho a procurarse el propio sustento para satisfacer sus necesidades básicas de acuerdo al plan de vida elegido -aun con severas restricciones- designadas tradicionalmente como la libertad de trabajar y ejercer industria lícita) y otras tales como las de reunión y esparcimiento; dar y recibir afectos; constituir y estar en familia; movimiento y circulación; disfrutar del espacio público y,

si quiere en términos más abstractos, hasta el de celebrar, en el sentido más profundo, la vida y nuestro carácter, esencialmente, gregario y asociativo. Con cita de HANNA ARENDT, en LA CONDICIÓN HUMANA (Bs. As.: Paidós, 2ª Reimp., 1998) para quien la vida humana adquiriría valor en las esferas de lo social y de lo político «Ninguna clase de vida humana, ni siquiera la del ermitaño en la agreste naturaleza, resulta posible sin un mundo que directa o indirectamente testifique la presencia de otros seres humanos. Todas las actividades humanas están condicionadas por el hecho de que los hombres viven juntos, si bien es sólo la acción lo que no cabe ni siquiera imaginarse fuera de la sociedad de los hombres. La actividad de la labor no requiere la presencia de otro, aunque un ser laborando en completa soledad no sería humano sino un *animal laborans* en el sentido más estricto de la palabra» (págs. 37 y 38). También consideramos la posición de CARLOS NINO en FUNDAMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional: Bs. As., Astrea, 1992) para quien sostuvo el valor de la vida humana (citando a Thomas Nagel, en *Mortal Questions*) descansa, fundamentalmente, en la vida consciente, por lo que los bienes de la vida en sí misma (como la percepción, el deseo, la actividad y el pensamiento) adquieren dimensión cuando no están ligados a la mera supervivencia. Nino sostenía que «Para

circunscribir el bien que es primer requisito para la autonomía personal, debemos referirnos entonces a la vida biopsíquica» (p. 221); o bien de la «integridad psíquica y corporal» -en ese orden- como luego lo llama (p. 222). Luego tiene en cuenta como violaciones al derecho a la vida, a la integridad psicofísica y a la libertad de movimiento (a la que agrupa por su trascendencia y valor intrínseco junto a las otras dos) a los atentados masivos provenientes del terrorismo de Estado y la pena de muerte. Entre las restricciones indebidas a la libertad de movimiento ejemplifica pone el acento en (i) «las limitaciones a la excarcelación durante el proceso penal en el procedimiento federal» (a la que considera «tal vez la más seria», p. 255); (ii) «la facultad, otorgada por el decreto ley 333/58, que tiene la Policía Federal de detener a los individuos 'en averiguación de antecedentes' por un término máximo de 24 horas sin someterlos a ningún tipo de proceso»(p. 257) y (iii) «las condiciones de confinamiento forzado de enfermos mentales y, seguramente en **menor medida, la cuarentena de algunos enfermos contagiosos**» (resaltado agregado). Es más, sostiene que «Dado que la privación de la libertad de un enfermo no deriva de un acto voluntario que pueda implicar consentimiento a la pérdida de inmunidad contra esa privación, sólo si ella es compensada debidamente en términos de tratamiento médico, comodidades o dinerariamente puede justificarse, sin infringir el principio de inviolabilidad de las

personas, un sacrificio semejante en aras del bienestar colectivo» (págs. 258/259). Se señaló como categoría sospechosa la regla del artículo 9.2. del DNU 641/20; diría hoy, en especial, la reunión familiar de grupos convivientes fluidos o muy limitadamente aumentados -como la incorporación de la pareja de algún hijo o hija conviviente, por sólo citar un caso); y también serían sospechosas las regulaciones que claramente, sin indicadores epidemiológicos adecuados (es decir, básicamente, trazables; esto es, que indiquen qué tipo de interacción social favorece la circulación del SARS-CoV-2), ponen el esfuerzo preventivo sobre ciertos y muy limitados actores sociales sin que reciban justa compensación, al menos.

<sup>10</sup> Como la Secretaría de Estado de Igualdad y Género de la Provincia; la Secretaría de Género y Derechos Humanos de la Municipalidad de Rosario; la dirección de Mujer y Disidencias de la Municipalidad de la ciudad de Santa Fe; la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la provincia; la Dirección del Centro de Atención a la Víctima de la Defensoría del Pueblo. Tomándose en cuenta, también, que la Campaña por la Emergencia Nacional en Violencia lanzó un paquete de propuestas (para una #CuarentenaLibreDeViolencia).

<sup>11</sup> Conforme informes del Sr. Fiscal de Cámaras de la Segunda Circunscripción Judicial y del Sr. Fiscal titular de la OAVVDyG del Distrito Judicial N° 2.-

<sup>12</sup> CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER; LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER; LEY NACIONAL 26.485 DE PROTECCIÓN INTEGRAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LOS ÁMBITOS EN QUE DESARROLLEN SUS RELACIONES INTERPERSONALES; LEY PROVINCIAL 13.348 DE PROTECCIÓN INTEGRAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES – ADHESIÓN A LA LEY NACIONAL 26.485; y LEY PROVINCIAL 11.529 (en lo que fuera aplicable). En especial, conforme los artículos 21 y 24, inciso c) de la ley 26.485, vía artículo 1 de la ley 13.348 y artículos 21 y 24 inc. c), **sin reglamentar**, del Decreto del PE provincial N° 4028/13 sin perjuicio de los criterios ya adoptados por las propias OAVVDyG en casos excepcionales.

Las normas mencionadas disponen:

**Artículo 21:** Presentación de la denuncia. La presentación de la denuncia por violencia contra las mujeres podrá efectuarse ante cualquier juez/jueza de cualquier fuero e instancia o ante el Ministerio Público, en forma oral o escrita. Se guardará reserva de identidad de la persona denunciante.

**Artículo 24:** Personas que pueden efectuar la denuncia.

Las denuncias podrán ser efectuadas:

[...]

c) Cualquier persona cuando la afectada tenga discapacidad, o que por su condición física o psíquica no pudiese formularla.

<sup>13</sup> Al estilo de las prácticas de Gobierno Abierto (capítulo correspondiente a Innovación Tecnológica) se contemplaba la recepción no presencial (en general, por una vía del servicio de mensajería de *WhatsApp*), luego de ello la solicitud de la medida por parte de la Oficina por comunicación al Tribunal por vía electrónica (firma digital) solicitando que la decisión de otorgamiento o rechazo se haga por la misma vía; cumplido con este paso, se recibía la decisión electrónica y se notificaba por vía electrónica a la autoridad de ejecución (policía provincial de seguridad) quien notificaba en forma presencial al agresor; luego, remitía por vía electrónica a la Oficina la diligencia cumplida, quien a su vez lo ponía en conocimiento al tribunal actuante. En un mundo que exige bajo contacto, este dispositivo cumplía en forma óptima tal exigencia. Cabe resaltar que esta adaptación se llevó a cabo en menos de dos semanas. El sábado 4 de abril se estatuyó el proceso y comenzó a estar operativo el lunes 6 (el mismo día en que se presentó la Carta por el Uso Obligatorio del Barbijo).

La segunda innovación, también de acuerdo a prácticas de Gobierno Abierto (capítulo correspondiente a Transparencia y Rendición

de Cuentas), fue establecer los estándares de supervisión de la eficacia de las medidas dispuestas (Circular Aplicativa en relación al Artículo 2° de la Instrucción General 003:2020, del viernes 17 de abril, estándares mínimos de entrevista a la víctima).

<sup>14</sup> Tal como se remitió en sendos escritos a las fiscalías, los que se incorporaron como Anexo A de la Instrucción, se hizo notar que era indispensable contar con dos elementos previos a la interposición de la acción: (a) documentación pertinente que permita establecer, fehacientemente, los precios de todos los productos con anterioridad a la declaración de emergencia sanitaria por un año (llevada a cabo por el decreto de necesidad y urgencia 260/2020) y los precios bajo los que operó el mercado a partir del día 20 de marzo del corriente hasta hoy (la concreta y específica antijuridicidad –o causa de acción-); y (b) las denominaciones o razones sociales de las personas físicas o jurídicas que, operando en el Mercado de Productores y Abastecedores de Santa Fe, habrían producido los aumentos chocantes y abusivos que remediaremos y sancionaremos (en otras palabras, los eventuales demandados).

Para estos fines se solicitó a la **Secretaría de Comercio** de la Provincia acompañe a esta acción (a) copias del listado y/o actas de infracción libradas en ocasión de las inspecciones antes mencionadas, con identificación de infractores y motivos de la infracción; (b) de

no constar en la documental antes referida, el listado de los precios de referencia con utilizados en los dos períodos a comparar (reiteramos, con anterioridad a la sanción del Decreto 260/2020 y con posterioridad a la sanción del Decreto 297/2020).

<sup>15</sup> La conducta reprochable es que sus utilidades serían a expensas de otro/s sin participar con la intención de obtener beneficios recíprocos.

<sup>16</sup> Se dijo que un mercado perfectamente competitivo (MPCs), por lo general, presenta estos rasgos: (a) muchas firmas producen productos idénticos; (b) muchos compradores están disponibles para comprar el producto y muchos vendedores están disponibles para venderlo; (c) vendedores y compradores tienen toda la información relevante para tomar decisiones racionales acerca de comprar y vender el producto; (d) las firmas pueden entrar y salir del mercado sin restricciones. Bajo estas condiciones, los vendedores son tomadores del precio (*price takers*) dada las presiones de las otras firmas competidoras que los fuerza a aceptar el precio de equilibrio prevaleciente. Los mercados reales, que no son perfectamente competitivos, están afectados por deficiencias tales como externalidades, número extraordinariamente mínimo de oferentes, información asimétrica, situaciones de dilema del prisionero, prácticas corruptas o deshonestas, o la necesidad

de proveer bienes públicos.

Por otro lado, no es cierto que los mercados privados reflejen una supuesta justicia transaccional por mérito o merecimiento a través del sistema de precios. Conforme MICHAEL WALZER: SPHERE OF JUSTICE. A DEFENSE OF PLURALISM AND EQUALITY (New York: BasicBooks 1983) págs. 108 y ss. MICHAEL SANDEL: JUSTICE. WHAT'S THE RIGHT THING TO DO (New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009) págs. 75-102, 265. DAVID GAUTHIER: LA MORAL POR ACUERDO (Barcelona: Gedisa, 1ª. ed. en español, trad. de Alcira Bixio, revisión de Samuel Monder, 1994), págs. 120 y ss. Adam Smith concebía un sistema de libertad natural para los intercambios en los que los hombres «queda[n] perfectamente libres de perseguir su propio interés y de hacer competir su industria y su capital con los de cualquier otro hombre, mas sujeto a que no violen las leyes de la justicia» (En *UNA INVESTIGACIÓN ACERCA DE LA RIQUEZA DE LAS NACIONES*, párr. iv, capítulo 9).

<sup>17</sup> Sin perjuicio de lo dispuesto por la ley de defensa de la competencia 25.156, en especial, los artículos 4 y 5.

<sup>18</sup> JOHN RAWLS: A THEORY OF JUSTICE (Cambridge, Mass: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, Revised Edition), pp. 53, 54 y 63, entre otros.

<sup>19</sup> CARLOS S. NINO: ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS (Buenos Aires: Astrea, 2ª. ed. 1989).

<sup>20</sup> CARLOS S. NINO, obra citada, páginas 227 y 253. Ver también su extensa interpretación del valor y alcance de los DESCAs en la práctica constitucional argentina en FUNDAMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL (Bs. As: Astrea, 1992, páginas 354 a 411).

<sup>21</sup> En unas extensas citas se recopilaron los programas nacionales, provinciales y municipales a aquella fecha.

<sup>22</sup> Es decir, que dejaba lugar para la sana discreción de las Defensorías, no dejaba sin efecto ninguna de las disposiciones de la IG a la que se refería, alentó acciones adicionales que vayan en el mismo sentido y éstas debían estar de acuerdo al enfoque de Derechos Humanos recomendado por la CIDH.

<sup>23</sup> El numeral 2 constituye la orientación más importante y por lo tanto se lo transcribe en forma completa (se omiten sus notas al pie en las que se detallaban, como fundamentos, las Recomendaciones de la CIDH y los programas por cuyo cumplimiento debía velarse. 2. En relación al cuidado y respeto por los **DESCA y a la protección de grupos vulnerables** que el Ministerio Público tiene que asegurar conforme artículos 120 de la Constitución Nacional y 103, último párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación, se

sugieren los siguientes cursos de acción:

2.1. Recibir y dar trámite conforme la Instrucción General N° 003/20 de esta Procuración General a las denuncias por violencia de género y violencia doméstica, remitiéndolas, a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género de este Ministerio Público.

2.2. Recibir y dar trámite a las denuncias por abuso y violencia intrafamiliar contra niños, niñas y adolescentes (NNA).

2.3. Considerar los mecanismos que permitan a los NNA seguir con el acceso a la educación y con estímulos que su edad y nivel de desarrollo requieran.

2.4. Recibir y dar trámite a las denuncias que reciban por abusos contra los consumidores ante las Fiscalías para la protección de los Intereses Generales (extra penales) de este Ministerio Público.

2.5. Relevar las personas en situación de calle y brindarle los medios legales para su asistencia, refugio y cobertura de sus necesidades básicas.

2.6. Considerar el funcionamiento de los actuales servicios de asistencia alimentaria. En caso de ser insuficientes o inadecuados deberán arbitrar, cooperativamente, los medios para gestionar un resultado satisfactorio.

2.7. Considerar los servicios que están recibiendo los adultos mayores, en especial, atendiendo los ítems que forman parte de las Recomendaciones de la CIDH.

2.8. Estimar el funcionamiento de la coopera-

ción comunitaria.

2.9. Atender las cuestiones relativas a la salud de las personas (incluida muy especialmente la salud mental) y el cuidado y cumplimiento de las medidas sanitarias dispuestas por el Estado Nacional, la Provincia y el gobierno local; como así también de los servicios públicos esenciales (como agua luz y gas).

2.10. Colaborar activamente en la orientación para percibir el Ingreso Familiar de Emergencia (IFE), auxiliando incluso en las modalidades de percepción; como así también con respecto a la percepción de los bonos especiales de asistencia a adultos mayores dispuesto por el Gobierno Nacional (refuerzo de jubilaciones y pensiones).

2.11. Orientar a las personas afectadas por la emergencia sanitaria para obtener las ayudas y asistencias económicas y sociales otorgadas por todos los niveles del Estado.

2.12. Tomar en consideración, muy especial, las **Recomendaciones 54 a 62 y 68 a 75** de la Resolución 1/2020 de la CIDH, en lo concerniente a **Grupos en especial situación de vulnerabilidad** como Pueblos indígenas; Personas migrantes, solicitantes de asilo, personas refugiadas, apátridas, víctimas de trata de personas y personas desplazadas internas; Personas LGBTI; y personas afrodescendientes.

Incluso, con posterioridad, se dictó un nueva Circular que diagramaba, bajo un formato de planilla de cálculo, la forma de rendir cuentas sobre este conjunto normativo.

Cabe mencionar que la Instrucción Gene-

ral N° 005:2020 dispuso que las Defensorías Generales refuercen y colaboren activamente con sus pares Zonales y dispuso el modo de cumplimiento de sus cargas de trabajo en forma domiciliaria y su plazo.

<sup>24</sup> Instrucciones Particulares N° 004:2020, 007:2020 y 011:2020.

<sup>25</sup> Instrucción Particular sin número, adjuntada en fecha 13 de julio, con anexo incluyendo modelo de presentación, sin perjuicio de la sana discreción de la Fiscalía a cargo del trámite.

<sup>26</sup> Instrucción Particular N° 008:2020.

<sup>27</sup> Instrucción Particular N° 009:2020.

<sup>28</sup> Tras luego de impulsarla durante casi dos años. Solicitudes del 03.03.2020 (casi concomitante con el comienzo de la cuarentena) y del 22.06.2020 de este año; sin perjuicio de haberse llevado a cabo distintas entrevistas con la contraparte, por plataforma *Zoom*, para arribar a los términos de ajuste de conducta finales.

<sup>29</sup> Presentaciones de fecha 12 y 25 de agosto.

<sup>30</sup> Cuya continuidad, atento la situación sanitaria global, será re-examinada en marzo del año próximo. Y cuyo alcance no es parcial sino que alcanza a todos los procesos del Ministerio Público del Distrito Judicial N° 2.

<sup>31</sup> Entre los que se citaron los siguientes:

1. Reducir el tiempo de espera en la atención de la comunidad peticionante, respetando y haciendo respetar los tiempos procesales y sustanciales que mandan las respectivas leyes.
2. Elevar el nivel de satisfacción, mejorando la calidad en la atención y asesoramiento, agilizando y acortando gradualmente los plazos de los trámites involucrados.

[...]

4. Establecer estándares comunes de actuación a través de protocolos, manuales y guías de buenas prácticas, unificando los criterios jurídicos aplicables.

<sup>32</sup> Una compilación de estos trabajos se pueden leer en PABLO AMADEO (editor): SOPA DE WUHAN: Pensamiento Contemporáneo en Tiempos de Pandemia (Bs. As.: ed. ASPO, 2020). Una concepción histórica completamente diferente (ni dialéctica, ni lineal sino cíclica -sin ser circular ni dominada bajo el mito del eterno retorno) la ofrecen WILLIAM STRAUSS & NEIL HOWE: THE FOURTH TURNING. An American Prophecy. What the Cycles of History Tells Us About America's Next Rendezvous with Destiny (New York: Three Rivers Press, 1997).

<sup>33</sup> Se pueden consultar investigaciones formales basada en teoría o evidencia empírica en CENTRE FOR ECONOMIC POLICY RESEARCH (CEPR): COVID ECONOMICS. Vetted and Real-Time Papers. Issues 1- 49,



april 3, sep. 18, 2020. Por ejemplo, CHRISTIAN GOLLIE: *Pandemic economics: Optimal dynamic confinement under uncertainty and learning*, N° 34, pp. 1 -15; YOSEPH Y. GETACHEW: *Optimal Social Distancing in SIR Based Macroeconomics Model*, N° 40, pp. 115-163; SHINNOSUKE KIKUCHI, SAGIRI KITAO AND MINAMO MIKOSHIBA, *Who suffers from the COVID-19 shocks? Labor market heterogeneity and welfare consequences in Japan*, N° 40, pp. 76-113; REMI JEDWAB, AMJAD M. KHAN, RICHARD DAMANIA, JASON RUSSAND AND ESHA D. ZAVERI, *Epidemics, poverty, and social cohesion: Lessons from the past and possible scenarios for COVID-19*, N° 48, pp. 171-209. En <https://cepr.org/content/covid-economics-vetted-and-real-time-papers-0#:~:text=Previous%20Issues-,About%20Covid%20Economics,on%20the%20Covid%2D19%20epidemic>.

Otro enfoque puede ser visto en BOARD OF INNOVATION, una firma consultora que opera con oficinas den New York, Amsterdam, Amberes y Singapur. Ver, por ejemplo, su Reporte: *How to navigate the world after Covid-19* en <https://info.boardofinnovation.com/hubfs/Innovate%20low%20touch%20economy.pdf> (hay traducción al castellano) en el que se analiza por qué nuestro mundo será diferente, se ejemplifica con 10 sectores en los que habría cambios esperados en los patrones de consumo y negocio, cómo serán impactadas las industrias y qué hacer.

<sup>34</sup> Destinadas al amparo de las personas vulnerables y desposeídas de **ciudadanía** (que no es lo mismo que de asistencia) a quienes el final y la agonía se les hace interminable: no pueden querer en forma autónoma siquiera eso. Ver DAVID LAPOUJADE: *LAS EXISTENCIAS MENORES* (Bs. As.: Cactus, traducción de Pablo Ires, 2018), capítulo V, De la Instauración (en especial, p. 67) y VI, Los desposeídos (en especial, p. 87). ADELA CORTINA ORTS: *APOROFOBIA, EL RECHAZO AL POBRE*. Un desafío hacia la democracia (Barcelona: Paidós, 2017).

<sup>35</sup> CLAU OFFE: *JUSTICIA POLÍTICA* (Barcelona: Paidós, 2003) p. 43.

<sup>36</sup> KATHRYN SIKKINK: *EVIDENCE FOR HOPE*. Making the Human Rights Work in the 21st Century (Princeton University Press, 2017).

<sup>37</sup> Sobre las características de los principios éticos, THOMAS M. SCANLON: *WHAT WE OWE TO EACH OTHER* (Cambridge, Mass.: Belknap - Harvard University Press; 1998), capítulo 5, The Structure of Contractualism (pp. 189-247) en el que sostiene que los juicios morales están basados en principios (a diferencias de otros juicios evaluativos) del tipo de razones genéricas, que hay otros puntos de vista más que el propio para formularlos, sujetos -en caso de conflicto- al test de rechazo razonable y que el punto de vista de los que están peor situados juega un rol fundamen-

tal en el área -más limitada- de los principios destinados a crear alguna forma específica de protección o aseguramiento que nos dicen cómo deberíamos distribuir algunos bienes transferibles en los casos en los que el valor de estos bienes para los potenciales beneficiarios recibe una consideración dominante.

<sup>38</sup> RONALD DWORKIN: *SOVEREIGN VIRTUE*. The Theory and Practice of Equality (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000). Para Dworkin es fundamental, desde un punto de vista objetivo, que las vidas humanas sean prósperas y florezcan en lugar de ser desperdiciadas y, subraya, esto es igualmente importante, desde un punto de vista objetivo, para cada vida humana. Igual preocupación, es la especial e indispensable virtud de los soberanos («*Equal concern... is the special and indispensable virtue of sovereigns*»).

<sup>39</sup> DWORKIN, obra citada. Este principio significa que a pesar del reconocimiento objetivo de nuestra igual importancia, cada persona tiene una responsabilidad final y especial por ese florecimiento dados ciertos recursos y cultura.

<sup>40</sup> Y otros no escritos en el Derecho pero celebrados por las personas y grupos oprimidos como el *Nolite te bastardes carborundorum*, de MARGART ATWOOD, en El Cuento de la Criada.



# **LAS DEFENSORÍAS GENERALES CIVILES Y ZONALES EN EL CONTEXTO DE PANDEMIA POR COVID-19**

**DRA. MARCELA DE LUCA**

DEFENSORA GENERAL DE CÁMARAS DE APELACIÓN DE LA 2ª Y 3ª CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL (ROSARIO Y VENADO TUERTO)



El 2020 será recordado como aquel año, vertiginoso e intenso, que se presentó con desafíos y tareas, compromisos y deberes, pero con una pretensión de gestión judicial que siempre aspiró a ser superadora.

Frente a la situación de emergencia económica, financiera y sanitaria (provocada por el COVID-19), el Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe se vio en la necesidad de implementar medidas coyunturales para el contexto actual que resultaron beneficiosas y que pueden ser de especial consideración una vez superada esta etapa.

Los Defensores, y todos los que trabajamos en la Defensa Pública, tenemos un compromiso genuino con la función que asumimos y desempeñamos diariamente. Estamos atravesando un tiempo de prueba para la humanidad –uno de los más difíciles en el mundo posmoderno cibernauta– que nos da la

oportunidad de fortalecer la legitimidad de las instituciones y recuperar la crisis de confianza que hace tanto tiempo arrastramos.

Uno de los ejes principales de la gestión guarda relación con lograr un equilibrio entre las nuevas modalidades de trabajo y la misión de asegurar un servicio de defensa de calidad personas en situación de vulnerabilidad, osea a nuestros justiciables.

Este camino no es nuevo para las Defensorías Generales Civiles del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, ya que a mediados de Octubre de 2018 se adoptó una decisión estratégica a los fines de lograr una organización que ayude a mejorar el desempeño en las cargas de trabajo. Se inició un proceso de capacitación de los Defensores y Empleados para tener un Sistema de Gestión de Calidad, bajo la premisa de lograr una mejor prestación del servicio de asesoramiento y defensa jurídica en representación del interés general, de las personas en situación de vulnerabilidad. El cual que se certificó bajo las normas IRAM ISO 9001:2015 el 27 de septiembre de 2019 con vigencia por tres años.

Las **Defensorías Generales Civiles**, fueron las que sufrieron la gran modificación este año en cuanto a su modalidad de atención a los justiciables y readaptación de las funciones y tareas de acuerdo a la nueva realidad provocada por el COVID-19 y por las disposiciones de la Procuración General de la Corte mediante la Instrucción General N° 5 y su Circular aplicativa y la Instrucción General N° 6.

Lejos de verse restringida o vulnerada la garantía de acceso a justicia, dentro del A.S.P.O., desde un primer momento la labor de las Defensorías se limitó a respetar un esquema de guardias mínimas de trabajo –un Defensor con sus empleados por semana– a los fines de cumplir con la atención y protección de los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

En esta primera etapa de la Emergencia Sanitaria, se daba curso única y exclusivamente a los asuntos de urgente despacho; o que por su naturaleza no admitían postergación en virtud de lo establecido en la Acordada N° 10 (del

19.03.2020) de la Corte Suprema de Justicia y sus sucesivas y concordantes.

Así, por turnos rotativos semanales (que comenzaban los viernes y finalizaban el jueves de la semana próxima) cada uno de los Defensores Generales Civiles asumían la tarea de ser el «Defensor de guardia mínima».

Sin embargo, y de acuerdo al incremento de la demanda del servicio por parte de la ciudadanía, el 6 de mayo se le incorporó un segundo Defensor y ese fue el esquema que se sostuvo hasta que se retomaron las actividades del Poder Judicial bajo los parámetros de la «nueva habitualidad» que comenzó a regir el 12 de junio (Acordada Acta N° 16).

Dichas demandas implicaron que desde el dictado del A.S.P.O. hasta el retorno a la «nueva habitualidad» concurrieran un total de 1325 personas a requerir todo tipo de defensas jurídicas vinculadas –en mayor medida– a la violencia contra las mujeres, alimentos, órdenes de pago y cuestiones referidas a la salud mental (internaciones involuntarias y medidas de protección de persona).

Obviamente, esto implicó una reestructuración de trabajo que llevó a su reorganización y simplificación. ¿Cuál fue el objetivo? Un sistema en el que prepondere el respeto al acceso a la justicia, seguro y sencillo, pero que conlleve la no presencialidad a los fines de resguardar la salud de los justiciables y de los operadores del sistema. Así, entraron en vigencia –para lograr celeridad– distintos dispositivos electrónicos para la atención remota.

Este fenómeno de cambio impactó directamente en nuestra **política comunicacional**. A los Funcionarios, la Corte, les habilitó la posibilidad de apertura remota de sus casillas de correo oficial para poder trabajar bajo la modalidad «*home office*» a fin de que se puedan tramitar los requerimientos habituales y rutinarios que hacen al cometido de las Defensorías. A la Oficina de Gestión de las Defensorías Generales Civiles se le proveyó un celular con *whatsapp* para evacuar consultas de los usuarios de 8 a 20 horas al que luego se incorporaron dos teléfonos de consulta más. Se creó una casilla de correo consultiva especial atendida las 24 horas por la Defensora General Civil N° 5 que

trabaja de forma remota por estar acogida a la licencia por grupo de riesgo.

Debo destacar, que en tiempos previos al A.S.P.O., todas estas TICs aplicadas al servicio de justicia no existían. Teníamos una atención diaria entre 500 a 800 personas pero de forma absolutamente presencial. Lo que conllevó a repensar nuestra estructura en sus más amplios espectros y replantear la forma de trabajo acorde a la función específica que desarrollan los defensores.

Además, este sistema se integró con la creación de la línea gratuita 0800 donde la Procuración General de la Corte logró tener dos opciones conjuntas (la Oficina de Violencia de Género y las Defensorías Generales Civiles) lo que permite a las personas comunicarse sin costo con las oficinas de las Defensorías, y sin necesidad de tener que marcar números de internos, ya que el redireccionamiento es directo, logrando de esta forma una vía de comunicación automática.

Este arduo trabajo fue acompañado de un ambicioso plan de **política de difusión multimedia** destinado a dar a conocer la existencia de la Institución –tanto en la Circunscripción N° 2 como en la N° 3– y sus nuevas formas de atención remota. Se abrieron conjuntamente la página de *Facebook* y el *Instagram* para tener un contacto fluido y cercano con la ciudadanía, mediante el cual se hace saber no sólo sobre números de teléfono, correos y demás datos sino también sobre cuáles son sus derechos, las actividades que despliegan las Defensorías y noticias importantes de las demás instituciones públicas vinculadas con nuestro trabajo.

Las **Defensorías Zonales** cumplieron un rol preponderante a lo largo de este año ya que fueron quienes trabajaron activamente en el territorio. Con un plan progresivo y sistemático, desde la Procuración General de la Corte y la Defensoría de Cámara, se dispuso por Instrucción N° 4 y su Circular aplicativa que fueran quienes articularan de forma conjunta la reactivación de redes interinstitucionales con otros organismos del Estado, como la municipalidad, centros territoriales de denuncias, consultorios jurídicos gratuitos (Facultad de Derecho de la U.N.R. y con el de la propia Universidad Nacional de Rosario), vecinales, dispensarios, escuelas con la finalidad de coordinar

acciones conjuntas con criterios únicos de actuación para que las personas puedan llegar por distintas vías a la justicia y así obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos, como por ejemplo, ayudar a la obtención del cobro del IFE, AUH. También se mantuvo un contacto permanente con las autoridades nacionales, provinciales y municipales para dar cumplimiento y cubrir necesidades básicas como la salud, higiene, alimentos, etc. Hubo un incremento del consumo problemático de sustancias, lo que llevó a realizar muchas internaciones involuntarias.

En el marco de adecuación de la política comunicacional, los Defensores Zonales fueron dotados de un teléfono celular con acceso a internet para poder comunicarse por *whatsapp* y por casillas de correo gmail creadas al efecto.

El retorno a la «**nueva habitualidad**» nos enfrentó junto con la Corte Suprema y la Procuración General a revisar las TICs implementadas y las nuevas modalidades de trabajo para su correcta evaluación, control y optimización en el uso positivo de los recursos disponibles. No fue un proceso sencillo ya que esto produjo un impacto en los esquemas laborales vigentes que previo al dictado del A.S.P.O. no se desenvolvían de esa manera.

La primer medida que se priorizó fue disponer la protección higiénica y sanitaria de los Funcionarios y Empleados de las dependencias de las Defensorías Generales Civiles, Defensorías Zonales y el Ministerio Pupilar. Para lo cual se les brindó pantallas de protección, máscaras, alcohol en gel, líneas separadoras de atención, entre varias medidas.

Labor compleja e importante conllevó dar cumplimiento a las recomendaciones sanitarias e higiénicas en relación al respeto del distanciamiento social, por lo que se tuvo que readecuar el espacio y el mobiliario de las oficinas así como también la incorporación de una sala de espera para los justiciables.

Siempre se tuvo en miras abordar la posibilidad de trabajar con un flujo de atención controlado de las personas que concurren a las Defensorías. Es así, gracias a la importante base de datos estadísticos que se recaba diariamente, se articuló la creación de un turnero web para lograr equiparar las

cargas de trabajo, a través de la labor conjunta de la Defensoría de Cámara, los defensores y sus empleados con la Secretaría de Informática de la Corte.

Estimo que este último punto llegó para quedarse. Ya que nos permite administrar en mejor forma los recursos que se disponen para la prestación de un servicio de justicia tanto en las Defensorías Generales como en el territorio –ya que las Defensorías Zonales también se adecuaron a una atención por turno–. Lo que nos posibilita comparar cargas de trabajo, mostrar las variaciones en el tiempo y sustentar las solicitudes de distribución o requerimiento de mayores recursos por aumentos excesivos de flujo laboral.

Solo a título ejemplificativo, se puede mencionar que previo al A.S.P.O. la atención presencial rondaba diariamente entre 500 a 800 personas. Hoy en día, por turnero *web* solo se brindan 120 turnos diarios para que las personas concurren, distribuidos diez por Defensorías y 20 para la Oficina de Gestión de las Defensorías.

Sin embargo, el flujo de trabajo no varió ya que los justiciables que concurrían a las oficinas para consultar sobre sus causas, actualmente lo hacen a través de los medios electrónicos con que se disponen. Esto permite mantener equiparado el trabajo que anteriormente teníamos, pero distribuido por diferentes canales de atención.

Esta herramienta tecnológica resulta de apoyo oportuno, para enfrentar situaciones de necesidad de cobertura de defensa, controlar la cantidad de atención de usuarios, verificar las intervenciones como Defensores Generales e inclusive repensar en el modelo de patrocinio en miras a un cambio progresivo al esquema de poder especial en las materias cuya naturaleza lo permitan.

Hay que destacar que en todo este cambio en tiempos de pandemia, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Procuración General fueron amplios y receptivos para resolver planteos y brindar soluciones que requieren un tratamiento diario. Como máximos representantes del Poder Judicial en la Provincia de Santa Fe siempre abordaron la problemática con base en lo



dispuesto en las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia, es decir, elaboraron, aprobaron, implementaron y fortalecieron una política pública que garantiza el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad dando una respuesta adecuada y generosa conforme las circunstancias singulares y especiales que se presentan a lo largo de este período excepcional.

Todas estas problemáticas se fueron superando y estos nuevos desafíos –de generar nuevas herramientas informáticas, comunicacionales, trabajo remoto, consultas por *whatsapp*, o a través de las redes, etc., se establecieron a partir de una situación excepcional pero que van a permanecer en la medida que significan simplificar, agilizar y dar una tutela legal efectiva a los derechos de aquellos que más lo necesitan como son el colectivo que atiende las defensorías que padecen algunas veces más de una situación de vulnerabilidad pobreza más violencia, pobreza más ancianidad.

Se han flexibilizado algunos trámites, exigiendo menos requisitos formales, como la presentación de documentos para acreditar el derecho invocado, o aceptar el escrito sin la firma del patrocinado, solo con la firma digital del funcionario, etc.

Toda esta desformalización es un aspecto positivo porque se permite proteger los derechos sociales, culturales y económicos de los que menos tienen conforme la normativa vigente en el Art. 103 último párrafo del CCyC.

La pandemia, si bien trajo muchas y diversas consecuencias negativas, también puso en el centro de la escena judicial algunas palabras que se reiteran como flexibilización, dinamismo, desformalización, agotamiento de los medios electrónicos disponibles, trabajo remoto, modernización de las formas de trabajo, etc.

Evidentemente, todos estos nuevos mecanismos adoptados incrementan la posibilidad de que más personas vulnerables no queden excluidas y puedan tener acceso a la justicia a través de varios medios no presenciales; y de esa forma proteger y defender realmente sus derechos. ■



# FUERO LABORAL



# **IMPACTO DE LA PANDEMIA DE COVID-19 EN LAS RELACIONES DE TRABAJO Y EN EL FUERO LABORAL**

**DR. SERGIO FABIÁN RESTOVICH**

VOCAL DE LA CÁMARA DE APELACIÓN EN LO LABORAL DE ROSARIO - SALA I



### 1. A modo de introducción

En estos tiempos, se viene observando que el mercado de trabajo y el sistema de la seguridad social presentan ribetes de marcada complejidad al sumar a las propias dificultades y características de cada región aquellas que provienen de los retos de diversa índole que se presentan a nivel global. Sin pretensión de agotarlas, una ligera mención de algunas de ellas conduciría a destacar cuestiones tales como el desempleo, la informalidad, el subempleo, la precarización a través de plataformas digitales, la ausencia de planes sustentables de creación sostenida de fuentes de trabajo –principalmente para los jóvenes trabajadores y para aquellos próximos a jubilarse–, las carencias educativas, la ausencia de formación y perfeccionamiento en competencias laborales, el vacío o la escasez de medidas que tomen en consideración la perspectiva de género, entre muchas otras.

No puede escapar a este enfoque que los riesgos de desempleo o subempleo son considerablemente superiores para los trabajadores que presentan rasgos de mayor vulnerabilidad, entre ellos los que cuentan con discapacidades, los que soportan problemas de salud crónicos, quienes sufren dificultades de comportamiento, los que padecen adicciones, así como aquellos individuos que revisten carácter de migrantes o de pertenencia a alguna minoría étnica, etc.

A este panorama no resultaba dificultoso sumar la potencial incidencia de amenazas biológicas globales, que aunque inicialmente contaban con incierto pronóstico, finalmente se ven concretadas con la pandemia de la enfermedad infecciosa COVID-19.

## 2. Situación laboral al desatarse la pandemia

Fuera de discusión está que en los últimos años en nuestro país la informalidad laboral lejos de disminuir es un fenómeno más bien creciente, así como también aumenta la tasa de desocupación y las dificultades para conseguir empleo.

Un dato a destacar, según publicación de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>1</sup>, el crecimiento de la informalidad en nuestro país se verificó incluso entre los asalariados con descuentos jubilatorios, que bajó en 2019 al 65,2% del total cuando un año antes había arrojado el 65,6%, lo que también se observó en otros países de la región que tienen como común denominador una alta informalidad laboral.

Por su parte, también creció el subempleo, puesto que aumentó la cantidad de personas con ocupación parcial y con intención y disponibilidad para hacerlo por más horas. Y en cuanto al empleo registrado, también es notoria la caída en la debida registración de las relaciones de empleo, tanto en el sector público como en el privado, ya sea que se trate de la formalización de

## CITAS

<sup>1</sup> Publicación de la CEPAL y la OIT, «Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe. El trabajo en tiempos de pandemia: desafíos frente a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)», Mayo de 2020. número 22.

<sup>2</sup> Según el Instituto de Estadísticas y Censos (INDEC), durante el año 2019 la inflación alcanzó el 53,8%.

antiguos puestos de trabajo como de la creación de nuevos empleos.

Finalmente, debido a la alta inflación registrada en el último año<sup>2</sup>, se advierte una fuerte contracción en el crecimiento económico y en el aumento de los salarios reales del empleo registrado.

Ante el novedoso fenómeno de la pandemia global, se suman a las inquietudes individuales (relacionadas con el lógico temor de contagio propio o de los seres cercanos), las provenientes de un ámbito de influencia más amplio, de procedencia remota (que se palpa en la invasión de noticias y pseudo-informaciones provenientes de los medios de comunicación tradicionales y de las redes sociales, que en más o en menos difunden trágicas estadísticas de contagios y decesos) y también las vinculadas con el nivel económico como consecuencia de la pérdida del empleo o del lógico temor a perder el medio de sustento.

Asimismo, las preocupaciones llegan desde el necesario y apremiante abordaje de nuevas tecnologías o prácticas para el desempeño laboral, a fin de lograr y mantener el distanciamiento social que desde los ámbitos científicos se recomienda y desde los políticos se decide e impone a los fines de evitar o controlar los perjudiciales efectos de la situación sanitaria.

Por otra parte, la sorpresiva irrupción del coronavirus, su magnitud y el modo indiscriminado en que se propaga, configuran indicios evidentes de que ningún ámbito geográfico habrá de permanecer exento de sus efectos, tornando a todos sus habitantes de algún modo en protagonistas dado que impacta directa o indirectamente en sus esferas personales, familiares, sociales y –desde luego– laborales.

En ese contexto, se presume que la pandemia traerá consigo la mayor crisis económica y social en décadas con efectos muy negativos en el empleo además de –claro– en la lucha contra el desempleo y por consiguiente en la reducción de la desigualdad social.

### 3. Reacciones normativas con repercusión en el ámbito del trabajo

En el descripto marco, el acaecimiento de la pandemia provocó el dictado de distintas regulaciones por los órganos gubernamentales en la esfera propia de sus competencias territoriales, con directa o indirecta proyección en la órbita laboral.

Así, con alcance nacional deben destacarse los Decretos de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional N° 260/20, 297/20, 329/20, 480/20.

El primero de ellos, N° 260/20<sup>3</sup>, de «emergencia sanitaria», amplió las medidas a adoptar en esa materia establecidas por la ley 27.541<sup>4</sup> en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud en relación con el coronavirus COVID-19.

Luego, mediante DNU 297/20 el P.E.N. dispuso el «aislamiento social, preventivo y obligatorio» desde el 20 de marzo de 2020, con el fin de proteger la salud pública y, posteriormente dictó el DNU 329/20 por el que se prohibieron los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor y las suspensiones por idénticas causales (con excepción de las dispuestas en los términos del art. 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo), estableciendo que lo que se dispusiese en violación a lo previsto no producirá efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales. Este decreto fue prorrogado por el DNU 487/20, y cuando se escriben estas líneas se estaría por prorrogar una vez más.

La prohibición de despedir en el marco de la pandemia importaría en los hechos la consagración –aunque más no sea temporariamente y en los especiales supuestos previstos en el DNU– de la estabilidad laboral propia<sup>5</sup>, o cuando menos una excepción al sistema de estabilidad impropia<sup>6</sup>, para muchos trabajadores del país que no gozaban de ella, dado que según lo dispuesto en el artículo 14 bis del texto constitucional nacional, sólo la tienen reconocida los trabajadores públicos y los representantes gremiales.

<sup>3</sup> Publicado en Boletín Oficial de la Nación en fecha 12.3.2020.

<sup>4</sup> «Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública», publicada en el Boletín Oficial de la Nación en fecha 23.12.2019.

<sup>5</sup> MACHADO, JOSÉ DANIEL, «Apuntes para un borrador sobre las primeras impresiones acerca del DNU 329/2020», RC 1506/2020.

<sup>6</sup> DE DIEGO, JULIÁN A., «El despido y la reincorporación en el período de prohibición en el escenario del coronavirus», La Ley 27/05/2020, AR/DOC/1737/2020.



<sup>7</sup> FERNÁNDEZ MADRID, JUAN CARLOS, «Tratado Práctico de Derecho del Trabajo», Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, T. 1, pág. 590.

Ello significaría ni más ni menos que si el empleador dispone el despido o la suspensión de algún dependiente en infracción a la normativa aludida, el trabajador afectado podrá reclamar, con amparo en el principio de estabilidad propia, o la reinstalación en su puesto de trabajo o bien el restablecimiento de las modalidades del vínculo ilegítimamente modificadas; puede añadirse al respecto el amparo que emerge de los principios de indemnidad y de irrenunciabilidad como límite al juego de la propia voluntad, que también tutelarían de modo eventual al dependiente.

En este aspecto debe recordarse la imperatividad legal que robustece el marco de la pandemia y proviene del orden público laboral, que se encarga de tutelar los derechos de la persona que aparece como hiposuficiente en una relación de índole laboral; protección que emerge del texto constitucional y es descripta por Fernández Madrid como «el conjunto de normas imperativas (de ley o de convenio colectivo) que se imponen a la voluntad de las partes en tanto éstas no establezcan condiciones más favorables al trabajador»<sup>7</sup>.

#### **4. Necesidad de previsión legislativa**

El aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el PEN a través del antes referido DNU 297/2020, implicó en los hechos un masivo desplazamiento del trabajo presencial y su reemplazo por el telemático en los casos en los que ello era posible –desde luego, no todas las actividades son aptas para ello, como por ejemplo las que requieren tareas de manufactura–.

Lógica consecuencia de dicho éxodo fue el empleo o incremento en el uso de tecnologías de comunicación y de información para su cumplimiento desde el domicilio del trabajador, con el consiguiente impacto en su ámbito privado y sus efectos en la órbita personal y familiar.

Por su parte, también trae aparejada la modificación de ciertos hábitos arraigados en el sentido de que por herencia cultural de la sociedad industrial

en la escala de valores personales y grupales es usual otorgar prelación al tiempo de trabajo remunerado por sobre el empleado en cualquier otro orden de la vida.

Podría afirmarse que, como sucedía mayoritariamente hasta antes de la pandemia, el trabajo se desarrollaba en las instalaciones del empleador, implicaba que en los hechos los dependientes distinguían claramente entre su desempeño laboral y su actividad personal y privada, ahora con esta novedosa circunstancia esa línea se torna difusa y se entremezclan ambas actividades; máxime cuando también por efecto de la situación epidemiológica se dispone la suspensión de las clases y por ende la concurrencia a los establecimientos educativos, así como también se prohíbe la asistencia a los lugares de cuidado de personas y se impide la prestación de servicios del personal de casas particulares.

Tal situación suele generar en el trabajador la sensación de que «vive» trabajando, y a la par le exige adecuar su ámbito personal y familiar a las necesidades de su desempeño laboral, debiendo mayoritariamente improvisar en su diagramado u organización, al igual que acaece con la dirección correspondiente a la empleadora, pues en nuestro país no se cuenta con herramientas legislativas que contemplen las situaciones referidas ni se ha pasado la experiencia de haber tenido que afrontar situaciones similares con anterioridad.

Dicho ello, claro está, sin prescindir de su abordaje desde una óptica diferente con relación a los valores y principios emergentes de las distintas fuentes de la rama del derecho que nos rige, que se dio sobre todo a partir de la reforma constitucional de 1994 y el «bloque de constitucionalidad» como la doctrina ha denominado al otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos mencionados en el art. 75 inc. 22) de la Constitución Nacional.

Situación que se vio reflejada a partir de distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 2004 y cuyas doctrinas fueran segui-

<sup>8</sup> Por todos, recordar los trascendentales e históricos pronunciamientos de la CSJN en «Aquino» (Fallos: 327:3753), «Castillo» (Fallos: 327:3610), «Milone» (Fallos: 327:4607) y «Vizzoti» (Fallos: 327:3677).

<sup>9</sup> Art. 24 de la Declaración Universal de derechos Humanos, y art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>10</sup> «La protección del derecho a la propia imagen del trabajador», Informe Argentino a las XX Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sección Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Colonia, 2017.

das casi invariablemente por los tribunales inferiores, y que de algún modo puso énfasis en la argumentación de los pronunciamientos jurisdiccionales desde las previsiones del Derecho Internacional y a partir de él la valoración de la constitucionalidad de las normas de fuente interna<sup>8</sup>.

Esta perspectiva pone el acento sobre distintas normas de orden internacional que además de ser fuente de derecho resultan orientadoras de la normativa en el orden interno y en su control de constitucionalidad por los distintos órganos jurisdiccionales.

A mero título ejemplificativo y en lo que aquí resulta de interés, puede referirse que la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 23 prescribe que todo trabajador tiene derecho a una remuneración justa y satisfactoria, que garantice a él y a su familia una existencia con dignidad humana, e igual remuneración por igual tarea; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 7 que las mujeres tienen derecho a condiciones de trabajo no inferiores a los hombres; y ambos contemplan el derecho a una jornada de trabajo limitada<sup>9</sup>.

En esta orientación se observan teorías que postulan la conceptualización de los textos constitucionales como normas de operatividad jurídica, promoviendo e impulsando su aplicabilidad plena, directa y sin restricciones<sup>10</sup>.

Resulta de extrema necesidad el dictado de normas internas que atiendan a las reales necesidades de la situación que se padece ya que, no basta ni resulta suficiente la sola traspolación a los hogares de los trabajadores de las instituciones legales tradicionales que se implementan en las empresas de las que dependen laboralmente.

La traslación de las normas de la Ley de Contrato de Trabajo sin más, que dada su antigüedad resultan hasta difíciles de aplicar en la actualidad en las propias dependencias del empleador, tanto más habría de dificultarse en los domicilios particulares de los trabajadores dependientes, debiendo entonces la diagramación legislativa enfocarse en las especiales particularidades

actuales, que si bien desde un ligero análisis aparecerían como coyunturales, tomando una perspectiva algo más abisal se contaría con elementos suficientes para presumir que habrán de trascender la actualidad y por ende se proyectarán en el tiempo, dada la eventualidad ahora más palpable de nuevas pandemias y el inexorable avance de la tecnología.

En tal contexto, la evitación del contacto directo entre las personas reales, que al decir del filósofo Han era cada vez más consecuencia de la eficiencia y la comodidad de la comunicación digital<sup>11</sup>, mutó en imperiosa necesidad para evitar o para atemperar los nocivos efectos de la pandemia.

Desde luego, el modo de ejecución de las tareas habrá de ser distinto, así como diferente será el ejercicio de las potestades del empleador, entre ellas las de dirección y de control, pudiendo afirmarse al respecto que indudablemente la jornada de trabajo tradicional tal como está diagramada legal y convencionalmente habrá de sufrir lógicas modificaciones, habilitando a suponer que se tenderá más bien hacia la consecución de resultados productivos que al estricto cumplimiento de horarios, sobre todo en situaciones en que la subordinación en su faceta técnica no es ni tan evidente ni tan necesaria.

## **5. Medidas adoptadas en el Poder Judicial de la Provincia con repercusión en el fuero laboral**

En el específico ámbito en que se lleva a cabo la labor jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe ha ido adoptando distintas medidas, plasmadas a través de actas de acuerdos del Alto Cuerpo jurisdiccional y de resoluciones de la Presidencia<sup>12</sup> para afrontar la novedosa situación sanitaria.

Así, y haciendo un breve resumen de ellas, en cuanto a su incidencia en el fuero laboral, se observa que inicialmente la Presidencia de ese alto órgano jurisdiccional emitió la resolución 262, de fecha 13.3.2020, por la que adhirió al antes referido DNU 260/20 del Poder Ejecutivo Nacional e instruyó a la Secretaría de Gobierno a los fines de que coordine las medidas que co-

<sup>11</sup> BJUNG-CHUL HAN, «En el enjambre», 1ª edición, 6ª impresión, Herder, Lanús, Argentina, 2019, pág. 42.

<sup>12</sup> Las actas de acuerdos y las resoluciones de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe en el marco de la pandemia del coronavirus COVID-19 pueden ser consultadas en el sitio *web* [www.justiciasantafe.gov.ar](http://www.justiciasantafe.gov.ar).

rrespondan para hacerlo efectivo, preservando al máximo posible la normal prestación del servicio de justicia.

Mediante Acta N° 8 del 16.3.2020, la Corte dispuso suspensión de los plazos procesales en las cinco Circunscripciones Judiciales de la Provincia desde el 17 de marzo, suspendió cursos de capacitación, otorgó licencia a todos los agentes comprendidos en grupos de riesgo, dispuso extremar recaudos en orden a mantener debidas condiciones de higiene y limpieza, y hacer saber lo decidido a los fines de reducir la concurrencia y aglomeración de personas y que de ser posible se gestione por vía telefónica o electrónica.

En fecha 17.3.2020 mediante Resolución 270 el Presidente de la Corte dispuso la suspensión de todas las audiencias en el período que indicó, con excepción de las que a criterio de los magistrados podrían provocar la vulneración o la pérdida irreparable de derechos para alguna de las partes o un perjuicio cuya magnitud justificase hacer lugar a la excepcionalidad; concedió licencia a ciertos agentes judiciales; suspendió el servicio de certificaciones, salvo casos de urgencia debidamente acreditados.

Por Resolución 280 del 18.3.2020 la Presidencia dispuso la concesión de licencia a todos los pasantes y practicantes, en las condiciones a que refirió.

A través de Acta de Acuerdo N° 10, del 19 de marzo, la Corte dispuso receso administrativo desde esa fecha hasta el 31 de marzo e instruyó a la Secretaría de Gobierno para que instrumente un servicio de guardias mínimas a fin de garantizar la debida prestación del servicio de justicia, y que el resto de los magistrados, funcionarios y agentes estuvieran a disposición del órgano en funciones; que la función de Certificaciones fuese prestada por los Juzgados que se desempeñen en las referidas guardias mínimas; así como recomendar enérgicamente a profesionales y público en general la importancia de reducir la concurrencia y permanencia de personas en el ámbito de los Tribunales.

En fecha 27.3.2020, mediante Resolución 306, el Presidente de la Corte dis-

puso la prórroga del receso por igual plazo que en el futuro dispusiera el P.E.N. en relación con el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido en el DNU 297/20; que las condiciones de prestación del servicio de justicia se mantendrían conforme el Acta 10 antes referida; que las medidas cautelares en materia de familia se mantendrán salvo revisión jurisdiccional; y recomendó la importancia de reducir la concurrencia y permanencia de personas en el ámbito tribunalicio.

Luego la Presidencia solicitó a las Presidencias de Cámaras de Apelación de las cinco Circunscripciones, mediante resolución 308, del 1.4.2020, que exhorten a los órganos jurisdiccionales bajo su dependencia para que dentro del marco de aislamiento materialicen esfuerzos tendientes a revertir las situaciones de atraso que pudieran existir en relación a providencias, resoluciones y sentencias pendientes; se asegure el libramiento de órdenes de pago en distintas cuestiones, a la vez que requirió a las entidades bancarias correspondientes la adopción de medidas para su cumplimiento.

Por Acta 11, de fecha 14.4.2020, entre otras cuestiones la Corte amplió el esquema de prestación de servicios –entre ellos el de competencia laboral–.

Mediante Resolución 370, del 29.4.2020, la Presidencia de la Corte mantuvo el receso y –en lo que aquí interesa– aclaró que entre las materias habilitadas para la guardia mínima del fuero se hallaba el pago de honorarios profesionales ya regulados.

Por Acta 13, del 5.5.2020, la Corte amplió el ámbito de aplicación del sistema de notificaciones electrónicas desde el 11.5.2020, e incrementó el número de magistrados en la guardia de la Cámara Laboral –además de la Civil y Comercial–; también habilitó un sistema de turnos para distintos trámites presenciales.

A través de Acta N°14 de fecha 13.5.2020, el más Alto Tribunal dispuso para las dependencias no incluidas en los agrandes aglomerados urbanos la reanudación de plazos procesales suspendidos a partir del 26 de mayo y

la celebración de audiencias desde el 1 de junio; amplió el funcionamiento del sistema de notificaciones electrónicas, con excepción de las unidades de grandes aglomerados; y estableció el horario de trabajo para los turnos matutino y vespertino.

Por Acta N° 15, del 27 de mayo, se mantuvieron las anteriores decisiones y en lo que interesa al presente se ampliaron los temas por materias, habilitando la reanudación de trámites, sustanciación y resolución de causas en las Cámaras de Apelación de los grandes aglomerados urbanos de la Provincia.

Finalmente, mediante Acta de Acuerdo N° 16, del 10 de junio, la Corte dispuso el cese del receso judicial a partir del 12 de junio en los distritos de los grandes aglomerados urbanos; reanudar plazos procesales desde el 18 de junio y la celebración de audiencias desde el 29 de junio; a su vez, puso en funcionamiento el sistema de notificaciones electrónicas con firma digital para todas las unidades de los «grandes aglomerados» desde el 18 de junio; dejó sin efecto el esquema de guardias; diagramó horarios de atención al público de las distintas unidades jurisdiccionales entre el turno matutino y el vespertino.

Asimismo, en lo que resulta de interés, la Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario emitió sugerencias dirigidas a los órganos jurisdiccionales bajo su órbita funcional a los fines de adecuar el servicio al contexto de la emergencia sanitaria, con el afán de preservar la salud de los integrantes del Poder Judicial, los auxiliares de justicia, los justiciables y el público en general, y de garantizar la más adecuada prestación posible del servicio de justicia en el fuero laboral.

En tal sentido, se dictaron los Acuerdos de Cámara N° 2, 3 y 4.

El Acuerdo 2, de fecha 28 de mayo de 2020, sugirió a los órganos jurisdiccionales de primera instancia el dictado de sentencia en los casos en que se recepcionase *e-mail* solicitando su dictado y las actuaciones se hallaran en estado de hacerlo.

Por Acuerdo 3 de fecha 17 de junio, la Cámara de Apelación en lo Laboral, ya habiéndose emitido el Acta 16 de la Corte Suprema de Justicia antes mencionado, propuso a este Alto Cuerpo la cobertura horaria intermedia de personal del fuero, a la par que sugirió a los órganos de primera instancia distintas medidas tendientes a un mejor y más eficaz servicio de justicia en la situación padecida.

Por último, el Acta de Acuerdo N°. 3 de la Cámara, de fecha 25 de junio, ante la situación de desmesurado crecimiento de actuaciones en el fuero (con sus previsibles implicancias) desde la instauración del esquema del Acta 16 de la Corte Suprema de Justicia, requirió al Máximo Tribunal la adopción de distintas medidas relacionadas con la proporcionada provisión de recursos humanos, materiales e informáticos, a los fines de la adecuada prestación del servicio de justicia.

A este respecto, debe destacarse el endémico déficit en la ciudad de Rosario de un número de Juzgados con competencia en materia laboral acorde a las reales necesidades del servicio de justicia, en comparación con el caudal laboral de otros fueros de la ciudad, del mismo fuero en otras latitudes provinciales e incluso de otras ciudades del País, que cuentan con un número de órganos jurisdiccionales más proporcionado con la cantidad de litigios o al número de habitantes (potenciales litigantes); sin perjuicio de ello, es de toda justicia destacar y reconocer los loables esfuerzos desplegados a diario, en forma continuada y desde hace ya varios años, por los Magistrados, Funcionarios y empleados del fuero.

## **6. El uso de medios tecnológicos en el proceso laboral**

Una cuestión que reviste interés es el modo a través del cual se llevan a cabo los distintos actos y diligencias procesales, pues antes del estallido de la pandemia, no eran muchos los que podían realizarse a distancia.



<sup>13</sup> La ley provincial 13.840 fue promulgada el 7 de enero de 2019.

<sup>14</sup> Sobre la implementación de la notificación electrónica, ver Pastorino, Eduardo Enrique «Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe Comentado», *Juris*, Rosario, junio de 2020, pág. 52.

<sup>15</sup> Sistema informático de gestión integral del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe.

<sup>16</sup> El sistema de notificaciones por medios electrónicos se encontraba ya funcionando a modo de prueba piloto en la propia Corte Suprema, para los expedientes en trámite en la Secretaría Técnica.

Con la reforma mediante ley 13.840<sup>13</sup> se incorporó al texto del Código Procesal Laboral –en el capítulo IV, correspondiente a Notificaciones– la habilitación para la notificación por medios electrónicos, telefónicos o informáticos en su artículo 24<sup>14</sup>, a la vez que se introdujo –en el Capítulo V, Expedientes– el artículo 29 bis, mediante el que se faculta a la Corte Suprema de Justicia a reglamentar la implementación gradual del expediente electrónico, de firma digital, de comunicaciones electrónicas y de domicilio electrónico constituido, en todos los procesos judiciales y administrativos, otorgándole idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes jurisdiccionales.

Allá por junio del año 2010 y en el contexto del Proyecto de Modernización e Informatización Integral del Poder Judicial Santafesino, la Corte Suprema puso en funcionamiento un sistema digital de gestión de expedientes, que inicialmente fue denominado «IURIX» y desde el año 2016 pasó a llamarse «SISFE»<sup>15</sup>, permitiendo el soporte digital de distintas constancias que integran el expediente tradicional con soporte papel. Por este medio los distintos operadores judiciales pueden acceder *on line* a distintos actos y diligencias procesales, tales como escritos de parte y de otros operadores, constancias documentales, y providencias, resoluciones interlocutorias y sentencias emanadas de los órganos jurisdiccionales, que se hallen escaneados e incorporados al sistema.

Por Acta Acuerdo 22, del 11.6.2019 se habilitó la aplicación «SISFE – Autoconsulta de expedientes» para los dispositivos móviles de telefonía celular con sistema operativo Android, a partir del 1.7.2019.

Por otra parte, mediante Acta de Acuerdo N° 7, del 7.3.2019, La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe reglamentó el sistema de notificaciones por medios electrónicos, extendiéndolo<sup>16</sup> a los casos en que las notificaciones electrónicas se encuentren establecidas por la legislación vigente, como aquellos casos en que la Corte Suprema lo disponga mediante acordada (artículo 1 del reglamento respectivo) y, en lo que aquí es de interés, comenzó a aplicarse en las Cámaras de Apelación en lo Laboral de las Circunscripciones 1 (Santa Fe) y 2 (Rosario) desde marzo del año 2019, y

durante la situación sanitaria actual, y tal como antes se refirió, la Corte la habilitó para los órganos jurisdiccionales de primera instancia.

Por Acta de Acuerdo N° 15 –a que antes se aludiera–, del 27.5.2020 se habilitó la utilización de *e-mails* con firma digital, firma electrónica, o simple correo electrónico como medio para la presentación de escritos en los temas por materia contemplados allí –entre ellos, cabe mencionar con relación al fuero Laboral lo que tramitaba en Segunda Instancia–.

Y mediante Acta de Acuerdo N° 16, del 10.6.2020 la Corte Suprema –entre otras cuestiones– habilitó la presentación digital de demandas.

Medidas todas, que se orientan en el afianzamiento de la informatización de las actuaciones y que revelan el claro propósito de adecuarse al marco de emergencia y a los avances tecnológicos.

Mas allá de ello, además de la progresiva digitalización de las constancias de los expedientes en soporte papel, se evidencia tanto la premura en suplir la comunicación presencial por la remota, como la de incorporar a través de modos informáticos o digitales la voluntad de los sujetos intervinientes en un proceso, sus manifestaciones de consentimiento, etc.; en suma, la posibilidad de capitalizar para un proceso aquello que acontezca en comunicaciones a distancia a través de medios digitales hoy se ha convertido en una imperiosa necesidad.

Y al respecto, si bien se vienen produciendo notables transformaciones en la forma de comunicarse, pues desde hace años y hasta décadas la tecnología y la informática vienen en más o en menos modificando la forma de relacionarse individualmente y en definitiva en la vida en sociedad, la obligatoriedad de aislamiento y/o distanciamiento generada por la actual situación sanitaria hace que estos cambios deban acentuarse.

Pues bien, en los juicios laborales, ante la necesaria distancia a mantener entre los distintos sujetos, y siendo que el desarrollo procesal exige la reali-

zación de distintas audiencias (de trámite –que incluye conciliación, absolución de posiciones y reconocimiento de documental–, testimoniales, de conciliación y eventual alegación; de reconocimiento de documental por terceros), las herramientas que proporciona la tecnología pueden resultar útiles a los fines de satisfacer los cuidados exigidos por la situación de pandemia.

Salvados los escollos relacionados con la verificación de la identidad de los concertantes y demás notas de seguridad, las videoconferencias aparecen como un mecanismo que permitiría lograr el cometido de celebrar audiencias desde lugares remotos. Entre los más usuales pueden mencionarse las plataformas *Zoom*, *Skype*, *Jitsi*, *Google Meet*, etc.

Y si bien pueden aparecer razonables dudas acerca del modo en que lo acontecido a través de ellas reuna los recaudos de seguridad exigibles, se cree que podrían superarse a través de la debida medida, el celo en los controles pertinentes y la posibilidad de su almacenamiento a través de archivos de video, dejando registro audiovisual según se trate de capitalizar la prueba que mediante ella se lleve a cabo o de plasmar el intercambio de voluntades producido, a través de la propia plataforma o mediante el empleo de otros *softwares* para capturar y conservar ese contenido, sea a través de aplicaciones de grabado o de dispositivos electrónicos que tienen incorporada esa función.

Todo ello, desde luego, con el debido consentimiento de las partes intervinientes, la necesaria confidencialidad y el cuidado de la privacidad, debiendo al respecto recordarse el impedimento de violar la garantía de confidencialidad que contempla el artículo 318 del Código Civil y Comercial.

## **7. Desafíos relacionados con el trabajo en la pandemia**

Resulta de imperiosa necesidad la adopción de medidas que además de tender a evitar los contagios del virus, garanticen los ingresos de los sectores más vulnerables de la población, las condiciones laborales de quienes

se desempeñan en relación de dependencia y la conservación del empleo, además de proteger la actividad económica y evitar el cierre de empresas.

Con relación a los trabajadores, se impone el trabajo a distancia, y cuando ello no fuera posible la diagramación de horarios de trabajo escalonados o fragmentados, la debida previsión o ampliación legislativa que contemple licencias por enfermedad remuneradas para los trabajadores que sean aislados o puestos en cuarentena o que presenten síntomas de contagio; asimismo, la necesaria orientación a través de medios tecnológicos que brinde asesoramiento adecuado en materia de salud y de seguridad.

En cuanto a la conservación del empleo y de los ingresos, deberían generarse convenios sobre reducción horaria, promover la conservación de puestos de trabajo a través de préstamos o subsidios a los empleadores; ampliar las prestaciones por desempleo o de asistencia social.

Y en lo relacionado con el fomento de la actividad económica, que habrá lógicamente de repercutir en la demanda de mano de obra, participo de la idea de que es menester brindar apoyos financieros a tasas de interés preferenciales, y estímulos de orden fiscal tales como exenciones o postergaciones en las obligaciones tributarias.

## 8. Conclusiones

Para finalizar, y sin soslayar la relevancia del aspecto económico de la crisis que deriva de la pandemia, no puede prescindirse de que nuestro Máximo Tribunal destacó que la disciplina laboral «muestra una especificidad que la distingue de muchos otros vínculos jurídicos, puesto que la prestación de una de las partes, el trabajador, está constituida por la actividad humana, inseparable e indivisible de la persona del hombre y, por tanto, de su dignidad» (CSJN, «Pérez, Anibal Raúl c. Disco SA»<sup>17</sup>), lo que lo convierte en un sujeto de preferente tutela jurisdiccional (CSJN, «Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA SA»<sup>18</sup>).

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 332:2043.

<sup>18</sup> Citado en Nota 9.

Debe considerarse que si normalmente el ejercicio de ciertas atribuciones empresariales suelen lesionar la esfera de intereses de los trabajadores, tanto más podría hacerlo en el actual contexto de crisis tanto sanitaria como económica, por lo que el Estado en su rol legisferante deberá procurar los mecanismos legales adecuados, contemplando la puesta en marcha o el mejoramiento del trabajo a distancia y el aseguramiento de apropiadas decisiones en materia de seguridad y sanitaria, y en su función jurisdiccional aplicarlos de modo de atemperar las negativas consecuencias que necesariamente habrán de afectarlos.

Se necesitan especiales medidas para proteger a los miles de trabajadores de la salud, de la asistencia sanitaria, de los servicios esenciales, de los medios de transporte, que cada día arriesgan su propia salud por la preservación de la de todos.

En el escenario sanitario actual no resultaría razonable el estricto apego a la normativa procesal, debiendo procurarse hallar los mecanismos que mejor se adecuen al hallazgo de la justicia en cada caso concreto, mas sin prescindir del interés común de la sociedad toda.

Por otra parte, en estos tiempos no puede prescindirse de que los derechos humanos a la vida y a la salud gozan de preferencia sobre cualquier finalidad de índole lucrativa o económica, por lo que en el cenit del vínculo laboral debe primar el viejo enunciado de la Ley de Contrato de Trabajo que refiere a que las partes del vínculo de dependencia deben comportarse con criterio de buena fe y ajustarse a pautas de colaboración y de solidaridad.

En suma, debe prevalecer como guía de las acciones que se lleven a cabo y de las decisiones que al respecto se tomen en los distintos órdenes institucionales el cometido final de justicia social. ■



# TELETRABAJO Y PANDEMIA (UN VIRUS QUE DEJÓ AL TRABAJADOR EN SU CASA)

**DRA. PATRICIA L. OTEGUI**

JUEZA DE PRIMERA INSTANCIA DE DISTRITO EN LO LABORAL DE LA 6ª NOMINACIÓN DE ROSARIO



## Ley N° 27.555 REGIMEN LEGAL DEL CONTRATO DE TELETRABAJO

### ANTECEDENTES

El antecedente legislativo más relevante para la recién nacida **Ley de Teletrabajo**, lo constituye la **Ley N° 25.800** sancionada por el Congreso Nacional en noviembre de 2003. Esta ley aprobó el Convenio N° 177 sobre trabajo a domicilio, adoptado en la 83 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

El instrumento, define normativamente: a) trabajo a domicilio: el que se realiza en el domicilio del trabajador o en otro lugar distinto del empleador; b) objeto: para elaborar bienes o prestar servicios; c) trabajador: quien realiza la tarea, a cambio de una remuneración, sin la autonomía ni independencia

económica necesarias para ser considerado trabajador independiente, ya sea por ley o por decisión judicial; d) **empleador**: persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, da trabajo a domicilio por cuenta de su empresa.

Como veremos más adelante, el teletrabajo diseñado por la ley 27.555 es un subtipo del trabajo a domicilio, pues, participa de todas las notas esenciales antes mencionadas, pero, además, debe desarrollarse necesariamente con el uso de la tecnología informática y de las comunicaciones (TIC)

Volviendo al año 2003, en el marco del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (MTSS) se creó la «Comisión de Teletrabajo», específicamente orientada a aprehender esta sub-especie de trabajo a domicilio o –más adecuadamente– «trabajo a distancia». La comisión fue conformada interdisciplinariamente por funcionarios públicos, académicos, especialistas informáticos, y otros actores sociales. En el año 2007, esta comisión elaboró el primer esbozo normativo del fenómeno, definiendo al teletrabajo en casi idénticos términos que fueron luego plasmados legislativamente en la Ley N° 27.555.

Se considerará teletrabajo: *«la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los artículos 21 y 22 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, en las que el objeto del contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de tecnología de la información y de las comunicaciones (TIC); y al teletrabajador: «a toda persona que efectúa teletrabajo según la definición anterior».*

Algunos años después, en el año 2012, siendo una realidad creciente el desarrollo de tareas subordinadas bajo la modalidad «a distancia» (especialmente en la actividad privada) el MTSS dicta la **Resolución N° 147/12** de creando la «Coordinación de Teletrabajo». En dicha resolución el Ministerio encomienda a la Coordinación: *«Proponer a la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (SRT), modificaciones a la Ley de Riesgos del Trabajo de mo-*



*do de incorporar las nuevas enfermedades y accidentes que se generen como consecuencia del teletrabajo y generar en forma conjunta un Manual de Buenas Prácticas en materia de Teletrabajo».*

Esta encomienda motivó que la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO emitiera la **Resolución N° 1552/12** (vigente desde el 01/11/2012) estableciendo –siempre dentro del ámbito de la prevención de accidentes y enfermedades profesionales– nociones de teletrabajo, lugar de desarrollo del teletrabajo, obligación de registro de esta modalidad laboral y obligación de provisión de elementos de higiene y seguridad para los teletrabajadores, además de recomendar al organismo respectivo, elaborar listado de enfermedades profesionales causadas por el teletrabajo.

Cabe mencionar que la propia resolución hace hincapié en la ausencia de una regulación legal para este nuevo modo de organización del trabajo y declara necesario contar con un marco jurídico adecuado para su adopción.

Al año siguiente, el mismo ministerio, dictó la **Resolución N° 595/2013** creando el PROPET (Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo) con el objetivo promover, facilitar y monitorear la aplicación de la modalidad de Teletrabajo en empresas del sector privado

Transcurrieron siete años sin mayor abordaje estatal sobre la temática, hasta que a principios de este año 2020, vigente de la ley de emergencia nacional N° 27541 de diciembre 2019 y el DNU 260/20 del PEN (motivado en la Pandemia del Covid-19) una vez más, el MTSS, emite la **Resolución 21/2020** en línea con las medidas sanitarias de aislamiento social adoptadas para mitigar la propagación del coronavirus. Los fundamentos de la resolución expresan la necesidad de limitar la concentración de personas y la utilización del transporte público mientras dure el estado de emergencia, por lo que se aconseja a los empleadores disponer que algunas de las prestaciones laborales desarrolladas por los trabajadores y trabajadoras bajo su dependencia, se realicen en los domicilios particulares de estos últimos.

La resolución establece que aquellos empleadores que habiliten el trabajo a distancia, deben denunciar la nómina de los teletrabajadores a las ART res-

pectivas. Pero, es necesario señalar, que la norma exceptúa (sin expresión de fundamentos) a los empleadores de cumplir con las obligaciones de provisión de elementos y recursos de seguridad laboral necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales, oportunamente establecidos por la Resolución 1552/13.

**Finalmente, el 14 de agosto de 2020 se publicó en el Boletín Oficial de la Nación Argentina la Ley N° 27.555**

#### BREVE ANALISIS DE LA NORMA:

Conformada por un limitado número de artículos, la ley declara que su objeto es establecer los «presupuestos legales mínimos» para la regulación de la modalidad de Teletrabajo.

Sin embargo, a renglón seguido, la misma norma deriva a una futura «ley especial» la regulación de los «presupuestos legales mínimos del contrato de teletrabajo», arrojando así oscuridad sobre su hermenéutica. También pone en cabeza de la autoridad de aplicación (MTSS) la reglamentación sobre los sistemas de control y las regulaciones específicas para cada actividad, a las negociaciones colectivas de empleadores y trabajadores.

Incorpora a la Ley de Contrato de Trabajo N° 20744, dentro del Título III «De las modalidades del Contrato de Trabajo» el siguiente artículo:

*«**Artículo 102 bis:** Concepto. Habrá contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación. Los presupuestos legales mínimos del contrato de teletrabajo se establecerán por ley especial. Las regulaciones específicas para cada actividad se establecerán mediante la negociación colectiva respetando los principios de orden público establecidos en esta ley».*

La ley traza lineamientos básicos: forma escrituraria del contrato; equiparación de derechos del teletrabajador con el trabajador presencial; voluntariedad del trabajador para desarrollar tareas en forma remota; tiempo de trabajo y habitualidad; provisión de equipamiento, capacitación y reintegro de mayores gastos; reversibilidad; compatibilidad del teletrabajo con tareas de cuidado; facultad de monitoreo de las tareas con resguardo del derecho a la intimidad del teletrabajador; derecho a la desconexión digital; garantía de derechos de naturaleza colectiva; protección de la información digital; ley aplicable.

En diversos artículos, se alude a la expresión «por escrito», sin ofrecer mayores precisiones, ni establecer sanciones en caso de su no cumplimiento. Vale recordar que en el régimen de la LCT las sanciones por incumplimientos a obligaciones legales siempre están dirigidas al empleador, lo que haría suponer que la sanción en caso de incumplimiento a este requisito formal, podría ser establecida por la futura ley especial de mención, ya sea en lo referente a la faz probatoria del contrato, ya sea en la aplicación de la ley N° 25.212 sobre régimen general de sanciones por infracciones laborales u otras leyes especiales concurrentes.

El pacto previo por escrito está establecido en la ley para la jornada laboral. Es oportuno recordar que el régimen general del contrato de trabajo adoptó, como regla para definir los límites de la jornada, el tiempo en que el trabajador se encuentre a disposición del empleador, impactando ello en sus contornos máximos y en la cuantificación de la remuneración.

La novedad que introduce la ley es que la jornada laboral podría convenirse como una combinación de «horas» y de cumplimiento de «objetivos». No debería confundirse el alcance del concepto «objetivos» con una versión del trabajo por rendimiento o «a destajo».

El teletrabajo no confronta con los límites de la jornada laboral de las leyes vigentes ni con las reglas generales antes mencionadas, pues, por una vertiente, no lo dice la ley y, por otra vertiente, el tiempo en que el teletrabajador –sin culpa de su parte– se vea impedido de ejecutar la tarea y, por ende, de alcanzar los «objetivos» (sea porque falló la conectividad, o porque

deban ser reparados los elementos de trabajo por el uso normal, etc.) debe igualmente ser considerado fuerza de trabajo a disposición del empleador y, obviamente, remunerado.

También la jornada laboral incluiría el tiempo dedicado a la «capacitación», que el art. 11 de la norma, garantiza al teletrabajador y pone a cargo de su empleador. Ello es así, pues esta capacitación para el uso de las herramientas informáticas y de las comunicaciones no «debe» suponer una mayor carga de trabajo. Se deduce razonablemente, que esta formación o entrenamiento debería ser recibida dentro de la jornada normal de trabajo.

La dificultad será congeniar el límite de la jornada legal según las leyes vigentes (Ley 11544, su decreto reglamentario y –en su caso– lo dispuesto por convenciones colectivas de cada actividad) con esta variante de la jornada del teletrabajador. Especialmente, en el entendimiento de que el teletrabajo –en general– se organiza y efectúa vinculando «grupos» de trabajo, en muchos casos, de distintas regiones o países, donde los husos horarios no se corresponden con los de la Argentina. No cabe duda de que la adecuación de la extensión de la jornada, deberá ajustarse a los límites legales para no afectar el orden público laboral.

Enlazado con la temática anterior, la norma prevé el «derecho a la desconexión digital». El teletrabajador tendrá derecho a no ser contactado y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias.

Es curioso, que la norma exprese que el dependiente «*no podrá ser sancionado por hacer uso de este derecho*» cuando es un principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico general, que nadie puede ser penado por el ejercicio regular de un derecho establecido por ley.

También es llamativo que –con notoria obviedad– la ley enfatice que «*el empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral*», cuando la noción misma del «derecho a la desconexión digital» lleva ínsita dicha prohibición al empleador.

Tampoco la norma prevé sanciones por violar la prohibición. Esta ilícita conducta podría encuadrar en la ya mencionada Ley N° 25212 configurando una falta grave.

Se prevé también que la jornada laboral deberá compatibilizarse con las tareas de cuidado, para quien se encuentre a cargo, en forma única o compartida, del cuidado de personas. Es decir, se admite la posibilidad de pactar horarios en función de que ambas tareas no se superpongan o que pueda interrumpirse la jornada.

Podríamos pensar que cuando la norma expresa «en forma... compartida» remite a una concepción moderna del sujeto responsable de las tareas de la vida familiar, es decir, con perspectiva de género; donde el cuidado de personas (tradicionalmente a cargo de las mujeres) hoy debe ser satisfecho por cualquier persona, independientemente de su sexo y proporcionalmente repartida la carga que dicho cuidado demande (vgr. entre los integrantes de una pareja o grupo familiar).

Para que pueda operarse el cambio de modalidad presencial a modalidad remota, necesariamente se debe contar con el consentimiento por escrito del trabajador. La ley lo denomina «voluntariedad».

Sólo en casos de fuerza mayor debidamente acreditada (cuya prueba correrá en cabeza del empleador), y si la actividad resulta posible, se puede prescindir de la voluntad del dependiente presencial para teletrabajar.

El consentimiento prestado oportunamente por un trabajador presencial para teletrabajar, puede ser revocado. La ley lo denomina «reversibilidad».

Tal vez este sea uno de los ítems más criticados de la norma por el sector empresarial, pues la reversibilidad es facultad exclusiva del trabajador, sin que la ley le exija exponer razones que la justifiquen, ni límites temporales para ejercerla. Más allá de los diferentes reproches sectoriales que pueda merecer el dispositivo, la futura ley especial podría establecer un período de caducidad para el ejercicio de la reversión, ponderando principios de seguridad jurídica, estabilidad y previsibilidad de los contratos, y evitando es-

pecialmente, el abuso de derechos, dada la ausencia de límites temporales y de obligación de justificar la reversión.

Porque no puede soslayarse que la ley, en caso de reversión, pone en cabeza del empleador, la obligación de otorgar tareas en el establecimiento donde se hubieran prestado anteriormente, o en su defecto, en el más cercano al domicilio del dependiente, en el cual puedan ser prestadas.

Si bien se establece la excepción (imposibilidad de cumplimiento del deber por motivos fundados) lo cierto es que no será fácil para el empleador sortear con éxito la prueba de la justificación del incumplimiento, en atención a que la norma, dispone expresamente una severa consecuencia legal: considerar la negativa como falta al deber de ocupación (art. 78 LCT); circunstancia que habilita la posibilidad de accionar conforme las opciones previstas en el art. 66 LCT. El trabajador podrá, a su elección, demandar judicialmente el restablecimiento de las condiciones del trabajo en forma presencial, o bien, considerar disuelto el contrato de trabajo, aparejando ello la obligación del pago de indemnizaciones legales sistémicas de la LCT y otras indemnizaciones por mayores daños y perjuicios que pudieran irrogarse previstas en leyes especiales o por el derecho común de daños.

La reversibilidad no está prevista para los contratos que inicialmente se concertaron como teletrabajo.

En cuanto a la provisión de elementos para desarrollar el trabajo remoto (hardware, software, provisión de conectividad adecuada, insumos informáticos, etc.) y la asunción de los costos de instalación, mantenimiento y reparación, o, la compensación por la utilización de herramientas propias de la persona que trabaja, estarán a cargo del empleador. En lo demás, queda sujeto a lo que se resuelva dentro del marco de las negociaciones colectivas.

Sin perjuicio de ello, cabe recordar la ya mencionada Resolución 1552/13 sobre provisión de elementos para el cuidado y prevención de la salud de los teletrabajadores.

Dentro de esta temática, el art. 14 de la ley, presume que los accidentes

acaecidos en el lugar, durante la jornada y en ocasión del teletrabajo, son accidentes en los términos del artículo 6º, inciso 1, de la ley 24.557. Asimismo, el Comité Mixto establecido por el art. 40 LRT, deberá elaborar del listado de enfermedades profesionales del art. 6º, inc.2 de dicho régimen, que encuentren su causa en el teletrabajo.

En otro orden de cosas, esta nueva ley establece la «compensación por mayores costos» que se irroguen al trabajador, en conectividad o servicios.

Siendo el lugar de trabajo el domicilio del dependiente (aunque puede ser otro distinto, siempre del empleador) cuando la ley refiere a «mayores costos» presupone que ya la persona trabajadora –en su vida cotidiana y para su propio consumo– cuenta con servicios (luz, gas, agua potable, servicio de internet, por cable o telefónico, etc.). Para la ley, la incidencia del mayor costo en los servicios debido al teletrabajo, debe ser compensado por el empleador. Además, agrega que esta compensación no tributa ganancias. Entonces, para la ley, las sumas que el empleador abone al trabajador por este concepto, no tendrían naturaleza salarial, no integrarían su remuneración, sólo serían el reintegro de un gasto.

Ahora bien, no caben dudas de que, en el marco de la futura ley especial o de las negociaciones colectivas, esta temática deberá ser abordada con minuciosidad, pues frente a las diferentes formas en que el régimen general prevé la retribución por el trabajo dependiente: vgr. en dinero, en especie, prestaciones complementarias, etc., (conf. art. 103 ss. y concs. LCT) pueden suscitarse complejidades a la hora de desentrañar la verdadera naturaleza jurídica de aquellos créditos, especialmente, en oportunidad de confrontarlos con la noción de «ventaja patrimonial», que presume salarial o remuneratorio todo lo obtenido por el trabajador con causa en el contrato de trabajo, para ser destinado a su consumo personal y que –en ausencia de aquél– hubiera debido ser satisfecho por sus propios medios.

En cuanto a los derechos de índole colectiva, en principio, el teletrabajador tiene los mismos derechos sindicales que un trabajador presencial (derecho de afiliación, de no afiliación, a participar en las asambleas, a elegir y a ser elegido). Cabe aclarar que, para ser elegido en algún cargo gremial, deberá

participar en conjunto con el colectivo que trabaja en forma presencial, para la sección, área o actividad que le corresponda dentro de la empresa. Será obligación del empleador el registro del teletrabajador en el sector, a los efectos eleccionarios.

En cuanto a la posibilidad de control en la ejecución del trabajo –propio de las facultades de organización y dirección que posee el empleador conforme el régimen general– debe implementarse en compatibilidad con la preservación y resguardo de la intimidad del trabajador. La autoridad de aplicación es el MTSS, quien deberá autorizar cualquier sistema de monitoreo o vigilancia que se pretenda utilizar a dichos fines, previamente a su instalación, y con intervención de la asociación sindical respectiva (quedarían prohibidos sistemas de video de observación de 360 grados en el domicilio del trabajador; o sistemas de rastreo personal; por citar algunos ejemplos)

Con relación a la contratación de teletrabajadores argentinos con empresas cuyas sedes se encuentren en otros países, o las nacionales que contraten trabajo remoto con extranjeros, serán juzgados por los tribunales argentinos, aplicándose la ley más favorable para el teletrabajador, sea la ley del domicilio del empleador o la del lugar de su ejecución.

Finalmente, en cuanto a la entrada en vigencia de la ley, debo decir que apenas tres días antes de culminar la elaboración de este breve trabajo, fue promulgada por el PEN la ley N° 27555 de teletrabajo, pero aún no rige.

Y en verdad, tal como está redactada la norma de entrada en vigor, esta intérprete abriga más dudas que certezas.

En efecto, el art. 19 de la ley, titula «Régimen de transitoriedad» al período de noventa días previos a que la norma entre en vigor. La perplejidad se presenta respecto al día que marque el comienzo del cómputo del período de mención. Es que la letra del dispositivo reza así: «*La presente ley entrará en vigor luego de noventa (90) días contados a partir de que se determine la finalización del período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio*»

A la fecha (17/08/2020) el aislamiento social, preventivo y obligatorio (AS-



po) implementado en el territorio nacional a causa del COVID-19 en marzo 2020, ha mutado por períodos y regiones; transformándose en DISPO (distanciamiento social, preventivo y obligatorio) en algunos lugares o distritos; para –en otros momentos– retornar a la fase más restringida (ASPO), o bien, avanzar a una cuasi normalidad, según lo haya permitido la disminución en la curva de contagios de la pandemia.

Por lo tanto, no es razonable pensar que la ley podría entrar en vigencia para algunos lugares indefinidos de nuestro país y para otros no, según que se haya salido –sólo en los hechos– del ASPO. Indudablemente, deberá existir una determinación oficial de la fecha en que se dé por concluido el aislamiento, ya sea por parte del PEN en el orden general, ya sea por parte del MTSSN, en lo concerniente al orden jurídico del trabajo, en el cual la ley N° 27.555 se inscribe.

### CONCLUSIÓN:

Pocas veces se ha registrado que el dictado de una ley haya merecido enfáticos reproches de todos los sectores sociales involucrados. Tanto trabajadores como empleadores se han manifestado públicamente en ese sentido por los medios de comunicación.

En mi opinión, esta ley es sólo un marco jurídico, una plataforma legal que aprehende un fenómeno laboral que existía antes de su dictado y que existirá cada vez con más fuerza en el futuro. Como la propia ley prevé, su perfeccionamiento será objeto de una ley especial a crearse, y muy apropiadamente, también a lo que decidan libremente las partes dentro de la negociación colectiva.

El avance en la protección de derechos de primer nivel de los derechos humanos, como el que nos ocupa, es que el Estado Argentino reconoce normativamente la existencia de relaciones laborales entre tomadores de servicios personales y quienes los prestan subordinadamente, en forma remota y con tecnología informática. La existencia de la ley –aunque perfectible– impedirá que aquellos contratos que sean de naturaleza laboral –y sus trabajadores–

queden excluidos de la preferente tutela constitucional que consagra el art. 14 bis de la CN, los tratados internacionales de DDHH, y demás instrumentos protectorios de rango constitucional.

Y no es poco.

## **APÉNDICE LEGISTATIVO:**

### RÉGIMEN LEGAL DEL CONTRATO DE TELETRABAJO

#### Ley 27555

Artículo 1°- Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer los presupuestos legales mínimos para la regulación de la modalidad de Teletrabajo en aquellas actividades, que por su naturaleza y particulares características, lo permitan. Los aspectos específicos se establecerán en el marco de las negociaciones colectivas.

Artículo 2°- Incorpórese al Título III «De las modalidades del contrato de trabajo» del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, el siguiente texto:

#### Capítulo VI

##### Del Contrato de Teletrabajo

Artículo 102 bis: Concepto. Habrá contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los artículos 21 y 22 de esta ley, sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación.

Los presupuestos legales mínimos del contrato de teletrabajo se establecerán por ley especial. Las regulaciones específicas para cada actividad se

establecerán mediante la negociación colectiva respetando los principios de orden público establecidos en esta ley.

Artículo 3°- Derechos y obligaciones. Las personas que trabajen contratadas bajo esta modalidad, en los términos del artículo 102 bis del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, gozarán de los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajan bajo la modalidad presencial y su remuneración no podrá ser inferior a la que percibían o percibirían bajo la modalidad presencial. Los convenios colectivos deben, acorde a la realidad de cada actividad, prever una combinación entre prestaciones presenciales y por teletrabajo.

Artículo 4°- Jornada laboral. La jornada laboral debe ser pactada previamente por escrito en el contrato de trabajo de conformidad con los límites legales y convencionales vigentes, tanto en lo que respecta a lo convenido por hora como por objetivos.

Las plataformas y/o software utilizados por el empleador a los fines específicos del teletrabajo, y registrados según lo establecido en el artículo 18 de la presente, deberán desarrollarse de modo acorde a la jornada laboral establecida, impidiendo la conexión fuera de la misma.

Artículo 5°- Derecho a la desconexión digital. La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho.

El empleador no podrá exigir a la persona que trabaja la realización de tareas, ni remitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral.

Artículo 6°- Tareas de cuidados. Las personas que trabajen bajo esta modalidad y que acrediten tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de trece (13) años, personas con discapacidad o adultas mayores que convivan con la persona trabajadora y que requieran asistencia específica, tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas

de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada. Cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización proveniente del empleador que lesione estos derechos se presumirá discriminatorio resultando aplicables las previsiones de la ley 23.592.

Mediante la negociación colectiva podrán establecerse pautas específicas para el ejercicio de este derecho.

Artículo 7°- Voluntariedad. El traslado de quien trabaja en una posición presencial a la modalidad de teletrabajo, salvo casos de fuerza mayor debidamente acreditada, debe ser voluntario y prestado por escrito.

Artículo 8°- Reversibilidad. El consentimiento prestado por la persona que trabaja en una posición presencial para pasar a la modalidad de teletrabajo, podrá ser revocado por la misma en cualquier momento de la relación.

En tal caso, el empleador le deberá otorgar tareas en el establecimiento en el cual las hubiera prestado anteriormente, o en su defecto, en el más cercano al domicilio del dependiente, en el cual puedan ser prestadas. Salvo que por motivos fundados resulte imposible la satisfacción de tal deber.

El incumplimiento de esta obligación será considerado violatorio del deber previsto en el artículo 78 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. La negativa del empleador dará derecho a la persona que trabaja bajo esta modalidad a considerarse en situación de despido o accionar para el restablecimiento de las condiciones oportunamente modificadas.

En los contratos que se pacte la modalidad de teletrabajo al inicio de la relación, el eventual cambio a la modalidad presencial operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva.

Artículo 9°- Elementos de trabajo. El empleador debe proporcionar el equipamiento –*hardware* y *software*–, las herramientas de trabajo y el soporte necesario para el desempeño de las tareas, y asumir los costos de instalación, mantenimiento y reparación de las mismas, o la compensación por

la utilización de herramientas propias de la persona que trabaja. La compensación operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva.

La persona que trabaja será responsable por el correcto uso y mantenimiento de los elementos y herramientas de trabajo provistas por su empleador, deberá procurar que estos no sean utilizados por personas ajenas a la relación o contrato de trabajo. En ningún caso responderá por el desgaste normal producto del uso o el paso del tiempo.

En caso de desperfectos, roturas o desgaste en los elementos, instrumentos y/o medios tecnológicos que impidan la prestación de tareas, el empleador deberá proveer su reemplazo o reparación a fin de posibilitar la prestación de tareas. El tiempo que demande el cumplimiento de esta obligación patronal no afectará el derecho de la persona que trabaja a continuar percibiendo la remuneración habitual.

Artículo 10.- Compensación de Gastos. La persona que trabaja bajo la modalidad del teletrabajo tendrá derecho a la compensación por los mayores gastos en conectividad y/o consumo de servicios que deba afrontar. Dicha compensación operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva, y quedará exenta del pago del impuesto a las ganancias establecido en la ley 20.628 (t. o. 2019) y sus modificatorias.

Artículo 11.- Capacitación. El empleador deberá garantizar la correcta capacitación de sus dependientes en nuevas tecnologías, brindando cursos y herramientas de apoyo, tanto en forma virtual como presencial, que permitan una mejor adecuación de las partes a esta modalidad laboral. La misma no implicará una mayor carga de trabajo. Podrá realizarla en forma conjunta con la entidad sindical representativa y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

Artículo 12.- Derechos colectivos. Las personas que se desempeñen bajo la modalidad de teletrabajo, gozarán de todos los derechos colectivos. Serán consideradas, a los fines de la representación sindical, como parte del conjunto de quiénes trabajen en forma presencial.

Artículo 13.- Representación sindical. La representación sindical será ejercida por la asociación sindical de la actividad donde presta servicios, en los términos de la ley 23.551. Las personas que trabajan bajo esta modalidad deberán ser anexadas por el empleador a un centro de trabajo, unidad productiva o área específica de la empresa a los efectos de elegir y ser elegidas, para integrar los órganos de la asociación sindical.

Artículo 14.- Higiene y seguridad laboral. La autoridad de aplicación dictará las normas relativas a higiene y seguridad en el trabajo con el objetivo de brindar una protección adecuada a quienes trabajen bajo la modalidad laboral del teletrabajo. El control del cumplimiento de esta normativa deberá contar con participación sindical. Asimismo la autoridad de aplicación determinará la inclusión de las enfermedades causadas por esta modalidad laboral dentro del listado previsto en el artículo 6°, inciso 2, de la ley 24.557. Los accidentes acaecidos en el lugar, jornada y en ocasión del teletrabajo, se presumen accidentes en los términos del artículo 6°, inciso 1, de la ley 24.557.

Artículo 15.- Sistema de Control y Derecho a la Intimidad. Los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán contar con participación sindical a fin de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio.

Artículo 16.- Protección de la Información Laboral. El empleador deberá tomar las medidas que correspondan, especialmente en lo que se refiere a software, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo para fines profesionales, no pudiendo hacer uso de software de vigilancia que viole la intimidad de la misma.

Artículo 17.- Prestaciones transnacionales. Cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja.

En caso de contratación de personas extranjeras no residentes en el país, se

requerirá la autorización previa de la autoridad de aplicación. Los convenios colectivos, acorde a la realidad de cada actividad, deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones.

Artículo 18.- Autoridad de aplicación. Registro. Fiscalización. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación será la autoridad de aplicación de la presente ley y deberá dictar la reglamentación respectiva dentro de los noventa (90) días. En el ámbito de su competencia se deberán registrar las empresas que desarrollen esta modalidad, acreditando el software o plataforma a utilizar y la nómina de las personas que desarrollan estas tareas, las que deberán informarse ante cada alta producida o de manera mensual. Esta información deberá ser remitida a la organización sindical pertinente. La fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales relativas a las tareas cumplidas bajo la modalidad del teletrabajo se ejercerá conforme a lo establecido por el título III - capítulo I, sobre inspección del trabajo de la ley 25.877 y sus modificatorias. Toda inspección de la autoridad de aplicación, de ser necesaria, deberá contar con autorización previa de la persona que trabaja.

Artículo 19.- Régimen de transitoriedad. La presente ley entrará en vigor luego de noventa (90) días contados a partir de que se determine la finalización del período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Artículo 20.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS TREINTA DIAS DEL MES DE JULIO DEL AÑO DOS MIL VEINTE.

REGISTRADA BAJO EL N° 27555

CLAUDIA LEDESMA ABDALA DE ZAMORA - SERGIO MASSA - Marcelo Jorge Fuentes - Eduardo Cergnul. ■



# **DESPIDOS DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA. ARTÍCULO 92 BIS LCT Y ALCANCES DEL DECRETO 329/2020**

**DRA. JULIA ELIM COLLADO**

VOCAL DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO LABORAL DE SANTA FE - SALA I





## 1. Introducción. Normativa aplicable

La ley de Contrato de Trabajo regula el «período de prueba» en los términos previstos en el Art. 92 bis de dicha normativa ordenando: *«El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros TRES (3) meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232...»* ( Artículo 2 de la ley 25877.B.O. 19/3/2004).<sup>1</sup>

Seguidamente la ley establece una serie de reglas para celebrar el contrato a prueba, estableciendo límites y apercibimientos en caso de inobservancia para evitar que el mismo pueda ser un instrumento de fraude laboral.

- a) No puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba.
- b) El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo.
- c) El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba.
- d) Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social.
- e) El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social.

Por su parte, el Decreto 329/20 dictado en el año en curso en el marco de pandemia consecuencia del COVID-19 ordena en lo pertinente: artículo 2° «**Prohíbense los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA DIAS (60 días contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial.** (art 2 del Decreto 487/2020. B.O. 19/5/2020 se prorroga la prohibición de efectuar despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA (60) días contados a partir del vencimiento del plazo establecido por el presente Decreto).

De lo predescrito surge la existencia de dos normas en conflicto: La ley de Contrato de Trabajo la cual contempla la posibilidad de la contratación a prueba por tres meses con la facultad expresa para el empleador de despedir en dicho término, sin obligación de indemnizar, y el Decreto del Poder Ejecutivo, dictado recientemente ante la situación de referida pandemia que restringe la potestad de «despidos sin causa» por 60 días.

El interrogante que se presenta para el operador jurídico, es cuál de ellas debe primar en el supuesto que se formalice un distracto durante el periodo

## CITAS

<sup>1</sup> [www.infoleg.gov.ar](http://www.infoleg.gov.ar).

de prueba, y cuáles son las consecuencias de dicho acto rescisorio.

Previo a señalar las dos posturas que se perfilan en relación a la problemática, es menester destacar algunas particularidades de la regulación antes citada.

## 2. Naturaleza de la legislación implicada

Como se expresa en los fundamentos del Decreto en análisis el mismo se inserta en un marco de **EMERGENCIA** que habilita el dictado del mismo conforme los artículos 99 inciso 1 y 3 de la CN, cuyos fundamentos a mayor abundamiento se extractan y sintéticamente se transcriben:

- Que por la Ley N° 27.541 se declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.
- Que la crisis económica se vio agravada por el brote del nuevo Coronavirus, que diera lugar a la declaración de pandemia por COVID-19, por parte de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS).
- Que en dicho contexto, se dictó el Decreto N° 260/20 por el que se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la citada ley, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del mencionado decreto, con el fin de preservar la salud de la población.
- Que con el objeto de salvaguardar los derechos subjetivos esenciales a la vida y a la integridad física, se dictó el Decreto N° 297/20 por el que se dispuso el «aislamiento social, preventivo y obligatorio» de la población.
- Que dicha medida impacta directamente sobre la actividad económica del país y en el sistema de producción de bienes y servicios, cuestión que ha sido considerada conforme lo dispuesto en los decretos que disponen la constitución de un Fondo de Afectación Específica en el marco de la Ley N° 25.300,

Fondo de Garantías Argentino (FoGAR), con el objeto de otorgar garantías para facilitar el acceso por parte de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas a préstamos para capital de trabajo y pago de salarios, y el decreto que crea el Programa de «Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción» para empleadores y empleadoras y trabajadores y trabajadoras afectados por la emergencia sanitaria y la coyuntura económica; así como por el Decreto N° 316/20 que prorroga el Régimen de Regularización tributaria establecido en el último párrafo del artículo 8° de la Ley N° 27.541

- Que es así que se establecieron una serie de medidas que tienen como objetivo ayudar a las empresas a sobrellevar los efectos de la emergencia entre ellas, la postergación o disminución de diversas obligaciones tributarias y de la seguridad social, la asistencia mediante programas específicos de transferencias de ingresos para contribuir al pago de los salarios y la modificación de procedimientos para el acceso a estos beneficios, en función de la gravedad de la situación del sector y del tamaño de la empresa. Asimismo, se han dispuesto garantías públicas con el fin de facilitar el acceso al crédito de micro, medianas y pequeñas empresas (MiPyMES)
- Que en el contexto de las disposiciones citadas, el Decreto 329/20 pretende tutelar en forma directa a los trabajadores y a las trabajadoras como correlato necesario a las medidas de apoyo y sostén para el funcionamiento de las empresas, en este contexto de emergencia.
- Que esta crisis excepcional conlleva la necesidad de adoptar medidas de idéntica índole asegurando a los trabajadores y a las trabajadoras que esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo, ya que el desempleo conlleva a la marginalidad de la población.
- Que lo antedicho se inscribe en el marco de las obligaciones asumidas por la REPÚBLICA ARGENTINA en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el objetivo de preservar la paz social, artículo 14 bis de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, antecedentes jurisprudenciales CSJN, y, de acuerdo a las recomendaciones de la OIT.

- Que continúa expresando la norma que con arreglo a dichas pautas, resulta imprescindible habilitar mecanismos que resguarden la seguridad de ingresos de los trabajadores y trabajadoras, aun en la contingencia de no poder prestar servicios, sea en forma presencial o en modos alternativos previamente pactados.

Sabido es que la normativa antes transcrita fue dictada como respuesta a una situación sin antecedentes similares en nuestro país, la cual podría ser objeto de oportuna revisión judicial, al no corresponderse con el procedimiento regular para su sanción.

Sin desconocer la gravedad de la pandemia, y las consecuencias de dicha crisis, nótese que en los fundamentos del decreto se admite expresamente el perjuicio que la misma acarrea para ambas partes del contrato de trabajo, lo cual exigirá ponderar en el caso particular la eventual afectación de los derechos involucrados.

En este punto nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado diferentes posturas, relacionadas con el control de razonabilidad de las medidas de emergencia económica.

Para determinar la validez de las normas se han barajado dos clases de análisis por parte de nuestro Máximo tribunal nacional. Un juicio de ponderación global que hace hincapié en las consecuencias e impacto general, y otro más restrictivo que pondera el grado la afectación de esas medidas sobre el derecho de propiedad de las personas. El primero ha sido criticado por brindar demasiada discrecionalidad a los jueces. El segundo por privilegiar el interés individual sobre el colectivo.

En ambos escenarios debe considerarse pormenorizadamente la viabilidad de esta clase de preceptos en el marco de un Estado republicano, signado por la división de poderes, lo que requiere un adecuado equilibrio y razonabilidad de los actos de gobierno.

Resulta ilustrativo en el tema destacar el pensamiento sobre la legislación

de emergencia económica que describe el Dr José S. Elías: «*Debe notarse que bajo cualquiera de los enfoques analizados, la normativa goza de la tradicional presunción de constitucionalidad, reforzada —en general— por una postura bastante deferente de los jueces. Quien ataca la validez de leyes de emergencia económica tiene sobre sus hombros la carga de la argumentación y, eventualmente, de la prueba. Por supuesto, ambos enfoques se distinguen en lo relativo a cuándo una norma será inconstitucional (o, lo que es lo mismo, cuándo violará la inalterabilidad de los derechos prometida por el art. 28 de la C.N). Para el primer enfoque, es imposible determinarlo a priori, y dependerá del resultado del juicio global de ponderación de diversos factores. Para el segundo, las normas que imponen quitas definitivas de capital serán «irremediablemente confiscatorias» y, en consecuencia, se hallarán «a extramuros de la Constitución...».*<sup>2</sup>

El autor citado refiere que últimamente para de los miembros del Máximo tribunal nacional se han inclinado por «*una suerte de escrutinio intermedio, que constituiría un tipo mixto entre los dos ya analizados... la propiedad y el contrato gozan de protección constitucional en el derecho argentino. Esta protección comprende tanto la libertad de contratar (que el juez ve protegida en el art. 19 de la C.N.), como la de configurar el contenido del contrato. Ambos aspectos quedan bajo la tutela del art. 17 de la Constitución...».*

Infiere que lo predescrito arroja dos consecuencias importantes que modifican el criterio tradicional de la CSJN: La primera, que «quien pretenda restringir el derecho de propiedad constitucionalmente consagrado tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión». La segunda, que «toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva».

Ambos efectos se alejan del clásico control de razonabilidad que solo exigía la «mera razonabilidad» y con los subtipos específicos de emergencia económica, donde la carga argumentativa y, en su caso, probatoria, recae sobre quien impugna una norma, no sobre quien la defiende.

La interpretación restrictiva, en el caso, parece significar que las restricciones a los derechos de propiedad deben ser valoradas de forma que ellas no abarquen más supuestos que los consignados en el texto literal de la norma.

<sup>2</sup> ELÍAS, JOSÉ: «Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil», Prof. Derecho Universidad de San Andrés.

En otro aspecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en reiteradas oportunidades que la legislación de emergencia debe sujetarse al siguiente parámetro: «Su restricción debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y **no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato**»

Es necesario entonces definir qué es la «sustancia» del derecho y qué cuenta como una «mutación»: en cada caso particular: en el que nos ocupa, cuál es la esencia del «Periodo de Prueba», cuáles son los derechos que habitualmente se adquieren en el mismo, y así valorar si la normativa de emergencia desnaturaliza de algún modo el instituto en análisis.

### 3. Delimitación del problema

El principio general en el marco del contrato o relación de trabajo es el carácter de la duración indeterminada del nexo que se entabla entre las partes (92 LCT).

Sin perjuicio de ello, la ley consagra la estabilidad impropia relativa, esto quiere decir, que el empleador se encuentra facultado a despedir sin justificar la causa, con la mera carga de abonar una indemnización de orden tarifado (artículos 232, 233,245, y correlacionados LCT).

No obstante lo expuesto se contempla en el artículo 92 bis LCT, el periodo de prueba, en el que se puede despedir a los trabajadores sin abonar los referidos conceptos.

La finalidad del instituto es lograr la experiencia para ambas partes en cuanto a la adaptabilidad al contrato, valorando el empleador si el trabajador se inserta adecuadamente en la estructura empresarial, y el dependiente si la labor se ajusta a sus posibilidades y expectativas.

Como ya he mencionado anteriormente, esta es una facultad excepcional,

que otorga al empleador la posibilidad de organizar su equipo de trabajo en el marco de poderes de dirección que le son propios.

La cuestión a dirimir es si La Ley de contrato de trabajo, que es el marco general que se aplica en situaciones de normalidad puede verse alteradas en circunstancias como la presente en que nuestro país atraviesa una crisis por la pandemia COVID-19.

Esto nos lleva a considerar si el régimen de estabilidad impropia relativa, puede por un alcance temporal de 60 días transformarse en un régimen de estabilidad absoluta.

Así, el problema consiste en resolver qué sucede con los despidos en los términos del art. 92 bis, en vigencia del DNU 329/2020, es decir determinar si prima la excepcionalidad del periodo de prueba o la reglamentación coyuntural del 329/20 que prohíbe los despidos.

Y ante este interrogante, existen dos respuestas.

#### **4. Las diferentes posiciones**

##### **a. Prevalencia del artículo 92 bis LCT por sobre el Decreto 329/20**

Esta postura, calificada como «restrictiva», tiene fundamentos en el análisis de la situación de ambas partes dentro del contrato de trabajo, por el impacto que sufren tanto el empleador como el trabajador ante la crisis económica que se deriva de la situación epidemiológica aludida.

Así se valora el esfuerzo de quien debe mantenerse abonando salarios pese a la caída de ingresos, y no agravarlo, adicionándole la carga de mantener un vínculo el cual en tiempos normales no hubiese tenido que sustentar si hubiera despedido en modo previo.

Se pondera que si bien el dependiente sufre un daño, su perspectiva de con-



tinuidad es menor cuando sabe que está dentro del periodo de prueba.

Ese despido, en la mayoría de los casos se sustenta en garantizar el trabajo y el pago de salario de aquellos trabajadores que acompañan al empleador de forma permanente.

Esto, según entiende esta postura, no sería incentivar los despidos a los trabajadores a prueba, pero sí facultar al empleador de que pueda hacerlo en caso de que su actividad no le permita asumir mayores compromisos.

Así, se aplica un orden de prelación directo, en tanto entiende a la ley general, la Ley de Contrato de Trabajo, como superior frente a un decreto contingencial y de carácter temporal.

En suma, se afirma que para el desarrollo de una relación de trabajo tiene que haber seguridades jurídicas de ambas partes, sosteniendo que en casos de crisis, limitar las facultades a los empleadores, implicaría un modo injusto de aplicar la ley siempre en detrimento de la misma parte.

De esto modo se trata de conservar LA FUENTE de trabajo.

#### **b. Prevalencia del Decreto 329/20 por sobre el artículo 92 bis LCT**

Quienes se enrolan en esta postura denominada por ellos «protectoria», sostienen que el decreto 329/2020 que dispone la prohibición de los despidos en la República Argentina por el término de 60 días, es aplicable a los trabajadores en período de prueba.

Esto hace, que el carácter tuitivo de la relación de trabajo, extienda los efectos del DNU 329/20, no realizando distinción de trabajadores porque consideran que el decreto no lo hace.

En definitiva no admitiría el despido de un trabajador en período de prueba, debido a la protección especial consagrada, facultando a quien se halle en esta situación solicitar la nulidad del despido y su reinstalación.

Se funda en la interpretación que realiza de las normas constitucionales e internacionales, tomando al trabajador como sujeto de preferente tutela.

<sup>3</sup> [www.microjuris.com.ar](http://www.microjuris.com.ar).

Se invoca la necesidad de preservar EL PUESTO de trabajo.

## 5. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

A continuación efectuaré una reseña de algunos de los antecedentes jurisprudenciales dictados en el marco de la situación de conflicto de normas antes denunciada

**5.1.** En autos: «Salazar Jesús Gabriel c/ 25 Horas S.A. y otro s/ medida cautelar» la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo el 16 de junio de 2020, posicionándose en la postura «restrictiva» antes expuesta, concluyó que la prohibición de despidos del DNU 329/2020 no incluye al trabajador despedido que se encontraba en periodo de prueba.

El Tribunal expresó «1. *Corresponde revocar la sentencia que había admitido la medida cautelar solicitada por el trabajador, ordenando al empleador reinstalarlo en su puesto de trabajo mientras se encuentre vigente la prohibición de extinguir los vínculos laborales establecida mediante el D.N.U. 329/2020, dado que el empleado fue despedido durante el período de prueba (art. 92 bis LCT), pues la mencionada normativa resulta taxativa en su texto al prohibir los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, sin incluir expresamente otros supuestos legales, tanto extintivos como de condición temporal. 2.-El carácter alimentario de la remuneración mensual, esgrimido por el trabajador, no basta para admitir la reincorporación pretendida, pues no es posible obviar el tratamiento de otras facetas que resultan determinantes para la consideración de una medida de carácter innovativo*». Cita: MJ-JU-M-126134-AR | MJJ126134 | MJJ126134.<sup>3</sup>

**5.2.** En otro antecedente: «Yori Melisa c/ Adecco Argentina S.A. s/ Medidas cautelares y preparatorias», el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de la Cuarta Nominación Santa Fe, el 28-abr-2020, se enrola en la segunda pos-

<sup>4</sup> [www.microjuris.com.ar](http://www.microjuris.com.ar).

*tura mencionada ut supra refiriendo, entre otras cosas: «1.-Corresponde hacer lugar a la medida autosatisfactiva de reinstalación incoada por la trabajadora frente al despido incausado decidido por la empleadora durante el período de prueba, pues sobre el derecho reconocido al empleador en el art. 92 bis LCT debe prevalecer la garantía consagrada en el DNU N° 329/2020 en el marco de la pandemia provocada por el COVID-19, en cuando prohíbe los despidos sin causa por el plazo de sesenta días. 2.-La previsión del art. 92 bis es una norma de carácter general plasmada en la LCT, aplicable para todos los casos ocurridos en tiempos normales, mientras que el DNU 329/2020, con plena vigencia y jerarquía equivalente a las Leyes –conforme art. 17 de la Ley 26.122– califica como especial frente a la Ley de fondo, destinada a paliar los terribles efectos de la pandemia sobre el ya golpeado mercado de trabajo; y su finalidad no refiere a cuestiones sanitarias (generales), sino justamente a la protección del empleo en estas especiales condiciones que afectan al mundo del trabajo. 3.- La voluntad plasmada en el DNU N° 329/2020 es la de proteger los puestos de trabajo existentes, y aunque con ello se impone al empleador la obligación de retener a una trabajadora sobre la cual no ha podido evaluar acabadamente su desempeño o habiéndolo hecho no le resultó satisfactorio –sin adentrarse en las motivaciones del despido–, en un contexto extraordinario su sostenimiento resulta el mal menor para la comunidad toda.4.-Corresponde tutelar en forma directa a los trabajadores y a las trabajadoras como correlato necesario a las medidas de apoyo y sostén para el funcionamiento de las empresas, en el contexto de emergencia económica y sanitaria que atraviesa el país; así, la crisis conlleva la necesidad de adoptar medidas de idéntica índole asegurando a los empleados que esta situación de emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo, ya que el desempleo conlleva a la marginalidad de la población».*Cita: MJ-JU-M-125387-AR | MJJ125387 | MJJ125387.<sup>4</sup>

**5.3.** Asimismo, en autos «Chocobar Micaela Alejandra c/ Castellano Lara s/ acción de amparo», el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de Rosario, en fecha 21-may-2020, se expidió en sentido concordante al antecedente jurisprudencial citado en punto 5.2, argumentando «1.-Corresponde admitir la medida cautelar y disponer la reinstalación de la actora en su puesto de trabajo dentro del término de dos días de notificada la resolución, pues se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho en tanto la accionada defiende su po-

*sición afincada en que el art. 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo acuerda al empleador la facultad de despedir sin expresión de causa, tratándose de contratos en período de prueba y, sin embargo, esa distinción no se refleja en el texto del dec. de Necesidad y Urgencia N° 329/2020, cuyo art. 2° prohíbe despedir sin justa causa y sin distinción alguna. 2.-Advirtiendo prima facie que con el despido de la trabajadora que se encontraba en el período de prueba, se ha conculcado la norma legal que prohíbe despidos incausados y que la denegación del despacho de la medida cautelar de reinstalación concretaría un daño actual y cierto a la sustentabilidad de la vida de la trabajadora, por la pérdida de su fuente de trabajo, en tiempos donde una extraordinaria pandemia mundial azota a nuestro país, ya declarado –con anterioridad por Ley– en estado de emergencia general, debe admitirse la medida cautelar innovativa de reinstalación a su puesto de trabajo. 3.-Las medidas cautelares tienen por objeto garantizar los efectos de la decisión de un proceso judicial, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida y tal inteligencia no excluye a la acción de amparo, pues el hecho de que la cautelar y el amparo compartan el mismo objeto y fundamento, no es obstáculo –por sí solo– para decretar aquella». Cita: MJ-JU-M-125788-AR | MJJ125788 | MJJ125788.<sup>5</sup>*

<sup>5</sup> [www.microjuris.com.ar](http://www.microjuris.com.ar).

## CONCLUSIONES

En la labor judicial de interpretar y aplicar la ley al caso concreto debemos en este supuesto plantearnos un par de cuestiones de orden procesal, y sustancial.

1. Verificar si se cumplen los recaudos que habilitan la vía excepcional en el modo pretendido, es decir analizar si concurren los extremos que sustentan una medida autosatisfactiva, un juicio simplificado, amparo, y/o cautelar.

2. Una vez ponderado el filtro antes reseñado, contextualizar la problemática en el marco legal vigente, valorando los intereses en juego, la naturaleza de las normas comprometidas, la consecuencia jurídica e impacto social de la decisión.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, STORSINI: «Ley de contrato de trabajo comentada». Editorial Rubinzal Culzoni.
- ELÍAS, JOSÉ: «Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil», Prof. Derecho. [www.edupalermo.com.ar](http://www.edupalermo.com.ar).
- FERNÁNDEZ MADRID, «Ley de Contrato de Trabajo». Tomo II, Editorial Erreius.
- PIROLO, MIGUEL «Derecho del trabajo comentado», editorial La ley.
- RODRÍGUEZ, SERGIO. «Las dos posiciones frente a los despidos en el periodo de prueba (92 bis LCT ) en plena vigencia del Decreto 329/20 que prohíbe los despidos». [www.eldial.com](http://www.eldial.com) SAIJ: DACF200090.

La solución adoptada por algunos tribunales ordenando la nulidad del despido y reinstalación del trabajador es la misma que se adopta en situaciones de discriminación (Ley 23592), lo que lleva a plantearnos la entidad de la protección en este caso, a los fines de evitar incongruencias.

Concretamente en situaciones normales, «el periodo de prueba» limita el ejercicio de derechos, y así vg: la protección de los trabajadores enfermos y otorgamiento de prestaciones a la vigencia del contrato. En ese sentido no otorga un «plus» de estabilidad como el que ahora se discute, pese a la situación de vulnerabilidad en que se halla el dependiente en ese supuesto.

El inciso 6 del artículo 92 bis ordena «*El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212*».

En ese sentido, sostuvo la CNAT «*en el que el despido se produjo durante la vigencia del período de prueba, la demandada contaba con la facultad de decidir la rescisión del contrato sin invocación de causa ni derecho indemnizatorio a favor del trabajador (a excepción del previsto en los arts. 231 y 232 de la L.C.T.), y lo cierto es que más allá de que el distracto se operó durante la vigencia de la licencia por enfermedad, dicha circunstancia no torna sin más el despido en discriminatorio*». (Villanueva. s. despido 14.8.12)

Seguramente, como ha ocurrido en otras situaciones de emergencia, será nuestra Corte Provincial Provincial, y en su caso la Corte Suprema de la Nación quien trace los lineamientos sobre el alcance de los preceptos en colisión, y en consecuencia, la validez de las decisiones jurisdiccionales en tal sentido. ■



# FUERO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y PANDEMIA

**DR. AIDILIO GUSTAVO FABIANO**

VOCAL DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SANTA FE - SALA I





*El juzgamiento de la responsabilidad del Estado frente a la situación de emergencia como consecuencia de la pandemia de COVID-19 (que ha obligado a los Estados a tomar una serie de medidas de urgencia, dentro de las cuales se analizan en particular la atención de la salud y las restricciones a la libre circulación, aunque los principios resultarían aplicables a muchas otras), no puede llevarse a cabo bajo los parámetros corrientes, por lo que los factores de atribución aplicables deben ser ponderados bajo las excepcionales circunstancias con suma restricción, pero siempre salvaguardando el marco del Estado de Derecho, en consonancia con las recomendaciones de los organismos supranacionales.*

## **1. Introducción**

Bajo la ineludible consigna de «Justicia y Pandemia», abordaremos algunas

ideas relacionadas con la responsabilidad del Estado en la emergencia, como aporte a la convocatoria de la Revista del Colegio de Magistrados para su edición especial 2020.

La selección del tema, se ciñe a los eventuales conflictos que podrían suscitarse en el marco de la competencia que desempeñamos<sup>1</sup>, limitada a la responsabilidad extracontractual<sup>2</sup>, por lo que no serán abordados segmentos de la responsabilidad pública tales como: la conexas a la declaración de ilegitimidad de los actos administrativos, el ámbito de los contratos administrativos, la proveniente del incumplimiento de normas de Derecho Internacional Público, la atinente a los funcionarios o empleados públicos a título subjetivo, o resultantes de temáticas propias del derecho administrativo como la expropiación, ocupación temporaria, y otras limitaciones de dicha índole a los derechos individuales.

Nos parece oportuno aclarar de modo liminar que en momentos como el que nos toca transitar no es el objetivo de este trabajo señalar dónde puede fallar el Estado y de ese modo postular un derecho a reclamar indemnizaciones, lejos de ello y por el contrario, lo buscado es un espacio de reflexión, justamente, para evitarlo, para memorar las causales de justificación, indicar que regirán parámetros más laxos de evaluación de la falta de servicio, advertir que la mayoría de las consecuencias no deseables deberá ser soportadas como cargas públicas e, incluso, en los excepcionales casos en que se justifique ordenar un resarcimiento el mismo podría no verse alcanzado por el principio de reparación integral, ya que a *priori* la pandemia se presenta como una situación en la que la mirada principal está constituida por el interés público y, por lo tanto, deberán balancearse con sumo recaudo los intereses de las víctimas con los del Estado y de los demás ciudadanos.

Pero a la vez, también corresponde prevenir que bajo el artículo de la emergencia por pandemia no puede admitirse una total despreocupación por los derechos individuales y que todas las medidas que desde los distintos estamentos públicos se tomen deben superar un adecuado examen de proporcionalidad y razonabilidad, pues de otro modo, le corresponderá al poder que

#### CITAS

<sup>1</sup> En nuestra Provincia, a la competencia civil, a través de los juzgados de Distrito -con excepción de las circunscripciones 1 y 2 en las cuales intervienen los tribunales colegiados de responsabilidad extracontractual- y de las Cámaras de apelaciones en lo Civil y Comercial, y Laboral en algunas jurisdicciones, le corresponde juzgar los casos de responsabilidad extracontractual del Estado.

<sup>2</sup> Ello nos obliga a la siguiente aclaración: si bien desde la sanción del CCCN se unificó el régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual, desapareciendo en la legislación de fondo un régimen diferenciado de entre las mismas -de neto cuño *ius privatistico*-, permanece plenamente vigente en el ámbito del derecho público, lo que de algún modo podría conspirar contra la coherencia de todo el sistema. Adviértase además, que al mismo tiempo que se impuso la inaplicabilidad del CCCN a la responsabilidad estatal, la Ley 26.944, fijó su ámbito de vigencia supletorio respecto a la contratación pública; sin embargo, de modo contradictorio, el régimen de contrataciones públicas que se rige por las disposiciones administrativas correspondientes a cada jurisdicción, reenvía, supletoriamente, al derecho común (vgr. el Decreto Nacional N° 1030/16 que reglamentó el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, disponiendo, supletoriamente, que se apliquen las restantes normas de derecho administrativo y, que en su defecto, se deberá acudir a las normas de derecho privado por analogía).

integramos establecer los límites que tanto la Constitución Nacional como la de la Provincia de Santa Fe imponen, aún en las condiciones más extremas.

## **2. Régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado en la provincia de Santa Fe**

Partiendo de recordar que en nuestra Constitución Nacional no existe una cláusula específica que contemple la responsabilidad del Estado, hasta el dictado de la Ley 26.944 y vigencia del CCyCN no existía una norma nacional genérica que, como hoy, regule la materia, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación articuló una serie de principios, cuya principal base normativa la constituyó el derogado artículo 1.11<sup>2</sup> del Código Civil.

Hoy la ley citada sólo rige para el ámbito del Estado Federal, y la mayoría de las provincias no han adherido a dicho precepto, mientras que el CCyCN dispuso su inaplicabilidad a la responsabilidad del Estado y la de los funcionarios y empleados públicos.

Más allá de los debates que aún persisten sobre cómo encaminarlo, la Constitución de la Provincia de Santa Fe el artículo 18 dispone que dicha responsabilidad se rige por las normas del derecho común «en cuanto fueren aplicables», ante la inexistencia una norma especial y la subsistencia de la competencia en el fuero civil, surge la paradoja que nuestra constitución manda a aplicar el derecho común y el derecho común reenvía al derecho administrativo local.

Lo cierto es que los casos verificados con posterioridad a 2015 deben regirse, ante la carencia de una norma expresa, por los presupuestos perfilados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en base a una serie de principios constitucionales del Estado de Derecho de los cuales surge la obligación de reparar.

Tales presupuestos, consagran un sistema de responsabilidad pública ob-

jetiva y directa, aplicable a los tres poderes del Estado, donde puede distinguirse la proveniente de su actividad lícita e ilícita, en las que predominan como factores de atribución, respectivamente, el sacrificio especial y la falta de servicio, sin perjuicio de otros residuales (riesgo, deber de garantía, etc.)<sup>3</sup>.

### 2.1. Por el accionar ilegítimo

Ante el accionar ilegítimo del Estado debe acreditarse el factor de atribución «falta de servicio» donde corresponde que se deslinden los ámbitos de las acciones y de las omisiones. En el primero, se produce cuando el Estado incumple una obligación de no hacer, vale decir, por hacer algo que de acuerdo la ley no debe hacer; en el segundo, incumple con un deber legal de hacer o lo cumple de modo irregular (C. Balbín, 2008:347)<sup>4</sup>. Además, corresponde analizarse –con el debido detenimiento– el contenido y contorno del deber estatal en juego; para ello, debe valorarse en cada caso, de acuerdo a los estándares establecidos por la Corte Nacional (v. CSJN, Fallos 330:563), así como por su par provincial (v. CSJ SF, 12.04.2011, «Álvarez, Elida Graciela por sí y otro c/ Municipalidad de Santa Fe –Indemnización de daños y perjuicios– s/ Recurso de inconstitucionalidad», AyS, t. 239, pp. 406/415), los elementos de concretización de la regla general, mediante el análisis de la naturaleza de la actividad, los medios que disponía el servicio, el lazo que une a la víctima con el mismo y el grado de previsibilidad del daño.

También cuando se impute omisión antijurídica, conforme a la doctrina jurisprudencial citada debe distinguirse entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados, de la omisión de mandatos jurídicos indeterminados, ya que los segundos deben ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar –es decir, si el Estado tiene algún deber a su cargo y cuál es la extensión del mismo–.

Debe tenerse presente que el factor de atribución «falta de servicio» impone el estudio del régimen administrativo local para determinar si se verificó

<sup>3</sup> v. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala I -con distinta composición parcial-, «Saravia, Rubén Eduardo c/ Municipalidad de la Ciudad de Santo Tomé s/ IdyP», del 09.11.2016, disponible en: <http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar>, cita: 634/19.

<sup>4</sup> BALBÍN, CARLOS F., Curso de Derecho Administrativo, Tº II, La Ley, Buenos Aires 2008, pág. 347.

<sup>5</sup> CSJN «Barreto, Alberto Damián c. Provincia de Buenos Aires» del 21.03.2.006, Fallos: 329:759 y «Zulema Galfetti de Chalbaud e Hijos Sociedad de Hecho c. Santa Fe, Provincia de s. daños y perjuicios» del 09.05.2006 Fallos:269:270.

<sup>6</sup> SÁENZ, JUAN IGNACIO, Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia, en Responsabilidad del Estado, director: Pedro Aberastury, LexiNexis, Buenos Aires 2007, p.87.

<sup>7</sup> CSJN «Friar c. Estado Nacional» del 26.09.2006, Fallos: 329:3966.

el incumplimiento irregular de funciones estatales<sup>5</sup>, ya que dicho plexo, de existir en el caso, resulta ineludible para determinar los estándares de ponderación del servicio.

Corresponde aclarar que la «objetividad» del factor bajo análisis debe precisarse debidamente, pues ello no implica que necesariamente funcione de igual modo que el factor objetivo que prevé el CCyCN en el artículos 1.722 –como el riesgo o vicio de la cosa y actividades riesgosas (art. 1.757)–, es decir, como presunción de responsabilidad o causalidad, en la que el responsable sólo se libera demostrando la causa ajena, ni tampoco como un supuesto de responsabilidad objetiva prevista en el artículo 1723; por el contrario, indica que lo que se escruta «objetivamente» como fuente de responsabilidad es la prestación del servicio (resultado) y no la conducta culpable de un agente (causa-medio), por lo que la valoración que define si existió irregularidad, anormalidad o falta, se compone de apreciaciones de tipo subjetivo, ya que lo decisivo será determinar si la ejecución del servicio merece alguna tacha que justifique una indemnización (J. Sáenz, 2007: 87)<sup>6</sup>. Por ello, la Corte Nacional expresamente ha diferenciado el sistema aplicado en nuestro país del de la «imputación objetiva» que rige en España, indicando que en nuestro derecho no existe norma alguna que obligue a la administración a indemnizar todo perjuicio ocasionado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos<sup>7</sup>.

Una cuestión que podría resultar relevante a la hora de analizarse supuestos de responsabilidad por el accionar frente a la pandemia, estaría dado por el debate si existirían en el ámbito de la responsabilidad pública causales de justificación que el excluirían el contenido antijurídico. Concretamente, si podría invocarse estado de necesidad como causal de eximición reconocida en el ámbito del derecho de daños.

Para Balbín, criticando el precedente de la Corte de Mendoza «Torres» (donde los jueces interpretaron que existía un omisión estatal pero que el «estado de necesidad» –aceptación del mal menor ante el mal mayor– había excluido el contenido antijurídico), en el marco de la responsabilidad pública

no existen tales causales, sino simplemente conductas jurídicas o antijurídicas –acciones u omisiones– según el orden vigente (C. Balbín, 2008:847)<sup>8</sup>.

## 2.2. Por el accionar legítimo

Los fundamentos del tipo de responsabilidad bajo análisis, los encontramos en principios del derecho público, desarrollándose en el mismo campo que la expropiación o intromisiones autorizadas. En concreto, se funda en la necesidad de proteger los principios constitucionales de igualdad de las cargas públicas y de propiedad y respeto de los derechos adquiridos (art. 14, 16, 17, 18 y 33 de la CN).

Frente a los daños causados por el accionar legítimo, el factor de atribución aplicable es el «sacrificio especial» al que se suma la necesidad de comprobación de ausencia de deber jurídico de soportar el daño<sup>9</sup>.

Párrafo aparte merecen las consideraciones que se formularon sobre el aspecto cuantitativo de este factor de atribución, constituyéndose la masividad del daño en una valla para su aplicación frente al dictado de medidas de carácter general<sup>10</sup>. En efecto, para que proceda este tipo de responsabilidad debe tratarse de un supuesto de «especialidad del daño» como contraposición al «daño generalizado», ya que el problema se agudiza en la medida que aumenta el número de afectados por un sacrificio especial, pues la figura pierde su contorno inicial y entran a jugar los argumentos atinentes a la ruina fiscal y a la paralización de la actividad estatal.

Al requisito de la especialidad del sacrificio debe aunarse el de «ausencia del deber jurídico de soportar el daño», ya sea que dicho provenga de una norma expresa o bien surgir del principio ético-jurídico de la «solidaridad social», que obligan a tolerar sin indemnización algunos tipos de riesgos.

En este sentido se ha sostenido que en principio debe tolerarse sin indemnización por ejemplo: el ejercicio del poder de policía pues implica una limitación lícita del derecho; la pérdida de alguna ventaja, perjuicios derivados

<sup>8</sup> BALBÍN, CARLOS F., op. cit., T° II, La Ley, Buenos Aires 2008, p. 347.

<sup>9</sup> CSJN «Mochi» Fallos 326:847.

<sup>10</sup> Se ha hecho hincapié en que el daño no puede ser generalizado, ya que de otro modo se comprometería la ruina fiscal o la paralización de la actividad estatal e indirectamente el principio de soberanía. Casos: «Revestek S.A. c. B.C.R.A. y otro» (15-08-1.995, JA, 1996-II-212); «Manzi, Carlos A. c. Estado Nacional» (Fallos 320:955), entre otros.

<sup>11</sup> MURATORIO, JORGE I.; «Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita», AA.VV., Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

<sup>12</sup> CSJN, *in re* «Russo Ángel y otra c. C. de Delle Donne E. s.desalojo», Fallos 243:467, de fecha 15.05.1959, citado por Cassagne, Ezequiel, El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19, en LA LEY del 02.06.2020, pág. 1.

de situaciones de riesgo general, riesgo inherente al servicio, riesgos socialmente asumidos, etc. (J. Muratorio, 2001:321)<sup>11</sup>.

### 3. Los principios sentados frente a la actuación del Estado en la pandemia

Indudablemente los Estados han sido los principales gestores de la pandemia, y tanto producto de sus acciones como de sus omisiones, podrían verificarse situaciones de padecimientos de daños, lo que no implica que por principio los mismos merezcan siempre ser reparados.

En base a los supuestos ya desarrollados, nos proponemos trazar algunos de los posibles ámbitos de la actuación pública en la emergencia y cómo funcionaría en los mismos las reglas referidas.

Como cuestión general se advierte que si bien no se discute la raigambre constitucional de la declaración de emergencia, la misma no habilita a frustrar o aniquilar derechos, sino a suspender su goce de manera transitoria; en virtud de ello, resultan válidas las medidas que restrinjan temporariamente durante un breve plazo y de modo razonable los derechos –como el de propiedad–, sin que se lesione o menoscabe su sustancia (E. Cassagne, 2020:1)<sup>12</sup>.

El acotado marco de nuestra intervención, nos obliga a seleccionar sólo dos de los aspectos más problemáticos de la actuación del Estado durante la pandemia: el servicio de salud y el cercenamiento a la libertad de movimiento producto del confinamiento obligatorio; sin perjuicio de ello, existen otros ámbitos en los cuales los principios sentados deben aplicarse con la debida prudencia, sin perder de vista la situación de emergencia, el principio de presunción de legitimidad de las medidas adoptadas y que la generalidad del sacrificio, obstaría a la viabilidad de cualquier reclamación (por ejemplo, cercenamiento de libertad de tránsito entre distintas localidades, restricciones de apertura de comercios, locales gastronómicos, actividades al aire libre, etc.).

### 3.1. El servicio de salud pública

Evidentemente la organización de la atención de los afectados, las tareas de detección y prevención del contagio, el seguimiento de los casos, etc., concita el mayor despliegue de los distintos estamentos estatales por resultar la protección de la salud uno de las principales misiones del Estado Constitucional de Derecho<sup>13</sup>.

Entonces, la salud, como derecho fundamental, impone que tanto la falta de asistencia sanitaria como los daños producidos en ocasión de la prestación de dicho servicio importarían una violación al principio de dignidad humana (Petrella, 2016:87-104)<sup>14</sup>.

Ahora bien, el diseño de un sistema de salud depende de las previsiones con las que cuentan los órganos responsables, no sólo en función de la población y posibles patologías, sino también de los recursos asignados que, como bien sabemos, son finitos.

Escapa al cometido de esta intervención profundizar sobre las características de la pandemia de COVID-19 que atravesamos, pero cierto es que la misma no puede ser considerada como una contingencia normal y previsible desde la perspectiva de las políticas públicas esperables, ya que los sistemas más idóneos de países desarrollados han presentado serias complicaciones como consecuencia de la congestión de los efectores habilitados.

Por ello, la prestación del servicio de salud pública debe ser evaluada en el marco de la excepcionalidad de la hora, admitiendo las dificultades existentes para lograr una prevención efectiva, como así la gestión de la pandemia con los recursos sanitarios normales y habituales de cada jurisdicción.

Lo cierto es que las pautas de concretización aludidas deberán ser cuidadosamente ponderadas en el juzgamiento de la eventual actividad ilícita del Estado, en particular, las que refieren a los medios con los que contaba el servicio y la previsibilidad del daño.

<sup>13</sup>La Corte Nacional siempre consideró el derecho a la salud como ligado al derecho a la vida, entendiéndola como la primera prerrogativa de la persona humana reconocida y garantizada por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112), destacando la obligación ineludible del Estado de garantizarlo mediante acciones positivas (Fallos: 321:1684).

<sup>14</sup> PETRELLA, ALEJANDRA, Salud Pública, Servicio Público, Derecho a la Salud y Control Judicial, en Control Público y Acceso a la Justicia, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Tº 1 Edic. RAP, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 87-104.

<sup>15</sup>A título ejemplificativo se refiere que los comités de bioética deben establecer recomendaciones éticas para ser aplicadas frente a la emergencia, aconsejando su manejo de modo similar a las medicinas de catástrofes, basada en la justicia distributiva y en la asignación adecuada de recursos sanitarios. En respaldo de ello se cita las recomendaciones éticas de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias, por las cuales en la situación de pandemia deberá prevalecer el deber de planificar, el principio de justicia distributiva y la maximización del beneficio global, debiendo tenerse conciencia de la justa asignación de la distribución de recursos sanitarios limitados. Por ello, en la asignación de recursos durante la toma de decisiones, se



deberán aplicar criterios de idoneidad y tener en cuenta factores como, la edad, la comorbilidad, la gravedad de la enfermedad, el compromiso de otros órganos y la reversibilidad del cuadro, entre otros aspectos. Conf. Mollar, Evangelina, Bioética en los tiempos del COVID-19, LA LEY del 24.04.2020, 1.

<sup>16</sup> En tal sentido puede recordarse el precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires por el cual se rechazó la pretensión de pareja de que su hijo recién nacido recibiera las vacunas correspondientes al Plan Nacional, fundado en su propia visión de la medicina, ya que profesaban un modelo «homeopático» conf. Rivera, Julio César, Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales, DFyP 2010 -noviembre-, 249.

<sup>17</sup> Al respecto habrá de valorarse si realmente podrá encuadrarse el supuesto bajo el factor de actividades riesgosas o cosa riesgosa como lo venía aplicando alguna jurisprudencia: Cám. de Apel. Civ. y Com. Fed., «D. de C. c. Estado Nacional», -2003-; «M.N. 200169 c. MCBA, Cám. Nac. Apel. Civil, -2000-; CSJN, «C.J.A. y otros s. p.ss.aa. propagación culposa de enfermedades peligrosas», -1999-, CSJN, «Denenberg c. Prov. de Buenos Aires», -1999-, todos citados en: Caputi, Claudia, Responsabilidad del Estado- Sistematización y síntesis jurisprudencial,

En tal sentido y en concreta referencia a la previsibilidad de la pandemia y sus modos de mitigarla, podría resultar útil el estándar que fija el artículo art. 32 de la ley española 40/2015 de 1 de octubre por el cual se dispone que la Administración no está obligada a indemnizar las lesiones que tengan su origen en hechos que no se hubieran podido prever o evitar según los conocimientos científicos del momento o el estado de la técnica del momento.

En consonancia con las recomendaciones de la CIDH, sobre las que volveremos *infra*, cobra especial relieve la observación de los principios fundamentales de la bioética, en particular el de «justicia» (E. Mollar, 2020:1)<sup>15</sup>.

En el marco de la emergencia deberá tenerse presente que el interés público prevaleciente en la hora impondrá un estrecho marco para el planteo de objeciones, abstenciones o declaraciones de inconstitucionalidad por parte de los destinatarios de campañas sanitarias que se impongan desde el Estado (J. Rivera, 2010:249)<sup>16</sup>.

Lo hasta aquí expuesto indica que la valoración del servicio de salud ante el planteo de un supuesto de responsabilidad debe valorarse atendiendo a las notas de la emergencia reseñada, ya sea que se trata del juzgamiento de un acto médico, como de un defecto del servicio de salud implementado más allá de las dificultades prácticas que dicho distingo a veces presenta en la práctica –en particular los supuestos de responsabilidad por contagio o propagación de la enfermedad, dada la inusitada agresividad del virus (R. Meneghini, 2012:54.)<sup>17</sup>.

### 3.2. La restricción a la libertad de movimientos

El confinamiento o aislamiento de la población aparece como una de las medidas de mayor afectación de derechos fundamentales –por restringir la libertad de circulación– que los Estados han tomado, en principio, de modo justificado por la pandemia, y para prevenir los contagios.

Respecto a la libertad de movimientos, Nino considera que conforma junto a los derechos a la vida e integridad psicofísica, los bienes que están íntimamente relacionados con la identidad del individuo, constituyendo no sólo una condición fundamental para el ejercicio de la autonomía personal, sino que también para la constitución misma del individuo como ente; de tal modo que, paralizar a un individuo, acotar de modo coactivo sus movimientos, ya sea amarrándolo o sometiéndolo a cautiverio, u obstaculizar sus desplazamientos en un cierto territorio, resultan atentados radicales a la autonomía personal, por lo que dicha libertad se encuentra protegida en la cúspide del ordenamiento en el artículo 14 de la Constitución Nacional, lo que obliga a una ponderación muy cuidadosa de esa restricción y como último recurso y no indiscriminada. Expresamente se refiere el autor citado, dentro del análisis de esta libertad, al caso de la «cuarentena» de algunos enfermos contagiosos, supuesto en el cual la privación de la libertad no deriva de un acto voluntario, y la restricción podría justificarse sólo si ella es compensada debidamente, ya sea en términos de tratamiento médico, comodidades o dinerariamente, lo que podría justificarse sin infringir el principio de inviolabilidad de la persona, por suponer un sacrificio en aras del bienestar colectivo (C. Nino, 2013:254)<sup>18</sup>.

Se afirma que los Estados afectados por la pandemia pueden ampararse en razones de interés público –como lo sería velar por la salud pública–, para ordenar el confinamiento de la población, ya que dicho aislamiento social –de acuerdo a criterios de expertos epidemiólogos– resulta la medida más efectiva para evitar el contagio. Sin embargo, en el ámbito europeo se postula que para que tal medida restrictiva sea declarada conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos, deberá superarse el «test de Estrasburgo», que impone cumplir con una triple condición: i) la limitación deben encontrarse regulada en la legislación interna, ii) debe perseguir alguno de los objetivos legítimos previstos en el propio CEDH (en el caso del confinamiento, velar por la salud pública) y iii) por último, deberá poder ser catalogado como de «necesidad social imperiosa», en una sociedad democrática, considerándose que no se supera dicho rango cuando los motivos alegados no resulten suficientes o cuando se entienda que la medida es despropor-

p. 781, Edic. Rap, Buenos Aires 2007.) -; máxime porque aunque se tomen todos los recaudos en procura del control, pueden producirse mutaciones que no resulta posible controlar conf. Meneghini, Roberto A., Responsabilidad Civil Médica. Infección intrahospitalaria. Un fallo contradictorio, LLBA, 2012 (febrero), 54.

<sup>18</sup> NINO, CARLOS S., Fundamentos de Derecho Constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, 4ª reimpression, Astrea, Buenos Aires 2013, pág. 254.

<sup>19</sup> CLIMENENT GALLART, JORGE ANTONIO, EL Consejo de Europa y la Pandemia de la Covid-19, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12 bis, mayo 2020, -ejemplar dedicado a la experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus «Reflexiones de urgencia» pp. 634-645.

<sup>20</sup> CABRAL, PABLO, Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el gobierno nacional ante la pandemia del covid-19, en *RDA* 2020-130, 64.

<sup>21</sup> ROSATTI, HORACIO, El Estado y la colmena: La emergencia en el derecho constitucional argentino, en «*Revista de Derecho Público, La Emergencia Económica*», 2002-1, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, ps. 79-104, citado a su vez por Biglieri, Alberto en *Control judicial en estado de emergencia por pandemia*, *RDA* 2020-130,48.

cionada respecto del legítimo objetivo que se pretende conseguir (J. Climent Gallart, 2020:634)<sup>19</sup>.

Se afirma que de acuerdo a la jurisprudencia, la proporcionalidad actúa como un límite impuesto a la actividad de los poderes públicos, consistente en mantener un nexo de adecuada proporción entre el fin perseguido y los medios puestos en acción para su realización (P. Cabral, 2020:64)<sup>20</sup>.

El control judicial de la emergencia si bien se encuentra limitado, no debe por ello ser totalmente descartado, en tal sentido Rosatti –citado por Biglieri–, diferencia dos esferas de dicho control; una primera –en la cual no debe incursionarse– y que refiere a los fundamentos políticos, conveniencia, oportunidad o mérito de la declaración; en cambio, una segunda, en la que sí le compete asumir al poder jurisdiccional –hasta donde le sea posible–, para valorar la consistencia de las medidas propuestas en orden a la emergencia dispuesta y en atención a los derechos e intereses en juego, ponderando, de modo inexcusable, la razonabilidad y pertinencia de lo dispuesto en los casos concretos (H. Rosatti, 2002:79-104)<sup>21</sup>.

En conclusión, producto del aislamiento o confinamiento ordenado no cabrían supuestos de responsabilidad por actuación ilícita en la medida que se resguarde la razonabilidad y proporcionalidad de la disposición, ponderada en el caso concreto (especialmente, en el ámbito territorial correspondiente y de acuerdo al desarrollo epidemiológico del mismo). Muchos menos por actuación lícita, por la generalidad del sacrificio así lo impone.

Sin perjuicio de ello, y en función de la generalidad del sacrificio, autores como Perrino y Sanguinetti consideran que no serían indemnizables, en principio, los perjuicios generalizados sufridos por la población como consecuencia de las medidas generales adoptadas por el Estado para preservar la salud pública y que resulten gravosas para la libertad individual y económica, ya que carece de especialidad el sacrificio desde una perspectiva cuantitativa –como ya se refirió–; en cambio, entienden que lo afirmado no resulta aplicable a supuestos en que el sacrificio asuma un carácter diferencial, por

exceder la cuota que razonablemente impone la vida en sociedad (por ejemplo: comerciantes que se vieron obligados a cerrar en definitivamente sus negocios por las restricciones impuestas o los daños padecidos por ciudadanos argentinos que se encontraban en el extranjero y no pudieron retornar al país por el cierre de fronteras (P. Perrino; J. Sanguinetti, 2020:220)<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> PERRINO, PABLO; SANGUINETTI, JUAN CARLOS, Responsabilidad del Estado por las medidas adoptadas con motivo de la Pandemia de Covid19, en RDA 2020-130,220.

#### **4. Recomendaciones de organismos internacionales**

A la hora de establecer parámetros o estándares del debido cumplimiento de los servicios públicos pueden resultar fundamentales las recomendaciones brindadas por organismos supranacionales para la emergencia.

Para nuestro sistema –por su rol como fuente del derecho–, cobran mayor relevancia las disposiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dicho Tribunal formuló la Declaración 1/20 de abril de 2020 «COVID-19 y Derechos Humanos», bajo la directriz que los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales.

Entre las numerosas recomendaciones dictadas, señalamos las que consideramos más relevantes a los fines de la ponderación del servicio público esperado frente a la gestión de la pandemia:

Principalmente que la adopción e implementación de medidas para abordar y contener la situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal.

En tal sentido, toda medida que signifique la afectación o restricción del goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente,

## BIBLIOGRAFÍA

- BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, T° II, La Ley, Buenos Aires 2008.
- Biglieri, Alberto en Control judicial en estado de emergencia por pandemia, RDA 2020-130,48.
- CABRAL, PABLO, *Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el gobierno nacional ante la pandemia del covid-19*, en RDA 2020-130, 64.
- CAPUTI, CLAUDIA, *Responsabilidad del Estado- Sistematización y síntesis jurisprudencial*, Edic. Rap, Buenos Aires 2007.
- CASSAGNE, EZEQUIEL, *El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el COVID-19*, en LA LEY del 02.06.2020.
- CLIMENENT GALLART, JORGE ANTONIO, *EL Consejo de Europa y la Pandemia de la Covid-19*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12 bis, mayo 2020, -ejemplar dedicado a la experiencia jurídica latina en tiempos de coronavirus «Reflexiones de urgencia».
- MENEGHINI, ROBERTO A., Responsabilidad Civil Médica. Infección intrahospitalaria. Un fallo contradictorio, LLBA, 2012 (febrero), 54.
- MOLLAR, EVANGELINA, *Bioética en los tiem-*

legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, en particular, el uso de la fuerza. deben ser garantizados sin discriminación

Deben garantizarse los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a toda persona, pero en especial a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque encontrarse en situación de mayor vulnerabilidad.

Como adelantemos supra, el derecho a la vida y a la salud debe garantizarse respetando la dignidad humana y observando los principios fundamentales de la bioética.

Dedica una recomendación especial tendiente a que las trabajadoras y trabajadores de la salud sean provistos de los insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, vida y salud, y que les permita desempeñar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.

Se advierte que las medidas de aislamiento social pueden generar un aumento exponencial de las situaciones de violencia contra las mujeres y niñas, por lo que el deber estatal sobre tal temática se agudiza, debiendo adoptar todas las acciones tendientes a la prevención de casos de violencia de género y sexual, lo que impone establecer mecanismos seguros de denuncia directa e inmediata, y reforzar la atención para las víctimas.

En cuanto al deber del Estado de garante de la seguridad e integridad de las poblaciones carcelarias se torna necesario reducir los niveles de superpoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.

Resulta esencial también para el Tribunal que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, así como se proteja particularmente la actividad de la prensa y organismos defensores de derechos humanos.

Por su parte el Consejo Europeo, emitió en fecha 7 de abril de 2.020 el documento titulado «Respetando la democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos en el marco de la crisis sanitaria de la COVID-19» donde, además de recordar que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el derecho a la protección de la salud de sus ciudadanos, alertó que las mismas no debían ser utilizadas como excusa para socavar los valores inherentes a la democracia, al estado de Derecho y a los Derechos Humanos en Europa.

## 5. Conclusiones

Los justos límites de la responsabilidad del Estado por sus acciones u omisiones –ya lícitas o ilícitas– ha deparado no sólo una relevante jurisprudencia del principal Tribunal Constitucional de la República, sino que también ha producido numerosos aportes doctrinarios desde las posturas más extremas –iuspublicistas o iusprivatistas– a intermedias.

Sin embargo, tales postulados deben ser cuidadosamente ponderados frente a eventuales planteos de derechos a reparaciones de daños provenientes de la gestión pública de la emergencia provocada por la pandemia de COVID-19.

Evidentemente, no es lo mismo administrar la salud, la educación, la asistencia social, las políticas económicas, la habilitación de negocios, su contralor, la seguridad, el libre tránsito de los ciudadanos, etc., en condiciones regulares que bajo la conminación de la propagación de un virus de una agresividad inusitada demostrada no sólo en nuestro país, sino en todas las latitudes.

El estándar de un servicio regular de salud, por ejemplo, no puede ser valorado hoy del mismo modo que lo veníamos haciendo, frente al escenario del aumento exponencial de casos de trastornos respiratorios que requieren asistencia mecánica, y las unidades de cuidados intensivos no se en-

*pos del COVID-19*, LA LEY del 24.04.2020.

- MURATORIO, JORGE I.; «Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita», AA.VV., Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.
- NINO, CARLOS S., Fundamentos de Derecho Constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, 4ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires 2013.
- PERRINO, PABLO; SANGUINETTI, JUAN CARLOS, Responsabilidad del Estado por las medidas adoptadas con motivo de la Pandemia de Covid19, en RDA 2020-130,220.
- PETRELLA, ALEJANDRA, Salud Pública, Servicio Público, Derecho a la Salud y Control Judicial, en Control Público y Acceso a la Justicia, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, T° I, Edic. RAP, Astrea, Buenos Aires, 2016.
- RIVERA, JULIO CÉSAR, Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales, DFyP 2010 -noviembre-, 249.
- ROSATTI, HORACIO, El Estado y la colmena: La emergencia en el derecho constitucional argentino, en «Revista de Derecho Público,

La Emergencia Económica», 2002-1, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

• SÁENZ, JUAN IGNACIO, *Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia*, en Responsabilidad del Estado, director: Pedro Aberastury, LexiNexis, Buenos Aires 2007.

contraban diseñada para tal evento, ni el mismo era previsible a principios del año en curso.

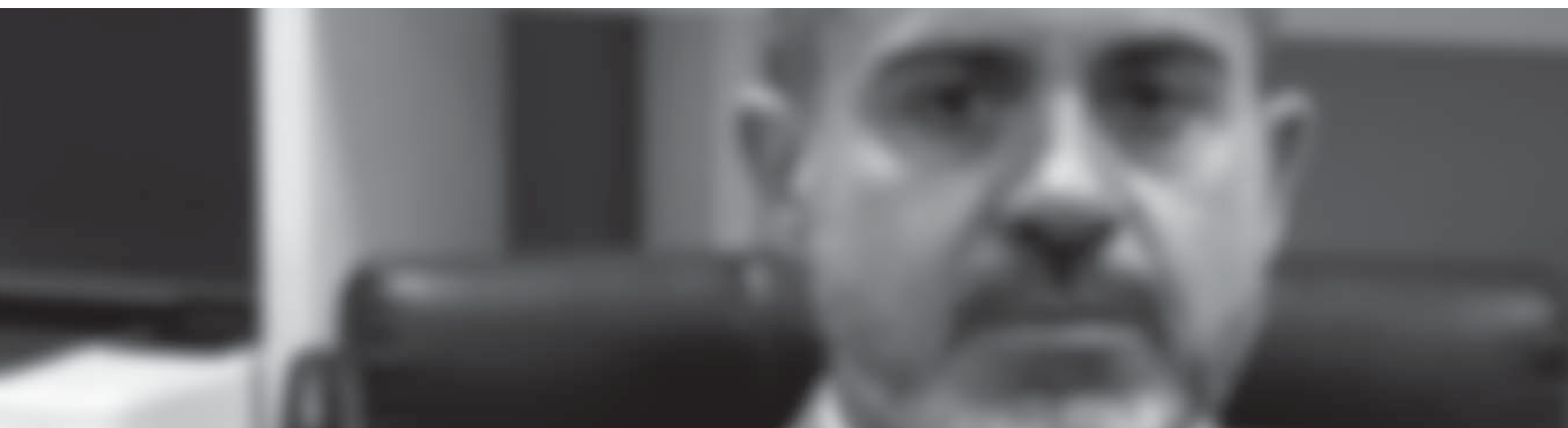
La generalización de los sacrificios que la población debe afrontar lleva a sostener que, salvo cuando la singularidad sea evidente, deberán soportarse las cargas que impone la gestión pública de la emergencia.

Sin embargo, la sola declaración de emergencia y la mera invocación a la pandemia no puede resultar un impedimento para la valoración de la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que afecten derechos fundamentales, las que siempre deberán apegarse al más estricto control en el marco del sistema republicano de gobierno. ■





# FUERO PENAL



# JUSTICIA PENAL Y PANDEMIA. LA EXPERIENCIA EN ROSARIO

**DR. GONZALO LÓPEZ QUINTANA**

JUEZ DEL COLEGIO DE JUECES DE PRIMERA INSTANCIA DE ROSARIO



*El siguiente ensayo se encamina a describir el impacto de la pandemia causada por el virus CoVid y las medidas sanitarias y políticas que en consecuencia se dictaron, en la administración de justicia penal en el ámbito del Colegio de Jueces de la Segunda Circunscripción, en la ciudad de Rosario – que reúne el mayor caudal de trabajo del territorio provincial–. En su desarrollo, se relata con criterio temporal y sustantivo, la actividad desarrollada, la búsqueda de nuevas formas de trabajo y el resultado de la labor obtenida. Además se dedican acá-pites especiales sobre las decisiones adoptadas para el cuidado de la salud de los detenidos y las experiencias de los juicios orales en pandemia.*

## **I. Pandemia y Sistema Procesal Acusatorio**

Desde hace unos años rige en la provincia un procedimiento penal caracte-

rizado por la oralidad en todas sus etapas esenciales. A diferencia de lo que sucede en materia civil, comercial y contencioso-administrativa, se ha eliminado prácticamente el sistema de traslados con copias de escritos y plazos para evacuar descargos, reservándose éste trámite para contadas excepciones. Así las cosas, la mayoría de las controversias se resuelve convocando a audiencias en las que participan todos los interesados y que finalizan con la resolución inmediata del juez.

El paradigma adversarial –que en nuestro caso materializa la regla de la oralidad– exige adecuar la litigación y la forma de arribar a la decisión judicial a la contradicción entablada entre las partes, y con ello queremos decir, que las proposiciones sobre las cuales éstas versan surgen en la misma audiencia. La centralidad de este procedimiento procura, por su parte, las restantes pautas que prevé el art. 3 CPP: concentración, inmediatez, simplificación y celeridad.

Ahora bien, parecería entonces que la inmediatez, en su definición, sugiere algo más que ser aquella regla procesal que evita la delegación de funciones por parte del Magistrado, que el sistema republicano repudia. Creemos que ese sentido extra ha salido de su opacidad a partir de la pandemia originada por el COVID-19 (Sars- CoV- II).

En tal dirección, habremos de señalar que además de su referencia a lo temporal, *inmediato* es lo que está contiguo o muy cercano a algo o alguien (RAE, 2019). De la misma manera, *inmediación* implica (en su sentido lego) proximidad en torno a un lugar (RAE, 2019).

Con ello, en sentido estricto, la regla procesal se potencia, toda vez que se define de forma positiva, como aquella que nos exige estar juntos, comparecer, aproximarse, compartir un espacio (la sala, el edificio) y un tiempo (el que dure el debate) para discutir y resolver un conflicto. Sería algo así como: «*todos, juez, fiscal, defensor y acusado, en la misma hora y en el mismo lugar*»; un espacio-tiempo comunes que nos reúnen y nos enlazan a partir de las diferencias de opiniones y en la búsqueda de una solución. Podemos agre-

## CITAS

<sup>1</sup> En este sentido, el decreto del PEN 297/2020 en sus fundamentos, considera que «*las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio revisten un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del COVID-19*».

<sup>2</sup> Realizamos esta metáfora para señalar su carácter sorpresivo y de alto impacto, generador de reacciones negativas y también, positivas, y ello a pesar de la opinión de Taleb, brindada en *Taleb Says «White Swan» Coronavirus Was Preventable*, Bloomberg Markets (30/03/2020, disponible en <https://www.bloomberg.com/news/videos/2020-03-31/nas-sim-taleb-says-white-swan-coronavirus-pandemic-was-preventable-video>).

gar otros actores: la víctima, sus familiares, allegados al imputado, prensa, público, etc. De lo que no quedan dudas a estas alturas, es del carácter colectivo, público y social de la audiencia.

A partir de estas nociones iniciales es posible ilustrar el impacto de las medidas provocadas por la propagación del virus y la inexistencia de tratamiento y vacuna. Aun cuando los agentes de los servicios de justicia, durante el desarrollo de sus funciones, estaban excluidos del «*aislamiento social, preventivo y obligatorio*» previsto en el decreto del PEN 297/2020, continuar con el sistema procesal que la ley exige tal como venía funcionando, implicaba exponer a magistrados, funcionarios, fiscales, defensores, imputados, víctimas, familiares, policías, agentes penitenciarios, y personas detenidas, a la posibilidad de enfermarse<sup>1</sup>. Por otro lado, en el ámbito penal hay, un gran número de situaciones que requieren atención urgente.

A esta situación, se agrega que las medidas de los poderes ejecutivos nacional y provincial y la Acordada de la Corte que ha dispuesto el receso administrativo, han sido adoptadas en un lapso temporal breve desde la aparición del primer caso positivo en Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a partir de allí, la realidad se nos ha modificado cuantiosamente y de forma casi sorpresiva (¿o alguno de nosotros podía imaginar en enero cuando escuchábamos noticias de lo que sucedía en China que esto arribaría a nuestro país y llevaría a la paralización por casi cuatro meses?). No contábamos con un plan de contingencia ni protocolo para la emergencia. No había manual de instrucciones. La situación no se había pensado, no se incluía de ninguna manera en nuestro horizonte posible. En este sentido, la pandemia se ha presentado como un cisne negro (Taleb, 2007).<sup>2</sup>

A partir de estas consideraciones, en las próximas líneas intentaremos relatar lo que estimamos son las estrategias positivas que pudimos desarrollar que, con seguridad pasarán, a formar parte de lo cotidiano aun cuando la crisis haya terminado.

## II. La primera semana

El 19 de marzo de 2020 la Corte Suprema de la Provincia resolvió por Acordada N° 10 la prestación mínima del servicio de justicia, limitada a los asuntos de urgente despacho o que por su naturaleza no admitían postergación. Asimismo, ordenó la suspensión de plazos procesales y audiencias y delegó en las autoridades o jefes de oficina decidir la forma en que reducirían la presencia del personal para llevar a cabo el trabajo de su competencia y así no afectar las tareas encomendadas. Además, recomendó «enérgicamente a profesionales y público en general, la importancia de reducir la concurrencia y permanencia de personas en el ámbito de los tribunales», recordó «la factibilidad de gestionar el trámite o información requerida por vía telefónica o electrónica» y limitó el horario de atención de 08:00 a 12:00 hs. (CSJSF, Acordada 10, 19/03/2020).<sup>3</sup>

En sentido similar, el Colegio de Jueces de 2ª Instancia de la 2ª Circunscripción dictó el 20 de marzo de 2020 un acuerdo, por medio del cual para el caso de trámites urgentes, la OGJ 2 debía correr traslado a la parte contraria, para que por escrito y por correo electrónico formulase la contestación de la postulación impugnativa, y luego el juez resolver la incidencia. A la vez habilitó la consulta telefónica de los apelantes y que la resolución judicial se efectuase a través de cualquier dispositivo electrónico.

En este marco entonces, los coordinadores de los Colegios de Jueces Penales de la 2ª Circunscripción (primera instancia) dictaron la resolución N° 217 TXLIX F 97 el 23 de marzo de 2020, por medio de la cual se estableció un trámite escrito en el que, la OGJ que recibía la solicitud de un trámite urgente sobre medida cautelar debía correr traslado a la contraparte por 24 hs., y después el magistrado exponía de manera escrita su decisión. Esta se notificaba por correo electrónico. Las audiencias imputativas y los hábeas corpus debían diligenciándose por audiencia, de manera presencial o por medios electrónicos.<sup>4</sup>

A pesar de los esfuerzos reglamentarios, la realidad de primera instancia

<sup>3</sup> De acuerdo al informe del CEJA (2020) «casi la totalidad de los Poderes Judiciales (de la región latinoamericana) decretaron la suspensión del servicio judicial y de plazos judiciales, conservando un servicio de prestación mínima». <https://cejamericas.org/que-hace-ceja/estudios-y-proyectos/estudios-y-proyectos/tecnologia-de-la-informacion-y-comunicaciones-tics/reporte-ceja-estado-de-la-justicia-al-consideraciones-generales-ceja/>.

<sup>4</sup> La toma de decisiones excepcionales por vía reglamentaria por parte de las Cortes Supremas u órganos con facultades de gobierno judicial fue generalizada en la región, y contuvieron lineamientos generales como regulaciones sobre teletrabajo o cómo prestar el servicio y medidas jurisdiccionales como la modalidad de trámites que relatamos.

<sup>5</sup> Esta situación parece haber sido común en otros espacios según el informe del CEJA (2020) en cuanto menciona «También se ha presentado, en algunos países, un estado generalizado de confusión acerca de qué temáticas continuarán laborando y cuáles no».

distó bastante de ajustarse a estas disposiciones. Desde el inicio del nuevo sistema penal era habitual utilizar correos electrónicos para la presentación de escritos, contestar traslados y vistas, y notificar. Incluso, sucedía que cuando la fiscalía o la defensa realizaba un requerimiento a la Oficina de Gestión o a algún magistrado, remitía «con copia» (CC) el pedido a su contraparte, y con ello, ésta quedaba en condiciones de contestar la solicitud aún antes de que se proveyera la vista o el traslado. Igualmente, se requería el agendamiento de audiencias través del sistema Neoris, con un fundamento breve.

Esto posibilitó que Fiscalía y Defensa (pública y privada) continuaran presentando, a través del correo de la Unidad de Atención al Público de Oficina de Gestión solicitudes no urgentes, que se plasmaron en la suma aproximada de setecientos *e-mails* diarios en la primera semana del receso de acuerdo a la información de los correos oficiales. Por ello, se produjo en los inicios de este período un *cuello de botella* que impidió distinguir lo apremiante de aquello cuya respuesta podía esperar, demorando el trámite de lo primero. Esta situación se mantuvo en el tiempo, y una vez pasado el sacudón inicial, se fueron clasificando y ordenando los pedidos. La dificultad para diferenciar provocó que funcionarios de la oficina de Gestión, empleados y magistrados debieran permanecer en la sede del Centro de Justicia Penal entre ocho y doce horas promedio.<sup>5</sup>

En este primer momento, se suspendieron los juicios orales programados, las audiencias preliminares, los procedimientos abreviados (salvo que el imputado recuperase la libertad en función del acuerdo), las suspensiones de juicios a prueba (Art. 77 C.P.), y las audiencias de ejecución sobre salidas transitorias, laborales y de semidetención.

La estadística de la primera semana indica que se celebraron cuarenta y ocho (48) audiencias imputativas, se revisaron veintitrés (23) medidas cautelares, y se condenó a trece personas bajo la modalidad de procedimiento abreviado, es decir, un promedio de un sentencia judicial y de siete autos interlocutorios por día.

### III. La ayuda de las TIC's

Después de la primera semana, y en vistas al número de solicitudes, se implementaron dos turnos de trabajo, cubriendo el rango de 8:00 hs. a 20:00 hs., la misma cantidad que en jornadas normales. Además de los magistrados que se encontraban físicamente en la oficina, todos los integrantes del Colegio se mantuvieron activos, trabajando desde sus domicilios. Igualmente lo hicieron empleados y funcionarios que no asistían en ese turno.

El teletrabajo fue posible gracias a la incorporación del programa de video-llamadas y reuniones, *Zoom*. Como la mayoría de los Poderes Judiciales<sup>6</sup>, no contábamos con plataformas virtuales propias para realizar estas actividades. A ello se agregaba que las computadoras del Centro de Justicia que se encontraban en las salas de audiencias no estaban conectadas a internet.

El 26 de marzo de 2020 se realizó una prueba piloto en la que se recibieron dos audiencias semi-presenciales con los imputados alojados en el lugar de detención, utilizando una notebook y un modem inalámbrico con una tarjeta de datos. Luego, esta mecánica se generalizó y todos los intervinientes se conectaron desde computadoras personales.

Luego de esta experiencia la Corte adquirió licencias oficiales de *Zoom*, proveyó algunas notebooks y autorizó más claves de acceso remoto al sistema penal. Se diseñó un protocolo para la realización de audiencias por Video Conferencias (aplicativo *Zoom* o similar) y un protocolo de resguardo de las audiencias realizadas por *Zoom*, a través de la aplicación *Mega.nz*, que suministró un servicio de almacenamiento en la nube y chat cifrado punto a punto a través de navegadores *web* estándar (*Google*, por ejemplo).

Una vez realizada la audiencia de manera virtual, el empleado –que previamente había contactado a las partes a través de un grupo cerrado de *WhatsApp*, en el cual se compartía el link de reunión de *Zoom* para que pudieran acceder juez, defensor, imputado (a través de un contacto propiciado en la unidad penitenciaria) y el fiscal, y otros documentos– labraba acta de los

<sup>6</sup> Ver. Informe de CEJA (2020) ya mencionado en el que se detallan los inconvenientes que generó en la totalidad de países de audiencias virtuales.



sucedido en un archivo digital (.doc) poniéndolo inmediatamente a disposición del juez y de las partes (en el mismo grupo de *Whatsapp* o compartiendo pantalla por *Zoom*). Al contar con la conformidad del contenido y de la resolución, se exportaba a un archivo .pdf, y se remitía a otro empleado o funcionario, encargado de efectuar las comunicaciones (órdenes al Servicio Penitenciario, exámenes médicos, libertades, etc.) y de cargar el resultado al sistema Neoris, para que la información de lo sucedido en audiencia estuviera disponible al público. De esta forma, era posible acceder rápidamente al acta y demás documentos digitales creados en esa carpeta.

El teletrabajo requirió que quienes lo hacían dedicasen muchas más horas que las de las jornadas habituales, extendiéndose algunas de ellas hasta pasada la medianoche. A medida que se prorrogaba el aislamiento, bajó abruptamente el número de audiencias presenciales, mientras que crecía el porcentaje de las que se realizaban de forma virtual. Finalmente, los trámites escritos que había establecido la Resolución 217 del Colegio de Jueces de Primera Instancia fueron cayendo en desuso. (Ver tabla N° 1)

TABLA N° 1

AUDIENCIAS REALIZADAS POR OGJ1 ROSARIO						
Período: del 20-03-2020 al 19-06-2020						
Fuente: Sistema Gedysis						
	Modalidad				TOTAL	%
	Presencial		Virtual			
	Cantidad	%	Cantidad	%		
Marzo	87	98%	2	2%	<b>89</b>	<b>5%</b>
Abril	6	2%	392	98%	<b>398</b>	<b>24%</b>
Mayo	11	2%	570	98%	<b>581</b>	<b>36%</b>
Junio	38	7%	529	93%	<b>567</b>	<b>35%</b>
<b>TOTAL</b>	<b>142</b>	<b>9%</b>	<b>1493</b>	<b>91%</b>	<b>1635</b>	<b>100%</b>

#### IV. El resultado final

Este esfuerzo concluyó en que la respuesta judicial, en número de trámites y audiencias, fue similar a la del año anterior. Si observamos la tabla 2, notaremos cómo van en aumento el número de trámites a medida que avanzan los meses, cómo la relación entre las audiencias de manera virtual y presencial se va invirtiendo, y el impacto del trámite escrito en los asuntos urgentes, cuya incidencia fue escasa y única en el mes de abril, no existiendo datos al respecto en los demás meses. Las 726 resoluciones que se agregan para arribar al total incluyen trámites no urgentes. (Ver tabla 2). Al comparar el total de trámites con los del año anterior advertimos que la diferencia no resulta abismal. De los datos extraídos del sistema *Hedysis*, observamos que durante los meses de marzo y junio de 2019, en el mismo período se recibieron 3661 audiencias. Aun cuando la diferencia parecería significativa a primera vista (1000 audiencias y trámites), en realidad se corresponde con lo que se realizaba en un mes de trabajo en tiempos normales. Incluso este valor se explica probablemente, no por falta de trabajo de los agentes de justicia y magistrados, sino por la suspensión de alguna de las tareas regulares: los juicios orales –que exigen de mayores recursos técnicos sobre los que nos expediremos en un apartado más adelante– y las audiencias de ejecución– toda vez que por disposición del Servicio Penitenciario Provincial y de la Coordinación del Colegio de Jueces en fecha 18 de marzo de 2020, se

**TABLA N° 2** (P: Presencial / V: Virtual)

MARZO (desde el 20/03 al 31/03/2020)		ABRIL		MAYO	JUNIO (hasta el 19/06/2020)	TOTAL
Escrito	Oral	Escrito	Oral			
	<b>89</b> (87 P y 2 V)	<b>96</b>	<b>398</b> (6 P y 392 V)	<b>581</b> (11 P y 570 V)	<b>567</b> (38 P y 529 V)	<b>2361</b> (Audiencias y resoluciones escritas- 726)

suspendieron las salidas laborales, transitorias, acercamientos familiares, visitas íntimas, traslados por fallecimientos y nacimientos, lo cual justifica que no se hayan realizado para los supuestos de la ley 24.660-. Aún más, de acuerdo a los valores indicados, es posible afirmar que el trabajo realizado por el servicio de justicia penal en primera instancia en la ciudad de Rosario, en términos comparativos, alcanzó en esta etapa de receso al 65 % de lo efectuado al año anterior.

#### **V. ¿Qué más hicimos?**

Las estadísticas enseñan que las audiencias imputativas en las que el actor penal requería una medida cautelar, generalmente prisión preventiva, se mantuvieron en número similar a las realizadas en el 2019. Casi todos estos requerimientos se debieron a detenciones por homicidios, lesiones y amenazas en contextos de violencia de género y violación de prohibiciones de acercamiento, delitos contra la propiedad (robos, hurtos), encubrimientos, y quebrantamiento de la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio que implicaban la transgresión de la política sanitaria (art. 205 CP). En el ámbito de ejecución penal, se conservaron las audiencias sobre libertad condicional y libertad asistida. En estos casos, para su agendamiento se exigió que el peticionante acompañara, al momento de la solicitud, los informes dispuestos por la ley 24.660.

Como mencionamos, a medida que fueron avanzando los días no sólo aumentó nominalmente la cantidad de audiencias, sino también los asuntos a tratar. Durante el mes de abril, se trataron juicios abreviados, y en mayo se agregaron preliminares, declaraciones testimoniales en cámara Gesell y otros anticipos jurisdiccionales, y formas alternativas de resolver el conflicto penal como suspensión de juicios a prueba, criterios de oportunidad y derivación a mediación.

Para estos supuestos, mediante providencias breves se ordenó la colaboración de las partes para hacer posible la comparecencia de todos los

interesados. En este sentido, en las probation se requirió al defensor que procurara los medios necesarios para que el imputado –en libertad– pudiera presenciar la audiencia, informando a la Oficina de Gestión sus datos de contacto. Asimismo se hizo saber a la Fiscalía, en relación a las víctimas, que debían consultarles si era su deseo participar en la audiencia y en su caso, buscar la forma, a través de *email*, videollamadas, etc., de que lo hiciesen o manifestasen fehacientemente su voluntad. Del mismo modo, se procedió en los procedimientos abreviados para cumplimentar con el requisito del 339 CPP.

El resultado fue el dictado de aproximadamente doscientas cuarenta condenas (240) durante el receso administrativo. A ello se agregó la recepción de treinta y ocho (38) declaraciones testimoniales de niños, niñas y adolescentes acompañados por sus progenitores y asistidos por psicólogos y Asesores de Menores.

## **VI. Preservación de la salud de personas detenidas, *habeas corpus* y revisión de detenciones**

A pocos días de iniciado el receso administrativo, el médico de la Unidad N° 11 de Piñero elaboró un informe en el que enumeraba de acuerdo a su criterio y a las reglamentaciones administrativas vigentes, a las personas detenidas en ese establecimiento que podían ser encuadradas en 'grupo de riesgo', y lo puso en conocimiento del SPPDP y del Colegio de jueces.

Esto motivó que los magistrados en turno requirieran con urgencia a la unidad 11 y a las demás Unidades Penitenciarias y de Detención del Sur de la Provincia, información pormenorizada acerca de las concretas medidas y recaudos adoptados.

Por otra parte, se solicitó la colaboración del personal penitenciario para gestionar trámites en los que debían participar personalmente el imputado y para evitar su traslado fuera del Penal. En este sentido, por ejemplo, ante pro-

puestas de defensores realizadas por sus familiares, se ordenó que personal de la unidad penitenciaria los notificara de la presentación y se labrara acta que contuviera una simple exposición de lo manifestado por el interno. Igualmente, se requirió que los exámenes médicos de los detenidos se realizaran dentro de la unidad penitenciaria, y en los casos en que fuese necesario y posible, la intervención de un especialista. Con ello, se intentó compatibilizar necesidades de salud con la inconveniencia de asistir a un nosocomio, dada la posibilidad de contraer el virus y los riesgos de contagio dentro de la cárcel.

Asimismo, a solicitud de las defensas, se analizaron múltiples pedidos de libertad, prisiones domiciliarias por razones de salud del detenido o de algún miembro de su familia, revisiones de prisiones preventivas en función del art. 225 CPP (apoyadas en que la pandemia era una nueva circunstancia a ponderar), y hábeas corpus correctivos fundados en que la posibilidad de contagio constituía un agravamiento de las condiciones de detención.

Además de las audiencias de hábeas corpus, cuyo número fue casi idéntico al del año 2019, se dio trámite a otros de carácter colectivo incoados por el SPPDP. Ellos se presentaron a favor de las personas sin hogar o en situación de calle, para prevenir su detención por violación del art. 205; de los internos del Pabellón 14 de Piñero cuya reclusión en las celdas fue dispuesta por el Director de la Unidad 11 luego de un intento de motín y el ataque a un guardia; de las internas de la Unidad 5 por el cese de salidas transitorias, laborales y de visitas; de los condenados con resoluciones favorables de salidas transitorias; y de los detenidos de la Unidad 11, en razón de problemáticas diferentes, entre las que se encontraban requerimiento de asistencia médica y toma de recaudos para grupos de riesgo.

## VII. Juicios Orales en tiempos de Pandemia.

Durante el receso administrativo se suspendieron los juicios orales previstos para esos meses. Esta decisión se replicó en casi todo el territorio nacional y abrió una discusión a nivel dogmático sobre si era o no posible realizar

estos procesos de manera virtual sin vulnerar el principio de inmediación, entendido aquí cómo aquel le permite al juez entrar en contacto directo con la prueba y generar una convicción propia sobre ella. Se levantaron voces en contra invocando que las TICs generaban una distancia inevitable que impedía su adecuado control y habilitaba la producción de relatos guionados o falsos. Por el otro, se manifestaron a favor teniendo en cuenta que: 1) la opción dependía de las necesidades del juicio y de aquello que era materia de debate; 2) la psicología experimental demostraba que la credibilidad no podía depender de señales fisiológicas o conductuales; 3) el valor de convicción de la prueba se fundaba en un razonamiento analítico, y este debía poder hacerse a partir de información que surgía en el debate; 4) en función de los puntos 2 y 3, lo decisivo era la calidad del método de litigación, sobre todo en el examen directo y contrainterrogatorio, más allá del soporte presencial o virtual en que se produjera; 5) se aceptaba la reproducción de videos de cámaras Gesell y anticipos jurisdiccionales, también con formato virtual o digital; 6) la mayoría de las condenas se realizaban por juicios abreviados, en donde el juez no valoraba la credibilidad de la prueba; 7) la posibilidad de retransmitir el debate favorecería la publicidad.

Más allá de la discusión doctrinaria y sin tomar postura por una u otra, queremos señalar que la suspensión de juicios, por lo menos en nuestra sede, se debió fundamentalmente a cuestiones prácticas. La organización de estos procesos en tiempos normales requería una cantidad de recursos humanos y técnicos, que se incrementaban en tiempos de pandemia, convirtiéndose su carencia en un obstáculo serio. Entre ellos, a partir de nuestra experiencia, podemos señalar: 1) los testigos ofrecidos eran citados en reiteradas ocasiones antes del debate por las partes a fin de organizar la exposición de su teoría del caso; 2) se realizaban reuniones previas entre las partes, con presencia del magistrado y con colaboración de agentes de OGJ, para la organización del cronograma y zanjar cuestiones previas; 3) era necesario solicitar los elementos materiales ubicados en depósitos judiciales que permanecieron cerrados; 4) la citación de los testigos se diligenciaba a través de personal policial apostado en la comisaría de la jurisdicción del domicilio, cuya disponibilidad se vio menguada por hacer frente a otras tareas de

prevención; 5) no existían –aun cuando en la actualidad continúa siendo de este modo– espacios para aislar a los testigos entre sí mientras esperaban para realizar la deposición; 6) no era posible mantener distancia en la ubicación de los jueces en el estrado en tribunales pluripersonales, ni entre los demás intervinientes en la sala de audiencia; 7) no podía trasladarse a los acusados para presenciar el debate ni habilitar que lo sigan virtualmente por la extensión de las jornadas, la irregularidad de la conexión y la falta de recursos técnicos y edificios en las unidades penitenciarias; 8) estaba entorpecido el transporte de las personas en general hasta la sede del tribunal; 9) se carecía de medios electrónicos adecuados, a lo que se sumaba la imposibilidad de acceso a la tecnología de muchas personas, como testigos, víctimas, etc.; 10) la complicación para acceder a internet en las salas de audiencias, entre otras.

A partir del 22 de junio, se reanudaron la celebración de juicios orales y se dio prioridad a aquellos cuyos acusados contaban con mayor tiempo de prisión preventiva. Hasta el momento, las declaraciones testimoniales fueron alternándose entre presenciales y virtuales cuando el testigo o perito está comprendido en algún grupo de riesgo o fuera del territorio provincial. Fiscalía y Defensa limitaron sus convocatorias a personas cuya información resultaba estrictamente necesaria. Igualmente se implementaron medidas sanitarias como la colocación de mamparas en las salas de audiencias, la preservación de la estricta distancia entre las personas, la desinfección del espacio en el que ubica el testigo luego de su declaración y previo al ingreso del siguiente y la colocación de papel film en los micrófonos para evitar la contaminación. Las reuniones previas con magistrados se fueron realizando únicamente para resolver cuestiones jurisdiccionales y se reemplazaron por reuniones informales entre las partes y agentes de OGJ, presenciales, virtuales o bien, a través del intercambio de correos electrónicos, entre otras.

## Conclusión

La pandemia causada por el virus CoVid (Sars-CoVid-II) nos hizo repensar

la intermediación en un sistema procesal acusatorio. En este sentido, lejos de retroceder en la marcha emprendida en el año 2014 retornando al sistema escrito, se garantizó la indelegabilidad de funciones, el contacto directo del juez con las partes, el imputado y los hechos del caso, realizando audiencias orales de manera virtual con apoyo en las TICs, como *Zoom*, *Whatapp*, *Mega.nz*. En este punto, debemos resaltar la articulación de esfuerzos provenientes de los distintos actores del sistema penal toda vez que el uso de herramientas informáticas significó un reordenamiento de la forma de trabajo. Ello permitió que la respuesta judicial en casos de controversias fuera similar a la de otros años.

La dificultad para organizar juicios orales no impidió que se alcanzaran igualmente condenas— la consecuencia más grave de la aplicación del derecho penal estatal— a través de un número considerable de procedimientos abreviados. Igualmente, la atención dedicada a cuidar la salud de los detenidos redundó en que a la fecha en que se escriben estas líneas, no hayan existido contagios dentro de las cárceles.

Finalmente, resta decir que las modificaciones de la actividad diaria se mantienen y se expanden. Cada vez resulta más frecuente recurrir a plataformas digitales para tramitar solicitudes y resolver dificultades relacionadas con la comparecencia de personas al tribunal. Ello nos permite inferir, que de la mano de la regla de la informalidad, el uso de las TICs capaces de potenciar la intermediación, no sólo ha llegado para quedarse, sino también que su capacidad de maximizar el acceso a la justicia y la publicidad de los actos judiciales podría favorecer a la profundización del sistema republicano y del principio democrático. ■



#### BIBLIOGRAFÍA

- CEJA, Reporte «Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19: medidas generales y uso de TICs en procesos judiciales» (mayo, 2020), disponible en <https://cejamericas.org/2020/05/08/nueva-publicacion-reporte-ceja-estado-de-la-justicia-en-america-latina-bajo-el-covid-19/>.
- Datos estadísticos brindados por la Subdirección Administrativa de la Oficina de Gestión Judicial de Rosario, de los períodos 1/01/2019 al 20/06/2019 y 20/03/2020 al 19/06/2020.
- Protocolo para la realización de audiencias por Video Conferencias (aplicativo *Zoom* o similar) de la Oficina de Gestión Judicial de Primera Instancia Rosario.
- Protocolo de resguardo de las audiencias realizadas por *Zoom* de la Oficina de Gestión Judicial de Primera Instancia Rosario.
- Real Academia Española, 2019, disponible en [www.rae.es](http://www.rae.es).
- Resoluciones del Colegio de Jueces de Primera Instancia de Habeas Corpus Colectivos, obrantes en el Protocolo de Autos y Sentencias de Primera Instancia de Rosario, en el orden enunciado en el texto: N° 396 T XLIX F 452/463; N° 477 TL F 157-170; N° 475 TL F 148-154; N° 470 T L F 125/9; N° 487 T L 223/229.
- Resolución N° 217 T XLIX F 97 de la Coordinación del Colegio de Jueces de 1ª Instancia de la 2ª Circunscripción.
- TALEB, NASSIM, 2007, «El cisne negro. El impacto de lo altamente improbable» disponible en [www.academia.edu/Nassim\\_Taleb\\_El\\_cisne\\_negro](http://www.academia.edu/Nassim_Taleb_El_cisne_negro).



# **VIOLENCIA DE GÉNERO EN CONTEXTOS DE PANDEMIA Y LAS RESPUESTAS PENALES**

**DRA. ALEJANDRA DEL RÍO AYALA**

FISCAL DE LA UNIDAD FISCAL ESPECIAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO, FAMILIAR Y SEXUAL  
DE LA FISCALÍA REGIONAL N° 1 DE SANTA FE

**DRA. MARÍA CELESTE MINNITI**

FISCAL ADJUNTA DE LA UNIDAD FISCAL ESPECIAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO, FAMILIAR  
Y SEXUAL DE LA FISCALÍA REGIONAL N° 1 DE SANTA FE



*En este documento se propone una aproximación preliminar y general al problema de los casos penales motivados en violencias de género en contextos de pandemia, partiendo de un análisis cuantitativo basado en la cantidad de denuncias de violencia de género ingresadas al sistema penal durante el transcurso del año 2020 y, particularmente, durante el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (en adelante ASPO) para observar su impacto en las denuncias, sus posibles causas y las estrategias adoptadas por el Ministerio Público de la Acusación para facilitar el acceso a la justicia.*

## **1. Violencias de género y pandemia**

El lunes 06 de abril de 2020 Phumzile Mlambo-Ngcuka, Directora Ejecutiva de ONU MUJERES dijo «en este momento en el que 90 países están en situa-

ción de confinamiento, 4.000 millones de personas se refugian en casa ante el contagio mundial del COVID-19. Se trata de una medida de protección, pero conlleva otro peligro mortal. Vemos como aumenta otra pandemia en la sombra: la violencia contra las mujeres»<sup>1</sup>.

Como bien sabemos, el ASPO significó la reclusión de todas/os las/los argentinas/os al interior de los hogares, siendo estos espacios, en muchos casos, el lugar del que muchas personas tratan de escapar por la multiplicidad de violencias que padecen.

Desde el inicio del aislamiento los feminismos anticiparon el impacto negativo que el mismo podía tener y, como sostiene Arduino, «la pandemia subraya algunas de las formas más dramáticas en las que se expresa la cuenta pendiente y brutal que tenemos en materia de desigualdades»<sup>2</sup>, ya que además de acrecentar los conflictos existentes en las relaciones interpersonales, que en muchos casos se traduce en una escalada en la intensidad de las violencias, refuerza el aislamiento –no sólo físico– sino también emocional, sobre todo en contextos de pobreza donde el acceso a medios tecnológicos y de contención estatal es limitado.

En este sentido es que se afirma que el ASPO, como se viene manifestando desde el inicio de la medida, lleva a una indefectible ruptura en aquellas situaciones donde existe un trabajo previo para que la víctima pueda denunciar, lo cual paraliza ese camino tan difícil para la misma para tomar esta decisión y, fundamentalmente, sostenerla. Nos referimos a los dispositivos de primer nivel, la contención psicológica, la participación de talleres de formación laboral y muchas otras formas de acceder y acompañar a una víctima de violencia.

Sabemos que hablar de violencias de género no nos limita al universo de casos que tradicionalmente en el ámbito jurídico fueron reconocibles como tales: violencias contra la mujer en el ámbito doméstico o en el marco de relaciones sentimentales. No obstante, por las particularidades de lo que implica un aislamiento como el que se vive en el país, los casos que incluimos en nuestro universo de análisis son aquellos atravesados por violencias de

#### CITAS

<sup>1</sup> Comunicado de la Directora de ONU Mujeres del 06/04/2020 disponible en <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/4/statement-ed-phumzile-violence-against-women-during-pandemic>.

<sup>2</sup> Ensayo de Ileana Arduino disponible <http://revistaanfibia.com/ensayo/el-peligro-de-un-cuarto-propio/>.

género en el ámbito doméstico que es el espacio donde se cumple la medida. Ello, naturalmente, incluye tanto a mujeres como niñas en gran medida y a los tipos de violencias entre las que más frecuentemente encontramos la física, la psicológica y la sexual.

## **2. Las violencias de género en números**

### **2.1. Violencia sexual**

Los delitos contra la integridad sexual en Santa Fe, son investigados por la Unidad Fiscal Especial de Violencia de Género, Familiar y Sexual (en adelante UFE GeFaS) y por la Agencia de Investigación en Violencia de Género, Sexual y Familiar (en adelante AIVGSyF) perteneciente a la Agencia de Investigación Criminal; por lo que toda denuncia que ingresa necesariamente se deriva a ambos organismos que, conjuntamente, llevan a cabo la investigación.

Por su parte, la toma de denuncia sólo puede realizarse en tres dependencias: la AIVGSyF (conocidas como Comisaría de la Mujer), el Ministerio Público de la Acusación (casos excepcionales) o los Centros Territoriales de Denuncia (en adelante CTD), ya que existen procesos de trabajo que conllevan que ante el anoticiamiento en cualquier dependencia policial se derive de inmediato el caso a la AIVGSyF, al igual que ocurre con los CTD.

Todo esto no sólo permite mejorar sustancialmente la política de persecución penal, facilitando la unificación –en la medida en que ello sea posible en el caso concreto– de las modalidades de intervención y criterios de actuación; sino que además, permite centralizar los casos de violencia sexual, lo que se traduce en poder conocer aproximativamente la cantidad de investigaciones en curso y todas las variables que ellas contienen, lo que habilita la elaboración de estadísticas para estas cosas, lo cual se traduce en mejores políticas de persecución penal.

Por ello, a partir del año 2019 se comenzó a llevar un registro más detallado de las investigaciones en materia de violencia sexual, fundamentalmente de

aquellas iniciadas en el AIVGSyF de Santa Fe, lo que arrojaba, incluyendo las Agencias de las localidades de Laguna Paiva, Helvecia y las que ingresan directamente en CTD y MPA, un total de entre 70 y 100 denuncias mensuales para aquel año. Ello sin incluir las denuncias que ingresan en las localidades del interior de la Fiscalía Regional 1 y que por tanto no son investigadas en el marco de la UFE GeFaS (San Javier, San Justo, Esperanza, Coronda y San Jorge).

Al iniciar el año 2020 la cifra se mantuvo, contabilizando 68 denuncias en enero y 52 en febrero solo en la AIVGSyF de Santa Fe. Todo esto, sumado a las otras AIVGSyF con jurisdicción en la sede de la UFE GeFaS, los CTD y las denuncias presentadas en el MPA, las cifras de denuncias oscilaron en las 80 mensuales (85 en enero y 78 en febrero).

Ahora bien, respecto a la situación de Pandemia, debemos recordar que las medidas sanitarias que se tomaron en la República Argentina se iniciaron el 20/03/2020 por parte el Poder Ejecutivo Nacional que dispuso el ASPO hasta el 12 de abril en todo el territorio nacional<sup>3</sup>. Luego, cada provincia, bajo la supervisión del Gobierno Nacional, pudieron abandonar el ASPO, con protocolos abriendo paso al «Distanciamiento Social», como sucedió con la Provincia de Santa Fe, que fue incorporando paulatinamente diversas actividades, permitiendo luego las reuniones sociales y afectivas, con ciertas restricciones.

Todo ello tiene relevancia en tanto se tradujo en una restricción absoluta de la libre circulación y sociabilización, impactando en la vinculación más allá de las personas con quienes se cumplía el ASPO, lo que sólo tenía como excepción la provisión de alimentos, situaciones excepcionales y aquellas actividades catalogadas de esenciales.

En este contexto, en marzo y habiendo iniciado el día 20 el ASPO, se registró una reducción en la cifra de denuncias en las AIVGSyF con competencia en la UFE GeFaS, la cual descendió a 46 en todo el mes, registrándose en los últimos 11 días del mismo –coincidentes con la medida nacional– sólo 8 denuncias. Una situación similar ocurrió durante el mes de abril, durante el cual la medida de aislamiento se mantuvo y donde se pudieron registrar un total de 33 denuncias.

<sup>3</sup> Mediante DNU 297/2020 estableció el aislamiento social, preventivo y obligatorio hasta el 31 de marzo inclusive. Dicho término fue prorrogado hasta el 12 de abril inclusive por DNU 325/2020 del 31 de marzo.

<sup>4</sup> De acuerdo a la recopilación de datos estadísticos efectuados por el Programa «Víctimas Contra las Violencias», a partir de la campaña «Abuso sexual infantil: Hablar es empezar a Prevenir», al analizar los lugares donde se produjeron los hechos de violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes, un 68,4% de los mismos provenía de sus hogares; un 8,2% de la vivienda de algún otro familiar, un 7,5% de los ámbitos educativos; entre otros porcentajes menores. Para más información [https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2018-04/PROT\\_Serie5-proteccion-UNICEF\\_N5\\_ABU-SO\\_SEXUAL\\_INFANTIL\\_nov2017.pdf](https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2018-04/PROT_Serie5-proteccion-UNICEF_N5_ABU-SO_SEXUAL_INFANTIL_nov2017.pdf).

De acuerdo al análisis de los datos del Programa a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que coordina Giberti, entre el 1 de octubre de 2018 y el 30 de septiembre de 2019, fueron atendidos 2986 niñas, niños y adolescentes que sufrieron abuso sexual. A pesar de que no se cuenta con estadísticas oficiales, precisas y actuales que profundicen sobre el alcance nacional de la problemática, algunos números construidos desde las líneas telefónicas de asistencia y otras organizaciones anuncian que el 80 por ciento de los abusos suceden dentro del ámbito familiar, lo que implica que, en este contexto, niños y adolescentes se encuentren encerrados con sus agresores.

<sup>5</sup> Al igual que ciertas expertas como Giberti, preferimos hablar de «revelamiento» y no de develamiento, entendiendo que este último está ligado más fuertemente a la concepción

Ya a partir del mes de mayo –coincidente con la flexibilización del aislamiento en Provincia de Santa Fe– las cifras comenzaron a subir paulatinamente, registrándose 41 denuncias en mayo y 54 en junio sólo en la ALVGSyF Santa Fe.

Sin ánimos de ser exhaustivas ni concluyentes por lo preliminar del análisis que se efectúa, se puede advertir a simple vista una disminución en las denuncias registradas durante el período de aislamiento más estricto.

Esto se encuentra estrechamente ligado a ciertas circunstancias que caracterizan la violencia sexual y que tienen que ver con que ocurre mayormente en contextos intrafamiliares –al interior de los hogares por un miembro del grupo familiar o con la aquiescencia de algún miembro del mismo–<sup>4</sup> y afecta en mayor medida a mujeres, niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA).

Como acertadamente precisa Irene Intebi «la mayor parte de los abusos sexuales no se conocen jamás, al menos fuera del núcleo familiar. Los casos tratados, informados o investigados constituyen la excepción y no la norma. La revelación suele producirse por un descubrimiento accidental o como consecuencia de un conflicto familiar serio» (2007, 20).

La experta destaca que cuando los abusos se revelan<sup>5</sup> luego de un conflicto familiar, es porque estos llevan tiempo perpetrándose. Y precisamente es la adolescencia, donde las personas reclaman mayor independencia, separarse y diferenciarse de las figuras parentales –como proceso psíquico evolutivo– y allí, quienes abusan sexualmente, se ponen más controladores y celosos, procurando aislar a sus víctimas, para evitar aquellos peligros que supone la interacción entre pares.

En este contexto, el aislamiento normatizado no sólo facilita la tarea del perpetrador, sino que refuerza su poder y prevalencia sobre la o el adolescente, quien se encuentra con poca o nula posibilidad de avizorar un lugar donde efectivamente canalizar esta diferenciación del adulto perpetrador, lo que termina traduciéndose en una profundización de la sumisión de la víctima y la prolongación del secreto que impera en estos casos.

Frente a esto, tiene lógica pensar que esta tendencia advertida en los números se debe a las serias dificultades que tienen las víctimas de formalizar una denuncia en contextos semejantes. Más aún si pensamos en niños en edad escolar, víctimas de abuso sexual intrafamiliar, con un contexto familiar poco acogedor o cómplice –por acción u omisión– de los abusos, donde el «secreto»<sup>6</sup> se profundiza y perpetúa si no hay un otro fuera de este ámbito dispuesto a habilitar la palabra, a escucharlo y, fundamentalmente, a creerle y denunciar. Y se pone énfasis en ésto último, la denuncia, por presentarse en estos casos no solo como la instancia de conocimiento por parte de la autoridad o anoticiamiento del hecho ilícito, sino además –y fundamentalmente– por su capacidad disruptiva de la situación abusiva en la mayor cantidad de casos en que interviene la instancia judicial.

En este marco, el aislamiento dispuesto para hacer frente a la Pandemia bloqueó esta posibilidad. La desconexión de los niños con la escuela, con los ámbitos de contención y sociabilización –cuando no están presentes en el hogar– limitan o nulifican la ocurrencia de detección y revelamiento de estos casos.

Ahora bien, del análisis pormenorizado de los casos ingresados durante el ASPO, a diferencia de lo que ocurre habitualmente, se advierte que un alto porcentaje de denuncias fueron efectuadas por mujeres adultas que denuncian hechos recientes o hechos de su infancia lo que, a priori, nos permite sostener que una vez sorteado el primer obstáculo para denunciar en este tipo de casos, como es la decisión de hacerlo –faz subjetiva–, el siguiente obstáculo que es el material –o de accesibilidad– tiene una dimensión distinta si hablamos de personas mayores de edad o con posibilidades de manejarse solas que si se trata de NNA. Ello debido al mayor control que se ejerce sobre la circulación de NNA por parte de los adultos responsables como también por la dificultad de NNA de representarse esta posibilidad de acceder a denunciar en el ámbito policial, todo lo que se agrava en contextos de aislamiento.

## 2. 2. Violencia doméstica

Precisamente dentro del contexto planteado como forma de hacer frente a

estereotipada del «corrimiento del velo de la novia», concebido como el descubrimiento de la belleza.

<sup>6</sup> Ningún niño/a o adolescente está preparado/a ante la posibilidad de tener un acercamiento sexual con una persona adulta de su confianza. Por lo general, entre todas las explicaciones inadecuadas, ilógicas, destinadas a autojustificarse o a autoprotegerse que brinda el agresor/a, la única impresión coherente y significativa que percibe el niño/a es que lo que le está ocurriendo es algo peligroso y temible en función del secreto que rodea al contacto. El secreto en el que todo transcurre le orienta a percibir que algo malo y peligroso está sucediendo. (Irene Intebi, ob cit.).



<sup>7</sup> En la década de 1980, algunas feministas del tercer mundo comenzaron a analizar el fenómeno de la pobreza desde una perspectiva de género. Identificaron una serie de fenómenos dentro de la pobreza que afectaban de manera específica a las mujeres y señalaron que la cantidad de mujeres pobres era mayor a la de los hombres, que la pobreza de las mujeres era más aguda que la de los hombres y que existía una tendencia a un aumento más marcado de la pobreza femenina, particularmente relacionada con el aumento de los hogares con jefatura femenina. Para dar cuenta de este conjunto de fenómenos se utilizó el concepto de «feminización de la pobreza». Más allá de los debates a que ha dado lugar este concepto, ha servido para evidenciar que hombres y mujeres sufren de manera diferencial la pobreza y que el género es un factor que incide en ésta.

la Pandemia por COVID-19, se lleva a cabo intramuros una Pandemia que viene aquejando a mujeres, dentro del contexto familiar, por cualquiera de sus allegados y basada en su condición de mujer.

La necesidad de protegerse del virus que aqueja al mundo, obligó a miles de mujeres a confinarse junto a sus agresores, cortando todos aquellos lazos que le permiten a las mujeres víctimas pedir ayuda, recibirla y fortalecerlas.

Asimismo, la desigualdad en el ámbito doméstico se refleja aún más en este contexto, donde las tareas de higiene en el hogar, el cuidado de niños y enfermos, las tareas escolares han recaído –y le son exigibles– histórica y socialmente a las mujeres, merced patrones socioculturales duramente arraigados. Ésta marcada desigualdad, constituye una forma más de violencia, muchas veces invisibilizada como tal.

A esto debemos sumarle, las jornadas laborales mediante teletrabajo, con poco control de las horas reales de dedicación laboral a las que se agrega el trabajo asignado en el hogar, cuya carga, exigencia y dedicación no es contabilizada y mucho menos aún remunerada. Frente a esto, las mujeres quedan en un posición de desventaja respecto a sus pares hombres, y que en épocas de crisis como las que vivimos –teniendo en cuenta no solo la situación económica a nivel país sino la propia generada por la Pandemia– se traduce en lo que se conoce como «feminización de la pobreza»<sup>7</sup>.

Todo esto afecta de manera diferencial a las mujeres –por las razones explicitadas– y contribuyen a generar una mayor dependencia de sus hogares y en muchos casos de sus agresores. Pero si además agregamos que la falta de recursos económicos –en ocasiones también simbólicos– dificulta seriamente la posibilidad de acercarse a una dependencia policial para denunciar y/o de sostener la denuncia formulada, podemos proyectar una drástica reducción de denuncias por violencia de género en contextos domésticos. Reducción que efectivamente se evidenció, como se mostrará a continuación.

Desde el 20 de marzo, hasta el 31 de mayo, la Dirección de Mujeres y Disidencias de la Municipalidad de Santa Fe atendió 248 situaciones de violencia

de género. Del total, 25 casos corresponden al período que va desde el 20 al 31 de marzo, 105 a abril y 118 a mayo<sup>8</sup>.

Por su parte, en el ámbito de la UFE GeFaS del Ministerio Público de la Acusación, tomando como período de análisis desde el 20 de marzo hasta el 20 de mayo –franja más dura de aislamiento– nos encontramos con que se dió inicio a 728 investigaciones por violencia doméstica, lo que hace un promedio de 11.74 denuncias por día. Ello si lo contrastamos con la cantidad de investigaciones iniciadas en el período del 01 de enero de 2020 al 19 de marzo de 2020, nos encontramos con un total de 1448, lo que arroja un promedio de 18.33 denuncias diarias<sup>9</sup>.

Con ello, la disminución en la cantidad de denuncias durante el ASPO en materia de delitos cometidos en el ámbito doméstico, resulta patente.

### 2.3. Violencia letal

Así denominamos a la violencia más extrema cometida en razón del género, comúnmente conocida como femicidios<sup>10</sup>.

Como ya se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, existe mayor vulnerabilidad de las mujeres en contextos de Pandemia cuando deben cumplir el aislamiento en compañía de sus agresores, lo que se traduce en un mayor riesgo y exposición a situaciones de violencias.

Observando los datos, encontramos que en el año 2019, se registraron en el país 256 causas judiciales por femicidio, de las cuales la provincia de Santa Fe tuvo 21 víctimas directas de femicidio y 2 víctimas de femicidio vinculado<sup>11</sup>.

De acuerdo al Registro Nacional de Femicidios del Observatorio de Mujeres de la Matria Latinoamericana (MuMaLa), entre el 1° de enero al 30 de junio de 2020, se registraron 143 femicidios, de los cuales 128 fueron femicidios directos, 7 vinculados hacia mujeres y niñas, 8 vinculados hacia varones y niños y 2 trans-travesticidios. De estos, un 41% fueron perpetrados por sus parejas y un 22% por ex parejas.

<sup>8</sup> Datos extraídos de la página oficial de la Municipalidad de Santa Fe, disponible en <https://www.santafeciudad.gov.ar/durante-el-aislamiento-el-municipio-atendio-248-situaciones-de-violencia-de-genero/>.

<sup>9</sup> Datos extraídos del sistema informático del Ministerio Público de la Acusación.

<sup>10</sup> En la «Declaración sobre el Femicidio» el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) declara: (...) 2. Que consideramos que los femicidios son la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión. 3. Que las víctimas de femicidio son las mujeres en sus diversas etapas, situaciones o condiciones de vida. 4. Que numerosos casos de femicidio se producen como resultado de relaciones desiguales de poder en las parejas en las que la mujer ha sufrido violencia de forma grave o prolongada sin haber encontrado alternativas o apoyo para salir de ella.

<sup>11</sup> Datos extraídos del Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina del año 2019, disponibles en la página web oficial de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación <https://www.csjn.gov.ar/omre-copilacion/docs/informefemicidios2019.pdf>.

Aquí radica la importancia no solo en la prevención de la violencia de género sino también en establecer mecanismos de acceso a la justicia ajustados a las particularidades de las condiciones en que nos encontramos y donde se asientan las obligaciones estatales a partir de su adhesión a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará), garantizando que el acceso a la justicia de las mujeres de manera asequible, accesible, aceptable y adaptable (arts. 6, 7, 8 y 9 de la Convención).

Esto particularmente ha sido señalado en la Declaración sobre el Femicidio por el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) advirtiendo que la situación de impunidad en femicidios se exagera en situaciones de emergencia y que uno de los factores que contribuye a la mayor impunidad es el limitado acceso de las mujeres a la justicia por lo que recomienda a los Estados Partes «garantizar mayor y mejor acceso de las mujeres a la justicia; mejorando el sistema de investigación criminal y protección a las mujeres afectadas por violencia, incluso las pericias forenses, y el procedimiento judicial para eliminar la impunidad de los agresores así como sancionar adecuadamente a los funcionarios/as que no emplearon la debida diligencia en esos procedimientos».

Todo esto no sólo nos indica que la situación de Pandemia –y particularmente el ASPO– se erige en un factor de riesgo para aquellos casos de violencias de género en el ámbito doméstico, sino que además nos alerta sobre la necesidad de diseñar estrategias de acceso a la justicia adaptadas a las dificultades que atraviesan las mujeres.

### **3. La respuesta estatal**

Como ya se ha señalado, con el avance del COVID-19 y el inminente riesgo de propagación del virus, los días previos al 20 de marzo se fueron tomando decisiones minuto a minuto conforme la información que se iba recibiendo. Así se llega, de un momento a otro y sin preludios, a la disposición del ASPO.

Esto implicó un rediseño de todas las áreas del sector público y privado del que la Justicia no fue ajena. En poco tiempo, el Estado debió reconfigurar los medios puestos a disposición de las mujeres para el acceso a la justicia atendiendo especialmente a las particularidades de estos casos y a las distintas intersecciones que se presentan.

Hoy en día, decir que el acceso a la justicia, en tanto derecho, debe ser garantizado sin discriminación, podría parecer una verdad de perogrullo. Pero lo cierto es que debe ser garantizada no sólo formalmente, sino, principalmente, de manera sustantiva, posibilitando el disfrute y el real acceso a este derecho. Y allí es donde se debe prestar especial atención a las particularidades a las que históricamente se han visto sometidas las mujeres y que especialmente atraviesan, merced el actual contexto de Pandemia por COVID-19.

La Corte Interamericana ha afirmado que: «la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla»<sup>12</sup>.

La justicia se erige entonces como la primera –pero no la única– línea para garantizar los derechos y libertades de las mujeres, ya que una respuesta judicial adecuada es lo que permite que ellas sepan que existe este recurso, visibilicen los hechos de los cuales son víctimas, evitando la impunidad. Es que el deber de debida diligencia impuesto por la Convención de de Belem do Pará, adquiere aún más relevancia cuando estamos hablando de violencia contra las mujeres y, precisamente por ello, desde la justicia en general y el Ministerio Público de la Acusación, en particular se realizó un encomiable esfuerzo para buscar medios digitales y remotos, que permitan y garanticen el acceso a la justicia de las mujeres.

<sup>12</sup> Corte I.D.H., *Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, párr. 235 citando Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado*. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C N° 56, párr. 121; Corte I.D.H. *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N° 52, párr. 185; Corte I.D.H., *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, párr. 24.

### 3.1. Mecanismos para denunciar

Desde el MPA se diseñó y puso a disposición un sistema de denuncias *on line* –Sistema Iris–, lo cual permite formular denuncias por correo electrónico al mail de la UFE GeFaS. Esto también se vio acompañado de la flexibilización de las formas y requisitos para efectuar denuncias penales, facilitando la posibilidad de acompañar constancias digitales de documentación, difiriendo la formalización con firma para cuando sea posible realizarlo de manera presencial.

Si bien mediante Resolución N° 15/2020 del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación se consideró como casos de fuerza mayor que exceptúan la obligación de permanecer en aislamiento a «las mujeres o personas LGTBI solas o junto a sus hijos e hijas salgan de sus domicilios a los fines de realizar las pertinentes denuncias penales respecto de hechos de violencia o se dirijan a requerir auxilio, asistencia o protección en razón de la situación de violencia que se encuentren transitando», desde la Fiscalía General del MPA se consideró necesario adoptar otras medidas, con el objeto de acercar los medios de denuncias evitando la movilización de personas. Por ello, más allá de poner a disposición la denuncia *on line*, se instruyó a los/as Fiscales, para que en aquellos casos que se consideren de gravedad, dispongan la movilización de las fuerzas preventivas, hasta el domicilio de quienes resulten víctimas para prestarles asistencia inmediata, además de recordar las medidas dispuestas por la Ley 26.485.

Por otro lado, conforme a la Instrucción General N° 003 del Procurador General de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género están autorizadas a receptar sus denuncias vía electrónica (ya sea por correo electrónico, mensaje de texto, servicios de mensajería, y/o mediante el empleo de redes sociales). Por lo cual las peticiones de prohibición de acercamiento podrán tramitarse por estos medios, teniendo en consideración que «los medios habituales de denuncia para comprobar la identidad de la denunciante bien pueden flexibilizarse y moderarse para dar estricto cumplimiento a las

obligaciones que surgen del *corpus iuris* en materia de protección de las víctimas de violencia de género».

Por su parte, Phumzile Mlambo-Ngcuka, Directora Ejecutiva de ONU MUJERES sostuvo «Se deben potenciar las líneas de atención, el apoyo psicosocial y el asesoramiento en línea, empleando soluciones tecnológicas como, por ejemplo, los SMS, herramientas y redes digitales para ampliar el apoyo social y llegar a las mujeres que no tienen acceso a teléfonos o Internet. Los servicios policiales y judiciales se deben movilizar a fin de garantizar que se otorgue la mayor prioridad a los incidentes de violencia contra las mujeres y las niñas, evitando que los agresores queden impunes».

En este contexto, donde los trabajos –mejor dicho, las personas que lo llevan a cabo– se han dividido en esenciales y no esenciales, desde el MPA se entendió que cualquier situación ligada a la justicia penal y más específicamente, el acceso a la justicia de las mujeres, niñas y niños, son esenciales, más aún en estos tiempos, donde las vulnerabilidades se acentúan y la posibilidad de auxilio disminuye.

Consecuentemente, la labor fiscal de la UFE GeFaS se mantuvo en igual medida, más allá de las dificultades que presentó el ASPO, lo cual se tradujo en 193 audiencias imputativas con personas privadas de la libertad, 133 audiencias de prisión preventiva, 16 audiencias preliminares, 3 juicios orales y públicos, se finalizaron 58 causas mediante juicio abreviado y 80 anticipos jurisdiccionales de prueba, desde el 20/03/2020 hasta fines de julio<sup>13</sup>.

Lo cierto es que esto ha sido un esfuerzo y gestión mancomunada entre el Ministerio Público de la Acusación y la Oficina de Gestión Judicial, en el convencimiento que garantizar el acceso a la justicia de mujeres, niños, niñas y adolescentes de manera adecuada y efectiva, constituye –en términos de Pandemia– un servicio esencial.

### **3.2. Continuar con la investigación**

Por su parte, acceder a la justicia también se traduce en investigaciones efi-

<sup>13</sup> Conforme datos proporcionados por la Oficina de Gestión Judicial de 1ª Instancia de Santa Fe.

caces y sin dilaciones que permitan arribar a soluciones justas sobre el fondo del conflicto. De esta manera, junto con la necesidad de establecer canales accesibles de denuncia, surgió el desafío de readecuar los mecanismos de investigación a las exigencias impuestas por el ASPO.

Muestra de ello fue el esfuerzo y las gestiones llevadas a cabo para garantizar un derecho fundamental que tienen los NNA, dentro del proceso penal: el derecho a ser oídos.

Luego de suspenderse las entrevistas en Cámara Gesell como anticipo jurisdiccional previstas a partir del 20 de marzo, y advirtiendo que superado el primer tramo de aislamiento la medida no iba a cesar, se iniciaron las gestiones el día 10 de abril para reanudar estas entrevistas, para lo que se establecieron pautas de trabajo para llevar adelante las Cámaras Gesell garantizando el distanciamiento y que NNA puedan expresarse en el ámbito adecuado para ello.

De esta manera, teniendo en cuenta que cada niño que concurre a este dispositivo para brindar su testimonio, lo hace acompañado de un/a adulto/a, se escogió el horario que menos circulación de personas transitan por el edificio de Tribunales, lo cual permitía la menor circulación posible de personas. Así, se dispusieron los agendamientos de estas audiencias por la tarde, con el tiempo necesario entre una y otra para llevar a cabo una limpieza adecuada del dispositivo, los medios de prevención necesarios por parte de todos los participantes del acto, reduciendo la cantidad de personas al mínimo indispensable y garantizando el traslado de la víctima y su acompañante evitando el uso del transporte público, ante la imposibilidad y la contraindicación por parte de las autoridades sanitarias de estos medios de circulación.

Otro de los obstáculos que se debieron sortear, fue la imposibilidad de realizar entrevistas testimoniales de manera presencial. No sólo porque las personas se veían imposibilitadas de trasladarse, sino por la propia restricción del contacto que limitaron este aspecto del trabajo. Frente a esto, se pautaron entrevistas telefónicas, las cuales –previo aviso al interlocutor/a– fueron grabadas para asegurar un adecuado registro.

Por su parte, las investigaciones de los delitos ligados a las violencias, se apoyan fuertemente en el acompañamiento psicológico y social de las víctimas, no sólo por la información que puede brindar la/el profesional desde su disciplina, sino por el acompañamiento que muchas resulta recomendable y/o necesario en este tipo de casos. El hecho de tener absolutamente cortados los canales de asistencia psicológica, significó para muchas víctimas un retroceso en este aspecto, privando a la investigación del valioso aporte que las disciplinas humanas aportan.

Ello además que hemos notado una merma de la disposición de recursos humanos de este tipo, ya que la mayoría de quienes se dedican al abordaje de estas violencias, son mujeres, a quienes por las razones que más arriba explicamos, se las «afectó» a la atención del hogar y sus hijos, lo que conlleva la abstracción –o al menos menor dedicación– a la labor profesional.

No obstante, se tejieron redes interinstitucionales con las distintas áreas que brindan información relevante para el avance de estas investigaciones como ser educación, salud, desarrollo social, entre otras, permitiendo avanzar con pedidos de informe a través de distintas herramientas digitales que habilitaron el acceso a la información y la posibilidad de seguir trabajando sin exponerse.

#### 4. Conclusión

Desde una perspectiva de derechos, pensar las violencias de género de por sí nos exige una mirada interseccional que vaya más allá de la situación denunciada. Esto de alguna manera ha venido a modificar el estilo de abordaje de los «casos» que históricamente ha tenido el sistema penal.

Hoy se nos impone la necesidad de ver más allá del hecho típico, antijurídico y culpable y empezar a pensar estrategias que no sólo impactan en las decisiones de incorporación de evidencia sino que atraviesan toda la complejidad propia de estas situaciones.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BODELÓN, E., «Violencia de Género y las respuestas de los sistemas penales», Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Mujer, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 2007 <https://www.cidh.oas.org/women/ Acceso07/indiceacceso.htm>.
- Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), «Declaración sobre el Femicidio», aprobada en la Cuarta Reunión del Comité de Expertas/os (CEVI), celebrada el 15 de agosto de 2008.
- DI CORLETO, J., «Género y justicia penal», Buenos Aires, Ediciones Didot, 2017.
- INTEBI, I., «Abuso sexual infantil en las mejores familias». Ed. Garnica, Buenos Aires, 2017.
- INTEBI, I., «Valoración de Sospechas de Abuso Sexual Infantil» en Colección Documentos Técnicos 01 para el Seminario de formación y supervisión técnica en valoración de sospechas de ASI, 2007.
- TAMARIT SUMALLA, J., «La victimización sexual de menores de edad», Colección Actua-



lidad Criminológica y Penal, Buenos Aires, Euros Editores, 2018.

Con esto, una y otra vez, volvemos a la misma idea de «ser creativos y creativas» en las estrategias de abordaje de las violencias de género. Y la Pandemia no ha sido ajena en esto. Tuvo la capacidad de paralizar al mundo, pero no las violencias de género. Tuvo la capacidad de aislarnos en nuestros hogares, pero nos exigió el doble a quienes trabajamos las violencias.

Es una muestra más de la necesidad de implementar sistemas eficientes de alerta y acompañamiento integral con perspectiva de derechos que exceda el foco victimizante con que habitualmente se piensan las respuestas ante la violencia que exceden el marco de lo habitual, donde el acceso a la justicia no se limita a dar lugar sólo a la denuncia, sino de un derecho más abarcativo, más integral, que sea capaz de identificar y correr aquellas barreras sociales, culturales, institucionales y las nuevas barreras que se nos presentan en tiempos de Pandemia; en tanto aquellos obstáculos históricos sumados a las actuales circunstancias, nos ponen frente al desafío de repensar qué significa el real acceso a la justicia y ser capaz de adaptarse a estas nuevas circunstancias. ■



# «APUNTES DE LA JUSTICIA ADOLESCENTE EN TIEMPOS DE PANDEMIA»

**DR. ALEJANDRO CARDINALE**

JUEZ DEL JUZGADO DE MENORES N° 3 DE ROSARIO

**DRA. BRENDA COASSOLO**

SECRETARIA SUBROGANTE DEL JUZGADO DE MENORES N° 3 DE ROSARIO



La actual coyuntura signada por la pandemia generada por el virus Covid-19 y las decisiones que desde el Poder Ejecutivo Nacional, Provincial y Municipal y desde el máximo órgano de gobierno del Poder Judicial provincial se han implementado al respecto, nos han obligado a repensar innumerables prácticas habituales del quehacer cotidiano, como así también a reevaluar algunas otras cuestiones que hacen a lo medular de la cuestión penal adolescente y juvenil.

La justicia juvenil, como parte de la intervención estatal dirigida a personas que transitan la niñez, adolescencia y juventud, debe ser entendida como comprensiva del abordaje integral, que desde el Estado se despliega en estos casos. Hablamos de las agencias policiales, órganos de protección de la niñez, adolescencia y familia (Dirección de Protección de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia y los servicios locales de protección) en articulación necesaria con los Ministerios de Justicia –en especial la Dirección Provincial de Justicia Penal Ju-

venil-, de Educación (educación formal primaria y secundaria, informal a través de talleres y cursos de oficios), de Salud (hospitales polivalentes, centros de salud comunitaria, instituciones específicas orientadas a la salud mental, etc.) y de Desarrollo Social (con programas de acompañamiento de jóvenes mayores de edad sin cuidados parentales, los que tienden al estímulo laboral y la plena inserción en el tejido social y productivo, instituciones que dependen de la UNR –por ejemplo– y despliegan una intervención, con arraigo en zonas puntuales de la ciudad), instituciones no gubernamentales (principalmente las que atienden a la salud y también, de una manera incipiente, las que se dedican específicamente a intervenir dentro de los procesos penales como facilitadoras de prácticas amigables y restaurativas), órganos de investigación criminal provincial, y, claro está, de los entes judiciales especializados encargados de la materia (Juzgados de Menores de la Provincia de Santa Fe).

Entendemos a la justicia penal adolescente/juvenil, en la intervención que le cabe durante todo el derrotero de una persona menor de edad sometida a proceso (en algunos casos maratón procesal), enmarcada en ese entramado estatal e institucional, mucho más comprensivo que el abordaje exclusivamente penal.

A riesgo de resultar reiterativos decimos que, ubicar a la justicia penal juvenil/adolescente en ese contexto de intervención, opera como condición esencial para el efectivo despliegue de su especificidad.

Es por ello que, la necesaria permeabilidad que debe existir en el devenir de las innumerables decisiones e intervenciones jurisdiccionales que se juegan en cada una de las particulares situaciones que deben ser resueltas, hacen que la actual pandemia, las decisiones adoptadas desde los órganos de gobierno de los distintos poderes estatales y las consecuencias que ello han generado en el entramado psicosocial, tengan un significativo impacto el que debe ser puesto en valor al momento de abordar casos donde una persona menor de edad se encuentra sospechada de la comisión de un delito o al momento de definir la respuesta estatal que resulta necesaria en cada caso.

El actual Código procesal penal respecto de personas menores de edad acusadas de infringir las leyes penales en nuestra provincial de Santa Fe se encuentra

regulado por la Ley 11.452. La sanción de esta norma representó, en su momento, un gran avance a nivel nacional que la puso a la vanguardia en términos de adecuación de la legislación interna con la CDN y explicitó muchos de los puntos necesarios en lo referente al «principio de especialidad» de la materia. Hoy nos encontramos con una imperiosa necesidad de reforma legislativa que venga a compatibilizar el procedimiento minoril con las disposiciones del Código Procesal Penal para personas mayores de edad establecido por ley 12734, en el que rige el principio acusatorio.

No es el tema por el que se nos invitó a volcar algunas palabras pero, no queremos dejar pasar la oportunidad para expresar nuestro deseo de que esa reforma legislativa plasme un avance en términos de especificidad en lo penal adolescente/juvenil, adecuando el procedimiento al Régimen Penal de la Minoridad, ley 22.278, con la necesaria interpretación constitucional y convencional que viene dado por el «amplio *corpus iuris* de DDHH de la niñez».

De este modo, en las causas que se inician hoy contra personas menores de edad sospechadas de infringir la ley penal, se aplica el Código Procesal de Menores –ley 11.452–. Esta norma ha recibido una importante reforma en el año 2009 con la sanción de la ley provincial 12.967 de «Protección de los Derechos de NAYF» por la cual se derogó la competencia en materia civil asignada a los Juzgados de Menores en lo que a protección de la niñez se refiere. Asimismo derogó el articulado que regulaba el trámite para abordar casos cuya condición jurídica era no punible (artículo 1ro ley 22.278). Hoy la intervención jurisdiccional en estos casos estará habilitada a los fines de comprobar la existencia de un delito, para garantizar el derecho de las personas involucradas a ser oídas y para asegurar el cumplimiento de la tutela judicial efectiva. Todo ello siempre que se intervenga en armonía con la referida Ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos del las Niñas, Niños y Adolescentes.

Otro presupuesto de adecuación a mínimos estándares a los que el Estado Nacional se ha comprometido internacionalmente en materia de DDHH esta dado por el reconocimiento de la plena vigencia de los principios establecidos por las normas constitucionales y los convenios internacionales, principalmente la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 37 inc. b) y las Reglas de las Na-

ciones Unidas para la protección de las personas privadas de libertad en su art. 11 b), que establecen que la privación de libertad de personas menores de edad es de carácter excepcional, y que por tal, se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.

Asimismo, en relación a la administración de justicia de menores, la Convención de Derechos del Niño consagra a la sanción penal como medidas a aplicar de última ratio. En esa inteligencia, se establece que la privación de libertad para los adolescentes que restrinjan la ley penal resulta excepcional y como último recurso, cuando no exista otra alternativa, y por el menor tiempo que proceda. Solo deberá recluirse a los jóvenes en instituciones de regímenes cerrado por causas especialmente graves y que impliquen violencia hacia las personas.

Resulta de gran valor la producción de instrumentos jurídicos y políticos que emanan del Comité de los Derechos del Niño (en especial la Obs. Gral. N° 24/19) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 19). Desde ahí se establece un sistema diferenciado y especializado de justicia, en lo que respecta a jóvenes en conflicto con la ley penal, al establecer que los objetivos del derecho penal minoril deben estar dados por la rehabilitación y la justicia restaurativa.

El art. 40 3b de la Convención de los Derechos del Niño dispone que al usar medidas alternativas no judiciales como la derivación, se respeten plenamente los derechos humanos. Por consiguiente, las autoridades competentes deben vislumbrar los aspectos principales y relevantes relacionados con el niño y los delitos cometidos para así hallar las medidas alternativas más justas, teniendo en cuenta su edad y el momento emocional en que se encuentre, como así también el delito imputado.

Los principios básicos de las Naciones Unidas sobre el uso de los programas de justicia restaurativa en materia penal, en su párrafo 1.3, define a la justicia restaurativa como el proceso «en que la víctima y el ofensor y, cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un crimen, participan en conjunto de manera activa para la resolución de asuntos derivados

del crimen generalmente con la ayuda de un facilitador».

Estas fuentes mencionadas son algunas, y solo algunas, a las que se debe echar mano al momento de interpretar la ley sustantiva –N° 22.278– y la ley de rito –N° 11.452– y aplicarlas a casos concreto –claro está–, para adecuarlas a mínimos estándares de derechos y garantías a los que el Estado Argentino se ha comprometido internacionalmente.

Ahora bien, refiriéndonos específicamente a lo que consistió la práctica diaria durante el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio –ASPO–, se establecieron en el Fuero de Menores, por disposiciones de la Corte Suprema de Justicia, Guardias Mínimas con duración de una semana, las cuales no alteraron el cronograma de turnos judiciales, es decir, el Juzgado asignado a la Guardia Mínima no necesariamente resultó ser el que se encontraba en Turno Judicial. En el devenir de esas Guardias Mínimas se advirtió una notable disminución en las consultas telefónicas, tanto provenientes de las agencias policiales como de los Centros Territoriales de Denuncias –CTD–, por delitos cometidos personas de menores de edad, principalmente aquellos que afectarían la vida o la propiedad. Sí se dieron numerosas y complejas intervenciones que se originaron por las particularidades de personas privadas de libertad con régimen de salidas, como así también quienes se encontraban en instituciones semiabiertas.

A solo dos días de transcurrido el receso dispuesto por la CSJP, se diseñó un protocolo de actuación para aquellos menores que, dentro de la competencia territorial delimitada en la 2ª Circunscripción Judicial, se encontraran en una supuesta infracción al artículo 205 del Código Penal y a los DNU que dispusieron el ASPO y, luego el DSPO. Recordemos que la norma que describe el delito de violación de medidas sanitarias tendientes a impedir la propagación o introducción de una pandemia es de las llamadas «ley penal abierta», ello quiere decir que debe ser completada por otra norma para cumplir el requisito de «ley penal previa, segura y cierta» que exige el derecho penal liberal, como garantía del individuo frente a la intervención estatal.

Ese protocolo se materializó en instrucciones genéricas dirigidas al Jefe de Policía de la Provincia de Santa Fe, en fecha 21 de marzo de 2020, y destinadas al

personal policial que se impartieron con la finalidad de acelerar los tiempos en la disposición del/de la adolescente demorada/o en la vía pública. En este caso se ordenó que personal policial actuante informe de manera inmediata a las personas que conformen el centro de vida del joven, se corrobore la existencia o no de órdenes de captura y/o de órdenes de localización de paradero –debiendo efectivizarse de la manera y por el procedimiento más ágil y el que implique el menor traslado posible de móviles policiales y personas–, asimismo se ordenó que se informe a la DPPDNAyF poniendo a la persona menor de edad bajo su exclusiva disposición. Además, se dieron instrucciones genéricas en lo que hace a los requerimientos de la documentación de dichas actuaciones que tendieron a simplificar exigencias y trámites, sin menoscabar derechos y garantías procesales. Por ello se ordenó que no se los identifique dactiloscópicamente, se documente una somera acta de procedimiento, sin la exigencia de testigos de actuación. Por último se dispuso que las actuaciones escritas se remitan a los Juzgados que, conforme el turno judicial y la competencia territorial, resulte competente, una vez culminado el Receso Administrativo dispuesto en fecha 19 de marzo de 2020 la CSJP.

Se iniciaron en los cuatro Juzgados de Menores de Rosario alrededor de doscientas causas solo por delitos comprendidos en el artículo 205 del Código Penal y supuestamente cometidos dentro del ámbito de competencia territorial de éstos. No se cuenta con fehaciente estadística de la cantidad de causas que quedaron radicas en los Juzgados de Menores con asiento en las ciudades de Villa Constitución, de San Lorenzo y de Casilda, los cuales fueron absorbidos en los Juzgados de Menores de Rosario, conforme el diseño elegido por la CSJP durante gran parte del ASPO.

A medida que fueron transcurriendo los días del ASPO, se pudo advertir un incremento en las consultas por temas propios de violencia desplegada en el ámbito intrafamiliar, que se traducen en términos jurídico penales como delitos de lesiones y amenazas supuestamente cometidos por jóvenes hacia miembros del grupo familiar. En estos casos se le dio inmediata intervención a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia al tratarse, en su gran mayoría, de delitos de trámite no punibles conforme lo establece la ley 22.278 y la ley 12.967. El factor común encontrado en la gran mayoría de estos casos estuvo signado por el



flagelo de las adicciones a sustancias tóxicas en las personas menores de edad, poniendo aún más de manifiesto los efectos perniciosos generados en este sentido y en mayor medida con el aislamiento obligatorio. Muchas de las conductas que afloraron encontraban explicación en situaciones de abstinencia. Se sumó a ello, la dificultad de los jóvenes para acceder a los servicios de atención a la salud, tanto física como mental, conllevando en la gran mayoría de los casos a que, recién ante la intervención del sistema penal, se pongan en marcha, a través del área social de los Juzgados de Menores conformada por Auxiliares Sociales, los mecanismos para garantizar que los jóvenes sean abordados por servicios de protección de derechos. Esta falencia en términos de intervención estatal, hoy día, se mantiene y se ve agravada por el sostenimiento en el tiempo.

Yendo a una de las instancias más importantes de la intervención jurisdiccional, hablamos de la escucha de las personas menores de edad sometidas a proceso penal, esta nueva realidad que nos está tocando transitar, ha exigido el mayor esfuerzo por parte de las/os operadoras/es y, principalmente, de las/os propios adolescentes y jóvenes. Los medios tecnológicos han funcionado como herramientas extraordinarias que han permitido continuar la tramitación de causas sensibles, urgentes y graves, sin menoscabar derechos y garantías básicos.

Hablamos de causas penales en las cuales se encontraban vigentes medidas cautelares de privación de la libertad –algunas de ellas con plazos próximos a vencer–, en otras causas se evaluó que la demora en la tramitación de actos procesales generaba un riesgo cierto de cumplir los fines últimos del proceso, en algunas situaciones surgió la necesidad de cumplimentar medidas de prueba en causas especialmente sensibles por los daños causados o los temas que abordaban.

Hizo falta poner a prueba la imaginación –porqué no–, el compromiso y responsabilidad y la buena fe procesal en la búsqueda de soluciones a situaciones no exploradas por nadie aún. Las que fueron sorteadas, en los casos en los que nos han tocado actuar, gracias a esa misma predisposición, tanto por parte de funcionarias/os y empleadas/os judiciales, como de profesionales de distintas áreas en ejercicio liberal, con quienes se mantuvo contacto, y a quienes se le efectuaron notificaciones a través de la aplicación *Whatsapp* y por correo electrónico, sin inconvenientes.

La herramienta tecnológica estrella fue la aplicación *Zoom*, recomendada en las distintas decisiones de gobierno dictadas por la CSJP. En un primer momento se echó mano a recursos de dispositivos y conectividad de las/os propias/os funcionarias/os y, poco a poco, fueron dotándose de algunos de estos recursos a través de la Secretaría de Informática. Resta mucho por hacer en este sentido y será función también de cada una/o de nosotras/os el «sacarle el jugo» a los recursos existentes y siempre ir por más para la mejor prestación del servicio de justiciar al que todas/os aspiramos.

Hizo falta asegurar que el/la adolescente/joven que estaba del otro lado de la pantalla, sepa y sobre todo comprenda, el acto procesal que se estaba llevando a cabo, la relevancia que el mismo tenía en el proceso penal, y su condición como sujeto sometido a proceso. Para ello consideramos necesario, no sólo el uso de un lenguaje claro y sencillo –propio de la particular condición de persona en formación y de los nuevos estándares que se han impuesto en el tratamiento de personas vulnerables–, sino que la escena que se reflejaba en la pantalla sea de lo más clara en ese sentido, que evidencie la existencia de un otro adulto que en un plano de simetría y en ejercicio de una función pública, interactuaba con el/la adolescente. Para los casos en los que esas instancias se daban con los operadores dentro de los Juzgados, ese marco resultó bastante sencillo y, en los casos en los que se dieron en los domicilios particulares, intentamos en todos los casos que la imagen que refleje la pantalla muestre ambientes neutros, que no evidencien situaciones domésticas. No consideramos que estas cuestiones sean menores atendiendo al contexto amenazante que resulta ser un proceso penal para cualquier persona y, más aún, cuando ella transita por la adolescencia.

La función específica dentro del área social del Juzgado, ha encontrado algunos obstáculos puesto que las profesionales de Trabajo Social han visto, principalmente en las primeras semanas, afectado el marco de actuación, principalmente en quienes no habían tenido intervenciones previas al ASPO. Hizo falta una laboriosa intervención dentro de los saberes provenientes del Trabajo Social para llegar de una manera significativa a las/os jóvenes sometidos a proceso, como así también a las personas que conforman los referentes afectivos teniendo que trasladarse en varias oportunidades, y solo cuando ella era esencial para la mejor intervención, hacia los domicilios en sus vehículos particulares y, en segun-

do plano de complejidad, con quienes ejercen alguna función estatal en ámbitos relevantes para la vida de las/os jóvenes.

La asunción de la condición de sujeto de derechos sometido a proceso penal, por parte de la propia persona menor de edad, resulta una condición sin la cual no pueden avanzarse en otras instancias de intervención que se buscan para, en primer lugar garantizar los derechos y garantías propios de su condición de persona en formación, con la vulnerabilidad propia que conlleva el tránsito en esa etapa crucial de la vida, con afectaciones estructurales en muchos casos que implican la privación del acceso a derechos humanos básicos. La herramienta de la videoconferencia –con las distintas modalidades, aplicaciones y dispositivos– se configuró en una herramienta válida gracias al compromiso y profesionalidad de esas funcionarias que cumplen una labor esencial en el servicio de justicia penal adolescente/juvenil.

Yendo a lo que implicaron las medidas cautelares de privación de libertad, vale aclarar que ellas operan verdaderamente como un último recurso y por el menor tiempo que proceda. Este proceder, que se refleja en la reducida tasa de encarcelamiento que se registra en el fuero –ello comparando con otras jurisdicciones en el territorio nacional como así también con otros países de la región, se vio resignificada primeramente con el análisis de las particulares cuestiones de salud de algunos jóvenes considerados, conforme DNU del PEN, como «población de riesgo». En estos casos se dispusieron medidas de cautela procesal morigeradas, en muchos casos disponiendo además el control de dispositivo electrónico de dicha medida («tobillera electrónica») que se viene implementando desde hace años como medida alternativa al alojamiento en unidades totales de privación cautelar de la libertad y en otros casos disponiendo el control policial de dicha medida.

Previo a disponer de estas medidas se ordenaron, en todos los casos, de una serie de diligencias tendientes a dilucidar el estado de salud del/de la joven, como así también las condiciones habitacionales y personas con quien estaría en el domicilio dispuesto como lugar alternativo a la prisión en dependencias del Servicio Penitenciario, de la DPJPJ y/o de la Policía de la Provincia. En muchos casos, urgentes algunos de ellos, se requirió de una coordinación entre el/

la Juez/a encargado de la «Guardia Mínima» con el/la Juez/a del turno judicial o del trámite de origen, ya sea de la ciudad de Rosario como de los Juzgados de Menores con sede en Villa Constitución, San Lorenzo y Casilda. En estos casos, también resultaron relevantes las intervenciones de Auxiliares Sociales y de Asesoras de Menores y de Defensoras Técnicas de los jóvenes que permitieron historizar la vida de ellos y asegurar el desarrollo de una efectiva defensa de sus derechos. Esta forma coordinada de trabajo y toma de decisiones fue totalmente novedosa y se resolvió gracias a la predisposición y esfuerzo de muchos funcionarias y funcionarios del fuero.

En el caso de aquellos jóvenes que continuaron detenidos en el Centro Especializado de Responsabilidad Penal Juvenil –ex IRAR– a partir del 19.03.2020 la DPJPJ adhirió a la resolución del Servicio Penitenciario Provincial mediante la cual se suspendía provisoriamente el ingreso de familiares y allegados. Medida confirmada posteriormente tras llevarse a cabo la mesa de diálogo establecida por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe respecto de la situación de las distintas unidades penitenciarias de la provincia, por el Ministerio de Gobierno y referentes del Ministerio Público de la Acusación, Colegio de Jueces Penales de 1ª y 2ª Instancia, el Servicio Penitenciario y el Servicio Público de la Defensa Penal entre otros. Como medidas particulares, se implementaron los días lunes y jueves la recepción de elementos de familiares y su posterior desinfección y el diseño de pautas preventivas para todas las personas que ingresan y permanecen en la Institución. Si bien entendemos que el fuero penal adolescente/juvenil tuvo que haber tenido cabida en la toma de decisiones, también es cierto que por las particularidades de la población privada de libertad y el seguimiento que desde cada Juzgado se realiza de cada persona sometida a medida restrictiva de libertad, la especialidad va permeando de a poco las especiales condiciones de detención. Este es otro punto donde resta mucho por pensar y actuar puesto que hará falta una mayor presencia de acompañantes juveniles, profesionales de la salud –especialmente de la salud mental–, acceso a la educación y también de un mayor acceso a contacto con familiares y afectos.

Promediando la ASPO se solicitó desde el Juzgado a la DPJPJ que acompañe informes respecto de la implementación de medidas sanitarias y preventivas y, en una segunda etapa, para asegurar el mínimo acceso a otros derechos básicos

como lo es el contacto con referentes afectivos. Asimismo se informó la suspensión provisoria del Programa Libertad Asistida en su modalidad de trabajo habitual, relegándolo a modalidad virtual con ausencia de profesionales en territorio, asimismo se cerró el Hogar Granja «Casa Joven» de Alvear por protocolo sanitario y falta de recursos humanos de la Dirección. Desde ese punto de vista, volvemos a resaltar la labor de las Auxiliares Sociales de los Juzgados del Fuero de Menores quienes operaron como nexo permanente y necesario para conocer de la mayor manera cómo vivenciaban los jóvenes lo que estaban transitando. Se implementaron desde el referido Centro Especializado –CERPJR–, dependiente de la Dirección Provincial de Justicia Penal Juvenil, distintas medidas, a saber: comunicaciones telefónicas con familiares y allegados cuatro veces por semana, sumado a la posibilidad de efectuar videollamadas conforme las necesidades particulares de cada joven, presencia de los profesionales del Equipo Multidisciplinario diariamente con el objetivo del seguimiento de la situación de cada joven; para los jóvenes ingresantes se dispuso 14 días de cuarentena y control médico diario en el sector ingresos antes de pasar a sectores convivenciales generales; respecto del acceso a la educación formal, observamos que deberá ponerse mayores esfuerzos a fin de que tengan una significativa incidencia en cada joven, se entregaron material curricular de la escuela primaria que funciona en dicha institución y material de estudios. A los fines de garantizar la continuidad, un equipo ad hoc realizó apoyo escolar, brindando de este modo un acompañamiento más personalizado con el propósito de ayudar a los jóvenes a avanzar con sus tareas; el contacto de los jóvenes con las personas que llevan adelante su defensa técnica fue garantizada mediante comunicación telefónica, videollamada, a requerimiento del profesional y/o del joven.

Al momento de recepcionarles declaración indagatoria o de habilitar otras instancias de escucha (directamente con el/la Juez/a, la Auxiliar Social, Asesoras/es o Defensoras/es), se implementaron, como ya se dijera, las audiencias virtuales a través de la aplicación *Zoom*, esto con la principal finalidad de reducir al mínimo indispensable el traslado de jóvenes y minimizar así el riesgo de ingreso del virus Covid-19 al lugar donde se encuentran los jóvenes privados de libertad. Se observó una favorable respuesta desde todos los actores del proceso a esta nueva modalidad. Los jóvenes sometidos a proceso, sin dejar de advertir la grave afectación que representó para ellos las nuevas modalidades

de alojamiento, no evidenciaron crisis subjetivas significativas por lo que puede colegirse que ha existido un correcto acompañamiento de los casos individuales por parte de quienes cumplen ese rol diario en la institución referida. Ese agravamiento de las condiciones de privación de libertad, entendemos que no fueron ilegítimas y, por el contrario, obedecieron a una específica finalidad de salud individual de cada uno de los jóvenes y, de manera mediata, de la salud general de toda la población.

Hoy creemos necesario continuar en la búsqueda de mejores condiciones que hagan al acceso a la salud integral, al esparcimiento y recreación y a la educación formal –primaria y secundaria–, además claro está del contacto con sus familiares y referentes afectivos.

Vale destacar que durante el ASPO se desplegaron en tres oportunidades instancias de escucha de personas víctimas de delitos mediante la modalidad de Cámara Gesell. En la primer ocasión se optó por integrar la retrocámara a través de videollamada con la Defensa Técnica, Fiscalía y Asesora de Menores. Luego, en las otras medidas se implementó la transmisión en vivo del acto en una de las salas de audiencias de la Oficina de Gestión Judicial de Segunda Instancia con la presencia de las partes del proceso en retrocámara, respetando el distanciamiento. Todo ello, logrado exitosamente gracias a la colaboración del equipo de trabajo de la Oficina de Gestión Judicial de Segunda Instancia.

No queremos dejar pasar la oportunidad de expresar la gratitud que sentimos al poder compartir una instancia más de servicio/oficio en el ejercicio de la función judicial, con la Dra. Alicia Cadierno. Hoy ya en calidad de jubilada, y a pocos días de la fecha de cese de funciones, nos mostró una vez más su enorme generosidad, humildad, profesionalidad y sentido del servicio en la función judicial. Corrían los primeros días más «duros» del ASPO y se requirió de manera urgente, para una causa penal donde una persona menor de edad se encontraba cautelarmente privada de su libertad en el CERPJR, de la escucha de una mujer adolescente víctima de un grave delito contra su integridad sexual. La participación de Alicia, con la mezcla perfecta de sensibilidad humana y profesionalidad, enmarcada en las específicas finalidades y requerimientos procesales, hicieron que su intervención de escucha en Cámara Gesell, resulte altamente productiva

en términos de cantidad y calidad de la información obtenida para los fines del proceso y, a la vez, en una oportunidad terapéutica para esa persona que se encontraba en una situación concreta de vulnerabilidad, que se sumaba a las condiciones de vida que la posicionaban en una persona que merece las mayores esfuerzos para las mejores intervenciones estatales que tiendan a garantizar el acceso a derechos humanos básicos.

Podríamos citar innumerables instrumentos legales que nos ponen, como funcionarias/os en la obligación de ello (artículo 19 CADH, CDN, CEDAW, Reglas de Brasilia, ley Nacional 26485 «Protección de la Mujer», leyes Nacional 26.261 y ley Provincial 12.967 «Protección de la Niñez, Adolescencia y Familia», ley Nacional 27.372 «Protección de Víctimas», etc.), en el servicio judicial que ha brindado Alicia a lo largo de los años, todas esas mandas han sido desplegadas con la total naturalidad y humana convicción.

Anhelamos que su impronta deje una marca indeleble en todas y todos quienes tenemos responsabilidad y trato en el servicio de justicia, en especial con personas que requieren especial trato y atención.

Lo reflejado hasta hasta aquí es sólo una parte de las vicisitudes, obstáculos, logros, frustraciones y satisfacciones que en el día a día se vivencian y se vivencian en la función judicial. Tiempos en los que nos han puesto a prueba de manera individual pero por sobre todas las cosas de manera colectiva. En este sentido queremos resaltar la importancia de contar con un verdadero equipo de trabajo donde cada una de las personas que conforman el Juzgado ponen todo el esfuerzo y compromiso para cumplir un fin común. Nada de todo esto puede lograrse ni aspirarse sin esa condición humana, sin la cual además todo recurso tecnológico, económico, legal e institucional caería en saco roto. Valga nuestro reconocimiento entonces a todas/os las/os empleadas/os que ponen lo que su función le exige y más aún. De esa manera ponen la vara cada día más alta y opera como una vigía ética de cumplimiento de nuestra diaria labor. ■



# LOS ADOLESCENTES ESTÁN CONFINADOS, SUS DERECHOS NO

**DRA. MARIANA CARATOZZOLO**

ASESORA DE MENORES N° 1 DE ROSARIO

**DRA. MARÍA G. ROMÁN**

ASESORA DE MENORES N° 3 DE ROSARIO

**DRA. CLAUDIA R. BENOLIEL**

ASESORA DE MENORES N° 4 DE ROSARIO





## Introducción

Los que tenemos algunos años como operadores judiciales en el sistema de Justicia Penal Juvenil transcurrimos en una tensión permanente entre la necesidad de propiciar la inclusión de los adolescentes en los beneficios que otorga el sólido sistema de garantías penales y procesales que nos ofrece el sistema de adultos, y alejarnos despavoridos del mismo, y de su notable ineficiencia, falta de humanidad y efectos deteriorantes sobre las personas por los que cotidianamente alzamos nuestras críticas. De este modo hemos logrado esgrimir algunas frases como caballitos de batalla todas las veces que intentamos explicar esta tensión como por ejemplo «los adolescentes acusados de cometer delitos tienen todas las garantías que le corresponden a los adultos más un plus de garantías por la especial etapa de la vida que están atravesando».

La citada tensión deriva de la llamada especialidad del Derecho de Menores. La legislación Nacional e Internacional en este tema establece una serie de estándares, objetivos y requisitos de actuación que pretenden ser radicalmente diferentes a los del sistema penal de adultos. El niño, niña o adolescente es así en primer lugar un sujeto de derecho, que tiene derecho a una protección especial, y a que todas las intervenciones de las que sea objeto se vean orientadas por su «interés superior» aun cuando se encuentre involucrado en una causa penal por la presunta comisión de un delito.

En este artículo pretendemos plantear la existencia de profundas contradicciones entre estos objetivos y algunas de las realidades específicas que deben atravesar los adolescentes, en concreto la privación de libertad, y la forma en que esta contradicción ha resultado profundizada por la inesperada irrupción de la pandemia de Covid-19.

### **Marco normativo**

Según Germán Bidart Campos, la Constitución Nacional tiene fuerza normativa en toda su integridad, en todas sus partes y en todos sus contenidos y sus implicancias. En este sentido como norma fundante del orden jurídico del estado, es el eje obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico-político.

El artículo 75 inc 22 CN introdujo en el campo de la legalidad constitucional una fuente externa, la cual debe aceptarse tal como viene dada, sin poder modificarla o reinterpretarla. «*Parte de la doctrina constitucional argentina ha acuñado del derecho comparado el término de Bloque de Constitucionalidad, adicionándole el vocablo federal para determinar a la regla de reconocimiento de doble fuente-interna e internacional-comprensiva de la constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales, sea originaria o derivada del procedimiento del art 75 inc 22 último párrafo, las Opiniones consultivas y las sentencias de CIDH*». (GELLI, María Angélica «Constitución Nacional Argentina». Edición Ampliada y actualizada Tomo I La Ley, 2008, pág. 329).

El 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico el 22 de Noviembre de 1990. Esta Convención proclama en la forma más completa posible los derechos del niño y lo hace con la fuerza del derecho internacional.

La CDN ha impuesto un cambio de paradigma constitucional respecto de la niñez y la adolescencia. *«La nueva visión constitucional axiológica de la niñez y adolescencia concibe a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y centro de atención prevalente y prioritaria, conforme a lo ordenado tanto por la CDN como por el articulado de la CN»* (LLOVERAS, Nora - SALOMON, Marcelo, «El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional», Editorial Universidad, 2009, pág. 119).

La Convención, en palabras de Cillero Bruñol, *«cumple la función de reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas, especifica los derechos a las particularidades de la vida y madurez de los niños y establece derechos propios de los niños o los derechos de participación; regula los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos, y orienta y limita las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.»*

El objetivo es proteger las relaciones jurídicas donde concurra algún niño teniendo en cuenta como base la noción del Interés Superior del Niño.

### **Objetivos particulares de la Justicia Penal de Adolescentes**

Respecto de los procesos penales en los que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes la Convención Internacional de los Derechos del Niño se expresa claramente en su art. 40 inc. 1. *«Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser*

Los adolescentes están confinados, sus derechos no

*tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.»*

Sin intenciones de analizar las posibilidades concretas de la realización de estos objetivos, sobre todo teniendo en cuenta los contextos regionales, lo cierto es que la gran mayoría de los operadores de las agencias estatales, obran de buena fe poniendo su esfuerzo en forma cotidiana para que las intervenciones resulten adecuadas y orientadas por estos nobles objetivos.

El derecho nacional e internacional, la jurisprudencia y la doctrina por otro lado nos brindan estándares específicos y todo tipo de herramientas y señales para el encuentro de un camino ante los laberintos de las realidades cotidianas, de los adolescentes y sus contextos de extrema vulnerabilidad a los fines de que no perdamos de vista que estamos trabajando con adolescentes y que, para sus realidades y necesidades especiales, existen respuestas específicas que estamos obligados a brindar.

Así y solo a modo de ejemplo, podemos decir que dentro de las Reglas de Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores la Regla N° 5 establece los objetivos de la justicia de Menores priorizando el bienestar del adolescente y que la respuesta punitiva no solo debe tener en cuenta la gravedad del delito sino también las circunstancias personales del adolescente como por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales como los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil. La regla N° 6 establece la necesidad de permitir el ejercicio de las facultades discrecionales por parte de los magistrados, en todos los niveles importantes del procedimiento, de modo que los que adoptan determinaciones puedan tomar las medidas que estimen más adecuadas en cada caso particular, y la necesidad de prever controles y equilibrios a fin de restringir cualquier abuso de las facultades

discrecionales y salvaguardar los derechos del joven delincuente. A los fines de evitar abusos también establece la importancia de la competencia y el profesionalismo en los agentes. La Regla N°11 plantea la alternativa de «La remisión», que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, práctica que sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia).

Por su parte la Observación General N° 24 (año 2019) del Comité de los Derechos del Niño relativa a los derechos del Niño en el Sistema de Justicia Juvenil establece en su introducción que *«Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables.»*

Más adelante, al referirse a las *«Intervenciones sin recurrir a procedimientos judiciales»* promueve estas intervenciones diciendo: *«la forma preferida de tratar con los niños debe ser la aplicación de medidas extrajudiciales. Los Estados partes deben ampliar continuamente la gama de delitos por los que se puede aplicar dichas medidas, incluidos delitos graves cuando proceda. Las posibilidades de aplicar tales medidas deberían estar disponibles lo antes posible tras entrar en contacto con el sistema y en diversas etapas a lo largo del proceso.»...* *«El Comité toma nota de que se han elaborado diversos programas orientados a la comunidad, como el trabajo comunitario, la supervisión y orientación a cargo de funcionarios designados, las conversaciones familiares y otras opciones de justicia restaurativa, incluida la reparación a las víctimas.»*

Entonces se puede decir que hemos llegado al punto en el que en forma bastante consensuada, al menos desde la posición de los agentes judiciales y de las agencias estatales de protección, en nuestra provincia, y en consonancia con el *corpus iuris* citado, se concibe al Régimen Penal de Adolescentes co-

mo un sistema que debe ser respetuoso de los estándares y garantías penales y procesales que surgen de la Constitución Nacional y de los tratados Internacionales respecto de los adultos pero que a su vez debe responder a objetivos de reinserción social de los adolescentes cuya respuesta punitiva debe ser la última seleccionada ante el fracaso de otro tipo de medidas alternativas, restaurativas, retributivas, compositivas, y que debe estar orientado en todas sus etapas por el interés superior del niño.

### Régimen Penal de la Minoridad

En este sentido la ley 22.278 otorga al Juez de Menores la facultad de prescindir de la aplicación de una pena al adolescente imputado. Se trata de un sistema que divorcia la declaración de responsabilidad ante un hecho punible de la aplicación concreta de la pena. Para ello, luego del trámite de la causa penal se dicta una primera sentencia en la que el Juez resuelve únicamente sobre la responsabilidad penal del adolescente para luego pasar a la etapa en la que se define sobre la aplicación de la pena. Las posibilidades que se le presentan al Juez de Menores en esta segunda etapa consisten en la aplicación de pena, la cual puede ser reducida en la forma prevista para la tentativa, o bien considerar innecesaria la aplicación de pena caso en el cual dictará una absolución.

Esta ley prevé en su artículo 4 una serie de requisitos que el Juez debe tener en cuenta a los fines de tomar esta decisión. Textualmente este artículo dice: «ARTICULO 4º - La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo segundo estará supeditada a los siguientes requisitos:

1º - Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

2º - Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad.

3º - Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un

*(1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.*

*Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.*

*Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo.»*

Así para esta evaluación sobre la necesidad de la pena que nos marca la ley se debe considerar el resultado de la «medida tutelar». Para ello los Juzgados de Menores se encuentran provistos de «Auxiliares Sociales» que confeccionan lo que se llama «legajo social o tutelar». Si bien y dada la imprecisión legal al respecto, en los distintos Juzgados este legajo es trabajado en formas diversas, tienen en común el enfoque de contexto del adolescente, el proporcionarle opciones que disminuyan sus niveles de vulnerabilidad y que resulten promotoras de derechos. De este modo se trabaja sobre los contextos familiares y sociales, se articula la intervención en salud, se vincula a los adolescentes con los centros educativos, se brindan opciones de capacitación laboral o de esparcimiento...etc. La constancia de todo este acompañamiento, registrado en los legajos sociales, es el material que es utilizado por los Jueces de Menores para la evaluación de la medida tutelar exigida por la ley. Si bien este tema merecería una exposición aparte, cabe al menos aclarar que es nuestro criterio que estas constancias pueden ser utilizadas sólo en favor del adolescente para así no correr el riesgo de propiciar un derecho penal de autor contrario a nuestra Constitución Nacional lo que llevaría a juzgar al adolescente por su personalidad, incapacidad para sumarse a las propuestas realizadas por las Auxiliares Sociales y en definitiva por cuestiones externas al hecho en concreto por el que se los somete a proceso. Es decir, existe un límite respecto de la respuesta punitiva que lo da la reprochabilidad de la conducta con sus reducciones: Por la edad y la situación innegable de inmadurez frente a un adulto. Y por la situación de vulnerabilidad si la hubiere. A partir de ese límite dogmático la respuesta punitiva

puede ser reducida hasta llegar a prescindir de ella teniendo en cuenta los requisitos de ley entre los que se incluye el resultado de la medida tutelar.

De todo lo expuesto se deduce que todos los eventos que se desarrollen desde que un adolescente presuntamente ha cometido un delito hasta el momento de la segunda sentencia en la que se decide sobre la necesidad de aplicación de pena y en su caso su monto y modalidad, cobran la mayor importancia y tienen consecuencias directas en los resultados finales.

### **Privación de Libertad de Adolescentes**

Volviendo a la tensión referida al inicio de este texto entre el sistema penal de adultos y el de los adolescentes, podemos decir que en el punto en el que mayor evidencia cobra su presencia es en la aplicación de medidas de privación de libertad.

La CIDN en su art. 40 inciso 4 se refiere a tema cuando dice: «*Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.*» Por su lado las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de libertad establecen en su art. 2. «*Sólo se podrá privar de libertad a los menores de conformidad con los principios y procedimientos establecidos en las presentes Reglas, así como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.*» Las citadas Reglas además equiparan la «internación» a la «privación de libertad»



cuando dicen en su art. 11 inciso b) «*Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.*» dejando de este modo atrás los eufemismos de otros tiempos que sólo generaban la privación del niño de los derechos y las garantías que les corresponden.

La privación de libertad de un adolescente en cualquier caso atenta gravemente contra los objetivos de reinserción social de los mismos. **El CERP Juvenil de Rosario** (Centro Especializado de Responsabilidad Penal Juvenil), funciona como una institución total. Según Erving Goffman (Internados. Amorrortu Editores. 1992. Pág. 13) «*Una institución total puede definirse como un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad, por un período apreciable de tiempo, comparte en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente.*» en él los adolescentes cumplen con todas las funciones de la vida cotidiana, van a la escuela, participan de diversos talleres, comen, se bañan, duermen tienen actividades de esparcimiento, asistencia profesional e interdisciplinaria y hasta cuenta con una guardia de un enfermero y un médico que pueden atender cuestiones de salud que no revistan gravedad. Allí reciben las visitas de sus familiares, novias y muchas veces también de sus hijos.

El deterioro propio que este tipo de instituciones genera en el todas las personas se torna aún más evidente debido a las implicancias que la propia privación de libertad provoca en la subjetividad de los adolescentes ya que se requiere tener en cuenta como lo advierte Carlos Uriarte (Delincuencia Juvenil y Derechos Humanos, Justicia y derechos del Niño N° 2 Unicef, Bs.As. 2000 pág. 98) «*la dimensión subjetiva de sus tiempos, la lentitud del tiempo del joven: lo lento que para el joven transcurre el tiempo en la institución. El encierro del joven es mucho más extenso y por ende lo expone a un mayor deterioro...*».

Por otro lado el más elemental sentido común nos permite deducir que no es posible lograr el objetivo de resocialización o reintegración social utilizando

una medida que aísla al adolescente de su entorno social, familiar y afectivo. Se ha de considerar además la especial tendencia de los adolescentes, por su edad y su estado de desarrollo a manejarse en grupos, a hiper socializarse, su referencia como sujeto se encuentra muchas veces ligada a la pertenencia de grupos de pares con los que se identifica y a los que los relacionan cuestiones de preferencias e identificaciones con determinado tipo de música, forma de vestir, lugares de reunión, etc...

Si tomamos como concepto de justicia restaurativa el presentado por Tony Marshall (MARSHALL, Tony, «Criminalmediaton in Great Britain 1980-1996»), criminólogo inglés la justicia restaurativa es *«un proceso en el cual todas las partes que tienen alguna clase de interés en un conflicto subsumible en un tipo penal que ha tenido lugar en una comunidad se reúnen para resolver colectivamente cómo lidiar con las consecuencias de ese crimen y con sus efectos e implicancias para el futuro»*.

Estos objetivos que consisten en restaurar vínculos con la comunidad y la familia, grupos que siempre son los más afectados luego de los propios adolescentes, por las conductas delictivas de los mismos, se resienten gravemente con las medidas de privación de libertad, que derivan muchas veces en situaciones de mayor vulnerabilidad de éstos al sistema penal. Los adolescentes que atraviesan estas medidas sufren además luego del encierro mayores dificultades para terminar la escuela e insertarse laboralmente.

Es por ello que las Asesorías de Rosario hemos planteado repetidamente que este tipo de medidas no es adecuada a los objetivos que por mandato convencional deben orientar las acciones dirigidas en el marco de un proceso judicial a los adolescentes imputados. Asimismo se ha hecho referencia a la imposibilidad de cumplimentar con el requisito de la evaluación de una «medida tutelar» cuando durante el trámite del proceso el adolescente se ha visto privado de derechos básicos como la libertad, el derecho a vivir en familia, etc. Recordemos que este es un requisito de la mayor importancia en la ley si además tenemos en cuenta las disposiciones internacionales pertenecientes al *corpus iuris* que nos obligan a sopesar otras cuestiones

además de las relacionadas al hecho concreto, a los fines de seleccionar una respuesta adecuada.

Propendemos entonces a una estrategia orientada a la reinserción social que ofrezca a los adolescentes oportunidades educativas, de formación laboral y recreativas, para facilitar su inclusión en un proyecto de vida alejado del delito. La especialización de la justicia juvenil implica un abordaje socioeducativo en todas las instancias del proceso penal.

### **...Y sobrevino «La Pandemia»**

A todos estos problemas planteados respecto de la privación de libertad de los adolescentes, se ha venido a sumar desde Marzo de 2020 la pandemia del Covid-19.

En fecha 11 de Marzo de 2020 la oms (Organización Mundial de la Salud), dado los niveles de propagación y gravedad del Covid-19 decide declarar el ESTADO DE PANDEMIA. El 20 de Marzo de 2020 por medio de un decreto de necesidad y Urgencia se impone en nuestro país el estado de «aislamiento social preventivo y obligatorio»

Debemos reconocer que al iniciarse la pandemia y ante el pedido de Asesores y Defensores, se propiciaron medidas como la libertad o el arresto domiciliario con control policial o dispositivos electrónicos, de adolescentes que se consideró que se encontraban en el grupo de riesgo y por cuestiones sanitarias. Respecto de los que no se encontraban en estos grupos y los que fueron ingresando con posterioridad a la fecha referida las medidas sanitarias generaron que, en protección de los adolescentes que se encuentran privados de libertad, así como en todas las cárceles de la provincia en el CERP Juvenil y el Pabellón Juvenil de la Cárcel de las Flores, se suspendiera el ingreso a estos centros de todo personal que no resultara indispensable. Así los profesionales, docentes, capacitadores, talleristas dejaron de concurrir en forma cotidiana. Pero lo que es más grave y lo que realmente ha gene-

Los adolescentes están confinados, sus derechos no

rado un gran monto de malestar en los adolescentes es la suspensión de las visitas de las familias. Hace más de 5 meses que los adolescentes privados de libertad no reciben a sus familiares, no tienen contacto personal, físico con los mismos. Esta falta de contacto ha sido suplida por una comunicación telefónica asidua, pero no es necesario argumentar que ello no suple la presencia física, el abrazo y la mirada de los seres queridos. Esto se agrava porque algunas familias tienen dificultades para conseguir un teléfono al cual los adolescentes se puedan comunicar cotidianamente.

Los adolescentes al momento de ingresar a los centros de privación de libertad deben guardar una cuarentena obligatoria de 14 días según las indicaciones sanitarias. Este aislamiento se realiza en el Sector de ingresos, en celdas individuales de las que solo pueden salir unas horas al día para actividades de esparcimiento. Este Sector, en tiempos normales, debe ser utilizado para el alojamiento tan solo en situaciones de excepción, totalmente justificadas, y únicamente en resguardo de los adolescentes, debiendo los traslados a este sector ser notificados a los asesores de menores a los fines de que controlen las circunstancias en que son realizados. La experiencia nos dice que estos aislamientos pueden resultar sumamente angustiantes y riesgosos para la salud mental de los mismos.

Otro de los problemas que se ha presentado es el de las limitaciones en las dotaciones de recursos humanos. Se trata de una debilidad, en muchos casos preexistente, que se agravó por las licencias que debieron concederse en el contexto de la emergencia sanitaria.

Un capítulo en el que también se han puesto de manifiesto y agudizado las debilidades pre existentes es en la atención en materia de niñas niños y adolescentes de su salud mental, incluidos los consumos problemáticos de sustancias. Las dificultades de acceso a esos servicios están produciendo vulneraciones de derechos en niños, niñas y adolescentes institucionalizados respecto de las que se requieren diagnósticos y/o abordajes terapéuticos.

Las instituciones con modalidades más acordes a los objetivos de reintegra-

ción social como son las instituciones abiertas como el centro socioeducativo de Alvear, han sido cerradas hasta nuevo aviso.

La pandemia del covid 19, por tanto, no ha hecho más que agravar las condiciones de la ya cuestionable situación de privación de libertad de los adolescentes en una magnitud aún mucho mayor que la de los adultos por los motivos jurídicos, sociales y psicológicos ya expuestos.

### **Recomendaciones del Comité Internacional de los Derechos del Niño: Resolución N° 1/2020. Pandemias y Derechos Humanos en Las Américas. Niños, Niñas Y Adolescentes**

La situación descrita precedentemente respecto de los adolescentes privados de libertad no es privativa de nuestra provincia sino que, así como la pandemia, se repite en la mayoría de los Estados alrededor del globo terráqueo, esto ha puesto en alerta al Comité de los Derechos del Niño que ha realizado una declaración para concienciar a los Estados del profundo impacto que la pandemia tiene en la infancia, y la necesidad de tomar medidas para garantizar los derechos de los niños. A tenor de la declaración presentada por 10 órganos de Derechos Humanos de NNUU, este Comité encargado de velar por la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño ha realizado esta recomendación.

El Comité ha manifestado su especial preocupación por la situación de los niños vulnerables sobre todo en aquellos países donde se han tomado medidas de confinamiento obligatorio o estados de emergencia.

Así ha recomendado: **«Proteger a los niños cuya vulnerabilidad se incrementa aún más por la excepcional circunstancia causada por la pandemia. Estos incluyen niños con discapacidades; niños que viven en la pobreza; niños en situaciones de la calle; niños migrantes, solicitantes de asilo, refugiados y desplazados internos; minorías, niños con afecciones de salud; niños privados de libertad o confinados en instalaciones de detención policial, cárceles, centros**

Los adolescentes están confinados, sus derechos no

*de detención de migrantes o campamentos; y niños que viven en instituciones. Los Estados deben respetar el derecho de todos los niños a la no discriminación en sus medidas para abordar la pandemia y tomar medidas específicas para proteger niños en situaciones vulnerables.»*

*«**Liberar a los niños de todas las formas de detención**, siempre que sea posible, y proporcionar a los que no pueden ser liberados con los medios para mantener un contacto regular con sus familias Muchos Estados han adoptado medidas para restringir las visitas y oportunidades de contacto para niños que viven en instituciones o privados de libertad, incluidos niños confinados en instituciones policiales, cárceles, centros seguros, migración centros de detención o campamentos. Si bien estas medidas restrictivas pueden verse como necesarias a corto plazo, durante largos períodos tendrán un marcado negativo efecto en los niños. A los niños se les debe permitir en todo momento mantener contacto con sus familias, y si no en persona, a través de comunicación electrónica o por teléfono...»*

*«**Prevenir el arresto o la detención de niños por violar directivas relacionadas con COVID-19**, y asegurar que cualquier niño que fue arrestado o detenido es devuelto inmediatamente a su familia.»*

## Conclusión

Dependiendo del cristal con que se mire, si esta pandemia ha dejado algo positivo se trata de que se han puesto aún más en evidencia las contradicciones existentes entre las finalidades que los procesos penales de adolescentes deben perseguir y las realidades que les toca afrontar a este grupo. Como consecuencia de ello deberían replantearse la aplicación de medidas alternativas al encierro. No sabemos cuánto tiempo se prolongará la pandemia, no sabemos ni siquiera si será posible retomar las condiciones de vida tal y como las conocíamos, los adolescentes en situaciones de vulnerabilidad no pueden resultar una vez más los más perjudicados en esta situación. Es por ello que en consonancia con las recomendaciones del Comité de los

## BIBLIOGRAFÍA

- BELOFF, MARY, DEYMONNAZ, VIRGINIA, FEERMAN, DIEGO, HERRERA, MARISA, TERRAGNI, MARTINIANO «*Convención sobre los derechos del Niño*» comentada, anotada y concordada. La Ley, 2012.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I-A edición ampliada y actualizada 2000 Edit. Ediar Bs As.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional de los Derechos del Niño», en *Infancia, ley y democracia en América latina*, pág. 70.
- Decreto de Necesidad y Urgencia 297 del 19 de Marzo de 2020.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del Riad). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/12 del 14 de Diciembre de 1990.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA «*Constitución Nacional Argentina. Edición Ampliada y actualizada*» Tomo I La Ley, 2008, pág.329.
- GOFFMAN, ERWIN. *Internados*. Amorrortu Editores 1992.
- LLOVERAS, NORA - SALOMON, MARCELO, «*El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*», Editorial Universidad, 2009, pág. 119.

- MARSHALL, TONY, «*Criminalmediaton in Great Britain 1980-1996*».
- Observación General N° 24 (2019) relativa a los derechos del Niño en la Justicia Juvenil. Comité de los Derechos del Niño. Naciones Unidas.
- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores («Reglas de Beijing»). Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/33, del 28 de Noviembre de 1985)
- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 del 14 de Diciembre de 1990.
- Revistas de *Derecho Penal y Procesal Penal* año 2016, (Tomo I), año 2017 (Tomo 2); año 2018 (Tomo I). Abeledo Perrot.
- URIARTE, CARLOS (Delincuencia Juvenil y Derechos Humanos, Justicia y derechos del Niño N° 2 Unicef, Bs.As.2000 pág. 98)
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. «*La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*». Ediar. 2011.-
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. ALAGIA, ALEJANDRO. SLOKAR, ALEJANDRO. «Manual de Derecho Penal. Parte General». Ediar 2005.

Derechos del Niño es de vital importancia que los operadores judiciales tomemos conciencia de que se deberá ante todo evitar la privación de libertad de adolescentes, y respecto de los que se encuentran en esta situación se deberá asegurar que los derechos humanos de cada niño y niña privado de su libertad se respeten, protejan y promuevan. ■

*«Todo derecho ha sido disputado, cada regla jurídica importante debió ser arrancada a aquellos que se oponían, y todo derecho tanto el de un pueblo, como el de un individuo, se fundamenta en la permanente disposición a afirmarlo».*

RUDOLF VON IHERING





MINISTERIO PÚBLICO  
DE LA ACUSACIÓN



# EL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN FRENTE AL COVID-19

**DR. JORGE C. BACLINI**

FISCAL GENERAL DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ACUSACIÓN DE LA PROVINCIA DE SANTA FE



### **1. Palabras preliminares**

La justicia es uno de los servicios más importantes del Estado, a pesar de lo cual su actividad se vio suspendida en Argentina y otros países del cono sur por la imposición del confinamiento obligatorio, a excepción de algunas prestaciones urgentes.

La pandemia se presentó cuando la mayor parte de los poderes judiciales de la región se encuentran en procesos de modernización que buscan dar mayor eficiencia y celeridad (oralización e informalidad), y por otro parte con la introducción plena de la informatización y de tecnología (expedientes digitales y la gestión administrativa a través del acceso remoto).

No puede soslayarse que el Covid-19 mostró la necesidad de acelerar y con-

solidar todo este proceso transformador.

Lo cierto es que con todos sus defectos el sistema funciona. Sin embargo, un imprevisto alteró su funcionamiento y pronunció sus deficiencias. Por tanto, se hizo necesario pensar cómo se iba a seguir marchando con la nueva realidad propuesta. La tarea no fue ni simple ni sencilla ya que obligó a todos los actores a tomar decisiones ante la coyuntura.

Sin embargo, hay que resaltar que en lo que hace a la dimensión de nuestro trabajo muchas de las reformas e innovaciones que finalmente se articularon ya estaban en funcionamiento o habían sido pensadas para una puesta en marcha a futuro.

Por eso, de otro extremo, hay que destacar que la pandemia aceleró los tiempos y concretó proyectos que estaban dando vueltas, de allí que haya que resaltar que muchos de los cambios que se han ido implementado han llegado para quedarse definitivamente porque sin dudas constituyen innovaciones y reformas de valía real ya que aceleren los tiempos, reducen gastos, y tienden a lograr mayor eficiencia y eficacia en la actuación del Ministerio Público; pero fundamentalmente, y como más abajo se podrá observar, propenden a una amplia mejora de los derechos de todos los intervinientes en el sistema penal.

Así, sin vacilar se debe afirmar que el Covid-19 puso en evidencia la trascendencia que tiene la planificación estratégica en la gestión pública.

En estas breves notas se presentará todo el marco de acciones que se ejecutaron para que el Ministerio Público de la Acusación (MPA) haya podido responder al marco de limitaciones que impuso y hasta hoy impone la crítica situación.

No esta demás remarcar que el diseño normativo moderno que la ley 13.103 impone a la nueva fiscalía permite poder adecuarse rápidamente a nuevas realidades, siempre que las cabezas tengan en vista una visión dinámica y hayan proyectado progresivamente al MPA<sup>1</sup>.

#### CITAS

<sup>1</sup> De allí que suele decirse que tanto a las personas como a las instituciones hay que medir las por la forma en que están preparadas y reaccionan frente a lo imprevisto.

Bajo estos lineamientos los recaudos que se tomaron fueron para, por un lado, afrontar las consecuencias que genera un conflicto novedoso, dinámico e impredecible y, por otro, proteger la salud de todos los integrantes del MPA y de las personas que están relacionadas a la institución. En tal orientación, el desafío fue, al mismo tiempo, continuar garantizando a la ciudadanía el acceso a la justicia, asegurar el cumplimiento de los objetivos de la política de persecución penal y mantener en marcha la mayor cantidad posible de proyectos institucionales.

En este sentido, merece ser especialmente remarcado el compromiso demostrado por todos los integrantes de la organización. El rol de cada uno de ellos y el esfuerzo que implicó el cumplimiento de tareas en el marco del aislamiento (ya sea a través del trabajo remoto o presencial con todos los recaudos sanitarios) fueron claves para plasmar en acciones concretas la planificación prevista.

Como se podrá observar, a pesar de que el MPA es una institución joven, la situación planteada por la pandemia puso en evidencia las capacidades instaladas y la solidez de sus equipos de trabajo, mostrando: *previsibilidad y adaptación ante la adversidad*.

## **2. Esquema de trabajo durante la pandemia**

### **2.1. Medidas sanitarias preventivas**

#### **a) Licencias y eximiciones de concurrencia al lugar del trabajo**

En consonancia con los decretos dictados por el PE nacional y provincial, inmediatamente se concedieron licencias de carácter excepcional y eximiciones de concurrir a los lugares de trabajo fundadas en la propagación mundial del virus y su extensión en nuestro país por personas que viajaron al exterior y regresaron al país portándolo; la necesidad de aislar de forma pronta a posibles portadores, de modo que no representen un riesgo de in-

fección para otras personas; y la urgencia por evitar que los lugares de trabajo se conviertan en un ámbito propicio para su propagación<sup>2</sup>.

En esta línea, conforme a la evolución crítica de la situación y en directa vinculación los decretos del PE, se expidió la resolución N.º 88 del 18/03/20 en la cual finalmente se ordenó para todos los integrantes del MPA la eximición de la obligación de concurrir al lugar en el que prestan servicios, en tanto no estén afectados a las guardias imprescindibles de servicios esenciales indispensables.

#### **b) Restricciones para la atención presencial**

Se ordenó la restricción de la atención presencial en las oficinas del MPA, disponiendo el ingreso gradual de hasta tres personas a la vez, procurando mantener una distancia de al menos dos metros en la medida de lo posible, evitando la concurrencia masiva de personas y recomendando al público abstenerse de concurrir, salvo casos estrictamente necesarios, pudiendo hacerse las consultas en forma telefónica o por mail.

En esta dirección, se recomendó a los Fiscales Regionales la organización del trabajo a fin de procurar un prudencial distanciamiento entre el personal, pudiendo en su caso reprogramar la concurrencia a las dependencias en los turnos matutino y vespertino.

#### **c) Compra de implementos e insumos de protección**

Se adquirieron todos los insumos necesarios para reducir el riesgo de contagio, entre ellos: barbijos, guantes, alcohol en gel, clorexidina, mamelucos descartables, camisolines descartables, termómetros infrarrojos y productos de limpieza y desinfección. Asimismo, se compraron dos estufas secado-esterilización para papeles, vidrios tipo biombo para atención al público, barreras de acrílico; adaptaciones varias para atención al público para diversos edificios, carteles informativos de prevención, impresiones varias, ordenadores para filas, headset para videoconferencias, auriculares con micrófono, blindex; y discos rígidos externos.

## **2.2. Panorama general del trabajo**

La mayor parte del personal continuó con sus labores y prestando servicios,

<sup>2</sup> Se dictó la resolución N.º 63 (12/03/20) concediendo licencia excepcional para el personal que había regresado de los países considerados como zona de riesgo dentro de los 14 días anteriores a esa fecha. El 17/03/20 se promulgó la N.º 81 concediendo licencia especial para todo el personal que tenga a su cargo hijos menores de edad. También se concedió licencia excepcional a todos los pasantes y practicantes.

una parte *en forma presencial alternadamente* y la gran mayoría a través del denominado *trabajo remoto a distancia*, modalidad que pudo implementarse merced a que desde hace un tiempo a esta parte el MPA viene pensando y proyectando la posibilidad de acceso al sistema informático desde los domicilios particulares por todo el personal.

Para el trabajo remoto se impartieron una *serie de instrucciones a seguir por los y las fiscales para controlar el efectivo cumplimiento* consistente en la confección de un plan de trabajo por unidad fiscal, estableciendo finalidades, objetivos y acciones concretas a realizar; información periódica de los resultados obtenidos y las dificultades encontradas; y la confección de un informe semanal por parte del jefe de oficina al Fiscal Regional quien luego de su evaluación debía elevarlo a la Fiscalía General, lo cual es complementado con planillas que son proveídas por el sistema informático en forma individual de cada fiscal (padde) de las cuales surge el detalle de cada acto procesal realizado en determinado período de tiempo.

Por otra parte, se exhortó a que el personal se mantenga a disposición para atender cualquier requerimiento relacionado al servicio que se formule en forma remota.

### **2.3. Medidas particulares de actuación**

#### **a) Creación de unidades fiscales especiales Covid**

En las fiscalías regionales 1° y 2° se crearon transitoriamente unidades fiscales especiales, integradas por 5 fiscales cada una, dedicadas exclusivamente a la investigación de delitos y contravenciones relacionadas a la pandemia a los fines de poder responder en forma uniforme, coherente y coordinada a la gran cantidad de infracciones de este tipo, originadas por la actuación de la policía en la calle.

Mientras tanto en el resto de las circunscripciones y distritos judiciales estos casos se trabajaron conforme el esquema tradicional de turnos.

De ello se desprende que del total de 168 fiscales y adjuntos que dispone actualmente el MPA solamente 10 fueron abocados en forma exclusiva para el tratamiento de infracciones de este tipo, lo que significa menos del 6

%. En pocas palabras, se puede señalar que la institución se adoptó rápida e inmediatamente a la nueva modalidad delictiva disponiendo los recursos humanos y materiales acordes para efectivizar la persecución penal, manteniendo la atención de todos los casos que llegan a su conocimiento.

#### **b) Criterios de actuación covid**

Se dispusieron una serie de instrucciones generales dirigidas a fiscales, adjuntos y a la policía con el objetivo de uniformar criterios de actuación y dar dinámica a la intervención.

i) **Infracción a la prohibición de aislamiento obligatorio.** En relación a la imputación por los artículos 205 y 239 código penal en violación de lo dispuesto en **DNU N° 297/2020** del 19/03/2020<sup>3</sup> y en el **DNU N.° 260/2020**<sup>4</sup> a los fines de dar cumplimiento con las normativas procesales se ordenó la forma en que debía proceder la policía, consistente en: 1) hacer saber a cada potencial infractor que se encontraba en infracción de los artículos 205 y 239 CP (salvo que se encontrara en los casos de excepción). 2) Proceder a la aprehensión, identificación y fichaje, tomas de muestras fotográficas, constatación de domicilio y realización del acta de lectura de derechos y designación de abogado defensor, verificando si la persona tenía pedido de captura activo. 3) Informar que para verificar el cumplimiento del aislamiento obligatorio en su domicilio, posiblemente se le instalará una aplicación de rastreo de personas en tiempo real en su celular dando aviso al juez y al defensor con vigencia por 15 días. 4) Notificar que se les formaba causa penal por los delitos de mención. 5) Se los debía trasladar al domicilio para constatarlo y hacerles saber que de manera aleatoria la policía pasará a constatar su permanencia. Se les hará saber que será citado a audiencia imputativa que se celebrará luego del período de restricción del decreto presidencial. 6) Para el caso que la aprehensión fuera cuando la persona circulaba en un vehículo, el mismo debía ser retenido preventivamente<sup>5</sup>. 7) Remisión de todo lo actuado al MPA para su registro. 8) En ningún caso la persona debía permanecer más de 8 horas en la dependencia policial. 9) La policía realizará los trámites necesarios para disponer la libertad de la persona. 10) Sólo en los casos de duda, o cuando la persona se resista a la autoridad policial o cuando el incumplimiento se considere grave o cuando

<sup>3</sup> Artículo 4º.- Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del «aislamiento social, preventivo y obligatorio» o a otras normas dispuestas..., se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.

<sup>4</sup> Artículo 7.1: «Deberán permanecer aisladas durante 14 días, plazo que podrá ser modificado por la autoridad de aplicación según la evolución epidemiológica, las siguientes personas: ...En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado..., los funcionarios... y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal...».

<sup>5</sup> Se dispuso que se podía evaluar que los imputados sean designados depositarios judiciales de los vehículos, con la entrega de las llaves y con prohibición de uso.



<sup>6</sup> Se estableció que la obligación comenzó a regir a partir del 17/04/2020 y que su incumplimiento debe encuadrarse en el artículo 57 del Código de Convivencia de la Provincia de Santa Fe.

<sup>7</sup> Las mismas consisten en la: identificación del infractor y al labrado de un acta de infracción contravencional, verificación de la existencia de un pedido de captura activo, lo cual se sugiere que se realice en el plazo más breve posible que no debería extenderse más allá de una hora.

la persona tenga pedido de captura activo se librará consulta al fiscal con competencia especial o de turno, quien podrá ordenar la detención, en su domicilio o efectiva, despachando las comunicaciones.

ii) **No uso del tapabocas.** En relación al *decreto N.º 347*, por el cual se dispone el uso obligatorio de máscaras para evitar que las personas infectadas transmitan el virus a otras, y lo dispersen en las superficies y *el N.º 348*<sup>6</sup> *ambos del Poder Ejecutivo de Santa Fe*, se emitió una instrucción (27/04/20), en la que se establecen criterios particulares de actuación<sup>7</sup>.

iii) **Retención preventiva de vehículos.** En función de que el decreto presidencial (art. 4.2) disponía la *retención preventiva del vehículo en el cual circulaban los infractores a la prohibición de aislamiento*, el 08/05/2020 se dictó una instrucción con criterios de actuación ante tales supuestos en virtud de la gran cantidad de rodados secuestrados.

Se contempla que producida la retención de la unidad la preventora debía dar conocimiento al fiscal con la mayor información del rodado en un lapso máximo de doce horas, a fin de que éste disponga o no su secuestro lo cual deberá hacer evaluando las reglas propias de las medidas cautelares reales (arts. 205 y 242 CPPSF) y si corresponderá o no oportunamente la petición del decomiso (art. 23 CP).

iv) **Suspensión de procedimiento a prueba.** Para proyectar una resolución unificada de todos estos casos, en respeto del principio de igualdad ante la ley, se promulgó una instrucción general (11/05/2020) recomendando la aplicación de la *probation* siempre que se encontraren satisfechos los requisitos legales. En tal supuesto, se sugiere que además de las reglas de conductas que pudieran corresponder el imputado realice una donación a título de reparación la cual será canalizada con el Ministerio de Salud de la provincia, las comunas y municipios en los que se produzca la transgresión para que el destino de los fondos tenga vinculación a paliar gastos generados en virtud de la pandemia.

v) **Investigaciones iniciadas por infracciones penales por covid.** Hasta el 30/06/2020 se iniciaron 26.689 casos en la provincia de Santa Fe, siendo su distribución la siguiente: 4.249 en la Regional 1 Santa Fe (16%), 14.199 en la Regional 2 Rosario (53%), 2.418 en Venado Tuerto (9%), 1.335 en Reconquista (5%) y 4.488 en Rafaela (17%).

Teniendo en cuenta que aun rigen restricciones de distanciamiento social, hasta el 30/06/2020 se llevaron a cabo 1.052 audiencias imputativas y han finalizado más de 700 casos (suspensión de proceso a prueba, criterios de oportunidad y desestimaciones).

### c) Instrucciones en relación a violencia de género

Teniendo en cuenta que el aislamiento obligatorio podía potenciar la realización de algunas modalidades delictivas *en especial aquellas relacionadas con la convivencia*, se emitió una instrucción general (19/04/20) disponiendo una serie de medidas en lo pertinente.

Entre ellas se promovió la posibilidad de realizar la *denuncia on line y por mail*, más allá de la intervención policial por llamadas al 144 y al 911 en caso de urgencia. El desplazamiento urgente hacia el domicilio por parte del personal policial cuando se tome conocimiento de estas situaciones para hacer cesar el evento delictivo, recepcionar todas las declaraciones en el lugar del hecho y constatar las lesiones físicas, siempre que su gravedad lo permita y no requieran asistencia hospitalaria. Para casos de violencia sexual y otros delitos graves (femicidio o tentativa de femicidio) requerir asistencia de la Agencia de Investigación Criminal del Ministerio de Seguridad en el lugar del hecho para levantamiento de rastros (saliva, fluido seminal, rastros hemáticos, huellas dactilares, daño ambiental, etc.).

Asegurar la evidencia para acreditar el hecho por medio del libramiento de orden judicial de allanamiento y secuestro de evidencias, de ser necesario, como así también solicitar el secuestro del celular de agresor y/o disponer la obtención de evidencia digital en el lugar.

Por otra parte, en la misma se recuerda la *facultad fiscal para ordenar medidas de distancia*, en los primeros momentos de la investigación con un plazo máximo de hasta 96 horas, para luego plantear la solicitud ante la autoridad judicial correspondiente<sup>8</sup>. Asimismo se podrá disponer la implementación de dispositivos de georreferenciación o botón de alerta, la imposición de una consigna, así como la instalación de la app «MPA prevención y control» en el dispositivo celular de la víctima para reportar alarma en situación de urgencia.

Finalmente, se dispone la realización de audiencia imputativa por sistema

<sup>8</sup> 1) Exclusión de la residencia común (ley 26.485, art. 26.b.2 y CPPSF art. 219 inc. 4) y/o decidir el reintegro al domicilio a la mujer, si ésta se había retirado, previa exclusión de la vivienda del presunto agresor (ley 26.485, art. 26b.3). 2) Restricción de acercamiento por cualquier medio (presencial y/o mediante redes o teléfono: ley 26.485, art. 26 a.1 y art. 219 inc. 3 CPPSF). 3) Cese de los actos de perturbación o intimidación que directa o indirectamente realice hacia la mujer (Ley 26.485, art. 26a.2). 4) Restitución inmediata de efectos personales a la parte peticionante si se ha visto privada de ellos (ley 26.485, art. 26a.3). 4) Secuestro de las armas que estuvieren en poder del agresor y prohibición de adquirirlas (resolución FG N° 263/17 y ley 26.485, art. 26a.4). 5) Disposición de medidas de seguridad en el domicilio de la víctima (ley 26.485, art. 26a).

<sup>9</sup> Ante las limitaciones impuestas en la acordada acta N° 11, punto VIII, 14-04-2020.

<sup>10</sup> De las 391 realizadas, 98 fueron en febrero, 83 en marzo, 7 en abril, 61 en mayo y 124 en junio.

<sup>11</sup> De las 235 efectuadas, 2 fueron en enero, 74 en febrero, 47 en marzo, 13 en abril, 38 en mayo y 56 en junio.

<sup>12</sup> De las 233 audiencias de probation, 57 fueron en febrero, 38 en marzo, 7 en abril, 5 en mayo y 112 en junio.

digital y en caso que la situación amerita la disposición de otras medidas cautelares.

### 3. Audiencias celebradas

Inicialmente se dispusieron drásticas restricciones para la realización de audiencias, reduciéndolas a las mínimas, necesarias y urgentes. De esta forma, se materializaron únicamente audiencias imputativas con detenidos y de medidas cautelares por detenidos en flagrancia, y otras de libertades en general y de ejecución penal, muchas de las cuales se llevaron a cabo por escrito, otras en forma presencial y luego virtualmente a través de la aplicación *zoom*.

En este orden de ideas se impartieron recomendaciones para los y las fiscales en relación a audiencias y a entrevistas que se realizan en las dependencias del MPA tendientes a evitar la circulación masiva de público. Entre ellas se puede mencionar: a) la suspensión de las citaciones a audiencias imputativas en libertad; b) restringir las convocatorias de testigos a casos extremadamente necesarios, priorizando tomar entrevistas por vía telefónica; c) acotar las mediaciones, conciliaciones y demás medidas alternativas; d) solicitar que las audiencias judiciales se realicen preferentemente en lugares con aireación natural y sin público; e) peticionar que las audiencias se materialicen con un máximo de dos imputados por cada una y con la concurrencia de no más de dos personas por cada parte litigante; f) evitar el traslado de detenidos a las sedes de las fiscalías y/o tribunales, salvo casos de estricta necesidad.

Con el transcurso del tiempo, se solicitó al Máximo Tribunal<sup>9</sup> el aumento del número de audiencias judiciales virtuales, en especial audiencias preliminares<sup>10</sup>, de cámara gesell como anticipo jurisdiccional de prueba<sup>11</sup> y las de suspensión de procedimiento a prueba<sup>12</sup>.

En lo concerniente a la realización de cámara gesell hay que destacar la

necesidad que se lleven a cabo en forma cercana con la denuncia del hecho y bajo condiciones que reduzcan al mínimo la revictimización. En virtud de ello se instó periódicamente a su realización recordando que la postura del MPA es que el imputado no debe estar presente y que para aquellos casos en los que el juez entendiera que debía estar presente lo debía hacer desde el establecimiento penitenciario que se encuentre alojado participando a través del sistema *zoom*.

En relación a la cantidad de audiencias judiciales puede observarse que en el período que va desde el 01.01 al 30.06 se realizaron 7.687, siendo que la mayor cantidad se registró en febrero con 1.903 y luego comienza un curva descendente hasta llegar al registro más bajo en el mes de abril con 894. Ya en en mayo se verifica un aumento, mientras que en junio se llega a 1.673, es decir un 10% menos que en febrero por lo que se puede indicar que esta próximo a normalizarse.

AUDIENCIAS	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	TOTAL
1 Circunscripción	172	598	382	323	347	451	<b>2.273</b>
2 Circunscripción	360	1.034	789	425	571	906	<b>4.085</b>
3 Circunscripción	67	114	105	55	88	154	<b>583</b>
4 Circunscripción	21	101	65	46	89	83	<b>405</b>
5 Circunscripción	33	56	47	45	81	79	<b>341</b>
<b>TOTAL</b>	<b>653</b>	<b>1.903</b>	<b>1.388</b>	<b>894</b>	<b>1.176</b>	<b>1.673</b>	<b>7.687</b>

<sup>13</sup> En la Circunscripción 1 se realizaron en total 726: enero 78, febrero 176, marzo 116, abril 105, mayo 119 y junio 132. En la 2 se realizaron en total 1282: enero 239, febrero 227, marzo 175, abril 200, mayo 211, junio 234. En la Regional 3 en total 159: enero 33, febrero 25, marzo 21, abril 19, mayo 26 y junio 35. En la 4 82 en total: enero 3, febrero 24, marzo 11, abril 10, mayo 18, junio 16. En la Circunscripción 5 en total 92: enero 15, febrero 17, marzo 18, abril 11, mayo 14 y junio 17.

<sup>14</sup> De ellas 241 fueron en la 1 Región, 537 en la 2, 60 en la 3, 31 en la 4, y 36 en la 5.

En relación al tipo de audiencias puede señalarse que las imputativas con detenidos (2.341)<sup>13</sup> y las de medidas cautelares fueron las que en mayor cantidad se realizaron y mantuvieron su promedio mensual, con las bajas propias de la reducción de los delitos de calle que se produjo en los meses de aislamiento obligatorio. Luego, en orden decreciente le siguen las audiencias de ejecución penal y de procedimiento abreviado (905)<sup>14</sup>.

#### 4. Personas privadas de su libertad

Inicialmente, debe recordarse que desde la disposición de los primeros decretos de aislamiento obligatorio hasta hoy la secretaría de asuntos penitenciarios de la provincia dispuso que para preservar los centros penitenciarios de la provincia de Covid-19, se *clausuraban las visitas y las libertades transitorias*, con la finalidad de evitar la circulación de personas desde y hacia el interior de los penales. La medida fue compensada parcialmente con el ingreso de bultos de comida desde el exterior, y el aporte de teléfonos con ciertas limitaciones y restricciones en su uso para los internos.

Por otra parte, la Junta de Fiscales ha evaluado y definido diversos criterios vinculados con la situación de presos en las cárceles provinciales, habiendo analizado la recomendación realizada por el CNPT referida a necesidad de la reducción de la población en cárceles y comisarías en el marco del Covid-19.

Así, ante las masivas peticiones libertarias fundadas en la pandemia, a través de una instrucción general del 21/03/2020, se *instruyó a los y las fiscales a oponerse y rechazar este tipo de planteos genéricos de defensores solicitando medidas de prisión con detención domiciliaria*.

Más allá de otros fundamentos puntuales, en general se recordó que el código procesal penal santafesino autoriza la prisión domiciliaria en los casos establecidos en el artículo 10 del código penal, y que en consecuencia si se verificase una situación puntual de un «interno enfermo cuando la priva-

ción de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario» se procederá a solicitar la revisión, previo dictamen médico oficial que certifique las condiciones expuestas. Bajo este lineamiento normativo se debe analizar la particularidad de los casos de las personas que se encuentran dentro de los denominados grupos de riesgo o vulnerables pues se trata de personas que complicarían severamente su cuadro de salud en caso de contagiarse coronavirus, y en tal supuesto evaluar si el centro de detención presenta o no las condiciones adecuadas para el tratamiento de la situación concreta que presenta el interno.

Por supuesto que lo considerado en la instrucción es de carácter provisorio y por tanto revisable periódicamente conforme la evolución de la pandemia y su incidencia en los establecimientos penitenciarios de la provincia de Santa Fe<sup>15</sup>.

En relación a esta temática, se debe destacar la activa participación que se tuvo en una mesa interinstitucional de diálogo penitenciaria convocada por el ministerio de gobierno de Santa Fe a los fines de evaluar y coordinar acciones orientadas a abordar esta problemática. En ese espacio también confluyeron representantes del P.E. y del S.P.P.D.P. En la misma se informaron de diferentes acciones implementadas desde el gobierno de la provincia incluyendo que se había previsto la disposición de una cantidad muy importante de camas para internos que fueran portadores del virus<sup>16</sup>.

## 5. Implementación de cuestiones innovadoras

### a) Sistema de turnos *on line*

Se observó la necesidad de desarrollar un sistema de turnos *on-line* (turnero) para mejorar el sistema de atención al público y evitar conglomeraciones, lo cual está próximo a implementarse.

<sup>15</sup> Según datos del servicio penitenciario los egresos mantienen los estándares mensuales. En el período 20/02/20 al 19/03/20 los egresos registrados por distintas causales (libertad condicional, asistida, cese de prisión, libertad inmediata, vencimiento de pena y domiciliaria) fueron 259 de los cuales 8 fueron por prisión domiciliaria; en el que va del 20/03 al 19/04 egresaron 294 personas de las cuales 33 fueron por prisión domiciliaria; del 20/04 al 19/05 egresaron 315 personas 35 fueron por prisión domiciliaria y del 20/05 al 19/06 egresaron 259 personas de las cuales 12 fueron por prisión domiciliaria.

<sup>16</sup> También se analiza la cantidad de detenidos alojados en el servicio penitenciario provincial pudiendo observarse que al 30/06/20 la población era de 6.321, resultando que la capacidad es de 5.758, siendo el excedente de 563. De ese total 462 son presos federales y 3.361 están condenados y 2.960 procesados. Mientras tanto al 19/05/20 se encontraban alojados en sedes policiales 723 internos (la capacidad es de 664), los que sumado totaliza 7.044 persona detenidas en la provincia. En esta dirección, se trabajó sobre el recurso de *habeas corpus* interpuesto por el SPPDP por el excedente de detenidos en la cárcel de Piñero el cual fue resuelto favorablemente el día 03/06/20 por el máximo tribunal provincial, en el que los ministros instaron al gobierno provincial a que un plazo de 15 días formule una propuesta para así poder limitar los excedentes de todos los penales.

### **b) Denuncia *on line* y por mail**

Advirtiendo que el aislamiento obligatorio generaba serias limitaciones para la circulación de la ciudadanía y con ello imposibilidades reales para la formulación de denuncias, a partir del 06/04/20 se implementó un sistema de recepción de *denuncias on line* que permite radicarlas de forma remota, lo cual fue diseñado e instrumentado por la dirección de Sistemas de Información e Infraestructura Tecnológica de la Fiscalía General. Se creó el micrositio [www.mpa.santafe.gov.ar/denuncias](http://www.mpa.santafe.gov.ar/denuncias), que fue alojado en el sitio oficial de la institución [www.mpa.santafe.gov.ar](http://www.mpa.santafe.gov.ar). Asimismo, se puso a disposición de la ciudadanía la aplicación para teléfonos celulares. Desde su puesta en marcha hasta el 20/07/20 se realizaron 3.368 denuncias *on line*, de las cuales 329 fueron en la Fiscalía Regional 1, 2.905 en la Regional 2, 30 en la Regional 3, 50 en la Regional 4 y 54 en la Regional 5.

En esta misma dirección también existe la posibilidad de formular denuncias por mail a las casillas de correo electrónico asignadas a cada Fiscalía Regional.

### **c) Sistema de control de la actuación fiscal (padde)**

Se activó un sistema de monitoreo de la actividad fiscal a través de la creación de una plataforma en línea que permite consultar los actos procesales desarrollados por cada fiscal, con la finalidad de facilitar el control de la gestión remoto, especialmente en tiempos de la pandemia.

Se dispuso además la presentación remota de los informes de desempeño fiscal 2.019 a través de una modalidad virtual, favoreciendo la despapelización en los procedimientos.

Con todo ello puede observarse que el sistema informático en la medida que se va cargando la información permite monitorear la tarea ejecutada diariamente por los y las fiscales.

**d) Implementación de sistema de control de las personas con detención domiciliaria**

Se celebró un convenio con una empresa para instalar, con autorización judicial, una aplicación, llamada «MPA Localización y Prevención», en los celulares de las personas con detención domiciliaria con el fin de verificar el cumplimiento de la misma. Por otra parte, permite la optimización de los recursos, en tanto se puede desafectar al personal policial de los controles domiciliarios.

Antes de descargarla en el teléfono de la persona, se le informa y se le brindan precisiones acerca de los alcances y consecuencias del control que se realizará a través de esta aplicación.

**e) Remisión *on line* de grabaciones de intervenciones telefónicas**

Con la imposición del aislamiento obligatorio se trabó la remisión de los CD con grabaciones de las intervenciones telefónicas que ya estaban dispuestas, en virtud de lo cual se potenciaron las gestiones para resolver los inconvenientes generados con el envío de las desgrabaciones de las intervenciones de comunicaciones que realiza la dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen Organizado (DAJuDeCO), dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En tal sentido, *se avanzó para participar del proyecto de distribución digital del material producido* (bautizado con el nombre DiDi), el cual tiene por objetivo principal mejorar las deficiencias de seguridad de la información generadas por el CD/DVD y el rápido acceso a la información por parte de las autoridades competentes.

En función de las gestiones realizadas el sistema comenzará a funcionar próximamente con la remisión en línea de las grabaciones de los teléfonos intervenidos con autorización judicial, lo que sin dudas agilizará los trámites y además le brindará mayor seguridad porque evitará que este disponible



para terceros. Cabe destacar que la provincia de Santa Fe será la primera en contar con este sistema.

#### **f) Entrevistas a víctimas y testigos por teléfono**

Se comenzó a concretar la idea de que las víctimas, testigos y auxiliares fueran contactados telefónicamente o por medios electrónicos, a efectos de reducir la concurrencia, circulación y contacto personal.

Sin dudas la implementación de esta modalidad resulta sumamente valiosa en tanto agiliza los tiempos del fiscal y de las personas, siendo de valor para detectar la importancia del testigo y en su caso analizar la conveniencia y necesidad de convocarlo o no para documentar su relato, e incluso con utilidad para resolver las temáticas propuestas en las audiencias previas al juicio.

#### **g) Requerimiento de información *on line* de investigaciones**

Se puso en funcionamiento el sistema de información de investigaciones para las víctimas, profesionales, funcionarios y a la ciudadanía en general vía *mail*.

Esta modalidad se pudo implementar en virtud a que todos los y las *fiscales, adjuntos, funcionarios y empleados tienen un correo electrónico oficial asignado* y en funcionamiento, por lo que si ya está identificado el fiscal se le puede remitir el pedido de informes directamente. Para el supuesto de investigaciones en las cuales la persona no sabe que fiscal está interviniendo se debe requerir dicha información al correo electrónico oficial que dispone cada Fiscalía Regional.

Por lo demás, todos los y las fiscales, fiscales adjuntos y funcionarios disponen de teléfonos celulares oficiales para establecer los contactos en forma más directa.

#### **h) Audiencias virtuales a través de la aplicación zoom**

Esta es otra innovación que sin dudas vino para quedarse al menos en las audiencias argumentativas, puesto que quedan plenamente garantizadas las reglas procesales.

Al grabarse en audio y video la registración no se ve afectada, al igual que el contradictorio que se da con total plenitud. La publicidad bien puede ser satisfecha si se da acceso a los medios de comunicación y a las personas que soliciten el enlace para conectarse a la audiencia previa solicitud al juez.

Las limitaciones que surgen respecto a la intermediación se presentan más en las audiencias en las que hay presentación de pruebas (testigos y peritos) como ser los debates, aunque este es un tema que demanda un estudio específico.

#### **i) Jurisprudencia empleada durante la pandemia**

En la sección Covid-19 creada especialmente en la página web del MPA se incluye un extenso listado de resoluciones de la Justicia Provincial (de primera y de segunda instancia) y de la Justicia Federal sobre las distintas temáticas que se fueron presentando por los ilícitos y otros temas relacionados con la pandemia.

Todo este proceso se enmarca dentro del sistema de reseña de jurisprudencia destacada que se está incorporando como servicio para los y las fiscales y adjuntas del MPA, *denominado jurisprudedia*.

#### **j) Junta de fiscales**

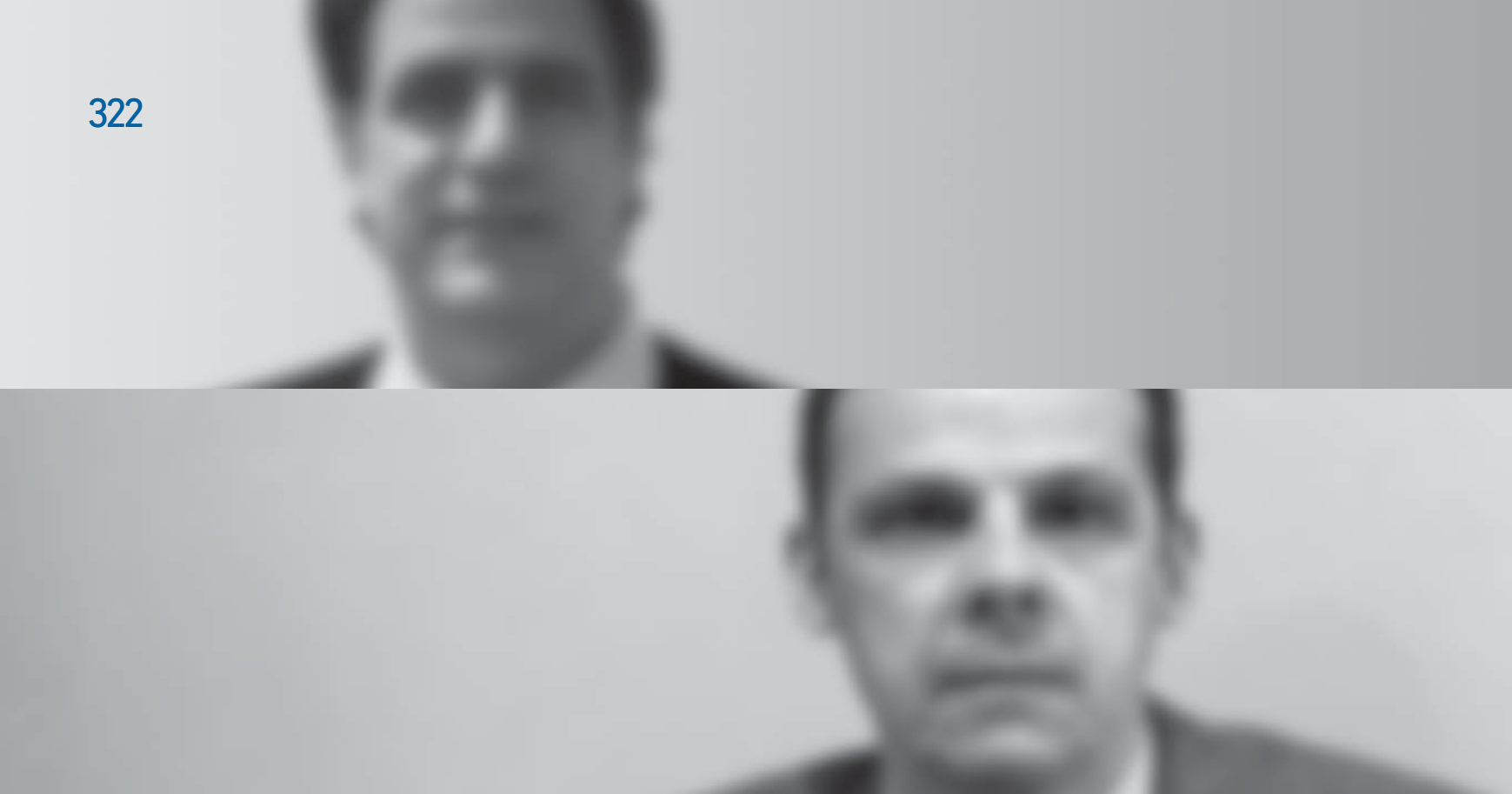
En cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 24 de la ley 13.013, se convocó a sesiones de la Junta de Fiscales de la que participan el Fiscal General, los 5 Fiscales Regionales y diversos órganos de apoyo a la gestión, las que fueron realizadas en forma virtual con modalidad a distancia para facilitar

el esquema de trabajo y garantizar su periodicidad.

El objetivo de las reuniones fue analizar la situación institucional actual del MPA en el contexto de aislamiento social y conocer la situación de las diferentes fiscalías regionales para poder garantizar la continuidad del servicio de justicia de persecución penal en las diferentes circunscripciones provinciales.

#### **k) Página web**

La página web oficial de cualquier institución es su mejor carta de presentación social y, sin dudas, una herramienta de posicionamiento social, diálogo e interacción institucional. Si en tiempos normales esto es así, el contexto de aislamiento vino a poner de manifiesto la necesidad de contar con un sitio web que cumpla con estas funciones. Consciente de esta necesidad, se privilegió al sitio del MPA para convertirlo en una herramienta de diálogo e interacción institucional. Asimismo, y tal como ocurre habitualmente, se propuso brindar un reservorio privilegiado de información relacionada con el Covid-19. En este contexto, se creó una pestaña en la home en la que se aglutinó toda la información relacionada al tema. Contiene las instrucciones, resoluciones y circulares del Fiscal General; jurisprudencia; datos estadísticos; y las medidas institucionales más importantes tomadas durante la pandemia. ■



**LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO  
DE LA ACUSACIÓN EN LA CIRCUNSCRIPCIÓN  
JUDICIAL N° 1 Y EL DESAFÍO  
DE LA PANDEMIA COVID-19**

**DR. CARLOS ARIETTI**

FISCAL REGIONAL N° 1 DEL MINISTERIO PÚBLICO  
DE LA ACUSACIÓN DE SANTA FE

**DR. FEDERICO FUMIS**

SECRETARIO REGIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO  
DE LA ACUSACIÓN. FISCALÍA REGIONAL  
DE SANTA FE

**Introducción**

A partir del dictado del DNU N° 260/2020, la Fiscalía Regional N° 1 comenzó a implementar un plan de acción tendiente a garantizar la prestación de los servicios esenciales del MPA en esta sede judicial, en el marco de los lineamientos establecidos por la Fiscalía General (Resolución FG N° 88/2020 y sgtes.).

En ese orden, cabe remarcar que el diseño organizacional que el Legislador diagramó para la institución al sancionar la ley 13013 permitió una pronta adaptación al nuevo escenario.

Sabido es que el MPA se rige por los principios de actuación contemplados en el artículo 3 de la ley citada, entre los que se encuentra el de «eficiencia y desformalización» –según el cual debe velar por la eficiente e idónea ad-

ministración de los recursos y bienes públicos y procurar que la agilización y simplificación de los procedimientos–; debe evitar «el uso de prácticas burocráticas» (art. 18, inc. 1, ley cit.) y promover «prácticas flexibles y la conformación de equipos de trabajo» (art. cit., inc. 3).

En base a tales principios, la Fiscalía Regional procuró adaptar la persecución penal a los cambios de la realidad social.

A los fines expositivos, la descripción de las actividades desarrolladas se realizará distinguiendo las tareas en dos grupos: (I) las actividades propias de la dirección y gestión del organismo (arts. 17 y 18, inc. 1 y 3, ley 13.013), y (II) las cuestiones que se encuentran más directamente relacionadas con el ejercicio de la acción penal (art. 18, inc. 2, ley 13.013).

## **I. Actividades de dirección y gestión de la institución**

En líneas generales, las principales medidas y acciones giraron en torno a: a) la adopción de medidas de prevención para reducir riesgos sanitarios de los integrantes del MPA y el público en general, b) el establecimiento de criterios de trabajo y la reorganización de funciones de los fiscales, funcionarios y empleados, y c) la coordinación interinstitucional con el objeto de solucionar problemas específicos.

### **I.a. Medidas sanitarias y de prevención**

A partir del dictado del DNU N° 260, se implementaron en forma inmediata las acciones y recomendaciones sobre prevención del coronavirus dispuestas por los Ministerios de Salud de la Nación y la Provincia (higiene de manos, ventilación de ambientes, etc.).

Al mismo tiempo, se reforzaron los servicios de limpieza en los edificios, se garantizó la provisión de alcohol en gel en todas las oficinas, se colocó cartelera institucional en cada uno de los edificios para una amplia difusión de

las medidas de higiene personal y prevención.

Asimismo, se realizaron modificaciones a la infraestructura, según las posibilidades de cada inmueble. Se colocaron ordenadores de filas de personas y barreras de acrílico en mostradores y escritorios, para mantener la distancia entre empleados de mesa de entradas y el público en general.

Con fines preventivos, se suspendieron la mayoría de las actividades presenciales que no eran de urgencia, para evitar la reunión y circulación de personas y disminuir las posibilidades de contagio.

También se suspendió la recepción de firmas en el MPA de los imputados con medidas alternativas a la prisión preventiva, lo cual fue debidamente comunicado a las autoridades del Servicio Público Provincial de la Defensa Penal.

### **I.b. Reorganización de funciones y criterios de trabajo**

Siguiendo los lineamientos establecidos en las circulares y resoluciones de la Fiscalía General, la Fiscalía Regional adoptó nuevos criterios de trabajo y reorganizó las funciones de los agentes del MPA para adaptarlas al nuevo contexto laboral. Sintéticamente, pueden mencionarse las siguientes acciones:

1) se estableció que los fiscales, funcionarios y agentes del MPA que se encontraban de licencia o eximidos de concurrir a los lugares de trabajo, debían mantener una permanente comunicación con los integrantes de su oficina para realizar tareas laborales a distancia;

2) se suspendieron preventiva y transitoriamente, determinadas actividades que importaban la circulación y reunión de personas en las Unidades Fiscales (audiencias imputativas en libertad –salvo casos excepcionales–, mediaciones y conciliaciones presenciales, recepción de legajos desde la Policía –excepto los legajos con detenidos, los confeccionados por la violación de la cuarentena y los que fueran pedidos específicamente por un fiscal–, etc.);

3) se estableció un esquema de trabajo del personal, basado en turnos matutinos y vespertinos, para disminuir la aglomeración de empleados. Se implementaron guardias mínimas presenciales en todas las sedes del MPA a fin de recibir legajos, como así también para la atención al público y profesionales. Al respecto, resulta relevante mencionar que todas las sedes fiscales en la Circunscripción (Santa Fe –dos edificios–, Coronda, San Jorge, Esperanza, San Justo y San Javier) permanecieron siempre abiertas, aún en la fase más restrictiva del aislamiento;

4) en ejercicio de las funciones de supervisión de los órganos fiscales, la Fiscalía Regional estableció pautas de trabajo para impedir la demora de las causas con imputados en prisión preventiva, como así también los legajos que contaban con proyectos de acusación y los procedimientos abreviados en tratativas con la parte defensiva;

5) se cambió la modalidad de atención telefónica del turno generalista. En lugar de utilizar un único aparato de telefonía celular que los distintos órganos fiscales se traspasaban entre cada turno, se dispuso que cada fiscal utilizase su propia línea, todo ello a fin de disminuir riesgos de contagios.

### **Trabajo en el domicilio y a distancia**

La Fiscalía Regional organizó la realización de labores a distancia en todos los casos en que ello resultara factible. Esta modalidad supuso, en un primer momento, la remisión de los legajos y documentos de trabajo a los domicilios de los agentes, razón por la cual también se adoptaron las medidas pertinentes a fin de desinfectar debidamente dicho material antes de su envío. La remisión se efectuó a través de los choferes y ordenanzas –en recipientes adecuados a tales fines– quienes luego procedían a retirar los mismos de los domicilios de los empleados.

En un segundo momento y con el objeto de disminuir la remisión de los legajos fiscales en formato papel, se conformaron grupos para escanear los legajos considerados prioritarios. Además de las ventajas de evitar remitir



el legajo físico, esta modalidad permitió que dos o más empleados trabajaran simultáneamente con mayor facilidad en el análisis y trámite de un mismo caso.

Entre las labores a distancia realizadas que se pueden mencionar están: a) la remisión de los legajos NN, a fin de mantener actualizado el sistema informático, proceder a su clasificación y, en su caso, proyectar la resolución correspondiente; b) la remisión de legajos con desestimación y/o archivo fiscal a los domicilios de empleados de la Oficina de Investigación y Juicio, UFE Gefas y Oficina de Accidentes de Tránsito, a fin de efectuar un "check list" previo a su depósito material (comunicación al gabinete de identificaciones, notificación a la defensa, etc.); c) la remisión de legajos con imputados a empleados de la Oficina de Investigación y Juicio y UFE Gefas, para su clasificación; d) la remisión de legajos solicitados por oficinas y unidades fiscales a domicilios de empleados a fin de analizar los casos, archivar, confeccionar abreviados, redactar imputaciones, acusaciones y escritos de suspensión de juicio a prueba, etc.

### **Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs)**

La reorganización de funciones procuró aprovechar al máximo las posibilidades que brindan las tecnologías digitales. Entre las principales acciones pueden citarse las siguientes:

a) la creación de una cuenta de correo electrónico institucional *fr1partes@mpa.santafe.gov.ar*, para que la Policía comunicara todos los hechos delictivos que llegaran a su conocimiento, reemplazando de ese modo el parte preventivo en soporte papel. Estas comunicaciones electrónicas son luego remitidas a distintos agentes del MPA quienes, en forma remota y diariamente, dan de alta el caso en el sistema informático, cargan los datos del legajo y asignan un fiscal de conformidad con la reglamentación interna vigente –todo esto permitió mantener actualizado el alta de los casos en el sistema–;

b) la instalación de una terminal informática en el domicilio de una funcio-

naria para agilizar los pedidos de informes al Registro Nacional de Reincidencia. También se canalizaron por esta vía otras consultas *on line* con distintas bases de datos, como por ejemplo la Agencia Nacional de Materiales Controlados (ANMAC) –registros y titularidad de armas de fuego, permisos de portación y tenencia, etc.–, al Sistema Federal de Comunicaciones Policiales (SIFCOP) –existencia de órdenes de detenciones vigentes, pedidos de secuestros activos de vehículos, etc.–, Dirección Nacional de Registro de la Propiedad Automotor (DNRPA) –titularidad registral de automotores y motovehículos–, entre otros;

c) coordinación con el Registro Civil, el Cementerio Municipal de Santa Fe y la Morgue Judicial para el envío de manera digital de los oficios necesarios para la inscripción de defunciones y retiro de cadáveres;

d) reuniones –vía la aplicación *Zoom*– con los equipos de trabajo que desarrollaban distintos procesos de trabajo (secretarios de gestión, empleados del área de admisión y clasificación, grupo de escaneo, fiscales del equipo COVID, etc.).

### **I.c. Coordinación interinstitucional**

Como se indicó, las restricciones impuestas por el aislamiento (ASPO) –y posterior distanciamiento (DiSPO)– y la necesidad de extremar las medidas de prevención para evitar contagios, obligaron a la Fiscalía Regional a repensar los circuitos de trabajo. En ese marco, surgieron problemas puntuales en la interacción con los otros actores del sistema penal, que pudieron ser solucionadas en base a la coordinación institucional con sus autoridades.

Fue de gran utilidad intensificar el uso de herramientas TICs en los distintos procesos de trabajo, para facilitar la realización de laborales a distancia. No está de más remarcar el cambio en la cultura organizacional que ello implicó, puesto que debieron dejarse de lado usos y costumbres consolidados durante mucho tiempo.

En ese marco, se mantuvieron distintas reuniones con autoridades policiales y del Organismo de Investigaciones del MPA para organizar la remisión de los partes preventivos en soporte digital –como se mencionó–.

También se realizaron gestiones ante los Colegios de Jueces de Primera y Segunda Instancia solicitando que se evalúe la introducción de modificaciones en la organización y trámite de las audiencias fijadas por la OGJ en el contexto de emergencia sanitaria, para evitar –en la mayor medida posible– la realización de audiencias presenciales. Insistió la Fiscalía Regional en la necesidad de evitar el agendamiento de audiencias no previstas legalmente (como las audiencias de control de garantías constitucionales), por cuanto ello incrementaba innecesariamente las probabilidades de contagios y propagación del virus.

Se mantuvo un permanente y activo contacto con las OGJ de 1ª y 2ª instancia para facilitar la organización de las audiencias vía *Zoom* y solucionar los problemas técnicos que se presentaron –sobre todo en una primera etapa–.

Asimismo, se solicitó a la OGJ de 1ª Instancia que, al momento de programar las audiencias por *Zoom*, se incluyeran las audiencias imputativas y de medidas cautelares de imputados privados de su libertad. A tal efecto, el MPA realizó gestiones ante la Secretaría de Justicia de la Provincia y ante las autoridades policiales, para la instalación en los lugares de detención, de equipos informáticos y/o telefónicos, de modo que los imputados pudieran participar de las audiencias de manera remota, con el fin de evitar los riesgos sanitarios que aparejaban los traslados hacia y desde el Tribunal.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta importante remarcar que durante los períodos de tiempo en que no se reportaban contagios en las localidades que integran la Circunscripción Judicial N° 1, se solicitó a la OGJ que se reanudaran las entrevistas en Cámara Gesell –con resguardos sanitarios reforzados, como por ejemplo, el traslado de los menores en un automóvil provisto por la Fiscalía, si aquéllos carecían de movilidad propia–. El pedido –resuelto positivamente atento a la favorable predisposición del Tribunal y

la OGJ– se debió al considerable número de estas medidas procesales que se encontraban pendientes y que correspondían a legajos fiscales en los que se investigaban graves hechos que tenían como víctimas a niños, niñas y adolescentes (NNyA).

## **II. Cuestiones relacionadas con el ejercicio de la acción penal**

En forma paralela a la implementación de los cambios organizativos mencionados, se adoptaron diversas medidas que implicaron puntuales modificaciones a los lineamientos de persecución penal trazados hasta el inicio de la emergencia sanitaria.

Ello fue posible gracias a las facultades que la ley 13.013 ha otorgado a las fiscalías regionales, en tanto órgano de dirección a cargo de la jefatura del MPA dentro de su Circunscripción.

En ese marco normativo, el Fiscal Regional puede fijar de manera flexible y desformalizada los criterios de distribución de casos, reasignar causas, conformar equipos de trabajos específicos, todo ello en pos de una persecución penal estratégica y una mayor eficacia en el ejercicio de la acción penal, adaptada a la cambiante realidad social y a las necesidades de la coyuntura.

Sentado ello, cabe señalar la importancia de la pronta respuesta institucional que brindó el MPA desde la Fiscalía General, al implementar el sistema de denuncias *on line* –vía internet o aplicación de telefonía celular– (sistema IRIS). Una vez puesto en funcionamiento este sistema, la Fiscalía Regional dictó una resolución estableciendo pautas para la tramitación de estas denuncias, compatibilizando este nuevo canal de acceso a la justicia con los esquemas de trabajo vigentes en las Secretarías de Gestión de las Unidades Fiscales.

En lo que respecta al trámite de los legajos fiscales en general, se fijaron criterios de trabajo para ser aplicados durante la emergencia. En tal senti-

do, se instruyó a los órganos fiscales para que privilegiaran la filmación y/o la toma de vistas fotográficas en las diligencias investigativas consideradas definitivas e irreproducibles, en sustitución a la convocatoria de testigos de actuación.

Las audiencias imputativas en sede fiscal (con imputados en libertad) que habían sido suspendidas, se reanudaron paulatinamente a partir de la finalización del aislamiento (ASPO) y el comienzo de la fase de distanciamiento (DiSPO).

Una preocupación especial mereció el trámite de las causas por denuncias de violencia de género. La problemática de este tipo de casos se vio agravada durante la etapa de aislamiento. Se remitió a los órganos fiscales un documento elaborado por la Unidad Fiscal Especializada de Violencia contra las Mujeres del Ministerio Público Fiscal de la Nación, en el cual se trata la problemática de las medidas urgentes en casos de violencia de género durante la pandemia. Un análisis más detallado en esta materia es objeto de tratamiento en un artículo específico de esta misma publicación.

También desde la Fiscalía Regional se impartieron directivas particulares orientadas a la persecución penal de determinados casos de trascendencia pública durante el ASPO (ej.: causa iniciada de oficio a raíz de un corte de ruta en la localidad de Sastre, persecución de hechos de intimidación pública a través de redes sociales convocando a saqueos en la ciudad de Santo Tomé, etc.).

#### **Equipo Fiscal específico para perseguir casos de incumplimiento de las medidas dispuestas por la autoridad sanitaria**

Apenas entraron en vigencia las medidas del DNU 260 que imponían deberes de cuarentena obligatoria para determinadas personas, la Fiscalía Regional creó un equipo especial de fiscales –conformado por tres integrantes en un primer momento– asignándole específicamente la persecución de los delitos vinculados con el incumplimiento de aquéllos, sin perjuicio de la in-

tervención inicial del fiscal en turno.

La Fiscalía Regional comenzó a remitir diariamente a este equipo –denominado COVID 19– el listado de personas provenientes del exterior que debían permanecer en aislamiento, y también se les puso a disposición la posibilidad de consultar la base de datos de la Dirección Nacional de Migraciones respecto a las personas provenientes del exterior. También se realizaron gestiones ante el Ministerio de Salud para poder recabar datos de casos positivos y/o sospechosos registrados, en caso de que ello fuere necesario en el marco de una causa en trámite.

Desde el primer momento, se instruyó a los fiscales para otorgar prioridad a la persecución de los delitos cometidos con motivo o en ocasión de la violación de las medidas adoptadas para combatir la pandemia, a fin de cumplir lo dispuesto en el art. 3, inc. 1 de la ley 13.013 en relación al adecuado ejercicio de la pretensión punitiva.

Se hizo saber a los fiscales que los hechos delictivos relacionados con la violación de dichas medidas (subsumibles principalmente en el art. 205 del Código Penal) son de jurisdicción ordinaria, acompañándose jurisprudencia al respecto. También se hizo circular un documento de la Procuración General de la Nación, útil para interpretar y aplicar los tipos penales vinculados con la violación de la cuarentena.

En coordinación y consenso con los propios fiscales del equipo, se elaboró un instructivo sobre cómo proceder en los casos de violación de la cuarentena y el aislamiento, previéndose tres niveles de intensidad de la intervención jurídico penal en función de las características y gravedad de los hechos delictivos.

Posteriormente, y a medida que se incrementaban las denuncias y las causas iniciadas, se amplió el número de fiscales integrantes del Equipo COVID 19 –llegó a tener hasta 6 integrantes– y luego, cuando se pasó a una etapa de distanciamiento, se redujo su número. La Fiscalía Regional supervisó en

forma permanente la evolución y el desempeño de este equipo, a los fines de adecuar los criterios de organización y formas de trabajo.

En cuanto a las causas iniciadas, se instruyó a los fiscales para que se atendiera más rápidamente la resolución de las que contaran con vehículos secuestrados (automóviles, motocicletas, etc.), continuando el trámite de las mismas hasta su resolución (vgr. desestimación/archivo, probation, abreviado, según correspondiera).

Tanto este equipo como los fiscales de las sedes del interior, han venido cerrando las causas aplicando principal pero no únicamente –hasta el momento– el instituto de la suspensión del juicio a prueba.

En el marco de las causas en las que se arribó a la solución del conflicto bajo esta modalidad, los imputados concretaron –desde el inicio de la cuarentena hasta inicios de agosto–, donaciones por un millón doscientos ochenta y ocho mil doscientos cincuenta pesos (\$ 1.288.250,00). Entre las principales instituciones de bien público destinatarias se encuentran la Asociación Cooperadora del Samco de Esperanza, el Hospital Cullen, la Asociación Cooperadora del Hospital de Niños, la Fundación Mateo Esquivó de ayuda al niño oncológico, entre otras asociaciones e instituciones de los Departamentos que integran la Circunscripción.

Sin perjuicio de ello, en otros casos ya se han dictado condenas a través de procedimientos abreviados. Así en la sede judicial Santa Fe se dictó en fecha 22.04.2020 la primera sentencia por incumplimiento de medidas sanitarias relacionadas con la pandemia: un hombre de 28 años fue condenado por la autoría de delitos contra la propiedad y por incumplir el aislamiento social, preventivo y obligatorio a la pena de tres años de prisión de cumplimiento condicional.

### **Ejecución Penal**

En otro orden, también se remitió a los fiscales un listado de personas de-

tenidas en el Servicio Penitenciario que estarían en situación de vulnerabilidad, conforme el Decreto N° 297/2020 y se les comunicó las disposiciones de la Resolución N° 627/2020 del Ministerio de Salud de la Nación, en donde se define a los grupos de riesgo.

En relación a este tema, la Fiscalía Regional oportunamente hizo saber a los fiscales que intervienen en la etapa de ejecución de la pena que, atendiendo a las circunstancias presentes en un inicio –en las que todavía no se había registrado ningún caso de COVID-19 en las instituciones penitenciarias y el Servicio Penitenciario había previsto refuerzos sanitarios y lugares de aislamiento–, que no existía una situación que justificara la concesión de prisiones domiciliarias a los internos en razón de pandemia. También se fijó posición en cuanto a que el instituto del habeas corpus no lucía, en principio, como la vía procesal adecuada para formular planteos de morigeración de una prisión preventiva o la concesión de uno de los beneficios previstos en la normativa que regula la ejecución de la pena privativa de la libertad.

### Estadísticas

En cuanto a las audiencias realizadas en los Tribunales penales de primera instancia, resulta relevante traer a colación algunos datos estadísticos de interés, en base a los cuales es posible analizar el total de audiencias concretadas en el período comprendido entre el 20.03.2020 y el 11.08.2020 y compararlas con la cantidad de audiencias celebradas durante el mismo período del año precedente.

AUDIENCIAS AÑO 2020							
	Marzo (desde día 20)	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto (hasta día 11)	TOTAL
Por Zoom	1	226	344	225	183	57	<b>1036</b>
Presencial	43	153	101	277	339	142	<b>1055</b>
<b>TOTAL</b>	<b>44</b>	<b>379</b>	<b>445</b>	<b>502</b>	<b>522</b>	<b>199</b>	<b>2091</b>



AUDIENCIAS AÑO 2019							
	Marzo (desde día 20)	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto (hasta día 11)	TOTAL
Audiencias	180	552	504	574	439	200	<b>2449</b>
Otras aud.	25	50	111	34	25	3	<b>248</b>
<b>TOTAL</b>	<b>205</b>	<b>602</b>	<b>615</b>	<b>608</b>	<b>464</b>	<b>203</b>	<b>2697</b>

A partir del análisis comparativo de dichos períodos de tiempo –con información de la OGJ y datos propios–, puede observarse una disminución en la cantidad de audiencias a partir del final del mes de marzo y durante el mes de abril de 2020 –en comparación con 2019–; y luego una progresiva recuperación a partir del mes de mayo para llegar –durante el mes de julio y principios de agosto– a un número de audiencias que supera a las agendadas durante el mismo período de 2019.

Cabe aclarar que los guarismos de 2020 se comparan con base alta, –el año 2019 registró el máximo número, en términos históricos del nuevo sistema, de concreción de audiencias–. En efecto durante el período inmediato anterior –año 2018– se habían registrado 4650 audiencias –lo que arroja un promedio de 387,5 audiencias por mes– y en 2019 un total de 6.509 audiencias.

Finalmente, debemos señalar que aun cuando las actividades vinculadas con la pandemia COVID 19 ocuparon –durante la fase de ASPO– gran parte de la agenda institucional de la Fiscalía Regional, igualmente continuaron desarrollándose otras tareas propias de las funciones habituales de la institución (autorizaciones para procesos abreviados, resoluciones de planteos de disconformidad –art. 291 CPP–, reapertura ante solicitudes de órganos fiscales –art. 293 CPP–, entre otros).

### Mediaciones y conciliaciones

El Área de Solución Pacífica de Conflictos (ASPaC) –encargada de gestionar

las mediaciones y conciliaciones penales– también modificó y adaptó los procesos de trabajo para poder seguir brindando una respuesta acorde a las necesidades de las personas involucradas.

A raíz de ello, pudieron concretarse numerosas conciliaciones en forma remota, utilizando distintas herramientas tecnológicas que permitieron superar las dificultades de los ciudadanos para concurrir en forma presencial al MPA.

Ya en el mes de abril de 2020, a poco de comenzada la emergencia, se concretó la primera conciliación penal a distancia, que se realizó a través de comunicaciones telefónicas y videoconferencias mediante la aplicación *WhatsApp*.

Se elaboraron estrategias de abordaje para la realización de entrevistas preliminares y audiencias de conciliación, tratando de optimizar los diferentes recursos tecnológicos que podían utilizar las partes del conflicto penal.

Así, se tramitaron más de 850 causas bajo esta modalidad, y luego de distintas reuniones y entrevistas por vía telefónica, mensajes, videoconferencias vía *Zoom*, etc., se logró dar una solución definitiva a más de 200 conflictos. Además, a partir del momento en que los distintos centros de Mediación Penal comenzaron a estar operativos –lo que ocurrió a mediados de junio–, se gestionaron 278 solicitudes de mediación penal, y en breve se procederá del mismo modo con otros 65 casos.

### III. Corolario

La organización del MPA como estructura flexible y desformalizada permitió rediseñar rápidamente los procesos de trabajo para adaptarlos a las necesidades de la emergencia sanitaria.

Pese a ello, la comparación interanual –en lo que hace a la cantidad de au-

diencias– revela que el ritmo de trabajo habitual se vio inevitablemente afectado durante la fase más estricta de la cuarentena –los últimos días de marzo y el mes de abril–, para progresivamente ir recuperándose durante los meses de mayo y junio, llegando en el mes de julio y los primeros días de agosto a mostrar una actividad incluso mayor que la de los mismos meses de 2019 –que fue un año particularmente intenso–.

En general, la respuesta punitiva intentó acompañar las medidas dispuestas por la autoridad sanitaria, transitando un carril de prudencia tanto en lo que hace a la persecución de los delitos –según su gravedad–, la aplicación de salidas alternativas al juicio oral y la posición institucional frente a los incidentes de ejecución de las penas. ■



SERVICIO PÚBLICO PROVINCIAL  
DE DEFENSA PENAL



# LA PANDEMIA Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA PENAL

**DRA. JAQUELINA ANA BALANGIONE**

DEFENSORA PROVINCIAL. SERVICIO PÚBLICO PROVINCIAL DE DEFENSA PENAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE



*El complejo e inesperado contexto mundial, nacional y provincial generado por la Pandemia ha tenido un fuerte impacto en la administración del sistema de justicia. En este marco, el Servicio Público Provincial de Defensa Penal debió adoptar con celeridad medidas urgentes para proteger la salud de funcionarios y trabajadores judiciales, sin descuidar la prestación de un servicio esencial como es la asistencia penal a personas acusadas de cometer un delito y el resguardo de los Derechos Humanos de la población en general.*

### **Introducción**

El complejo e inesperado contexto mundial generado por la Pandemia nos ha obligado a cambiar nuestra manera de vivir y relacionarnos. Como operadores jurídicos, también hemos tenido que adaptarnos a este nuevo esce-

nario y trabajar para encontrar respuestas en lo que refiere a la refuncionalización del sistema de justicia orientado a ofrecer un servicio acorde a las circunstancias.

La aparición sorpresiva del COVID-19 condujo al Servicio Público Provincial de Defensa Penal –SPPDP– a adoptar con celeridad medidas urgentes para proteger la salud de funcionarios y trabajadores judiciales, sin descuidar la prestación de un servicio esencial como es la asistencia penal a personas acusadas de cometer delitos y el resguardo de los Derechos Humanos de la población en general.

Los constantes cambios y el ingreso a una realidad desconocida, demandaron una importante atención y responsabilidad a la hora de ponderar y tomar decisiones. El SPPDP identificó inmediatamente los diversos problemas urgentes y brindó respuestas ajustadas a esta difícil coyuntura.

Muchos fueron los desafíos y muchos están por venir. A lo largo de este artículo, organizado bajo diferentes títulos, describiré los sucesos y temas más relevantes que nos tocó afrontar a todo el equipo de la Defensa Pública, con la intención de que ello implique una lectura más fluida para los interesados, mencionando la colaboración en el armado del Dr. Rodrigo Giménez quien se desempeña como Subsecretario de Relaciones Interinstitucionales y Públicas del organismo que actualmente conduzco.

Pero antes de pasar a la descripción del trabajo, su repercusión en el sistema y en la sociedad, quisiera hacer algunas reflexiones que no son casuales, sino que se enrolan en conceptos que vengo sosteniendo desde hace muchos años, a lo largo de toda mi carrera dentro del Poder Judicial (Juzgado de Menores, Juzgado Correccional, Cámara Penal y Defensoría General, sin obviar la línea que se siguió en el Centro de Capacitación Judicial durante mi gestión como Directora), pudiendo así rescatar algo positivo desde una situación adversa como es la situación crítica provocada por la pandemia, y es que nos permite visualizar de manera muy explícita los ajustes que el sistema penal requiere si pensamos en el mismo en orden a un fin de paz social.

#### CITAS

<sup>1</sup> Resolución N° 148, F° 58-62, T° IV del Tribunal de la Investigación Penal Preparatoria del Distrito Judicial N° 7.



### **Respuestas del sistema de justicia penal. Ni caleidoscopio ni rompecabezas, ¿engranaje?**

Quienes me conocen, saben de mi apego a dos ideas centrales: 1. La necesidad de articulación entre los tres poderes del Estado y la participación de la sociedad conforme el sistema republicano y el estilo democrático. 2. La idea de una justicia restaurativa, entendiendo que pensar una justicia penal de esa especie es buscar principalmente que se repare el daño social causado por el delito más que sólo imponer un castigo sobre el victimario, reforzando la idea de la participación de la víctima y que las partes busquen, hasta encontrar –o al menos participen en ello– la solución de los problemas y su reparación, alcanzándose, cuando esto se logra, resultados genuinos y no una solución espuria o meramente formal que, a su vez se constituye como fuente potencial y exponencial de otros problemas y tampoco alcanza para dar una respuesta concreta o curativa ante el daño que se causó, ni al interesado directo que es la víctima, ni a la sociedad.

Los caminos que se han tomado en busca de soluciones a los problemas sociales de cara a la criminalidad, tanto desde el plano normativo y su regulación (inflación legislativa penal con endurecimiento del ejercicio del poder punitivo, creación de nuevos tipos penales y tipos de agravantes, endurecimiento en el cumplimiento de las penas restringiéndose derechos durante la ejecución penal, etc.), como desde el plano fáctico a partir de la política criminal (qué y cuánto es lo que se persigue, lo que se atrapa y lo que se encarcela), han demostrado que esos métodos han sido menos que inocuos ante la mayor violencia –interpersonal e institucional– que se vive, el crecimiento de la criminalidad organizada, la mayor inseguridad en la calle, las cárceles superpobladas que no cumplen con su cometido y razón de ser constitucional de resocialización de quien afronta la pena, operando muchas veces como instancia de perfeccionamiento en el camino del delito –que en muchos casos se gerencia desde esos espacios–.

La problemática es afrontada por una serie de subsistemas: legislación, policía y otras agencias de control, Fiscales, órganos de investigación criminal,

Jueces, Defensores, asociaciones intermedias y de la sociedad civil, etc.

¿Cómo trabajamos? Supongamos que todos obramos conforme a nuestras responsabilidades como funcionarios públicos, que trabajamos bien, sin errores (suprimamos del ejemplo cualquier elemento molesto e indignante como es la corrupción, o algo intolerable en términos de justicia como es la desidia o la lentitud en la respuesta) es decir todos hacemos lo correcto y logramos nuestro éxito individual, en el caso, por ejemplo, el ladrón fue legítimamente aprehendido, bien condenado mediante un acuerdo de juicio abreviado, con defensa efectiva, se le garantizaron dos instancias y recurso de inconstitucionalidad, «todo legal». Podríamos quedarnos tranquilos porque hicimos bien las cosas. Pero si alejamos un poco la mirada del pequeño logro (que no es más que el cumplimiento de nuestro trabajo) vemos que la perspectiva hace que las cosas se vean diferentes. Por ejemplo, advertimos que se lo destina a la cárcel de Piñero, donde hay hacinamiento, y se lo ubica en un pabellón de 100 internos donde existen problemas de conducta, reyertas entre internos, hay antecedentes de registro de violencia institucional, etc., ya la tranquilidad merma, o debería mermar, pues la vara con la que se mide la pena (la misma con la que se pide y se impone la pena) es otra. Allí ya podemos ver que las cosas no están tan bien.

Y si alejamos la óptica un poco más vemos que esa brecha se agranda a la par del alejamiento.

Profundizar la cuestión excede el propósito de este artículo, pero como para ilustrar la idea, podemos pensar en esta sintonía con respecto a algunos tópicos tales como la problemática de mujeres, niñas y niños bajo encierro, los motines en las cárceles, los índices de reincidencia, etc. O en otro plano, la cantidad de procedimientos abreviados frente a la cantidad de juicios, la dificultad para organizar agenda de audiencias, la desproporción de recursos materiales y humanos dentro del propio sistema de justicia penal, etc. O en otro plano, la conjugación del trabajo con los órganos del Poder Ejecutivo, la ejecución presupuestaria, la inversión sectorizada dentro del Poder Judicial y dentro del Estado todo. En otro plano, la vinculación con la tarea

legislativa, los proyectos que se impulsan, hacia qué conducen, etc.

Con lo escrito hasta ahora he querido transmitir la idea de que la forma de estructuración del sistema penal es sesgada, diseñada sin un concepto integral con miras a dar una respuesta a la sociedad y no sólo focalizar en el castigo. Pienso inclusive que puede verse el delito como un indicador desde el cual surja un verdadero diálogo en el Estado que organice de manera armoniosa y complementaria esos subsistemas como partes autónomas lo suficientemente fuertes para seguir funcionando, aunque alguna pieza falle. Que su base debe ser de corte republicano, donde el Estado considerado cosa de interés de todos y todas, involucre también a la sociedad, donde la justicia penal vaya más allá del castigo, que pueda salir de esa concepción casi religiosa de pagar por el pecado que en el caso del derecho penal y su función social, no conduce a los resultados esperados socialmente, y se intenten mejorar las soluciones que impacten en la sociedad reparando la paz perdida en cada caso que se mirará desde esta integralidad como otra cosa, y el pequeño éxito ya no se medirá solo, en sí mismo, sino que será parte de un engranaje.

El sistema judicial santafesino, por su parte, ha dado importantes pasos en esta línea hacia una justicia que busca la «restauración». Ejemplos de ello son: la mediación judicial (pionera en el país); la capacitación en perspectiva de género (de la mano de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –CSJN–); la difusión para su aplicación de las 100 Reglas de Brasilia atendiendo a cada grupo identificado en tan valiosa herramienta; la instrumentación e implementación del nuevo sistema de justicia penal acusatorio adversarial; la modernización de los juzgados de familia con focalización en modernos conceptos de violencia doméstica y de género; la profundización de todo lo relativo al sistema de derechos humanos tanto desde la capacitación por la reforma del Código Civil y Comercial proyectada hacia todos los fueros, como desde la difusión y orientación del trabajo acorde a la teoría de los Derechos Humanos que es tenida en cuenta en fallos de todas las instancias y de la Corte Suprema, etc.

Pero este esfuerzo de uno de los órganos del poder estatal, sin perder de vista los propios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, no son suficientes si no se logra ver el sistema de justicia (principalmente el penal) como un sistema integral y de base republicana.

Si no se ensamblan estos esfuerzos articulando entre los distintos sectores el trabajo en el tratamiento de los problemas sociales y la respuesta que el Estado brinda, en base a conceptos claros y criterios uniformes que surjan de una mirada holística que permita tener un eje que del que no podamos apartarnos dando respuestas parciales (que por ser parciales pueden ser antagónicas, paralelas, superpuestas, etc.).

De allí el título metafórico de este tópico, no nos podemos conformar con respuestas a modo de rompecabezas que se va armando juntando piezas sueltas hasta lograr con mucho esfuerzo y en el mejor de los casos una figura determinada pasando por incoherencias y pérdidas de tiempo uniendo piezas sueltas, no lográndose que el sistema sea eficaz; menos en forma de caleidoscopio, brindando respuestas sueltas, locas, muchas veces bellas individualmente pero que no coordinan entre sí sino que aparecen al azar según cómo vayan cayendo las piezas y de esta manera no logran previsibilidad en el sistema; las respuestas se deben dar en forma de engranaje, bajo una mirada de todo el sistema, con la participación de todas sus piezas organizadas en un todo que funciona bien y hace que el sistema no falle.

Creo que el Estado tiene que tomar esa dirección, especialmente en el derecho penal, construir un sistema de justicia restaurativa que brinde mejores resultados, que sean palpables por la sociedad que se queja con una constante insatisfacción (justificada ante la realidad social) que muchas veces se reprocha a la justicia sin advertir que el problema campea las tres áreas del poder estatal. Quizás la urgencia de las gestiones impide atender lo importante ante los problemas y disponer soluciones de fondo más palpables y definitivas. Pareciera que la mirada es corta, que no se piensa a largo plazo, se va «emparchando» y recurriendo siempre a aumentar el poder punitivo.

En el derecho penal, la única respuesta es la cárcel cuando ésta debiera reservarse a los delitos más graves y no perderse de vista su función resocializadora, pensando en el interés de la sociedad a la que regresa el individuo. Y en el resto de las conductas reprochables penalmente, las que no son graves ni violentas, con autores primarios, apelar a un sistema de justicia restaurativa serio –no de etiqueta como el caso del que lleva un kilo de leche en polvo a una residencia geriátrica sin ningún sentido– evitando el paso –nocivo y perfeccionador en la conducta criminal– por el encierro tal como lo conocemos en nuestras cárceles y comisarías.

El tema del encierro excede el propósito de este artículo, que simplemente trata de advertir, aprovechando la realidad contemporánea ante esta crisis total y global del Covid 19, acerca de la inconsistencia de las respuestas que estamos brindado como sistema estatal que mezcla en una comisaría un individuo que no cumplió la cuarentena con otro que acaba de cometer un femicidio o un asesinato a sangre fría, perdiendo de vista el rol del derecho penal ante el bien jurídico; o que encierra en un pabellón de 150 varones (que en casi la totalidad de los casos son pobres, jóvenes y sin recursos intelectuales, precedidos de una vida de miseria ausente de políticas públicas de fondo y no meramente paliativas) tanto al que es el jefe de una red vinculada al narcotráfico y tiene pena larga que cumplir, como al que por hurtar una bicicleta y arrebatar una cartera, tiene que «pagar» con unos meses de prisión, lapso que le resultará sumamente provechoso para generar vínculos con el mundo del delito y aprender sobre supervivencia ante un sistema de violencia. Con ese bagaje uno y otro vuelven a la sociedad.

No soy abolicionista, creo que la prisión es una respuesta para los delitos graves o violentos con operatividad del conjunto de garantías constitucionales, pero creo que las conductas disvaliosas de menor envergadura deben ser trabajadas con otra óptica, buscando un fin de restauración, de reparación del daño, de pacificación social, que no descuide a la víctima, que trabaje con el victimario tratando de convertir ese emergente negativo en uno positivo, que no se olvide de que el sistema penal es absolutamente selectivo y que impacta de manera negativa en cuanto a sus resultados, tanto

sobre el victimario y su grupo como sobre la sociedad, no aportando nada positivo ni en uno ni en la otra.

Los resultados están a la vista, las cárceles nunca van a alcanzar, tampoco nunca se va a poder encerrar a todos los que cometen delitos por la sencilla razón de que el sistema no atrapa a todos y, de esa manera, jamás se van a cubrir las expectativas sociales que se fundan en el miedo y se fortalecen con la comunicación masiva y el eco demagógico que hallan en algunos los responsables de la organización estatal.

El Covid 19 transparentó toda esta problemática; trabajamos mucho, pero sin un verdadero diálogo y los resultados fueron inferiores a las expectativas institucionales y sociales, a pesar del encomiable esfuerzo por parte de cada sector. Quizás sea esta la oportunidad de mejorar las cosas, toda crisis pone en jaque un sistema habido y se constituye en una excelente oportunidad de mejorar.

A continuación, se hará un desarrollo de lo trabajado desde el SPPDP y los lectores podrán inferir su relación con estas ideas.

**El sistema de justicia penal es un mecanismo que no se detiene y cuyo uso a veces suele intensificarse y forzarse.**

Si bien al inicio del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio –ASPO–, pudo haberse pensado que ello favorecería la disminución de delitos, los índices de criminalidad se mantuvieron relativamente estables.

Asimismo, pudo haberse razonado que, en los momentos más críticos de la Pandemia, el sistema penal otorgaría prioridad de tratamiento a aquellos delitos más graves o en donde hubiera personas privadas de su libertad.

Sin perjuicio de lo variable de la nueva realidad, las instituciones del sistema de justicia penal tuvimos que posibilitar el trabajo a distancia y establecer guardias presenciales mínimas de personal que pudieran afrontar la carga

de responsabilidades impostergables. La misión institucional de la Defensa Pública no se agota en prestar asistencia técnica a un nutrido número de personas atrapadas por el sistema penal; sino que además nos corresponde velar por los derechos de quienes se encuentran cumpliendo una pena, monitorear las condiciones de encierro, detectar y registrar casos de violencia institucional, entre otras funciones.

Tanto es así que la Defensa Pública recibió cuestionamientos por parte de algunos operadores jurídicos por incrementar la carga de trabajo en un sistema penal que no podía funcionar de manera óptima, olvidando que cuando lo que está comprometido es la vida o la salud de las personas no hay argumentos que justifiquen la inacción de funcionarios del Estado –al servicio de la comunidad–; siendo necesario diferenciar el «uso» legítimo del sistema penal tendiente a garantizar derechos, de su «abuso» –que muchas veces encierra otras finalidades y cercena derechos–.

A su vez se sumaron aproximadamente 19000 casos por violación al artículo 205 del Código Penal (por no respetar el ASPO) que alcanzaron a 25000 personas a quienes se les habría formado causa penal, secuestrado vehículos, o que tuvieron que transitar algún tipo de penar por verse en conflicto con la normativa Covid de tipo punitiva (amén de los cuestionamientos constitucionales). Algunas de esas personas fueron demoradas y liberadas horas después, otras alojadas en comisarías sin guardarse el distanciamiento para prevenir el contagio del virus, otras «detenidas» en sus domicilios por mera orden policial, etc.

El sistema de justicia penal fue sobrecargado tras la habilitación de poder punitivo en base al referido Decreto nacional y reforzado por una política criminal de fuerzas de seguridad y de algunos sectores de los Poderes Judiciales (tanto a nivel Federal como Provincial), con fundamento en medidas de prevención para evitar la propagación del virus. En otras palabras, parte de la ciudadanía se enfrentó con la pretensión punitiva del Estado de aplicar indiscriminadamente el artículo 205 del Código Penal a quienes no cumplieran el ASPO.

Cada una de estas situaciones dieron lugar a distintas acciones por parte del SPPDP, entre las que destaco la presentación de un recurso habeas corpus colectivo –en tanto remedio judicial urgente– en favor de personas en situación de calle de nuestra Provincia –*homeless*– que eran sistemáticamente detenidas por violación a las medidas de ASPO, formándoles causa penal y persecución policial; y distintos remedios judiciales por superpoblación en comisarías que culminaron en la declaración de emergencia por parte del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Santa Fe.

### **¿El sistema de justicia penal al límite del colapso como mecanismo para limitar el colapso carcelario?**

#### **Sobre las condiciones de encierro**

El sistema de justicia penal también tiene que ocuparse de ciertas situaciones que ocurrieron en establecimientos penitenciarios, que por sus propias características y por la superpoblación existente, facilitan la potencial propagación del virus. La problemática de los espacios de encierro se puso de manifiesto tanto a través de los hechos de público conocimiento acaecidos, como en los fallecimientos de veinte personas privadas de su libertad que se dieron bajo custodia del Estado desde el comienzo del aislamiento (alcanzando en los 3 primeros meses el número total que se dio en 2019 siendo un indicador alto respecto de años anteriores).

**El sistema penitenciario, desde hace tiempo** acarrea dificultades estructurales para asegurar condiciones dignas de encierro y, sobre todo, para garantizar la resocialización de las personas privadas de su libertad consagrada en nuestra Constitución Nacional. Tanto el hacinamiento como la superpoblación, que agravan las condiciones de detención y ponen en riesgo la integridad física de las personas, fueron denunciadas oportunamente por **el SPPDP**, cuestión que se acentuó en el marco de la **Pandemia**.

**Las vulneraciones de Derechos Humanos nos conducen a tomar el ca-**



**mino más idóneo para su reparación, ya sea por vía de presentaciones administrativas y gestiones institucionales, o por medio de las acciones judiciales correspondientes. Gran parte de éstas se habían realizado con anterioridad a los trágicos sucesos ocurridos durante el primer fin de semana de cuarentena.**

Es preciso remarcar que las personas sometidas a encierro son consideradas como uno de los grupos comprendidos dentro de las **100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas** en situación de Vulnerabilidad; y que, además, muchas de ellas también pertenecen a otros grupos vulnerables pues por la propia selectividad del sistema penal tienen como denominador común el ser transversalmente atravesadas por la pobreza que es fuente de casi todas las vulnerabilidades.

Días antes de decretarse el ASPO interpusimos una denuncia de habeas corpus colectivo y correctivo en favor de las personas privadas de su libertad que se encontraban alojadas en todos los centros de detención **de la Provincia de Santa Fe, con fundamento en la detección de** una serie de fallas, faltas y deficiencias que vulneraban el **Derecho Humano** a la salud, y en el incumplimiento de las medidas de salubridad e higiene que debían ser adoptadas en el marco de la emergencia sanitaria.

La respuesta judicial fue rápida. Frente a la extrema necesidad de tomar medidas efectivas urgentes, la Magistrada interviniente encomendó la efectiva entrega de elementos de higiene y limpieza tres veces por semana a los internos, **ordenando también** reforzar las partidas de alimentos. Respecto a la salud de la población total, dispuso la toma de la temperatura corporal tanto de internos como del personal penitenciario. No obstante, la decisión judicial, desde el SPPDP se reforzaron los controles y monitoreos a efectos de detectar el nivel de cumplimiento por parte del servicio penitenciario; llevándose además tranquilidad a los internos, familiares y allegados.

### **Sobre la suspensión provisoria del ingreso de familiares y allegados y la entrega de paquetes**

Con el argumento de la delicada situación de salud pública, de las medidas tendientes para minimizar la circulación del virus y con el objetivo de evitar su contagio autónomo, la **Dirección General del Servicio Penitenciario suspendió** –provisoriamente– el ingreso de familiares y allegados de las personas privadas de su libertad. Además de resentirse el vínculo sentimental entre seres queridos, la decisión motivó que los internos dejaran de recibir elementos de primera necesidad, los que la mayor parte de las veces compensa la deficiente provisión por parte del sistema penitenciario.

Respecto al derecho de los internos de mantener el vínculo con sus familiares y/o allegados, ante la falta de iniciativas por parte de la autoridad responsable, nos vimos en la obligación de interponer ante la judicatura un habeas corpus colectivo solicitando la provisión de teléfono celulares debidamente registrados para subsanar y garantizar, aunque de modo limitado, el vínculo familiar de las personas sometidas a encierro. Si bien el pedido no fue acogido en su totalidad, el Juez interviniente ordenó al Servicio Penitenciario la implementación –con la mayor premura posible– de un sistema con los requerimientos técnicos adecuados para permitir el contacto familiar mediante el uso de telefonía fija.

No puede dejar de señalarse, en contrapunto, que una presentación semejante fue favorablemente recibida por el Tribunal de la IPP de Casilda, que dispuso «ordenar a la Jefatura de la Unidad Regional IV, en miras a garantizar el derecho de comunicación de los internos con sus familiares y allegados, que se proceda a poner en funcionamiento el protocolo para el uso de teléfonos celulares por parte de personas privadas de libertad en el ámbito de la Alcaidía de la UR IV, mientras dure la situación de emergencia sanitaria»<sup>1</sup>.

Asimismo, efectuamos acciones concretas y colaboramos en la coordinación de entrega de paquetes enviados por familiares; al tiempo que se realizaron gestiones y se brindó asesoramiento sobre permisos de circulación para fa-

cilitar el acercamiento a los establecimientos penitenciarios a esos efectos.

### **Sobre la suspensión del derecho a gozar de salidas transitorias**

La suspensión «unilateral» del derecho a gozar de salidas transitorias puede ser entendida como un agravamiento de las condiciones de detención que debe cesar de manera inmediata, sobre todo a medida que distintas actividades se «habilitan» para el resto de la sociedad. Oportunamente, solicitamos que este derecho se efectivice de modo excepcional y continuo por el tiempo que dure la corriente situación de Pandemia, atendiéndose a cada caso en particular y no pudiéndose suspender las salidas mencionadas de modo general y arbitrario. Si bien las resoluciones judiciales –hasta este momento– no brindaron soluciones específicas, se requirió su tratamiento en una Mesa de Diálogo Interinstitucional para arribar a una solución conjunta e integral.

### **El sistema de justicia penal como herramienta propicia para descomprimir prisiones y evitar los efectos nocivos del encierro**

Los actores del sistema de justicia penal debemos dar la discusión en relación al uso de otras alternativas sustitutivas a la imposición de penas de encierro. En el último tiempo se pudo constatar un incremento paulatino en el uso de la prisión sumado a la rápida respuesta punitiva por el uso del procedimiento abreviado, han impactado rápidamente en los niveles de sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios, merma derechos y garantías de los individuos, impide la realización del principio resocializador de la pena previsto en nuestra carta magna.

La emergencia sanitaria implicó nuevas pautas operativas y de comportamiento para las Defensoras y Defensores con el objeto de seguir garantizando la plena vigencia de los Derechos Humanos y el efectivo cumplimiento

de lo dispuesto por la Constitución Nacional, Convenciones y Tratados con jerarquía constitucional y las leyes nacionales y provinciales. Entre ellas, la Resolución 28/20 dispuso la suspensión de la obligación de visita mensual por parte de todos los Defensores, pero a la vez la continuación de la obligación de inspección y control de los establecimientos de encierro.

Esta decisión supuso un esfuerzo adicional para los integrantes de esta Defensa Pública, y un requerimiento específico a los operadores del servicio de justicia en aras de lograr un mejoramiento de la situación extrema que atraviesan los penales de la provincia de Santa Fe, sobre todo en este contexto de crisis sanitaria.

De acuerdo a lo establecido en las resoluciones 28/20, 29/20 y 30/20 de la Defensoría Provincial, se encomendó a los Defensores abordar la problemática desde distintas aristas a partir de la presentación de recursos legales en favor de sus asistidos. Estas instrucciones generales tuvieron una doble finalidad: por un lado, dar cumplimiento a las exigencias de progresividad de la pena establecidas en la Ley de Ejecución Penal –Ley 24.660– a partir del otorgamiento de las libertades condicionales, asistidas o morigeraciones del encierro pertinentes. Por el otro, generar compromiso entre los distintos sectores del Estado para eliminar el hacinamiento carcelario y resguardar los Derechos Humanos.

En suma, se realizaron pedidos individuales en favor de las personas privadas de su libertad, fuera por condena o prisión preventiva, que se encontraran comprendidos dentro de los denominados grupos de riesgo. Asimismo, se realizaron solicitudes respecto a aquellas personas a quienes les correspondía obtener la libertad condicional por encontrarse cumplidos los términos de progresividad. También se instruyó a los Defensores para que realicen el requerimiento de la conmutación de pena para casos específicos y con los recaudos reglamentarios correspondientes, según los establecido en nuestra Constitución Provincial.

En la sucesión de instancias, la respuesta fue en líneas generales parecida.

La situación excepcional no trajo aparejados grandes modificaciones respecto a las cantidades de libertades concedidas. Durante el primer tramo de la pandemia, los porcentuales de la Defensa Pública rondaban el 5%, y eran comparables con la cantidad de libertades que se confieren por aplicación de la progresividad en períodos de «normalidad».

### **El sistema de justicia penal también advierte que la Violencia Institucional no cesó**

Las sistemáticas violaciones a los Derechos Humanos a manos de las fuerzas represivas del Estado también fueron numerosas y habituales bajo este contexto. Las rutinas habituales y periódicas de los agentes del Estado con funciones en el mantenimiento del orden fueron drásticamente modificadas luego de decretado el ASPO. La «*nueva normalidad*» impactó fuertemente en los objetivos institucionales de estas agencias, intensificando su accionar en el control de la circulación de personas. En este contexto, las denuncias por hechos de Violencia Institucional no frenaron e inclusive se incrementaron en relación a años anteriores, debiendo considerarse que –como regla– el momento en el que se determinaron la mayor cantidad de hechos de Violencia Institucional ha sido siempre el de los primeros momentos de detención, y la prohibición de transitar la vía pública, sumó aproximadamente 25.000 nuevas detenciones, implicando un sideral aumento de la esfera de las conductas prohibidas.

A través de la resolución 50/20, todos los integrantes del SPPDP fueron instruidos a completar el formulario elaborado por el Registro Provincial de Casos de Violencia Institucional y Demás Afectaciones de Derechos Humanos que funciona dentro de su órbita, en ocasión de tomar conocimiento al inicio a un proceso penal por violación del artículo 205 del Código Penal, en el marco de la emergencia sanitaria. La Defensa Pública constató una evidente falta de operatividad en el resguardo de los derechos individuales de las personas imputadas por este delito, en el que asimismo fueron identificados diferentes supuestos al iniciarse este tipo de causas: a saber, pri-

vaciones de libertad, secuestro de bienes, decomiso de bienes, allanamientos, posibles casos de cohecho. Hubo, además, una negación del acceso a la justicia y falta de comunicación de estas privaciones de libertad a nuestro organismo por parte de la autoridad competente.

Desde el SPPDP pusimos a disposición de la comunidad canales oficiales de correo electrónico para efectuar presentaciones y denuncias de violencia institucional de forma no presencial. Tras haber constatado casos de excesos por parte de las fuerzas de seguridad, en un marco en el que las víctimas no podían acercarse a recibir asesoramiento al organismo, nos vimos compelidos a garantizar la posibilidad de denuncia y registro de hechos de violencia institucional y diferentes acciones violatorias de Derechos Humanos. En este sentido, ordenamos a los funcionarios y empleados judiciales que tomen conocimiento –por cualquier medio– de hechos que podrían constituir violencia institucional, deberán cumplir el protocolo previsto en la resolución del SPPDP N° 15/18, debiendo brindar el asesoramiento correspondiente y canalizando el trámite según el circuito establecido.

Cuando fue necesario, realizamos las denuncias penales correspondientes, debiéndose destacar la que fue incoada contra agentes penitenciarios y policiales respecto a los incidentes acaecidos en el Pabellón 14 de la Unidad Penitenciaria de Piñero, por los cuales ocho internos finalizaron con heridas de diversa consideración.

### **El sistema de justicia penal como mecanismo aggiornado al contexto**

El modelo acusatorio recientemente adoptado nos ubica a la vanguardia entre los sistemas de justicia locales y de la región. El novedoso sistema de juicios por audiencias y el principio de publicidad requieren la participación indispensable de las partes durante el debate. Ante el contexto de Pandemia, junto a los demás actores institucionales –Oficina de Gestión Judicial, Magistrados y Ministerio Público de la Acusación– nos hemos visto en la ne-

cesidad de acercar posiciones para minimizar el contacto, proteger la salud colectiva, y cumplir con las medidas de aislamiento, a la vez que prestamos el servicio esencial de justicia ante la evidencia de que el fuero penal no puede detenerse por intervenir sobre un derecho fundamental como es el de la libertad de las personas.

En un primer momento, los Colegios de Jueces de toda la Provincia decidieron adoptar unilateralmente formas de procedimientos, no siempre uniformes, que tenían impacto directo en actos procesales. Desde el SPPDP, cuestionamos determinadas situaciones y toleramos otras que no hubiésemos aceptado en contextos «normales», respecto de las cuales adelantamos nuestra oposición en relación a su perdurabilidad en el tiempo (por ejemplo, la realización de audiencias por sistema de videoconferencia –dado que entendemos que afecta el principio de inmediación–). Dicho de otro modo, la participación indispensable en las audiencias podemos aceptarla de manera «virtual» sólo excepcionalmente, entendiendo como regla la participación presencial y física.

Entre aquellos mecanismos que resistimos, nos opusimos terminantemente a la pretensión de ciertos Magistrados de regresar a la resolución de conflictos penales por medio de procedimientos escritos, en aras de evitar malas prácticas del anterior modelo burocrático, secreto y delegacionista. Como solución a la problemática, adoptamos medidas trascendentes en el tamiz de la racionalidad: no avalar el regreso del sistema escrito entendiendo que a pesar del marco de situación no resultaba proporcional sacrificar aquellos derechos que oportunamente habíamos conquistado, y aceptamos hacer uso de la herramienta para videoconferencias *Zoom*, una tecnología de fácil acceso y bajo costo económico.

Como todo lo novedoso adaptarse llevó un tiempo de adecuación. Hubo que atender a distintos problemas como ser la falta de conectividad, interrupciones, problemas de audio, entre otras; pero, sobre todo, la dificultad de garantizar una entrevista previa entre el Defensor y su asistido. De acuerdo a las particularidades de cada región, las posibilidades técnicas y la situa-

ción regional en términos de salud pública, se procuró garantizar el contacto directo, o al menos por videoconferencia siempre que fue posible.

Como ya he señalado, la justicia penal no puede frenar su actividad. Sin perjuicio de ello, entiendo que los operadores del sistema podemos recurrir a vías alternativas que otorgan respuestas a la justicia del caso concreto, pero también a la sociedad. Desde el SPPDP no podíamos consentir que la Pandemia produzca una metamorfosis en el desarrollo del debido proceso y que se afecte el derecho de defensa.

El aislamiento de funcionarios y empleados en grupos de riesgo junto al distanciamiento social generó que los actores procesales no pudiesen estar presentes en las audiencias, debiéndose tener presente que nuestro organismo cuenta con una dotación menor de recursos humanos, en comparación con Jueces y Fiscales.

Podíamos aceptar cambios en el modo de realización del proceso, siempre que se salvaguardara un aspecto fundamental: el control de legalidad y el respeto a las garantías del debido proceso. Además, en esta línea, resulta imperativo considerar el artículo 13 del Código Procesal Penal de nuestra Provincia que habilita a las partes a acordar procedimientos, como mecanismo excepcional, siempre que no sea afectado el debido proceso y el juicio oral y público. Allí, es central la apreciación relativa a quién es competente para disponerlo: solo el acuerdo de partes habilita a la modificación de las reglas procesales, no así la imposición por la Magistratura. Por esa vía se plasmó la idea de recurrir a la tecnología, como la vía de solución a los conflictos planteados por el COVID-19, sin traicionar los intereses de nuestros asistidos.

Durante el ASPO se desarrollaron a través de audiencias virtuales los actos procesales urgentes –las audiencias imputativas, de prisión preventiva, de control de legalidad de la detención, las Cámaras Gesell, los *habeas corpus*– con la asiduidad y constancia con que se realizan normalmente durante el año.

Bajo este halo de interrogantes corresponde que nos preguntemos: ¿hasta



qué punto puede ser positiva la implementación de un sistema informático de audiencias «a distancia» en el sistema de justicia penal? ¿hasta qué punto podemos «adaptar» el procedimiento penal sin vulnerar garantías constitucionales? ¿la virtualidad puede mermar la confianza entre Defensor y asistido? A diferencia de otras ramas del derecho, en el fuero penal necesitamos actuar de manera muy prudente y cuestionarnos la conveniencia de la tecnología ante estos aspectos.

### **La refuncionalización del sistema de justicia penal es un constante aprendizaje: La «nueva normalidad» del Instituto de Capacitación de la Defensa Pública**

La «nueva normalidad» nos obliga a pensar de cara a futuro. Es así que nos planteamos cómo continuar con el desarrollo de las actividades habituales que organiza el Instituto de Capacitación de la Defensa Pública, dado que la política de formación y aprendizaje es un eje central en la actual gestión que me toca conducir. En ese sentido, capitalizamos el uso de la herramienta *Zoom*, apostando por aprovechar al máximo su valor comunicativo y la facilidad para la interrelación entre los participantes.

De este modo, nos encontramos brindando alternativas a los cursos anuales que teníamos programados para este año: «La Defensa Pública Penal en la Provincia de Santa Fe» y «Abordaje integral de la Violencia Institucional», por medio de actividades en las que participan Defensores y funcionarios del organismo, como así también actores institucionales y catedráticos de jerarquía nacional, con el objetivo de continuar contribuyendo en la formación de nuestros integrantes.

En este marco, se desarrollaron los ciclos de exposiciones **«Desafíos y metas de la Defensa Pública ante el imprevisto marco global ocasionado por la Pandemia COVID-19»** y **«Sobre el sistema penal: tensiones actuales en torno al encierro en prisión en tiempos de Pandemia»**. Vale destacar que se prevén nuevas ediciones en un futuro próximo.

### **La Defensa Pública como actor autónomo en el sistema de justicia penal. La organización interna en relación a la emergencia sanitaria.**

Actuar en la inmediatez de la coyuntura nos llevó a implementar nuevas vías de acción para asegurar el cumplimiento de los objetivos institucionales y la materialización de las políticas que el organismo despliega. Gestionar en este contexto coadyuvó a cristalizar el compromiso que tiene la Defensa Pública en asegurar el servicio de administración de justicia en general, y con el cumplimiento de su misión institucional en particular.

En el marco del cumplimiento de su autonomía funcional, desde la Defensoría Provincial fueron emitidas diversas resoluciones que tuvieron como objeto reglar aspectos particulares para prevenir el contagio y evitar la propagación del virus. Se trató del primer organismo público dentro del Poder Judicial que dispensó de la asistencia al lugar de trabajo a todos sus agentes, sin perjuicio del seguro de la prestación del servicio de manera remota o por medio de guardias mínimas presenciales.

Somos una institución con autarquía financiera. Desde un primer momento, la Administración General del SPPDP realizó gestiones para proveer de artículos de higiene y sanidad al personal con asiento en toda la Provincia, como ser alcohol líquido y en gel, barbijos, máscaras faciales. Asimismo, profundizamos la labor de nuestra área informática para implementar mecanismos de acceso interno para posibilitar el trabajo a distancia.

### **El sistema de justicia penal lleva la impronta de la Defensa Pública**

Una de las finalidades del sistema de justicia penal podría resumirse en la realización de un proceso penal –respetando las debidas garantías– por medio del cual los funcionarios investidos determinarán la culpabilidad o inocencia de la persona acusada de cometer un delito, decidiéndose en su

caso la aplicación o no de una pena determinada. Si tuviera que describir a mis alumnos las teorías absolutas de las penas, en busca de su justificación, les explicaría muy ligeramente que la imposición de pena al autor del delito no es más que un segundo mal que se le aplica por el mal cometido cuando cometió el delito.

Desde la Defensa Pública, reafirmamos el principio de resocialización y entendemos que el mal comprendido en la pena debe limitarse lo más posible. No podemos desconocer que la realidad carcelaria o determinadas prácticas del sistema penal configuran males adicionales que recaen principalmente sobre un determinado sector de la sociedad que es atravesado por la vulnerabilidad social y económica; encontrándose afectados los principios de proporcionalidad, de inocencia, entre otros tantos.

Tal como lo he sostenido públicamente, ninguno de nosotros –en tanto servidores públicos– puede ni debe estar a favor de la conducta reprochable que llevó a determinadas personas a delinquir, pero tampoco existe justificación alguna para tolerar o no intervenir sobre las condiciones indignas de encierro que afectan la salud, la falta de alimento, el resquebrajamiento de vínculos familiares, entre otras tantas afectaciones.

La postura del SPPDP es conocida y la replico en las reuniones interinstitucionales en las que participamos para abordar problemáticas concretas, como a la hora de brindar mensajes para informar a la ciudadanía, por medio de canales de comunicación radiales, televisivos o digitales, en los que pretendo llevar paz y tranquilidad.

Como colofón, me honra expresar que los distintos parámetros de trabajo desarrollados por la Defensa Pública se traducen en el cumplimiento riguroso de la misión institucional dispuesta en el artículo 10 de la ley provincial 13.014 y en el respeto irrestricto de los Derechos Humanos que reafirman nuestro Estado Democrático de Derecho; y en lo que a mí respecta, porque es el cargo para el cual he jurado. ■



# DERECHO EN CRISIS Y DERECHO FRENTE A LA CRISIS

**DR. MARTÍN IGNACIO CÁCERES**

SECRETARIO DE GOBIERNO Y GESTIÓN PROGRAMÁTICA DEL SERVICIO PÚBLICO PROVINCIAL  
DE DEFENSA PENAL DE SANTA FE



*La actual pandemia de COVID 19, las emergencias subsiguientes (y previas) y demás normas reglamentarias conforman un contexto único en el cual los operadores de justicia debemos continuar con la prestación de un servicio que esencial.*

*Las líneas que siguen presentan algunas de las dificultades que esa pretensión presenta, y refrenda los límites que no debiéramos olvidar en un Estado Constitucional Republicano y Democrático de Derecho.*

## **1. Introducción**

La actual pandemia de COVID 19, su declaración como tal, emergencias subsiguientes (y previas) y demás normas reglamentarias conforman un contexto único en el cual los operadores de justicia debemos continuar con la

prestación de un servicio que –estimo, a título personal, pero sin duda alguna– resulta esencial en un Estado Constitucional Republicano y Democrático de Derecho.

Nuestras funciones se ven alteradas. A la vez que son continuidad de prácticas precedentes, mutan, atravesadas por las exigencias del contexto; y las certezas –apropiadas o fruto de la irreflexibilidad de las costumbres– de nuestros quehaceres cotidianos entran en crisis.

Repensar las mismas es una tarea titánica que se impone en un contexto de urgencias y de incertidumbres que se acentúan. Mientras observamos una proliferación sin precedentes de normas de emergencia; una pluralidad de ordenes normativos (se solapan normas convencionales, constitucionales, legales; con normas especiales del Poder Ejecutivo Nacional a través de sendos DNU, de inferior jerarquía mediante órdenes ejecutivas de la Jefatura de Gabinetes de Ministros y decretos de Ministerios varios, Decretos Provinciales, Decretos Municipales y Ordenanzas de igual jerarquía); nos enfrentamos a una indeterminación fáctica sobre circunstancias generales: qué es, cómo se manifiesta, cómo se contagia y cómo se previene la enfermedad en cuestión; que pone en crisis nuestra esperanza ilimitada en las ciencias.

Volvamos a los tópicos básicos, los lugares comunes, porque es donde anidan los consensos más básicos para repensar el espacio que nos corresponde a los operadores del Poder Judicial en este entuerto. En esta crisis, en toda crisis, en la constante excepción, se pone en juego la normalidad.

La «nueva normalidad» hoy tan mentada, si la hubiera en el futuro próximo, espero sea el producto de la razón y no del temor o del impulso del poder. En la historicidad de nuestra constitución viva<sup>1</sup>, en la negociación con el gobierno de los muertos y la humana tensión por la Justicia que guía los corazones de los distintos operadores construimos este pequeño pedazo de historia.

Y tengo para mí, que el azar, el tiempo y las circunstancias –en términos de la filosofía nacional– nos han reservado una página de especial trascendencia:

#### CITAS

<sup>1</sup> Aquella de la que hablaba con tanta claridad nuestra Corte Suprema de Justicia, cuando recordaba que «el valor mayor de la Constitución no está en los textos escritos que adoptó y que antes de ella habían adoptado los ensayos constitucionales que se sucedieron en el país durante cuarenta años, sin lograr realidad, sino en la obra práctica, realista, que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación» (CSJN, sentencia del 27 de diciembre de 1990, «Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional s/ Amparo», cita a Fallos: 178:9).

<sup>2</sup> GUIBOURG, RICARDO; La función Judicial, Revista Pensar en Derecho N° 6, Eudeba, Julio 2015.

damos luz a un sistema judicial nuevo que ha llegado a la sociedad, como todo crío, cargado de expectativas.

En esa empresa, articulando las incertezas con la formación jurídica, podemos organizar los siguientes grupos de preguntas que, entiendo, nos permitirán organizar respuestas frente a cada caso concreto:

## **2. ¿Qué rol corresponde a la Magistratura frente a las disposiciones tomadas por otros poderes del Estado?**

El ideal republicano es un poder judicial independiente, imparcial, honesto y capaz, que decida las causas de conformidad con el derecho y sirva de contrapeso a los otros dos poderes mediante el control de constitucionalidad.<sup>2</sup>

Hoy día, el modelo teórico con el que se explican los Estados Constitucionales presenta diversos matices, pero algunos núcleos mínimos. Propongo un breve racconto histórico y una posterior delimitación de las características centrales del modelo neo constitucional para determinar el rol de la Magistratura.

### **2.1. Del Estado Legal al Estado Constitucional**

Es sabido que el actual modelo de Estado, entendido como Estado Constitucional de Derecho responde a una naturaleza distinta de aquella que se contemplara como Estado de Derecho a secas (o Estado Legal de Derecho).

El último, venía a conceder pre – eminencia a la protección del ciudadano frente al soberano –esto es, aquél que tenía la autoridad suprema y que no reconocía otros límites que no fueran o bien divinos, o bien propios de su voluntad cambiante– y, puntualmente, frente a la arbitrariedad del soberano que expresa la clásica expresión de Luis XIV «*L'état ce moi*»; frente a ello, el sometimiento del soberano a la Ley que implicaba entonces una forma de poder trascendente e impersonal, era sin dudas un avance destacable.

Detrás de ello, las monarquías crujen. El Poder divino o hereditario de los Reyes se cuestiona, y gradualmente, el germen de la soberanía se invierte y en lugar de devenir de lo divino hacia el unguido, trepaba por las manos del pueblo hacia el depositario.

La Revolución Francesa, o con más precisión, la Asamblea Nacional, promulga la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789), y tres años más tarde el voto universal (masculino) para culminar aboliendo la esclavitud.

El pacto fundacional de la República<sup>3</sup>, venía entonces a fijar las bases sobre las cuales luego el legislador habría de definir las reglas de juego en la sociedad democrática. Es la ley el nuevo asiento de la voluntad del Estado, y con ello, el Poder Legislativo aquel que cargaba la pluma del (o por el) pueblo.

De ahí que el movimiento «Constitucionalista» pudiera ser catalogado –como lo hace Sagües<sup>4</sup>– como un sistema nomocrático que procura una racionalización del poder. Se reduce a la idea del gobierno de las leyes, cuyo fantástico desarrollo delinean las prosas de Locke, Hobbes y Rousseau con distintos perfiles.

En ese esquema, el Derecho legislado tenía primacía sobre la valoración subjetiva de los operadores. El modelo positivista de Derecho que desarrollara Kelsen, sobre un andamiaje epistémico positivista, señalaba la necesidad de trazar una teoría del derecho que abordara el derecho en tanto hecho dado.

El Juez, en dicho contexto, podía ser descripto con acierto como un administrador. Administraba la justicia en el caso concreto, entendida esta como la aplicación de la norma general en circunstancias particulares<sup>5</sup>: La boca de la Ley y, de la mano, la sacralización de la Ley como manifestación de justicia.

Ahora bien, con el advenimiento del neo constitucionalismo, el Estado Constitucional de Derecho ha pasado a tomar sustancia, superando por un lado

<sup>3</sup> Tal la expresión acuñada por la CSJN en «Unión de Fuerzas Sociales», Fallos: 315:71-74.

<sup>4</sup> SAGÜES, teoría de la constitución: capítulo 1.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, Liv. XI. Chap. VI., pág. 327: «*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*» (que traduzco como «Pero los jueces de la nación son, como hemos dicho, la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados, que no pueden moderar ni su fuerza, ni su rigor.»)



<sup>6</sup> COMANDUCCI, PAOLO; Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis meta-teórico, disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182002000100089](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182002000100089).

<sup>7</sup> La expresión neo constitucionalismo no es la originaria del texto, y debo reconocer que existe largo debate sobre el mismo, pero Ferrajoli se ha definido a sí mismo como un neo positivista, entendiendo un paleo positivismo aquello que antes se reseñó como estado legal de derecho, y es ubicado en forma general como parte del movimiento neo constitucionalista, por lo que a efectos de no confundir con disputas sobre el significante -la palabras determinaciones del significado -su denotación- opto por incorporar el prefijo.

el delineado de las formas y la fijación de competencias. Ha concedido derechos a los ciudadanos, y no solo cursos de acción a interpretar por los gobernantes. Le ha quitado a Vélez Sarsfield y su código la determinación básica de cómo vivir en sociedad, y le ha entregado a Alberdi sus bases.

Por supuesto, dicho cambio no ha sido sencillo – ni se encuentra concluso-. Por un lado, porque ello ha aparejado la disputa que se anticipaba en la primera página, ¿Cuál es el espacio que concedemos a la voluntad constituyente, cuando las arenas del tiempo van cubriendo sus páginas?, por otro, porque precisamos entender o determinar los mecanismos que concederán privilegio a la interpretación de la constitución de un poder sobre otro, y, además, sentar un acuerdo sobre cuáles son los límites de la interpretación constitucional.

## 2.2. Constitución, continuidad y cambio

Los modelos neo constitucionales, «designan un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales»<sup>6</sup>.

En este nuevo modelo de Estado, la función del juez se ha apartado de un modelo de mera restricción de poderes, para abordar una concepción de exigencia de derechos. Las constituciones, antes que un plan político, se han vuelto una fuente de derecho en sentido estricto, por tanto, aplicable y exigible.

En esa línea, Ferrajoli ha señalado que «...el [neo]<sup>7</sup> constitucionalismo es el fruto de un cambio de paradigma, tanto del derecho y de la democracia como de la ciencia jurídica, consistente en la positivización de límites y vínculos a la producción normativa en su conjunto, bajo la forma de *principios* y *derechos fundamentales*, que, casi todos, se comportan exactamente como las reglas frente a sus violaciones. De este modo, el constitucionalismo garantista resulta ser la plena realización tanto del positivismo jurídico como del

estado de derecho, pues en su virtud todo poder, incluido el legislativo, está sometido al derecho, es decir, a normas, formales y sustanciales, dirigidas en primer término a limitar y vincular su ejercicio, y en un segundo momento a censurar y remover sus violaciones.<sup>8</sup>»

Este modelo, al decir de Guastini<sup>9</sup>, se caracteriza por:

1. La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales;
2. La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas «programáticas» sino «preceptivas»);
3. La garantía jurisdiccional de la Constitución;
4. La «sobreinterpretación» de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos);
5. La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares;
6. La interpretación adecuada de las leyes.

Esa forma de entender el Estado, entonces, implica una superación del modelo Legal en términos de concesión de mayores garantías del ciudadano, en resguardo de sus derechos, frente al Estado (de aquí tal vez que Ferrajoli decida referirse a la misma como «Constitucionalismo Garantista»). En lo que aquí resulta, a mi juicio, central se desprende de los 3 primeros puntos.

El primero, por cuanto «el constitucionalismo fuerte (o liberal) es la ideología que requiere una constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal»<sup>10</sup>. De forma tal que la voluntad legislativa, voluble, transigente con los cambios coyunturales de opinión del pueblo no se traslada de la Ley a la Constitución, sino que encuentra una serie de procedimientos agravados y mayorías especiales que lo cristalizan en textos con mayor pretensión de continuidad histórica<sup>11</sup>.

El segundo porque, la Constitución normativizada, que cesó en su carácter de mero ordenador o guía política, se torna en garantía primaria a través de sus normas de todos los derechos allí reconocidos. Cada derecho cercenado,

<sup>8</sup> FERRAJOLI, LUIGI; RUIZ MANERO, JUAN; Un debate sobre principios constitucionales; ed. Palestra, Lima, 2014, P. 173

<sup>9</sup> GUASTINI, R.; «La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano» en R. Guastini, Estudios de Teoría Constitucional, IJ-UNAM, Fontamara, México, 2001

<sup>10</sup> COMMANDUCCI, PAOLO; «Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico», disponible en: Isonomía no.16 México abr. 2002.

<sup>11</sup> Ya manifestaba su preocupación Alberdi, al recordar que «Las leyes, como los ríos, se acomodan en su curso al modo de ser del suelo en que hacen su camino. Una vez formado su lecho lo conservan aunque la geometría les demuestre que el camino recto es el más corto». Alberdi, Juan Bautista, Obras Completas, tomo la cita de Sola, J. V., «Alberdi: la Constitución como programa de gobierno: La polémica con Vélez Sarsfield», Comunicación del académico Juan Vicente Sola en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 22 de setiembre de 2010, disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/18-Sola.pdf>.

<sup>12</sup> ALBERDI, JUAN BAUTISTA, Bases ..., cap. XXXI.

engrosa el deber del Estado en su pacto fundacional. La concepción declamatoria del derecho Constitucional, que parece tener cierto apego en la visión política de nuestro país, encuentra allí dificultades: una vez que tomamos la constitución en serio (parafraseando a Dworkin), cada Derecho positivizado es una exigencia del ciudadano frente al Estado.

El tercero porque la caracterización de toda norma, y entre ellas, la de las constitucionales implica la posibilidad de su enforcement; esto es su exigibilidad, y en su defecto su reclamación frente a los tribunales.

Ahora bien, habrá quien considere que estas palabras que perfilan un modelo filosófico político de Estado y, con él, de Derecho resultan apartados de nuestra praxis cotidiana, pero tengo para mí que, en realidad, subyacen a la misma. Son sus fundamentos muchas veces no explicitados y, por ello, son la piedra basal sobre la que debemos repensar la problemática actual.

### **2.3. Principio de legalidad y control de validez formal, a la luz del bloque de constitucionalidad federal**

Vale retomar esa idea de la mano de las Bases Alberdianas, que señalaban que «No basta que la constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginables; pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por la ley, sugiera ella misma el medio honesto y legal de faltar a todo lo que promete»<sup>12</sup>.

Y luego, en crítica a la Constitución Boliviana, señalaba con desdén que «Según esto, en Bolivia la constitución rige con permiso de las leyes. En otras partes la constitución hace vivir a las leyes; allí las leyes hacen vivir a la constitución. Las leyes son la regla, la constitución es la excepción. Por fin, la constitución toda es nominal; pues por el art. 76, inciso 26, el presidente,

oídos sus ministros, que él nombra y quita a su voluntad, declara en peligro la patria y asume las facultades extraordinarias por un término de que él es árbitro (inciso 27). De modo que el derecho público cesa por las leyes, y la constitución toda por la voluntad del presidente (...) La constitución argentina debe huir de ese escollo. Como todas las constituciones de los Estados Unidos, es decir, como todas las constituciones leales y prudentes, ella debe *declarar que el Congreso no dará ley que limite o falsee las garantías de progreso y de derecho público con ocasión de organizar o reglamentar su ejercicio. Ese deber de política fundamental es de trascendencia decisiva para la vida de la constitución.*»<sup>13</sup>

Hoy, a mi modo de ver, estos puntos continúan claros en la redacción propuesta por el constituyente. El **primero** de los caracteres iterados<sup>14</sup>, desde el mirador del artículo 30 se establece un modelo constitucional (semi) rígido.<sup>15</sup>

Así, al carácter escrito de nuestra constitución se le agrega el juego de recaudos especiales para garantizar la dificultad de su reforma. Dificultad que debe ser bien entendida, no como un escollo, sino como una garantía sobre el criterio rector según el cual las Constituciones determinan los acuerdos mínimos, el *overlapping consensus* Rawlsiano, y por eso no están llamadas a ser modificadas si no se ha logrado un acuerdo razonable –y no sólo una mayoría o una primera minoría, como habitualmente sucede– de la ciudadanía.

La etapa pre – constituyente de declaración de necesidad de reforma implica, en sí misma, un sistema de limitación del poder constituyente por el poder constituido, según el cual el Constituyente –en tanto derivado y no originario– no puede desentenderse de las limitantes que la misma constitución le ha impuesto.

Por último, la expresión «puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes», abre juego a una interesante discusión con relación a los contenidos pétreos –que aquí no desarrollaré–, pero que gira en torno de los derechos y garantías enumerados en la primera parte, con lo cual remite a la segunda cualidad del primer tópico.

<sup>13</sup> ALBERDI, JUAN BAUTISTA, Bases ..., cap. XXXI, pág. 208.

<sup>14</sup> La existencia de una constitución rígida que reconoce derechos (que, analíticamente puede ser separado en dos condiciones: rigidez constitucional; reconocimiento de derechos).

<sup>15</sup> La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto.

<sup>16</sup> «Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.».

<sup>17</sup> «el Palladium de la libertad no es una ley suspendible en sus efectos, revocable según las conveniencias públicas del momento; el Palladium de la libertad es la constitución; esa es el arca sagrada de todas las libertades, de todas las garantías individuales cuya conservación es inviolable, cuya guarda severamente escrupulosa debe ser el objeto primordial de las leyes, la condición esencial de los fallos de la Justicia Federal» (CSJN «Sojo», Fallos 32:128)

<sup>18</sup> «Sojo» (Fallos: 32:120); «municipalidad de la capital c/ elortondo», «Cullen c/ Llerena», «José Roque Pérez»; «Rey c/ Rocha», (Fallos: 112:384); «Kot», (Fallos: 241:291) y «Siri», (Fallos: 252:293), por citar solo los más antiguos y los más significativos.

<sup>19</sup> «Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Consti-

En relación con el **segundo** punto, la fuerza vinculante de la Constitución, son claras las expresiones del artículo 31<sup>16</sup>, que invoca la supremacía de la Constitución, complementado por la introducción de las Convenciones del artículo 75 inc.22 (y aquellas integradas por el procedimiento del inciso 24), conformando el bloque de constitucionalidad federal.

Allí, subyace la idea según la cual, el Sistema Normativo es piramidal, y en su cúspide se encuentra la Constitución que irradia al resto del sistema normativo, pero también impone los límites de lo no permitido incluso a las autoridades políticas.<sup>17</sup>

A su vez, los artículos 28 y 29 establecen límites a la potestad de las autoridades inferiores, por un lado procurando evitar excesos reglamentarios, y por otro resguardando la distribución de competencias como resorte exclusivo de la Constitución.

Por otro lado, al abordar el tercer tópico, cabe destacar que luego de la Reforma Constitucional del año 1994, el texto constitucional incorpora en forma expresa la función de resguardo de la constitución que los Tribunales ya habían adoptado pretorianamente.

La CSJN tomó el criterio sentado por la Corte Estadounidense en 1801 en el celebre «Marbury vs. Madison», y entendió que correspondía al máximo Tribunal la función de Interpretar último y garante de la vigencia de la Constitución, bajo el amparo de la prelación normativa de la Constitución de 1853.<sup>18</sup>

El alcance de su control jurisdiccional surge, en primer término, del artículo 116, que establece que «Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la nación...»<sup>19</sup>

Además, en su artículo 43 establece que «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de parti-

culares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley».

Con todo ello, parece explícito y claro en la interpretación del plexo normativo que nuestro sistema requiere del Magistrado el apego a la Constitución por sobre aquel que debe a la Ley, el apego a la Ley que reglamenta la Constitución cuando esta la respeta en sus formas y contenidos, y por último el apego a las normas reglamentarias del Poder Ejecutivo, cuando se dictan dentro del ámbito de sus competencias, por las formas previstas, y dentro del continente de lo no permitido y lo no permitido que no por las normas superiores.

#### **2.4. Las dificultades que presenta el modelo**

Sencillo, claro. Tanto que se puede aseverar, más allá de toda duda, que oculta las complejidades de su aplicación. Vamos a ellas:

El juego de contrastación de cada uno de esos campos normativos implica, en primer lugar, la determinación de las normas aplicables. Esto, en sistemas federales de múltiples niveles, impone la conjugación de diversos ordenes que deberán saldar las dificultades por aplicación de las *reglas de competencia*, o bien, por *reglas de jerarquía* –o prioridad– dentro de un mismo sistema. En el primer caso será la determinación de las competencias delegadas, no delegadas y concurrentes el campo de discusión; en el segundo, el artículo 31 servirá de primera guía, pero además –toda vez que los sistemas no son coherentes y plenos, sino que aspiran a serlo– deberán desandarse las contradicciones y contrariedades normativas.

Normas, hemos dicho... pero existe un acuerdo generalizado sobre el carácter valorativo que contienen las Constituciones. La distinta naturaleza de normas y principios, y la diferencia entre el carácter normativo –en sentido tradicional, supuesto de hecho y consecuencia normativa– que cabe conferirle a las reglas, frente a la especial naturaleza de los principios como mandatos de optimización<sup>20</sup> (que por ello carecen de los elementos antes

tución, y por las leyes de la Nación... y por los tratados con las naciones extranjeras...» Ha dicho en un muy reciente pronunciamiento la Corte que «La misión del Corte consiste en ser guardián último de las garantías constitucionales, cabeza de un Poder del Estado y máximo intérprete de la Constitución y debe tenerse presente que estas tareas trascendentales deben ser cumplidas en un contexto político, social y económico insospechado solamente tres meses atrás, generado por la situación de emergencia pública sanitaria que atraviesa el país, originada en la propagación a nivel mundial, regional y local del coronavirus (COVID-19)» CSJN CSJ 000353/2020/CS001; 24/04/2020.

<sup>20</sup> Para una versión sobre la distinción entre reglas y principios, y los criterios aplicables a cada categoría: Alexy, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 y ss.; sobre la integración de los principios, como «una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moral» en el ordenamiento jurídico: Dworkin, Ronald; *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, p. 22; Sobre la integración de principios y Standards, por sobre las reglas o preceptos legales, puede verse también: Pound, Rosco; *The Theory of Judicial Decision*, Harvard Law Review XXXVI (1923), pp. 643-646. Sobre un contrapunto referente a las dificultades que apareja el modelo neo constitucional con la integración

de principios, puede verse: Ibañez, Prefecto Andrés y Alexy, R.; Jueces y Ponderación Argumentativa, p. 50. El listado no pretende ser completo, pero si enumerar lecturas centrales.

<sup>21</sup> La expresión «luego» no remite ni a una consecuencia lógica, ni a un orden de prelación temporal. Léase, tan solo como un conector. La relación entre la interpretación y la selección de la norma es harto compleja, y excede las pretensiones de estas pocas páginas.

<sup>22</sup> Tomo la expresión de Wróblewski, compartiendo que «la cuestión de la interpretación jurídica no consiste tanto en establecer el significado de los enunciados jurídicos, sino en fijar los límites dentro de los cuales una asignación de significado puede denominarse interpretación y no creación de derecho» (Iturraspe Sesma, Victoria, en: Wróblewski, Jerzy; Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, trad. Azurza, Arantxa et al, ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2018), y anticipando que: a. la posterior distinción entre originalistas y partidarios de la «*living constitution*», no responde al autor, sino a una taxonomía de larga data en el Constitucionalismo Norteamericano y; b. No se trata aquí de las técnicas de interpretación, que merecen abordaje diferenciado.

reseñados, no pueden ser invalidados, y requieren una efectivización susceptible de gradación).

Esta distinción también implicará bascular entre criterios de validez formal (como derivación de la noción legalista Kelseniana, normas válidas en tanto han sido dictadas por la autoridad a la cual se le confiriera la facultad, y con arreglo a los procedimientos de una visión dinámica del sistema jurídico), pero también con apego a una validez sustancial que deriva del contenido de los derechos, principios y garantías que no pueden ser jaqueados por las normas inferiores. Y por último, entre solución de contradicciones normativas estrictas, soluciones de lagunas normativas, y ponderación de mandatos en pugna en el caso concreto.

Luego<sup>21</sup> de ello, vendrá la interpretación de dichas normas. Y, podemos conceder, que eso implica una adopción de una *filosofía de la interpretación*<sup>22</sup>. De tal forma, cuando circa 1916, en Estados Unidos, Brandeis acuñaba la expresión «derecho viviente» para referirse a la Constitución, y en tal carácter le permitía crecer; no renegaba de su carácter normativo, sino que le adosaba el carácter de incompleto. *En obra*, si se quiere, con lo que daba espacio a las circunstancias no contempladas por el Constituyente, fuera por imprevisión o por la mera circunstancia de ser mortales y limitados en su capacidad de previsión.

El originalismo, en la vereda opuesta, privilegia la voluntad constituyente –el acto en todo su alcance locucionario, ilocucionario y perlocucionario–. La legitimidad democrática que subyace es evidente, pero a la vez, se vincula –por lo general– con una distinción sobre el rol que cabe al juez frente a las indeterminaciones normativas.

## 2.5. Normas de competencia y control de legalidad

Esta dificultad, en el marco actual de pandemia es de particular importancia, ya que como se anticipara el número y la diversa calidad de normas vigentes (y de planos normativos que se arrogan competencias) es abrumadora.

Para determinar las competencias, vale determinar el contenido de aquello sobre lo que se legisla.

En primer orden, la emergencia en sí misma. Así las cosas, vale preguntarse quién es la autoridad competente para resolver el marco de excepción. En primer orden, no cabe dudas, que la situación de emergencia excede a las provincias y sólo podría ser declarada por el Gobierno Nacional.

Ahora, dada la forma Republicana de nuestro Estado, cabe avanzar en la compulsión de competencias desde la normativa constitucional, y podremos advertir que, entre los diversos poderes del Estado, existe una regla general; la primacía del congreso en materias de carácter general, que exceden el mero gobierno, y el aumento de controles frente a cualquier disposición que por motivos de urgencia o necesidad implique la traslación excepcional de competencias al Poder Ejecutivo.

### **3. ¿Qué poder del Estado se encuentra en mejores condiciones para decidir sobre las circunstancias de hecho, generales, propias del estado de emergencia por Pandemia?**

Ahora bien, a la situación compleja en el campo normativo se ha sumado otra: la emergencia o el estado de excepción.

Vale decir que, en nuestro país, la referencia del inicio es particularmente cierta. La Argentina convive con la emergencia con tal naturalidad que cabe preguntarse qué se entiende por tal concepto. Habrá quien diga o piense que, en el contexto de la pandemia tales elucubraciones no tienen demasiado espacio. Estaríamos sin dudas ante un caso del género «emergencia». Entiendo que no es así.

En primer lugar, por cuanto la declaración de emergencia que ha encuadrado las primeras medidas sobre el COVID 19 ha sido sancionada a través de la Ley 27.541, el 21/12/19, esto es antes de que se tuviera conocimiento de



<sup>23</sup> AGAMBEN, G., *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*, Trad. Antonio Gimeno, ed. Pre – textos, 2013.

<sup>24</sup> Consultado en el sitio oficial: news.un.org, en fecha 10/08/2020.

la enfermedad hoy declarada pandemia.

En segundo lugar, porque el nombre que ha encabezado dicha norma resulta cuanto menos contradictorio con el sentido que el lenguaje común asigna a la emergencia («Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva»).

En tercer lugar, porque la exigencia de transitoriedad propia de una emergencia luce vidriosa cuando en el mes de marzo se dicta, mediante decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020, una prórroga por un año de una emergencia que estaba vigente hasta el mes de diciembre –esto es por 8 meses más–. Difícil conjugar la exclusión del Congreso por urgencia, con semejante tiempo de emergencia vigente.

En cuarto lugar, porque en el plano histórico no pueden separarse las emergencias atravesadas por nuestro país. Por ello, vale recordar la preocupación de Agamben, quien no desde el mirador jurídico – normativo, sino antes filosófico y descriptivo señalaba que el Estado Moderno es un Estado de Excepción, donde la legalidad define la excepción por exclusión de la legalidad; pero se invoca y permanece. El Estado del miedo a que dieron lugar los antecedentes terroristas a nivel global, parece preocupantemente semejante en muchos puntos a lo que hoy vemos como producto de la Pandemia.<sup>23</sup>

Incluso, en abono, puede señalarse que esta preocupación ha sido manifestada por la ONU a través de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, quien expresó «los poderes de emergencia no deben ser armas que los gobiernos puedan usar para aplastar la disidencia, controlar a la población o prologar su estancia en el poder... Esos poderes deben usarse para afrontar eficazmente la pandemia; nada más, ni nada menos»<sup>24</sup>.

En esa línea, cabe recordar que la CSJN ha dicho que «el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito de aplicación temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia,

originada en un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esta situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al estado a *restringir* el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución Nacional»<sup>25</sup>.

Nuestro cimero Tribunal ha dicho restringir, más no desconocer, ni suspender, y hablaba allí de derechos patrimoniales –que cabe pensar, tendrían en caso de ponderación mengua frente a la libertad, salud y vida–. Incluso, la expresa regulación constitucional limita la suspensión de garantías<sup>26</sup> al caso del Estado de Sitio; y dentro de este supuesto excepcionalísimo, resguarda la libertad física, la indemnidad de los detenidos y la finalidad del encierro.<sup>27</sup>

Y si bien es cierto que, «Como tribunal de justicia y Poder del Estado, las decisiones de la Corte Suprema custodian la Constitución siempre insertas en una realidad histórica ... (aún) En el contexto, de inaudita y acuciante excepcionalidad, originado por la pandemia –coronavirus (COVID-19)– no puede desvanecerse la importancia del funcionamiento del Congreso como órgano de representación directa del pueblo de la Nación y de los estados locales, dado que en su seno resguarda el principio democrático y el sistema federal.»<sup>28</sup>

Porque aún «el estado de sitio que autoriza el artículo 23 de la constitución es un arma de defensa extraordinaria que ésta ha puesto en manos de los poderes políticos de la Nación, para que, en épocas también extraordinarias, puedan defenderse de los peligros que amenacen tanto a la Constitución como a las autoridades que ella crea. El estado de sitio, *lejos de suspender el imperio de la Constitución se declara para defenderla, y lejos de suprimir las funciones de los poderes públicos por ella instituidos, les sirve de escudo*»<sup>29</sup>.

### ¿La emergencia como hecho?

Si nos atenemos a las líneas expresadas por el máximo tribunal en «Peralta» podemos advertir, en primer lugar, un problema jurídico interesante: la

<sup>25</sup> PERALTA, LUIS A Y OTRO c. Estado Nacional, Ministerio de Economía y BCRA, del 27 de diciembre de 1990.

<sup>26</sup> Artículo 23, CN, «En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino.»

<sup>27</sup> Art. 43, CN, «...Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aún durante la vigencia del estado de sitio.»

<sup>28</sup> CSJ 000353/2020/CS001; 24/04/2020.

<sup>29</sup> CSJN «Alem»; Fallos: 54:432.

emergencia como un hecho. Los hechos, por su naturaleza, no están exentos ni sometidos a control; están sometidos a comprobación. Que los poderes Legislativo y Ejecutivo tomen decisiones en base a hechos, cabe esperarlo y reclamarlo, no habrá allí censura. Ahora bien, que dichas decisiones impliquen la negación de garantías constitucionales, implica desconocer la Constitución, y con ello apartarse del Estado Constitucional de Derecho.

Antes habíamos señalado que los Jueces, en su concepción clásica, decidían atados al derecho previa comprobación de los hechos que daban lugar a la consecuencia normativa. Ahora, qué hacer cuando el hecho ha dejado de ser una situación puntual, los hechos de la causa, y remiten a los hechos en los que se inserta la causa. Un contexto, un momento histórico, que ilumina de particular modo lo que se debe decidir.

Algo está claro. De entender que la emergencia, el potencial riesgo de salud, y las razonables se han normativizado en las decisiones de las autoridades administrativas; entonces la actuación del Magistrado cambia. Desconocer los riesgos, por caso, que atraviesa la población encarcelada ya no es una cuestión de hecho y prueba, sino una cuestión definida por las autoridades competentes, que vincula al juez salvo tacha de inconstitucionalidad.

Ahora bien, si se trata de una cuestión de hecho sometida a comprobación en el caso, los Jueces asumirán la decisión frente a hechos de difícil comprobación, donde las máximas de la razón práctica se privilegian sobre aquellas propias del conocimiento científico. Digámoslo todo, la ciencia hoy no puede dar las respuestas que queremos, por lo que no puede sino asumirse decisiones frente a la incerteza, con elevado margen de error, a la luz de la urgencia.

#### **4. ¿Qué decisión se debe adoptar frente a la incerteza? Sobre la sustancia de la restricción**

Resta por último el problema más complejo. Como ponderar principios cuando, por un lado encontramos una afectación concreta de garantías constitu-

cionales, y por otro encontramos la más profunda incerteza.

Como realizar, adecuadamente, el juicio tripartito que reclama el Sistema Interamericano frente a una restricción de derechos; o el juicio de Razonabilidad que ensalza la Doctrina del más alto cuerpo judicial nacional, cuando se desconocen los resultados de la acción y de la inacción.

Basta decir, porque es público y notorio, que en los pocos meses de tránsito de la Pandemia los criterios epidemiológicos han mutado incontables veces, y muchas de éstas en formas que resultan –cuanto menos contraintuitivas–.

Estrechando las restricciones –aislamiento, por dar un caso– en territorios que no poseían casos o bien resultaban casi imperceptibles. O bien, permitiendo la permanencia de más de 10 personas en locales habilitados al efecto, pero prohibiéndolas en el ámbito familiar<sup>30</sup>. Negando el uso de barbijos en forma tajante –en esto vale recordar que se lo señalaba como contraproducente, y no meramente inocuo–, para luego reclamarlo como exigencia ineludible.

Y considero que, frente a esto, existe una sola respuesta posible. Reclamar a los poderes políticos la transparencia que toda democracia pretende. Es ese el espacio natural donde las decisiones de naturaleza legislativa han de tomarse, aún si fueran en forma excepcional por el Poder Ejecutivo. Por loables que fueran los fines, allí donde la información suministrada, la motivación, no satisface las exigencias constitucionales en contrapunto con las restricciones implementadas, la labor del Poder Judicial impone su tacha.

Lo que está en juego, es la distinción del asiento de la responsabilidad política de tomar las medidas, y la responsabilidad –también política– de controlarlas. Claro está, que sólo lo último corresponde al Poder Judicial, porque tal es su función.

Como senñaló Vanossi, hay al menos dos reglas que resultan trascendentes: la primera, a mayor poder, mayor control. Y los estados de excepción im-

<sup>30</sup> No puede dejar de generar curiosidad el disvalor, incluso penal, asignado a la conducta cuando se vincula con la familia y el resguardo de los afectos; frente a la permisión cuando se vincula con el consumo y el ejercicio del comercio.

<sup>31</sup> VANOSI, JORGE, el asiento de la decisión política en el régimen de la democracia constitucional, Comunicación presentada en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas del 14 de agosto de 1996; publicada en: Vanossi, J., «Estudios de Teoría Constitucional», p. 90-91

plican una exacerbación del poder que la Constitución ha procurado limitar.; la séptima (según la numeración que el mismo propuso): «las situaciones de emergencia no sean abordadas de *legibus solutus* como decían en latín, es decir sueltas de ley, desatadas de la norma. La gran conquista del constitucionalismo democrático es que también la crisis tiene que ser abordada desde la Constitución y a través de la Constitución. Es inadmisibles sostener que la crisis signifique suspender la Constitución o signifique la emergencia, acceder *ipso facto* a instituciones supraconstitucionales exentas de control, y no sujetas a límites ni de otros órganos del Estado, ni de la sociedad que queda sometida a las medidas que la necesidad le impone a criterio del iluminado gobernante en turno. Esto marca la diferencia entre la monarquía absoluta y la monarquía constitucional: «el Estado soy yo» de Luis XIV, o el *apres moi le deluge* de Luis XV, eran precisamente la posibilidad de afrontar, lo que ellos llamaban la crisis sin limitaciones. La era constitucional involucra la crisis en la Constitución y la Corte nuestra (en tiempos sabios) señaló que la Constitución es suprema en todo momento, de paz y de guerra. Luego vinieron las excepciones, las interpretaciones que hicieron brecha en ese sabio principio, porque la propia Constitución prevé la emergencia, el estado de sitio, la declaración de guerra, la conmoción interna, el ataque exterior y, a través de los resortes que contiene, la posibilidad de afrontar con mayor fuerza una situación que requiere un poder más enérgico; mismo que en situaciones de normalidad y de permanencia no hace falta. Por eso las emergencias son situaciones anormales pero transitorias también sujetas al control, no la urgencia en sí, sino la medida de los poderes que se ejercen en función de la declaración de emergencia; allí está el meridiano que traza la diferencia entre el poder absoluto o la anarquía absoluta.»<sup>31</sup>

Las coyunturas pasan (y habrá que procurar que pasen haciendo el menor daño posible), pero las reglas de juego se asientan. ■



# GESTIÓN



# COVID-19 Y GESTIÓN JUDICIAL

**DR. CARLOS J. G. GARIBAY**

JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DE DISTRITO EN LO LABORAL DE LA 3ª NOMINACIÓN DE SANTA FE





## Introducción

El COVID-19 ha puesto en crisis a la sociedad en su conjunto y en cada una de sus partes. A las organizaciones y a las personas. A las formas de entender las cosas y a las formas de hacerlas. Ha acelerado procesos. Ha firmado el acta de defunción de ideas y formatos y ha parido nuevas ideas y nuevos formatos. Nos exige un viaje en el tiempo, hacia el futuro. La Justicia no es ajena a los efectos de la pandemia. Tal vez sea nuestra oportunidad para comprender la importancia de la mirada sistémica<sup>(1)(2)</sup> y para compartir el liderazgo ético de un mundo nuevo.

Es mi idea plantear líneas generales de reflexión en torno a la gestión judicial y la pandemia y post pandemia, para destacar algunos de los temas que más y mejores debates están provocando hoy en encuentros, congresos

y artículos, en las distintas provincias, en Buenos Aires y en el exterior. Todos estos temas además son realmente trascendentes porque no hablamos de cuestiones pasajeras, transitorias, sino claramente perdurables y hasta definitivas. En el reciente «Congreso Virtual Buenas Prácticas Judiciales en los Poderes Judiciales» (días 1º, 8 y 14 de Julio de 2020), el Dr. Rubén Durán Huaranga, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Perú, mencionaba que en el país hermano el Poder Judicial está planificando sus actividades asumiendo como un hecho tener que convivir con el virus los próximos 24 meses. Sin aventurar plazos, debemos imaginar nosotros nuestros propios plazos, tiempo en el que necesariamente deberemos tomar todos los resguardos sanitarios mientras aseguramos la continuidad del servicio de justicia.

En primer lugar la pandemia ha provocado un altísimo impacto en los aspectos humanos y en los aspectos tecnológicos de nuestra tarea. En lo humano, tal vez alcance con decir que la administración del tiempo personal y con él, del tiempo laboral, ha sufrido una modificación sustancial, en un viaje sin retorno del expediente de papel en torno al cual se organizaban el trabajo y los horarios, y de acuerdo al cual durante la mañana hacíamos un tipo de tareas y durante la tarde e incluso parte de los fines de semana otras, al actual formato sustancialmente digital (y no digo expediente digital porque en rigor aún no llegamos cabalmente a ese formato) donde las tareas son variadas y aleatorias, disociadas de franjas o bloques horarios, porque las urgencias se pueden presentar en cualquier momento del día, porque unos juzgados son matutinos y otros vespertinos, porque no todos estamos (dentro del Poder Judicial) y no todos están (fuera del Poder Judicial) preparados mentalmente ni prácticamente para el formato electrónico, porque la tolerancia se redujo en forma inversamente proporcional al aumento de las incertidumbres y necesidades económicas, y porque, tal como el Médico Neurólogo Facundo Manes explicara en estos días, el porcentaje de personas afectadas en su salud y estado psicológico a raíz de la pandemia es muy alto, al punto que 6 de cada 10 argentinos tiene síntomas de depresión (reportaje en Radio Mitre, que bajo el título «No podemos tener una cuarentena eterna ...» tomaron los diarios de alcance nacional).

#### CITAS

<sup>1</sup> LUDWIG VON BERTALANFFY. *Teoría general de los sistemas*. Fondo de Cultura Económica. ISBN 968-16-0627-2.

<sup>2</sup> OSCAR JOHANSEN. *Introducción a la teoría general de sistemas*. Limusa Noriega Editores. ISBN 968-18-1567-X.

En lo relativo a la tecnología cómo línea general sencillamente decir que la implementación de modalidades digitales que se venía llevando hacia adelante en el Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe de acuerdo a un programa con etapas marcadas y con el adecuado soporte, ha tenido de pronto que impulsarse con un vértigo y una urgencia para la que no había habido previsión posible, y por ende, la capacidad de respuesta no estaba completamente preparada.

Aspecto muy interesante es el relativo a la comunicación entre personas en la Oficina Judicial. En el plano interno ya no es más el clásico «buenos días» y «hasta mañana» de otrora. Ahora el *nuevo clásico* es el de estar comunicados y *online* todo el día y todos los días de la semana, literalmente, poniendo en crisis muchas veces el ciclo descanso-vigilia y también abriendo o entreabriendo las puertas de la vida familiar y personal, generando un grado de exposición que debe ser manejado con mucho cuidado y respeto. Y en el plano externo, la respuesta transitoria que ha brindado nuestro Poder Judicial a los abogados de poder valerse de correos electrónicos (digámoslo, a cualquier hora de cualquier día), provoca un verdadero aluvión de «escritos» en los que las formas –técnicamente hablando– se han desdibujado y en cuyos contenidos no se encuentran necesariamente siempre, planteos que ameriten los correspondientes *proveídos*, sino, a veces, solo meras respuestas informativas o de orientación por inquietudes o consultas. Digo que los correos electrónicos son una *respuesta transitoria* porque todos sabemos que en breve tales postulaciones se harán solamente por el sitio *web* del Poder Judicial. Mientras tanto los correos electrónicos, y sus reiteraciones, conllevan una sobrecarga de tarea inusitada que debe atenderse con la misma cantidad de personal, o incluso, muchas veces, con menos personal, por licencias de distinto tipo, algunas de ellas incluso específicas por la pandemia. Otro aspecto de la comunicación dentro de la Oficina Judicial es el relativo a las audiencias que a funcionarios, magistrados y abogados les exige el desarrollo de nuevas destrezas, dado además la trascendencia del acto procesal mismo y sus derivaciones.

La resistencia al cambio que se apreciaba, por ejemplo, de parte de los abo-

gados, ya en simple falta de consulta de los expedientes en el sistema *web* del Poder Judicial, en algunos casos ahora se agrava hasta límites verdaderamente estresantes, con desgastantes discusiones y tonos destemplados en las Mesas de Entrada, en una cantidad de casos que, no por ser minoritarias, no dejan de insumir tiempo y energía digna de mejores objetivos y necesidades de manejo útil del tiempo de trabajo.

Lo referido hasta aquí pone en evidencia el trascendente papel que debe jugar –además de la tolerancia y de la buena fe y predisposición de todos los actores del sistema– la actualización de nuestras destrezas y capacitación. De hecho, ya todos sabemos de la importancia y necesidad de la formación continua. Siempre el futuro parece distante, pero el factor tiempo ha adquirido una nueva dimensión. Lo que está por venir, viene cada vez más rápido de lo esperado y por ejemplo, hoy ya se conocen programas inteligentes para asistir en el ejercicio profesional de la abogacía. Basta con «*googlear*» las expresiones «*Legal Tech*», «*Legal Technology*», «*law tech*», «*LegalIT*» o «*legal informatics*», y con la información que nos brinda la *w.w.w.* se nos representará ya aunque sea una pequeña expresión de lo que será nuestra realidad en tiempos venideros y no muy lejanos. También se puede *googlear* el artículo que se cita al pie<sup>3</sup>, titulado «Qué abogados están en peligro de extinción por la tecnología».

Un aspecto de particular relevancia en períodos de pandemia y post pandemia es la sostenibilidad del servicio de justicia en la pandemia, porque COVID-19 no es un período determinado y preciso de tiempo. Existen objetivamente las curvas y los picos de pandemia o contagios y también los rebrotes, tal como puede verse de la información internacional. Es decir, pudimos haber transitado la etapa inicial del aislamiento, haber comenzado de un modo relativamente satisfactorio el reinicio de nuestras actividades, tratando de adaptarnos con más o menos éxito al trabajo remoto y a la digitalización, estar en una situación de adaptación relativa estable, y de pronto tener un retroceso y recaída independientemente de nuestra voluntad. El virus circula y nadie está exento, y justamente por ello no podremos decir que era imprevisible. No es improbable entonces que de pronto estemos en alguna

<sup>3</sup> [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/05/07/legal/1525676781\\_949380.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/05/07/legal/1525676781_949380.html).

de nuestras Oficinas Judiciales en un nuevo contexto de restricciones, que exigirá una nueva adaptación, aun cuando sea transitoria. Personalmente, al momento de terminar estas líneas, vivo en el juzgado a mi cargo una situación de este tipo por medidas urgentes de prevención a raíz del contacto con un hipotético caso «positivo», lo que implicó tener que dejar el juzgado a cargo de juez y secretario subrogantes y con quienes allí prestamos servicios, resguardados en nuestros domicilios esperando el resultado de hisopados. Tal vez sean solo 48 o 72 horas, pero el tratamiento del problema requirió respuestas urgentes y nuevas complicaciones con la tarea, para nosotros y para otros juzgados. Como aprendizaje, la importancia de cumplir de modo estricto con las medidas de resguardo sanitarias, dentro del Juzgado y entre nosotros, y para con las personas que vienen diariamente al mismo, lo que a su vez evidencia la necesidad de una capacitación básica y específica.

Ya se habla hoy de la Justicia del conocimiento, modo de referir a la enorme cantidad de información y registro que el formato digital pone a disposición del servicio de justicia y del gobierno del Poder Judicial. Guardan los sistemas informáticos del mismo datos que, *organizados e interpretados correctamente*, permitirán evaluar horas de trabajo, horas de audiencias, accesos para consultas y trabajo en los diversos expedientes, demoras, etc., y enorme cantidad de *indicadores* que posibilitarán, entre otras tantas cosas, analizar el rendimiento y la productividad de juzgados, de jueces, de funcionarios y empleados. También, naturalmente, la de los abogados. Esto nos invita a dejar de ver el denominado *expediente electrónico*, imaginado como un mero registro electrónico del añoso expediente de papel, para comenzar entenderlo como un verdadero *registro electrónico del caso*, del que con la suficiente preparación y capacidad para el manejo de datos, pueden extraerse referencias medibles de las tareas del personal del poder judicial, de las tareas de los profesionales, de la capacidad de respuesta de organismos públicos, bancos y organizaciones privadas a las que se le requiera información y con las que debemos interactuar en los procesos.

Si bien hay aspectos que son ajenos a la responsabilidad directa de Funcionarios y Magistrados (concretamente me refiero a la conectividad, capa-

cidad y alcance de la señal de internet, actualización no solo del hardware sino del software, incluido en éste el acceso a sitios y a programas), hay muchos otros que sí son a nuestro cargo y dependen de nosotros. Y es aquí donde aparece con toda su potencialidad el *management* judicial o, en español, la gestión judicial. Para quien desee conocer o profundizar en el tema, independientemente del enfoque de pandemia, puede consultar el trabajo de Luis María Palma «Modernización Judicial, Gestión y Administración en América Latina»<sup>4</sup>.

Las herramientas de gestión, inherentes y consustanciales a los cambios organizacionales, han sido desarrolladas ya desde hace décadas ante la inevitabilidad de la disrupción en la sociedad contemporánea, para hacer más eficientes y más eficaces las organizaciones, para mejorar su capacidad de respuesta ante las necesidades y requerimientos de los usuarios o destinatarios de sus productos, bienes y servicios, ahora también nos proveen marcos teóricos y modelos de organización y de trabajo para adaptar nuestros juzgados a la «nueva normalidad». He hablado todos estos días con colegas de nuestra provincia y de otras, y confirmo que quienes venían implementando cambios (muchas veces con obstáculos e incluso con resistencias) han visto acelerarse esos procesos de forma muy significativa. Y muchos de quienes aún no habían dado esos primeros pasos, hoy comienzan a indagar como hacerlo.

En todos los modelos de gestión (Premio Nacional a la Calidad Sector Justicia<sup>5</sup>, Premio Nacional a la Calidad Sector Público y Sector Privado, Norma ISO 9000, y tantos otros) el punto de arranque es el Liderazgo. Quien conduce la Organización debe, en síntesis, poder analizar el contexto y conducirla hacia sus objetivos, motivando a sus colaboradores y adaptando la forma de trabajo a las necesidades y dificultades de la hora. Y las crisis son justamente momentos en los que surgen los liderazgos, incluso liderazgos inesperados. Por lo cual la invitación es a tomar la emergencia como una oportunidad de crecimiento y mejoramiento del servicio de justicia, utilizando las herramientas y modelos ya existentes, indagando acerca de cómo cada uno de nosotros ha encarado la mejor y más provechosa de hacer distintas

<sup>4</sup> <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S018660281730035X>.

<sup>5</sup> [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/bases\\_y\\_condiciones\\_pncj\\_ano\\_2019\\_.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/bases_y_condiciones_pncj_ano_2019_.pdf).

tareas diarias, incluso dentro de nuestra propia Provincia.

Párrafo final para la necesidad de entender que el sistema de justicia está integrado por quienes formamos parte del Poder Judicial y por quienes, fuera de él, interactúan con el mismo cotidianamente: profesionales del derecho, peritos, peritos de parte, destinatarios de nuestro servicio, etc. Uno de los principios de la Teoría de Sistemas explica que todas las partes de un sistema tienden a funcionar como el sistema. Si el sistema es confrontativo y friccional, cada una de sus partes tenderá a serlo. Por momentos parece que nuestro sistema, al menos en la Provincia, vive en permanente equilibrio entre la fricción y el consenso entre abogados y jueces. Es un formato que en lo personal también, en mis 25 años de ejercicio de la abogacía, no viví. No todo lo nuevo es necesariamente bueno. Además, la buena gestión requiere el conocer las necesidades y expectativas de cada una de las partes del sistema, lo que a su vez requiere diálogo y construcción de consensos. Firme resguardo sanitario frente a la pandemia, y más puentes y menos muros, nos permitirán mejorar sustancialmente el servicio de justicia, que no depende solamente del Poder Judicial. ■





CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL N° 3  
VENADO TUERTO



# **IMPACTO DE LA PANDEMIA (COVID-19) EN EL FUERO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL. PARTICULARIDADES DE LA REGIÓN**

**DRA. MARÍA CELESTE ROSSO**

JUEZA DE PRIMERA INSTANCIA DE DISTRITO EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE VENADO TUERTO



Como ya seguramente quedó dicho en las demás publicaciones de esta revista a partir de la situación epidemiológica mundial generada por el COVID 19, declarada como pandemia por la OMS, y la emergencia sanitaria nacional declarada por el Poder Ejecutivo Nacional, se dispuso el aislamiento, preventivo, social y obligatorio según DNU 260 del 12/03/2020, y por ello debió necesariamente la Corte Suprema de Justicia de la Provincia ir adoptando distintas y múltiples medidas o pautas para continuar concretando el servicio de justicia pero de manera compatible con la preservación de la salud de las personas que prestamos tal servicio y de quienes lo reciben.

Así fueron rigiendo las distintas acordadas siempre basadas y respaldadas en las recomendaciones de las autoridades sanitarias, cumpliendo con todos los protocolos correspondientes y adecuando una mayor apertura acorde a lo que desde el Ministerio de Salud de la Provincia se informara según las

condiciones epidemiológicas de cada jurisdicción.

Las pautas para concretar el desarrollo de la función jurisdiccional fueron variando, las reglas también, aunque siempre con aquel binomio como premisa mayor: «brindar el mejor servicio de justicia de manera compatible con el cuidado de la salud».

Dando la Corte Suprema tales disposiciones con respaldo en las atribuciones que le otorga la Constitución Provincial, pues el art. 92 inc. 3 determina como competencia el *«dictar reglamentos y disposiciones que conduzcan al mejor desempeño de la función judicial»*, en armonía con el art. 19 inc. 17 de la L.O.P.J.

En un primer tiempo –19 de marzo de 2020– se estableció el **receso administrativo** porque las condiciones sanitarias así lo aconsejaban conformándose un sistema de guardias mínimas **con un único juzgado con competencia en materia civil, comercial, laboral y de familia con sede en Venado Tuerto para toda la Circunscripción Tercera.**

Dándose una situación de alta restricción de circulación y cuando la recomendación del Ministerio de Salud era *«...evitar la aglomeración de personas en los lugares de trabajo, tanto de personal del Poder Judicial como de profesionales y ciudadanos...»*, fue difícil, complejo diseñar respuestas a los requerimientos, pero tomando en cuenta que sólo se deberían llevar a cabo actos procesales que no admitan demora o medidas que de no practicarse pudieran causar un perjuicio irreparable, podemos citar diferentes situaciones tanto en un sentido de admisión como de rechazo.

Así por ejemplo estando a cargo de la guardia, en el Juzgado Civil y Comercial de la Primera Nominación de Venado Tuerto en fecha **19 de Marzo de 2020** habiéndose solicitado mediante Oficio Ley desde CABA el secuestro de una máquina cosechadora en el marco de una ejecución prendaria por manda que se recibiera ese día y se habría librado el 19 de Diciembre de 2019, evaluando el despacho del mandamiento se merituaron las circunstancias excepcionales vigentes en esa fecha y en procura de atender la situación

epidemiológica mundial de público conocimiento, se denegó la posibilidad de concretar tal secuestro.

Es de reseñar que como fundamentos expuestos se refirieron tanto las Acordadas dictadas por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe en consonancia con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las que sólo permitían toda medida que no de admitirse podría provocar una vulneración o pérdida irreparable de derechos para alguna de las partes; o un perjuicio cuya magnitud justifique, por parte del titular del órgano jurisdiccional, hacer lugar de manera excepcional.

Y en ese contexto se ponderó los valores en juego y no se entendió como viable librar un mandamiento al Sr. Oficial de Justicia para que –con auxilio de la fuerza pública concrete el secuestro solicitado donde se busca proteger el interés patrimonial del acreedor prendario individualmente considerado, respetable pero de menor jerarquía sin duda frente a las disposiciones dadas por los Superiores Tribunales de Justicia citadas– CSJN, CSJ STA. FE y CABA (que había suspendido plazos judiciales en su ámbito...) que en el contexto mundial, regional y local, en una Sociedad seriamente amenazada por la propagación del coronavirus (COVID-19) genera una situación inédita y extraordinaria que obliga a extremar los cuidados tanto en la labor diaria como en las disposiciones que pudieren dictarse.

Asimismo se ponderó como muy importante que se estaba solicitando un secuestro de una cosechadora con autorización del uso de la fuerza pública para concretar tal medida. Y ello en el contexto en el cual la fuerza de seguridad en sus distintos niveles estaba abocada por el Orden del Ministerio de Seguridad a controlar el cumplimiento de aquel DNU que disponía medidas para mitigar el impacto de la pandemia declarada.

También se ponderó que la tarea que debería realizar el Sr. Oficial de Justicia podría generar que el mismo tome contacto con personas vulnerables al coronavirus o que estén cumpliendo cuarentena. A todo ello debe añadirse que luego de estas medidas, debería proseguirse con etapas procesales posteriores. Así las cosas, habiendo efectuado una ponderación entre los riesgos

que acarrear las medidas peticionadas para la pandemia que afecta al país y la medida de secuestro ordenada en Diciembre del año pasado en tutela del interés económico de un acreedor, se denegó la posibilidad del secuestro de la cosechado– el 19 de **marzo de 2020**.

Un análisis diametralmente opuesto recibieron las causas en las cuales se verificaba la urgencia, la necesidad de respuesta inmediata.

En ese sentido las situaciones de violencia familiar tuvieron un abordaje inmediato, con disposición de alguna medida acorde a la situación denunciada, en el mismo día y además en estricta coordinación con el Ministerio Público de la Acusación tal como la Corte lo marco en línea con la Instrucción (3) del Señor Procurador General.

Además se dio una estricta colaboración por parte de los jueces comunitarios y de distrito (aun en receso administrativo –pues trabajaban de manera remota–) ya que **el juzgado de guardia desde Venado Tuerto tenía competencia territorial en toda la circunscripción y con todas las materias civil, comercial, de familia y laboral.**

Aquella coordinación fue muy importante, pues los juzgados que trabajaban de manera remota también se encargaron de diligenciar las medidas de protección adoptadas, actuando en territorio, acercándose a los más vulnerables no sólo para comunicar lo dispuesto por el juzgado de guardia sino –y tal vez– más importante aún– luego, para controlar cómo seguía la situación familiar con posterioridad, para verificar así si la tutela judicial habría sido verdaderamente efectiva.

Tal abordaje se logró con la interrelación establecida con los demás poderes del Estado, asistentes sociales de barrios, presidentes comunales de los pueblos y organizaciones no gubernamentales que dieron su aporte conformando un red de ayuda solidaria sólida, comunicándonos vía mail, vía *whatsapp*, muchas veces sin tanto formalismo, sin tanto rigorismo pero sí con alta prontitud en la adopción de la medida y el seguimiento del caso, garantizando a la ciudadanía el pleno acceso a la justicia.

Posteriormente una segunda etapa se desarrolló bajo la acordada del **14 de Abril**, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia dispuso la apertura de los distritos judiciales, es decir los Juzgados de Melincué, Firmat, Rufino y Venado Tuerto tanto de materia civil y comercial como laboral y de familia, pero continuando con la suspensión de términos e insistiendo en la digitalización como una nueva modalidad de trabajo, generándose la necesidad de articular con los demás actores del sistema y así desde el Juzgado Civil y Comercial de la Primera Nominación se consideró oportuno y conveniente comunicar –cómo se implementaría tal acordada y por ello **se remitió nota al Sr. Presidente del Colegio de Abogados el 15 de abril reseñando las pautas dispuestas**, describiendo las temáticas habilitadas y la forma de presentación de escritos al correo electrónico que al efecto se otorgó a cada tribunal, y además brindando distintos teléfonos de contacto, tanto el fijo del Juzgado como los celulares de pro-secretaria, secretaria y jueza para que los letrados pudieran realizar todas las consultas que necesitaran, tratando de garantizar el pleno acceso a la justicia, procurando la implementación de políticas de emergencia en armonía con las medidas sanitarias dispuestas por las autoridades nacionales, como de forma de contribuir con la contención de la propagación de la infección del coronavirus.

Dicha **comunicación al Colegio de Abogados** se consideró necesaria pues se estaban implementando nuevas reglas, una nueva forma de litigar, de prestar el servicio de justicia, que resultara compatible con el cuidado de la salud, en beneficio de todos.

Ello dio lugar al comienzo de un intercambio muy fructífero que permite transitar este arduo camino hacia una nueva forma de tramitar los procesos con alta digitalización, súbita y forzosa como la han calificado, pero con significativa comunicación –aunque vía telefónica y por *whatsapp* receptando la denominada **jurisprudencia consultiva**, reconocida por la Corte de la Nación en el protocolo dado «para formular consultas en el Poder Judicial» Anexo III a la Acordada 14 del 11 de Mayo de 2020, recepcionada por la Provincia de Santa Fe en Acordada 14 del 13 de Mayo punto 6.–

Tal coordinación entre los prestadores y destinatarios del servicio de justicia generó que sin perjuicio de participarse del reclamo para una mayor apertura de materias y de juzgados por parte de los 5 Colegios de Abogados de la Provincia se remitiera **una nota por parte del Colegio de Abogados de Venado Tuerto al Sr. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia** en la cual el Dr. Turcato dijo: *«...nos dirigimos con el objeto de llevar a conocimiento algunos aspectos que involucran al desarrollo del servicio de justicia efectivo en el ámbito de nuestra circunscripción ...en el sentido de destacar la fuerte colaboración el compromiso desplegado por una enorme mayoría de funcionarios y agentes pertenecientes al sistema judicial...ese empeño, manifestado de forma extendida, en algunos casos ha expuesto aspectos personales y funcionales por encima del esperable para el cumplimiento ordinario de la actividad, involucrando en muchos casos comportamientos destacados, como la puesta a disposición de teléfonos particulares, atención de consultas por vía whatsapp, interconsultas permanentes para facilitar trámites o resolver contingencias, análisis diario de la actividad, muchas veces fuera de los horarios normales de atención ...»*

Continuo el Sr. Presidente del Colegio de Abogados de la 3° Circunscripción refiriendo: *«...dicha contribución ha sido de carácter sobresaliente, por encima de las responsabilidades naturales que podían ser exigibles, debiendo ser visibilizado y apreciado, y constituyendo el objetivo central de esta comunicación...»*

Consciente de que el servicio de justicia necesariamente se construye a través de las interrelaciones humanas y el contacto personal de Magistrados, Funcionarios, Agentes, profesionales del derecho y público en general, se buscó la forma de interactuar de manera dinámica en un ámbito de escucha recíproca para dar el mejor servicio en el marco de una difícil contingencia dada por la pandemia que golpea al mundo.

Asimismo, en ese marco de interrelación al dictarse la Acordada 13 del **5 de mayo de 2020** y disponerse **una mayor apertura de temas por materia**, aunque **manteniéndose la suspensión de términos** y la implementación de la notificación electrónica se concretaron **por vía zoom dos charlas a los profesionales letrados de toda la Circunscripción** sobre cómo se implementaría



fundamentalmente la notificación electrónica, con 100 participantes cada una, y filmándose para re-editarla en otras oportunidades.

Finalmente, la **Acordada 14 del 13 de Mayo**. Distinguió los grandes aglomerados (Rosario-Santa Fe) urbanos de los pequeños en la Provincia (Venado Tuerto-Rafaela y Reconquista).

Por ello se dispuso la **reanudación de los términos procesales** en todas las dependencias del poder judicial salvo las que fueren grandes aglomerados, se dio una apertura que permitió **re-establecer en su totalidad la tramitación y el inicio de todo tipo de acciones**, si bien adaptando la metodología para respetar las medidas de distanciamiento social, con la mayor digitalización posible.

En ese marco se pudieron coordinar muchas nuevas formas de gestionar la tramitación de las pretensiones, así por ejemplo:

El **pago vía web**, TODAS las **órdenes de pago**, tanto en favor de profesionales por honorarios como para el pago de capitales en favor de las partes. Ello en razón de que en esta Circunscripción con el Nuevo Banco de Santa Fe como agente financiero estaba ya funcionando ese sistema *online*, y desde los Juzgados previa denuncia de la cuenta respectiva, y CBU los Secretarios concretan el pago ordenado en el expediente.

También se articuló con la **Caja Forense**, a través del Sistema SISFE, constituyéndola en parte dentro del expediente en el cual se regulan honorarios se le corre vista por mail, contestada de igual manera se imprime tal respuesta, y escaneada por el Juzgado queda subida al sistema, toman razón las partes y avanza el proceso en el sentido solicitado. Todo ello sin que deba darse la concurrencia de personas al Tribunal, mayor digitalización en pos de dar efectivo cumplimiento al ya mencionado distanciamiento social.

En esa misma línea, se gestionó con los **Registros de la Propiedad Automotor**, para enviarles desde el Juzgado por mail, previo escaneo, el oficio que dispusiera tanto la traba como el levantamiento de medida cautelar y así

entonces evitar que los profesionales debieran ir de manera presencial al tribunal para urgir el diligenciamiento.

En el **Registro Público de Comercio con competencia en la Tercera Circunscripción**, se dieron pautas para constituir sociedades y/o modificaciones de manera digital, así se remitió oficio al Consejo Profesional de Ciencias Económicas para comunicar y coordinar la forma de implementarlo.

Dentro del marco de la actividad desplegada en el Registro durante todo este tiempo de aislamiento social, preventivo y obligatorio, se planteó una situación particular –en los meses de abril y mayo– por no otorgar el Nuevo Banco de Santa Fe turnos para poder pagarse el sellado respectivo a los fines de publicarse edictos en el Boletín Oficial, situación que generaba un obstáculo importante en el marco de las tramitaciones por ante dicho Registro.

Así las cosas fue que en el legajo «Gran Ancona SA S/ modificación al contrato social» N° 76/2020 CUIJ N° 21-05792083-9 el 04 de Mayo mediante escrito remitido por correo electrónico a la casilla [presentacionescivilvt@justiciasantafe.gov.ar](mailto:presentacionescivilvt@justiciasantafe.gov.ar)- se solicitó: «...a) Reanudar los términos suspendidos.... y se dispusiera la inscripción solicitada».

Frente a tal requerimiento se ordenó la reanudación de términos y analizada la documentación presentada se hizo saber que debía acompañarse por duplicado, 2) Publicarse edictos, y que 3) a los fines de adjuntar la documentación, debía comunicarse la profesional patrocinante (por teléfono al registro y/o al celular de la Secretaria del Registro a los fines de coordinar día y hora para la recepción de la misma.

Tal proveído subido al sistema SISFE del Registro pudo ser visto por la profesional (con domicilio real en el Distrito de Firmat).

Entonces, dado que el NBSF no recepcionaba ni la constancia en papel ni realizaba trámites por caja, se ofició ordenándose tal publicación por el término de 1 día y con copia del edicto, autorizando la profesional al débito de su caja de ahorro del monto y/o valor de la publicación.

Lo ordenado se fundamentó en que la manera de cumplimentarse con el pago lo era de forma digital sin afectar la salud de las personas involucradas en el trámite y respetando el aislamiento, social, preventivo y obligatorio en el marco de la pandemia declarada por la OMS, tomando en cuenta las pautas dadas por la Acordada 11 del 14 de abril de 2020 de la C.S.J. Sta. Fe que en el punto VII encomendó al Registro Público de Comercio que «...habilite la realización de todo tipo de trámite que pudiere vulnerar derechos u ocasionar perjuicios»; y por la «readecuación» al aislamiento ya referido en esta cuarta etapa según el Decreto 459/2020 del PEN y la Acordada 14 de la CSJN del 11 de mayo que encomendó «...arbitrar los medios para atender la mayor cantidad de casos posibles para una mejor prestación del servicio de justicia sin dejar de preservar la salud de quienes lo prestan y quienes lo reciben...». De tal manera pudo publicarse el edicto y concretarse el 1 de junio de 2020 con la inscripción de la modificación de estatuto solicitada.

Así se fueron delineando estrategias para dar respuesta oportuna y eficaz en armonía con el confinamiento obligatorio a cumplir en el marco de la pandemia, cabe aclarar que la descripta es la situación a la fecha-julio de 2020 cuando estoy concluyendo esta reseña ya que se sabe –por los informes y reportes que a diario brindan los epidemiólogos la situación en relación a cada zona puede ir variando y así darse distintas pautas acorde a lo que requieran las autoridades sanitarias.

En conclusión claramente se advierte una «nueva modalidad en la tramitación de las causas», pues nuestra realidad no puede escapar al impacto que en todas las aristas sociales y económicas la pandemia generó, pero ella no tiene porque ser «más difícil» o «peor», de nosotros depende adaptarnos a esta nueva realidad, una nueva forma de administrar justicia, invadida por la mayor digitalización, pero también por aquella mayor comunicación y coordinación a la que referíamos *ut supra*, en la cual la buena fe, el buen trato, la escucha al otro y la respuesta justa, fundada y acorde a la nueva problemática tendrá que ser el norte. Sin dudas en equipo los miembros del Poder Judicial, sumados a los demás actores del sistema, y a los demás Poderes de Estados daremos a la sociedad, la atención que necesita en este marco de la adversidad. ■



# EL FUERO PENAL: PROYECCIÓN A FUTURO

**DR. SERGIO RAÚL FENICE**

PRESIDENTE DEL CONSEJO REGIONAL ZONA SUR,  
COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE.  
SECRETARIO DE SEGUNDA INSTANCIA Y FUNCIONARIO DE OGJ



La excepcionalidad de confeccionar este suplemento por parte de nuestro colegio refleja que sigue la suerte de los avatares a los que nos sometió el Covid-19, bregando por estar siempre presente entre sus asociados y que, sin distraer los esfuerzos que conllevan la elaboración de la «la revista anual», justifican este canal de comunicación.

Tanto el Poder Judicial santafecino en su conjunto como cada uno de sus protagonistas debimos «aggiornarnos» a nuevas metodologías laborales, desde las relaciones interpersonales de sus integrantes como en el trato diario con quienes concurren a sus edificios y de allí también, dentro de la esfera del fuero penal (temática que me toca abordar) en su relación con las fuerzas preventoras y los ciudadanos en conflicto con la ley penal sumándose también las víctimas, cuyo reconocimiento en la actualidad es digno de aplauso.

La primigenia decisión de las «Guardias mínimas en horario de 8 a 12» (Acta N° 10 sustento de la Circular 33 del 19 de marzo de 2020) y por lo tanto la afectación de magistrados, funcionarios y personal, como si estaríamos dentro de un esquema de feria sin ser tal, nos replanteó lo acertado o no de la decisión, pues el MPA ejercía tracción como siempre y la OGJ constituida solamente en Venado Tuerto, debía dar respuesta con menos del tercio de su personal a todo lo suscitado dentro de la circunscripción llevándose adelante audiencias impostergables, ya sea por imperio de la ley o a criterio de la Magistratura su no realización podría provocar la vulneración o pérdida irreparable de derechos para alguna de las partes o un perjuicio cuya magnitud justifique su realización y todo ello en exceso al horario predeterminado para dicha guardia.

Desde la Oficina de Gestión Judicial, debimos conocer nuevas herramientas informáticas para ensamblar en una computadora las imágenes de todos los actores que la ley 12.734 trajo desde su plena vigencia, cambiar horarios y formas de trabajo, minimizar los contactos interpersonales que podían favorecer la transmisión de coronavirus en dependencias judiciales o con ocasión de la prestación del servicio de justicia y ajustar el desenvolvimiento de este último en consonancia con las indicaciones emanadas de las autoridades sanitarias.

Más allá de la autorización de utilizar medios electrónicos –brindada por Acuerdo del 14 de abril 2020– no contábamos con los soportes tecnológicos necesarios para afrontar la coyuntura. Resulta destacable traer a colación que desde una tablet adquirida por el Director de OGJ Venado Tuerto se empezó a trabajar en audiencias virtuales, sumando luego la compra –con propio pecunio del funcionario– de una cámara para adaptar a la notebook que tenía la oficina, soportes aquellos que luego se fueron recibiendo y hoy nos permiten trabajar con la comodidad deseada.

Fue la Tercera Circunscripción Judicial una de las que empezó a transitar el camino de las aperturas a aquel aislamiento social, preventivo y obligatorio de los primeros tiempos por no estar dentro de los «grandes aglomeramientos urbanos» (Acta 14 de 13/5/20 notificada por Circular N° 55 del 14/5/2020).

Desde las audiencias imputativas, pasando por las cautelares y multipropósitos, juicios abreviados, probation que se fueron desarrollando a través de la plataforma *ZOOM*, la cual aun aceptándose ciertos riesgos de comunicación y de seguri-

dad vino a tender una mano para que el servicio de justicia no se detenga, pues las circunstancias coyunturales no hicieron cesar ni aplacaron el funcionamiento de los integrantes del Ministerio Público de la Acusación que debieron también adaptarse a los tiempos de pandemia, ni quienes se encontraron privados de su libertad cesaron en petitionar a instancia de sus defensores, tanto particulares como del SPPDP. Vale en este estadio la aclaración que ello lo fue en todas audiencias que no implicaba el juicio propiamente dicho, pues los mismos comenzaron a realizarse, en forma presencial –programación mediante– el día 01 de junio de 2020 en Melincué y el día siguiente en Venado Tuerto, al punto de llegar por estos días a la decena.

Si bien desde el inicio mismo de esta etapa «excepcional» los magistrados brindan las respuestas jurisdiccionales requeridas y fiscales con defensores se encuentran cumpliendo acabadamente sus roles, algunas veces en forma presencial como otras desde sus domicilios, encomiable sigue siendo la labor de los operadores y funcionarios de la Oficina de Gestión quienes «siempre han estado presentes en su lugar de trabajo» y amalgamaron la actuación de cada uno de ellos para que no cesara en momento alguno la actividad tribunalicia y el injustamente vilipendiado servicio de justicia, más aún si tenemos en cuenta que a muchas personas privadas de su libertad y alojadas en Comisarias (las que no cuentan con soporte tecnológico) están siendo recibidas en tribunales para que participen de las audiencias programadas –protocolo sanitario mediante–, exceptuándose a los alojados en la alcaldía departamental y en las unidades penitenciarias que tienen la posibilidad de conectividad.

En igual sentido ha recorrido el camino la segunda instancia.

Los señores jueces penales integrantes del Colegio del Jueces de Cámara continuaron en su labor revisora. Más allá de lo dispuesto por la Excma. Corte Suprema de ser afectados en turnos semanales, ello no fue óbice para que todos llevaran adelante las audiencias que se encontraban agendadas y pendientes de realización antes del obligado receso, como asimismo proyectar nuevas audiencias en el desarrollo ordinario del trabajo diario, tanto en el primer tiempo de excepción como después de la apertura ordenada.

No obstante la posibilidad de los medios tecnológicos, muchos recursos de apelación fueron realizados en forma escritural, pues al tratarse de cuestiones ar-

gumentativas permitía llevarlo a cabo, previa opinión favorable en ese sentido por las partes.

Ahora bien, creo oportuno y necesario reflexionar acerca del actuar que tuvimos antes de la aparición pandémica y replantearnos si no sería conveniente con un criterio de seguridad, economicista y práctico, propiciar que el poder judicial cuente con un circuito cerrado de comunicación (similar a las plataformas actuales pero que brinde seguridad informática) que haga innecesario el traslado de los detenidos desde sus lugares de alojamiento y a los operadores del derecho hacerse presente en las salas de audiencias para poder desarrollar aquellas que por su premura, simpleza o planteos meramente argumentativos (sin producción de prueba, obvio) eviten movilizaciones inútiles.

Sin que esta idea me lleve a un debate axiológico y/o violatorio de los principios que inspiran el debido proceso, pero que sirva de disparador para generar un debate, el que se enriquezca con distintas opiniones y empiece a moldear nuevas exteriorizaciones laborales, estimo que dicha propuesta resultaría altamente beneficiosa en circunscripciones como la Tercera, pues en audiencias que no sean dentro o en ocasión del juicio oral y público (excepciones reservada a los magistrados directores del debate) se puede evitar la presencia en principio del imputado, dado que las unidades penitenciarias se encuentran a más de ciento cincuenta y doscientos cincuenta kilómetros de los distritos de Venado Tuerto y Rufino, respectivamente, y éste último a más de ciento cincuenta de la Alcaldía departamental en Melincué, como también de cualquiera de los partícipes.

Si bien esta propuesta tiene la ambición de plantearse a nivel de audiencias previas a la etapa del juicio oral propiamente dicho, doy por hecho o superado que «las notificaciones personales de los detenidos y/o controles de la etapa de ejecución» (vgr: desde constataciones de cumplimiento de residencia hasta incidencias sobre autorizaciones para permanecer fuera del radio del domicilio constituido y/o cambio del lugar de residencia, entre otras, etc.) pueden viabilizarse sin desplazamiento alguno de personas.

Teniendo en cuenta la Resolución N° 665 del Ministerio de Seguridad de nuestra provincia del 22 de mayo de 2020, en cuanto dispuso «I) Declarar el estado de emergencia de las condiciones de detención en dependencias policiales de ciudadanos y ciudadanas en todo el ámbito de la Provincia de Santa Fe y II) Disponer



*que en el marco del estado de emergencia declarado y hasta tanto no se adecue el número de personas detenidas a las capacidades de alojamiento de cada dependencia no se reciban más personas para ser alojadas como detenidas en dependencias provinciales» (sic) va de suyo la conveniencia de la propuesta sugerida desde la humildad del pragmatismo vivido, y sino también, porque no, de la voluntad demostrada de los demás operadores judiciales.*

Concluíamos con el Juez Penal de Cámara Dr. Juan Pablo Lavini Rosset (asociado a nuestro colegio) –al momento que el magistrado fundamentaba una resolución dentro de la CUIJ N° 21-07027362-1 y el suscripto desgranaba estas ideas expuestas en el presente– que una solución tal como la habilitada por la Corte Suprema tuvo el mérito de encontrar una salida rápida frente a la emergencia surgida de la vertiginosa situación epidemiológica. Sin embargo, de igual evidencia, no podemos tenerla como la mejor y definitiva solución. Debe ser un punto de partida, en un marco de completo control estatal, tal como lo es el sistema de videoconferencias que hemos utilizado en cada año de inicio judicial. Poníamos en valor el hecho que el Congreso de la Nación Argentina haya instrumentado un sistema que permite validar la identidad de las personas con base en el RENAPER, mecanismo de seguridad implementado por Arsat, también utilizado por otras apps gubernamentales, entre ellas la aplicación «Mi Argentina» que permite llevar una versión digital del registro de conducir, como también otros ejemplos a considerar cual es la utilizada por la Administración Federal de Ingresos Públicos. Podríamos ejemplificar con el «Arsat Conference» plataforma de videollamadas basadas en sistema JITSJ, proyecto de software libre sin el gasto de costosas licencias de uso implementada por profesionales del Arsat, como modelo a replicar. Especialistas informáticos de gran talla insisten en la necesidad de mantener soberanía sobre ciertos datos, y por ello la Universidad de Quilmes, provincia de Buenos Aires, ha desarrollado un sistema interuniversitario con base en software libre o de código abierto con óptimos resultados y satisfacción de los objetivos de seguridad.

Nos sumieron en un desafío que lleva ya cuatro meses, donde la dinámica de esta pandemia nos interpela actuar rápidamente. Que dicho actuar sirva de base para un futuro más práctico, económico y seguro.

Así lo propicio. ■



CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL N° 4  
VERA Y RECONQUISTA



# GÉNERO, PANDEMIA Y JUSTICIA

**DRA. MARÍA EUGENIA CHAPERO**

VOCAL DE LA CÁMARA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE RECONQUISTA



*Análisis del impacto diferenciado del Covid-19 según el género, en aspectos positivos como el liderazgo de mujeres frente a la pandemia, y en sus lados más oscuros como lo es la violencia de género y las tareas de cuidado no remuneradas.*

El Covid-19 nos ha planteado una situación inédita para los habitantes del planeta, por la naturaleza invisible de la acechanza que no se detiene frente a las fronteras y porque genera un temor a escala planetaria, que unifica al ser humano en su vulnerabilidad e interdependencia.

La pandemia, como fenómeno planetario que vino a modificar repentinamente los hábitos –tanto que desde su irrupción se habla de una «nueva normalidad»– y a restringir en forma abrupta los derechos de los ciudadanos puede ser analizada según el impacto diferenciado que está teniendo desde el «gé-

nero», en cuanto categoría analítica que *permite designar la elaboración cultural de las asignaciones y mandatos atribuidos a hombres y mujeres; género también definido como categoría de análisis útil para esclarecer como las relaciones de poder y desigualdad han sido construidas como diferencias de género a través de la totalidad del entramado sociocultural y de las herramientas conceptuales que pueden ser fuente u obstáculo para comprender la desigualdad.*<sup>1</sup>

**A.** Un primer abordaje desde esta categoría del «género», es dable ser enfocado a partir de la respuesta a la crisis sanitaria brindada por líderes mujeres ancladas en liderazgos femeninos<sup>2</sup>, diferenciada de otros líderes exponentes de los liderazgos típicamente jerárquicos y patriarcales<sup>3</sup>.

En este sentido, una combinación de factores como «empatía», «transparencia» y «prevención» caracteriza a un grupo de mujeres gobernantes que llevaron adelante estrategias con resultados exitosos frente a la Pandemia, y que incluso inspiró un mensaje que se hizo popular en las redes sociales: «El Covid-19 está en todos lados, pero en los países en los que mejor se está manejando la crisis parecieran tener algo en común», dice una oración que se completa con fotos de las mandatarias de Alemania, Nueva Zelanda, Bélgica, Finlandia, Islandia y Dinamarca. Avivah Wittenberg-Cox, consultora en equidad de género, respondió en la revista Forbes y enumeró las lecciones que siete presidentas y primeras ministras dejaron con su manejo de la crisis: **verdad, firmeza, tecnología y amor**. En su artículo, Wittenberg-Cox mencionaba que la «empatía y la atención que estas líderes han comunicado parece provenir de un universo alternativo al que nos hemos acostumbrado, y las contrapone con el estilo de «hombres fuertes» que usan la crisis para acelerar una combinación aterradora de autoritarismo. Sobre este tema, Tomas Chamorro - Premuzic, profesor de psicología organizativa y Cindy Gallop, fundadora del sitio «If We RanTheWord», exponen en el *Harvard Business Review* que «en lugar de impulsar a las mujeres a actuar como los líderes hombres (muchos de ellos incompetentes), deberíamos pedirles a los hombres en el poder que adopten algunos de los comportamientos de liderazgo más efectivos que están generalmente en las mujeres, y de cuyas características hablaba Maffía.

## **B. «Lo personal es político»**

Ese lema del feminismo radical, nacido en la segunda ola, adquirió singular

## CITAS

<sup>1</sup> D'ANGELO VIRGINIA MAQUIEIRA, «*Género, diferencia y desigualdad*», en *Feminismos, debates teóricos contemporáneos*. Ciencias sociales, Alianza editorial.

<sup>2</sup> E. SCHEIN (1975) ha sido uno de los primeros autores en definir el poder radial (femenino) y el jerárquico (masculino). Un artículo en «*Journal of Applied Psychology*», número 10, describe ambos estilos. La sociología inglesa también abordó las diferencias de liderazgos entre hombres y mujeres. Véase que la sola condición de «mujer» no augura un liderazgo del estilo «radial», basado en valores empáticos, puesto que algunas mujeres una vez que acceden al poder ejercen en un liderazgo jerárquico, de manera de preservar el status quo patriarcal.

<sup>3</sup> El poder tradicional o masculino es «jerárquico», basado en general en una gran figura, «gran hombre» que influye y se lo trata con solemnidad. Es un liderazgo desigual, que suele ver el crecimiento de los otros como una amenaza. El estilo femenino, en cambio, definido como «radial» y corresponde a un tipo de estructura en red: construye equipos de trabajo, comparte información, es más horizontal. El poder jerárquico, del tipo «los de arriba mandan, los de abajo obedecen, controla y debilita; el liderazgo cooperativo en cambio, potencia al equipo y fortalece a las personas. Los valores culturales que «ellas» traen de su antiguo mundo privado parecen ser los requeridos para estos tiempos y nuevas formas de liderazgos: la empatía, la emocionalidad, la socialización, la apertura a la

improvisación y a la modificación inmediata, el cooperativismo; según descripción hecha por la experta en género, la filósofa Diana Maffía, en diálogo con Laura di Marco, autora del Libro «Las Jefas», pág. 290, editorial Sudamericana.

<sup>4</sup> Decreto de Necesidad y Urgencia N. 297/2020.

<sup>5</sup> NATALIA GHERARDI, de E.L.A., en un conversatorio organizado por la Red de Mujeres para la Justicia, en el Café Tortoni, en C.A. BA., el pasado 28.11.2019 sugería que esa terminología «mujeres en situación de violencia» es más apropiada que las de «mujeres víctimas de violencia» ya que no es «un rótulo estigmatizante» y permite reflejar con mayor agudeza la circunstancia de que las mujeres generalmente están inmersas en un círculo de violencia durante mucho tiempo en virtud de una estructura de desigualdad subyacente que es necesario erradicar a través de las denuncias de violencia de género.

<sup>6</sup> Instrucción particular N. 003 de fecha 20.03.2020 e Instrucción General N. 003, con la Circular aplicativa en relación al art. 1 de la Instrucción general N. 003/2020.

<sup>7</sup> De conformidad con el art. 5 de la ley 11.529 que no establece la obligatoriedad de un plazo de duración.

<sup>8</sup> La Cámara Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, in re «S.R.N. C/ B.J.M s/ VIOLENCIA FAMILIAR, cuij 21-23538594-2-» se ha expedido respecto al despacho «inaudita pars» y sin plazo de las medidas de pro-

significado en esta pandemia, toda vez que de un día para otro –literal– las personas quedaron «confinadas» en el marco de las paredes de sus hogares. Y tal «encierro compulsivo» por razones sanitarias<sup>4</sup>, cristalizó aún más las desigualdades e iniquidades de poder sufridas por las mujeres en el ámbito doméstico: las tareas no remuneradas y la violencia de género. De tal forma, se hizo más patente aún, la necesidad de que el Estado se inmiscuya en el seno privado, personal, doméstico de manera de resguardar y proteger, en el caso de las violencias; y de modular relaciones más simétricas en relación a las tareas de cuidado.

### **B.1. Violencia de género durante la pandemia:**

Las estadísticas nos vienen demostrando que los hogares son los lugares de mayor riesgo para las mujeres que sufren violencia y para los N.N.A. víctimas de abuso sexual, toda vez que en la abrumadora mayoría de los casos, los perpetradores –de violencia contra las mujeres como de abuso sexual contra los niños y niñas– son varones integrantes del seno familiar o afectivo.

Desde los Poderes Judiciales se han articulado una serie de medidas de manera de que las mujeres en situación de violencia de género<sup>5</sup> no vean menoscabados sus derechos de acceso a justicia y de tutela judicial efectiva según el bloque de protección internacional de los derechos humanos de las mujeres (CEDAW, Convención de Belén do Pará). Las resoluciones del Procurador de la Provincia de Santa Fe<sup>6</sup>, se enmarcaron en tal manda convencional-constitucional, al disponer la vigencia de las medidas de protección durante todo el término que dure el aislamiento (cuando fueron despachadas con plazo y el mismo fenecía durante el A.S.P.O.), y la recepción de las denuncias de violencia por vía electrónica –mensaje de texto, servicios de mensajería, y/o el empleo de redes sociales–.

Sin embargo, antes de la pandemia, en el mes de noviembre de 2019, en la «Declaración de Reconquista», suscripta por los presidentes de las Cámaras de Rosario, Santa Fe, Reconquista y Rafaela, que recepta «buenas prácticas en materia de violencia de género» en sus puntos 2 y 3 marca claros lineamientos de orden procesal en materia de violencia de género que tienden a la tutela judicial efectiva de los derechos de las mujeres. En este sentido, el punto 2 refiere a la conveniencia de la «*disponibilidad digital directa para la afectada de las medidas judiciales a ella referidas*», lo cual, en el marco de

la restricción de circulación con motivo del A.S.P.O. se puede complementar con las resoluciones judiciales que dispusieron que todas las notificaciones de las medidas adoptadas se efectivicen por *whatsapp*, flexibilizándose las normas rituales, sin que ello implique menoscabo de la garantía de defensa en juicio. Y el punto 3 de la Declaración citada refiere a la recomendación de que las medidas protectorias<sup>7</sup> se despachen «sin plazo», haciendo saber a los destinatarios que las mismas subsistirán mientras no medie revocación por Tribunal competente por haberse modificado la situación fáctica que les dieron origen<sup>8</sup>, lo cual resulta un remedio procesal útil, y efectivo, implementado en varias Circunscripciones de la Provincia, aún con anterioridad a la pandemia, y representa una «buena práctica» que es dable instar.

## **B.2. Tareas no remuneradas:**

La pandemia, y el ASPO operaron como muestras fotográficas que cristalizaron e hicieron visible lo que ocurre en el seno de la intimidad familiar, respecto a la distribución inequitativa en desmedro de las mujeres de las tareas no remuneradas del hogar, y las tareas de cuidado, poniendo en el centro del debate público «la crisis de los cuidados» que viene denunciando el feminismo hace años. Si bien en términos generales lo que se hizo evidente en la pandemia es la intensificación de las tareas de cuidados a cargo de las mujeres, ello no empece a salirse de la burbuja de la clase media y entender que no todas las mujeres vivimos esta crisis de la misma manera. Para muchas, esta pandemia además de la tensión enorme para intentar conciliar los múltiples trabajos de cuidados con el trabajo remunerado (en esto las mujeres integrantes de los Poderes Judiciales no somos una excepción<sup>9</sup>) significa lidiar con mayor precariedad de la vida, pérdida parcial o total de ingresos, dificultad para cumplir la cuarentena por las condiciones de la vivienda y para cumplir con las normas de higiene cuando no se tiene acceso a agua potable en el hogar.

Esta crisis a escala global constituye una clara oportunidad para comprender el rol social del cuidado, y «entender que sin cuidados no hay economía, no hay trabajos ni hay bienestar porque sencillamente no habría sociedad ni reproducción social de los seres humanos», tal como analiza Delfina Schenone Sienna<sup>10</sup>. No se puede sino coincidir con Schenone en que «necesitamos el compromiso del Estado, pero también de las empresas y sindicatos, no dar por sentado que el cuidado simplemente sucede y dejar que cada familia y en especial las mujeres, lo resuelvan de la manera que puedan. Eso no solo pro-

tección, en el siguiente modo: «Pasados dieciocho años de la vigencia de la ley 11.529 de violencia familiar en la Provincia de Santa Fe se puede aseverar sin ambages que tal discusión referida a su despacho sin sustanciación se encuentra francamente superada, según la realidad que demuestra la efectividad de las mismas en cumplimiento del standard impuesto convencionalmente de tutela judicial efectiva» en materia de violencia de género y/o intrafamiliar, sin desmedro del derecho de defensa y prueba del sujeto recipiendario, quien despachada la misma podrá interponer los recursos pertinentes, y/o las acciones de fondo que correspondan a la mejor defensa de sus derechos. Véase que el art. 5 de la citada ley expresamente prevé la vista al «presunto ofensor» con posterioridad al despacho de la medida urgente; de tal forma la bilateralidad se cumple con la posibilidad de ser oído luego de producido el despacho de la cautela. De tal forma, se admite la obtención de medidas autosatisfactivas destinadas a garantizar derechos constitucionales como lo son el derecho a la vida, a la libertad y a la integridad psicofísica: se la indentifica como una tutela judicial urgente de carácter sustantivo. Por otro lado y en relación a su despacho sin plazo, se constata que tal protocolo de acción no sólo está contenido en la ley 11.529 -el art. 5 establece la fijación de plazo como una facultad jurisdiccional y no como un deber <...podrá asimismo fijar a su arbitrio y conforme a las reglas de la sana crítica el tiempo de duración de las medidas que ordene...> - sino principalmente está justificado porque el levantamiento y/o revisión de las mismas sólo deberá depender del cese y/o modificación de las circunstancias de hecho que originaron las mismas -están sujetas a un



*rebus sic stantibus- presupuestos éstos de facto, que en modo alguno dependen del plazo que pudiere imponer el juez. Se libera de tal guisa a la víctima de una «espada de Damocles» constante pendiente sobre sus espaldas, y se deja sujeto su levantamiento sólo a la prueba y/o análisis en cada caso respecto de las circunstancias de hecho sobrevinientes».*

<sup>9</sup> LUCÍA AVILÉS, jueza española señala en una nota reciente publicada el lunes 27.07.2020 en [www.elperiodico.com](http://www.elperiodico.com), en un análisis que encaja con la situación de las mujeres juezas de Argentina «*que las mujeres juezas no contamos con apoyos familiares o sociales en las esferas donde actuamos, somos cuidadoras como la mayoría de las mujeres y los mandatos de género también dificultan nuestros proyectos vitales*».

<sup>10</sup> Socióloga, integrante del área política de ELA (equipo latinoamericano de justicia y género), en una entrevista para *Página12*, del 05.04.2020.

<sup>11</sup> HERNANDO, ALMUDENA, «*La fantasía de la individualidad*», sobre la construcción socio histórica del sujeto moderno, editorial katz, [www.katzeditores.com](http://www.katzeditores.com).

*fundiza las desigualdades sociales. Así como las feministas reclamamos que los varones deben involucrarse más en las tareas de cuidado y como sociedad debemos dejar de pensar que son tareas femeninas, también necesitamos de nuevas leyes y políticas públicas que habiliten y den forma a otra distribución del cuidado. Cuando la pandemia lo permita, va a ser imprescindible avanzar con el mapeo federal de los cuidados que ya se anunció y considerar la conformación de un sistema nacional como un asunto prioritario. Si queremos una sociedad más justa en términos socioeconómicos y de género, se vuelve central revisar y reconfigurar quiénes cuidan y como lo hacen».*

Para concluir, y como un hilo que permite sutilmente hilvanar las distintas aristas analizadas en las cuales el Covid-19 tiene un impacto diferenciado según el género, en aspectos positivos como el liderazgo de mujeres frente a la pandemia, y en sus lados más oscuros como lo es la violencia de género y las tareas de cuidado no remuneradas, resulta esclarecedor el mensaje de «integración» de las identidades femenino-masculino en una «individualidad independiente» abierta a todos los géneros, como una forma madura, y respetuosa de inter-relación humana, que propone la antropóloga catalana Almudena Hernando. Hernando, magistralmente, en su Conferencia en la ciudad de La Plata en el marco del Primer Encuentro Nacional de la Red de Mujeres para la Justicia, nos permitió encontrar respuestas en relación al «género y sus identidades» con una mirada actual, y superadora, a través del análisis que la pensadora propone de la «identidad relacional»; la «identidad individualizada» y de la «**individualidad independiente**», en la cual se complementan las dos primeras: «*La sociedad no dejará de ser patriarcal cuando haya mujeres que adopten la identidad que actualmente caracteriza a la mayor parte de los hombres, sino cuando unos y otras puedan desarrollar consciente y activamente los recursos emocionales y racionales que caracterizan a la «**individualidad independiente**» o al menos cuando la sociedad considere igualmente legítimo que cualquiera de los dos sexos desarrolle un poco más cualquiera de los dos bloques identitarios. En ese momento, habrán dejado de tener significado los conceptos femenino y masculino, porque la sociedad estará formada por personas, que independientemente de su sexo, podrán ser tan racionales como emocionales, inteligentes como sensibles, tan agentes de sus propias vidas como cuidadoras de los demás. Y si es así, su sexo habrá dejado de ser la variable que determine, al nacer, la posición que ocuparán en la sociedad<sup>11</sup>».* ■



# PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN





# PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

**DR. ANÍBAL PINEDA**

VICEPRESIDENTE DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE ROSARIO



### **I. Sorpresa, aturdimiento y desorden**

Había arrancado el año de trabajo y un día todo se alteró. Nos desayunamos con la noticia de que había una declaración de pandemia emitida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y una emergencia sanitaria dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional que nos obligaba a dejar de lado lo planificado en atención a la situación epidemiológica provocada por el Coronavirus-Covid 19.

Debimos enfrentar un escenario impredecible e inevitable que obligó a modificar la mayoría de los actos procesales y la dinámica de nuestras prácticas habituales. El funcionamiento de la justicia, como la conocíamos con anterioridad a la irrupción del Covid-19, se alteró casi en su totalidad.

Esa primera reacción individual de sorpresa, aturdimiento y caos se trasladó a las distintas instituciones. La desinformación, la falta de reacción y las discusiones por las distintas estrategias se adueñaron del Poder Judicial.

Tuvimos diferentes opiniones entre los jueces que, en gran medida, reflejan la disparidad de criterios existentes en la sociedad. Pero en ese marco extraordinario de pandemia lo que correspondía era acompañar las decisiones del Poder Ejecutivo ya que son quienes tienen a su cargo la fijación de las políticas públicas nacionales en materia de salud y cuentan con mayores herramientas técnicas para tomar este tipo de decisiones en las que se involucra la vida de millones de conciudadanos.

Así Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó diversas medidas para enfrentar esa crisis en consonancia con las disposiciones del Poder Ejecutivo Nacional (Acordadas 3/20, 4/20, 6/20, 7/20, 8/20, 9/20, 10/20, 11/20, 12/20 y 13/20). Estas se dictaron con el fin de preservar la salud del personal del Poder Judicial, de todas aquellas personas que concurren a los tribunales y como forma de contribuir con la contención de la propagación de la infección. Traslado a su ámbito las disposiciones de prevención e higiene emanadas de la autoridad sanitaria nacional, encomendó a los magistrados a llevar a cabo los actos procesales que no admitieran demora o medidas que de no practicarse pudieran causar un perjuicio irreparable y fijó para ello distintas pautas que enumeró de forma expresa.

El máximo Tribunal del país dispuso que «quien ejerza la Superintendencia en cada jurisdicción debía determinar las áreas, y el personal cuyos servicios resultan indispensables y adoptar las medidas que fueran necesarias de forma de asegurar su cobertura y continuidad.

Así, la Cámara Federal de Apelaciones que integro, a cargo de la superintendencia de casi toda la jurisdicción de la provincia de Santa Fe (salvo Reconquista) y de amplia parte de la provincia de Buenos Aires, tuvo a su cargo tan delicada tarea.

Vale reconocer la complejidad que significó en lo personal tener que resolver sobre cuestiones que requerían un saber interdisciplinario (con preeminencia

de la ciencia médica o epidemiológica), que a su vez significaba decidir sobre alternativas que pueden poner en riesgo la salud de terceras personas, y por otra parte conciliar ello con el peso de la carga constitucional que nos obliga a brindar el servicio de justicia indispensable en nuestra sociedad.

No debemos dejar de advertir que individualmente todos somos víctimas de esta pandemia que se nos presentó como una fatalidad que vino a condicionar gran parte de nuestro desarrollo inmediato personal, familiar, social, profesional, económico, afectivo, etc.

Pero, por otra parte, en el carácter de funcionario público, estamos obligados a tener una mirada y planificación con perspectiva institucional, mayor a la reacción individual que podemos experimentar como simples ciudadanos sin cargas institucionales.

Esta encrucijada se vio facilitada en nuestro fuero de excepción por la presencia de una herramienta técnica determinante que permite la total gestión remota de una causa, llamada Lex 100.

## **II. Herramienta de gestión judicial digital. Lex 100**

Desde el primer día que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso la feria extraordinaria por cuestiones de salud pública, implementamos modalidades de trabajo adecuadas a la urgencia, necesidades y requerimientos de los litigantes.

Pudimos organizar el trabajo en forma presencial de jueces y funcionarios, y de manera remota para empleados, usufructuando los beneficios del Lex100. Así, desde el comienzo de la pandemia, el total de los agentes trabajan a diario, ya sea de forma remota o presencial.

De tal manera, se habilitó el VPN (red privada virtual) a todos los empleados de la jurisdicción, lo cual permitió que cada agente pueda acceder a los expedientes a través del sistema LEX100, trabajar en ellos, hacer proyectos (decretos o sentencias), subirlos al sistema para que los funcionarios y ma-

gistrados los corrijan, modifiquen y una vez aprobados se firmen. Todo este proceso se realiza desde el domicilio particular de cada usuario, quienes no están obligados a concurrir de forma presencial al Tribunal, y pueden prestar el servicio con habitualidad y eficacia.

También resultó fundamental que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya aprobado el uso de firma electrónica y digital para los actos jurisdiccionales y administrativos que suscribimos los jueces y secretarios, y dispuesto que no era necesario elaborar en soporte papel el documento rubricado mediante firma electrónica o digital.

El Sistema de Gestión de Expedientes Judiciales «LEX100» es una herramienta tecnológica que incluye los conceptos más evolucionados para asegurar una informatización con éxito de las oficinas judiciales. Está concebido como una herramienta flexible y de uso general, que se adapta a cualquier fuero, instancia o dependencia.

La Administración de Justicia exige una gran cantidad de trabajo administrativo que se materializa en escritos, archivo de documentación y seguimiento de plazos y procedimientos determinados por la normativa procesal. La creación del sistema LEX100 tuvo como finalidad proporcionar agilidad y velocidad de respuesta.

La implementación de medios electrónicos y digitales tuvo su génesis en la Comisión Nacional de Gestión Judicial, creada en el año 2007 en la Conferencia Nacional de Jueces realizada en Salta, denominado «Políticas de Estado para el Poder Judicial», donde quien era el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti, reafirmó que el concepto que la tecnología aplicada a la gestión judicial era una verdadera política de Estado.

El proyecto tuvo su paso inicial en 2011, con la sanción de la Ley 26.685, que autorizaba «la utilización de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones, domicilios electrónicos y firmas digitales en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencio-



nales», y le otorga a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y al Consejo de la Magistratura la facultad de hacer las reglamentaciones pertinentes.

Poco tiempo después, la Corte Suprema, mediante Ac. 31/2011 introdujo el sistema de notificaciones electrónicas y la obligatoriedad de constituir domicilio electrónico para todos los litigantes. Luego dispuso la obligatoriedad del uso del sistema informático de Gestión Judicial, la publicación de sentencias, acordadas y resoluciones. Reglamentó el uso de videoconferencia y la aplicación del sistema electrónico de notificaciones para todo el P.J.N. Amplió el sistema de notificaciones electrónicas para los peritos, defensores oficiales y fiscales y habilitó perfiles a letrados, síndicos, entre otros. Dispuso que todas las partes deben acompañar copia digital de sus presentaciones. Fijó la obligatoriedad del soporte digital de las presentaciones a todos los actos procesales de los expedientes en trámite, y estableció el plazo de veinticuatro horas desde la presentación en soporte papel para dar cumplimiento a la carga de aquélla en soporte digital.

El proceso inicialmente sólo abarcó los expedientes en trámite ante el Máximo Tribunal y en 2013 se extendió a toda la Justicia Federal.

Se trata de un sistema que ha tenido sus beneficios, también sus críticas, pero que fue un avance tecnológico trascendente.

Así se genera un acceso escalonado y totalmente controlado de los diferentes usuarios que interactúan en el expediente, sean éstos miembros de la organización judicial o externos.

Este sistema permite el seguimiento completo de toda la evolución del expediente. Toda la información es almacenada en tiempo real y queda disponible para su búsqueda y reutilización.

El sistema mantiene un conjunto de componentes que controlan las comunicaciones entre los distintos intervinientes, que pueden ser tanto del propio Tribunal como externos. Este componente permite un flujo de informaciones y documentos ágiles, a distancia y con total seguridad.

Sin duda la existencia de esta herramienta tecnológica nos permitió continuar con mayor facilidad el servicio de justicia en tiempo de Covid-19.

Ya con la pandemia declarada, el expediente digital vino para quedarse. Se fijaron las pautas destinadas a desplegar la actividad judicial en medio de la crisis epidemiológica, sin que ello menoscabe la debida prestación del servicio de justicia. Se estableció que todas las presentaciones que se realicen serían completamente en formato digital y deberían ser firmadas electrónicamente sin emitirse copia en soporte papel.

### **III. Funcionamiento de la Justicia Federal en nuestra provincia**

Durante los meses de marzo y abril de 2020, conforme lineamientos de la Corte Suprema Nacional se dispuso la feria extraordinaria judicial, la suspensión general de plazos y la sola habilitación del trámite para causas puntuales que exigían su atención por alguna cuestión en particular. Esto, además de ser necesario, nos ayudó a adecuarnos a la nueva modalidad de trabajo y nos permitió prepararnos para la siguiente etapa.

En esa primera fase se estableció como regla general priorizar el trámite integral de los casos penales con personas detenidas, habilitar materias y actos procesales a pedido de parte –en su mayoría en acciones de amparos– y dar tratamiento a aquellas cuestiones que no admitan demora. Entre ellas, demandas de salud o la materia previsional, que concernían a cuestiones alimentarias que no admitían dilación, u otras relacionadas con el libramiento de órdenes de pagos y transferencias bancarias en materia no penal.

Proliferaron los planteos de habeas corpus correctivos carcelarios y pedidos de libertad provisional en sede penal y conflictos originados por las medidas dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional (por ejemplo amparos que pretendían el tráfico de personas entre provincias o de argentinos varados en el extranjero).

Se impuso el ingreso y sorteo de causas de manera virtual, la puesta en funcionamiento del Sistema DEOX, del sistema de turnos para asistencia

presencial y las audiencias por medios virtuales. Así se dio comienzo a una inédita y novedosa manera de gestionar la oficina judicial.

Concluida esa instancia, en atención a la prolongación del aislamiento, los avances logrados en materia de firma electrónica, trabajo remoto y videoconferencia y, la necesidad de garantizar un servicio de justicia eficaz con mayor cobertura de la conflictividad, resultó adecuado ampliar gradualmente algunas de las funciones que se llevaban a cabo, para comenzar a brindar un servicio mayor a fin de evitar que el transcurso del tiempo generara algún retraso de justicia.

Esta nueva etapa no sólo implicó un cambio de paradigma en la gestión, sino también en la manera en que los litigantes debieron concebir el ejercicio de la profesión la que era eminentemente presencial. La falta de cercanía física de los profesionales con el Juzgado y principalmente con el expediente en formato papel, implicó un gran cambio de mentalidad en los operadores, en especial en lo que refiere a la confianza depositada en las actuaciones judiciales digitales.

La pandemia impulsó de manera abrupta la llegada de la digitalización del expediente judicial.

Luego, una vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estimuló la habilitación de la feria por jurisdicciones se experimentó una apertura gradual de mayor actividad en nuestra provincia, una de las pioneras en dicha apertura. La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario autorizó a los jueces a dictar sentencias en todos los juicios que estuvieren en el estado procesal que así lo permita, y habilitar la feria al sólo efecto de la notificación de la resolución. Ello, posibilitó el dictado de una gran cantidad de sentencias, que si bien, no se referían a materias habilitadas por su naturaleza, ya habían sido proyectadas, revisadas, firmadas y pendientes de confirmación en el Sistema Lex 100.

A partir del 20 de abril del año en curso, se puso en funcionamiento el procedimiento de recepción de demanda e interposición de recursos y se implementó en la jurisdicción de Santa Fe, un sistema de comunicación automáti-

co a los letrados de las causas judiciales sorteadas y asignadas, lo cual, facilitó y agilizó la tarea. Hoy no se registran inconvenientes en este mecanismo de ingreso y sorteo de causas. Al inicio, se instruyó a los litigantes del modo en qué debían ingresar una demanda judicial, tanto a través de las consultas generadas al mail institucional o comunicación telefónica o mediante instructivos que obran en el portal web del P.J.N. Todas estas medidas fueron comunicadas al Colegio Público de Abogados a los fines de su difusión.

En el fuero de la Seguridad Social –también materia que integra la competencia federal en la provincia– ya existía el expediente en su totalidad digital para las causas del «Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados Pensionados». A su vez, por Acordada CSJN 15/2019 también se había dispuesto la plena tramitación en forma digital de las ejecuciones fiscales iniciadas por AFIP.

En función de la gran cantidad de amparos de salud, de casos previsionales y relacionadas con problemáticas originadas por la pandemia, se realizaron audiencias por videollamadas, mediante la aplicación de *whatsapp*, previa conformidad de las partes.

Mención aparte merece el impacto de la nueva modalidad de presentación de escritos judiciales en la dinámica organizacional interna de los Tribunales, ya que a raíz de la posibilidad y fácil accesibilidad que tienen los profesionales de ingresar escritos digitales al Portal web del Sistema de Gestión Judicial Lex 100 de modo irrestricto –en cualquier día y horario–, comportó tácitamente una extensión horaria de la atención al público del servicio de justicia, se modificó la periodicidad de la procuración de las causas judiciales por parte de los abogados, lo que generó un incremento notorio en la cantidad diaria de las presentaciones judiciales, que obligó a reorganizar los recursos técnicos y humanos disponibles. Se observa que la digitalización de los expedientes aumento sensiblemente la gran cantidad de escritos diarios que ingresan en las dependencias judiciales (en algunas oportunidades, trescientos documentos digitales diarios por Juzgado). A su vez, al inicio existieron dificultades en los letrados con la nueva modalidad lo que generó mayor complejidad a la labor judicial.

Se consensuaron grupos de trabajo rotativos de mañana y de tarde.

Por otra parte, se dispuso la incorporación de organismos públicos y privados al llamado «DEOX» del Sistema Informático Judicial Lex 100, a fin de facilitar el diligenciamiento de los oficios judiciales de manera electrónica y el traslado de la demanda. A modo de ejemplo, las demandas de reajuste de haberes iniciados contra la ANSES a partir del 10 de agosto, son notificadas electrónicamente vía DEOX. Asimismo, en los trámites de ciudadanía argentina por naturalización se adoptó el uso del DEOX y del mail institucional de los Juzgados para solicitar por esta vía los diferentes informes a los organismos públicos.

En síntesis, en la actualidad el total de las causas que tramitan en el fuero federal se gestionan de forma digital dentro del Sistema Lex 100. Así, conviven los expedientes absolutamente digitales (iniciados luego del mes de marzo de este año) con las anteriores, que aún conservan parte de su cuerpo en soporte papel (actuaciones anteriores a febrero de 2020) pero también se gestionan en forma digital desde el año 2011.

Por otro lado, se introdujeron modificaciones en los distintos inmuebles con las medidas de prevención, seguridad e higiene precisadas en los Protocolos elaborados por la c.s.j.n. De tal modo, se instalaron mamparas de acrílico en las mesas de entradas y en las oficinas donde se realizan las audiencias de manera presencial; se colocaron expendedores de alcohol en todos los ambientes del edificio; se procedió a demarcar los pisos para indicar la distancia mínima entre las personas; se colocó cartelería preventiva de COVID-19; se ordenó que la guardia efectuó el control y registro de las personas que ingresan al Tribunal, así como de su temperatura corporal; entre otras.

Por su parte, en el fuero penal se concluyeron los juicios orales interrumpidos por la vigencia de la cuarentena obligatoria. Entre ellos, destaco la tramitación y condena dictada en la causa «FECED III y IV» a 13 imputados por la comisión de delitos contra 188 víctimas, en base a 350 testimonios.

Vale resaltar que en materia penal todavía padecemos el sistema procesal mixto, con una instrucción escrita y la etapa de juicio en forma oral. Si bien en las jurisdicciones de Rosario en la totalidad de las causas se delega su

investigación al Fiscal, es claro que se impone la necesidad de una inmediata implementación del sistema acusatorio, actualmente regulado en el Código Penal Procesal Federal, creado por ley 27.063.

En lo que hace a otros organismos, dependencias externas al tribunal a los que habitualmente efectuamos requerimientos o solicitudes, ya se utilizaban canales electrónicos, entre ellos, por medio del sistema intranet la práctica de consultas sobre domicilios de imputados o testigos a la Cámara Nacional Electoral, el sistema DEO por el cual remitimos oficios a otros tribunales del fuero federal, y el DEOX que se habilitó para pedidos de informes al Registro Nacional de Reincidencia. Con lo establecido por la CSJN a través de las Acordadas 15/2020 y 31/2020, se incrementaron los organismos a los cuales es posible cursar requerimientos por esta vía del Sistema de Diligenciamiento Electrónico de Oficios DEOX.

Asimismo, dadas las restricciones vigentes a la circulación y traslado de detenidos, se celebraron audiencias virtuales a través del sistema de videoconferencia y plataformas virtuales informáticas, en principio, vinculadas a audiencias de visu en el marco de la tramitación del proceso de juicios abreviados y audiencias de solicitudes de suspensión de juicio a prueba. Se ha generado así un nuevo espacio virtual que nos permite aproximarnos a las partes, escuchar sus peticiones y posiciones y resolver sus planteos o situaciones procesales sin demoras.

No somos ajenos a las dificultades que deberemos atravesar en juicios complejos, con multiplicidad de partes, en la producción de prueba en audiencias que tienen una duración prolongada, de los riesgos de posibles interrupciones y desconexiones por fallas de los servidores.

En lo que respecta a la actividad jurisdiccional de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, vale resaltar que en los últimos años es el tribunal de alzada del interior del país con mayor cantidad de sentencias dictadas dentro de su competencia múltiple (penal, civil, comercial, laboral, previsional, contencioso administrativo, tributario, navegación, entre otros).

A modo de ejemplo, en 2018 este tribunal dictó 12.500 sentencias, en el año

pasado 9.200 sentencias, y este 2020 mantuvo similares estadísticas. Vale destacar que ello es posible, además del esfuerzo de los magistrados, por el compromiso y capacitación de los empleados y funcionarios.

La premisa de esta Cámara (que a su vez, tiene a su cargo la superintendencia o gobierno de todos los juzgados federales de la jurisdicción) fue desde el inicio ampliar actos procesales y materias para tramitar, pero entre otros obstáculos nos encontramos con que las dependencias públicas estaban abarcadas por la cuarentena obligatoria, y en la casi totalidad de los juicios una de las partes es el Estado Nacional en sus distintas dependencias. Ello impidió inicialmente la mayor habilitación de materias. Todas estas cuestiones también debimos considerarlas al momento de decidir sobre la mayor o menor actividad judicial. A modo de ejemplo, la A.N.S.E.S. no podía remitir al tribunal los «expedientes administrativos», prueba fundamental en los juicios sobre reajuste de haberes (materia previsional que alcanza el 40% del total de causas en trámite en esta Alzada).

Sobre el funcionamiento de la justicia federal en nuestra provincia, no puedo dejar de señalar que además de los problemas exógenos generados por esta pandemia, tenemos los antiguos factores endógenos que impiden una mejor prestación del servicio. Entre estos últimos debemos destacar que el 40% de los juzgados federales de esta jurisdicción están vacantes y todos los jueces de primera instancia de Rosario y Santa Fe tienen dos juzgados a cargo. Poco esfuerzo nos lleva apreciar el gran obstáculo que esto significa para dar un servicio de calidad.

Por otra parte, en la ciudad de Rosario existen sólo tres Fiscalías Federales de instrucción, para igual territorio donde en el fuero provincial hay aproximadamente 80 fiscales.

Otro obstáculo endógeno es el que nada tiene que ver la pandemia es que hace 30 años que no se crea un Juzgado Federal en Rosario. Además del viejo sistema procesal penal que nos regula. Lo cual impone la necesidad de urgente implementación del nuevo código procesal acusatorio creado en 2014, que todavía no rige en nuestra jurisdicción.

#### **IV. Futuro inmediato de crisis económica**

Nuestro rol institucional nos impone la necesidad de observar la realidad con perspectiva para intentar visualizar de antemano los conflictos que deberemos resolver.

Así no podemos dejar de advertir que esta pandemia generó una grave crisis económica que no sólo afecta a las relaciones económico-financieras del Estado, de los individuos y empresas, sino que trasciende a todos los ámbitos. Esa crisis mundial configura un contexto que traerá en lo inmediato mayor conflicto social y aumentará sensiblemente la litigiosidad sometida a nuestra jurisdicción.

Por lo cual, debemos concluir que esta pandemia no sólo alteró sustancialmente la forma en la cual prestábamos el servicio de justicia, sino que en el futuro cercano traerá necesariamente mayor litigiosidad.

Habrán muchos más conflictos sociales y económicos que resolver producto por los severos daños producidos por la pandemia.

El nuevo Código Civil y Comercial se adelantó a esta problemática y reconoció la facultad de los jueces para modificar las estipulaciones de los contratos, aun de oficio (art. 960); reguló la frustración definitiva de la finalidad del contrato, la cual autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución en circunstancias extraordinarias (art. 1090); y contempló la «imprevisión» para el supuesto en que la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa (art. 1091).

Este contexto de crisis o emergencia económica y devaluación de nuestra moneda, nos acerca a la reconocida jurisprudencia de la Corte nacional sobre la historia reciente de nuestro país en los años 2001 y subsiguientes.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha delineado a través de distintos pronunciamientos los requisitos de configuración de una situación de emergencia económica: 1) existencia de una situación «real» de emergencia; 2) que la respuesta tenga como finalidad legítima proteger intereses de



la sociedad; 3) razonabilidad y proporcionalidad en la medida adoptada; 4) limitación temporal de las restricciones. Por otra parte, como tiene dicho la c.S.J.N., las reglas de la Constitución han sido expresadas con sabia amplitud, para permitir su adaptación a los tiempos, pero esta labor no debe desnaturalizar los valores y principios, ya que siempre debe buscarse la coherencia sobre la base de que no hay un sistema jurídico emergencial o de hecho extraño al que tiene como base la Carta Magna.» (fallo «Massa»).

Tampoco podremos soslayar este contexto de crisis al momento de resolver ciertas pretensiones actuales de las partes. El ejercicio de nuestra función jurisdiccional debe estar orientado, entre otras cosas, a resolver conflictos vinculados con la decisión sometida a revisión y no puede alejarse del escenario en el cual va a producir efectos. Contexto a partir del cual es necesario hoy valorar o interpretar toda pretensión judicial. Se debe inexorablemente contemplar las consecuencias prácticas de nuestras decisiones. No podemos analizar garantías constitucionales, leyes o normas procesales alejadas de la realidad en la cual deben aplicarse y producen efectos. Sino caeríamos en una evaluación alejada de la realidad, exclusivamente teórica.

Está claro que los efectos del COVID-19 en el Poder Judicial recién comienzan y no sólo modificará la forma de gestión sino también la calidad y cantidad de los conflictos que deberemos resolver en lo inmediato. Entre ellos, en el fuero federal se impone prever la incidencia de esta crisis en los contratos con el Estado, o en materia de reajuste o actualización de haberes previsionales o en cuestiones de salud cuando se encuentra en discusión la prestación de medicamentos o prótesis importadas por parte de las obras sociales o entidades de medicina prepaga, entre otras.

La problemática deberá ser abarcada desde una óptica que irá mutando de la rigidez a la flexibilidad, aún en las relaciones contractuales.

## **V. Nuevo paradigma institucional**

Al inicio de marzo nos encontramos ante un gran sacudón que no lleva a replantearnos «todo».

Es imposible hoy pensar en la «pos» pandemia. Corresponde internalizar la idea de vivir y prestar nuestro servicio de justicia «en» pandemia.

El concepto de «pos» refiere a algo que empieza y termina, y no sabemos cuando va a concluir esta infección generalizada por el Covid-19. Por lo cual hay que pensar en convivir con él y que nuestro poder judicial coexista con el virus y cumpla su rol institucional trascendente durante la pandemia.

Esta pandemia vino a poner en crisis todas nuestras instituciones y funcionamientos tradicionales.

Necesariamente tenemos que internalizar la idea de que, por largo rato, no vamos a volver a trabajar de igual forma que venimos haciendo. Acostumbrarnos a que podremos no concurrir transitoriamente de forma presencial a los tribunales (producto de alguna medida de excepción dispuesta por la autoridad sanitaria nacional) pero debemos seguir gestionando los expedientes con igual fluidez, de forma remota, utilizando y aprovechando las herramientas digitales a nuestro alcance, ya que formamos parte de un poder esencial de la República sobre el cual pesa la obligación constitucional de garantizar a todos ciudadanos «el acceso a la justicia» y a los imputados detenidos el «plazo razonable» en la tramitación de sus procesos penales. Este desafío en el que hoy nos vemos involucrados nos impone repensar las formas tradicionales de administrar justicia, pues no sólo nos dirigimos hacia un cambio de prácticas sino hacia una modificación cultural, concibiendo el sistema de justicia como un servicio esencial pensado en función de los ciudadanos, accesible y diseñado para dar respuestas inmediatas, dinámicas y coherentes, como la situación extraordinaria actual nos exige.

De igual forma, también se impone la necesidad de modificar el perfil del juez, reforzar la idea de acercarlo a la sociedad y a los usuarios del sistema, con quienes lograr comunicación permanente para monitorear y advertir de forma temprana los problemas de gestión o de flujos de expedientes.

Es necesario repensar la comunicación y el diálogo institucional con la sociedad y los demás poderes y organismos del Estado para diseñar políticas públicas conjuntas, coherentes y no contradictorias. Debemos compartir re-

flexiones y pensar entre todos hacia donde vamos.

Esta pandemia requiere de magistrados más flexibles y dinámicos que se adapten rápidamente a los cambios necesarios de la época.

Hay que trabajar en un modelo distinto, porque este proceso va a ser largo. La emergencia siempre tiene que tener un plazo. Las medidas drásticas siempre tienen que tener un límite en el tiempo. Esto lo ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en varios fallos, con ocasión de la emergencia económica en 2002.

Hay un modelo sanitario aplicado de forma global con absoluto consenso basado en el distanciamiento social, el uso de barbijos y el lavado de manos, atento que el virus se expande muy rápidamente. Hubo una ausencia de información inicial sobre la enfermedad, entonces la reacción fue suspender algunos lugares o instituciones que no se consideraron esenciales en primera etapa. Esta fue una reacción inmediata, global y las medidas de emergencia estaban justificadas por la característica de la pandemia. Existió un gran consenso mundial inicial, sobre lo que se tenía que hacer en los primeros momentos.

Esta pandemia trajo aparejado problemas de salud, del sistema sanitario, de la organización del estado, de las limitaciones a los derechos individuales, y crisis económica. Existe un debate global sobre los temas derivados de la pandemia.

Hoy lo que está en discusión es pasar de este modelo sanitario de emergencia (que se aplicó en los primeros meses a nivel global) a un modelo sistémico. El modelo sanatorio se basa en el miedo a contagiarse (que también es real), es un modelo defensivo y se enfoca solo en lo sanitario.

El modelo sistémico contempla no solo ese enfoque sanitario sino también la necesidad de que el mundo continúe funcionando, que las instituciones cumplan sus roles sociales y constitucionales.

La pandemia no configura un hecho único o limitado en el tiempo, sino un proceso, un proceso que va a perdurar en el tiempo.

Este proceso es continuado y se va a prolongar muchos meses o quizás años, por lo que debemos pasar a una segunda etapa de reacción, no solo sanitaria, que signifique mantener el cuidado de la salud y todas las medidas que se tomaron, y contemplar también el rol social y constitucional del Poder Judicial.

Debemos enfocarnos en fortalecer los sistemas de información, de detección temprana del virus y de prevención, pero además analizar la salud de la sociedad, de las economías, de las instituciones.

Establecer un nuevo paradigma.

Hoy estamos desilusionados del futuro y tenemos miedo a enfermarnos, pero también miedo a estar peor que el año pasado en términos de sociedad, de economía y de instituciones. Miedo a perder el trabajo, a no poder ejercer la profesión, a que se incrementen las desigualdades. La pandemia también incrementó las desigualdades en nuestro país y en el mundo, y puede crear grandes tensiones sociales importantes. Podemos tener situaciones de crisis institucionales, hay una frustración social generalizada, una desilusión generalizada.

Por ello, debemos sostener la confianza social en las instituciones y reforzarla en base a acciones o reacciones institucionales. Hay que pasar de una conducta defensiva a una conducta proactiva. Defender la salud humana pero también el funcionamiento de las instituciones básicas de estado de derecho.

No es el tiempo de las divisiones sino de los consensos. Y nosotros institucionalmente debemos trabajar ese consenso, que en nuestro caso se logra –entre otras cosas– interactuando con los usuarios del sistema de justicia, con los justiciables y con los otros poderes del estado.

Debemos repensar en el futuro de nuestra institución.

Tenemos el desafío y responsabilidad de configurar la justicia en tiempo de pandemia.

Construir este nuevo escenario que conjugue las medidas de protección sanitaria y el mejor servicio de justicia.

Algo que nos enseñó esta pandemia es que no podemos ignorar al otro, si no cuidamos al otro, nos contagia. Eso llevado a términos institucionales, significa que además de cuidar la salud de nuestros colegas o agentes, el poder judicial debe cuidar a los usuarios del sistema, a los que tienen derecho constitucional a acceder a la justicia, a la sociedad en general que en tiempos de crisis más necesita que este poder cumpla con su trascendente función.

Esto no es un hecho aislado que empieza y termina sino que es un proceso que va a permanecer mucho tiempo.

Debemos salir de la coyuntura y planificar el mediano y largo plazo para nuestra institución. Dar mayor participación ciudadana que podría canalizarse en encuestas permanentes sobre satisfacción u opinión de los usuarios, de los colegios de abogados, de las fuerzas de seguridad o de los otros poderes del estado, que nos sirvan para conocer la opinión que tienen sobre nuestro funcionamiento o para que nos aporten ideas que sirvan a la mejora continua. Va de suyo que esas opiniones u observaciones no son vinculantes, pero sí necesarias.

A su vez, estos tiempos de crisis generan una doble velocidad. Por un lado hay una rápida frustración de la sociedad frente al crecimiento de sus conflictos, y por el otro lado tenemos a las instituciones que les lleva mucho tiempo responder, porque tienen otra estructura de toma de decisiones, otro diseño, pensado para momentos de más tranquilidad o menor conflicto social. Tenemos que intentar reducir esa dicotomía.

En el fuero federal contamos con una herramienta tecnológica fundamental que nos permite la gestión total del expediente digital. Eso nos facilita enormemente nuestra tarea.

Esta pandemia nos exige nuevas versiones, nuevas políticas institucionales, más flexibles, más dinámicas, más cercanas a los justiciables, a los usuarios del sistema, a los abogados litigantes y a los otros poderes del estado. No

debemos perder de vista que son tiempos difíciles para toda la sociedad, en especial para los abogados que no pueden ejercer de forma plena la profesión liberal y para los justiciables que ven aumentados sus conflictos.

Por otra parte, estamos en una coyuntura extraordinaria y difícil, en la que tenemos que rendir cuenta de nuestra gestión, como poder del estado. Debemos rendir cuenta de nuestras funciones, más aun, en estas situaciones de crisis en las que la sociedad demanda más de sus funcionarios.

La magistratura es también una función pública.

Ese viejo paradigma de que el juez solamente habla a través de las sentencias, ha fracasado.

Ha fracasado porque hoy estamos ante un alto índice de disconformidad del desempeño del poder judicial. Antes de la pandemia ya existía ese sentir social, pero se incrementó luego de la cuarentena.

Si bien considero que en gran parte ese rechazo es injusto, ya que la gran mayoría de los jueces trabajamos de forma comprometida y responsable, debemos reparar en que es real.

Por lo cual, si tenemos un poder judicial que –en líneas generales– no es merecedor de esa crítica real que tiene la sociedad, se impone preguntarnos las causas que generan esa dicotomía entre lo que los «demás» perciben y lo que «nosotros» creemos sobre nuestro desempeño.

Ahí es donde observo la mayor responsabilidad de los magistrados, por habernos pegado a ese paradigma de que los jueces sólo hablamos a través de la sentencia. Esto aplica tanto a lo que se refiere a la necesidad de explicar el contenido de una sentencia, como también cuestiones de gestión general o de políticas públicas institucionales.

Entonces dejamos que los ciudadanos interpreten libremente lo que hacemos. No informamos, no explicamos, y ahí nace una de las causas del problema.

Por eso, si bien el Poder Judicial debe ser independiente de la opinión pública y no corresponde adecuar nuestras sentencias a los vaivenes del humor popular, considero que este contexto de pandemia nos obliga a explicarle a la sociedad qué es lo que hacemos a diario, cómo nos organizamos durante esta crisis extraordinaria, dar los motivos que nos llevaron a actuar de tal o cual forma.

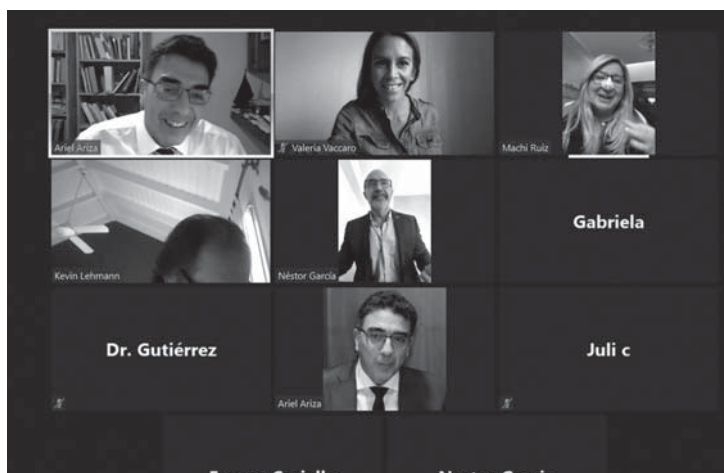
Como poder del Estado debemos rendir cuenta de nuestra gestión. Ahí es donde considero que ese paradigma fracasó y debemos modificarlo. Así, se tornan necesarias las participaciones de jueces en foros de abogados o de O.N.G. o en los medios de comunicación para dar explicaciones –en primera persona– sobre las medidas dictadas en esta pandemia, y no quedar merced a las interpretaciones que «otros» puedan hacer de «nuestras» decisiones o de nuestra gestión institucional, tanto sea de lo que hacemos, como de por qué lo hacemos.

Todo aquel funcionario que puede explicar los motivos de sus actos, aunque no sean compartidos, tiene ganada esa legitimación social tan necesaria para un poder esencial del estado. ■





FEDERACIÓN ARGENTINA  
DE LA MAGISTRATURA  
Y LA FUNCIÓN JUDICIAL  
(FAM)



## LOS SISTEMAS JUDICIALES NO ESTAMOS DE VACACIONES DURANTE LA PANDEMIA

Durante el Encuentro Judicial Nacional Virtual se analizaron diversas afirmaciones de la sociedad y se respondieron algunos cuestionamientos ciudadanos. Cómo nos perciben, cómo nos ven y cuál es la realidad, expresaban los disertantes del encuentro. ¿Están de vacaciones?

**Dra. Verónica Luchessi**  
**Dra. Valeria Vaccaro**

«Tenemos que comunicar con mucha firmeza que no estamos de vacaciones y que la Justicia no está dormida», aseveró Marcela Ruiz, vicepresidente primera de la FAM y presidenta de la Asociación de Magistrados de Tucumán. «No comunicamos adecuadamente y tenemos una actitud permanente de pedir disculpas por lo que no tenemos, por lo que no hacemos, en lugar de mostrar lo que efectivamente se hace. Los poderes Ejecutivo y Legislativo no trabajan en un 100% en esta pandemia y a la Justicia se le exige que sí lo haga», agregó la vicepresidente primera de la Federación. «De todos modos, debo decir que todos estamos trabajando mucho más de lo que lo hacíamos en condiciones normales, tenemos teletrabajo, audiencias virtuales, encuentros por *zoom* permanentemente. Hay mayor cantidad de trabajo y una mayor adaptación de los poderes judiciales a esta situación de crisis. En Tucumán hemos iniciado un proceso de digitalización muy importante, no estábamos preparados para hacerlo, pero lo estamos haciendo y lo estamos llevando adelante», afirmó Ruiz.

Por su parte, el presidente de la Federación Argentina de Colegio de Abogados (FACA), José Luis Lasalle, dijo que los abogados han estado «forzadamente de vacaciones». Se mostró preocupado por la crisis sanitaria y las limitaciones que impone la pandemia. «La paralización de la justicia o

semi paralización de la justicia, no soslaya el esfuerzo que hacen magistrados, funcionarios y agentes judiciales, que muchas veces, me consta, están en las sedes de sus organismos o trabajando desde sus domicilios tratando de paliar esta situación. Nosotros no compartimos que la salida sea las resoluciones de los Superiores Tribunales dictando el receso, la suspensión de plazos y términos o directamente una feria judicial extraordinaria. La percepción por parte de la sociedad ante esta situación es que unos y otros estamos de vacaciones, esto es muy difícil de revertir y es grave cuando se trata de uno de los poderes del estado», expresó Lasalle.

A propósito, agregó el presidente de la FACA: «No creo que estemos de vacaciones, y tampoco creo que lo estén los miembros del poder judicial, sí resulta insuficiente, a todas luces, la imposibilidad de abrir nuevas causas, el abordaje de causas no necesariamente urgentes o de necesidad extrema pero que sí hacen a la preocupación de la población y hoy no pueden tener curso, nos ponen en una situación de reclamo permanente. A lo que debo sumar la imposibilidad de circular de los abogados, por lo menos a acercarse a sus propios estudios a desempeñar su tarea profesional, que hoy aún está vigente, aunque con mayor laxitud, en muchas de las jurisdicciones del país».

Al debate se sumó el periodista de la ciudad de Rosario, Santiago Serrati, dedicado al periodismo judicial desde hace más de 30 años. «Nuestra materia de trabajo son los fallos, las resoluciones, la actividad de los magistrados. Cuando irrumpió la cuarentena pensamos que no íbamos a tener información, y contrariamente a lo que presumimos, nos hemos dado cuenta de que hemos estado sobrecargados, lo que pone en evidencia que no han estado de vacaciones», aseguró el periodista.

«El poder judicial sigue sin tener buena prensa. Muchas veces por esta concentración desgraciada de los medios de comunicación, se toma la imagen del poder judicial nacional y se la equipara con el poder judicial local, y esto es perjudica al poder judicial provincial que muy poco tiene que ver con el poder judicial federal», reflexionó Serrati.

«No quiero dejar de decir que los ciudadanos en este tiempo han sentido una suerte de desamparo, y esto tiene que ver con la limitación para acceder a la justicia, una sensación, cierta o no, de que sus pretensiones, sus reclamos, sus trámites, sus gestiones se paralizan, se demoran, y esto ha producido angustia, ansiedad y un poco de temor. El poder judicial muchas veces da respuestas que el poder ejecutivo o legislativo han sido incapaces de dar, por eso el hombre común tiene confianza en el poder judicial e insiste en llevar allí sus reclamos y pretensiones porque sabe que en más o menos tiempo, va a tener una respuesta. Creo que el poder judicial va a salir fortalecido, pero no frente a los otros poderes, sino

frente a la sociedad» concluyó el periodista Santiago Serrati.

Luis Paoloni, presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionario Judiciales de Córdoba, contó el avance en los expedientes electrónicos en todos los fueros. «En marzo tuvimos más de 330 mil decretos, autos y sentencias, en abril 215 mil y en mayo 301 mil. Verán que no hemos estado de vacaciones, pero sí tuvimos limitaciones. Si bien es cierto que se va a imponer el expediente electrónico y la realidad virtual, tengo la impresión que lo presencial sigue siendo insoslayable, por lo menos en el fuero al que pertenezco, el penal, necesitamos el contacto personal, ver, qué precepción nos da un testigo, un imputado, el contacto directo. Lo concreto es que lo poderes judiciales han dado respuesta en la medida de las posibilidades. Tengo familiares que son letrados y están padeciendo las limitaciones en el ejercicio de la profesión, es cierto que la ciudadanía siente que no puede acudir igual, pero no es una realidad que podamos solucionar desde tribunales».

Por otra parte, Paoloni se refirió a un caso particular que sucedió en el marco de la pandemia en Córdoba y que lo motivó a pensar que «los abogados deben colaborar en el tratamiento que merecen los jueces». «Por la decisión de algunos fiscales se imputaron a médicos que estaba trabajando en un geriátrico y generó una movida impresionante, caímos en la boca de todo el mundo, y tenemos que estar preparados para eso también. Yo ignoro si la medida estuvo bien o mal tomada, pero a veces se juegan un montón de factores

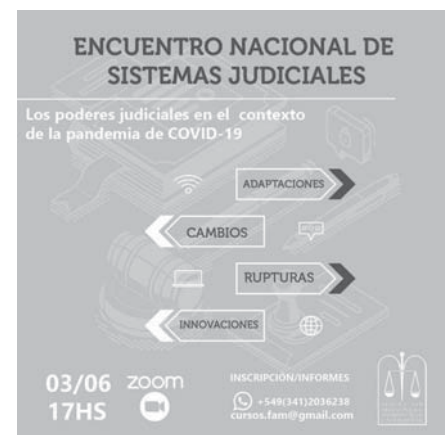
y la sociedad está muy sensible en cuanto a lo que hace a la credibilidad de los hombres públicos y por ahí nos toca estar en la picota a los magistrados y funcionarios a raíz de una medida que puede ser justa pero inoportuna», explicó el presidente de la Asociación de Magistrados cordobesa.

«Nosotros tenemos mala prensa, es cierto, lo conocemos todos, y depende de nosotros exclusivamente mejorar esa imagen, no me cabe la menor duda. Pero la mala prensa puede ser que en parte la merezcamos y la hayamos ganado, pero en su inmensa mayoría no. Yo voy a hablar de la Justicia Nacional y Federal», comenzó diciendo en su alocución Marcelo Gallo Tagle, presidente Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

«El tiempo que nos toca trabajar hoy ya sea desde nuestros despachos o en forma remota, es mucho más tiempo del que trabajábamos en épocas normales, trabajando en el juzgado, en plena actividad. Muchas más horas, dedicando incluso sábados y domingos, esto corre para los magistrados y funcionarios y para los abogados también. Lo lamentable es que la producción es menor, eso es cierto. A la frase la justicia está de vacaciones, la única manera es responderle con números: Apenas terminó la feria recibíamos por el sistema digital informático 20 escritos por día en toda la nación, hoy estamos recibiendo más de 20.000 escritos y están saliendo más de 25 mil resoluciones en días hábiles, así que me parece que estamos muy lejos de admitir seriamente que estamos de vacaciones. Algún interés particular

se persigue cuando se hace esas afirmaciones y lamentablemente hace eco», manifestó Gallo Tagle.

Asimismo, Marcelo Gallo Tagle admitió que no se utilizaban los sistemas informáticos por la costumbre de manejarse con el expediente papel, «es difícil ese paso de una herramienta a la otra». La Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura pusieron en funcionamiento la firma electrónica durante la cuarentena. «Esto nos dio seguridad, porque imagínense que sin el expediente papel cualquier persona podía dar de alta cualquier providencia sin que el juez pudiera garantizar que le pertenecía. Fue un salto cualitativo enorme. Además, quiero destacar que ese expediente electrónico iniciado en cuarentena, no vuelve a ser papel jamás», explicó Gallo Tagle. ■





# ASPECTOS SOCIOLÓGICOS DE LA PANDEMIA



## LA PARADOJA DE LA RESILIENCIA

El aislamiento social provocado por la pandemia de COVID-19 afecta a los poderes judiciales en los ejes que sostienen su cultura organizacional y condiciona negativamente la mirada pública respecto de decisiones jurisdiccionales en situaciones de colisión de derechos. La pregunta que recorre este texto es de qué manera responderán a los cambios en sus entornos y hasta qué punto y sobre qué temas están dispuestos a adaptar la flexibilidad que demanda un escenario sobre el que no existen antecedentes.

**Dr. Kevin Lehmann**

ASESOR EN FAM Y COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS  
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES



Las instituciones públicas, como el resto de las organizaciones, han sido y seguirán siendo sometidas a un fuerte estrés como consecuencia de la pandemia de COVID-19.

En este texto vamos a ocuparnos de dos situaciones que, derivadas de la pandemia, tendrán consecuencias sobre las judicaturas: 1) los efectos sobre cultura organizacional y 2) el impacto sobre la capacidad de respuesta a la nueva conflictividad.

La pregunta que dispara estas reflexiones no es ¿qué hacen los sistemas judiciales para enfrentar la pandemia?, sino ¿qué harán con eso que sucedió y no termina de suceder? Vamos a seleccionar un concepto, la *resiliencia*, que ya se citaba mucho antes de la crisis global de 2020, y que nos servirá como excusa para introducir otras ideas. Según el diccionario de la Real Academia Española la resiliencia tiene dos acepciones:

- a) Capacidad de un material, mecanismo o sistema para recuperar su estado inicial cuando ha cesado la perturbación a la que había estado sometido;
- b) Capacidad de adaptación de un ser vivo frente a un agente perturbador o un estado o situación adversos.

Si analizamos a los poderes judiciales simultáneamente como sistemas y como seres vivos, aceptando esto último en un sentido metafórico, tienen abiertos los dos caminos de la resiliencia: centrar sus esfuerzos en recuperar la normalidad y volver a ser lo que fue, o enfocarse en incorporar e institucionalizar las novedades sucedidas en sus entornos. En cualquiera de las opciones ganará algunas cosas y perderá otras. Veremos que el problema aparece si queda a mitad de camino y se propone forzar lo nuevo para que encaje en lo viejo.

## 1. La cultura organizacional

El aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) impactó directamente en dos aspectos muy importantes para la cultura organizacional de los sistemas de justicia: los edificios de los tribunales, que eran el epicentro del sistema, quedaron desplazados; y, como consecuencia de ello, se vio severamente afectada la coordinación de horarios y rutinas en casi la totalidad de los órganos jurisdiccionales.

Los poderes judiciales se prepararon para muchos cambios en estos últimos años: de modelos procesales, de modelos comunicacionales, de modelos de gestión. Nunca pensaron

en trabajar sin edificios. En realidad casi ninguna institución, y muy pocas empresas, tenían en vista la posibilidad de asumir repentinamente la casi total deslocalización de sus actividades.

Para ilustrar lo que viene argumentándose recordemos que hasta febrero ir muy temprano y permanecer hasta tarde en sus despachos era considerado una muestra de compromiso por parte de las y los magistrados. El horario judicial fue un tema recurrentemente criticado por la ciudadanía. De un día para otro, todo esto –como se dice en la jerga jurídica– «devino abstracto»: los Tribunales fueron parcialmente cerrados y se vedó el ingreso a la mayor parte de sus trabajadores y públicos habituales. Esto tuvo consecuencias en, por lo menos, tres niveles que es necesario analizar: a) la coordinación y relativa homogeneidad de esfuerzos y horarios; b) la pérdida de procesos; y c) el contacto con sus públicos.

a) **Horarios y esfuerzos.** Hasta un día antes del ASPO la mayoría de las y los empleados, funcionarios y magistrados ingresaba a tribunales a la misma hora y se retiraba en horarios también homogéneos. Cuando no estaban de turno trabajaban de lunes a viernes y no era habitual que se produjesen intercambios laborales intensos a partir de un horario determinado. Todo esto cambió con el teletrabajo. Ahora algunos empleados y empleadas trabajan de lunes a lunes; una parte del personal trabaja poco y otra está muy demandada; determinados fueros incrementaron su carga laboral y otros la vieron sensiblemente disminuida; hay quie-

nes empiezan muy temprano y quienes lo hacen más tarde; algunas personas se inspiran los sábados a las 21hs y comparten materiales por *Whatsapp* con sus colegas o subordinados y subordinadas (otras los domingos y feriados a las 8 am). La coordinación y la distribución de esfuerzos dejaron de ser un dato más o menos estable y pasaron a depender de urgencias, imprevistos, ponderaciones y personalidades.

**Parte de lo que hasta febrero decidían las Cortes Supremas fue transferido, de hecho, a las y los responsables de los órganos jurisdiccionales.**

La deslocalización asociada al teletrabajo es, en realidad, una relocalización: los hogares pasaron a ser «espacios de la organización». En el mundo empresarial esto se refleja en una caída muy marcada del *real estate*, la propiedad inmueble. Cientos de miles de metros cuadrados de oficinas serán abandonados en los próximos años, lo que representará un enorme ahorro para las empresas. Tanto en los poderes judiciales como en las demás organizaciones lo que en realidad sucedió fue una transferencia de costos. Ahora una parte de las casas deben ser dispuestas para teletrabajar; los equipos informáticos y los teléfonos celulares personales se convirtieron en herramientas de trabajo (cuya amortización no es reconocida por los empleadores) y los tiempos personales quedaron, en mayor o menor medida, al servicio de los empleos. Hay que decirlo: el ahorro que registran las organizaciones no se produce mágicamente, hay alguien que está asumiendo esos costos. Este breve paseo por la Sierra Maestra nos lleva a un tema que será central

para los poderes judiciales en los próximos meses: la administración de los recursos.

Dejaré las amortizaciones para las y los economistas y me centraré en dos aspectos acuciantes: el uso del tiempo y la administración de los esfuerzos personales.

Empecemos por el tiempo. Como sabemos, estamos preparados para un tiempo personal –que tiene un montaje escénico y un ámbito temporal– y para un tiempo laboral, que tiene otro. François Jullien recuerda que para la mitología griega Aión, el Tiempo Eterno, tenía dos hijos: Cronos, con quien estamos más familiarizados, cuyo dominio es «el tiempo domesticado»: el tiempo cuantificable, que es el que puede dividirse en días, horas y minutos, el tiempo del cálculo y de lo programable, el tiempo de lo racional. A ese tiempo pertenece lo laboral. El otro hijo de Aión, Kairós, reina sobre un tiempo que no se puede cuantificar y en el que no es buena idea planificar, un tiempo irracional e indomesticable: es el tiempo de las pasiones y de los afectos; el tiempo en el que los minutos parecen horas y los días, minutos; el tiempo de la ocasión y del acontecimiento. Ese es el tiempo que compartimos con nuestros hijos e hijas, nuestras parejas, nuestras amigas y amigos. Según la mitología los hermanos se llevan mal y quienes confundan sus dominios se exponen a ser castigados<sup>1</sup>.

Desafiando a los hijos de Aión en la configuración del confinamiento lo doméstico y lo laboral se interceptan y pro-

vocan que queden desdibujados los límites de lo temporal, lo espacial, lo vincular y lo infraestructural. Sucede en un sentido claro: la esfera del empleo invade a las otras escenas. No hay doble vía, por lo tanto queda claro quién crece a expensas de quién.

La imposibilidad de preservar los espacios de descanso, de relajamiento y de priorización de lo afectivo tiene consecuencias que ya se insinúan y que, con toda probabilidad, aparecerán como afectación de la salud de las y los operadores y del desempeño del servicio de justicia en los próximos meses. Es previsible un incremento de las licencias por cuestiones de salud, mental o física, y que se deteriore el clima de trabajo como consecuencia del agotamiento y el estrés.

Aunque alcanzaría con eso para darle prioridad al tema, no se trata solamente de la cantidad ni de la distribución de las horas de trabajo. Está estudiado que las videoconferencias (usaremos el término «Zoom» como sinónimo de todas las plataformas para reuniones virtuales) agotan más que las reuniones presenciales por lo que demanda la situación de estar expuestos y atendiendo una pantalla desde la que nos miran<sup>2</sup>. No es todo, paradójicamente la deslocalización física genera una expectativa de omnipresencia: ¿a cuántas reuniones alejadas, fuera de la provincia, en horarios incómodos o cuya obligatoriedad simbólica podía ser discutida, era posible excusarse de asistir cuando eran presenciales y en cuántas oportunidades podemos hacerlo ahora?

Ya que estamos en la línea de la pérdida de referencias, apuntemos que estas plataformas unifican las escenas laborales y sociales y las tornan indiferenciadas: hacemos un *Zoom* para trabajar, para capacitarnos, para celebrar con nuestros amistades y para ver a nuestros familiares que están confinados en otros lugares (el resto del esparcimiento, ver películas y series, asistir virtualmente a museos y conciertos, se hace con las mismas pantallas, en otros formatos).

b) **Pérdida de procesos.** Una de las características que la Escuela de Negocios de Harvard atribuye a esta crisis pandémica es la «pérdida de procesos»<sup>3</sup>: dejó de ser posible hacer las cosas «como se hicieron siempre» y no hay fórmula de reemplazo. Por tratarse de una situación inédita se desconoce qué implica «hacerlo bien» en este contexto: no hay manual, ni registro de experiencias exitosas, ni recomendaciones basadas en datos y evidencias homologables. Como todo sucedió casi de un día para otro no hubo tiempo para formar cuadros técnicos en todas las destrezas requeridas para sostener al sistema de justicia funcionando en este escenario, ni para pensar los marcos normativos que lo ordenen. **Hubo que recurrir a la descentralización y a la creatividad:** a la descentralización porque las y los responsables de los órganos jurisdiccionales tuvieron a su cargo la distribución de horarios y tareas; y a la creatividad porque para coordinar teletrabajo se requieren habilidades y tecnologías distintas de las que eran necesarias para el funcionamiento con los empleados en los despachos. En es-

te último aspecto el funcionariado jugó un rol determinante, tanto porque tienen a su cargo la coordinación de los equipos de trabajo, como porque –al ser en general más jóvenes que las y los magistrados– adoptaron, propusieron e implementaron herramientas tecnológicas para posibilitar el trabajo remoto.

**El fenómeno de descentralización experimentó una reversión relativa al momento de disponer qué hacer con la feria de invierno de 2020.** En ese momento muchos STJ y Cortes definieron un parámetro único, aplicable de manera idéntica a situaciones heterogéneas como las que se viven en los órganos judiciales desde marzo. Esta es la primera aparición de la paradoja entre adaptación y conservación.

c) **El contacto con sus públicos.** De manera más o menos consciente los sistemas judiciales vienen realizando esfuerzos por acortar las distancias con la ciudadanía. Esto se hace visible en las soluciones procesales como la oralidad, las medidas alternativas de resolución de conflictos y los juicios por jurados; comunicacionales, que van desde acciones puntuales –como las transmisiones en vivo de las audiencias de debate y la extensión del lenguaje claro– hasta estructurales, como la revisión del vínculo con la sociedad y de todas las instancias de presentación pública de las judicaturas; y sistémicas como se manifiesta en la incidencia cada vez mayor de la ciudadanía en los procesos de selección de magistrados.

La tramitación de causas de manera remota podría atentar contra la profundización de ese camino que costó tanto emprender por las inercias de una cultura organizacional, que se resistió mucho a asumir su condición de sistema público y aún más a aceptar que su actividad empieza y termina en las y los ciudadanos, a quienes deben considerar a lo largo de todos los procesos y ante quienes deben rendir cuentas de lo actuado.<sup>4</sup>

Los extremos de ese debate se dan entre la racionalidad de lo exigible para la validación de actos procesales y la vocación de facilitar que los ciudadanos se apropien de los sistemas de justicia.

Otro de los públicos críticos para los poderes judiciales es el periodismo. Una de las actividades más extendidas para mejorar ese vínculo son las capacitaciones y las jornadas académicas compartidas. La virtualidad permite convocar a periodistas de cualquier punto geográfico, pero priva de lo más interesante: el intercambio entre magistrados y periodistas en las pausas y en las reuniones sociales que suelen realizarse antes y después de dichas actividades. En estos espacios, más relajados, se construye confianza porque es más fácil «dejarse ver»<sup>5</sup>, lo que habilita la construcción de vínculos basados en el reconocimiento de las personas detrás los roles. Esto, que es imprescindible para exorcizar los fantasmas y las amenazas y construir escenas de cooperación, solamente sucede en las actividades presenciales.

## 2. La respuesta a la nueva conflictividad

Como ya se ha dicho y escrito muchas veces, esta crisis tiene un origen sanitario pero atraviesa la vida social e individual y afecta a todos los países. En ese sentido es una crisis que no tiene «un adentro y un afuera». No es como la debacle de 2001-2002, que sucedió solamente en nuestro país, ni es la de 2007-2008, que fue casi exclusivamente económica: en esta situación no hay refugio. En Argentina la pandemia de COVID-19 es una crisis montada sobre otras, en particular sobre una situación económica y social preexistente y extremadamente grave. La caracterización de la crisis local no es necesaria para exponer los argumentos que nos interesan, tanto porque los datos son públicos y forman parte de la agenda mediática, como porque sus consecuencias exceden lo simbólico e impactan de manera tangible en las vidas y las economías de la toda la población.

Lo que parece relevante es plantear cómo esta agregación de problemas condiciona: i) la respuesta institucional esperable y exigible a las jurisdicciones; y ii) los recursos de los poderes judiciales.

iii) Esta crisis exacerba una situación que no es extraña para los poderes judiciales: lo que se llama *colisión de derechos* en la actividad jurisdiccional y *conflicto de prioridades* en la política organizacional.

**Resolver situaciones de colisión de derechos es rutina en los tribunales, pero cuando afecta a muchos ciudadanos**

**y ciudadanas, en temas muy sensibles, y con consecuencias graves para ellos, deja de ser rutinario y se convierte en crítico.** Una muestra clara de ello es lo sucedido en nuestro país en 2002 con los ahorristas y los contratos en pesos/dólares, que pusieron a los y las juezas en el centro del debate público.

Es sabido que las crisis son potentes disciplinadores sociales y severos mecanismos de ajuste de expectativas. Cuando tememos por nuestra salud, una mala noticia –pero que no es la peor– es motivo de alivio; cuando una empresa corre el riesgo de cerrar o sus trabajadores de quedar desempleados, un mal acuerdo es bienvenido; se puede ganar una elección prometiendo «cirugía mayor sin anestesia» si esa promesa cruel termina con la angustia de una hiperinflación. Pero –y este es el problema que enfrentarán las y los magistrados– cuando las amenazas remiten, las otras prioridades regresan.

Cuando la presencia del virus haya mermado lo suficiente (o esa sea la percepción generalizada), lo que la sociedad convalidaba, postergaba o aceptaba –de buen grado o no– volverá a ser reclamado. Los derechos al trabajo, al salario digno, a que se honren los contratos, a que se paguen los alquileres, a que se provea de acceso a bienes y servicios públicos, volverán a ser exigidos en un país con la capacidad de respuesta estatal exhausta. Y, como sucede siempre, lo que no pueda ser resuelto en otros lugares le será exigido a la judicatura «porque son quienes intervienen cuando todo

lo demás fracasó».<sup>6</sup> ¿Quién tiene mayor derecho a que sea atendido su reclamo: el o la trabajadora que se quedó sin sueldo por no haber podido asistir a su empleo o el empleador o empleadora que tuvo que cerrar y no puede pagar salarios? Si un médico tuvo que optar entre dos personas para un mismo respirador y la que no accedió al tratamiento fallece, ¿el juez o la jueza deben condenar al médico o desatender el reclamo de los familiares de la víctima? ¿Cómo sostendrán los y las magistradas su legitimación pública cuando deban expedirse en contra de derechos reconocidos y en un contexto social de desasosiego? Cualquier decisión que tomen, en casos como los planteados o en muchos otros análogos, les garantizan el repudio de una parte de la sociedad.

En los próximos meses es probable que la judicatura argentina tenga que decidir sobre numerosas situaciones de colisión de derechos. Lo más preocupante es que deberá comunicar esas decisiones, inevitablemente insatisfactorias, en un clima social muy adverso y con bajos niveles de tolerancia, por decir lo menos. «Asistimos a una escalada de la violencia que afecta el lazo social en su sentido más amplio. Esto puede advertirse en los atentados contra el otro y contra sí mismo. Los denominados «pasajes al acto» se presentan de manera creciente; situaciones en las que el sujeto no cuenta con la posibilidad de calcular ni subjetivar las consecuencias de su acción: los actos quedan por delante de los sujetos» (Gisela Smania, psicoanalista<sup>7</sup>). Smania aporta un marco para entender lo que están comentándonos fiscales y jueces y juezas de distintos puntos del país: crece un tipo

de violencia que no está relacionada con el cálculo o el interés, («signada por la angustia», en palabras de la experta). «Los sujetos se encuentran sin referencias claras, esas que en otro momento prestaban las identificaciones. Vivimos en un tiempo de subjetividades sin causa».

Este fenómeno no es solamente individual, también es colectivo. En estos días se atacó un predio judicial del conurbano bonaerense por un homicidio cuyos sospechosos ya estaban detenidos y acusados de cargos gravísimos; se reiteran las manifestaciones «anticuarentena» cuyos reclamos no tienen solución ni destinatarios que puedan ser responsabilizados por la pandemia; ha crecido notablemente la violencia de género e intrafamiliar; y comenzó a hablarse de un incremento de la tasa de suicidios a nivel global. «El secretario general de Naciones Unidas, Antonio Guterres, llama a todos los países a asumir compromisos ambiciosos a la hora de tratar enfermedades psicológicas, en el marco de un posible aumento de los suicidios y el abuso de drogas de ámbito mundial. (...) Los datos a nivel mundial parecen confirmar esta mayor vulnerabilidad mental, subrayó Dévora Kestel, citando encuestas que muestran un aumento del sentimiento de angustia en el 35% de la población encuestada en China, el 60% en el Irán y el 45% en los Estados Unidos».<sup>8</sup>

«Las denuncias por violencia de género aumentan un 39% en Argentina durante la cuarentena por el coronavirus y, desde que comenzó el confinamiento, el 20 de marzo, se han producido 19 feminicidios. La ONU la llama 'la otra pandemia' y,

con el apoyo de la Unión Europea, colabora con el Gobierno para proteger a las mujeres y las niñas, amenazadas doblemente por el COVID-19 y la violencia».<sup>9</sup>

### 3. Algunos apuntes y sugerencias

«Nadie tiene respuestas certeras acerca de los caminos de salida de esta pandemia». Eso se repite como un mantra en todos los foros. Por lo tanto las sugerencias que se harán a continuación tienen la provisionalidad que corresponde a escenarios en desarrollo y sin antecedentes. Todas se harán tomando como clave las opciones de la resiliencia, adaptación o restauración, que son las que adoptamos como ejes ordenadores.

#### Horarios y administración de esfuerzos

A la inevitable descentralización de la toma de decisiones, ocurrida como consecuencia del aislamiento obligatorio – que provocó que cada órgano judicial decidiera cómo reconstruir los procesos que se perdieron y definiera los horarios y esfuerzos de las y los integrantes de sus equipos–, le sucedió una recentralización de las mismas cuando las administraciones de los poderes judiciales se encontraron con algo familiar y reconocible, como la asignación de las licencias y francos compensatorios. Fue un movimiento resiliente (en este caso de recuperación del estado inicial) por parte de las conducciones de los poderes judiciales: la idea es que

eso (las fórmulas burocráticas de asignación de licencias y compensatorios) *no fue impactado por lo novedoso*, de manera que podía ser resuelto con la lógica y los instrumentos previos. **Se delegó la asignación del trabajo, pero se administró centralmente la asignación del descanso:** una fórmula cuyas potenciales consecuencias negativas son enormes porque cuando se instituya la (nueva) normalidad nadie estará regresando de unas vacaciones. Incluso quienes menos trabajaron se vieron sometidos al desgaste psíquico de estar a la espera de que se concrete una amenaza sobre su vida y la de sus allegados; y los demás –la mayoría–, que trabajó excesivamente, ya están cansados, agobiados y estresados.

Una sugerencia razonable es que se amplíen los márgenes para que los titulares de cada dependencia puedan acordar con sus equipos las fórmulas para mantenerlas en funcionamiento y permitir que quienes están sometidos a una sobrecarga de trabajo puedan recuperarse. Con un mínimo protocolo las Cortes y Superiores Tribunales pueden establecer parámetros más flexibles para esas decisiones, y mecanismos de control para evitar arbitrariedades y abusos.

### Procesos

En situaciones sin precedentes como la actual es esperable que las decisiones deban ser revisadas y ajustadas. La HBS dice «No hay respuesta, son procesos de respuesta». Esto es muy visible en los sucesivos relajamientos y endurecimientos de las condiciones de aislamiento en todos los

países, y en algunas resoluciones de las Cortes –aparentemente contradictorias pero ajustadas a lo que requiere cada momento de la pandemia–. Cuando no hay un manual de procedimiento estabilizado, es decir cuando no se ha construido un modelo por falta de antecedentes, las decisiones se toman atendiendo los objetivos globales, pero aceptando las soluciones «locales» (las que se definen frente al problema concreto). En estos meses las y los funcionarios y magistrados han aplicado soluciones innovadoras para coordinar sus equipos y, también, para que los trámites judiciales pudieran avanzar. Sin embargo hay un límite tanto en la posibilidad como en la conveniencia de ensayar soluciones: los poderes judiciales se verán obligados a definir qué será incorporado y qué no. Aquí aparece una segunda presentación del doble juego de la resiliencia, no solamente acerca de lo que se decidirá, sino acerca de quiénes tomarán esas decisiones. ¿Se respetará el orden jerárquico previo o se incorporará otro modelo de prevalencia? Ya ha sucedido que en algunos edificios de tribunales el responsable de Sanidad, frente a un caso sospechoso, dispuso que había que cerrar por un determinado tiempo el área comprometida y el juez a cargo de la Superintendencia decidió otra cosa. La jerarquía previa, basada en otros fundamentos y pensada para otras situaciones, se impuso a la opinión técnica. Se resolvió desde el proceso y no desde el problema: a un problema nuevo se le aplicó la respuesta vieja.

La revisión de los procesos excede lo estrictamente jurídico. La centralidad de la tecnología para trabajar durante el ais-



lamiento cambió en buena medida lo que se entendía como «gestión judicial». Cuando el trabajo judicial depende de la tecnología, la importancia de los técnicos en sistemas cambia. Eso mismo sucede, o debería suceder, en otros campos: si la condición de funcionamiento de los tribunales es que no se produzcan casos sospechosos (y, cuando aparezcan, que se garantice la seguridad sanitaria antes de reabrir) hay otras opiniones que deben ser consideradas, vinculadas con las áreas sanitarias, de arquitectura, de sistemas, de las y los operadores judiciales que trabajan ahí todos los días, de los gremios de empleados. **La ponderación de cada posición no puede depender de la jerarquización administrativa sino del tipo de problema. Hay que ser flexibles en las decisiones coyunturales para sostener los objetivos estratégicos.** En situaciones cambiantes lo que ofrece mejores garantías no es la racionalidad del planificador, sino la mêtis, la inteligencia del navegante. Ulises sabe que para llegar a Ítaca puede tener que detenerse, cambiar el rumbo para evitar una tormenta, aprovechar las mejores corrientes marítimas. Nuestros poderes judiciales deben entender que para brindar el servicio de justicia con calidad y de manera sostenida, a veces tendrán que cerrar un edificio, suspender plazos, flexibilizar las condiciones de trabajo de algunas áreas, confiar en quienes están cerca del problema. Deben optar por adaptarse o resistir: no pueden hacer ambas cosas y esperar buenos resultados.

### **Comunicación y capacidad de respuesta**

Trataremos juntos estos apartados porque participan de una realidad común. La pregunta es ¿cómo evitaremos la frustración y la violencia cuando las y los magistrados tengan que decidir que un determinado derecho legítimo no será reconocido? ¿Cuándo esos contratos tengan caras, historias, personas llorando?

Ya hemos expuesto las razones que ponen a nuestra sociedad en un clima social en el que se incrementa progresivamente la intolerancia y la frustración. También registramos todos los días reacciones desproporcionadamente violentas frente a actuaciones de fiscales y jueces o juezas. La distancia (la física y la que separa a las judicaturas de la sociedad) no ayuda.

Nuestra propuesta es acortar la distancia con la sociedad lo máximo posible, antes de que aparezcan los expedientes conflictivos. Construir ya espacios de interacción permanente con organizaciones de derechos humanos, de género, de víctimas, de inquilinos, de empresarios y trabajadores, de detenidos en los penales, de periodistas y también con los otros poderes del Estado. Empezar a tratar los temas que vemos que llegarán para pensar juntos los marcos para comunicarlos y las alternativas para resolverlos, antes de tener que decidir sobre cada caso concreto. No hay tiempo para implementar –donde no exista– la justicia restaurativa; ni hemos adoptado el modelo de relacionamiento interinstitucional que propone la justicia dialógica. Pero nada nos impide que adoptemos herramientas de ambas,

así como hemos incorporado las medidas alternativas de resolución de conflictos.

Decidir en soledad es una pésima fórmula para los próximos meses. En ese sentido también es necesario complementar las destrezas y contener a los operadores de las áreas más críticas, entre ellos los fueros de Familia y Penal (en particular a las y los fiscales y defensores), con el apoyo de profesionales de la psicología.

Quiero terminar estas reflexiones, que tienen la precariedad de todo lo que se proponga en una situación sin antecedentes ni contornos definidos, señalando que no estamos frente a un escenario que pueda ser atendido exclusivamente desde la mirada técnica. Ni siquiera desde la agregación de miradas técnicas. No se trata de que el área de informática trabaje mejor, que Recursos Humanos trabaje mejor, que las y los magistrados y funcionarios trabajen mejor. No estamos frente a problemas técnicos sino ante problemas adaptativos, a problemas expertos. Los primeros se ejemplifican así: si se rompe la heladera sé que tengo que llamar al técnico de heladeras, quien tiene disponible la solución (se arregla o se cambia). Ese es un problema técnico. Frente a una pandemia como la actual, todos los saberes epidemiológicos, médicos y científicos no alcanzan para resolver los distintos planos de problemas que se suscitan. Si se suma a quienes trabajan en movilidad, comunicación, logística, etc. siguen siendo pocos. Pensar en escenarios complejos y cambiantes requiere de miradas amplias y de distintos saberes

en diferentes momentos. No es un problema técnico, es un problema adaptativo o experto.

Lo que está bajo el estrés de una crisis inédita no son las y los magistrados y funcionarios sino el sistema de justicia (en un contexto de situaciones igualmente complejas en los otros subsistemas sociales). No es buena idea que cada Poder Judicial provincial enfrente los problemas, ni que defina sus políticas para los próximos meses, individualmente. Existe un bajo nivel de control respecto del futuro institucional inmediato (porque se depende, por ejemplo, de los recursos que tendrán las provincias, que dependen de la situación del país, que depende de la situación del mundo). Por eso es necesario ampliar las coordinaciones y la cooperación con todos los actores y públicos de los sistemas de justicia, de los otros sistemas institucionales y de la sociedad civil.

Dave Snowden, que es un investigador del campo de la gestión del conocimiento y la aplicación de la ciencia de la complejidad, dice que no se maneja la complejidad convirtiéndola en cosas simples: se maneja manteniéndose en un nivel de complejidad. «Cuando se intenta simplificar se pierden cosas en el camino. La complejidad es una trama, está enredada. Todo está conectado con todo y esas conexiones están en cambio permanente»<sup>10</sup>.

El desafío institucional de los poderes judiciales, al menos al momento de escribir estas líneas, es sostener la flexibilidad de los instrumentos para preservar la consistencia de

los objetivos. Eso solamente podrá lograrse ampliando la esfera de decisión de quienes enfrentan los problemas en el terreno, coordinando con otros actores y otros saberes y acompañando de cerca a las y los empleados, funcionarios y magistrados. ■

## CITAS

<sup>1</sup> FRANCOIS JULLIEN, *Tratado de la eficacia*. Siruela, Madrid, 1999.

<sup>2</sup> <https://www.nationalgeographic.es/ciencia/2020/04/fatiga-de-zoom-pasa-factura-cerebro-que-se-debe>.

<sup>3</sup> <https://www.alumni.hbs.edu/events/Pages/crisis-management.aspx?cid=alumninews-april2020a>.

<https://www.alumni.hbs.edu/events/Pages/crisis-management.aspx?cid=alumninews-april2020a#popup>.

<sup>4</sup> LEHMANN, KEVIN. *Comunicación Judicial. El Poder judicial como actor en el espacio público*. Ed. Advocatus.

<sup>5</sup> BROWN, BRENÉ, FRÁGIL. *El poder de la vulnerabilidad*, Urano, Barcelona, 2013.

<sup>6</sup> LEHMANN, KEVIN. *Comunicación Judicial. El Poder judicial como actor en el espacio público*. Ed. Advocatus. Córdoba, Argentina, 2019.

<sup>7</sup> Psicoanalista en Córdoba. Miembro de la Asociación Mundial de Psicoanálisis (AMP) y de la Escuela de la Orientación Lacaniana (EOL).

<sup>8</sup> [https://www.consalud.es/pacientes/especial-coronavirus/onu-alerta-incremento-suicidios-coronavirus\\_79366\\_102.html](https://www.consalud.es/pacientes/especial-coronavirus/onu-alerta-incremento-suicidios-coronavirus_79366_102.html).

<sup>9</sup> <https://news.un.org/es/story/2020/04/1473082>.

<sup>10</sup> DAVE SNOWDEN - *Dealing with unanticipated needs* <https://www.youtube.com/watch?v=xYqWREpb3Lc>.



# ASPECTOS FILOSÓFICOS DE LA PANDEMIA



## DERECHO Y PANDEMIA

### **Dr. Rodolfo Luis Vigo**

EX MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE SANTA FE  
Y PROFESOR CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD DEL LITORAL Y DE UNIVERSIDADES EXTRANJERAS

## 1. Introducción

No querría dejar de agradecer esta invitación dado que conservo una enorme gratitud al Poder Judicial de Santa Fe por todo lo que recibí a lo largo de veintitrés años. Por supuesto que ese agradecimiento institucional, se termina refiriendo a todos sus integrantes, y especialmente para aquellos con los que trabajé más cercanamente, primero en la Sala Tercera de la Cámara Civil y Comercial de Santa Fe (1984-1988) y luego en la Corte Suprema (1988-2007). En este recuerdo agradecido también me gustaría incluir al Centro de Capacitación Judicial de la provincia, cuya conducción tuve el honor de integrar, y desde el cual logramos concretar diversos proyectos de los que me siento orgulloso.

A los fines de satisfacer el pedido recibido, me gustaría aclarar que el tema sugerido no es de aquellos de los que me he ocupado doctrinariamente, más bien, académicamente siempre he estado en el área de la teoría del derecho en sentido estricto o de la filosofía práctica en general (moral, política y jurídica), por lo que mis consideraciones transitarán por ese andarivel teórico –entendido de una manera muy amplia–. Mi propósito será preguntarme qué se puede decir desde aquellas disciplinas en torno a la realidad que ha impuesto

la pandemia, intentando desde su lectura detectar consideraciones de interés. Debo confesar que dudé de aceptar este pedido dado mi incompetencia específica al respecto, pero mis recuerdos agradecidos me forzaron a aceptarlo.

## 2. Derechos humanos o principios jurídicos

Seguramente será fácil constatar que la teoría jurídica más extendida define al derecho como un conjunto de «normas», las que definen un supuesto fáctico genérico al que le imputan cierta consecuencia jurídica. De ese modo, el derecho se presume como respuestas jurídicas explícitas, que el jurista proyecta, sin demasiados problemas, al caso individual que le toca atender profesionalmente. Sin embargo, el derecho típico que se formula en tiempos de excepción es por medio de «principios», o sea, respuestas jurídicas concentradas o en potencia que el jurista proyecta a los casos. En esos «principios» están los derechos humanos, y desde ellos pueden derivarse soluciones inéditas para problemas inusuales. Es obvio que la enorme mayoría de normas y resoluciones administrativas que casi en simultáneo se van dictando, reflejan una situación inesperada, desconocida y cargada de intereses contrapuestos, que requiere imagina-

ción, creatividad y un conocimiento diversificado de las circunstancias comprometidas.

Esta primera nota de estos tiempos que estamos analizando, conlleva la necesidad para el jurista, de contar con una teoría idónea para comprender y operar un derecho con rasgos destacadamente principialísticos. Recordemos que los principios son «contenido moral y forma jurídica», y que para resolver casos por medio de ellos, se requiere «ponderarlos». De ese modo la presencia de principios jurídicos no solo exige del jurista alguna comprensión de la materia moral, sino también estar en condiciones de acudir a las propuestas teóricas que se han desarrollado en torno a una ponderación racional de los principios. Habitualmente en la formación de nuestras Facultades de Derecho, la eventual atención que se le brinda a los principios es muy escasa, no obstante que ellos han generado una agenda de cuestiones muy extensa que generalmente se estudian en posgrados específicos, así por ejemplo: i) principios meta-sistemáticos, sistemáticos o sectoriales; ii) principios que protegen bienes individuales o bienes colectivos; iii) principios propio del derecho procedimental o del derecho sustancial; iv) principios funcionales u ontológicos; etc. A su vez, el recurso a los principios, implica optar entre teorías conflictivistas y no conflictivas, y dentro de aquellas las diversas propuestas en orden a conciliar o jerarquizar casuísticamente a los principios. Advirtamos que en materia de ponderación hay propuestas muy sofisticadas, que incluyen hasta una ecuación matemática para pesarlos, como la construida por Robert Alexy.

### 3. Rechazo al juridicismo

Otro rasgo de nuestra más extendida y tradicional cultura jurídica, auspicia que la mirada del jurista debe limitarse a las normas jurídicas y su respectivo contenido. Nino habló de «insularismo jurídico» a la hora de denunciar esa tesis, que el derecho constituía una especie de isla que solo era habitada por juristas y que en ella solo existían normas jurídicas. Dicho de otro modo, el insularismo se apoya en la convicción que el derecho se puede conocer y operar sin necesidad de recurrir a las otras dimensiones de la realidad social, tales como: economía, política, ciencias no jurídicas, religión, etc. Desde esa lógica autista se explica el escaso interés que en nuestras Facultades de Derecho suscitan disciplinas no jurídicas, o sea aquellas materias en donde no se estudian normas jurídicas.

Muchas voces se escuchan, que los juristas necesitan de una amplia apertura mental, dado que el derecho es inescindible de toda la compleja realidad social en medio de la cual se despliega. Más aún, se destaca que un juez inculto (ajeno a ámbitos como la literatura, espectáculos, redes sociales, etc.) no estará en condiciones de cumplir sus funciones de la mejor manera. Pero en tiempos de pandemia se hacen particularmente visibles bajo rótulos jurídicos, problemas de índole muy distantes tales como: bioética (por ejemplo adjudicación de respiradores, voluntarios para vacunas), medicina (pedidos de plasmas o modos de tratamientos terapéuticos), psicología (angustia, neurosis), economía (subsistencia, pago



de impuestos), religión (celebraciones religiosas, entierros), etc. Es probable que el único modo de que el jurista aporte una solución a casos de esos tipos, sea por medio de peritos que terminaran funcionando casi en sustitución del propio juez, en razón de su total ignorancia al respecto. Más allá de consecuencias, lo cierto es que se ponen al desnudo los problemas que conlleva para el servicio de de justicia una cultura juridicista.

#### 4. Ética judicial

También en la curricula vigente en la gran mayoría de nuestras Facultades de Derecho, brilla por su ausencia los estudios de ética profesional. Cierta infantilismo prejuicioso o ignorancia supina, quizás explique esos silencios formativos, no obstante es visible en occidente el alerta sobre la crisis de legitimidad que padece toda autoridad, por supuesto que se incluye en la misma, a la autoridad judicial. De lo que se trata en la ética es que se tome conciencia de que, quien ejerce un poder (con capacidad de dirigir a otros) conferido por la sociedad (conforme a la lógica democrática), debe asumir (nadie lo obliga a detentar el cargo) una serie de exigencias (positivas y negativas) discernidas racionalmente (no desde la fe ni las emociones solamente), orientadas a que en el ser y en el aparecer de su ejercicio, revele un compromiso con la excelencia (no limitada a la mediocridad compatible con el derecho).

Es conocida la distancia que existe entre el reconocimiento de un derecho y su ejercicio eficaz y garantido. A esos fines la presencia del juez se torna imprescindible, pues el ciudadano sabe que tiene poco valor los meros reconocimientos de derechos, si no van acompañados de la posibilidad de ir a tribunales a efectos de que se lo restituya o viabilice su ejercicio. Pero para que se alcance ese resultado o exista una tutela judicial efectiva, el juez debe asumir sus funciones –especialmente en estos tiempos– con las virtudes o hábitos propios de un buen juez. En ese terreno, entre otras exigencias previstas en el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica, se requiere: independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad. Subrayaría de ese texto el art.53:«La integridad de la conducta del juez fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura». La ciudadanía tiene que confiar en los jueces, y éstos aportan a esa confianza con el respeto a la ética judicial.

#### 5. Estado de Derecho

Nuestra sociedad ha asumido el modelo de Estado de Derecho Constitucional, y ello supone un poder dividido y controlado por el derecho, asumiendo que el «derecho» está por sobre la «ley» y son los jueces los encargados de equilibrar y garantizar la cuota de poder que tiene cada órgano

del Estado. Es razonable que en tiempos de excepción como el presente, el Poder Ejecutivo asuma una fuerte dinámica frente a lo perentorio e impostergable, pero la experiencia histórica enseña que, con mucha facilidad ese ejercicio y más allá de intenciones, tiende a expandirse por sobre sus límites competenciales establecidos. El que administra frente a las urgencias y demandas particularmente valiosas necesita, a los fines de la oportunidad y calidad de la satisfacción de las mismas, contar con poderes que en tiempos normales no se requirieron.

Sin embargo, muchos intelectuales en el mundo, han alertado acerca de los riesgos que supone ese desbalanceo entre los Poderes del Estado, y sobre todo la tentación históricamente corroborada, de aprovechar las oportunidades como para usufructuarlas más de lo necesario, y prolongarlas innecesariamente en el tiempo. Aquellas advertencias teóricas incluyen una demanda dirigida sobre todo al Poder Legislativo y al Judicial, como para que en ejercicio de sus competencias, estén muy alertas y ejerzan oportuna y firmemente los medios a su alcance como para neutralizar aquellos peligros. Es conocido que en la política rige la regla que el poder que no se ejerce por el que lo tiene atribuido, será ejercido por otro, pero ello altera el diseño constitucional. La anormalidad para estar justificada, requiere de un permanente control para que el fin no justifique cualquier medio.

## 6. Cultura digital

Los que estamos comprometidos con la actividad académica hemos descubierto y aprendido aceleradamente, medios propios de la contemporánea y creciente cultura digital. Sería imposible cumplir con nuestros compromisos académicos si renunciamos a esos recursos tecnológicos. Esa exigencia se ha universalizado de manera que, para cobrar el sueldo, viajar en tren, realizar diversos trabajos, etc., no cabe otra alternativa que llenar aplicaciones en nuestros celulares, manejar redes, códigos *QR*, *zoom*, *meet*, hablar con las máquinas, etc. Por supuesto que todo ese mundo nuevo impone desafíos gravosos para los adultos, pues ellos no tienen posibilidad de rechazar al mismo, dado que las consecuencias se asimilan a una especie de desaparición o muerte civil.

Es obvio que el Poder Judicial y sus integrantes no pueden dejar de incorporarse activamente a las posibilidades que supone esa nueva y desafiante cultura digital. El mundo y sus instituciones funcionan en red, pero las redes suponen también un lenguaje inédito, junto a problemas, delitos, capacidades y aptitudes desconocidas, que ya no se pueden ignorar. Se impone una capacitación urgente y acelerada de los recursos en cuestión, y un aprovechamiento institucional exhaustivo de los mismos. Renunciar a ese camino supondrá bajarse del mundo y renunciar al futuro y al mejoramiento del servicio. Ese reclamo se extiende a la totalidad de la administración pública a los fines de un servicio más eficiente

## 7. Liderazgos y preguntas

La historia enseña que en tiempos de crisis se exacerban los intereses y las disputas; y cada uno de los seres humanos, como las sociedades y los gobiernos, muestran crudamente sus virtudes y vicios. Estos tiempos de pandemia no son la excepción. La lucha por los respiradores y los recursos en la atención médica, las disputas ideológicas sobre los tapabocas, como el llegar a la vacuna y muchas cuestiones más, han exhibido y exhiben realidades y rostros que en tiempos normales la vergüenza descartaría. Vemos cotidianamente disputas, interpretaciones y propuestas que por su nivel de irracionalidad, sofisticación y rebuscamientos no dejan de sorprender a cualquier mortal medianamente normal con algo de sentido común.

Seguramente se coincide que estamos en la coyuntura necesitando líderes que es difícil encontrar. Hablamos de gente con auctoritas y no solamente con poder respaldado por armamentos, tecnología, presupuestos o espectáculos estupidizantes. Líderes que sean respetados y escuchados, y que en base a su valor moral sean capaces de generar consensos y señalar senderos futuros. Es muy preocupante la chatura generalizada y lo que cuesta encontrar espacios o interlocutores inteligentes dispuestos a análisis detenidos y serios. Si la filosofía nació por la admiración y las preguntas que suscita la realidad, es este un tiempo cargado de incertidumbre e interrogantes, que necesita de guías que auxilien y orienten en ese terreno.

## 8. Diálogo y persuasión

En el siglo XIX y en buena parte del XX, el derecho se nutrió de voluntarismo. Es que el escepticismo en torno a la razón práctica o valorativa, impidió confiarle a la razón pedidos de respuestas a preguntas morales o axiológicas. La ley se declaró infalible por Rousseau en tanto fruto de la voluntad general; Kelsen, sin pudor, refrendó que la justicia era un «ideal irracional» y que el acto de interpretación no era de conocimiento sino de voluntad. De algún modo la enseñanza en las Facultades de Derecho se inscribe en ese mismo modelo insuflado de dogmatismo y autoridad que clausuraba todo espacio para la polémica y la duda.

En una sociedad angustiada y cargada de incertidumbres, parece que lo aconsejable es promover diálogos y buscar consensos desde competencias comunicativas habermasianamente definidas. Es un momento delicado y de futuro inquietante, de ahí que hoy más que nunca corresponde aconsejar y promover la conveniencia de generar todos los espacios de diálogos posibles, donde bajo ciertas reglas definidas por la razón procedimental, se intercambien argumentos y contraargumentos buscando persuadir o acordar con el otro. Contra la presunción intuitiva de que los juristas nos nutrimos de la palabra, el discurso y el diálogo, poco y nada es lo que nos han enseñado al respecto. Abundan entre los juristas la tentación de imponer voluntades, incluso por atajos reñidos con la buena fe. Vaya como disculpas el modo con el que aprendieron el derecho en la Facultad, pero

es una hora en donde si queremos un mejor futuro, se impone el diálogo y la persuasión sin trampas.

## 9. Validez jurídica

Es éste un concepto central de la teoría jurídica dado que compromete la existencia misma de la norma, pero desgraciadamente, se mantiene la definición diseñada por Kelsen que circunscribía los requisitos a órgano, procedimiento estipulado y coherencia con la norma superior. De ese modo la validez jurídica confía exclusivamente en lo que está puesto por las normas jurídicas positivas, todo ello en sintonía con Hobbes: «*Auctoritas, non veritas, facit legem*». Así se prescinden de otros requisitos orientados a exigirle a la norma que esté justificada racionalmente, porque de lo contrario es mera violencia pretender que se cumpla aquello que es inequívocamente irracional.

Recordemos que la invalidez de una norma implica la inexistencia de la misma, de ahí la relevancia de esa calificación que le corresponde en última instancia a los jueces. La pauta central es que ella luzca justificada racionalmente, de modo que sea posible no solo su comprensión, sino hasta su aceptación voluntaria. En ese terreno cabe reclamarle a la norma: que se formule en el lenguaje que usa el destinatario, que respete la lógica, que imponga un medio que lleve al fin procurado, que se adecue a las costumbres de la sociedad, que prescriba comportamientos posibles, que no contradiga verdades científicas, que no imponga alguna disvaliosidad grave y manifiesta, etc. Una vez más cabe esa advertencia, frente a la alternativa que en búsqueda de la eficacia y el resultado, se incurran en excesos o abusos, de ahí el reclamo de juzgar celosamente que las normas que obliguen, sean aquellas que resulten coherentes con la razón sustancial y procedimental.

## 10. Bien común

Cada sociedad asume necesariamente un cierto «modo de

ser» centrado en valores desde los cuales juzga y define objetivos y propuestas para la misma sociedad. Ese bien común paradigmáticamente puede entenderse en términos individualistas (como la mera suma de los bienes individuales) o colectivistas (se sustancializan construcciones como la raza, el partido, etc. que absorban los bienes individuales), aunque parece más ausplicable escoger una noción de bien común que no incurra en los excesos de aquellas posiciones extremas. Alternativas como las de un personalismo solidario conjugan mejor con la misma naturaleza humana, con su dimensión individual y social, de modo de potenciar y diversificar el buen vivir en común, proveyendo bienes individuales y bienes comunes.

Los tiempos de excepción, incertidumbres y temores, son propicios para los extremismos que recurran a salvaciones individuales o mesiánicas, fomentadas o proporcionadas por construcciones ficticias. Por eso la necesidad de que los gobiernos se esfuercen en generar climas de entendimiento en sintonía con aquellos valores más compartidos y esperanzadores, evitando plantear disputas radicales o que las alternativas sean todo o nada. Hemos visto reacciones institucionales en ciudades o provincias de aislamiento y clausura que no parecen ajustarse al interés del país, del derecho y la razonabilidad. Por supuesto que los momentos de crisis también son de oportunidades para tomar fuerza o reencauzar caminos, pero a esos fines se impone que los dirigentes piensen con grandeza y generosidad.

## 11. Medio ambiente

Cada vez es más visible que el poder y la libertad humana pueden pulverizar cualquier orden intrínseco a la realidad. Así es posible esquilmar exhaustivamente un río sin respetar ningún límite natural, pero el costo será perder el río con los beneficios que le son propios. La capacidad destructiva del hombre es sorprendente, y el derecho es un medio demasiado limitado como para confiar en ese control. La clave

sigue estando en la conciencia ética de cada uno, de manera que ella lo conduzca –aún en soledad– de manera coherente con lo que exige la casa en común. Más allá de no estar claro el origen de la presente pandemia, sí son evidentes muchas otras manifestaciones de los daños onerosos que genera violentar a la ecología.

Se impone principalmente seguir insistiendo en una pedagogía de respeto del medio viviente en donde importan todas las vidas, la vegetal, la animal y la propiamente humana. Esa educación con valores requiere de un compromiso mayor en las generaciones adultas, en donde habitualmente hay hábitos y miradas incorporadas distantes del respeto del medio ambiente. También la cultura jurídica necesita impregnarse mucho más de una conciencia funcional a dicho reclamo, y al respecto, estimamos que las Facultades de Derecho pueden ser un instrumento muy importante en ese sentido. Es obvio que el tema remite en última instancia a una cuestión ética y antropológica, y es en ese campo donde se requiere el debate esclarecedor y raigal, porque de lo contrario se terminará en respuestas meramente emocionales, superficiales y transitorias.

## 12. Pluralidad gnoseológica

En nuestras Facultades de Derecho se promueve la ciencia jurídica, construida en base a algunas de las ramas del derecho a la que busca describir y sistematizar, sin valoraciones y asumiendo una perspectiva exegética, dogmática y memorística. Desde esa lógica, quedan devaluadas otras disciplinas, especialmente la filosofía jurídica y el saber aplicativo; respecto a este último se lo asimilaba a un trabajo nada complicado y meramente subsuntivo, luego de desentrañar el sentido de la norma aplicable mediante los métodos interpretativos.

Hoy parece haber advertencia de la relevancia del concepto de derecho y la teoría jurídica que suscribe el jurista, dado

que según el mismo será la ciencia jurídica que se propone y serán las posibilidades de respuestas jurídicas. Mucha difusión existe en torno a la problemática aplicativa del derecho bajo el nombre de «argumentación jurídica», que en sus dimensiones de la justificación interna y justificación externa, abarca una enorme complejidad de problemas que generalmente se estudian en posgrados y maestrías específicas. Testimonios importantes como el que fuera por mucho tiempo juez de la Corte Suprema de Israel, Aharon Barak, acredita la importancia para el trabajo judicial el asumir una cierta filosofía jurídica, en orden a proveer un resultado jurisprudencial coherente, persuasivo y previsible. Por supuesto que no estamos auspicando «filosofismos», sino solamente cuestionando los «cientificismos».

## 13. Conclusión

En los once señalamientos precedentes, hemos intentando llamar la atención sobre cuestiones o reclamos que se dirigen directamente al derecho, a los juristas y a las teorías que proporcionan el aparato conceptual que requiere la comprensión y la operatividad del derecho mismo. Por supuesto que, en la lectura hecha, seguramente están los defectos propios de nuestro enclave académico, y hemos dejado de lado problemas más urgentes y complejos, pero vaya como disculpa que no hemos resistido al pedido proveniente del poder judicial santafesino, al que tanto queremos y le debemos. ■



# ASPECTOS NORMATIVOS DE LA PANDEMIA



# **LAS NORMAS REGULATORIAS DE LA PANDEMIA: ¿LEY O DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA?**

**Dr. Néstor P. Sagüés**

PROFESOR TITULAR EMÉRITO, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.  
PROFESOR INVESTIGADOR, UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA.  
EX PRESIDENTE DE LAS CÁMARAS DE APELACIÓN EN LO LABORAL  
Y EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO



## 1. Introducción. Una pandemia mundial

La ampliación por el decreto argentino de necesidad y urgencia (DNU) 260/2020 del estado de emergencia sanitaria, social, tarifaria, financiera, económica, fiscal y administrativa dictada por la ley 27.541, y el posterior DNU 274/2020, prohibitivo del ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país, ampliado para los argentinos que se encontraran en el exterior, fueron preludio del DNU 297/2020, del 20 de marzo, que implantó –entre otras prescripciones– en todo el territorio nacional el «aislamiento social preventivo y obligatorio» (ASPO).<sup>1</sup>

Este decreto estableció en sus arts. 2º y 3º –entre otras medidas– fuertes restricciones para la circulación de la personas, con controles en rutas, vías y espacios públicos, y con el deber, en términos generales, de permanecer en sus residencias habituales, en aras de combatir el flagelo del corona virus (Covid-19), declarado el 11 de marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud como pandemia global.

También contempló la intervención de la justicia penal, por la eventual infracción a los arts. 205 y 239 del código punitivo, respecto de quienes infringieran lo así dispuesto. Resolvió

además, en cuanto las autoridades provinciales, municipales y de la Ciudad autónoma de Buenos Aires, que debían actuar como delegadas del gobierno federal, en consonancia con las previsiones del art. 128 de la Const. Nacional.<sup>2</sup>

Esas prescripciones fueron complementadas y modificadas por una serie de DNU y decisiones administrativas de inferior rango, las que construyeron una compleja y fluctuante telaraña normativa en el tema, no siempre armónica ni coherente consigo misma. El DNU 641/2020 moduló al 297/2020 e instrumentó también el «distanciamiento social, preventivo y obligatorio» (dispo), con la prohibición o restricción, según los casos, de una serie de actividades colectivas como eventos culturales, recreativos, religiosos, deportivos y familiares. En la esfera provincial y municipal se han pronunciado igualmente una serie de normas complementarias, que rigen en el ámbito respectivo.

## 2. Las restricciones a los derechos. ¿DNU o ley? Exigencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Uno de los temas fundamentales a dirimir en un hábeas cor-

pus articulado contra una medida restrictiva de la libertad, implementada por un DNU, es sobre si este instrumento es válido para así hacerlo. De hecho, se lo ha empleado habitualmente en materia de la pandemia que comentamos. El asunto merece dos visualizaciones.

a) *Mirada nacional.* Los DNU, que atienden a materias de índole legislativa pero asumidas por el Poder Ejecutivo, fueron previstos en la reforma constitucional de 1994 como instrumentos que operan *cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes* (art. 99 inc. 3º). El texto constitucional contiene ciertas disposiciones sobre su origen y trámite, pero la cláusula que citamos concluye en que una *ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.*

Es cierto que existen serios debates en el derecho constitucional argentino, respecto de la oportunidad para la emisión de los DNU. Una corriente restrictiva los limita a una real situación de estado de necesidad que impida funcionar al Congreso, ya sea *de jure* (por receso, aunque esto podría obviarse por la convocatoria ejecutiva a sesiones extraordinarias), ya sea *de facto* (por imposibilidad material de hacerlo: v. gr., graves disturbios, interrupción de las vías de transporte, desbordes climáticos, guerra interna o externa, etc.); o también, aun encontrándose en sesiones el Poder Legislativo, cuando esa misma necesidad exija imperativamente adoptar una medida de tipo legislativo pero de inmediato, vale decir, instantáneamente, ahora mismo, sin posibilidad de dilatar su emisión para mañana. Esta posición autoriza al DNU, en resumen, ante el excepcional, efectivo e indudable caso de tenerse que pronunciar normas inevitables, impres-

cindibles e impostergables, siempre que en ello estuviere en juego la funcionalidad mínima del Estado, su supervivencia, o la de la comunidad. Nos hemos inclinado a tal criterio.<sup>3</sup>

Otra tendencia, proveniente de un sector del derecho administrativo, en cambio, es mucho más permisiva. No exige la presencia de un fuerte estado de necesidad (se conforma con la aparición de circunstancias «no habituales»), e incluso sostiene que la reforma constitucional de 1994 abrió nuevas instancias legislativas para el presidente, asociándolo aun más a las tareas nomogénicas del Estado. Vale decir, que el Presidente podría legislar mediante los DNU cuando entendiere que debe emitir –ya– una norma con contenido de ley, quedándole al revés, al Congreso, y como competencia exclusiva de él, la atribución de confirmarla o derogarla. En otras palabras, según este punto de vista (afortunadamente no prevaleciente y no compartido hasta ahora por nuestra Corte Suprema), a través de un DNU el Jefe de Estado puede «forzar el tratamiento» por el Congreso, de una propuesta legislativa suya, en el marco de un nuevo «diálogo» entre las Cámaras y el Poder Ejecutivo.<sup>4</sup>

La ley nacional reglamentaria de los DNU, 26.122, determina que rigen desde su publicación en el Boletín Oficial, y en los términos dispuestos por el código civil. Añade que las Salas del Congreso se expiden sobre ellos por «resoluciones» de cada una de ellas (art. 22). No se pronuncian, por tanto, mediante el trámite una ley. Para resolver la «derogación» (sic) de un DNU, se precisan las resoluciones acordes de las dos cámaras (art. 24, ley cit.). Consecuentemente, un DNU aprobado por una Sala ya tendría (de acuerdo con aquella ley) respaldo jurídico legislativo suficiente, dado que aunque la otra lo rechazara, seguiría en vigor. Tal reglamentación legal la hemos reputado inconstitucional: la aprobación de

una sola cámara no significa convalidación de todo el Congreso, que en este caso requiere un acto complejo (o si se prefiere, dos actos coincidentes), protagonizado por ambas salas.<sup>5</sup> Y al revés: debería bastar el rechazo de una Sala, por tanto, para entender que no hay voluntad del Poder Legislativo en aceptar un DNU. De mediar ese rechazo unicameral explícito, el mismo DNU tendría que fenecer; ya que no ha obtenido la convalidación de, reiteramos, todo el Congreso.

En el problemático caso de la pandemia desatada en 2020, muchos DNU fueron aprobados (y por fuerte mayoría, algunas veces por unanimidad) por el Senado, en sesiones realizadas, por ejemplo, el 11 de mayo y el 23 de julio<sup>6</sup>. No tenemos información precisa por parte de la Cámara de Diputados, en la que conste su también aprobación.

En síntesis, a mediados de agosto de 2020, los DNU declarativos y regulatorios de las restricciones a los derechos constitucionales en ocasión de la pandemia global, se encuentran en vigencia, según el art. 99 inc. 3° de la Const. Nacional y la ley reglamentaria 26.122. Doctrinariamente se ha reconocido por muchos –en cuanto los primeramente emitidos– su legitimidad intrínseca, ante un comprobado estado de emergencia<sup>7</sup>, aunque hay voces que ahora cuestionan especialmente a algunos de ellos, mas recientes, por sus ocasionalmente exageradas restricciones, v. gr. en particular el 641/2020, cuando prohíbe en todo el país realizar reuniones familiares. También, por haberse modificado arbitrariamente el presupuesto nacional (DNU 457/2020), autorizando en parte su manejo discrecional por el Poder Ejecutivo. Legislativamente, cabe destacarlo, ninguna Sala del Congreso se ha pronunciado por la derogación de alguno de ellos.

b) *Mirada internacional*. Claro está que aparte de la visua-

lización constitucional de dichos DNU, existe otro ángulo de observación, desde el derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, que en su art. 30 alude a las restricciones a los derechos proclamados en dicho instrumento. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete final de la referida Convención, ha entendido en su Opinión Consultiva 6/86, párrafo 35, que las limitaciones aludidas deben ser decididas por *ley formal*, esto es, por un acto normativo emanado del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgado por el Poder Ejecutivo, única vía que permite el debate parlamentario y la argumentación democrática de mayorías y minorías para sancionar esa norma. En cuando su contenido, agrega el tribunal regional, debe estar al servicio del bien común.

Es del caso alertar que el párrafo 36 de la aludida Opinión Consultiva añade una excepción significativa, al decir que *Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención*. Este párrafo permitiría admitir las restricciones dispuestas por decretos «delegados», en virtud del art. 76 de la Const. Nacional, bajo las condiciones predichas.

Conviene destacar que en su declaración del 9 de abril de 2020, expedida ante la pandemia global provocada por el corona virus, la Corte Interamericana subrayó que las medidas

que los Estados adopten para hacer frente a dicho flagelo, a más de ser limitadas en el tiempo, tenían que ser «legales» (a su turno, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al día siguiente, subrayó en su resolución 1/2020, del 10 de abril, que debían cumplir con el «principio de legalidad», también llamado por muchos «de reserva de ley»).

### 3. Proyecciones para los DNU argentinos

En resumen, desde la perspectiva internacionalista, proyectándola para el caso argentino, las normas nacionales reductoras de derechos personales emanados del Pacto de San José de Costa Rica, a más de satisfacer el recaudo de la transitoriedad, tienen que provenir de una ley formal, o en el mejor de los casos de una ley aprobada (en particular) por comisiones parlamentarias en los términos del art. 79 de la Const. nacional, o también, –en última instancia– de un decreto delegado (o sea, pronunciado mediante previa delegación por el Congreso, previo el debate deliberativo del caso) emitido de conformidad con el art. 76 (cláusula que menciona, explícitamente, supuestos de emergencia pública). De no satisfacerse estos recaudos, el DNU argentino, prima facie, resultaría *inconvenional*. Y este lineamiento jurisprudencial es obligatorio para el Estado argentino, de acuerdo con la doctrina del control de convencionalidad.<sup>8</sup>

Los decretos de necesidad y urgencia aludidos por el art. 99 inc. 3° de la Const. Nacional no se encuentran explícita ni implícitamente abarcados por la mencionada OC 6/86 de la Corte Interamericana, como posibles normas válidas restrictivas de los derechos enunciados en el Pacto de San José de Costa Rica. Ante ello, caben dos opciones:

a) reputar el silencio como negación, y por ende, concluir que los DNU son, en ese tema, inválidos. Su nulidad provendría, básicamente, primero porque no están aludidos como normas habilitantes de restricciones por la OC 6/86 (argumento a contrario sensu: si no son mencionados, ello quiere decir que no son aceptados: *inclusionem unius, fit exclusio alterius*). Segundo, porque pese a su importancia como instrumentos restrictivos de derechos (en el tema que nos ocupa), no son producto de un proceso democrático normal de gestación de leyes, ni de una delegación del Congreso en sus comisiones (art. 79 de la Const. nacional), ni tampoco, al menos, de una delegación del Congreso democrático en el Poder Ejecutivo (art. 76 de la Const. nacional, para supuestos de «emergencia pública»).

b) *entender al silencio como abstención*. En tal hipótesis, se considera que hay vacío jurídico de tipo histórico («laguna normativa»), y que el legislador, o el autor de la directriz jurisdiccional obligatoria, omitió normar. En otras palabras, que la Corte Interamericana, en la OC 6/86, no se habría ocupado de los DNU eventualmente pronunciados por la presidencia de la Nación, cuando el Congreso no puede materialmente reunirse, o cuando la urgencia fuera tal que no resulta racionalmente posible esperar el trámite constitucional normal de la elaboración de una ley.

El silencio-abstención debe cubrirse por vía de «integración» (más que por «interpretación»)<sup>9</sup> En ese trabajo, el operador podría inicialmente concluir que tales decretos son ideológicamente incompatibles con el presupuesto axiológico democrático que debe legitimar en lo formal la sanción de una norma restrictiva. Ante tal constatación, el silencio de la Corte Interamericana, conduciría por esta vía integrativa, también a la negación.

No obstante, si se admitiera que en la OC 6/86, o en el mismo art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), hay silencio normativo o vacío lagunoso respecto de los DNU cuando resulta imposible que el Congreso funcione o que lo haga con la prontitud instantánea para emitir una ley imprescindible e impostergable, el jurista integrativo, reputando al silencio como mera abstención (y no rechazo), podría cubrir la laguna convencional elaborando la norma faltante de un modo sensato y útil, pero siempre conformada con el indispensable ingrediente democrático a que alude la Corte Interamericana en aquella OC. A tales fines, podría por ejemplo admitirse el DNU, pero sometido a la más inmediateamente posible convalidación por el Poder Legislativo (esto es, por todo el Poder Legislativo), bajo condición resolutoria, previendo la conclusión del decreto si no es ratificado en un lapso breve, apenas el Congreso o Asamblea representativa pueda sesionar.

En el caso argentino, para compatibilizar o conformar el art. 99 inc. 3° de la Const. Nacional con el art. 30 de la CADH y la OC 6/86 de la Corte Interamericana, habría entonces que realizar una interpretación mutativa por adición en el art. 99 inc. 3° de la Constitución,<sup>10</sup> y modificar la ley 26.122, adaptándola de este modo: para el caso particular de restricción de derechos emergentes de la CADH, solamente podrá emitirse un DNU en situaciones excepcionalísimas propias de un estado de necesidad genuino y grave, en las que el Congreso no pueda funcionar o no pueda emitir de inmediato una norma imprescindible e impostergable para enfrentarlo. El DNU perderá vigor automáticamente, y no podrá repetirse por otro similar, si no es aprobado por ambas Cámaras dentro de los quince días posteriores a cuando pueda materialmente sesionar, convocado a sesiones extraordinarias si estuviere en receso.

Esto importaría un aceptable autocontrol de convencionalidad *constructivo o positivo*, practicado por el mismo legislador,<sup>11</sup> respecto de un instituto, el DNU, que *prima facie* no guardaría correspondencia con el art. 30 de la CADH ni, de manera más concreta, con la OC 6/86. El rescate se lograría con la «democratización» de los DNU, en los términos sugeridos.

Sin perjuicio de lo dicho, cabe conjeturar que en Argentina puede hablarse de un doble pecado jurídico –por omisión– perpetrado por sus órganos legisferantes. Por un lado, un pecado constituyente, al no tener debidamente en cuenta la convención de 1994, al sancionar el nuevo art. 99 inc. 3° de la ley fundamental, las directrices de la OC 6/86 de la Corte Interamericana; y por otro, por iguales motivos, un *pecado legislativo*, al dictar el Congreso la ley 26.122. Con espíritu de contrición y serio propósito de enmienda, los operadores actuales pueden, no obstante, purificar esas faltas mediante una penitencia interpretativa que amolde lo que tenemos con la CADH y la doctrina de la Corte regional.

#### 4. ¿Poder de policía o estado de sitio? El control jurisdiccional

Algunas voces han entendido que las restricciones a los derechos constitucionales dispuestas por los DNU relativos a la pandemia, tendrían que haberse instrumentado mediante la declaración del estado de sitio.<sup>12</sup> El art. 23 de la Const. Nacional lo programa para casos de «conmoción interior y ataque exterior». Durante el mismo, quedan «suspensas las garantías constitucionales». El Presidente puede arrestar personas, trasladarlas de un sitio a otro del país, salvo que prefiriesen salir del territorio argentino. Pero no está habilitado para condenar ni aplicar penas, según reza el mismo artículo.

Fuera del supuesto de ataque exterior, que no se da en la pandemia, la idea de «conmoción interior» no resultaría estrictamente aplicable, ya que no se han dado casos significativos de perturbación del orden (insurrección, disturbios, saqueos, incendios, atentados armados, sedición o fenómenos análogos), a raíz de la pandemia, que autorizarían a pronunciar el estado de sitio, según la tradición constitucional argentina.<sup>13</sup> Por ello, el uso del poder de policía, en este caso particular en su versión de policía sanitaria, ha sido más pertinente. La jurisprudencia de nuestro país en torno a dicho instituto, es suficientemente amplia como, siempre en principio, autorizar ahora su empleo para restringir derechos de transitar, comerciar, ejercer industrias lícitas, trabajar, etc.<sup>14</sup> Por supuesto, los actos del poder de policía, como los aplicados durante el estado de sitio, deben hallarse sometidos a un adecuado control judicial de constitucionalidad, válvula sistémica de seguridad ante la tentación del desborde de poder del ejecutivo, o de su impericia para enfrentar la crisis de modo razonable.<sup>15</sup> Para ello, y de modo específico, tanto el hábeas corpus como el amparo pueden vehiculizar con provecho tal revisión, cada uno en su esfera respectiva. Hemos resumido que dicho test es triple: a) normativo (correspondencia entre el DNU o norma derivada, con la Constitución, tanto en su dimensión normativa propiamente dicha como en la ideológica que inspira a la primera); b) técnico (la norma restrictiva debe guardar un nexo de causalidad con la pandemia, y ser razonable en su eficacia como herramienta para enfrentarla adecuadamente, como en su intensidad y duración. Incluye una fiscalización de no exageración y proporcionalidad); c) *axiológico* (la regla limitativa debe ser intrínsecamente justa, en función del bien común o bienestar general, y equitativa en su aplicación al caso concreto. No son constitucionales las normas o actos de ejecución absurdos, aberrantes o inicuos)<sup>16</sup>. ■

## CITAS

<sup>1</sup> Sobre el principal aparato normativo regulatorio de la pandemia, en Argentina, ver Novo, ENRIQUE F., *Consideraciones constitucionales sobre el poder de policía sanitario*. Prólogo de M. Sofía Sagüés, Córdoba, 2020, Lerner, pág. 43 y ss.

<sup>2</sup> El art. 128 de la Const. Nacional dispone que «Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación». No es una norma muy frecuente en el federalismo constitucional comparado. Al decir de Alberdi, esta cláusula procuraba evitar evasiones e incumplimientos por parte de las autoridades provinciales, respecto de normas emanadas del gobierno federal. Plantea el dilema, para un gobernador provincial, de tener que obedecer una orden federal aunque la reputa violatoria de las autonomías provinciales. Para Sarmiento, aquella cláusula podía convertir e los gobernadores provinciales en títeres de la autoridad federal: cfr. Sarmiento Domingo F., *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, Buenos Aires, 1929, ed. América Unida, p. 153 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires 2017, Astrea, t. 2 p. 402. Una corriente más restrictiva entiende que si el Congreso está formalmente en sesiones, y por ende no está en receso, el Poder Ejecutivo no podría haber dictado un DNU sobre la emergencia. Ver Buteler Alfonso, *La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria*, La Ley 25/05/20. y ss.

<sup>4</sup> Cfr. BARRA, RODOLFO C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires 2016, Astrea, t. 2 p. 435 y ss.

<sup>5</sup> Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Constitucional*, ob. cit. t. 2 ps. 404-5.

<sup>6</sup> CASSAGNE, EZEQUIEL, El rol del Estado en la emergencia ocasionada por el Covid-19. La Ley, 02/06/2020, *LLonline AR/DOC/1735/2020*.

<sup>7</sup> GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *La pandemia de Covid-19. Desafíos democráticos y limitaciones constitucionales. Es una emergencia indiscutible*, La Ley 18/05/20; Cassagne Ezequiel, ob. y p. cit.

<sup>8</sup> No debe olvidarse que según la OC 21/14, párr. 31, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que sus opiniones consultivas deben ser seguidas por los operados nacionales de todo tipo. Constituyen, por ende, «material controlante» a los fines de realizar control de convencionalidad.

<sup>9</sup> En la interpretación, el operador maneja una norma preexistente. En la integración, no hay norma, sino vacío de norma, que debe ser cubierta por el operador. Desde luego, el mismo tiene en esta última mayor aptitud potencial, incluso nomogenética. Sobre las modalidades de la integración nos remitimos a Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada, 2ª. ed. 1ª reimpresión, México 2017, Porrúa, p. 159 y ss.

<sup>10</sup> La interpretación mutativa deja al texto de la norma intacto, pero altera su contenido, agregándole o quitándole algo. Nos remitimos a SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *La interpretación judicial de la Constitución*, ob. cit., p. 56 y ss. En el caso de los DNU restrictivos de derechos emergentes de la CADH o Pacto de San José de Costa Rica, habría que añadirle al contenido del art. 99 inc. 3º de la Const. nacional, la exigencia de la convalidación expresa por ambas cámaras del Congreso en un plazo breve, para conciliar la conformidad de los DNU con la OC 6/86 de la Corte Interamericana.

<sup>11</sup> El control de convencionalidad puede y debe ser aplicado, incluso de oficio, por el órgano legislativo, ya que también versa, indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la emisión y la aplicación de normas nacionales (caso *Gelman 2*, marzo 20 de 2013, párr. 69). El

control de convencionalidad puede ser *represivo o constructivo*. El represivo persigue inaplicar (y llegado el caso, derogar), reglas y prácticas locales opuestas al derecho internacional de los derechos humanos. El constructivo, a amoldar, reciclar, adaptar y modificar las mismas normas internas, conforme con el predicho derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, ob. cit., ps. 345, 352.

<sup>12</sup> Ver sobre el tema Díaz Lacoste, Alejandro, *Covid-19. El resguardo del estado de derecho ante el estado de pandemia*, La Ley 05/05/20.

<sup>13</sup> Nos remitimos a SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Derecho Constitucional*, ob. cit., t. 2 p. 583.

<sup>14</sup> SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Derecho Constitucional*, ob. cit. t. 3 p. 697 y ss. Durante la emergencia: *Ibidem*, t. 2 p. 702 y ss.

<sup>15</sup> Sobre la relevancia de un adecuado control judicial de la emergencia, cfr. YLARRI, JUAN S., *La erosión democrática en los tiempos del corona virus. Discrecionalidad presidencial, asentimiento del Congreso y deferencia judicial*, *Revista de Derecho Administrativo*, 2020-I-30, *LLonline AR/DOC/2264/2020*. En cuanto el tema, cfr. también Vergara, Esteban, *Garantías judiciales en estados de emergencia. A propósito del Covid-19*, *El Derecho*, 11/05/20.

<sup>16</sup> SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Derecho Constitucional*, ob. cit. t. 3 p. 702.





# OTROS REGISTROS DE LA PANDEMIA



# La versión improbable

**Dra. María Laura Martínez**

FISCALÍA EXTRAPENAL DE ROSARIO

## I. Diarios de la peste

### Wuhan, 17 de noviembre de 2019

Gao Bu vuelve a su casa a las diez de la mañana. Ha mutado a una tonalidad anaranjadita, mixtura del amarillo jazmín ancestral y el rojizo de la fiebre. Apenas atraviesa la puerta, su esposa lo increpa duramente: por qué dejó el puesto en el mercado, justo en el horario pico.\*

*\* N. de la A.: No puede determinarse la veracidad del relato porque al cierre de esta edición el traductor fue multado al intentar abordar un vehículo de transporte urbano abandonado (v. acta N° 55364783 del Comité de prevención ontogénica de virus y bacterias de la MR).*

### 1600 Pennsylvania Avenue NW, Washington, DC 20500, EE UU, 5 de marzo 2020

En el despacho oval, sentado en su sillón color habano, sin habano, un mandatario blondo chequea por enésima vez el monitor electrónico de visitantes de origen de diferentes etnias. El secretario de estado irrumpe, visiblemente alterado, lo que en principio no conmueve al mandatario blondo porque: 1) un mandatario blondo no se conmueve así como así; 2) el secretario de estado nunca está a la altura del mandatario blondo, lo que suele ponerlo visiblemente nervioso; 3) peor es el chicano que justo en ese momento entra a reponer las máquinas de expendio de café.

El secretario de estado comunica al mandatario blondo que un parte de la China trae malas noticias. El mandatario blondo decide postergar la cuestión para la semana siguiente,

esta semana ya tiene suficiente con las declaraciones de Susan Sarandon.\*\*

*\*\* N. del traductor que sí pudo llegar por su evidente ascendencia sajona: la versión probable es otra pero ante diferencias con la cronista prevaleció la de ella, quien invocó razones de género.*

### Aeronave Boeing 787 Max 8, aerolínea Goal Brazilian Airlines, bussines plus, 5 de marzo 2020

Un primer mandatario sudamericano, concentrado en el Folha de São Paulo, no advierte que acaba de empapar su corbata con espumante italiano. En la aplicación telefónica la esposa dice que según la esposa de un mandatario blondo habrían llegado malas noticias de la China. El primer mandatario sudamericano pregunta qué dijo el mandatario blondo, sin perjuicio de derivar el asunto al ministro de educación, que en ese mismo momento, desde su casa en la playa, firmó un decreto amonestando severamente a Susan Sarandon.\*\*\*

*\*\*\*Nota de la T., que es la misma que la A.: parecería ser eso o algo así aproximadamente.*

## II. Bitácora del ASPO

### Rosario, Juzgado de Distrito, 30 de marzo 2020

La luz del otoño que empieza a asomar tímidamente entra por la ventana del juzgado, bañando el potus y el dispenser de agua. Son las ocho de la mañana, y sólo se oye el tipeo de Ramiro, proveyente y flamante abogado.

A una distancia social reglamentaria, Carina, jefa de despa-

cho de unos cincuenta años, cuyas raíces capilares empiezan a asomar –ahora Ramiro descubre que no era rubia–, mastica chicle detrás del barbijo, entre desinfectantes y noticias de la peste.

Claudia, la jueza, llega con anteojos negros y la boca cubierta por un pañuelo de colores estivales. Saluda módicamente.

Ramiro: —Qué ondera que se vino hoy, con esa remera batik.

Carina: —Te diría que es efecto lavandina. Las domésticas no te están pudiendo venir ahora.

Una hora más tarde, Ramiro entra al despacho de la jueza con una pila de órdenes de pago.

—Falta mucho? —pregunta Claudia, detrás de varias y altas pilas: Ya no es Claudia, piensa Ramiro, mirándola ojerosa, casi inaudible, con el cabello hirsuto.

Ramiro: —Y... hay unas ocho o nueve más.

Jueza: —Ya firmé 490 y pico con esta. Agua, traeme agua por favor.

Carina trae cinco cuerpos de papel amarronado y picado de ácaros, llenos de tierra.

Jueza: —Y eso?

Carina: —Y, ahora se les da por traer cosas así, a ver si rasquetean del fondo de la olla algún honorario.

Jueza: —Ponelo ahí.

Carina: —Ahí dónde, no hay más lugar.

Silvana, la secretaria, emerge de su despacho. Tiene la cabeza cubierta por un pañuelo blanco, lleva tapabocas y encima una máscara plástica. Guantes de goma. Se la ve aterrada.

Silvana: —Cómo hacemos para digitalizar eso? Yo no lo toco.

Ramiro: —Ahí entra una llamada, es una abogada en jog-

gineta, dice que te están esperando para la audiencia. Che, que liberen un peluquero, qué desastre.

### Misma metrópoli, misma fecha, calle Rioja entre Corrientes y Entre Ríos

Andrea estaciona el auto para atender la llamada entrante del número desconocido: es la prosecretaria de distrito de extraña jurisdicción. Quiere saber a qué fiscalía tienen que mandar los expedientes de Cañada del Ucle. Andrea responde que no a la de ella, puesto que no le corresponde. Entra al bazar la Reina Patata, mientras la prosecretaria de extraña jurisdicción insiste, y articula razones que básicamente consisten en desorientación institucional. Andrea, al tiempo que levanta un pocillo con asa de jirafa, sensibilizada tal vez por la especie africana –la jirafa, no la prosecretaria– acepta que se los envíen.

—Por mail?

—No, tengo la casilla atestada y no recibo nada. Mandalos en papel, en un auto.

*Nota de la A: la fiscala dice casilla porque es baby boomer, léase correo.*

### Programa La mañana del Rulo, emisora radial de Rufino, 20 de mayo 2020

Rulo (a un oyente en línea telefónica): —Cómo que ataúdes varados en la ruta? Pero están vacíos, o vienen llenos de muertos?

**Estudio jurídico Sardina y asociados, Santa Fe, misma fecha**  
Dr. Sardina (por teléfono, al Sr. López Echarri, cliente de hace

*muchos años*): —No sé si prosperaría, menos en este contexto de... pandemia... capaz es una partida, fíjese qué pasa con otra caja y me avisa. Bien, lo espero, que esté bien, cuídese. La secretaria (*intrigada*): —Qué quería?

Dr. Sardina: —Nada, quiere demandar a la fábrica de alfajores que no tienen gusto a nada.

Secretaria: —No tendrá el bicho?

Dr. Sardina: —No, lo que pasa es que las dos están cerradas y lo que quedan son cajas viejas, están vencidos.

Secretaria: —Y cómo hacemos la pericial con una camarita.

Dr. Sardina: —Uh, qué complicado todo.

Secretaria: —Sí, ni hablar.

### **Cañada del Ucle, hogar de los González, 25 de junio 2020**

El matrimonio González, ambos en grupo de riesgo, con una declaratoria de herederos en trámite, esperando el pronunciamiento de la justicia, toman mate en sendos mates, aunque sin barbijo.

Señora González: —Y cómo dejan entrar los expedientes en papel? No será peligroso? Capaz por eso tarda tanto.

Sr. González: —Ni idea, los rociarán con lavandina.

### **III. El verano de las especies**

#### **Ceres, domicilio de Nancy Medina, noviembre de 2020**

Deja una nota sobre la mesa. La nota dice azúcar, yerba, trapo de piso. Es una nota para sí misma. Vive sola desde que la hija se fue a estudiar a Santa Fe. Cierra la puerta con lla-

ve, no por los robos, más que nada por los chicos del barrio que andan haciendo diabluras.

Empieza a clarear en el este, es una suerte que en esa época del año cuando sale ya es de día. Son cincuenta minutos de marcha hasta el hospital, de la marcha pareja y sosegada de Nancy. En la radio escuchó que los chicos volvieron a las hamacas. En el pueblo hay muy pocas, no alcanzan para los chicos, pero igual la noticia la alegra. Ayer se despidió del último de los enfermos de la tos. La familia fue a buscarlo, después de tres días del alta. No habían ido a preguntar nunca. El verano despunta detrás de una hilera de sauces.

### **IV. Epílogo**

Llega el colectivo y Mariana consigue subir a tiempo. Tiene que marcar a las siete, estaba acostumbrada a la hora más tarde y le cuesta. Ya se adaptó al barbijo y al menos hay transporte público. Durante lo que la gente llamaba la pandemia, palabra que detesta, que en ese mismo segundo olvida para nunca más recordar, vio fotos de canguros atravesando calles desiertas. De delfines en canales transparentes. Todo eso no fue cierto.

Nada fue cierto. ■



Colegio de Magistrados y Funcionarios  
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe