

Armando S. Andruet (dir.)



Consecuencias jurídicas, institucionales,  
ambientales y sociales de la  
pandemia de COVID-19



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS

**LA LEY**

ISSN: 0024-1636  
RNPI: En trámite  
Suplemento del Diario La Ley

Todos los derechos reservados  
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

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

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

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA  
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)  
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.*

Foto de tapa: REUTERS/Aly Song

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Armando S. Andruet (dir.)



Consecuencias jurídicas, institucionales,  
ambientales y sociales de la  
pandemia de COVID-19



THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS

LA LEY



# ÍNDICE

---

## DERECHO CIVIL, COMERCIAL E INTERNACIONAL PRIVADO

Breve presentación de esta edición <i>Armando S. Andruet (h.)</i> .....	3
COVID-19 y contrato <i>Juan Manuel Aparicio</i> .....	4
Los contratos frente a la emergencia del COVID-19 <i>Manuel Cornet - Guillermo P. B. Tinti</i> .....	20
La incidencia del COVID-19 en la protección internacional de niños, niñas y adolescentes <i>Adriana Dreyzin de Klor</i> .....	32
Los instrumentos digitales: su validez y eficacia <i>José Fernando Márquez</i> .....	42
Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad por daños derivados de la transmisión de enfermedades (con especial referencia al COVID-19) <i>Ramón Daniel Pizarro</i> .....	53
Ante la pandemia económica, ¿qué legislar? <i>Efraín Hugo Richard</i> .....	58
Reuniones societarias a distancia <i>Horacio Roitman</i> .....	73

## DERECHO CONSTITUCIONAL

Emergencia sanitaria y Constitución <i>Guillermo E. Barrera Buteler</i> .....	101
Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en la Argentina <i>Antonio M. Hernández</i> .....	116

## DERECHO PENAL

De los “estrados tribunalicios” a los “estrados cibernéticos”: el “ciberjuicio” <i>José I. Cafferata Nores</i> .....	139
Entre el leprosario y la cárcel. Un episodio de la historia penitenciaria argentina (1946) <i>José Daniel Cesano</i> .....	151
La detención de personas en tiempos de COVID-19. La emergencia sanitaria en contextos de encierro <i>Carlos Julio Lascano</i> .....	155

## DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Autoritarismo y cooperación internacional en tiempos de COVID-19 <i>Zlata Drnas de Clément</i> .....	169
---	-----

## HISTORIA DEL DERECHO, BIOÉTICA Y SOCIOLOGÍA

La pandemia de SARS-CoV-2 como acontecimiento histórico y una postulación de responsabilidad <i>Armando S. Andruet (h.)</i> .....	181
Los cuerpos heridos, imaginarios colectivos, zozobras y respuestas. Las epidemias en la historia <i>Marcela Aspell</i> .....	201
Digitalización de la justicia en tiempos de aislamiento <i>María Inés Bergoglio</i> .....	223
Desafíos y estrategias de la Universidad Nacional de Córdoba en tiempos de COVID-19. Enseñanza y aprendizaje pospandemia <i>Ramón Pedro Yanzi Ferreira</i> .....	231

# DERECHO CIVIL, COMERCIAL E INTERNACIONAL PRIVADO

---



# Breve presentación de esta edición

Armando S. Andruet (h.)<sup>(\*)</sup>

En mi carácter de Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, debo comenzar por hacer un agradecimiento a la Editorial La Ley en la figura de su Director, el Dr. Fulvio Santarelli, quien ha manifestado, desde el primer momento en que se le hizo conocer la propuesta de esta publicación especial, el interés de la Editorial por ella.

Hemos creído que la riqueza que tiene una Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales es la pluralidad de perspectivas científicas que dentro de ella existen, puesto que los diferentes Académicos de Número que la integran, en una buena parte, transitan la totalidad de los espacios curriculares principales de la ciencia del derecho. Todos los Académicos de Número son profesores titulares o profesores eméritos, han dirigido Departamentos e Institutos y tienen o han tenido cargos de conducción universitaria; además, cuentan con una dilatada producción doctrinaria en el área disciplinar que les corresponde.

La mencionada fortaleza de concentrar dicho cuerpo profesoral y académico permite, frente a los acontecimientos que todos conocemos, producidos por la enfermedad pandémica del COVID-19 —tales circunstancias extraordinarias han provocado situaciones completamente inesperadas, como es la imposición de dilatadas cuarentenas a los ciudadanos, junto a profundas transformaciones en el derecho estable del país—, volver a pensar y desarrollar respuestas y circuitos que orienten los modos de compatibilizar la emergencia y la excepcionalidad con la estabilidad del sistema jurídico, para transferir así la confianza en el derecho que todos los ciudadanos esperan. Por ello, las perspectivas propias de lo civil, comercial y penal, junto a lo

constitucional, serán posiblemente las primeras en reflexionar, mas no las únicas.

A poco de marchar, se advierte que la gravedad ha sido —y es— tan profunda que los problemas se extienden en igual modo al mundo del trabajo y de la empresa y al mismo orden internacional, habilitando así un vasto conjunto de reflexiones que, aunque puedan parecer más lejanas, son igualmente oportunas, al cumplir con la cooperación que con ellas se hace a un pensar mejor, incuestionablemente; así, abordaremos tópicos vinculados con las cuestiones ambientales, históricas y, por último, las filosófico-morales.

Dicha diversidad de perspectivas para un mismo problema fue lo que permitió proponer este proyecto colaborativo desde la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, bajo el epígrafe de "Consecuencias jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia de COVID-19" Naturalmente, todos los Señores Académicos que firman las contribuciones han tenido la completa libertad para el abordaje como lo han creído y, por ello, tampoco debe advertirse una contradicción que pueda señalarse entre uno y otro sobre algún aspecto; por el contrario, la divergencia es el primer escalón para el logro de la convergencia posterior. Y si bien hay temas sobre los cuales ella nunca será posible, no hay impedimento para pretenderlo siempre, como una muestra de una tarea de reflexión permanente que ni la ciencia del derecho ni los juristas deben resignar en momento alguno.

También es esta una buena manera de presentar, a un auditorio tan calificado como son los lectores de La Ley, quiénes son y cómo piensan algunos de los integrantes de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. De nuevo, agradecemos a la Editorial La Ley por este proyecto y, naturalmente, a los colegas Académicos que se han sumado con alegría a él.

---

(\*) Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director del Instituto de Filosofía del Derecho y Derecho Judicial. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Médicas de Córdoba.

# COVID-19 y contrato

Juan Manuel Aparicio (\*)

**Sumario:** I. Emergencia.— II. Los remedios de nuestro ordenamiento jurídico.

## I. Emergencia

### I.1. La legislación de emergencia

El 11/03/2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote de coronavirus como una pandemia. Se creó una situación de profunda incertidumbre científica, sanitaria y económica que se extendió por el mundo entero. Diversas medidas excepcionales debieron ser puestas en práctica para afrontar la emergencia, tales como el confinamiento de las personas —entre nosotros, el “aislamiento social preventivo y obligatorio”—, el cierre de comercios y de industrias y el cese de actividades económicas de diversa índole. Este estado de cosas repercute en el ámbito negocial, desde que el normal cumplimiento de los contratos se ve seriamente comprometido por el marasmo económico que las citadas medidas de excepción provocan.

Se debe continuar con la gestión de la emergencia, en que los mecanismos de la democracia participativa se ven invertidos (1). Decretos de necesidad urgencia, que deben contar con la aprobación del Congreso de la Nación, reemplazan a la ley. Y seguramente delegaciones de la autoridad legislativa permitirán que la autoridad ejecutiva cuente con facultades suficientes para continuar con dicha gestión.

### I.2. La extensión de la crisis

Inclusive, es probable que se continúe con el dictado de medidas que interfieran en los con-

tratos que se encuentren en curso de ejecución, en una suerte de fiebre legisferante con varios antecedentes en nuestro país (2).

No es posible predecir el momento en que esta situación de crisis sanitaria llegará a su fin. Sí es dable advertir la crisis económica que ella está ocasionando y, asimismo, colegir la profundidad y la dimensión de la crisis que sobrevendrá cuando el virus sea neutralizado.

De todas maneras, debe señalarse que el ordenamiento jurídico prevé remedios para los desequilibrios que las situaciones de excepción pueden provocar en la ejecución de un contrato. A ellos se habrá de hacer referencia.

## II. Los remedios de nuestro ordenamiento jurídico

### II.1. El caso fortuito y la imposibilidad de incumplimiento

#### II.1.a. Los requisitos del caso fortuito

La pandemia constituye un acontecimiento extraordinario e imprevisible. Tiene las notas distintivas propias del caso fortuito: la imprevisibilidad y la inevitabilidad. Constituye un hecho que no pudo ser previsto, y que, para mayor abundamiento, de haberlo sido, no pudo ser evitado (art. 1730 del Cód. Civ. y Com.).

#### II.1.b. La imposibilidad de cumplimiento

Uno de los efectos del caso fortuito es que constituye una causa de extinción de una obligación por imposibilidad de cumplimiento (arts. 955 y 956 del Cód. Civ. y Com.). Dicha imposibilidad deber ser sobrevinida y reunir los caracteres de ser absoluta, objetiva y definitiva.

(\*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y Director del Instituto de Derecho Civil.

(1) La “expresión” es de MEKKI, Mustapha, “De l’urgence à l’imprevu du COVID-19: quelle boîte à outils contractuels?” *AJ Contrat*, nro. 4, abril/2020, Ed. Dalloz, p. 164.

(2) RIVERA, Julio C., “Los contratos frente a la pandemia”, *LA LEY* del 22/04/2020, p. 14.

Sobrevenida, porque si fuese genética, la obligación no habría llegado a existir. Absoluta, porque el impedimento es de tal naturaleza que no puede ser superado ni es subsanable. Objetiva, porque debe ser inherente a la prestación en sí misma considerada y no depender de las condiciones particulares del obligado referidas a su persona o a la esfera interna de su economía individual. Definitiva, porque el impedimento a la ejecución de la prestación no debe ser temporáneo o pasajero. Finalmente, la imposibilidad no debe tener una causa imputable a una de las partes del contrato. Si así lo fuere, la obligación de dicha parte no se extingue; se reputa incumplida y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados (art. 955 del Cód. Civ. y Com.).

### II.1.c. Efectos de la imposibilidad

Cuando se dan esas condiciones, la obligación se extingue y el deudor queda eximido de la responsabilidad por incumplimiento (art. 1730 del Cód. Civ. y Com.). En los contratos bilaterales, dado el nexo de interdependencia que existe entre las obligaciones recíprocas de las partes, la extinción de una de ellas por imposibilidad de cumplimiento no imputable al deudor determina que quede desprovista de sustento la obligación correlativa. Ello acarrea la extinción del contrato como consecuencia de la irremediable frustración del sinalagma funcional. El Código Civil y Comercial no ha previsto expresamente ese supuesto, como lo hacía el Código de Vélez en el art. 895. No obstante, la solución no puede ser otra, porque la quiebra irreversible del nexo de interdependencia de las prestaciones frustra la función que sirve de razón justificativa del contrato y se configura la falta de subsistencia de la causa prevista en el art. 1013 del Cód. Civ. y Com., que provoca la extinción del contrato.

### II.1.d. La imposibilidad temporal

Cuando la imposibilidad sobrevenida objetiva y absoluta es temporaria, por vía de regla, la obligación no se extingue, aunque el deudor se libera de las consecuencias de la mora (art. 888 del Cód. Civ. y Com.). Únicamente se produce la extinción de la obligación cuando el plazo es esencial o cuando la duración del impedimento frustra el interés del acreedor de modo irreversible (art. 888 del Cód. Civ. y Com.). Huelga reiterar que la

extinción de la obligación de una de las partes en tales hipótesis de excepción desencadena la extinción del contrato bilateral.

La legislación de emergencia que puede afectar el cumplimiento de contratos en vías de ejecución tiene, en principio, un alcance temporal. Por lo tanto, los impedimentos que pueden provocar para el cumplimiento de las obligaciones nacidas de ese contrato, correlativamente, tendrán, de ordinario, ese alcance y son susceptibles de encuadrar en el supuesto del art. 888 del Cód. Civ. y Com.

### II.1.e. La asunción convencional del caso fortuito

Entre los supuestos en que la imposibilidad o el caso fortuito no obstan a que el deudor sea responsable por el incumplimiento, el inc. a) del art. 1733 del Cód. Civ. y Com. menciona los casos en que lo haya tomado convencionalmente a su cargo. Una cláusula de este tipo solo se concibe en los contratos paritarios. En los contratos en que existe una diferencia en el poder de negociación entre las partes, como ocurre en los contratos por adhesión a condiciones generales o en los contratos de consumo, una estipulación de esta índole configura una cláusula abusiva. Así como son abusivas las cláusulas de eximición de responsabilidad de la parte con un poder de negociación dominante, con igual o mayor razón deben serlo estas que cargan a la parte débil con una responsabilidad excepcional.

En los contratos en que se incluye una cláusula de este tipo, se suele delimitar el hecho que constituye el caso fortuito y los alcances de la imposibilidad. La interpretación debe ser restrictiva y ceñirse a los límites estrictos que es dable asignar a la asunción.

### II.1.f. La prueba del caso fortuito

El deudor que lo alega carga con la prueba del caso fortuito; así lo prescribe el art. 1736 del Cód. Civ. y Com.

## II.2. La imprevisión

### II.2.a. La fuerza obligatoria del contrato y el cambio de circunstancias

Los que contratan lo hacen en el ámbito de ciertas circunstancias de hecho, económicas ju-

rídicas y de otra índole, existentes en el momento de la celebración del acuerdo, que configuran el contexto dentro del cual deciden manifestar el consentimiento para celebrar el contrato. Ahora bien, frecuentemente se celebran contratos que no agotan sus efectos en el momento de su perfeccionamiento, sino que generan una relación destinada a prolongarse en el tiempo. En tales casos cabe plantear el interrogante acerca de si, cuando se produce un cambio de las circunstancias originarias, pendiente la actuación del programa negocial, puede una de las partes desligarse del contrato. La respuesta, por vía de regla, es negativa. El contrato es, por antonomasia, un acto de previsión; cuando se ha decidido que su ejecución dure o se difiera en el tiempo, lo que las partes persiguen es que lo convenido subsista a pesar del cambio ulterior de las circunstancias de hecho.

Pero esa regla que se deriva del principio básico *pacta sunt servanda* no puede ser absoluta; cuando el cambio de circunstancias destruye la relación de equivalencia entre las prestaciones y el contrato pierde su sentido originario, su inflexible aplicación puede conducir a soluciones reñidas con los más elementales postulados de justicia. El instituto de la imprevisión persigue establecer un equilibrio entre el valor justicia y el valor seguridad, que no son valores antitéticos, sino que se complementan.

## II.2.b. Requisitos de la imprevisión

### II.2.b.1. Ámbito de aplicación

El art. 1091 del Cód. Civ. y Com. regula la imprevisión. El ámbito de aplicación de la figura comprende los contratos conmutativos de ejecución diferida o continuada. El supuesto de la imprevisión presupone alteraciones de las circunstancias que se producen durante la existencia de un contrato cuya vida se prolonga en el tiempo. Tal ocurre cuando se prevé que su ejecución se difiere a un plazo (contratos de ejecución diferida); o que la ejecución debe continuarse en el tiempo (contratos de duración); o que la ejecución requiere necesariamente del tiempo, como sucede en la categoría intermedia de contratos de ejecución prolongada, a la que pertenece principalmente el contrato de obra.

El Código Civil y Comercial emplea la expresión, no muy apropiada, de “contratos de ejecución diferida o permanente” para identificar a estos contratos. Los contratos conmutativos son una variedad de los contratos onerosos en que la efectiva entidad de las prestaciones de las partes es susceptible de una apreciación inmediata y cierta en el momento en que se celebra el contrato. Con respecto a los contratos aleatorios, otra variedad de los contratos onerosos, en que la relación entre ventajas y pérdidas depende de un acontecimiento incierto, debido a que las partes asumen riesgos contrapuestos y equivalentes, solo cabe incluirlos cuando la excesiva onerosidad de una de las prestaciones de las partes obedezca a causas extrañas al riesgo propio del contrato. Finalmente, están excluidos los contratos a título gratuito.

### II.2.b.2. La excesiva onerosidad

El primer requisito de la figura de la imprevisión consiste en que la prestación de una de las partes se torne excesivamente onerosa en el contrato: es necesario que se altere profundamente la relación de equilibrio originaria que existía entre las prestaciones de los contratantes. No se enuncia un límite cuantitativo rígido para medir el desequilibrio y la excesiva onerosidad; se trata, por ende, de una cuestión de hecho que debe evaluada en cada caso concreto por el juez. Tal apreciación debe hacerse sobre la base de un criterio objetivo: la prestación debe haberse tornado excesivamente onerosa en sí misma considerada, con prescindencia de las particulares condiciones económicas del obligado y de la repercusión singular que un acontecimiento pueda producir en su patrimonio. La excesiva onerosidad resulta de confrontar el equilibrio inicial de las prestaciones con el desequilibrio sobrevenido, y se produce cuando en tal comparación se incrementa excesivamente la onerosidad de la prestación de la parte afectada o se degrada considerablemente el valor retributivo de su contraprestación. En la valoración de la excesiva onerosidad se prescinde de la situación económica del perjudicado, desde que dicha estimación se verifica mediante el referido cotejo entre prestación y contraprestación.

### II.2.b.3. Alteración extraordinaria e imprevisible de las circunstancias

El segundo requisito de la imprevisión estriba en que la excesiva onerosidad de la prestación de una de las partes debe ser causada por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración. Tal alteración de las circunstancias presupone la existencia de acontecimientos cuya superveniencia tiene los caracteres suficientes para generarla. Se trata de acontecimientos fuera de lo común, insólitos, que no es normal que se verifiquen y que le confieren al cambio de circunstancias su carácter de extraordinario. Ahora bien, lo extraordinario está entrelazado de manera inseparable con la imprevisibilidad, porque el criterio de diferenciación de lo ordinario con lo extraordinario radica, fundamentalmente, en el grado de probabilidad con que es dable prever la verificación de un suceso; consecuentemente, se adjudica al cambio de circunstancias el carácter de imprevisible.

#### II.2.b.3.a. La imprevisibilidad

El acontecimiento perturbador puede ser natural, humano, político, económico, normativo o una pandemia, como en este caso excepcional. Determinar cuándo es imprevisible es una cuestión de hecho que debe resolverse teniendo en cuenta el grado concreto de especificidad con el cual resulta posible preverlo. Desde un punto de vista genérico, es posible prever la existencia de un conflicto bélico en una zona conflictiva, de granizos de acentuado poder destructor, de avances tecnológicos de trascendencia, pero no se puede anticipar cuándo se producirán esos fenómenos o la intensidad, repercusión y duración de ellos. El acaecimiento de tales sucesos constituye una anomalía que le asigna el carácter de imprevisibilidad requerido por la figura. La pandemia del coronavirus reúne de modo paradigmático los rasgos que cabe atribuir a la imprevisibilidad.

#### II.2.b.3.b. La depreciación monetaria

Un párrafo especial merece la depreciación monetaria. En la convulsionada historia económica de nuestro país, la inflación ha estado equinostada en su desenvolvimiento, de modo

que los operadores en el mercado han debido frecuentar con ella un trato cotidiano, salvo escasas excepciones. La inflación, por ende, no ha reunido los requisitos para constituir un acontecimiento imprevisible o extraordinario. Empero, tal ha ocurrido con respecto a la inflación que puede calificarse de estructural, dentro de los límites de lo acostumbrado. No sucedió lo mismo en oportunidades en que la inflación tuvo un salto súbito e inesperado por medidas gubernamentales que causaron un profundo impacto desequilibrador en el campo de los negocios. Tuvo su origen en varios acontecimientos, tales como el que recibió el apelativo de “la tablita”, con el que se pretendió anticipar el porcentaje de la devaluación; o el denominado “Rodrigazo”, con un ajuste que a la duplicación de precios le sumó una fuerte devaluación; o la crisis del año 1989, que desencadenó una hiperinflación. En todas estas situaciones, la inflación, que era un ingrediente infaltable que acompañaba el desenvolvimiento económico, se transformó en un suceso extraordinario e imprevisible por su desmesura y el carácter subitáneo de su impacto.

II.2.b.3.c. El cambio de circunstancias debe ser sobrevenido

El cambio de las circunstancias y el acontecimiento que lo genera deben verificarse después de la celebración del contrato; si ya existían en ese momento, aunque eran desconocidos por las partes, las consecuencias de la inexacta representación de la realidad por los contratantes solo pueden ser subsanadas con las disposiciones relativas a los vicios de la voluntad.

#### II.2.b.3.d. Diferencia con el caso fortuito

El acontecimiento extraordinario e imprevisible que produce el cambio de circunstancias reviste la misma naturaleza que el caso fortuito. La diferencia fundamental estriba en los efectos que tiene el suceso en el cumplimiento de la obligación: mientras el caso fortuito provoca la imposibilidad de cumplir la obligación, en la imprevisión, el cumplimiento es posible, aunque la prestación del afectado se torna excesivamente onerosa porque se subvierte la relación de equivalencia originaria entre las prestaciones.

#### II.2.b.4. Nexo causal entre el cambio de circunstancias y el desequilibrio

El tercer requisito de la imprevisión es que la alteración de las circunstancias sobrevenga por causas ajenas a las partes. Se excluyen las situaciones en las cuales en el nexo causal entre el extraordinario cambio de circunstancias y el desequilibrio que provoca interfieren hechos imputables al perjudicado. Tal ocurre cuando este se encuentra en mora al tiempo de producirse la alteración de las circunstancias., siempre que dicha mora sea la causa del agravamiento de su situación.

#### II.2.b.5. La ajenedad del desequilibrio con respecto al riesgo asumido por la parte afectada

El cuarto requisito de la imprevisión es que el desequilibrio provocado por la alteración de la circunstancia debe ser ajeno al riesgo asumido por la parte afectada. La excesiva onerosidad de la prestación de la parte perjudicada no debe estar comprendida en el alea normal del contrato en cuestión. En la tarea concreta de determinar el alcance de este requisito cabe tener en consideración el tipo contractual, las coyunturas del mercado y todo otro dato complementario, para determinar el concreto régimen de reparto de riesgos en la singular relación contractual de que se trate. Para ilustrar esta idea, cabe pensar que, si el contrato opera en un mercado donde son habituales marcadas oscilaciones de precio —p. ej., los negocios de bolsa—, entran en el riesgo normal del contrato los desequilibrios de entidad mayor que los admisibles en otros tipos de transacciones.

### II.2.c. Efectos

#### II.2.c.1. La resolución o la adecuación del contrato. Opción de la parte perjudicada. Situación de la contraparte

Cuando se dan los requisitos del supuesto de la imprevisión mencionados, el art. 1091 del Cód. Civ. y Com. confiere a la parte perjudicada el derecho de solicitar judicialmente la resolución total o parcial del contrato o su adecuación. Representa un avance con respecto a la legislación precedente que el Código Civil y Comercial expresamente reconozca el derecho del perjudicado a solicitar la adecuación del contrato.

Con ello se supera una polémica que se había generado durante la vigencia del Código Civil. Empero, inexplicablemente, no se ha seguido el mismo temperamento con respecto al reconocimiento expreso del derecho del damnificado para solicitar la adecuación o bien, en su caso, la resolución. Pese a esa omisión, la opinión prevaleciente en la doctrina se inclina por admitir la legitimación de la contraparte del perjudicado para el ejercicio de tales pretensiones (3).

#### II.2.c.2. Alcance de la resolución y de la adecuación

La resolución entraña la disolución del vínculo contractual tiene, en principio, efecto retroactivo y puede ser total o parcial.

La adecuación permite la subsistencia del vínculo contractual; tan solo consiste en reajustar el contenido del contrato de modo que desaparezca la excesiva onerosidad de la prestación del perjudicado, bien sea disminuyendo su monto o aumentando la entidad retributiva de la contraprestación. Tal revisión del contrato debe ser hecha equitativamente, cuestión que debe ser resuelta en cada caso concreto. Como criterio de orientación es dable considerar que no supone necesariamente el restablecimiento perfecto del equilibrio que existía en el momento de la celebración el contrato. Todo contrato a término está sujeto a un riesgo normal que

(3) En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se señala que en el capítulo concerniente a la extinción, modificación y adecuación del contrato “se siguen las pautas del Proyecto de 1998”, con algunas adaptaciones. “Corresponde observar que en lo relativo a la legitimación para al ejercicio de los remedios previstos, lamentablemente, existió un apartamiento inmotivado y carente de justificación del antecedente que se menciona como fuente. En efecto, el art. 1091 del Cód. Civ. y Com. se ha limitado a reproducir, con algunas ligeras variantes, el art. 1060 del Proyecto de 1998. Empero, ha prescindido de prestar atención al art. 1061 de dicho Proyecto que integra y define los alcances de régimen previsto en materia del ‘funcionamiento’ de la legitimación en el instituto de la imprevisión”. El mencionado art. 1061 del Proyecto de 1998, clave en la cuestión, prescribe: “Si una parte pretende la rescisión del contrato, la otra parte puede impedirla ofreciendo la adecuación de las prestaciones. Si una de las partes pide la adecuación del contrato, la otra puede requerir la rescisión”. Véase, sobre el tema, APARICIO, Juan M., “Contratos. Parte general”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., arts. 1301 y 1392, p. 273.

impide pronosticar con seguridad cuáles serán las ventajas que en definitiva su cumplimiento puede proporcionar a las partes, según los posibles cambios de las condiciones económicas existentes en su celebración. La adecuación del contrato solo persigue eliminar el exceso de onerosidad, sin que deba procurar toda la utilidad que el perjudicado aspiraba a obtener de su prestación en la situación de hecho originaria. El objetivo de la revisión del contrato consiste en expurgar de este la injusticia que ha venido a producirle el cambio extraordinario de circunstancias. Se trata de eliminar el gravamen que puede reputarse desmesurado o exorbitante para el perjudicado, el que, según las circunstancias, debe hacerse cargo del alea normal del contrato.

El efecto de la imprevisión es el de conferir estas dos pretensiones: la de resolución o la de adecuación.

### II.2.c.3. La evolución en cuanto al ejercicio de ambas pretensiones

El Código Civil italiano, que fue un Código precursor en la reglamentación de la figura y fuente de su incorporación al Código Civil por la reforma de su art. 1198 que llevó a cabo la ley 17.711, se inspiró en el criterio de que la consecuencia normal de la *sopravvenienza* era la resolución, en cuanto satisfacía plenamente el interés del afectado al permitirle desvincularse de un negocio cuya economía se había subvertido profundamente por causa del evento perturbador sobrevenido. Por ello, a la parte cuya prestación se había tornado excesivamente onerosa le confería exclusivamente el derecho de demandar la resolución del contrato que operaba su extinción. Empero, tal resolución no constituía un efecto automático y forzoso de esa pretensión cuando se daba el supuesto sobre el que se fundaba, sino que se admitía que la contraparte del perjudicado pudiera evitarla ofreciendo mejorar equitativamente las condiciones del contrato.

El art. 1198 del Cód. Civil reprodujo esa solución. El paso del tiempo demostró que no era la más aconsejable y se invirtió el enfoque. Prevalece en la actualidad el criterio de que, en contratos en crisis, debe priorizarse la renegociación entre las partes, con miras a adecuarlo a

las nuevas circunstancias y, de este modo, conservarlo, evitando su extinción (4).

En la doctrina italiana, pese a que se ha impuesto una interpretación rígida, apegada al texto del art. 1467 del Cód. Civil italiano, con respecto a la legitimación para el ejercicio de la pretensión de revisión del contrato, se ha llegado a propugnar que en contratos gravemente afectados por el cambio de circunstancias existe una obligación de renegociar, de fuente legal, que se inserta en el reglamento contractual por vía de integración y cuya fuente es el principio de buena fe (5).

(4) En esta orientación cabe incluir a los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (art. 6.2.3); los Principios del Derecho Europeo de Contratos (art. 6.111); el Proyecto de Parte General del Derecho Europeo de Contratos de Pavia (art. 157).

(5) Véase ROPPO, Vincenzo, "Il contratto", Ed. Giuffrè, Milano, 2001, p. 1046. Los ejemplos se refieren a contratos de obra que importan una operación compleja de notable trascendencia económica, que, una vez iniciada, su continuación se torna irreversible: piénsese, así, en la construcción de un importante puente, una plataforma petrolífera, una usina nuclear o un contrato de eliminación de residuos tóxicos. Asimismo, se ha sostenido que no solamente la excesiva onerosidad de la prestación, sino también nuevos criterios de oportunidad pueden convertir en pésimo un contrato que fue equitativo. Se da como ejemplo el contrato de obra, cuando los materiales que según el contrato deben emplearse para su ejecución se vuelven vetustos y el progreso técnico brinda la oportunidad de adquirir otros de menor precio y mejor calidad. Agrega como ejemplo la modificación de un curso de agua que obliga a modificar el proyecto de construcción de un puente. En tales casos, se afirma, la equidad exige dar un paso adelante para entender que el contrato contiene sobreentendida la cláusula de renegociar, en virtud de la cual un dato que se transforma en obsoleto puede ser sustituido por el dato actualizado y oportuno (SACCO — DE NOVA, "Il contratto", 2004, 3ª ed., t. II, p. 722). Los autores citados engloban a estos supuestos bajo la denominación de *sopravvenienza atipica*. Por su parte, en el derecho francés, si bien la jurisprudencia administrativa admitió la imprevisión a partir del caso de la "Compañía General de Burdeos" resuelto por el Consejo de Estado el 30/03/1916, la jurisprudencia de la Corte de Casación le fue adversa a partir de la célebre sentencia del 06/03/1876, en el caso del "Canal de Crappone". La reforma que introdujo al régimen de los contratos del Código Civil la *Ordonnance* 2016-131 incorporó la figura en el art. 1195 de dicho Código, terminando con el aislamiento, cada vez más solitario, del derecho francés respecto del resto de los derechos de los países europeos. El citado art. 1195 sigue los lineamientos de los Principios del Derecho Europeo del Contrato y los de UNIDROIT.

#### II.2.c.4. Complementación de las pretensiones

En la opción entre la pretensión de resolución o de adecuación del contrato, si bien en la actualidad se piensa que debe promoverse el ejercicio de la segunda, en cuanto conduce a su conservación y, a su vez, fomenta su renegociación entre los interesados, no puede perderse de vista que en los casos concretos ambas pretensiones, en definitiva, se complementan. Cuando la adecuación, según las circunstancias, no resulta factible, no queda otra alternativa para el juez que ordenar la resolución.

#### II.2.c.5. *Quid* de la imprevisión como excepción

Como se ha señalado, la consecuencia del supuesto de hecho de la imprevisión consiste en que el art. 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación confiere a la parte perjudicada la posibilidad de optar entre pretensiones: la de resolución o la de adecuación. Para neutralizar este reclamo, a su vez, la contraparte del perjudicado puede oponerse y proponer, aunque sea de manera subsidiaria, el remedio opuesto al escogido por el afectado. El juez que resuelva ese conflicto debe decidir cuál de esas pretensiones es procedente. Ahora bien, el art. 1091, al referirse a la opción del perjudicado, expresa que puede plantear esas pretensiones por vía de acción o de excepción. Constituye un contrasentido técnico pensar en que una pretensión pueda articularse por vía de una excepción. Solo es dable ejercerla mediante una demanda o una reconvencción. Piénsese en la dificultad insoluble de determinar el eventual alcance y contenido que podría tener un pronunciamiento judicial que acogiera una atípica excepción del género. Estos casos requieren un tratamiento lineal, sin artificiosos recovecos ni innecesarias dilaciones.

Por consiguiente, el único recurso para superar el mencionado contrasentido estriba en

---

Los trabajos que abordan en Francia las herramientas legales cuya aplicación puede ser de utilidad para regular los efectos de la pandemia asignan un importante papel a la imprevisión. Véase el trabajo de MEKKI, Mustapha, "De l'urgence à l'imprevu du COVID-19...", ob. cit., ps. 172-174; ZIADÉ, Roland, "L'impact du COVID-19 sur les contrats commerciaux", *AJ Contrat*, abril/2020, Ed. Dalloz, ps. 180-181.

entender que el art. 1091 utiliza el término "excepción" en un sentido impropio, como equivalente a medio de defensa, cuando se le exige al perjudicado el cumplimiento de la prestación que se ha tornado excesivamente onerosa. Puede en tal caso valer de alguna de esas pretensiones, pero, desde el punto de vista procesal, deberá articularlas por vía de una demanda reconvenccional.

#### II.2.c.6. *Quid* de la legitimación del tercero

El párrafo final del art. 1091 establece que igual regla se aplica respecto de los terceros a quienes les han sido conferidos derechos o asignadas obligaciones, resultantes del contrato. Dicho párrafo tiene como antecedente el art. 1060 del Proyecto de 1998; en los Fundamentos se indica como fuente al art. 6.258.1 del Cód. Civil de los Países Bajos. Es desaconsejable el trasplante fragmentario de textos de un Código vigente, cuando no se cuenta con un conocimiento cabal de su sistema normativo, máxime cuando el acceso a dicho conocimiento se ve obstaculizado por la frontera que representa el idioma. De todos modos, pensar que terceros cesonarios de créditos o de deudas derivadas de un contrato pueden ser legitimados para pedir la resolución del que no son partes es una incoherencia que destruiría en su misma esencia y razón de ser el principio del efecto relativo del contrato. Los derechos a pedir la resolución del contrato o su adecuación pertenecen a la categoría de los denominados "potestativos" y, por lo tanto, solo las partes del contrato están legitimados para ejercerlos, o los cesonarios de la posición contractual de cada una de ellas. Si se examina el texto del citado art. 6.258.1 del Código de los Países Bajos en la traducción inglesa, que es la que circula, se advierte que su apart. 3º —que es parecido, pero no igual, al texto del art. 1091 del Cód. Civ. y Com.— no se hace referencia a un tercero, sino a una persona a quien se le transmite un derecho u obligación, y también agrega que esa persona queda equiparada a la parte original del contrato, lo que traduce la idea de un reemplazo y sustitución de ella. No puede darse otra interpretación a este párrafo analizado del art. 1091 del Cód. Civ. y Com. Corresponde sustituir la conjunción disyuntiva "o" por la conjunción copulativa "y", para así entender que el único tercero al que el precepto puede haberse referido es aquel al que se le trans-

miten en bloque los derechos y obligaciones de uno de los contratantes, esto es, la posición contractual. De este modo, deja ser tercero para convertirse en parte y queda legitimado para ejercer los derechos potestativos que a esta le corresponden (6).

## II.2.d. Remedios convencionales: cláusula de renuncia

### II.2.d.1. Las cláusulas *hardship*

Además de este remedio de los desequilibrios contractuales que la ley prevé de modo genérico, en virtud del principio de autonomía queda un ámbito librado a la voluntad de las partes para que ellas puedan estipular cláusulas que permitan adaptarlo a un cambio de circunstancias. Merecen especial atención a este respecto las cláusulas denominadas *hardship*, difundidas en la práctica del comercio internacional. Con ese nombre se entiende designar a las estipulaciones que autorizan la revisión del contrato en supuestos de cambios sobrevenidos de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, que alteran sustancialmente el equilibrio originario de las obligaciones de las partes. Existen contratos que tienen por objeto la proyección de grandes obras que exigen ingentes inversiones y que requieren de un prolongado período de tiempo para su ejecución. Tales contratos crean una suerte de connubio entre las partes en el que el divorcio es costoso y destructivo. Por tal motivo, las partes prevén cláusulas que las obligan a renegociar cuando se produ-

ce la situación de *hardship* y a colmar lagunas cuando medie un desacuerdo entre las partes.

### II.2.d.2. La cláusula de renuncia

Se discute el carácter que cabe asignar a las normas que prevén la imprevisión y a la posibilidad de que se convengan cláusulas en que una de las partes de un contrato renuncie a la aplicación de la figura y se haga cargo de las consecuencias del cambio de circunstancias sobrevenido. Una tesis afirma que la reglamentación de la imprevisión interesa al orden público y, por ende, no es dable que se excluya su aplicación por un acuerdo de partes. La otra tesis se inclina por admitir la posibilidad de tales convenios y la vigencia de la autonomía en la materia. Su fundamento resulta inobjetable. El Código Civil y Comercial autoriza expresamente la validez del convenio de partes en el que el deudor se obliga al cumplimiento, aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad [art. 1733, inc. a)]. Como los hechos constitutivos del caso fortuito son de la misma naturaleza de los acontecimientos que provocan el cambio extraordinario de circunstancias en la imprevisión, en cuanto ambos participan de los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad, cabe colegir que no existe ningún obstáculo para que una de las partes en un contrato pueda asumir a su exclusivo cargo las consecuencias del extraordinario cambio de circunstancias que genera el desequilibrio originario de las prestaciones.

### II.2.d.3. Límites de la autonomía

Empero, ambas concesiones a la autonomía tienen sus límites. En los contratos en que existe un desequilibrio del poder de negociación de las partes, una cláusula de este jaez, en la medida en que afecte la posición de la parte débil, puede constituir la expresión paradigmática de una cláusula abusiva. Reviste ese carácter en los contratos de consumo en cuanto afecte al consumidor. También puede ser considerada una cláusula abusiva en los contratos por adhesión a cláusulas generales cuando compromete la situación del adherente, sin ninguna contrapartida que puede servirle de justificación.

(6) La idea expuesta está corroborada en un trabajo escrito por Mirella E. M. G. Pelletier, en el cual la autora propone una serie de casos para ilustrar el supuesto previsto por el art. 6.258 del Código de los Países Bajos. Uno de ellos es la idealización del célebre caso del “Canal Crapponne” resuelto en Francia. Al dar respuesta a la pregunta sobre si los herederos del contratante que pactó originariamente el pago del canon por el uso del canal deben responder, expresa, que por aplicación del art. 6.258 del Cód. Civil holandés expresa que sí podían hacerlo, puesto que han adquirido los derechos de la parte primitiva del contrato, lo que equivale a indicar que se han convertido en parte. PELLETIER, Mirella E. M. G., “Duch report”, Research Office, Supreme Court of the Netherlands, The Hague; puede verse en [www.Unexpectec-circumstances.org/Duch%2020no.%2006.doc](http://www.Unexpectec-circumstances.org/Duch%2020no.%2006.doc).

Este tipo de renunciaciones debe manifestarse en términos expresos e inequívocos.

### II.3. La frustración del fin del contrato

#### II.3.a. Antecedentes de la figura

##### II.3.a.1. La presuposición

Otro remedio para los desequilibrios contractuales que el Código Civil y Comercial reglamenta es la frustración del fin del contrato. Los antecedentes de la figura se encuentran en el derecho alemán. En las postrimerías del siglo XIX, la escuela pandectista se planteó como tema de investigación el análisis psicológico del contenido de la voluntad y de las representaciones mentales de las partes contratantes. Se trataba de analizar la influencia que puede tener en la vida del negocio el cambio de los presupuestos con los que las partes contaron o bien se representaron al celebrar el acto. El punto de arranque de estas inquietudes fue la teoría de la presuposición de Windscheid, concebida como una expectativa o creencia sin la cual el que emite una declaración de voluntad no la habría emitido. Se trata de una condición no desenvuelta y, al igual que la condición, constituye una autolimitación de la voluntad. Cuando esa presuposición se pone de manifiesto de modo cognoscible, si se comprueba la ausencia de ella, los efectos jurídicos del negocio carecen de fundamento.

##### II.3.a.2. La base del negocio o la presuposición bilateral

Oertmann, que se sumó a las críticas que provocaron su rechazo en la elaboración del Código Civil alemán, objetaba que la doctrina de Windscheid, por su enfoque unilateral, solo tenía en cuenta la manifestación de voluntad del declarante, prescindiendo de la aprobación del destinatario, único modo en que podía convertirse en elemento del negocio. Elaboró así la doctrina de la presuposición bilateral, denominada “de la base del negocio”. Oertmann perseguía darle solución a aquellos contratos en los cuales, por el cambio de circunstancias acaecido a raíz de la guerra, se había producido la pérdida de la relación de equivalencia entre las prestaciones. A semejanza de lo que pre-

nizaba la doctrina tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus*, si se pretendía remediar esa situación mediante la aplicación de la doctrina de la presuposición bilateral, debería admitirse que las partes al contratar habían tenido como presupuesto la permanencia de las circunstancias económicas existentes al tiempo de la celebración. Mereció críticas en el sentido de que, como, en realidad, las partes no pudieron prever y ni siquiera a ellas se les pasó por la mente la posibilidad de esa alteración, mal podía pensarse que pudieran haber basado su voluntad sobre el presupuesto de que esa alteración no se produjera (7).

##### II.3.a.3. La base subjetiva del negocio

Para superar estas objeciones se terminó por entender que la denominada base del negocio debía desdoblarse en dos categorías: la base del negocio subjetiva y la base del negocio objetiva, las que debían recibir un tratamiento diferente.

(7) El autor ha tratado el tema en “Contratos. Parte general”, ob. cit., t. 2, a cuya bibliografía se remite. No obstante, cabe mencionar: WINDSCHEID, Bernard, “Diritto delle pandette”, trad. y notas de C. Fadda y P. E. Bensa, Ed. Utet, Torino, 1930, t. I, p. 332, párr. 97; FADDA, C. — BENSA, P. E., “Note de traduttori”, en el t. IV de la obra citada, ps. 560 y ss.; OERTMANN, Paul, “Introducción al derecho civil”, Ed. Labor, Barcelona, 1833, ps. 238 y 332; LARENZ, Karl, “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; *idem*, “Parte general”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, ps. 535 y ss.; LEHMANN, Heinrich, “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Derecho Privado, Madrid, 1956, ps. 417 y ss.; MARTORANO, Federico, “Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti”, *Rivista di Diritto Civile*, 1958, ps. 169 y ss.; SCOGNAMIGLIO, “Presupposizione e comune intenzione delle parti”, *Rivista di Diritto Commerciale*, nro. 185-II, p. 130 y ss.; LEÓN, Pedro, “La presuposición en los actos jurídicos”, en *Estudios en homenaje a Vélaz Sarsfield*, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1936, ps. 225 y ss.; ORGAZ, Alfredo, “El contrato y la doctrina de la imprevisión”, en *Nuevos estudios de derecho civil*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, ps. 25 y ss.; ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, ob. cit., p. 1038; FLUME, Werner, “El negocio jurídico”, Ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, ps. 282 y ss.; PAOLINI, Elena, “La causa del contratto”, en GALGANO, Francesco (dir.), *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Ed. Cedam, Padova, 1999; ESPERT SANZ, Vicente, “La frustración del fin del contrato”, Ed. Tecnos, Madrid, 1968; FREYTES, Alejandro E., “La frustración del fin del contrato”, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2016, 2ª ed.

La base subjetiva del negocio es la común representación mental por la que los contratantes se han guiado para fijar el contenido del contrato. Cuando esa representación no concuerda con la realidad, la base del negocio desaparece y ambas partes incurrir en un error en los motivos, error compartido, que es un vicio de la voluntad y provoca la nulidad del contrato. Ese supuesto, en nuestro derecho, está previsto en el art. 267, inc. d), del Cód. Civ. y Com. Si se trata de un error de cálculo, en principio, solo da lugar a la rectificación, salvo que sea determinante del consentimiento (art. 268 del Cód. Civ. y Com.).

#### II.3.a.4. La base objetiva del negocio

La base objetiva del negocio, a su vez, es el conjunto de circunstancias y el estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según la intención de ambos contratantes, pueda subsistir como una regulación dotada de sentido. La base del negocio desaparece cuando esas circunstancias se alteran o modifican en dos hipótesis: a) Cuando la relación de equivalencia entre las prestaciones se destruye, de modo que ya, propiamente, no cabe hablar de contraprestación. Son los supuestos que en nuestro derecho se comprenden dentro de la figura de la imprevisión. b) Cuando la común finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible.

En la reforma que experimentó el BGB relativa al derecho de obligaciones, con vigencia a partir del año 2002, el § 313 incorporó este instituto de la base del negocio, en el que la frustración del fin del contrato constituye una especie del género que es la base objetiva del negocio y que se integra con otra especie que en nuestro derecho es la figura de la imprevisión.

### II.3.b. Supuestos de frustración del fin

#### II.3.b.1. Los casos de la coronación

Entre los ejemplos de la frustración del fin, se suele mencionar repetidamente, en primer lugar, los casos de la coronación, que se plantearon en el derecho inglés. Los diferen-

dos se originaron en el arriendo de una habitación ("Chandler v. Webster") o de una ventana ("Krell v. Henry") con el propósito de ver el desfile de la coronación de Eduardo VII los días 26 y 27/06/1902, desfile que debió cancelarse con motivo de la enfermedad del soberano. Los locatarios solicitaron la devolución de las sumas que habían anticipado como pago de los referidos arrendamientos; los pronunciamientos fueron contradictorios.

#### II.3.b.2. "*L'impossibilité de jouissance*"

En materia de arrendamiento, otros casos se dieron en el derecho francés, en los que se había alquilado un inmueble para la explotación de una industria, de una estación de venta de combustibles o de un negocio de diversión nocturna; asimismo, el uso de una pared para la colocación de un cartel luminoso. Empero, el uso con tales destinos de tales bienes fue prohibido con posterioridad a la celebración de esos contratos, al estallar la Primera Guerra Mundial. En el derecho francés esos casos fueron considerados como manifestaciones de la imposibilidad: *impossibilité de jouissance*.

#### II.3.b.3. La jurisprudencia nacional

Vigente el Código Civil, también la jurisprudencia nacional resolvió algunos casos en los que, por aplicación del principio de buena fe, se entendió que se había producido la frustración del fin del contrato. Tales fueron el arrendamiento de un local en una galería o *shopping center*, desde que se había producido el fracaso de ese emprendimiento (8); o un contrato de aparcería para realizar una explotación pecuaria que no podía llevarse a cabo por la falta de agua suficiente para el riego (9).

#### II.3.b.4. *El caso especial de la locación en nuestro derecho*

Cabe destacar que el art. 1522 del Cód. Civil prescribía que, si por caso fortuito o de fuerza mayor el locatario se ve impedido de usar

(8) CNCiv., sala M, "Alerse SRL c. Carrefour Argentina SA", LA LEY 1998-E, 565; CNCiv., sala H, "Carrefour SA c. Kids and Co. SRL", LA LEY 1995-C, 19.

(9) CNCiv., sala F, "Turay SRL c. Nahuel SA", LA LEY 1997-D, 341.

la cosa o esta no puede servir para el objeto de la convención, es decir, para el uso al que está destinada, tiene derecho a pedir la rescisión del contrato o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Esta norma ha sido reproducida por el art. 1203 del Cód. Civ. y Com. La aplicación de este precepto, interpretado en su recto alcance, hubiese permitido resolver las hipótesis a las que se ha hecho referencia, en cuanto la norma constituye una expresión de lo que cabalmente es dable pensar constituye el fin del contrato. El caso fortuito o de fuerza mayor que no afecta materialmente a la cosa dada en locación, pero frustra el fin para el cual ha sido dada en arrendamiento, esto es, el uso al que está destinada, autoriza al locatario ya sea a rescindir el contrato o a suspender el pago del precio mientras se mantenga el impedimento.

Un ejemplo dado por el Codificador en la nota al art. 1522 tiene hoy actualidad. Es el caso de una epidemia en que razones sanitarias impidan el uso al que esté destinada la cosa. Piénsese, pues, en las posibilidades de aplicación de la norma reproducida por el art. 1203 del Cód. Civ. y Com., en las actuales circunstancias.

### II.3.c. El Código Civil y Comercial

#### II.3.c.1. La asociación con la causa

El Código Civil y Comercial, de modo expreso y diferenciado de la imprevisión, ha incorporado la figura de la frustración. En verdad, ella está emparentada con la presuposición. Esta doctrina se nutre de una intuición certera y fecunda en lo concerniente al contenido del contrato. Para determinar dicho contenido, no solamente debe considerarse lo que las partes ponen en él, sino que no puede dejarse de reparar en lo que han presupuesto, pese a haber omitido consignarlo, por ese mismo hecho de presuponerlo. Existen casos en los que lo presupuesto no está fuera de su voluntad, sino, por el contrario, en el fondo y raíz de ella. Prescindir de tales presupuestos puede conducir, por ende, a mutilar el contrato en la misma base sobre la que reposa la voluntad.

Cabe anticipar que en el Código Civil y Comercial la frustración del fin del contrato aparece asociada con la noción de causa del contrato.

Se trata de fines que se causalizan, como se verá, y su frustración configura una alteración funcional de la causa que desvirtúa y priva de justificación al intercambio.

#### II.3.c.2. Requisitos

##### II.3.c.2.a. Alteración extraordinaria de las circunstancias

El primer requisito de la figura guarda similitud con el previsto en materia de imprevisión: se requiere una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato que sea ajena a las partes.

##### II.3.c.2.b. La finalidad del contrato

El elemento central de la figura es que esa alteración de las circunstancias, con las modalidades indicadas, ocasione “la frustración definitiva de la finalidad del contrato”. La cuestión fundamental en esta figura radica en qué debe entenderse por finalidad del contrato. De ordinario, el fin con trascendencia jurídica es “el inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad” y le da su fisonomía al acto jurídico, como lo expresa el art. 281 del Cód. Civ. y Com., al definir la causa. Los móviles, los fines mediatos que impelen a las partes a celebrar el contrato, por vía de regla, carecen de gravitación. Empero, cuando los motivos exteriorizados sean lícitos y hayan sido incorporados al acto “en forma expresa o tácitamente si son esenciales para ambas partes”, pasan a integrar la causa. El tema que se ventila con el instituto de la frustración del fin del contrato se relaciona concretamente con esos motivos que, por constituir un presupuesto del contrato, pasan a formar parte de su contenido. Se traducen en circunstancias o situaciones cuya existencia se han representado los interesados con una eficacia determinante para la celebración y subsistencia del contrato, por lo que han pasado a constituir la base del negocio. En este hacer suyo, compartir una de las partes el motivo del otro, de modo que influya en la determinación contractual hasta el punto de integrar el contenido del contrato, reside el *quid* fundamental de la figura. De esa manera se configura la esencialidad mentada en el art. 281 del Cód. Civ. y Com., aunque el motivo pueda atañer directamente al interés de una de las par-

tes que se ve directamente afectada por la frustración.

### II.3.c.2.c. Ajenidad de la frustración con el riesgo asumido por el afectado

Un importante requisito de la figura es que la variación de las circunstancias no debe estar comprendida dentro del riesgo asumido en el contrato por la parte que la alega. Es frecuente en el tráfico que el vendedor, el contratista de una obra o el locador conozcan el destino que el comprador, el comitente o el locatario piensan darle a la cosa comprada o a la obra convenida o a la cosa arrendada. Empero, ello no significa que deba asumir el riesgo de tal destino, si no se lo ha elevado expresamente al rango de condición. Un caso clásico es cuando se encarga a un modista la confección de un vestido para la novia y el casamiento se frustra (10). Celebrado el contrato, solo queda al comitente el recurso de desistirlo con las consecuencias de esa rescisión unilateral del contrato (art. 1261 del Cód. Civ. y Com.). Durante la vigencia del Código Civil, se resolvió un caso relacionado con un contrato de obra en que se había convenido la contratación de un *servicio de lunch* por el actor con motivo de la boda de su hija. Por motivos personales,

(10) Lenel, para criticar la doctrina de la presuposición formulada por Windscheid, daba como ejemplo el padre que compra el ajuar para su hija con la esperanza o presuposición de que contraiga matrimonio. En el caso del contrato en que se encarga la confección del vestido de la novia, se le ha agregado como ingrediente que esta fallezca en un accidente de aviación antes de casarse. Si el modista se entera, se arguye, debe abstenerse de iniciar dicha confección o de terminarla, si esa noticia del fallecimiento la recibe apenas iniciada la tarea. De allí se infiere que ese destino peculiar del vestido que debe confeccionarse, conocido por la otra parte, ha adquirido un cierto objetivismo y bilateralidad, con las consecuencias que la ley atribuye a este modo de extinción del contrato (ESPERT SANZ, Vicente, "La frustración del fin del contrato", Ed. Tecnos, Madrid, 1968, p. 187). Cabe objetar que, si el modista no ha podido enterarse y confecciona el vestido, no existen dudas de que tiene derecho a exigir el pago del precio convenido. El conocimiento que pueda tener el modista de la muerte de la novia cuando no ha empezado la confección o cuando recién se ha comenzado, solo le impone deberes que nacen del principio de buena fe, para evitar que un eventual desistimiento del comitente le provoque innecesariamente consecuencias más perjudiciales. Pero lo cierto es que el riesgo del destino de la obra encomendada es del comitente y no lo asume el contratista, salvo la existencia de una condición.

los novios desistieron de celebrar la boda. El comitente reclamó al contratista la devolución de la suma que había entregado a cuenta del precio del servicio. El tribunal resolvió erróneamente que se había producido la frustración del fin del contrato y el pago efectuado carecía de causa, por lo cual procedía su restitución (11). El contratista no se hace cargo del riesgo que puede entrañar el destino de la prestación prometida que asume el comitente en cuanto queda librado a las eventualidades que atienen a su propia esfera de influencia, ajena y desconectada con la de la otra parte.

### II.3.c.2.d. Ámbito de la figura

Aunque el art. 1090 no hace referencia al ámbito contractual de la figura, cabe pensar que concierne a los contratos bilaterales, que son, por antonomasia, contratos onerosos y de cambio, en cuanto la frustración afecta al sinalagma funcional.

### II.3.c.3. Efectos

#### II.3.c.3.a. La resolución. Su carácter operativo

En lo relativo a los efectos de la figura, la frustración del fin del contrato autoriza a la parte perjudicada, esto es, a aquella cuyo interés se ve afectado, a "declarar la resolución". Prescribe, asimismo, que dicha declaración "es operativa" y se produce cuando la parte perjudicada comunica su declaración extintiva a la otra. Si bien este efecto puede encontrar justificación cuando en la declaración de las partes consta el presupuesto, no ocurre lo mismo en las manifestaciones más importantes de la figura, cuando está incorporado al acto de manera tácita o implícita. La compleja situación que debe resolverse en tal caso convierte a esta resolución operativa en un medio inidóneo para despojar a la sentencia del carácter constitutivo que debe revestir.

#### II.3.c.3.b. La adecuación

Finalmente, la estrecha vinculación de la figura con la buena fe conduce a pensar que no

(11) C1ª Civ. y Com. La Plata, "Dominella, Aníbal c. Panadería y Confitería La Argentina y otros s/ reintegro de gastos", cit. por STIGLITZ, Rubén S., "Objeto, causa y frustración del contrato", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 22, nota 51.

debe descartarse la procedencia de la adecuación como remedio de las situaciones que pueden plantearse.

### II.3.c.3.c. La frustración temporaria

El art. 1090 del Cód. Civ. y Com. establece que, si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a la resolución solo si impide el cumplimiento de la obligación cuyo tiempo de ejecución no es esencial. Este párrafo del art. 1090, en el fondo, emparenta forzosamente a la frustración de la finalidad con la imposibilidad de cumplimiento. En el supuesto de la frustración de la finalidad, lo que puede revestir el carácter de temporario o definitivo es la sobrevenida alteración de las circunstancias que modifica la situación presupuesta por los interesados al celebrar el contrato y determina que una de las partes pierda el interés en el cumplimiento de una obligación derivada del contrato, cumplimiento que, por otra parte, no ha devenido imposible. Se genera una situación compleja en que la esencialidad del plazo no desempeña un papel trascendente para su solución.

### II.3.c.3.d. Diferencia con la imprevisión

#### II.3.c.3.d.1. Enunciación de las diferencias

Debe distinguirse a la frustración de la finalidad del contrato de la imprevisión, desde que han sido concebidas en el derecho alemán como dos especies de un mismo género.

La vinculación de las dos figuras reside en que, en ambas, es una extraordinaria alteración de las circunstancias la que origina la perturbación contractual.

En la imprevisión, el evento perturbador tiene una proyección general susceptible de afectar categorías semejantes de contratos, perjudicando la situación de uno de los contratantes. En la frustración de la finalidad, la alteración sobrevenida de la circunstancia ajena a las partes modifica una situación presupuesta por los interesados, al celebrar ese singular contrato, distorsionando la función concreta que este debía cumplir según la intención común de los interesados, lo que determina que una de las partes pierda el interés en el cumplimiento

de lo acordado. La imprevisión tiene un carácter marcadamente objetivo, mientras que en la frustración de la finalidad cobran trascendencia los motivos. La frustración de la finalidad, si bien afecta el sinalagma funcional, puede no entrañar un desequilibrio de las prestaciones. En la imprevisión, habida cuenta del desequilibrio que se origina entre las prestaciones, cede el principio de la fuerza obligatoria del contrato para evitar una injusticia. En la frustración de la finalidad, cumplir el contrato en el marco de las circunstancias sobrevenidas significa desvirtuar lo realmente convenido, porque el contrato no puede desempeñar la función concreta que le asignaron las partes.

### II.4. La tutela preventiva

#### II.4.a. La excepción de incumplimiento

Uno de los remedios del incumplimiento es la excepción del incumplimiento, que tiene un efecto meramente dilatorio. Cuando la parte que no cumple su obligación reclama a la otra el cumplimiento de la suya, esta última puede oponer esta excepción a fin de suspender temporalmente el cumplimiento, conservando el contrato y paralizando el reclamo de la otra hasta que ella cumpla. El art. 1031 del Cód. Civ. y Com., bajo la denominación de “suspensión de cumplimiento”, caracteriza la excepción. Lo hace de modo insuficiente, pues la circunscribe a los supuestos de contratos bilaterales en los que las partes deben cumplir sus obligaciones simultáneamente. Omite los supuestos en que las obligaciones del contrato bilateral deben cumplirse de modo sucesivo. En tales casos, la parte que debe cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que debe cumplir antes lo haga primero, como lo establece el apart. 2º del art. 7.1.3 de los Principios de UNIDROIT que, al parecer, ha servido de fuente al art. 1031 del Cód. Civ. y Com., aunque la norma lo haya mutilado.

#### II.4.b. La tutela preventiva

En los supuestos en que las obligaciones de un contrato bilateral deben ser cumplidas de modo sucesivo, el que debe cumplir primero debe hacerlo sin que obviamente pueda valerse de esta excepción, porque la obligación de la

otra parte no se ha tornado exigible, salvo que se den los supuestos de caducidad del plazo.

Sin embargo, en situaciones como las que se vive, puede ocurrir que medien razones para pensar que, si el contratante efectúa dicho cumplimiento, existe un riesgo concreto y evidente de que su contraparte no podrá cumplir su prestación cuando le corresponda hacerlo. La ley en estos casos brinda al contratante que tiene el riesgo de perder la contraprestación una tutela preventiva, que desempeña una función de carácter cautelar. Es un remedio para precaverse del peligro verosímil de que la otra parte no cumpla.

El art. 1032 del Cód. Civ. y Com. prescribe: “Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos han sufrido una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud de cumplir o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”.

En estos momentos de crisis, el menoscabo significativo en la aptitud de cumplir se extiende y se contagia en un tráfico que se encuentra paralizado y envuelto en la incertidumbre.

### II.5. La buena fe

#### II.5.a. La construcción de la reglamentación contractual

El contrato, como expresión de la autonomía, tiene un contenido preceptivo, en cuanto importa una regulación de una relación jurídica patrimonial que vincula a las partes. En la construcción de una reglamentación contractual, la primera tarea es la de interpretar el sentido de las declaraciones o comportamientos con los que las partes exteriorizan su voluntad. Ello permite calificar el contrato para determinar si pertenece a uno de los tipos reglamentados y conocer el tratamiento que la ley puede asignarle. Finalmente, después de la calificación, se accede a la última etapa de la determinación del régimen contractual, que es la integración. La integración consiste en la intervención de fuentes heterónomas, es decir, distintas de la voluntad de los contratantes, en la construcción de la

reglamentación contractual. Dicha integración puede ser legal o judicial. La primera, a su vez, se distingue en coactiva o supletoria. La integración coactiva tiene por fuente las normas imperativas y los principios que marcan límites a la autonomía. Su efecto es que, si el contenido del contrato es disconforme con tales normas o principios o los vulnera, debe ser considerado ilícito y, por lo tanto, es inválido. La integración coactiva es la antagonista de la autonomía privada. La integración supletoria, por el contrario, apoya y auxilia a dicha autonomía, en cuanto persigue que pueda desenvolverse sin trabas. Las normas que prevé son dispositivas y tratan de salvar las lagunas en que hayan incurrido las partes. Asimismo, es respetuosa de esa autonomía, pues sus normas pueden ser remplazadas por una estipulación contraria de los interesados.

#### II.5.b. La integración judicial

En la referida integración legal, sus fuentes son normas, prácticas o costumbres preestablecidas. En la integración judicial, la regla que se suma a la reglamentación que se han dado las partes es determinada *ex post* por el juez, sobre la base de una autorización que le confiere la ley en una cláusula general de contenido elástico, dentro de la cual puede moverse la apreciación judicial para precisar su contenido. La buena fe es la fuente más importante de la integración judicial.

#### II.5.c. La buena fe. Antecedentes

Para comprender el papel que cumple la buena fe como fuente de integración contractual, cabe recordar que, según los dos postulados básicos de estirpe positivista, los jueces no pueden crear derecho ni tampoco negarse a fallar. Ello condujo, como corolario, a admitir que el orden jurídico carece de lagunas y constituye un todo completo, hermético y plenario, sin poros ni lagunas. Tales principios, que fueron concebidos de manera rígida al iniciarse el período de la codificación, con el influjo del racionalismo, suscitaron la confianza ingenua en la posibilidad de dictar leyes perfectas y acabadas que, de una vez y para siempre, pudieran gobernar algo tan cambiante como la vida social. La misión del intérprete debía ser meramente cognoscitiva, rindiendo culto a la ley sin poder añadirle

nada para complementarla a través de una valoración propia. El paso del tiempo evidenció que el intérprete de la ley no podía ser equiparado a un autómata. La significación de la ley no puede quedar cristalizada e inmovilizada para siempre desde el momento de su elaboración. Fue la fuerza incontrolable de los hechos la que puso en jaque los postulados extremos a que se hizo referencia, los que se fueron flexibilizando y buscando puntos de conciliación dentro de posiciones contrapuestas.

#### II.5.d. Caracterización de la buena fe

Este proceso permitió advertir que no se puede predicar de la ley que sea omnisciente. Ella solo puede prever las situaciones más frecuentes de la vida de relación, pero, por más analítica que sea, no es dable asignarle la virtualidad de poder abarcar la inagotable trama de casos que pueden generarse en la vida social. Por ello son inevitables las lagunas o vacíos, que deben ser resueltos con los recursos que el derecho arbitra a tal fin. Lo importante es destacar que el propio ordenamiento jurídico admite la posibilidad de tales lagunas cuando establece las denominadas “cláusulas generales”, como la contenida en el art. 961 del Cód. Civ. y Com.: “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe”.

Este mandato de la buena fe no constituye un mero supuesto de hecho normativo, sino que configura una regla completa que adquiere el rango de un principio general de derecho: todos los participantes del tráfico negocial deben comportarse en forma correcta, proba y leal en sus recíprocas relaciones, tanto en la génesis y formación del contrato, como en su ejecución; asimismo, la buena fe es un parámetro a que debe ajustarse su interpretación. La buena fe se presenta, pues, como un criterio de valoración de comportamientos sobre la base de un estándar de índole ética, el cual constituye una directriz orientadora que debe corporizarse en la solución de los casos concretos. En el tratamiento de ellos, los jueces no solo deben limitarse a aplicar la reglamentación legal estructurada a tal fin, sino que deben adicionar un contralor para que la solución final se concilie con esas directivas que entraña el principio de buena fe. Así entendida, la remisión a la buena fe también comporta que la ley no considera exhaustiva la

previsión de los abusos que deben ser evitados, de los desequilibrios que corresponde remediar, de los derechos y obligaciones que se derivan de un contrato. Queda, pues, un margen para que se ponga coto a otros abusos, se corrijan otros desequilibrios o se individualice la existencia de otros derechos y obligaciones a fin de que la decisión final del juez se armonice con los cánones que nutren a la buena fe. Cabe concluir, por ende, que el principio de buena fe enuncia los criterios que permiten colmar los vacíos del sistema legal susceptibles de plantearse en la resolución de los casos que plantea la vida económica social.

#### II.5.e. Cometido de los jueces

La buena fe permite, por ende, que los jueces resuelvan conforme con la precisión de ciertas reglas derivadas de esa cláusula general, en ejercicio de la habilitación que les permite la consagración del principio. Lo que se ha discutido es si tales reglas configuran la creación de un nuevo derecho de origen judicial, más allá de enriquecer el derecho legislado; incluso, se ha llegado a pensar que pueden configurar un medio de ruptura ético-jurídica del derecho legal que les permite decidir *contra legem*. Ahora bien, hablar de un derecho creado por los jueces que puede ser *contra legem* es atribuirles a estos una potestad que contraviene la repartición de funciones entre el órgano legislativo y el judicial, que tiene jerarquía constitucional. En este orden de ideas, puede expresarse, con mayor propiedad, que, si bien el principio de buena fe da lugar a que un desarrollo judicial del derecho rebase las previsiones específicas, dicho desarrollo debe llevarse a cabo *intra ius*, dentro del marco del orden jurídico total preestablecido y conforme con los principios básicos sobre los que se asienta (12).

(12) Pueden verse, entre otros: WIEACKER, Franz, “El principio general de buena fe”, Ed. Civitas, Madrid, 1977; DÍEZ-PICAZO, Luis, “Prólogo” a la obra citada y “La doctrina de los propios actos”, Ed. Bosch, Barcelona 1963; DE LOS MOZOS, José L., “El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español”, Ed. Bosch, Barcelona, 1965; BETTI, Emilio, “Teoría general de las obligaciones”, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, t. I, ps. 69 y ss.; ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, “Buena fe contractual”, Ed. Del Foro — Universidad Católica, Montevideo, 2005; CAPOBIANCO, Ernesto, “La determinazione del regolamento”, en ROPPO,

### II.5.f. El papel que ha cumplido y puede desempeñar la buena fe

Lo cierto es que el principio de buena fe ha dotado al derecho contractual de una beneficiosa movilidad. Numerosos institutos se han gestado como fruto de su aplicación, tales como la responsabilidad precontractual, la base del negocio y la nulidad de las cláusulas abusivas; al fin y al cabo, el ejercicio abusivo del derecho, en el ámbito contractual, es un ejercicio contrario a la buena fe.

### II.5.g. Límites

Resulta innegable el amplio e indefinido espacio que un principio de esta índole abre a la apreciación judicial. Tal amplitud plantea el problema de delimitar los cauces en que debe desenvolverse este desarrollo judicial del derecho. Cabe indicar, al respecto, que las directivas de índole ético-jurídica a las cuales la ley remite no importan una venia en blanco para que el juez pueda valerse de su individual y arbitrario sentido de lo que es dable entender por probidad, corrección y lealtad. La justicia deja de ser tal cuando la solución de un litigio queda librada al caprichoso azar de lo que pueda parecerle más apropiado a la conciencia individual, im-

previsible e incontrolable de quien está llamado a juzgar. Es menester dotar de unidad y homogeneidad a ese desarrollo judicial del derecho. Una exigencia de la justicia es que casos semejantes deben ser tratados igualmente. El juez, al hacer uso de la autorización que el derecho le acuerda de valorar el comportamiento según las directrices que la buena fe entraña, no puede perder de vista los precedentes jurisprudenciales. Cobra en este punto importancia la labor de la doctrina dirigida, en forma permanente, al ordenamiento y clasificación de las soluciones jurisprudenciales. Esa tarea permite servir de guía tanto a los interesados como a la propia actividad jurisdiccional. Finalmente, si bien las leyes no pueden ser perfectas y necesitan ser completadas, y así lo reconoce el ordenamiento jurídico cuando consagra el principio cardinal de la buena fe, no es menos cierto que los jueces tampoco son perfectos y necesitan ser controlados. Para evitar los desbordes de la facultad que la ley les confiere, dicho contralor puede ser ejercido mediante el análisis del deber que les incumbe de fundar sus sentencias, el que solo se cumple con ponderaciones razonables y justificadas. De este modo, la sentencia tiene que representar la derivación razonada del derecho vigente, y no el mero parecer personal de quien la dicta.

### II.5.h. Conclusión

Los pronósticos sobre las consecuencias que tendrá la pandemia en la estructura económica a nivel universal no dejan de ser pesimistas. Se piensa que generará una crisis económica de proyección mundial como no se tiene conocimiento desde el año 1929. El papel que deberá cumplir el derecho contractual para afrontar la es tender al equilibrio entre las exigencias de previsibilidad, seguridad y justicia. El principio de buena fe, en tiempo de crisis, puede contribuir con su aporte al logro de esos objetivos.

Vincenzo (dir.) — VETTORI, Giuseppe (a cura di), *Trattato del contratto*, Ed. Giuffrè, Milano, 2006, t. II, ps. 413 y ss.; LARENZ, Karl, "Derecho de las obligaciones", trad. por Jaime Santos Briz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, t. I, p. 17; *idem*, "Metodología de la ciencia del derecho", Ed. Ariel, Barcelona, 1994, ps. 359 y ss.; VON TUHR, Andreas, "Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán", trad. de Tito Ravá, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, vol. II-2, p. 228, nros. 545 a 547; ROPPO, Vincenzo, "Il contratto", ob. cit., p. 436; RODOTÁ, Stefano, "Le fonti di integrazione del contratto", Ed. Giuffrè, Milano, 1870, ps. 112 y ss.; GALGANO, Francesco, "Trattato di diritto civile", Ed. Cedam, Padova, 2009, t. II, p. 557, nros. 120 a 122.

# Los contratos frente a la emergencia del COVID-19

Manuel Cornet (\*)

Guillermo P. B. Tinti (\*\*)

**Sumario:** I. La emergencia. Antecedentes.— II. La pandemia de COVID-19.— III. Contratos afectados por la emergencia del coronavirus.— IV. La situación general existente hasta marzo de 2020.— V. Las posibilidades.— VI. Caso fortuito e imposibilidad de cumplimiento.— VII. Imposibilidad de cumplir.— VIII. La posibilidad de alegar imprevisión.— IX. Frustración de la finalidad.— X. Suspensión del cumplimiento por grave amenaza de incumplimiento del otro contratante.— XI. Renegociación del contrato.— XII. La buena fe. El abuso del derecho.

## I. La emergencia. Antecedentes

La emergencia (por lo menos como circunstancia económica y jurídica) es un tema que, para los argentinos —estimamos—, difiere respecto de otros países.

Aquí se ha hecho de la emergencia lo cotidiano y habitual, y desde hace varias décadas vivimos en emergencia.

En las décadas del 70 y del 80 del siglo pasado tuvimos, a partir del “Rodrigazo” de junio de 1975, varias hiperinflaciones, la Guerra de Malvinas, cambios de moneda, etcétera.

La ley 23.928 de Convertibilidad rigió desde marzo de 1991 hasta el 06/01/2002 y, previo a su fin, tuvimos corralitos, cambios de gobierno con varios presidentes en una semana, etcétera.

El 06/01/2002 se dicta la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (ley 25.561), que en su art. 1º establecía: “Declarase, con arreglo a dispuesto en el art. 76 de la CN, la emergencia pública en ma-

teria social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10/12/2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente...”

Esta ley —que, entre otras cosas, estableció la “pesificación” de las deudas en moneda extranjera— se fue prorrogando año tras año, y aun hoy no sabemos qué sigue vigente y qué finalizó, ya que subsiste la prohibición de indexar.

Estando en “emergencia” se produjo el “cepo cambiario” y gradualmente se fue incrementando la inflación, siendo uno de los pocos países del mundo que tiene una inflación anual de dos dígitos.

Por otra parte, con fecha 12/03/2002, siendo ministro de Salud el mismo que en la actualidad, Ginés González García, el presidente Duhalde dictó el dec. 486/2002, por el cual, en su art. 1º, se dispone: “Declarase la emergencia sanitaria nacional, hasta el 31/12/2002, a efectos de garantizar a la población argentina el acceso a los bienes básicos para la conservación de la salud, con fundamento en las bases que seguidamente se especifican...”

Como vemos, en la Argentina, en marzo del año 2002 —es decir, *hace más de dieciocho*

(\*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Profesor de Derecho Privado de la UNC y UCC. Ejerce la profesión de abogado.

(\*\*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Profesor de Derecho Privado de la UNC y UCC. Juez de Cámara en lo Civil y Comercial.

años—, se declaró por decreto del Poder Ejecutivo *la emergencia sanitaria*, la que dura hasta ahora por sucesivas prórrogas.

Lo curioso es que en el año 2002 era ministro de Salud Ginés Gonzales García, es decir, la misma persona que hoy ocupa el cargo, y lo fue durante muchos años.

Sin perjuicio de vivir en emergencia, con fecha 21/12/2019 se aprueba la Ley de Solidaridad y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública, que —aunque parezca una broma de mal gusto— en su art. 1º dispone: “Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria, social, y delegase en el Poder Ejecutivo Nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del art. 76 de la CN, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art. 2º, hasta el 31/12/2020”.

Este abuso de la emergencia hace que para los argentinos la emergencia sea la normalidad; excepcional sería no estar en emergencia.

Frente a la realidad y a lo que ocurre recurrentemente en la Argentina, con las crisis económicas, las sucesivas emergencias, los cambios de reglas —por caso, libre cambio, cepo, prohibición de actualizar, nominalismo, inflación, etc.—, el hombre, como expresa Mosset Iturraspe, no es libre de contratar, salvo que elija el suicidio. Debe hacerlo para satisfacer necesidades, a diario, mal que le pese **(1)**.

Hoy en día, la gran preocupación de los operadores jurídicos es: ¿Cómo lograr que se mantenga el equilibrio de las prestaciones? ¿Cómo lograr que ese contrato que nació justo se mantenga justo? ¿Cómo lograr que se pueda cumplir? ¿Cómo lograr que sea útil? ¿Cómo lograr que el intercambio siga siendo equitativo?

Esto que decimos va de la mano de la crisis económica permanente, de la inflación creciente, del derroche de los ingresos, la corrupción, la

inseguridad jurídica y el mal manejo de los recursos.

## II. La pandemia de COVID-19

Para colmo de males, estando nuestro país sin rumbo —podríamos decir en “terapia intensiva”—, aparece una pandemia por el brote de un nuevo coronavirus, virus que se propaga muy rápidamente, lo que lleva al gobierno a adoptar medidas inmediatas para hacer frente a esta emergencia; mediante el dec. 297/2020 se estableció “la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio”, prohibiendo la circulación, las reuniones, la actividad en comercios, suspendiendo la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas.

Asimismo, están suspendidas las clases a todo nivel, al igual que las fiestas de bodas u otras reuniones, velatorios, etcétera.

Entonces, cuando la realidad socioeconómica que rodea un contrato padece un trastorno generalizado, imprevisto e importante, como el que se vive en la actualidad, resultaría irrazonable pretender que el contrato no sufra las consecuencias de esa realidad, en la cual no se puede salir del domicilio, los comercios están cerrados, la mayoría de las fábricas cerradas, los hoteles, viajes, etc. —es decir, toda actividad, prácticamente—, paralizados.

Tampoco parecería razonable que el legislador o los jueces permanecieran ajenos a esas circunstancias y pudieran sancionar o convalidar faltas a la justicia y a la equidad **(2)**.

Es claro que la conflictividad se produce cuando el contrato originariamente celebrado ha sufrido una modificación sustancial por circunstancias sobrevinientes. Es decir, la realidad se ha modificado notablemente, y el contrato ya no puede producir los efectos que las partes habían previsto, o como las partes lo habían previsto, o aquel es de muy difícil y a veces inútil cumplimiento.

(1) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Cómo contratar en una economía de mercado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 178.

(2) REZZÓNICO, Juan Carlos, “Principios fundamentales de los contratos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 461.

Desde mediados del mes de marzo de este año 2020 se produce en la Argentina un agravamiento tremendo de la crisis, a partir de las medidas tomadas con motivo de la epidemia de COVID-19, y se dictan una serie de normas jurídicas —decretos de necesidad y urgencia y resoluciones ministeriales— que alteraron la vida misma y las relaciones contractuales existentes, con fundamento, reiteramos, en la gravedad de la situación.

El estudio del régimen jurídico generado por la situación de grave emergencia económica, sanitaria, social, educativa, etc., debe hacerse teniendo en cuenta cómo ella afecta *al acto jurídico mismo* (contrato) y cómo afecta a las partes que deben cumplir o recibir las prestaciones por él generadas.

Veremos, por lo tanto, en las líneas siguientes un diagnóstico de cómo se presenta la situación, las normas involucradas y las posibles y aconsejables vías de solución a las situaciones conflictivas.

Estas consideraciones están especialmente referidas a la repercusión de la situación en la legislación de emergencia sobre contratos, cuya existencia se prolonga en el tiempo y que genera que las prestaciones como locación, mutuos, suministro, *leasing*, obras y servicios, etc., sean las relaciones jurídicas más afectadas por la grave emergencia.

### III. Contratos afectados por la emergencia del coronavirus

Los contratos pueden ser afectados de diversa manera. Así, la prestación de una parte puede verse impedida de ser cumplida por la emergencia, mientras que la de la otra, no. Algunas prestaciones pueden resultar de cumplimiento imposible; otras, pospuestas en su ejecución, pero no necesariamente impedidas. Otras podrían ser cumplidas, pero resultando excesivamente onerosas para la parte obligada; otras, difíciles de cumplir o totalmente inútiles para la finalidad perseguida.

Dependerá, desde luego, del contrato de que se trate y de cada caso concreto, teniendo en cuenta las partes, el objeto, la finalidad, las modalidades, etcétera.

Existe una clasificación de los contratos — amplia y pacíficamente aceptada en doctrina— que está fundada sobre la duración de su ejecución o, más precisamente, sobre la duración de la ejecución de sus prestaciones. Nos referiremos a los contratos llamados de ejecución sucesiva o de tracto sucesivo y a los de ejecución escalonada.

Esos contratos de larga duración —hoy en el art. 1011 del Cód. Civ. y Com.— son principalmente los que se ven más afectados por la pandemia del COVID-19 y es respecto de ellos que generalmente se dictan las normas de emergencia que afectan o modifican el equilibrio inicial de las prestaciones y la posibilidad y/o utilidad del cumplimiento.

### IV. La situación general existente hasta marzo de 2020

Existen principios generales, aplicables a los convenios detallados en el punto anterior y a todos los contratos. Son principios generales que aceptábamos fuera de toda duda y que parecieron regir siempre la vida jurídica, por lo menos hasta mediados de marzo de 2020. Entre esos principios generales —que, insistimos, considerábamos prácticamente permanentes e inmutables—, en lo relativo al tema que nos interesa, hay que destacar dos:

— la regla del art. 959 del Cód. Civ. y Com., por el cual el contrato tiene para las partes fuerza de ley; y

— los arts. 865 y ss. del Cód. Civ. y Com., por los cuales el deudor debe dar cumplimiento exacto a la prestación comprometida.

Estos principios son los que ha puesto en crisis (o que prácticamente han sido relegados a la condición de letra muerta) la situación de grave emergencia planteada desde el mes de marzo del año 2020.

En efecto, hoy podríamos afirmar que, en el mercado interno, los negocios instrumentados en contratos de prestaciones recíprocas y con obligaciones dinerarias de pago diferido o de cumplimiento periódico se desenvolvían en un ambiente de inestabilidad e inseguridad de cierta previsibilidad, ya que, como antes lo

expresamos, los argentinos estábamos acostumbrados a la emergencia económica, a la inflación y a imaginar cláusulas y/o condiciones que permitieran que el contrato se cumpla en términos aceptables para las partes.

Vivíamos, podemos decir, una inestabilidad medianamente previsible: inflación, cepo, etcétera.

Los sucesos y movimientos económicos suscitados desde marzo de este año hicieron que las partes contratantes vieran que las operaciones concertadas pendientes de cumplimiento se tornan muy inciertas.

Los deudores de obligaciones, de un día para el otro, ven dificultoso el cumplimiento de su prestación, o que esta va adquiriendo una magnitud insospechada, en muchos casos de imposible cumplimiento o de cumplimiento inútil; los acreedores temen que la situación imposibilite el cobro de su acreencia; todos están preocupados por la suerte de un negocio iniciado de buena fe y que satisfacía sus legítimos intereses, devenido ahora en una gran incertidumbre.

Hay coincidencia en la jurisprudencia y la doctrina acerca de que el contrato, como instrumento de intercambio de bienes y servicios, está sometido al principio de justicia conmutativa; eso implica que cada una de las partes recibe el equivalente de lo que da, y desde Aristóteles ello se simboliza con la balanza, que representa el equilibrio.

## V. Las posibilidades

Además de la suspensión de los juicios, las ejecuciones y la traba de cautelares originadas en contratos de locación y de mutuo, según indiscriminadamente lo han dispuesto los DNU 319/2020 y 320/2020, existen instrumentos de utilidad en el Código Civil y Comercial, herramientas que los operadores del derecho deberán tener muy en cuenta para afrontar los conflictos que se avocinan; a saber, los institutos siguientes:

- caso fortuito, fuerza mayor, imposibilidad de cumplimiento;
- excesiva onerosidad sobreviniente;

- frustración del fin del contrato;
- presuposición o bases del negocio jurídico;
- renegociación y revisión del contrato;
- abuso del derecho;
- lesión;
- enriquecimiento sin causa;
- buena fe.

## VI. Caso fortuito e imposibilidad de cumplimiento

Caso fortuito y fuerza mayor constituyen motivos de extinción de la responsabilidad, aplicables de manera general a todas las obligaciones. Ambos conceptos son prácticamente sinónimos, caracterizados por aquello que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse.

Puede alegarse, por ejemplo, a raíz de la situación social y económica imperante, la existencia de caso fortuito o fuerza mayor de los arts. 955 y 1730 del Cód. Civil y Com., con base en la noción que Vélez daba en la nota al art. 514, cuando dice: “Los casos de fuerza mayor son hechos del hombre como [...] el hecho del soberano o la fuerza del príncipe [...]. Se entienden por hechos del soberano los actos emanados de su autoridad tendiendo a disminuir los derechos del ciudadano”.

La norma principal a su respecto es el art. 1730, primera parte, del Cód. Civ. y Com. de la Nación, que dispone: “...Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado”. El párr. 2º de este artículo aclara que ambos términos se emplean “como sinónimos”. Dice también el artículo que su ocurrencia “...exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario”.

Al disponer el Código que se “...exime de responsabilidad...” a la parte del contrato afectada por el caso fortuito o la fuerza mayor, esta queda liberada de cumplir con su obligación o bien de indemnizar a la otra por su incumplimiento: no cumple porque no puede.

¿Será la situación causada por la pandemia de coronavirus un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor? La respuesta positiva parece imponerse en una gran cantidad de relaciones contractuales. Sin duda, su irrupción en la relación contractual no había podido preverse, ni tampoco evitarse aun prevista.

En consecuencia, la parte afectada puede entonces incumplir sus obligaciones contractuales sin que pueda ser considerada responsable del incumplimiento; es el caso de las agencias de turismo, empresas de aviación, hoteles, fiestas de casamiento, festivales, et- cetera.

Puede también resultar la extinción del contrato sin responsabilidad para el afectado. También, si la imposibilidad de cumplimiento resulta definitiva o, de ser temporaria, si frustra completamente el propósito del contrato.

Podrán quizá atenderse las excepciones que detalla el art. 1733 (3): (a) si el deudor se comprometió a cumplir aun mediando caso fortuito; (b) si para un caso específico hubiera una disposición legal en contrario; (c) si el caso fortuito ocurre cuando el deudor está en mora —salvo que esta sea irrelevante en el caso—; (d) si el caso fortuito sobreviene por la culpa del deudor —lo que exigiría probar un vínculo causal entre una negligencia, por ejemplo, del deudor y la aparición del caso fortuito—; (e) si el caso fortuito es “...una contingencia propia del riesgo o la actividad...” del deudor —nuevamente, habrá de demostrar la relación causal entre ambos—; y (f) si el deudor debe restituir la cosa obtenida mediante un hecho ilícito y, antes de que lo haga, ocurre el caso fortuito. En todos estos supuestos del art. 1733, el caso fortuito o la fuerza mayor no tienen su efecto normal —el del art. 1730— de eximir de responsabilidad al deudor.

Añadimos que la prueba del caso fortuito está en cabeza de quien lo invoca —art. 1736, Cód. Civ. y Com.—.

(3) Podría ocurrir, por ejemplo, que el coronavirus afectara a un deudor que se expuso negligentemente a contraerlo, en cuyo caso difícilmente podrá evitar su responsabilidad.

## VII. Imposibilidad de cumplir

En estrecha relación con lo expuesto en el punto anterior y en lo relativo al caso fortuito, debe considerarse la imposibilidad de cumplir, que podría ser tanto definitiva como temporaria, pero sus efectos pueden coincidir. El art. 955, primera parte, dispone que la imposibilidad definitiva extingue la obligación sin responsabilidad. También puede hacerlo la imposibilidad temporaria —art. 956— si el plazo de cumplimiento es esencial o la duración del impedimento “...frustra el interés del acreedor de modo irreversible”. Estas ideas se refuerzan en el art. 1732, pero este, además, dispone que “la existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos”.

Dicho de otra manera, aun si el caso fortuito existe, su alegación debe ser razonable y, sobre todo, hecha en buena fe.

Atento a que la emergencia y el cambio de circunstancias son un caso notorio, no hace falta probarlos; en cambio, lo que sí se deberá probar es que la cuarentena y el aislamiento han tornado imposible de cumplir la prestación pendiente.

## VIII. La posibilidad de alegar imprevisión

La teoría de la imprevisión es una herramienta jurídica que permite revisar o eventualmente extinguir un contrato cuyas prestaciones se han tornado excesivamente onerosas como consecuencia de un acontecimiento sobreviniente, extraordinario e imprevisible. Básicamente, las circunstancias circundantes en el momento de la celebración se ven seriamente modificadas por un hecho sobreviniente, extraordinario e imprevisible, que altera el equilibrio funcional del contrato.

En nuestra opinión, puede afirmarse —de manera general, pero no absoluta, porque las situaciones son variadísimas— que se dan a partir de la situación instalada desde marzo del año 2020 variaciones fundamentales para aquellos contratos que se celebraron con anterioridad, que pueden derivar en una excesiva onerosidad reñida con la equidad, y que autorizan tanto a

los acreedores como a los deudores —según sea el caso— a invocar la teoría de la imprevisión.

El contrato es un acto de previsión, se ha dicho clásicamente. La ley lo impone a los contratantes, cuando el art. 961 reza: “un contratante cuidadoso y previsor”. Lo cierto es que toda acción de contratar depende de que las promesas sean creíbles. En nuestra opinión, la suspensión de actividades por la pandemia operada a partir del mes de marzo del corriente año es un hecho imposible de prever para quienes celebraron sus contratos antes de dicha fecha para ser cumplidos después de ella.

En ese orden de ideas, la aplicación concreta de la cláusula *rebus sic stantibus* podría ser sintetizada de la siguiente manera: los contratos se entienden concluidos bajo la condición tácita de que subsistirán las condiciones bajo las cuales se contrató, y que, si ello no ocurre y se produce una transformación de las circunstancias, las partes podrán solicitar que los jueces revisen el contrato.

Ahora bien, la situación creada por la crisis económica y social en la Argentina a partir de marzo de 2020 y las regulaciones dadas debido a la emergencia, y que hemos venido mencionando, admiten, en nuestro criterio, alegar la teoría de la imprevisión. Si en estas circunstancias no fuese posible aplicar la imprevisión, la figura se tornaría absolutamente inútil.

La figura está prevista en el art. 1091, que reza: “*Imprevisión*. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia”.

Con relación a los contratos en los cuales resulta aplicable la imprevisión, el art. 1091 señala a los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente, y a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad de la prestación proviene de causas extrañas al alea propio del contrato. Ello es así por cuanto, según el art. 968 del nuevo Código, los contratos conmutativos y aleatorios constituyen variantes de los contratos onerosos. La última parte del art. 1091 se refiere a los contratos aleatorios cuando la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas al alea propio del contrato.

Para que proceda la figura de la imprevisión, deben darse los siguientes presupuestos:

a) *Excesiva onerosidad de la prestación*. La prestación de la parte afectada debe haberse tornado excesivamente onerosa, de manera tal que el mantenimiento de la obligación importe la consumación de una flagrante injusticia. La excesiva onerosidad de la prestación afecta el equilibrio o sinalagma contractual en perjuicio de la parte que debe cumplir con dicha prestación. Se requiere que tal desequilibrio perjudique al deudor, puesto que, si solo beneficiare al acreedor, sería irrelevante.

b) *Alteración extraordinaria, sobrevinida y ajena a las partes*. La excesiva onerosidad —presupuesto fáctico— debe provenir de una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por el deudor. En otras palabras, la imprevisión podrá invocarse cuando un determinado acontecimiento, sobreviniente a la celebración del contrato y ajeno a las partes, modifica en forma extraordinaria las circunstancias imperantes en el momento de celebrar el contrato, tornando excesivamente onerosa la prestación.

Las causas de la alteración extraordinaria deben ser sobrevinientes e imprevisibles para las partes, es decir, estar fuera del curso normal y ordinario de las cosas, no habiendo sido posible su previsión por las partes.

Finalmente, las causas que provocan la alteración del equilibrio contractual deben ser ajenas a las partes, esto es, no imputables a ellas.

El art. 1091 dispone que la imprevisión puede plantearse extrajudicial o judicialmente. En el primer caso, la parte que invoca la imprevisión debe comunicar a la otra parte su voluntad de resolver total o parcialmente el contrato o de readecuarlo a las nuevas circunstancias. En el supuesto en que se plantee la resolución, la otra parte podrá ofrecer la readecuación.

Respecto a los casos en que se había renunciado a la aplicación de la imprevisión, hace más de treinta años expresaban Mosset Iturraspe y Lorenzetti: “lesión, imprevisión, abuso, consecuencias de la mala fe contractual, no son institutos o situaciones que atiendan exclusivamente a los intereses privados. Ajenos a un interés superior, comprometido con la justicia contractual y la protección del económicamente débil. No pueden juzgarse estos temas, como el que ahora nos ocupa, la renuncia anticipada, con la óptica del derecho decimonónico. Y entender solo a la posibilidad de asumir el caso fortuito, del art. 513, Cód. Civil, figura muy distinta —y, aun así, discutible—.

“Pensamos, desde siempre, que la renuncia anticipada a invocar la excesiva onerosidad sobreviniente y reclamar el reajuste o resolución, es por esas razones, absolutamente nula” (4).

Por nuestra parte, coincidimos con los autores citados precedentemente, pero el tema es discutible en doctrina y jurisprudencia, y en las Jornadas que trataron el tema hubo despachos en disidencia, con autorizadas opiniones en ambas posiciones.

## IX. Frustración de la finalidad

Otro instituto al que se podrá recurrir frente a la conflictividad que genere la pandemia es el de la frustración de la finalidad del contrato. Se presenta cuando la finalidad perseguida por cada una de las partes ha sido conocida por la otra, y esa finalidad —fundamental en la determinación de la voluntad de los contratantes— no ha podido ser lograda por alguna razón externa y ajena a las partes.

(4) MOSSET ITURRASPE, Jorge — LORENZETTI, Ricardo L., “Derecho monetario”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 175.

El contrato se puede cumplir, pero resulta totalmente inútil porque ya no sirve a la finalidad pretendida, como fueron los “casos de la coronación” en el Reino Unido a principios del siglo XX.

Hoy sería el caso de la locación de un hotel que, por decreto de necesidad y urgencia, no se puede abrir: la locación se puede cumplir, pero es inútil para el locatario.

En tales circunstancias, se frustra la causa-fin del contrato, elemento que el nuevo Código Civil y Comercial —zanjando el debate sobre el punto— reconoce definitivamente en el marco de la regulación de la teoría general del contrato, más precisamente en el cap. 6, tít. II, Libro III (arts. 1012 a 1014) (5).

Así, el art. 1090 dispone: “Frustración de la finalidad. La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

La norma establece ciertos requisitos de procedencia de la extinción del contrato por frustración de su finalidad: a) un contrato válido; b) un acontecimiento anormal, sobreviniente, ex-

(5) La teoría de la frustración de la causa-fin del contrato nació con los llamados “casos de la coronación” en el derecho inglés (año 1903), que se suscitaron a la muerte de la reina Victoria, en ocasión de que su hijo Eduardo VII iba a ser coronado rey de Inglaterra. En el día previsto para la coronación el rey había enfermado, por lo cual se suspendió el desfile tradicional, originándose reclamos por parte de quienes habían alquilado balcones para ver el desfile suspendido. El precedente más recordado es “Krell v. Henry”. El demandado había alquilado un inmueble con balcón para presenciar el desfile. Aunque no se había mencionado tal finalidad en el contrato, aparecía nítida conforme a las condiciones y los anuncios previos que esa y no otra era la finalidad esencial. Así lo entendió la justicia y declaró que, al frustrarse tal fin, el inquilino no debía pagar el saldo del alquiler.

traño a las partes; c) que dicho acontecimiento impida la consecución de la finalidad del contrato, frustrando así los motivos que tuvieron en cuenta las partes para celebrar el contrato, haciendo imposible la satisfacción del interés.

El art. 1909 establece que la frustración de la finalidad debe ser definitiva y provenir de una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supere el riesgo asumido por la parte que es afectada.

Debe entenderse en el sentido de que la salida del suceso del curso natural y ordinario de las cosas se proyecta sobre la imprevisibilidad del evento frustratorio y la esfera de riesgos de quien la invoca. Así surge de su correlación con la regulación de la imprevisión contenida en el art. 1091. De este modo, cuando el hecho frustratorio pudo ser previsto, es lógico concluir que la parte perjudicada asumió el riesgo que tales acontecimientos implicaban.

Dígame que el efecto principal de esta figura es la extinción del contrato, lo que se produce a partir de la comunicación de la declaración extintiva. Por otra parte, tal como ha sido concebida en el art. 1090, la frustración de la finalidad del contrato es una causal de resolución de este, por lo que tiene efectos retroactivos, conforme a lo dispuesto por el art. 1079, inc. b), con las salvedades previstas en el art. 1081, inc. b).

La última parte del artículo encara el supuesto de la frustración temporaria de la finalidad. En tal supuesto, solo se autoriza la resolución si impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial. Pensamos que en la hipótesis prevista la finalidad se frustra de manera definitiva, pues si bien el impedimento para cumplir una prestación puede ser objetivamente temporario, lo cierto es que, al tratarse de una obligación de plazo esencial, si no se cumple en el plazo pactado se frustra definitivamente el interés del acreedor y la finalidad tenida en vista al momento de contratar. Por ello, la norma autoriza en tales casos la resolución del contrato, ya que, si la finalidad puede cumplirse una vez superado el impedimento, es lógico que el contrato conserve su vigencia.

Como hemos dicho anteriormente, pensemos en que, si tenemos alquilado un hotel que no puede funcionar, el alquiler se tornó inútil; en este caso, el remedio aconsejable es la resolución por frustración.

No obstante ello, al último supuesto mencionado resultan aplicables las reglas de la suspensión del contrato previstas en los arts. 1031 y 1032.

#### **X. Suspensión del cumplimiento por grave amenaza de incumplimiento del otro contratante**

Hay también numerosos contratos en los que una de las partes viene realizando pagos anticipados esperando recibir en el futuro su prestación; así, por ejemplo, quien contrató un evento para fin de año —una boda, una fiesta de egresados, un viaje, etc.— y viene realizando pagos mensuales para tener saldado el precio al momento del evento.

La situación que se presenta puede ciertamente provocar temor en el contratante que viene cumpliendo sus obligaciones periódicas acerca de la posibilidad de recibir en su momento el servicio o las prestaciones contratadas. En esa dirección, el art. 1032 del Cód. Civ. y Com. dispone: “Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”.

La norma establece una acción preventiva de tutela del crédito, permitiendo que uno de los contratantes suspenda la ejecución de su propia prestación frente al serio riesgo de que su cocontratante no se encuentre en condiciones de satisfacer las obligaciones a su cargo.

El Código exige que se verifique un “menoscabo significativo en la aptitud de cumplir del contratante o en su solvencia.” Si bien, ciertamente, la configuración del requisito habrá de ser juzgada en cada caso concreto, las circunstancias generadas por la epidemia podrían cimentar fácilmente un pedido de suspensión.

Habrá que atender siempre a las particulares circunstancias de la relación entre las partes y su situación patrimonial, evitando frustrar el fin tuitivo de la norma.

Al decidir si se reúnen o no los requisitos exigidos por la norma no puede omitirse que su finalidad es proteger al contratante del riesgo de una entrega patrimonial que no será recompensada, por lo que debería evitarse el rigorismo y, de nuevo, pensar en términos de “razonabilidad”, según lo que de ordinario suele suceder en el ámbito de negocios en el que se inscribe el conflicto (6).

Tengamos presente que esta norma opera no solo frente a la insolvencia de la contraparte, sino también ante a un “menoscabo significativo en su aptitud para cumplir”, lo cual puede comprender cuestiones de hecho, tales como pérdidas patrimoniales graves que podrían impedir cumplir con la obligación asumida, así como también en caso de fuerza mayor o caso fortuito que imposibiliten temporalmente la ejecución de la obligación a cargo de la otra parte, permitiendo de esta forma conservar el contrato con vida hasta que dicha imposibilidad desaparezca (7).

## XI. Renegociación del contrato

Coincidimos con el querido amigo Jorge M. Galdós en que, en la actual situación de emergencia, “adquieren singularísima importancia las soluciones preventivas en materia obligacional y contractual, conservatorias del crédito y como expresiones de la función preventiva del daño (arts. 1708, 1710 a 1713, Cód. Civ. y Com.): tutela preventiva de suspensión del contrato (art. 1032) y renegociación (arts. 1011 y cc. ds. y

1710 a 1713, Cód. Civ. y Com.) aplicados sucesiva o simultáneamente” (8).

Tengamos presente la situación de angustia de gran parte de la población, con un empobrecimiento tremendo, falta de trabajo, comercios y fábricas cerradas; los trabajadores independientes (peluquero, plomero, carpintero, etc.), que viven de los ingresos diarios, no podrán abonar los alquileres, impuestos y servicios, y difícilmente tengan ingresos para la subsistencia.

De la situación precedente participan los abogados que viven del ejercicio profesional: la gran mayoría, por el aislamiento y el parate de las actividades, no puede trabajar.

Esperemos que, cuando salgamos de la cuarentena y se pueda volver al trabajo, los abogados no desesperen y, en forma ética y responsable, aconsejen a sus clientes que el mejor camino para la solución de los problemas es la revisión y renegociación del contrato; en caso contrario se estará matando la gallina de los huevos de oro, porque el juicio, el concurso preventivo o la quiebra agudizarán la falta de trabajo y de ingresos, y todos saldrán perdiendo.

Por ello coincidimos totalmente con Galdós en que, “en este contexto de emergencia por la pandemia, sobre la base de los principios fundamentales del derecho de las obligaciones y de los contratos y de la función preventiva de la responsabilidad, pensamos que se debe evitar acudir directamente a la extinción negocial por caso fortuito, a la demanda por cumplimiento y a las restantes soluciones típicas que conducen al fenecimiento del vínculo negocial, y que debería procurarse la autocomposición voluntaria del conflicto” (9).

Dispone el art. 1011 del Cód. Civ. y Com. que, en los contratos de larga duración, las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad.

(8) GALDÓS, Jorge M., “Suspensión y renegociación preventivas del contrato. Una solución posible ante la emergencia por la pandemia del COVID-19”, RCD 1664/2020.

(9) GALDÓS, Jorge M., “Suspensión y renegociación...”, ob. cit.

(6) LAGO, Daniel H., “La suspensión del cumplimiento contractual ante el peligro de incumplimiento de la contraparte en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio”, LA LEY, *Supl. Act.* del 13/03/2002, 2.

(7) HERNÁNDEZ, Carlos A. - TRIVISONNO, Julieta, “El contrato de cesión de derechos en el Código Civil y Comercial”, en L.L., *Suplemento Esp. Nuevo Código Civil y Comercial. Contratos en particular*, abril de 2015—ob.

dad de las obligaciones del contrato, ordenando que “la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

La norma parece establecer con claridad, para todo contrato que tenga un desarrollo temporal con alguna prolongación, que se impone como obligación renegociar antes de rescindir.

Se trataría, en primer lugar, de que las partes negocien entre ellas una reestructuración, procurando compartir en modo equitativo los efectos de la situación.

Luego, si no hay acuerdo, seguir procesos legales: mediación, juicio.

Recordemos lo que disponía la Ley de Emergencia en el año 2002: el art. 11 de la ley 25.561, en relación con la pesificación de obligaciones pactadas en dólares u otra moneda extranjera, expresa en su parte final: “...El Poder Ejecutivo Nacional queda facultado a dictar disposiciones aclaratorias y reglamentarias sobre situaciones específicas, sustentadas en la doctrina del art. 1198 del Cód. Civil y el principio del esfuerzo compartido”.

En el mismo sentido, el art. 8º del dec. 214/2002 estableció que cualquiera de las partes podrá solicitar un reajuste equitativo del precio frente a la pesificación.

Estimamos que, frente a la paralización de la actividad comercial, profesional, etc., hay, en la mayoría de los casos, una imposibilidad temporaria de cumplir con el contrato, ya que no hay ingresos, por lo que lo aconsejable es suspender la ejecución del contrato y renegociar sus términos para que se pueda cumplir y las partes compartan el esfuerzo, las consecuencias de la crisis; es decir, que el peso de las consecuencias de la pandemia no recaiga solo en una de las partes.

También se debe tener en cuenta que nuestro Código Civil y Comercial consagra, en el art. 1710, el deber de prevención del daño, y toda persona tiene el deber de evitar causar un daño no justificado, lo cual se debe tener en cuenta por los contratantes y muy especialmen-

te por los abogados, quienes, a veces, con sus reclamos desmedidos llevan al cierre de la fuente de trabajo (10).

Creemos que el intento de renegociación y el esfuerzo compartido es el camino aconsejable para que los abogados contribuyamos decididamente a la recomposición de la economía y a la paz social.

## XII. La buena fe. El abuso del derecho

Si no encontramos una norma que justifique la suspensión, la renegociación, el esfuerzo compartido, como lo ocurrido en otras crisis, debemos recurrir a los principios generales de nuestro ordenamiento, y sin duda alguna tenemos la buena fe.

En cualquier tipo de relación jurídica el principio de buena fe es *de orden público*, tiene carácter imperativo y las partes no pueden excluirlo o limitarlo.

Se trata de una norma objetiva integrada por arquetipos de comportamientos sociales en algunos casos; no solo sirve para interpretar, sino también para integrar el negocio, de tal modo que se podrá echar mano a ella para precisar si lo pretendido por uno de los contratantes guarda congruencia con el equilibrio del sinalagma contractual y la reciprocidad de las contraprestaciones, así como con la proporción de las cargas y los sacrificios que la justicia conmutativa impone y que los contratantes han tenido en consideración al integrar uno de los tipos negociales previstos por el derecho.

Expresan Morello y Tróccoli (11) que la buena fe debe acompañar al contrato en cada una de sus fases, y en su variante objetiva significa que “el acreedor no debe pretender más, en el ejercicio de su crédito, ni el deudor puede rehusarse a dar menos, en el cumplimiento de su obliga-

(10) Pensemos en los juicios de mala praxis contra los hospitales públicos y privados, las demandas en el fuero del Trabajo, las relaciones de consumo, los reclamos que —bajo el paraguas de la justicia gratuita— muchas veces constituyen aventuras judiciales, total no se corre ningún riesgo.

(11) “La revisión del contrato. Onerosidad sobreviniente, intereses, indexación”, Ed. Platense, La Plata, 1977, p. 99.

ción, de lo que exige el sentido de la probidad, habida cuenta de la finalidad del contrato”.

El Código Civil y Comercial coloca en el Título Preliminar, como el primer principio que hace al ejercicio de los derechos subjetivos, al de buena fe.

Prescribe el art. 9º: “*Principio de buena fe*. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”.

Como expresan los comentaristas del Código Civil y Comercial, “incorporar a la buena fe dentro del Título Preliminar coloca a este principio, de manera expresa y precisa en el lugar central que debe observar en el derecho privado contemporáneo” (12).

En el Prólogo a la obra de Franz Wieacker, “El principio general de la buena fe” (13) expresa Luis Díez-Picazo que “son dos cosas distintas la idea escueta de buena fe y el principio general de buena fe”. Buena fe a secas es un concepto técnico jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho. Por ejemplo: el matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo (art. 69, Cód. Civil español); el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no se interrumpa legalmente la posesión (art. 451, Cód. Civil español); para que la renuncia del contrato de sociedad surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno (art. 1705, apart. 2º, Cód. Civil español).

Nos dice Rezzónico que “es indudable que la derogación de los deberes de buena fe por medio de un contrato —de manera directa o indirecta— contradice el sentido y fin del orden jurídico. Y si ello es inadmisibles que se materialice a través de un contrato negociado, menos aún resultaría aceptable por medio de condiciones negociales generales” (14).

(12) HERRERA, Marisa — CAMELO, Gustavo, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. 1, ps. 35/36.

(13) WIEACKER, Franz, “El principio general de la buena fe”, Ed. Civitas, Madrid, 1986, 2ª reimp.

(14) REZZÓNICO, Juan C., “Principios fundamentales de los contratos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 531.

Si no es aplicable la “teoría de la imprevisión” frente a la emergencia de la pandemia de COVID-19, por no ser excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes, aunque muy difícil o inútil de cumplirse, estimamos que habrá que recurrir al *abuso del derecho* y al *principio de la buena fe*, ya que, si las circunstancias han cambiado totalmente, pretender el estricto cumplimiento del contrato es una conducta abusiva y reñida con la buena fe, y este fue el argumento usado por nuestros jueces en la búsqueda de soluciones justas frente a la inflación.

Coincidimos con Hirschberg, quien, refiriéndose al dinero, nos dice: “Se plantea el problema de si los jueces deben actuar como guardianes de tal prestigio. *Su función es la de administrar justicia, y no la de resguardar la moneda*. El mantener su valor ficticiamente no es el procedimiento más adecuado para protegerla. Cuando la inflación se desencadena, solo drásticas medidas pueden detenerla, siendo innecesario, entonces, defenderla. Si no se toman enérgicas medidas pertinentes, querer mantener la moneda intacta es desde todo punto de vista imposible, ya que la realidad inflacionaria destruye su prestigio y su nivel” (15).

Más adelante nos dice, como ha ocurrido en nuestro país en distintas crisis inflacionarias: “Los jueces administran justicia conforme al ordenamiento jurídico positivo, pero en graves crisis los tribunales deben recurrir a los principios generales” (16).

La jurisprudencia en la crisis del 2001 resolvió: “Incurre en conducta abusiva y contraria a la buena fe el acreedor hipotecario que, pese a la notable modificación de la paridad cambiaria, pretende el estricto cumplimiento del contrato pues ello colocaría al deudor en situación ruinosa, con posibilidad de que la deuda se torne imposible de cumplir, debiendo restablecerse la equivalencia de las prestaciones en pos del esfuerzo compartido por elementales razones de equidad y solidaridad” (17).

(15) HIRSCHBERG, Eliyahu, “El principio nominalista”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 101.

(16) *Ibidem*, p. 115.

(17) JNCiv. N° 59, 19/07/2002, “Martínez Castro, Marcelino y otros c. Establecimiento Tala Viejo SA”, LA LEY

Como ya expresara Marcos Romero Carranza hace más de una década<sup>(18)</sup>: “Los abogados tendremos que desempolvar viejas fórmulas, peticiones y cláusulas contractuales que pensábamos olvidados para garantizarle a nuestros clientes mantener el valor de las cosas y recibir al final de un acto jurídico de carácter o implicancia económica un valor similar al que sus expectativas iniciales tenían”.

Asimismo, “los jueces ya sea de oficio como alguna vez han hecho o bien a petición de parte deberán enfrentar el problema, ya sea reeditando viejos fallos plenarios o fallando sobre nuevos casos declarando la inconstitucionalidad de las normas del Código Civil y Comercial y Ley de Emergencia”. Cabe señalar, finalmente, que una prestigiosa doctrina y jurisprudencia, con criterio más flexible, ha propiciado que, aun en caso de faltar alguno de los recaudos anteriormente señalados para la procedencia de la teoría de la imprevisión, puede intentarse remediar la inequidad negocial por aplicación de la teoría del abuso del derecho (art. 1071, Cód. Civil, y ahora art. 10, Cód. Civ. y Com.).

En todos los problemas y dudas que se vayan presentado en cada conflicto entre las perso-

---

2002-E, 30.

(18) LA LEY 2002-E, 916.

nas, la buena fe tiene una fecundidad inagotable para lograr la adecuación del derecho a la realidad, y la buena fe no es un molde acabado “que el juez calca sencillamente sobre el material que ha colocado debajo, sino una extraordinaria tarea que tiene que realizar el propio juez en la situación determinada de cada caso jurídico” <sup>(19)</sup>.

La jurisprudencia argentina ha dicho reiteradamente que “una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean estos los particulares o el propio Estado”<sup>(20)</sup>.

La aplicación de la buena fe impedirá los abusos de pretender que se cumpla el contrato como si nada hubiera pasado, como si las cosas se mantuvieran como al momento de la contratación, y este principio dará fundamento a pedidos razonables y a que la solución sea con sacrificios compartidos que permitan la supervivencia del contrato y que en alguna medida se cumpla la finalidad buscada al momento de su nacimiento.

---

(19) WIEACKER, Franz, “El principio general de la buena fe”, ob. cit., p. 37.

(20) CS, Fallos 315:214; 312:1725; ver ED 1990-135-392.

# La incidencia del COVID-19 en la protección internacional de niños, niñas y adolescentes

Adriana Dreyzin de Klor<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. Palabras introductorias.— II. La familia internacional: marco de la protección internacional de niños, niñas y adolescentes.— III. Sustracción internacional de menores en tiempos de coronavirus.— IV. Jurisprudencia extranjera en tiempo de coronavirus.— V. A futuro...

*“En medio de la dificultad se esconde la oportunidad”*

Albert EINSTEIN

## I. Palabras introductorias

El título de este libro, elaborado en el marco de las actividades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, engarza en todos los aspectos enunciados cuando se hace referencia al tema sobre el cual versan estas líneas. En efecto, la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes provoca una profunda herida jurídica, institucional, ambiental y social al sistema de derecho internacional en el ámbito del derecho de familia transfronterizo y particularmente en la protección de menores (1).

El recorrido que nos proponemos efectuar a fin de revelar esta problemática es el siguiente: comenzamos ubicándonos en la familia internacional, para luego posicionarnos en la sustracción internacional de niños y continuar con

---

(\*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(1) Utilizamos el término como sinónimo de NNA, porque es el que emplean las convenciones internacionales que abordan la problemática, sin ninguna intención peyorativa y conociendo que, conforme a la interpretación de Unicef, el término “menor” tiene una carga discriminatoria y es negativo para la imagen del niño, niña o adolescente, porque remite a la idea del niño como “objeto” y no como “sujeto” de derechos. Ver <https://www.unicef.org/argentina/spanish/3.Glosario.pdf>.

un breve sobrevuelo por algunos casos jurisprudenciales nacionales y extranjeros que han tenido lugar durante esta trágica pandemia que nos atraviesa. Finalizamos con una mirada prospectiva planteando reflexiones provocadas al hilo del fenómeno de la hora actual.

## II. La familia internacional: marco de la protección internacional de niños, niñas y adolescentes

Entre los ámbitos en que el COVID-19 ejerce una impronta relevante a partir del confinamiento decretado, el derecho internacional privado (DIPr) no es una excepción, y particularmente en este campo se destaca el derecho internacional privado de familia (DIPrF), considerado el sector más sensible de la materia.

En esta rama jurídica, la incorporación de los tratados de derechos humanos a las legislaciones nacionales ejerce una marcada influencia que revierte de manera muy positiva en la jurisprudencia, en tanto los principios esenciales de los tratados universales y americanos se articulan con la dimensión convencional y la dimensión autónoma con efectos altamente favorables (2).

---

(2) Ver DREYZIN DE KLOR, Adriana — BRITOS, Cristina, “El camino recorrido por el derecho internacional de familia en la protección de los derechos de la infancia”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Dossier especial: “El interés superior del niño: a 30 años de la Convención de los Derechos del Niño”*, Facultad de Derecho de la UBA.

En la actual coyuntura, la articulación de estas vertientes plantea no pocos interrogantes. El fenómeno que atravesamos debe nutrirse de los axiomas contenidos en los instrumentos fundamentales, en tanto operan de manera directa o indirecta en todas las situaciones que quedan captadas por esta rama del derecho internacional. Es fundamental tener presente que la defensa de los derechos humanos comporta de modo inexorable un cambio paradigmático que sitúa a la persona como sujeto de derechos, requiriendo la necesaria reformulación de todos los sistemas jurídicos.

Ahora bien, el mundo globalizado —al menos hasta nuestros días— (3) es un escenario altamente propicio para el desarrollo de una permanente movilidad de las personas humanas, hecho que se patentiza desde las últimas décadas del pasado siglo, en que son incontables los casos iusprivatistas generados por las constantes migraciones (4). Factores laborales, sociales, culturales y económicos con incidencias políticas influyeron para que los traslados adquieran una importante dinámica, con la consecuente localización de las relaciones jurídicas bajo ordenamientos diversos (5). Resulta innegable señalar los efectos que estos factores revierten en la familia, ya que considerar hoy el crecimiento y desarrollo de familias internacionales es una verdad fáctica con efectos jurídicos naturalizada.

(3) Numerosos estudios que se leen a partir de la pandemia advierten acerca del fin de la globalización. Ver HARARI, Yuval, “The world after coronavirus”, *Financial Times* del 20/03/2020. La necesidad del replanteo surge en algunos autores ante la incapacidad que ha demostrado la globalización para elevar consistentemente los niveles de vida de los ciudadanos; y, como consecuencia de ello, el retorno al nacionalismo que distintos países han comenzado a practicar para mitigar los efectos sobre sus nacionales.

(4) Ver CS, 14/06/1995, “Wilner, Eduardo M. c. Oswald, María G.”, ED 164-13.

(5) Bien se afirma que las migraciones por las causas enunciadas no son novedosas para el derecho internacional privado, aunque es innegable que revisten hoy un perfil particular que hace que difieran en sus efectos con relación a los que desde siempre se reconocían. Conf. SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “Perfiles de la integración del extranjero”, en SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (ed.), *La integración de los extranjeros (Un análisis transversal desde Andalucía)*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p. 31.

Ante esta realidad que hace a nuestra cotidianidad desde hace tiempo, se produce la pandemia de COVID-19, que encuentra a las familias en numerosos casos dispersas, esto es, los miembros del núcleo familiar residiendo en diferentes países, y, entre los graves problemas provocados por este escenario, se destaca el agravamiento en uno de los sectores relativos a la protección internacional de niñas, niños y adolescentes (NNA). Nos referimos a la sustracción internacional de menores o de NNA, según la terminología más moderna, que mira a esta categoría etaria propiamente como sujetos de derecho (6) y a los conflictos que se han generado a partir de la imposibilidad de movilización de las personas.

En consecuencia, la creciente presencia de casos en la comunidad internacional no causa sorpresa, dado el espectro de conexiones y relaciones que se articulan en paralelo a la internacionalización de la institución de la familia y el incremento de demandas que se observa en las actuaciones tribunalicias sobre este ámbito material (7).

### III. Sustracción internacional de menores en tiempos de coronavirus

La sustracción internacional de menores, en términos breves, consiste en el traslado o retención ilícitos de menores fuera del Estado de su residencia habitual. Se plantea como una cuestión procesal que determina una acción autónoma. A través de su ejercicio se pretende lograr, de forma inmediata, el reintegro del niño al país en el cual se encuentra su centro de vida. El motivo surge a las claras; los NNA desplazados o retenidos ilícitamente son víctimas del desarraigo social y familiar y, en consecuencia, es muy importante proveer las herramientas para la “pronta solución a cuestiones de profundo contenido humano y que no admite, por su par-

(6) Ver MASTRÁNGELO, Fabio, “El aporte de Córdoba a la restitución internacional de menores. Una mirada sobre algunos instrumentos”, *Semanario Jurídico*, nro. 2134, Córdoba, 2017.

(7) Estadísticas oficiales elaboradas por el gobierno argentino pueden consultarse en [www.menores.gov.ar](http://www.menores.gov.ar).

ricular naturaleza, dilaciones impuestas por trámites innecesarios” (8).

Un axioma nuclear que ejerce su impronta en el marco que nos convoca, de alto contenido sustancial por su naturaleza y efectos, que converge en el campo procesal por su margen, es el respeto a las reglas del “debido proceso”.

Ríos de tinta se han vertido sobre un derecho fundamental que aparece plasmado en los tratados de derechos humanos con sentido protectorio indiscutido. Sin embargo, la jurisprudencia está saturada de casos en que este principio se pone en tela de juicio, por lo que el hecho de su iluminada recepción no condice con su observancia.

El objetivo que se persigue a través del respeto a este axioma, así como a los demás principios esenciales, es que se plasme en hechos el principio de efectividad. En efecto, este principio no debe ser tan solo una enunciación o una simple disquisición teórica, que termine difuminándose en las circunstancias que atravesamos por los efectos del COVID-19 en desmedro del valor cooperación (9).

Esta afirmación plantea serios inconvenientes que deberán analizarse a la luz de soluciones

(8) Así se señala en la Exposición de Motivos del proyecto de ley 22.546, por la que se aprueba el Convenio Argentino-Uruguayo sobre Protección Internacional de Menores, Montevideo, 1981. Acerca del tema ver PENNISE IANTORNO, María S. — PANATTI, Marcela V., “Procesos de restitución internacional de niños. Interés superior del niño en la cooperación internacional”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

(9) El DIPr actual registra un profundo viraje en su objetivo, método y contenidos, concediendo a la actividad jurisdiccional —sea por vía directa, sea por vía indirecta— el relevante sitial que ocupa actualmente en las relaciones iusprivatistas internacionales. Ese giro de la materia se sustenta, entre otros hechos, en que el reconocimiento de la resolución foránea constituye el centro neurálgico de la disciplina. De hecho, la concreción del reconocimiento impide situaciones claudicantes y compendia la función del DIPr, que no es otra que dar continuidad a las relaciones jurídicas en el espacio. Conf. DREYZIN DE KLOR, Adriana, “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras”, en *Libro homenaje a Tiana Maekelt*, Ed. CEDEP, Asunción, 2010.

creativas, ponderando todos los factores que intervienen en cada caso concreto (10).

Téngase presente que, en todos los procesos de familia internacional, y particularmente en los casos de sustracción de niños en que está en juego el interés de los menores, se plantea el equilibrio entre el respeto de estas reglas y la celeridad que exige el supuesto. El hecho de respetar un axioma no funciona en desmedro del otro; ambos son de jerarquía equivalente, y por tanto se articulan de forma complementaria, siendo convergentes en la finalidad y la esencia (11).

Durante esta pandemia, llama la atención el número de demandas ingresadas. Se ha sostenido que contradice la lógica el hecho de que se hayan multiplicado estos casos frente al cierre de fronteras y la suspensión de vuelos internacionales (12). El terreno de la sustracción internacional de menores se ha convertido en campo fértil para que se generen estos conflictos y se accionen los mecanismos de los tratados internacionales que vinculan a nuestro país con otros Estados.

Dadas las características de este instituto, puede comprenderse que, en un escenario pleno de incertidumbre, el progenitor perjudicado desee que el niño regrese al país de su residencia habitual al considerar que de este modo está garantizada su salud física y mental.

(10) En esa línea, ver HARRINGTON, Carolina, “1889 a 2019: Del fonoteléfono a la videoconferencia. Ficción, visión y realidad en el cumplimiento de exhortos y la cooperación probatoria internacional”, en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia — IDIARTE, Gonzalo L. (coords.), *Jornadas 130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889*, Ed. FCU, Montevideo, 2019, ps. 425-441.

(11) Conf. DREYZIN DE KLOR, Adriana — CASOLA, Laura, “La importancia de la celeridad para el resguardo del interés superior del niño en los procesos de restitución internacional de menores”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, GROSMAN — LLOVERAS — KEMELMAJER DE CARLUCCI — HERRERA (dirs.), nro. 81, setiembre/2017, p. 41.

(12) TAGLE DE FERREYRA, Graciela — CASTELLI, María F. — SEOANE DE CHIODI, María — GARCÍA VIGO, Stella M., “Restitución internacional de menores, régimen de visitas o contacto internacional”, *Comercio y Justicia* del 13/05/2020, Córdoba.

### *III.1. Jurisprudencia argentina sobre sustracción internacional de menores en tiempos de coronavirus*

Entre las situaciones planteadas durante este período de pandemia, en que, como método de prevención, se adoptó la cuarentena, estableciendo medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio, se han planteado casos de sustracción, entre los que hemos seleccionado tres conflictos que tienen lugar ante los tribunales de Córdoba, República Argentina. Muy brevemente narraremos los hechos que describen las situaciones vivenciadas por los menores (13).

En primer término, reseñamos los autos caratulados “M. de G., L. J. c. R. B., M. C. y otro. Restitución internacional de menores de edad”.

El expediente ingresa al tribunal con fecha 27/02/2020, habiéndose celebrado audiencia el 13/03/2020. En la oportunidad, se establece el día 14 de abril del año en curso como fecha para llevar a cabo la ejecución de la restitución a España, país del cual proviene la solicitud. Como consecuencia de los sucesos acaecidos que reventan en el cierre de fronteras a raíz del COVID-19, la restitución no puede efectivizarse. El plazo que fuera otorgado a la progenitora para acompañar a su hija se venció, dado que en el marco del contexto mundial actual se tornó imposible ejecutar lo resuelto. En consecuencia, se procede a la suspensión de los plazos previstos por la fuente normativa utilizada, el Convenio de La Haya de Sustracción Internacional de Menores (CLH80) (14). La razón alegada es la fuerza mayor.

(13) Los datos de la jurisprudencia que se menciona han sido brindados por la profesora de Derecho Privado VI Julia Rossi, UNC, jueza de Familia de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba, con competencia concentrada en restitución internacional de la primera circunscripción judicial, Córdoba, Capital, en el seminario dictado en la Diplomatura en Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Abogada/o de Niñas, Niños y Adolescentes, Secretaría de Posgrado, UNC, Córdoba, 16/05/2020.

(14) La República Argentina ratificó la Convención por ley 23.857 en 1990. En la actualidad se encuentran vinculados 101 Estados (mayo/2020), pudiendo consultarse los países miembros y el estado de ratificación en <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=24>.

El otro caso que referimos se plantea en autos “S. M., B. c. S., A. s/ restitución internacional de menores de edad” La solicitud de restitución proviene del Reino Unido, y el ingreso se produce el 08 de abril del año en curso, es decir, en plena cuarentena. El tribunal procede a trabar medidas de prohibición de salida del país y, pese a efectuar una serie de diligencias a efectos de localizar a los niños, tales como constituirse personalmente en el domicilio denunciado, los menores no fueron localizados. Se solicita entonces la intervención de Interpol. Hasta el día 13 de mayo, fecha del último informe, los menores no pudieron ser localizados. La Policía Federal dejó constancia de que las tareas de vigilancia realizadas se dieron en el período de la emergencia sanitaria declarada por el Poder Ejecutivo Nacional y “...en el marco de las medidas de cuarentena dictadas en tal sentido, lo cual dificulta el accionar policial en forma encubierta como el desarrollo de las vigilancias, motivo por el cual se mantiene auscultación sobre el lugar...”

En tercer lugar, con fecha 06 de mayo se solicita desde México la restitución internacional de una niña, en los autos caratulados “P. S., M. c. S., M. M. V. s/ restitución internacional de menores de edad”. Seguidamente, se procede a trabar las medidas de prohibición de salida del país y con fecha 08 de mayo, con intervención policial, se retira el pasaporte de la niña. Va de suyo que las medidas de aislamiento decretadas interfieren en todo el procedimiento para avanzar en la restitución de la menor.

### *III.2. Efectividad de la orden de restitución*

¿Qué sucede en los casos en que se llega a la etapa de ejecución de la manda que ordena restituir al niño y el cierre de fronteras impide cumplir dicha orden? ¿Cómo se articula la incidencia que el COVID-19 ejerce en estos casos? El peligro que puede plantearse es la reconfiguración del centro de vida del niño por el transcurso del tiempo si esta medida se alarga demasiado y si, además, se suma que los vuelos se consideran riesgosos. ¿Cómo valorar tal situación en el proceso judicial por restitución? ¿En qué medida el retorno del niño al Estado de su residencia habitual anterior al traslado indebido respeta el principio del interés superior?

Cabe poner de resalto que el equilibrio entre los principios del debido proceso y la duración razonable —celeridad— (15) es la única garantía de respeto al interés superior del niño. Es relevante destacar que los objetivos del Convenio coinciden con el interés superior del niño (16). Así lo señala Elisa Pérez Vera en su “Informe explicativo” (17), al sostener que “los dos objetivos del Convenio —uno preventivo, el otro destinado a lograr la reintegración inmediata del niño a su entorno de vida habitual— responden en su conjunto a una concepción determinada del ‘interés superior del menor’” (18).

En estos supuestos en que aparece la fuerza mayor como justificante de la excepción prevista en el art. 13, inc. b), CLH80, ¿es posible quedarnos con esa respuesta? La pregunta es cómo interpretar “grave riesgo”, en tanto se erige como un obstáculo a la hora de la ejecución de la orden, influyendo negativamente en los objetivos del Convenio al afectar de forma directa el interés superior del niño. Frente a la incertidumbre respecto al tiempo que puede transcurrir desde que se ordena la restitución hasta que pueda llevarse a cabo, reiteramos el

---

(15) En este orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, con relación a la celeridad que requieren los procesos que involucran a menores: “...en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de personas menores de edad [...] deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades” (Corte IDH, 31/08/2012, “Caso Furlán y familiares v. Argentina”, serie C-246, párr. 127).

(16) GRAIEWSKI, Mónica, “Restitución internacional de menores. Excepciones de la Convención de La Haya de 1980”, *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, nro. 2, año II, 2014.

(17) Los informes explicativos sobre los instrumentos elaborados en el seno de las Conferencias de La Haya de Derecho Internacional Privado constituyen valiosas fuentes de información sobre los puntos cardinales de cada convenio. El Informe Pérez Vera, desarrollado al final del decimocuarto período de sesiones (1980), esclarece las disposiciones del Convenio y ofrece una guía detallada para quienes deban aplicarlo.

(18) PÉREZ VERA, Elisa, “Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980”, 14/06/1988, párr. 25, disponible en <https://assets.hcch.net/upload/exp128s.pdf>.

interrogante en torno al cual gira este problema: ¿hay peligro de que se produzca el arraigo del niño en el Estado al cual fue ilícitamente trasladado? ¿Qué alternativas son pasibles de evaluar, si es que podemos considerar que existen opciones?

No resulta irracional sostener que el COVID-19 se puede llegar a utilizar cada vez más como justificación legal para emitir una orden de no restitución por parte de un tribunal en procedimientos internacionales de sustracción de niños, considerándose el retorno como un riesgo grave para el menor, amparando dicha resolución en el art. 13, inc. b), del CLH80 (19).

Téngase presente que el 09/03/2020, en ocasión de celebrarse los cuarenta años de este Convenio, se presentó la Guía de Buenas Prácticas (20) a los fines de la correcta interpretación y aplicación del art. 13, inc. 1.b), de dicho cuerpo legal (21).

---

(19) Art. 13.1.b). Cabe consignar que existe una diferencia en la traducción del artículo del Convenio al idioma español. En su original en inglés y francés, lo que se califica como “grave” es tan solo el riesgo, no así el daño. La cuantía del potencial daño está determinada por el concepto de “situación intolerable”, o sea que aquel sea de tal magnitud que no pueda esperarse que un niño en particular lo tolere. Ahora bien, la versión en español califica como “grave” tanto el daño como al “riesgo”. Ver TRECCA, Daniel, “Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Parte V. Artículo 13 [1](b)”, en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia — IDIARTE, Gonzalo L. (coords.), *Jornadas 130 Aniversario...*, ob. cit., p. 544.

(20) La Guía de Buenas Prácticas para la aplicación de la excepción prevista en el art. 13, inc. 1.b), de la Convención está disponible solamente en idiomas inglés y francés y se la puede encontrar en esta página: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6740&dtid=3>. Sí se puede encontrar en español el Proyecto de la Guía del año 2017: <https://assets.hcch.net/docs/13a63e16-fdf4-488b-9368-123c96cdf67.pdf>.

(21) Ver ECHEGARAY DE MAUSSION, Carlos E. — LUCERO, Myriam D., “La excepción de riesgo grave en la restitución internacional de niños: nueva Guía de Buenas Prácticas para su aplicación”, en prensa.

#### IV. Jurisprudencia extranjera en tiempo de coronavirus

##### IV.1. El caso resuelto y la Guía de Buenas Prácticas

Una interesante posición sobre el modo de afrontar estas circunstancias difíciles estando en juego el “interés superior del menor” fue resuelto en una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (División de Familia), el 31/03/2020 (22). Este caso resulta paradigmático, no solo por el tema sobre el cual se pronuncia, en tanto incide en su dictado la pandemia generada por el COVID-19, sino también porque el tribunal estrena la utilización jurisprudencial de la Guía de Buenas Prácticas (23).

El caso tiene lugar a partir de la sustracción de una niña (P. T.), nacida en España en 2008, país en el que transcurrió toda su vida. Producida la separación de sus padres en 2009, los tribunales españoles emiten una resolución por la que se designa a la madre como titular de la custodia, en tanto ambos progenitores comparten la responsabilidad parental. Además, comparten tiempos equivalentes con la menor y, conforme al régimen judicialmente aprobado, se obligan a informarse mutuamente con treinta días de antelación sobre cualquier cambio de domicilio que decidan realizar.

El 13/02/2020, la madre, embarazada de ocho meses de su nueva pareja, con quien ya tiene otro niño, viaja a Inglaterra con P. T., país al que se había mudado. El progenitor, en tanto, no tuvo conocimiento de que la niña fuera trasladada fuera de España, por lo que esta salió del país sin consentimiento de su padre. Al enterarse, solicita a la madre que regrese a España, negándose ella a volver. En consecuencia, el pa-

(22) EWHC 834 (Fam.), 31/03/2020, disponible en “England and Wales High Court (Family Division) Decisions”, <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2020/834.html>.

(23) Un interesante comentario de esta sentencia es realizado por la profesora RUSINOVA, Nadia, “Child abduction in times of corona”, *Conflict of Law. Views and News in Private International Law*, 2020, disponible en <https://conflictoflaws.net/2020/child-abduction-in-times-of-corona/>.

dre viaja a Reino Unido a buscar a la hija, pero la progenitora continúa negándose a permitir su regreso, aunque accede a que pase una noche con el padre en el hotel en que este se alojaba.

El 10 de marzo del año en curso se presenta el caso ante el tribunal. La madre participa en la audiencia, alegando —con base en el art. 13, inc. b), de la Convención— que el retorno de P. T. a España podría ocasionarle un grave riesgo, ya que podría contraer COVID-19 si se decide su retorno, hecho que afectaría gravemente su salud.

Consultada por el tribunal, sostuvo la menor que su deseo no había sido viajar a Inglaterra y que prefería regresar a España con su padre, si bien no quería tampoco separarse de su madre.

El tribunal, con la evidencia recabada, consideró que la niña tiene residencia habitual en España, dictaminando que fue trasladada al Reino Unido de manera ilícita, conforme lo establece el art. 3º de la CLH80, y que no cabe aplicar la excepción dispuesta en el art. 13, inc. b), alegado. En esta línea, sostuvo que la situación de pandemia no es suficiente para hacer lugar a la excepción de grave riesgo y, además, se estableció un plazo de veinte días para que proceda la restitución de la niña a España, país de su residencia habitual.

Ahora bien, ¿cómo situarse frente al contexto de la pandemia? Va de suyo que las circunstancias ubicaron al tribunal frente al desafío de determinar si el regreso de la niña representaría o no un grave riesgo.

No puede afirmarse que el regreso del menor constituya un grave riesgo en todos los casos de sustracción internacional. Empero, sí debe ponderarse en cada caso particular (24). La Guía de Buenas Prácticas, en estas circunstancias, es decir, en un momento sin precedentes, resulta sumamente útil al consignar un nuevo significado a la noción de riesgo grave en virtud de lo dispuesto en el Convenio.

(24) Criterio sostenido por la CS: “...cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias...” (CS, 27/05/2015, “M., M. S. s/ guarda”, del dictamen del procurador fiscal subrogante).

En el conflicto en análisis, es dable también la consulta a la interpretación del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas (Observación General N° 14) (25), así como considerar el derecho a la salud que se incardina directamente en el interés superior del niño.

Es bien sabido que no corresponde al juez de la restitución valorar el lugar en el cual la niña se encontraría mejor, pues esta cuestión de fondo será resuelta a la luz del derecho del Estado de residencia habitual. La labor del juez en el Estado de refugio se restringe a ordenar el traslado inmediato del niño retenido de manera ilícita (26).

Se trata de un concepto dinámico, flexible y también adaptable, pues está basado en la consideración de la subjetividad, entendida como la propiedad de las percepciones, argumentos y lenguaje cimentada en el punto de vista del sujeto (27).

La *inmediatez* que las normas de cooperación prevén para la restitución al Estado de su residencia habitual de los niños, niñas y adolescentes indebidamente trasladados o retenidos en el extranjero se orienta justamente a respetar el interés superior de aquellos, resguardando la preservación de su identidad, su entorno familiar y lazos, los cuales se encuentran vinculados al lu-

gar donde el niño desarrollaba su *centro de vida* antes del traslado (28).

El límite a la restitución, entonces, debe operar en tanto se advierta que aquella reintegración no logra la finalidad prevista, ya sea porque encuentra un rechazo fundado en la opinión del propio sujeto de derechos, o porque lo coloca en una situación de vulnerabilidad, desprotección o de afectación de sus derechos fundamentales (29).

En ese sentido, la extrema dilación de los plazos procesales de los trámites de restitución — hecho que desoye el postulado de inmediatez requerido por las normas vigentes— afecta el interés superior del niño, planteando un nuevo supuesto de análisis judicial: la reconfiguración del centro de vida. Es decir, son situaciones en las cuales el lugar de residencia anterior al traslado, por efecto del transcurso del tiempo, ya no se vincula a su identidad ni a sus lazos familiares o personales, ni significa su ámbito de protección, cuidado y seguridad desde el punto de vista de su subjetividad. En estos casos, ¿el retorno del niño al Estado de su residencia habitual anterior al traslado indebido implica realmente el “reintegro a su centro de vida”? ¿Cuál es el límite al compromiso de cooperación? (30).

De lo reseñado surge con claridad que existe un diálogo armónico entre las diferentes fuentes del sistema de protección de menores (31). Todas ellas buscan resolver los casos inspira-

(25) “El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, 29/05/2013, disponible en <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>).

(26) GOICOECHEA, Ignacio, “Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 30, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2005.

(27) Conf. TRILLINI, Marcela, “Interés superior del niño. Concepto en casos de restitución internacional de niños”, en TAGLE DE FERREYRA, Graciela (dir.) — MASTRÁNGELO, Fabio (coord.), *Restitución internacional de menores. Doctrina de los jueces de la red nacional y rol de las autoridades centrales. Visión práctica*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2017, p. 93.

(28) Ver DREYZIN DE KLOR, Adriana — ECHEGARAY DE MAUSSION, Carlos, “Las convenciones interamericanas sobre protección a la infancia: un caso para reflexionar”, *RDF*, 2020, en prensa.

(29) Con relación a la incidencia del orden público internacional en materia de restitución de niños, niñas y adolescentes, ver CASOLA, Laura — VALLES, María Laura, “El orden público internacional en las convenciones sobre restitución internacional de menores”, *Actualidad Jurídica*, vol. 33, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2007, ps. 3572-3580.

(30) Conf. DREYZIN DE KLOR, Adriana — CASOLA, Laura, “La importancia de la celeridad...”, ob. cit., p. 40.

(31) Ilustra el tema BRITOS, Cristina, “Perspectivas para un replanteo en la restitución internacional de niños, desde el principio de la cooperación internacional”, [https://www.academia.edu/28424608/Perspectivas\\_para\\_un\\_replanteo\\_en\\_la\\_restituci%C3%B3n\\_internacional\\_de\\_ni%C3%B1os\\_desde\\_el\\_principio\\_de\\_](https://www.academia.edu/28424608/Perspectivas_para_un_replanteo_en_la_restituci%C3%B3n_internacional_de_ni%C3%B1os_desde_el_principio_de_)

das en los mismos principios, entre los cuales se destaca, como axioma rector, el interés superior del niño. Es decir, la decisión judicial de restitución o de no restitución del niño al lugar de su residencia habitual anterior al traslado debe estar justificada, siempre, en que esta acción es lo mejor para aquel.

Resulta interesante y sobre todo acertado que, a los efectos de tomar la decisión, el tribunal acuda a la Guía de Buenas Prácticas, particularmente al concepto de “riesgo grave” (32) en los procedimientos de sustracción, y, siguiendo el método del diálogo de fuentes (33), articule dicha vertiente con lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Es dable consignar que las audiencias se realizaron de manera virtual a través de la plataforma Microsoft Teams. Vale señalar además que la tramitación del procedimiento a través del uso de la tecnología se ha convertido en una herramienta esencial (34).

#### IV.2. El caso suspendido

Otro caso que merece atención trata de unos niños trasladados desde Nigeria a Ontario (35). El progenitor efectuó el reclamo intentando que se resolviera con urgencia; empero, el tribunal decidió suspender las actuaciones fundado en el COVID-19, entendiendo que los viajes internacionales no eran lo mejor para el niño en estas circunstancias.

*cooperaci%C3%B3n\_internacional\_de\_Cristina\_Britos.docx?email\_work\_card=view-paper.*

(32) Ver ALBORNOZ, María M., “Nueva Guía de Buenas Prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores”, <http://derechoenaccion.cide.edu/nueva-guia-de-buenas-practicas-la-excepcion-de-grave-riesgo-en-la-restitucion-internacional-de-menores/>.

(33) El diálogo de fuentes es un método muy utilizado en el derecho internacional privado actual, propiciado por el profesor Jayme. Ver JAYME, Erick, “Identité culturelle et intégration: Le droit international privé post-moderne”, *Recueil des Cours*, t. 251 (1995), Ed. Martinus Nijhoff, La Haya, 1996.

(34) Conf. HARRINGTON, Carolina, “1889 a 2019: Del fonotéfono a la videoconferencia...”, ob. cit., p. 432.

(35) “Onuoha, Ch. v. Onuoha, I.”, 2020 ONSC 1815.

Como ya hemos señalado, en este escenario, la crisis sanitaria plantea nuevos desafíos que pueden entorpecer el efectivo retorno del niño a su residencia habitual. En este supuesto, los hechos son los siguientes: se trata de una familia que vivía en Nigeria hasta octubre de 2019, fecha en que la madre se traslada con las dos hijas de la pareja a Ontario. El padre sostuvo que no consintió el viaje y presentó una solicitud de restitución internacional, en los términos de la CLH80, para lograr el regreso de las niñas al lugar donde residían. El caso se encontraba en pleno proceso cuando el tribunal decide suspender la continuidad debido al COVID-19, lo que trajo aparejada la suspensión de la audiencia prevista, fijando una nueva fecha para el mes de junio.

El padre intentó que se resolviera el conflicto de manera urgente; empero, el tribunal entendió que no era un momento apropiado para considerar el viaje de las niñas. Señaló que si bien en principio el caso podía estar comprendido en los asuntos urgentes, ya que se trata de un conflicto relacionado con la retención de niños — conforme a la perspectiva del progenitor—, no puede calificarlo de ese modo en la coyuntura. Así, expresó el tribunal de la causa que las niñas se encuentran residiendo con su madre en Ontario y, habiendo una pandemia mundial por la cual se han generado restricciones de viajes de forma generalizada, aprobadas incluso por el gobierno de Canadá, no es el momento de escuchar una moción sobre el retorno de las niñas a otra jurisdicción. Inclusive, si al progenitor le asiste la razón y se decidiera la restitución conforme a derecho, no podría implementarse por un tiempo considerable. Señaló que sería insensato exponer a los niños a viajes internacionales. La seguridad y el bienestar de las criaturas deben estar protegidos y, por el momento, deben permanecer donde están, al cuidado de su madre, en Ontario. Si bien el asunto es muy importante para las partes, no considera que actualmente pueda calificarse de urgente.

El tribunal interviniente aseguró al padre que no habrá un *statu quo* a favor de la madre como resultado de la demora en escuchar su moción, y declara su expectativa respecto a que la madre realice todos los esfuerzos razonables para que las niñas hablen regularmente con su padre por Skype, Facetime, teléfono u otros medios.

Se advierte la diferencia en el razonamiento de los tribunales en ambos casos, ya que en el primero se resuelve la cuestión a partir del empleo de los medios proporcionados por la tecnología para llevar a cabo la audiencia y resolver el tema, ordenando la restitución internacional de la niña, situación que no se lleva a cabo en el segundo planteo.

El punto es diferenciar el proceso y la obtención de la orden de restitución internacional, de la suspensión de la tramitación del caso.

### V. A futuro...

Efectuar predicciones acerca de cómo finalizarán estos casos resulta muy azaroso, pues el problema mayor que se plantea se mueve en un terreno incierto. Es muy poco lo que puede predecirse mientras escribimos estas líneas, estando aún en período de cuarentena en la Argentina (36).

Sin embargo, a partir del breve recorrido por algunos de los muchos casos jurisprudenciales que tuvieron lugar en tribunales tanto argentinos como extranjeros, hay un punto que a nuestro juicio debiera ser considerado por los tribunales. Me refiero a la utilización de los medios tecnológicos para arribar a una decisión. Sea que corresponda ordenar la restitución internacional, sea que corresponda denegarla, por no cumplirse los recaudos establecidos en las convenciones vigentes, esta manda no debiera dilatarse.

En su caso, puede quedar pendiente la ejecución de la restitución internacional; empero, los tribunales deberían arbitrar fórmulas creativas para evitar que se produzca un nuevo arraigo del niño en el Estado de refugio, esto es, el país al cual fue ilícitamente trasladado. Hoy podría implementarse a través de los vuelos de repatriación, como una posibilidad de regreso o, si se trata de un Estado fronterizo, con las debidas autorizaciones, considerar el traslado terrestre tomando todos los recaudos necesarios.

---

(36) Escrito el 25/05/2020. A la fecha transitamos un período de cuarentena, en principio, a prolongarse hasta el día 07/06/2020.

Por último, pese a no haber sido referidas en esta entrega las bondades de la Convención de La Haya relativa a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución, y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de Niños, suscripta en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado el 19/10/1996 (CLH96) (37), nos permitimos mencionarla para insistir sobre la importancia que implica para el país ser parte del Convenio.

El 26/11/2015, el Congreso argentino aprobó la Convención. Sin embargo, y a pesar de su aprobación, el instrumento no ha sido ratificado internacionalmente por la Argentina. Por lo tanto, aún no tiene vigor en nuestro Estado.

Con todo, el estudio de sus disposiciones y del sistema de protección que diseña resulta ineludible por motivos que se proyectan más allá del alto grado de probabilidad de que se complete el proceso diplomático de ratificación y depósito del instrumento, para convertirlo en derecho nacional.

En primer lugar, porque las previsiones que contiene han sido la fuente de inspiración primordial para numerosas regulaciones a nivel internacional en materia de responsabilidad parental, incluyendo la plasmada en el Código Civil y Comercial (38).

---

(37) Ley 27.237, publicada en BO del 23/12/2015.

(38) Libro VI, tít. IV, cap. 3, secc. 7<sup>a</sup>, arts. 2639 a 2614, del Cód. Civ. y Com. Según los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: "El centro de gravedad en la materia 'Responsabilidad parental y otros institutos de protección' se ha fijado en la residencia habitual del niño, o centro de vida, que es la tendencia recogida en las legislaciones nacionales a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño. Es también la solución prevista en la Convención de La Haya de 1996 relativa a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, que nuestro país no ha ratificado, pero que expresa los consensos actuales sobre la materia". El texto se puede consultar en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

Por otra parte, el Tratado se encuentra en vigor en un importante número de países (39). Algunos de esos países comparten con Argentina un significativo grado de intercambio jurídico.

Finalmente, está llamado a convertirse en un gran “aliado” de la instrumentación del Convenio de 25/10/1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CLH80), por reforzar varias de sus disposiciones y complementar otras.

Los aspectos regulados por el CLH96 se refieren a la determinación del Estado cuyas autoridades tienen jurisdicción en materia de responsabilidad parental y adopción de medidas tendientes a la protección de la persona o la propiedad del menor; a establecer la ley aplicable y disponer el reconocimiento y ejecución de medidas protectorias en todos los Estados contratantes, así como a la instauración de instancias de cooperación cuando sean necesarias para el cumplimiento de estos objetivos (40). El CLH96 se aplica con relación a niños a partir de su nacimiento y hasta que cumplen 18 años.

Hoy estimamos que la vía cooperante es imprescindible, y la realidad de esta pandemia puso en evidencia la importancia de la tecnología para no entorpecer tanto el inicio de solicitudes (vía *online*) como la tramitación del

(39) El estado de situación del Tratado puede consultarse en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.

(40) Art. 1º, CLH96.

procedimiento a través de distintas plataformas. El CLH96 prevé expresamente la cooperación en esta materia, adoptando las nuevas tecnologías en los procesos relativos a las cuestiones privadas de familia internacional (41).

La principal función de este Convenio consiste en evitar conflictos jurídicos y administrativos, a la vez que construir la estructura necesaria a efectos de una cooperación internacional efectiva en materia de protección de niños entre los diferentes sistemas. Desde esta perspectiva, el Convenio brinda una notable oportunidad para tender puentes entre diferentes realidades jurídicas con antecedentes culturales, sociales y religiosos diversos.

En el interregno del flagelo que nos atraviesa y azota al mundo, es menester avizorar la oportunidad de repensar el modo de afrontar las estructuras de trabajo en general, y es así que las cuestiones de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y el régimen internacional de visitas deben incluirse en el listado de institutos a reestructurar. Un modo de llevar a cabo esta necesidad es dotar al país de la legislación necesaria para complementar las vertientes jurídicas que hoy regulan la protección internacional de NNA.

(41) Acerca de este Convenio, ver DREYZIN DE KLOR, Adriana — HARRINGTON, Carolina, “Cooperar para resguardar: La apuesta convencional en materia de responsabilidad parental y protección transfronteriza de la niñez y adolescencia”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nro. 87, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2018, ps. 335-348.

# Los instrumentos digitales: su validez y eficacia

José Fernando Márquez (\*)

**Sumario:** I. El aislamiento y el mundo digital.— II. La regulación de la instrumentación digital. La normativa argentina.— III. Tres principios que rigen la instrumentación digital de datos.— IV. Instrumento escrito e instrumento digital.— V. Firma manuscrita y firma digital. Instrumentos firmados y no firmados.— VI. Instrumentos originales digitales y archivos digitales.— VII. Conclusiones.

## I. El aislamiento y el mundo digital

En el año 2004 publicamos con el recordado profesor Moisset de Espanés un breve ensayo sobre temas vinculados a la contratación electrónica (1).

Decíamos en aquel trabajo que la confluencia de las tecnologías digitales de generación, almacenamiento y transmisión de datos, con la existencia de redes de comunicaciones —abiertas y cerradas—, produjo la posibilidad de interconexión global, en tiempo real, con acceso a toda clase de información por un universo indiscriminado de personas.

El derecho, como factor central de regulación de las conductas, se vio obviamente conmovido por esta nueva realidad. Las implicancias recaen sobre sus más diversos ámbitos. No existe espacio jurídico que no haya debido abocarse a problemas o interrogantes originados por la sociedad de la información: teletrabajo, posibilidades inconmensurables de acumulación de datos sensibles —con su consiguiente manipulación y venta—, nuevas fronteras de los derechos de propiedad intelectual, problemas de conflictos de leyes (legislación aplicable, tribu-

tación de operaciones comerciales originadas en lugares desconocidos), nuevos delitos penales (*hacking*, *sniffers*, “estafas virtuales”), gobierno electrónico (*e-goverment*), contratación electrónica, jurisdicción tributaria, entre otros muchos, son temas que cruzan las construcciones legales formuladas para una realidad “analógica” y de contactos en persona.

Se predica que estamos ante una nueva etapa, denominada “civilización de la información”, “sociedad de la información”, “ciberespacio” o “cibernación”. Es más, algunos historiadores han marcado el fin de la edad contemporánea y expresan que estamos transitando la “edad digital”.

Muchas de las actividades que utilizan los medios digitales se han desarrollado en los últimos años de manera exponencial. Así, el comercio electrónico (*e-commerce*) en nuestro país ocupa ya un lugar preponderante; según da cuenta el periódico *Infobae*, el Estudio Anual de Comercio Electrónico en la Argentina que realiza Kantar Insights para la Cámara Argentina de Comercio Electrónico determinó que la actividad creció durante 2019 un 76% respecto al año anterior y registró una facturación de \$ 403.278 millones.

El aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado a raíz de la pandemia generada por el COVID-19 ha multiplicado la utilización de medios digitales, tanto para la generación como

---

(\*) Profesor titular de Derecho Privado, Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Córdoba. Investigador UCCOR. Académico de Número.

(1) MOISSET DE ESPANÉS, Luis — MÁRQUEZ, José F., “La formación del consentimiento en la contratación electrónica”, LA LEY 2004-F, 1181.

para el almacenamiento y la transmisión de datos digitales (2).

Como expresamos antes, aun antes del aislamiento la utilización de medios digitales ocupaba un importante espacio. La expansión fue descomunal, pero hubo ámbitos, al menos en nuestro país, en que aún los contactos personales y la instrumentación de declaraciones de voluntad o de imágenes o sonidos por vías analógicas prevalecían.

El aislamiento fue disruptivo, ante la imposibilidad de continuar con aquellas prácticas habituales y la necesidad de recurrir a los medios digitales como los únicos disponibles para continuar con ciertas actividades.

Pensemos solo en el efecto que el aislamiento tuvo sobre algunas actividades que forman parte del núcleo de nuestra existencia.

Así, la educación: en cualquiera de sus niveles, en nuestro país subsistía la idea de que la educación en forma presencial, en cualquiera de sus etapas, no podía ser suplida por la genera-

(2) A los fines de esta ponencia utilizaremos de manera indistinta las voces “electrónico” o “digital”, salvo en aquellos supuestos en que una norma se refiera de manera diferenciada. Ello nos permitirá abarcar en esta exposición diversos modos de expresión de ideas o representación de imágenes o sonidos, sea por medios electrónicos o digitales. Según el *Diccionario* de la Real Academia Española, digitalizar es, según la primera acepción de la palabra: “Registrar datos en forma digital...”, y en su segunda acepción: “...Convertir o codificar en números dígitos datos o informaciones de carácter continuo, como una imagen fotográfica, un documento o un libro”. Ambas acepciones son útiles para comprender el fenómeno. La representación de la palabra, escrita u oral, de imágenes o sonidos, se realiza a través de la codificación en números dígitos, que son de comprensión para el hombre solo a través de medios técnicos que los transformen y muestren de la manera en que el sistema nervioso pueda aprehenderlos. La noción de “mensaje de datos”, que campea en toda la temática, se presenta, por ejemplo, en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, propuesta en 1996 por UNCITRAL, que lo define como la “información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”. Como podrá observarse, mucho camino se ha recorrido desde 1996 hasta la fecha con relación a los medios técnicos utilizables, predominando, en la actualidad, los digitales.

ción de contenidos y comunicaciones digitales. El aislamiento cambió el paradigma. La imposibilidad de contacto determinó que la actividad se desarrolle íntegramente por técnicas digitales. Los contenidos de enseñanza-aprendizaje son generados digitalmente (mediante textos o grabaciones, por ejemplo), y la interacción entre maestros y alumnos se realiza por plataformas o aplicaciones de videoconferencias. La realidad mutó de manera notable.

El mundo de la diversión: cerrados los espacios de reuniones en los que se desarrollaban conciertos de música, presentaciones de danza, exhibición de películas o cualquier otra actividad similar, los involucrados se ven en la necesidad de continuar las actividades por los canales digitales. Diariamente se nos ofrecen recitales de música desde la misma casa del artista, desde teatros absolutamente vacíos y con la presencia exclusiva de los actores, o aun a través de imágenes hológrafas, de artistas vivos o muertos.

O, más patente aún, se prevé que los grandes encuentros deportivos, que convocaban a miles de personas (hoy suspendidos), se desarrollen con la única presencia de los jugadores, entrenadores y árbitros, solo para que esas miles de personas puedan observarlos a través de los múltiples medios disponibles para hacerlo. O, directamente, eliminando a las personas del juego (*e-sports*).

El fenómeno es multifacético, y el plano jurídico debe ser abordado interdisciplinariamente, desde el derecho, pero con bases en la sociología, la psicología, la economía y la antropología, entre otras ciencias.

Nuestro objetivo, en este trabajo, es empezar desde, quizás, lo más elemental: cuál es la validez del documento emitido por procedimientos digitales y, en su caso, cuál su eficacia ante su desconocimiento por aquel ante quien se lo quiera hacer valer.

## II. La regulación de la instrumentación digital. La normativa argentina

Los problemas surgidos a partir de la digitalización de las actividades humanas no han sido ajenos al mundo del derecho. Los diversos actores involucrados, gobiernos nacionales y comu-

nitarios, organizaciones gubernamentales (3) y no gubernamentales (4), asociaciones profesionales (5), jueces y juristas (6), han propuesto soluciones y herramientas para superar las barreras culturales y jurídicas de las regulaciones delineadas en los siglos XIX y XX.

Desde fines del siglo pasado fue notoria la actividad legislativa de la Unión Europea tendiente a regular los principales aspectos vinculados con las comunicaciones digitales. Entre las principales normas encontramos la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13/12/1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrón-

---

(3) La Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) ha propuesto una Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (Ley Modelo UNCITRAL) y una Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas, adoptada el 05/07/2001, basada en el informe de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional a partir de la labor de su trigésimo cuarto período de sesiones, celebrado en Viena, del 25/06 al 13/07/2001. Ver ILLESCAS, Rafael, "El comercio electrónico internacional. Su gobierno", *Revista Jurídica del Perú*, nro. 12, año XLII, julio-octubre/1997, ps. 203 y ss.

(4) Son trascendentes las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), "Uniform Rules and Guidelines for Electronic Trade and Settlement (URGETS)", aplicables a contratos electrónicos en los cuales las partes se sometan a sus disposiciones.

(5) En los Estados Unidos se reconoce que tuvo decisiva influencia en la difusión de la necesidad del dictado de normas atinentes al firmado digital la acción de la American Bar Association, organización que nuclea a los principales abogados de ese país. Las "Digital Signature Guidelines" son materia de consulta y referencia permanentes en esta materia (INFORMATION SECURITY COMMITTEE, ELECTRONIC COMMERCE DIVISION, "Digital Signature Guidelines", 1996, ABA, sec. SCI & TECH, disponible en [www.abanet.org/scitech/ec.isc.desfree.html](http://www.abanet.org/scitech/ec.isc.desfree.html)).

(6) Para un relevante análisis de la influencia de la tecnología en el derecho de los contratos: NICOLAU, Noemí, "Tecnología y masificación en el derecho contractual", LA LEY 1992-B, 767, quien expresaba ya a comienzos de los 90 que "el derecho contractual tradicional se presenta como más posible al ser más efectivo, más cierto; por el contrario, el nuevo orden aparece con menos tendencia a la efectividad, por encontrarse incidido por la incerteza y la vulnerabilidad. Será necesario esforzarse para alcanzar en este nuevo marco cierto grado de efectividad"; también en la Argentina, LORENZETTI, Ricardo, "Comercio electrónico", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2001.

nica, y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 08/06/2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre Comercio Electrónico) (7).

Numerosos países de la Unión Europea han ido adaptando su legislación, con mayor o menor premura, a la nueva realidad. Para citar solo algunos ejemplos: Alemania dictó el 01/08/1997 su Ley de Firma Digital, y por ley de 01/01/2002 reformó el *BGB*, sustituyendo íntegramente el título dedicado al derecho de obligaciones (8), donde modificó, entre otras muchas disposiciones, las relativas a contratos a distancia. España tuvo su legislación sobre firma electrónica a partir del real dec.-ley 14/1999 y dictó la ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (conocida por sus siglas LSSICE). Francia introdujo diversas modificaciones a su Código Civil a través de la ley 2000-230, de 13/03/2000. Italia, por dec. 513 del presidente de la República de 10/11/1997, y del presidente del Consejo de Ministros de 08/02/1999, dictó las "Reglas técnicas para la formación, transmisión, conservación, duplicación, reproducción y certificación de documentos informáticos". Inglaterra sancionó la *Electronic Communications Bill*, de 26/01/2000 (*HL Bill 24*).

En América, el Congreso de los Estados Unidos sancionó el 24/01/2000 la Ley de Firma Digital, a aplicar en el comercio interestatal e internacional (denominada *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* —ESGCA—). Perú dictó la ley 27.269 de Firmas y Certificados Digitales, de abril de 2000, y modificó su Código Civil en consecuencia de la nueva normativa mediante ley 27.291, de junio de 2000, permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica. Venezuela dictó en 2001 un decre-

---

(7) Toda la legislación disponible en [//europa.eu.int](http://europa.eu.int).

(8) Ver ALBIEZ DOHRMANN, Klaus J., "Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB", *Anuario de Derecho Civil*, 2002-III, ps. 1133 y ss.; y "La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado", *Revista de Derecho Privado*, marzo/2002, ps. 187 y ss.

to presidencial sobre mensajes de datos y firmas electrónicas. El Congreso de Colombia sancionó la ley 527, de 18/08/1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones. En Chile, el problema está contemplado en la ley 19.799, publicada en el Diario Oficial el 12/04/2002 (9).

En nuestro país, en el año 2001 se dictó la ley 22.506 (10), denominada de Firma Digital (en adelante, LFD), mediante la cual se incorporó al elenco de países que encaró la regulación normativa del fenómeno descrito. La ley abarca solo algunos de los problemas involucrados, mas se adentra en uno de sus puntos sobresalientes, cual es la de dotar de seguridad a las declaraciones de voluntad o de ciencia originadas, conservadas o transmitidas mediante técnicas digitales, mediante la adopción de métodos que aseguren la autoría e inalterabilidad del mensaje de datos.

La utilización de la firma digital no se extendió masivamente, quizá porque las circunstancias no lo impusieron. Sí se impuso para ciertos actos administrativos o judiciales, pero en la actividad puramente privada no es general su uso.

En el año 2015 comenzó a regir el nuevo Código Civil y Comercial, sancionado por ley 26.994, del 01/10/2014. El Código avanza con el reconocimiento de los documentos digitales, a través de diversas normas en materia de acto jurídico y contratos.

Dichas normas serán motivo de análisis en esta ponencia.

### III. Tres principios que rigen la instrumentación digital de datos

La base del problema es que las declaraciones de voluntad o de ciencia se representan a

(9) Ver WAHL SILVA, Jorge, "Aspectos en la formación del consentimiento en los contratos electrónicos. Derecho chileno y tendencias en el derecho comparado", en *Derecho de los contratos*, Ed. Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 2002, ps. 131 y ss.

(10) Sancionada el 14/12/2001, promulgada de hecho el 11/12/2001 y publicada en el BO del 14/12/2001.

través de un lenguaje distinto (a través de una representación numérica binaria), no entendible para el ser humano sino a través de dispositivos que lo transformen, y se plasma en soportes distintos a los habituales (cuya característica principal ha sido quizá la tangibilidad y cierta inalterabilidad).

Es decir, la representación de los hechos y actos y los soportes en los que se conservan cambian.

Sin embargo, la instrumentación digital está regida por los principios generales de la forma y prueba de los actos jurídicos, y, cuando se trate de documentar vínculos contractuales, por los principios generales de las obligaciones y los contratos, ambos de la legislación que le es aplicable (11).

La exteriorización de voluntad a través de medios digitales no implica un nuevo concepto jurídico, al que deba aplicársele un nuevo instrumental para regularse.

El mantenimiento del derecho general sobre los actos jurídicos y la equivalencia funcional de los actos jurídicos digitales son dos de los principios que rigen la instrumentación digital de actos y hechos: el principio de permanencia del derecho preexistente y el principio de equivalencia funcional de los actos digitales.

A través de la regla de la permanencia del derecho preexistente "...se pretende que las reglas introducidas para disciplinar el C-E [comercio electrónico; la aclaración es nuestra] no impliquen una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos..." (12). Si

(11) Conclusión 1 del despacho de la Comisión N° 3, referida al "Consentimiento y los medios informáticos", de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Buenos Aires, Argentina, en el año 2002. Pueden consultarse las conclusiones en <http://jornadas-civil-urr.ucaderecho.org.ar/>.

(12) "... [P]arte de la hipótesis conforme a la cual la electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales, pero no un nuevo derecho regulador de las mismas y su significación jurídica [...]. Así, de una parte, los elementos esenciales del negocio jurídico —consentimiento y objeto, causa en los ordenamientos romanos, así como sus manifestaciones y defectos— y, de otra, la tipología contractual preexistente

bien la afirmación está dirigida específicamente a un tipo de declaración de voluntad (la dirigida a crear, modificar o extinguir contratos), no dudamos acerca de que el principio es plenamente aplicable a cualquier acto jurídico instrumentado mediante medios digitales.

La no derogación de las normas generales de la contratación no implica que el derecho no busque soluciones diferentes para el contexto digital en que se emite la declaración de voluntad, si fuese necesario.

La equivalencia funcional de los actos electrónicos significa que "...la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa —o eventualmente su expresión oral— respecto de cualquier acto jurídico, la cumple igualmente si se formaliza en forma electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, alcance y finalidad del acto así instrumentado.." (13).

A través de la aplicación de este principio se persigue la no discriminación de las declaraciones de voluntad o de ciencia emitidas por medios electrónicos, respecto a las expresadas en forma manual, verbal o gestual.

Se dice que, en realidad, ambos principios, el de equivalencia y el de no discriminación, constituyen un anverso y un reverso de una misma moneda. Expresar que el documento digital tiene el mismo valor probatorio que el documento escrito, o decir que una declaración de voluntad emitida mediante un mensaje de datos no puede ser discriminada jurídicamente por el solo hecho de serlo, es defender, mediante técnicas diferentes, al nuevo modo de expresión (14).

Entre nosotros, Ricardo Lorenzetti ubica a la no discriminación como principio jurídico del

---

no sufre alteración significativa..” ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “Derecho de la contratación electrónica”, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 46.

(13) ILLESCAS ORTIZ, “Derecho de la contratación electrónica”, ob. cit., p. 41.

(14) Sobre el principio de no discriminación en el campo específico de la formación de los contratos, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., “Derecho privado de internet”, Madrid, 2000, p. 303.

medio digital y enseña que, en “un contexto de libertad, se afirma que el Estado debe ser neutral y no dictar normas discriminatorias en el sentido de limitar la participación de algún sujeto por el solo hecho de que no utilice instrumento escrito. Las partes son libres de adoptar entre ellas cualquier procedimiento de registro, de verificación de autoría, de firmas, y no deben sufrir limitaciones por ello...” (15).

La necesidad de no discriminación se funda, por un lado, en el imperativo de reconocer las nuevas técnicas y, por otro, en la defensa de la libertad de formas. Ambos fundamentos acentúan el requerir un tratamiento igualitario para todas las técnicas de expresión humanas.

El art. 141 del Cód. Civil peruano, modificado por ley 27.291, de 23/06/2000, expresa que en los casos en que la ley establezca que la voluntad debe manifestarse mediante alguna formalidad o requiera firma, esta podrá ser generada o comunicada por medios electrónicos, ópticos u análogos. La ley colombiana, siguiendo en forma textual la propuesta de Ley Uniforme de la UNCITRAL, en sus arts. 14 y 15, asegura la equivalencia de las declaraciones por medios electrónicos a las formuladas por otros medios.

Son ejemplos de reglas que aseguran la no discriminación.

Por último, en esta etapa de transición hacia la consolidación de las reglas de validez y eficacia de los actos jurídicos digitales, es central pensar el fenómeno bajo el prisma de la buena fe. La regla de actuar lealmente, fruto de este principio, es necesaria, pues “...la práctica del nuevo soporte comercial se apoya para la generalidad de aquellos, en el empleo de medios técnicos de los que ni son creadores ni con los que se encuentran familiarizados en exceso...” (se refiere el autor a los empresarios y sus consejeros jurídicos) (16).

---

(15) LORENZETTI, Ricardo, “Comercio electrónico”, ob. cit.

(16) ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “Derecho de la contratación electrónica”, ob. cit., p. 54.

#### IV. Instrumento escrito e instrumento digital (17)

IV.1. El primer paso a fin de lograr la plena equiparación de los distintos medios de expresión de las declaraciones humanas impone reconocer iguales efectos a las expresiones realizadas por medios manuscritos —o incluso orales— y a las declaraciones realizadas por medios digitales.

Las declaraciones de voluntad (o de ciencia) expresadas por medios digitales deben buscar su reconocimiento legal en un universo de normas dictadas para un modelo escrito en papel. De allí que las legislaciones para los nuevos mundos digitales afirman, a través de sus disposiciones, la igualdad de tratamiento.

IV.2. El art. 6º, LFD, expresa: “*Documento digital*. Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”.

Si el hecho o la declaración de voluntad están representados digitalmente, se consideran escritos.

Es interesante recordar que la Ley Modelo de la UNCITRAL, que constituyó una de las fuentes de la LFD, *contiene* una disposición en igual sentido, el art. 5º, que expresa: “...*Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos*: No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria

(17) Utilizaremos en esta ponencia, de manera indistinta, “documento digital” o “documento electrónico”, aunque técnicamente no sea correcto. Pero aun las legislaciones los utilizan de manera indistinta. Enseña SARRA, Andrea V., “Comercio electrónico y derecho”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 346, “que el término ‘electrónico’ no avala la noción que se intenta transmitir del modo en que lo hace el término ‘digital’. Generalmente, ambas expresiones suelen mencionarse indistintamente. En realidad, según interpretación estrictamente tecnológica, el término ‘electrónico’ hace referencia al dispositivo en el que está almacenado el instrumento o por medio del cual confeccionado. El vocablo ‘digital’, en cambio, además, de su definición estrictamente tecnológica, tiene una connotación diferente a la que aquí apelamos, puesto que implica ‘ausencia de intangibilidad”.

a la información por la sola razón de ‘que esté en forma de mensaje de datos’. Y el art. 6º expresa: “*Escrito*: 1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que este contiene es accesible para su ulterior consulta. 2) El párr. 1º será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito”.

La Guía para la Incorporación de la Ley Modelo a las Legislaciones Nacionales es aleccionadora en diferentes aspectos de la cuestión en estudio, por lo que vale recordar sus enseñanzas. Se pregunta cuáles son los objetivos y funciones que persigue la presentación de un escrito consignado en papel: “ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales”.

Luego de afirmar que el documento digital, bajo el cumplimiento de ciertas normas técnicas, cumple todas y cada una de las funciones reseñadas, aun con mayor eficacia y seguridad que el mismo papel, expresa que ello no debe llevar a exigir a un documento digital más requisitos que los que se exigirían a un documento en papel.

Expresa la Guía: “...Al disponer que ‘no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria (en los textos francés e inglés *fuerza ejecutoria*, por ejemplo, del texto de una sentencia) a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos’, el art. 5º se limita a indicar que la forma en que se haya conservado o sea presentada cierta información no podrá ser aducida como única razón para denegar eficacia jurídica, validez o fuerza ejecutoria a esa información”.

La LFD no exige ningún requisito al documento digital para su consideración como “escrito”. La Ley Modelo, por el contrario, fija un mínimo: el mensaje de datos debe ser “accesible”, esto es, debe poder ser leído e interpretado.

IV.3. El Código Civil y Comercial determina el mismo principio.

El Código Civil y Comercial determina la libertad de formas para la exteriorización de la voluntad, salvo que la ley exija una determinada.

Si el Código exige forma escrita, entonces el art. 286 reza: “*Expresión escrita*. La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”.

A diferencia de la LFD, que no requiere ningún requisito para que el mensaje de datos pueda ser considerado forma escrita, el Código Civil y Comercial determina, con la Ley Modelo, que el contenido debe ser representado con texto inteligible. Es decir, “...que pueda ser entendido” (18).

### **V. Firma manuscrita y firma digital. Instrumentos firmados y no firmados**

V.1. Es criterio legislativo general que ciertas declaraciones de voluntad deben estar firmadas para ser atribuidas a su autor.

El requisito se repite a lo largo y a lo ancho de las legislaciones. La necesidad de firma persigue diversos fines: identificar a una persona, dar certeza sobre la participación personal de esa persona en el acto de firmar y asociar a esa persona con el contenido de un documento. Además, se reconoce que la firma puede desempeñar, además, otras funciones: demostrar la intención de una parte contractual de obligarse

por el contenido del contrato firmado, de reivindicar la autoría de un texto, la intención de una persona de asociarse con el contenido de un documento escrito por otra, o el hecho de que esa persona había estado en un lugar determinado, en un momento dado.

Para otorgar carta de ciudadanía a los mensajes de datos es necesario, entonces, primero, reconocer que un mensaje de datos firmado digitalmente es equiparado legalmente a un documento escrito firmado; y segundo, determinar los requisitos para que las nuevas técnicas de firma cumplan funciones iguales a las de la firma manuscrita.

V.2. El art. 3º, LFD, expresa: “*Del requerimiento de firma*. Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”.

La ley equipara firma manuscrita con firma digital, y afirma que dicha equiparación o equivalencia rige tanto cuando la ley establece la obligatoriedad de firmar (exigencia positiva) como cuando la ley prevé una consecuencia en caso de ausencia de firma (exigencia negativa).

Y el art. 4º determina qué actos jurídicos no pueden ser firmados digitalmente: disposiciones por causa de muerte; actos jurídicos del derecho de familia; actos personalísimos en general; actos que deban instrumentarse bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de firma digital, sea como consecuencia de disposiciones legales o por acuerdo de partes.

V.3. La LFD distingue, como lo hace la mayoría de las legislaciones sobre la materia, dos tipos de firmas: la firma digital y la firma electrónica, con distintos alcances con relación al grado de seguridad que alcanzan y, en consecuencia, con distintos efectos jurídicos.

“Firma digital” es el procedimiento técnico que, adosado a un documento digital, asegura ciertos resultados (autenticación y no alteración del documento transmitido), y “firma electrónica”, el que no asegura estas prestaciones.

---

(18) Primera acepción de la palabra “inteligible” del *Diccionario* de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/inteligible>.

“Una firma electrónica sería simplemente cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita. En este concepto amplio y tecnológicamente indefinido de firma [...] tendrían cabida técnicas tan simples como un nombre u otro elemento identificativo (p. ej., la firma manual digitalizada) incluido al final de un mensaje electrónico, y de tan escasa seguridad que plantean la cuestión de valor probatorio a efectos de autenticación, aparte de su nula aportación respecto a la integridad del mensaje...” (19). No compartimos estas calificaciones.

Existen numerosos medios técnicos que permiten cumplir con algunas de las funciones que la firma manuscrita en papel otorga.

Así, enseña Illescas Ortiz (20) que, “en el estado actual de la disciplina del C-É y a la vista de las diversas tecnologías aludidas en materia de FE [firma electrónica; la aclaración es nuestra], las opciones disponibles para su estampación son variadas y variadas también las funciones que satisfacen cada una de estas opciones. No cabe, en principio y por razones ontológicas, sin embargo, negar jurídicamente la validez de los efectos que cada una de ellas produce y principalmente el primero de ellos, es decir el efecto de identificación y atribución...”. Reconoce funciones de firma electrónica de un mensaje de datos: “...Las más simples incluyen las palabras de paso o *passwords* y otros métodos similares de control de acceso; algo más complejos son los PIN (*personal identification number*) o Números de Identificación Personal que constituyen algo más que un medio de acceso —suelen simultáneamente cifrar el MD en especial cuando él, así firmado está destinado a circular por internet— y que gozan de extraordinaria difusión; próximo al PIN e incluso muchas veces

(19) MARTÍNEZ NADAL, Apol-Lonia. “Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación”. 3ra. Edición. Gráficas Rogar, S.A. España. 2001, p. 40. Concluye la autora en que debe dudarse de la condición de firma de estas técnicas, atento a su nula o escasa utilidad.

(20) ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “Derecho de la contratación electrónica”, ob. cit., p. 80.

de utilización conjunta con ella, se encuentra la tarjeta magnética más o menos inteligente. De creciente difusión comercial, por otra parte, está resultando el escaneo digital de la firma autógrafa estampada sobre una pizarra digitalizadora, así como la firma mediante lo que se denomina un *stylus* o pluma digital también sobre tableta digitalizadora. Al alcance de todos se encuentra la indicación de un nombre al final de un mensaje mediante el uso del teclado de una computadora: está en el límite mismo de lo que sea FE y cumple dudosamente con algunas de las funciones que debe satisfacer aquella. En el polo opuesto y muy recientemente comienza a utilizarse una FE basada en la biometría digitalizada de determinadas características fisiológicas o anatómicas del firmante del MD —pupila, voz, huella dactilar, etc.—”.

La firma electrónica, si bien no otorga todas las prestaciones de una firma digital, en muchos casos permite identificar al autor del mensaje, su conformidad con el contenido del documento y si ha sido alterado o no.

La firma digital, en tanto, es “tecnológicamente específica”, pues se crea a través de un sistema de criptografía asimétrica o de clave pública. Dicho sistema permite, aplicando la clave pública al mensaje cifrado por el firmante mediante su clave privada, la autenticación y la integridad del mensaje y el no rechazo, pudiendo, incluso, mantener la confidencialidad.

V.4. La distinción entre firma electrónica y firma digital es receptada, por ejemplo, en la normativa española.

El art. 2.1 del dec.-ley 14/1999 da el concepto de firma electrónica: “Es el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge”, en tanto el art. 2.2 define la firma electrónica avanzada (equivalente a la firma digital): “la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que este mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de estos”.

La Directiva Europea sobre Firma Digital, en su art. 2º, inc. 1º, define la “firma electrónica” como “los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación”, y la “firma electrónica avanzada”, en su inc. 2º, como una especie de la firma electrónica que cumpla ciertos requisitos: estar vinculada al firmante de manera única [apart. a)], permitir la identificación del firmante [apart. b)], haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control [apart. c)], estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de aquellos sea detectable [apart. d)] (21). Para la Directiva, la firma electrónica avanzada deberá asegurar la autenticación e inalterabilidad del documento firmado.

Tanto el real decreto-ley como la directiva, al definir la firma electrónica avanzada (firma digital), no determinan como tipificante la utilización de los sistemas criptográficos asimétricos, abriendo la posibilidad de que otros medios tecnológicos cumplan iguales funciones de autenticación, integridad o confidencialidad.

V.5. La LFD argentina define la firma digital en su art. 2º: “*Firma digital*. Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante encontrándose esta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma”.

El art. 5º, LFD, en tanto, define la firma electrónica: “*Firma electrónica*. Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital...”

La ley determina cuáles son los requisitos exigibles al procedimiento técnico aplicado al

(21) Similares requisitos exige la Ley Modelo sobre Firma Electrónica de la UNCITRAL, en su art. 6º.

mensaje electrónico para considerarlo firma digital y aplicar sus efectos: a) que los datos mediante los cuales se crea la firma se mantengan en confidencialidad absoluta del signatario; b) que la firma pueda ser verificada por terceros (quienes expedirán el certificado correspondiente); c) que permita identificar al firmante y detectar alteraciones en el documento digital; d) que haya sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante; e) que pueda ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente; f) que el certificado haya sido emitido o reconocido por un certificador licenciado, de acuerdo con el régimen de licencias de servicios de certificación determinado por la ley.

Si bien en la definición de firma digital la ley argentina pretende mantenerse en un estado de neutralidad respecto a la tecnología a aplicar, es notorio que todo el sistema está estructurado con base en el sistema criptográfico de doble clave asimétrica (22).

Mediante la firma digital del mensaje de datos se aseguran, entonces, la autenticación de las partes intervinientes y la integridad del mensaje (su no adulteración).

V.6. El Código Civil y Comercial regula la firma del acto jurídico. El art. 288 expresa: “*Firma*. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

Clasifica los instrumentos como públicos, regulados detalladamente en la secc. 4ª (“Instrumentos públicos”) del cap. 5 (“Actos jurídicos”), tít. IV (“Hechos y actos jurídicos”) del Libro Pri-

(22) El art. 2º, último párrafo, de la LFD argentina expresa que los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la autoridad de aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes, dejando abierta la posibilidad de la aceptación de nuevas técnicas de firma.

mero (“Parte general”), y privados (secc. 6ª del mismo capítulo).

No abordaremos ahora la posibilidad de que los instrumentos públicos —e, incluso, las escrituras públicas— puedan ser otorgados, firmados y protocolizados mediante técnicas digitales.

Nos abocaremos a los instrumentos particulares. El Código distingue entre los instrumentos particulares firmados —sea en forma manuscrita o digital—, que denomina “instrumentos privados”, y los instrumentos particulares no firmados.

El art. 287 reza que si los instrumentos privados no están firmados se los denomina “instrumentos particulares”, categoría que comprende “todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera sea el medio empleado, los registros de la palabra y de la información”.

Es decir, reconoce la validez de las expresiones de voluntad o de ciencia (registros de cualquier otra información que no sea una expresión de voluntad) que carezcan de firma.

Y completa la regulación a través del art. 319, el que regula su valor probatorio: “El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y lo narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen”.

No es motivo de esta ponencia analizar la eficacia del instrumento particular con relación a la prueba que pueda producirse para comprobar una determinada declaración de voluntad o representación de un hecho. La doctrina procesal ha trabajado mucho y bien el tema.

Existen elementos probatorios confiables para determinar la autoría de un documento digital no firmado digitalmente (“instrumento particular”, en la terminología del Código).

Y en este punto se conjugan las reglas del Código Civil y Comercial y las de la LFD. No

dudamos acerca de que la firma electrónica reconocida por la LFD, esto es, “los datos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizados por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital”, en tanto puedan ser técnicamente detectados y analizados mediante procedimientos confiables, otorgarán eficacia probatoria al instrumento no firmado y su oponibilidad frente a quien desconozca su autoría y autenticidad.

Así lo reconoce la buena doctrina que ha interpretado la norma (23). En este sentido, por ejemplo, Benavente (24) expresa que “el documento electrónico puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto a la determinación del origen y del contenido de los datos...”. Conte Grand (25) reconoce “la relevancia que adquieren ‘instrumentos particulares no firmados’ en la multiplicidad de relaciones jurídicas que se instrumentan con prescindencia de la firma de las partes y especialmente a través de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación”; y Rivera y Crovi (26) manifiestan que “Existen numerosas transacciones que son procesadas sin la firma del titular, y que garantizan autoría. Por ejemplo, las claves magnéticas, combinadas con claves numéricas, brindan mayor seguridad que la mera firma. Ello ocurre, verbigracia, al efectuar actos jurídicos en cajeros automáticos previa inserción de la tarjeta con banda magnética y alimentación

(23) Para un análisis exhaustivo de las reglas de los instrumentos particulares en el Código Civil y Comercial ver, con provecho, ORELLE, José M., en ALTERINI, Jorge H., *Código Civil y Comercial. Tratado exegético*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 3ª ed., cap. 5.

(24) BENAVENTE, María Isabel, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. II, p. 319.

(25) CONTE GRAND, Julio, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) — SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 2ª ed., t. I: “Parte general”, p. 841.

(26) RIVERA, Julio C. — CROVI, Daniel A., en RIVERA, Julio C. — MEDINA, Graciela (dirs.), *Derecho civil. Parte general*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, cap. 24.

de la máquina con clave numérica personal del titular (*password*)”.

En síntesis, entonces, puede afirmarse que la máquina, el cajero automático, no puede leer la firma, pero sí reconocer al titular de la tarjeta cuando se le ofrece la lectura de su banda magnética, en combinación con el *password* o clave.

## **VI. Instrumentos originales digitales y archivos digitales (27)**

Solo para completar estas ideas, y sin entrar en un análisis profundo, recordaremos que la LFD prevé que los documentos originales digitales y sus reproducciones, firmados con firma digital a partir de sus originales, también son considerados originales, con valor probatorio

---

(27) Tratamos los temas incluidos en este apartado en nuestra nota introductoria a “Firma digital argentina”, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2002, ps. 23 y ss.

como tales (art. 11), y que cuando existe una exigencia legal de conservar documentos, registros y datos, queda satisfecha con la conservación de los documentos digitales firmados, si son accesibles para su posterior consulta y se permita determinar de manera fehaciente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío y recepción (art. 12).

## **VII. Conclusiones**

La instrumentación de hechos y actos mediante técnicas digitales es una realidad incontestable. Su reconocimiento como medios válidos y eficaces de representación de expresiones de voluntad o de ciencia, o para documentar otros hechos, generará seguridades y certezas para quienes las utilizan y para los operadores jurídicos que deben trabajar sobre ellos.

Esta ponencia se dirige en tal sentido.

# Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad por daños derivados de la transmisión de enfermedades (con especial referencia al COVID-19)

Ramón Daniel Pizarro<sup>(\*)</sup>

I. El daño derivado de la *transmisión de enfermedades* ha cobrado notable actualidad a comienzos de 2020, en el marco de la pandemia de COVID-19 (coronavirus). Comprende fundamentalmente dos grandes supuestos: el daño genéticamente transmitido (v.gr., por deficiencias del material empleado al tiempo de la fecundación asistida, o como consecuencia de causas atribuibles a la acción de los padres o donantes portadores de la enfermedad), y el derivado del contagio de enfermedades (coronavirus, sida, sífilis, hepatitis, etc.) en las relaciones familiares o fuera de ellas.

Habré de circunscribirme exclusivamente a esta última tipología.

II. Estamos ante una problemática en la que solo tengo un escaso puñado de certezas y demasiadas dudas e incertidumbres. Los esquemas clásicos de prevención y reparación del daño derivado de la transmisión de enfermedades hacen aguas cuando se los pretende extrapolar a la responsabilidad civil preventiva y resarcitoria por contagio de COVID-19.

Ello por varias razones:

---

(\*) Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular por concurso de Derecho Privado II (Obligaciones) y VII (Daños) en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha universidad. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

a) En primer lugar, por las incertidumbres científicas existentes en torno a la enfermedad en sí misma; es más lo que desconocemos que lo que sabemos de ella.

b) A diferencia de otras enfermedades (sida, hepatitis B, sífilis), la prueba de la relación causal entre quien transmite el daño y quien resulta contagiado deviene muchísimo más dificultosa de acreditar, particularmente en el plano del contagio de persona a persona.

c) Porque toda la problemática en la hora actual debe ser realizada teniendo en cuenta:

1) Que estamos ante una pandemia de nivel mundial, que ha sobrepasado todo lo previsible, todo lo que hasta hoy conocíamos. No hay antecedente de nada parecido a esto en la historia de la humanidad. No se conoce ninguna pandemia que en menos de seis meses se haya extendido a todos los continentes y provocado un feroz impacto sanitario, económico, político y social como esta que nos aqueja.

2) Que las vías de tutela preventiva se implementan sobre la marcha y, en nuestro caso, a la luz de la realidad vivida en otros países en los que la ola de la pandemia llegó antes, pero siempre sin el deseable grado de certidumbre. Aquí bien puede decirse que se hace camino al andar.

3) Que buena parte de las controversias que se suscitan, y que hacen a la plataforma fácti-

ca y jurídica en derredor de la cual se formula el diagnóstico jurídico, se asientan sobre cuestiones que en muchos casos no son judiciales. Ello por cuanto el Poder Judicial —al menos, como regla— no puede decirle al Poder Legislativo ni al Poder Ejecutivo cómo combatir la pandemia, qué recursos humanos y económicos asignar para enfrentarla, qué intereses priorizar y de qué modo actuar frente a la parálisis económica y social a la que conducen inevitablemente las medidas de aislamiento social obligatorio que desde finales de marzo de 2020 rigen entre nosotros.

4) Que varias décadas de falta de inversión en salud pública y en investigación, agravada por la feroz pobreza que existe en los sectores más vulnerables de la sociedad, nos ponen en una situación sumamente vulnerable para enfrentar la pandemia.

5) Que hoy, aquí y ahora, no tenemos soluciones mágicas para hacer frente a esto que se ha instalado con la fuerza de un tsunami.

Nada permite pensar que esto esté próximo a terminar, sino, antes bien, todo lo contrario.

III. En materia de responsabilidad civil preventiva surgen no pocas incertidumbres.

El art. 1710, Cód. Civ. y Com., norma estructurada con base en conceptos indeterminados, habla de que “toda persona” tiene el deber de evitar causar un daño no justificado, de tomar las “medidas razonables” para evitar causar un daño no justificado o para evitar que se produzca un menoscabo o para disminuir su magnitud, obrando “en cuanto de ella dependa”, de “buena fe” y “conforme a las circunstancias”. Son todos estándares de conducta muy flexibles, cuya ponderación no puede ser disociada de la realidad fáctica que en cada caso se debe afrontar, que dista en mucho de ser la ideal. No es serio disociar los parámetros de ponderación de los deberes de prevención de la realidad económica y social, con las carencias de todo tipo que afectan a nuestro sistema de salud, del hacinamiento en el que viven millones de personas en las zonas más carenciadas, particularmente en el conurbano bonaerense, donde hablar de “aislamiento preventivo social obligatorio” suena como una burla sarcástica. ¿Cómo hablar de

aislamiento cuando en una misma casa (o habitación) viven varias personas, en condiciones miserables? Y de manera contigua, en similar condición, viven miles y miles de personas, todas próximas espacialmente las unas con las otras. A mayor cercanía, mayor riesgo de contagio. Es un dato de la realidad que no puede ser soslayado a la hora del diagnóstico jurídico.

Los deberes de prevención deben ser calibrados a la luz de la penosa realidad que evidencia nuestro país.

IV. ¿Cuáles son los estándares de prevención que pueden exigirse en el marco de la pandemia?

El tema tiene importancia por cuanto el modelo de diligencia debida para configurar la noción de culpa y de su prima hermana, la falta de servicio en la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, debe modularse conforme a los estándares de conducta previstos en los arts. 1724 y 1725, Cód. Civ. y Com.

Los estándares exigibles de prevención no pueden desentenderse de aquella realidad.

Habrá que calibrarlos teniendo en cuenta distintas situaciones.

a) La de las personas que puedan, sin saberlo, ser portadoras del virus. Puede ser cualquiera de nosotros, porque hay portadores asintomáticos que no tienen razón alguna ni siquiera para sospechar fundadamente que padecen la enfermedad, conclusión que se potencia cuando no han estado en grupos de riesgo que tornen previsible la posibilidad de tener el virus, y que por ese motivo ignoran de buena fe que puedan estar contagiados. A esas personas difícilmente pueda requerírseles la observancia de medidas de prevención que vayan más allá del aislamiento social obligatorio y de las exigencias de higiene, con la relatividad que esto denota. Esta relatividad deriva de muchos factores, entre los que mencionamos las feroces carencias en el plano de la vivienda que afectan a grandes sectores de la población, algunos de los cuales ni siquiera tienen agua potable, y también de excepciones circunstanciales a dicho aislamiento, permitidas por el Estado. Ni que hablar de la situación en la que se encuentran quienes de-

ben prestar servicios de distinta índole en el marco de la pandemia, a quienes les está vedado quedarse en sus domicilios y no ir a trabajar, pues desempeñan tareas consideradas esenciales y, por ende, insusceptibles de ser paralizadas (personal de salud, seguridad, transporte, etc.).

b) Particular relieve tiene la situación de quienes están en contacto con grupos de riesgo, como el personal de salud (médicos, paramédicos, empleados de establecimientos sanitarios) y el personal de seguridad, entre otros. Todos ellos, con mayor o menor intensidad, están expuestos a un mayor riesgo de contagio y de transmisión de la enfermedad. Va de suyo que deben extremar las medidas de prevención para no contagiarse, primero, y para no contagiar, después, si aquello ocurre. En este sentido, asumen enorme importancia los protocolos de distinta naturaleza dispuestos por el Estado en distintas áreas, que deben ser cuidadosamente seguidos como estándares de conductas de prevención del daño, cuya inobservancia puede comprometer la responsabilidad civil del agente. Estos estándares de prevención deben ser cuidadosamente acatados, tanto mientras aquellos prestan servicios en sus lugares de trabajo como cuando concluyen sus tareas y deben regresar a sus hogares e interactuar con las personas de su grupo familiar o social, o con otros terceros.

c) Los estándares de prevención son significativamente más agravados para los establecimientos de salud públicos y privados de todo tipo, y para aquellos dedicados al cuidado de personas que integran los grupos de riesgo, particularmente los geriátricos o residencias para la tercera edad.

En tales tipologías, y en otras similares, los cartabones de prevención y de actuación deben ser calibrados con perspectiva más estricta, por la propia naturaleza del servicio que brindan, ámbito en el cual los estándares de previsibilidad se afinan e incrementan y en la mayoría de los casos son cuidadosamente reglamentados por la autoridad pública.

d) Las medidas de prevención en todos estos supuestos pueden tener proyecciones diversas:

1) Con relación a personas que han contraído la enfermedad y que son atendidas en dichos nosocomios, ámbito en el cual se potencian los deberes de cuidado, información, aislamiento y atención médica.

2) Con relación a personas que no han contraído el virus, pero que acuden a dichos establecimientos con algunos síntomas propios de este, precisamente para hacerse atender médicamente a fin de que se determine si lo tienen o no; o que lo hacen por otros problemas de salud y requieren de atención médica en un marco de razonable seguridad.

3) Con relación al personal que presta servicio en dichos establecimientos, a quienes deben imperativamente asegurarles los estándares de seguridad que prevé el art. 75, LCT, y normativa concordante, en función del riesgo laboral que asumen, con pleno acatamiento, además, de las medidas que resultan de aplicar los protocolos médico-sanitarios vigentes.

4) A las ART y al propio Estado, que deben adoptar las medidas de control, potenciadas en estos casos, para la prevención de dichos riesgos en el ámbito de sus respectivas incumbencias.

V. Los deberes de prevención recaen, con distinta intensidad, sobre “toda persona” (art. 1710, Cód. Civ. y Com.). “Toda persona” incluye, lógicamente, al Estado, a pesar de la inaplicabilidad de las normas del Código Civil y Comercial que surge de los arts. 1764 y 1765. Sería escandaloso sostener una solución contraria. Más aún: el deber de prevención que pesa sobre un particular no puede nunca ser superior al que en idénticas circunstancias correspondería al Estado.

Por tal motivo, con abstracción e independencia de lo que puedan disponer en su ámbito específico las normas de derecho público, el art. 1710 se aplica a la responsabilidad preventiva del Estado por analogía. La analogía supone una suerte de transformación de las normas, adaptándolas al sector donde se aplican. En el tema que nos ocupa, ella debería realizarse sin mayores dificultades, pues no hay principio alguno de derecho público que esté en pugna con el régimen normativo estatuido por el Código Civil y Comercial en materia de prevención del daño. Antes bien, todo lo contrario.

La locución “toda persona” comprende no solo a quien puede causar el daño con su acción u omisión, sino también a terceros que no generaron el peligro pero que están en posibilidad de evitar el suceso dañoso o mitigar sus efectos. Ello incluye también a la posible víctima del daño.

VI. En el ámbito de la responsabilidad civil resarcitoria, deben distinguirse distintos supuestos.

a) La responsabilidad de quien contagia a otro el virus COVID-19.

Rigen aquí las reglas ordinarias de la responsabilidad civil por autoría directa o por hecho propio.

El factor de atribución es indudablemente subjetivo (dolo o culpa). Va de suyo que la responsabilidad del agente presupone que el sindicado como responsable sepa que tiene la enfermedad o que con razonable grado de probabilidad objetiva haya estado en condiciones de saber que podía ser portador asintomático de ella, y no tome las medidas pertinentes para prevenir el daño y evitar contagiar a terceros.

Sin embargo, en los hechos, esto es muy difícil de comprobar y de acreditar, por las dificultades que encierra la prueba de la relación causal. ¿Cómo probar que determinada persona, y no otra, contagió a otra en el marco de una pandemia como la que vivimos? En la inmensa mayoría de los casos es imposible determinar si Juan contagió a Pedro.

b) Responsabilidad de quien tiene el virus o presenta grave riesgo de tenerlo y por eso debe estar sujeto a aislamiento obligatorio y no lo cumple, generando daños a terceros, no por contagio, sino por compelerlos a medidas de prevención que de otro modo no hubieran tenido que adoptar.

En este supuesto, la reparación del daño es más factible. Tal es lo que sucedió hace pocos meses con un pasajero enfermo proveniente de Holanda, que abordó un barco entre Colonia (Uruguay) y Buenos Aires sabiendo que era portador del virus y ocultó dicha situación. Como

consecuencia de ello, más de cuatrocientos pasajeros que iban en esa embarcación debieron ser aislados preventivamente durante dos semanas en distintos lugares que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debió contratar a tal fin, con los consiguientes costos económicos de distinta naturaleza que ello insumió. En tal supuesto —y en otros similares que pueden concebirse—, el sindicado como responsable (sea o no portador del virus) debe reparar los daños que sean consecuencia inmediata y mediata previsible de su conducta, lo cual incluye no solamente el reembolso de las erogaciones practicadas por la Administración Pública como las antes señaladas, sino también los perjuicios patrimoniales y morales que cause a quienes deban quedar confinados a dicho aislamiento social obligatorio compulsivo durante dicho período.

Adviértase que en este último supuesto no estamos ante un daño derivado del contagio de la enfermedad, sino ante perjuicios derivados de tener que someterse a medidas de prevención que bajo otras circunstancias no deberían haber sido adoptadas.

La responsabilidad civil que en estos casos pueda configurarse es independiente de la que penalmente pueda corresponder.

c) La responsabilidad del titular de establecimientos sanitarios y de residencias destinadas a personas ancianas que se alojan en ellas.

Pesa sobre ellos una obligación de seguridad, de resultado, de preservar la salud y la integridad psicofísica y espiritual de quienes se encuentran dentro de ellos.

El contagio dentro del establecimiento compromete objetivamente su responsabilidad hasta tanto no acredite una eximente idónea para desvirtuarla: hecho o culpa de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor ajenos a la actividad desplegada o hecho de un tercero extraño asimilable al *casus*. El cumplimiento de las técnicas y protocolos de prevención, inclusive aquellos impuestos por el Estado, no exime de tal responsabilidad. Es una conclusión lógica, coherente con la naturaleza objetiva que tiene dicha responsabilidad.

VII. También el Estado puede ser responsable por los daños que cause en el marco de la pandemia.

La responsabilidad *extracontractual* del Estado puede ser dividida, para su tratamiento sistemático, según provenga de la actividad ilegítima de la Administración o de su obrar legítimo.

En el primer supuesto, el menoscabo es causado por una conducta estatal objetivamente antijurídica, o sea, contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado.

La *doctrina de la falta de servicio* responde plenamente a esta idea, pues el funcionamiento defectuoso del servicio, ponderado en función de las leyes y los reglamentos administrativos y, en defecto de ellos, de los estándares objetivos de diligencia debida, traduce en esencia una conducta antijurídica y objetivamente apartada del estándar de diligencia esperable.

Naturalmente, para que se configure la responsabilidad no basta con la sola antijuridicidad de la conducta estatal. Es menester, además, que haya un daño resarcible, una relación causal adecuada y un factor de atribución que es de naturaleza objetiva (art. 3º, ley 26.944).

La responsabilidad *extracontractual* por actuación estatal ilegítima puede subdividirse según provenga de hechos o actos u omisiones de la función administrativa propiamente dicha, legislativa (normativa) o judicial, lo cual supone un tratamiento diferenciado de cada uno de estos supuestos que permita calibrar las peculiaridades que presenta allí la problemática que nos ocupa.

De igual modo, la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa de la que el Estado es

dueño o guardián o por actividades riesgosas (arts. 1113 y 1117, Cód. Civil anterior; art. 40, ley 24.240; arts. 1757, 1758 y cccls., Cód. Civ. y Com.), se inserta en el terreno de la actuación estatal ilegítima, habida cuenta de existir un momento de antijuridicidad objetiva en la causación del daño.

En materia de responsabilidad por actos ilegítimos del Estado rige el principio de reparación plena o integral del daño ocasionado.

La responsabilidad *extracontractual* del Estado puede provenir también de una actividad legítima, de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, que sacrifica intereses particulares en beneficio del interés general (arts. 4º y 5º, ley 26.944). Se trata de una cuestión relevante, que ha adquirido significativa dimensión en el terreno del derecho administrativo, a la luz de la doctrina del sacrificio especial, con sólido sustento en la garantía de igualdad ante las cargas públicas (art. 16, CN). Es a todas luces razonable que, si el Estado adopta medidas legítimas en aras del interés general, que repercuten de modo desproporcionado en ciertos particulares, no pueda exigírseles a estos que soporten estoicamente el perjuicio en beneficio comunitario. Elementales razones de justicia *conmutativa* conducen a la reparación.

Se ha controvertido, sin embargo, acerbamente, si la extensión del resarcimiento que corresponde atribuir al damnificado en tales supuestos debe ser integral o limitada al valor objetivo del derecho sacrificado, con exclusión del lucro cesante y del daño moral. El debate ha tenido un nuevo elemento de valoración, luego de la sanción de la ley 26.944, que se inserta decididamente en esta última orientación (art. 5º).

# Ante la pandemia económica, ¿qué legislar?

Efraín Hugo Richard (\*)

**Sumario:** I. El desafío.— II. Las tendencias.— III. ¿Un escudo protector?— IV. Una norma de emergencia.— V. Otra alternativa.— VI. La recomendación del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México).— VII. La conservación de la empresa.— VIII. Disolución no es liquidación.— IX. Viabilidad económica.— X. La buena fe.— XI. Principios del derecho comparado apoyando estas interpretaciones.— XII. La crisis económica de la persona humana.— XIII. Concluyendo.

## I. El desafío

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba nos ha convocado para una visión multifacética, interdisciplinaria, para converger en estudios jurídicos y sociológicos de colaboración para la comunidad de nuestro país, engarzados en un marco global de similares desafíos. Porque es de toda evidencia la crisis patrimonial financiera que el encerramiento sanitario ha causado en una gran proporción de las actividades económicas de grandes empresas, pero particularmente de la mediana y pequeña. ¿Cómo enfrentar el futuro? ¿Podrán recuperarse? El futuro es impredecible, pues nada será igual por mucho tiempo; es posible que las costumbres sociales se modifiquen por necesidad o por el descubrimiento de nuevas formas de convivencia o de comercialización. ¿Cómo medir los riesgos ante esa impredecibilidad? Y este desafío ha desencadenado la actividad de la doctrina comercialista en el mundo entero: ensayos, reuniones virtuales en muchos foros, proyectos de ley y ya concreta legislación en muchos países. Es imposible estar al día. A esa faena imposible dedicaremos este ensayo sobre cómo podrían atenuarse los efectos de la evidente crisis.

En esa futurización, muy recientemente ceurrábamos un locutorio (1) pensando en las vie-

jas costumbres mercantiles de componer las diferencias en forma inmediata, cara a cara, *a verdad sabida y buena fe guardada*: “¿Tendrá esa visión de imponer la renegociación nuestro gobierno, y en su caso seremos capaces de negociar de buena fe? ¡Vaya cuestión! Quizá la Academia pueda hacer llegar reflexiones en tal sentido en esta convocatoria a escribir sobre esta espantosa coyuntura [...]. Nada será igual, aunque quizá consigamos ser más iguales”.

Hace pocos días se publicó en La Ley un artículo escrito hace un mes con Jorge F. Fushimi (2), donde —en la misma dirección— propiciábamos un escudo protector de las personas jurídicas especialmente en crisis, un período de renegociación y una hipótesis de ayuda estatal-bancaria como aporte dinerario para restablecer la actividad, tratando de pensar en una norma de emergencia que limite la avalancha de concursos que se predica.

(1) “Saliendo de la pandemia económica empresarial (desenvolvimiento empresarial y suspensión de causal de disolución de sociedades por ley 27.541 de Emergencia, y ahora la pandemia sanitaria)”, en la página web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar), como versión escrita de la disertación de apertura del año académico el 05/05/2020.

(2) FUSHIMI, Jorge F. — RICHARD, Efraín H., “Pensando en la salida del aislamiento social, preventivo y obligatorio. Ideas para mitigar la crisis post-pandemia COVID-19”, LA LEY del 08/05/2020.

(\*) Profesor emérito de la UNC. Académico de Número. Director del Instituto de la Empresa de la Academia.

La cuestión se vincula a la conveniencia o no de normas de emergencia en esta materia o de reformas definitivas a la legislación concursal, correspondiendo a variadas visiones de la cuestión. Sin duda, es una compleja decisión (3).

Ello ha sido motivo de una declaración denominada “Colaboraciones y recomendaciones para un derecho global de crisis”, formalizada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal —sede México— (IIDC), elaborada en continuas “entrevistas” colectivas de los miembros de varios países de su Comité Académico y otros miembros, y en intensos intercambios epistolares, hasta expedirse el martes 05/05/2020. Haremos referencia a varias de ellas para engarzarlas en el decurso de este ensayo (4).

## II. Las tendencias

Vertiginosamente se generan posiciones, análisis, críticas constructivas, por parte de la doctrina comercialista, particularmente de la concursal, sobre cómo enfrentar la coyuntura que se avecina con la finalización de la inactividad judicial, y que ya se perfila en otros países. Daniel Truffat ha descripto la situación magistralmente (5). Se supone, ante la apertura de la feria o inhabilidad judicial —terminología confusa—, la promoción y activación de procesos concursales, con problemáticas múltiples, algunas curiosas, que no solo atascarán al Poder Judicial, sino que desafiarán la creatividad de los miembros de ese poder.

Claramente se plantean dos líneas doctrinales, de buena fe, con la inmejorable vocación de evitar que se agrave la crisis, donde recíproca-

(3) ROJO, Ángel, “Reflexiones sobre el derecho concursal de emergencia”, *blog* de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 11/05/2020.

(4) En su conformación intervinieron los argentinos expresidentes Lidia Vaiser (presidente del Capítulo Argentino), Daniel Truffat, el encargado de la recopilación legislativa y doctrinaria Miguel Raspall y nosotros (que coordinamos el Comité Académico), colaborando con la uruguaya Alicia Ferrer Montenegro (vicepresidente académica y miembro correspondiente de la Academia), bajo la presidencia del jurista español Augusto Gurra Chale.

(5) Editorial de *La Nación* del 07 del corriente mes.

mente se aportan ideas para mejorar cada versión y se mira lo que ya está ocurriendo en el mundo, tanto en sus tribunales como en su legislación.

## III. ¿Un escudo protector?

Una posición, quizá la más defendida, con la preocupación de la saturación tribunalicia, es la de mantener y mejorar el sistema concursal y la libertad para la voluntad de cada sujeto titular de un emprendimiento (persona jurídica o humana) de concursarse, aligerando los requisitos de admisión y la rapidez de la apertura para generar los efectos protectores de esa legislación.

Sobre esa básica posición, que respeta la libre renegociación —no obligatoria—, se sugiere el dictado de un régimen de emergencia que, respetando el sistema concursal básico, impida la petición de quiebras (6) durante un período, se alarguen los plazos de los procesos en marcha, se abra la renegociación de acuerdos ya logrados, pero no satisfechos, etc. Marcelo Barreiro ha hecho una inobjetable descripción de esta tendencia (7).

En suma, consideran que el escudo protector que genere la presentación en concurso conforme a la voluntad del deudor es superior a cualquier otro que pueda brindar un régimen de emergencia. En algún caso se intenta aligerar

(6) Hoy 15 de mayo se cerró un coloquio virtual en el espacio denominado *El Arca*, dirigido por Daniel Truffat, donde se expusieron seis proyectos, que se suman a los seis proyectos que están ingresados a la Cámara de Diputados y a los seis de la Cámara de Senadores, aclarando que tres de estos últimos son de la primera semana del mes de marzo. Los pedidos de quiebra en la Argentina han iniciado siempre un oscuro trámite procesal que hemos criticado duramente, particularmente porque la eventual declaración hoy en la Argentina permite la conversión en un proceso de concurso preventivo. Una forma similar señalaba Maffía en el 2009 ante la posibilidad de petición de concurso por los acreedores, proponiendo un acuerdo para mantener la empresa en marcha (“Perspectiva del derecho de la insolvencia”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2012, ps. 633 y ss.).

(7) BARREIRO, Marcelo, “La pandemia y el intento de regular la crisis (una utopía necesaria)”, que compartió en el grupo de WhatsApp *El Arca*, dirigido por Daniel Truffat, en el día de ayer, cuando escribimos estas notas, 14 de mayo.

el trámite para pequeñas y medianas empresas (sociedades).

#### IV. Una norma de emergencia

Todos convergemos en buscar ideas creativas para evitar avalanchas de juicios y soluciones individuales a través del sistema concursal, sin perder de vista el sistema jurídico general, en la idea prevista por el art. 2º, Cód. Civ. y Com.

En otra línea, en la inteligencia de que a la crisis existente en nuestro país —que motivó ya una Ley de Emergencia (8)— se sumó la pandemia globalizante que infectó a muchas —quizá la mayoría— personas físicas y jurídicas, se busca ofrecer soluciones genéricas, sin perjuicio de que quien las necesite recurra al sistema concursal. Se entiende que el escudo protector que brinda individualmente cada concurso debería —a través de una norma de emergencia— extenderse a todos los que estén en cesación de pagos o avizoran la inmediatez de su crisis, permitiendo reaperturas de cuentas corrientes bancarias, recuperación de servicios, no sanciones penales por aspectos impositivos y obtención de ayudas financieras.

Ello porque habría que evitar que todos se sientan tentados, económica y psicológicamente, a concursarse para repetir historias. Nos preocupa que, como aparece en el proyecto legislativo más completo (9), concursarse se presente como la única salida, incluso para obtener crédito. La llamada “renegociación obligatoria” tiene el sentido de remarcar que el período de protección invita a una renegociación de las múltiples relaciones incumplidas o de las de larga duración, en la forma que impone el art. 1011, Cód. Civ. y Com., dejando firmes los acuerdos logrados, y quizá demostrando la mala fe de algún acreedor o de algún deudor para enervar posiciones en un posterior concurso.

(8) RICHARD, Efraín H., “Derecho societario: autonomía de la voluntad y normas imperativas. Las crisis. Y una apostilla sobre la Ley de Emergencia”, LA LEY del 20/01/2020.

(9) De los senadores Bullrich y otra. Pero también otros anteproyectos están en la misma línea de favorecer el concursamiento con efectos protectorios inmediatos, incluso antes de que el juez lo admita, con promesas de incentivos crediticios y de trato privilegiado a financiamientos, incluso de los mismos socios.

Se trata de estimular, no obligar, a renegociar de buena fe, sin intervención judicial ni mediadores impuestos, cara a cara, motivados por intereses comunes: que la actividad empresarial continúe y que el acreedor no se vea contagiado.

#### V. Otra alternativa

Vale para ambas posiciones señalar —al margen de alguna mala fe subyacente (10)— que las negociaciones no son paritarias, además de ser la información asimétrica. Y tampoco lo es en el concurso, particularmente con la falta de universalidad por la reforma del art. 21, LGS, la compra de “votos” dentro de la minoría que consigue verificar. Y el traslado total del costo a los acreedores, con quitas y esperas impensables en un país con la inflación que tenemos, ni siquiera los invita a una aventura compartida.

En este último sentido, debería analizarse con interés la postura expuesta por Daniel R. Vítolo en el coloquio de la UBA del 07/05/2020, donde apuntó claramente que no todas las empresas serán viables en el futuro, aunque se les dé toda la ayuda que pretendan. Aconseja liquidarlas con el menor costo y con eficiencia. Entendió para las viables que, con dos bonos de pago diferido, uno para personas jurídicas y otro para consumidores, obligatorio para los acreedores y optativo para los deudores, se eliminaría el estado de cesación de pagos.

Esos bonos, a nuestro criterio, deberían ser convertibles en acciones a opción del acreedor ante el incumplimiento futuro. Obviamente, las empresas beneficiadas deben ser viables, por lo menos aparentemente. Los deudores que no opten lo decidirían presuntamente porque no lo necesitan o porque prefieren concursarse. A su vez, se protege la renegociación privada, individual o con grupos, conforme al sistema del art. 125 de la ley 19.551, incorporado en el año 1983.

Ese coloquio, organizado por el vicedecano Prof. Dr. Marcelo Gebhardt, contó con seis interesantes exposiciones y fue abierto magistral-

(10) Malas prácticas bastante usuales, que fueron marcadas descarnadamente por ANICH, en el II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, La Cumbre, 2000; MARTORELL, en el “Prólogo” del *Tratado de concursos* que dirigió, y KÖLLIKER FRERS, en un *obiter dictum*.

mente por el organizador, que aconsejó evitar el concursamiento masivo. Además de las dos intervenciones que hemos referido, Mariano Genovesi marcó los incentivos de los concursos con los acuerdos que se practican, entendiendo —como Gebhardt— que eso era contrario al interés general, recomendando un régimen de suspensión transitoria de concursos, induciendo las negociaciones privadas, de buena fe, sin abuso de derecho y asumiendo un esfuerzo compartido. Entendemos que una suspensión transitoria no viola derechos constitucionales, pues eventualmente también los violaría la prohibición de ejecutar o pedir la quiebra.

## VI. La recomendación del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México)

La situación es inédita, y quizá inéditas deben ser las respuestas legales. Cómo integrar ideas para encontrar el equilibrio y la solución —siempre imperfecta— que resulte más beneficiosa para nuestra comunidad puede ser una buena tarea grupal, abandonando preconceptos, pues enfrentamos algo totalmente nuevo, y todos están intentando sugerir medidas o imaginar soluciones. Y en eso estamos unidos.

Esta inmovilización social —“cuarentena” se la ha llamado— ha implicado no solo los cierres de fronteras nacionales, sino la generación de fronteras sanitarias internas, y ha paralizado gran parte de la actividad económica, particularmente la comercial dirigida al trato directo, incluso entre empresas, limitando también las actividades de estas, salvo las destinadas al abastecimiento de insumos sanitarios y de alimentación, o los servicios de venta por vía electrónica, con entrega en la puerta. Habíamos abordado los cambios en el consumo en Asunción, preanunciando los cambios de conducta en la comercialización (11), y esto último ha crecido inesperadamente por una cuestión sa-

(11) RICHARD, Efraín H., “Sobre la contratación electrónica en los contratos internacionales, particularmente de compraventa y los derechos del consumidor, la jurisdicción y el arbitraje”, en AA.VV., *Academias jurídicas y sociales iberoamericanas. Ponencias y conclusiones. IX Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica*, Ed. Corte Suprema de Justicia — Institutos de Investigaciones Jurídicas, Asunción, 2017, ps. 469 a 609, como relator internacional del tema.

nitaria, recogida debidamente por una imposición legal, los DNU 260/2020 y 297/2020, de mediados de marzo.

Esta paralización del tráfico económico, a su vez, ha acentuado la crisis que estábamos enfrentando, e impone nuevos desafíos para evitar la quiebra o, por lo menos, el concursamiento generalizado de sociedades y el efecto de arrastre que ello significaría; además de saturar los tribunales, generaría un alargamiento de plazos, con pretendidas aperturas y otras derivaciones, sin alcanzar soluciones generales.

El concurso preventivo o los acuerdos preventivos extrajudiciales normados en nuestra ley 24.522 son tentadores para las soluciones individuales. Generan un escudo protector que el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo deberían extender automáticamente a todos. No somos ciegos en señalar que muchas sociedades, aun algunas en concurso actualmente, se han beneficiado con la situación por los insumos que producían o por la rápida adaptación a ofrecer los productos que el sistema sanitario requería. La situación es aún incierta por los acontecimientos y las ayudas estatales comprometidas.

Pero una extensión de concursos individuales podría aumentar la pandemia patrimonial de los peces chicos; esto ya ocurrió en el 2002, cuando los pícaros se beneficiaron, eludiendo sus obligaciones y haciéndose las asumir a sus acreedores, por las fáciles argucias que la práctica procesal concursal permite, particularmente al haberse acotado la universalidad con la reforma del art. 21, ley 24.522.

El IIDC recomendó, como un escudo protector, el dictado de normas de emergencia: “2.1. *Normas generales anticrisis*. 1. Se prorrogarán por 90 y hasta 120 días el vencimiento de todas las obligaciones instrumentadas en cheques de pago diferido u otros títulos valores. 2. Se dejarán sin efecto por el mismo plazo las sanciones por cheques rechazados, reabriéndose las cuentas corrientes, dejándose en suspenso los embargos trabados y los no efectivizados. 3. Suspensión de pagos de tributos durante el período en que se haya impedido por razones de la pandemia sanitaria la actividad gravada. En su defecto, ampliación de los plazos de pago de las obligaciones tributarias. 4. Se analizará la con-

veniencia de crear fondos o fideicomisos de garantía bancaria para que sociedades o personas no calificadas con actividad empresarial puedan acceder al crédito. Ello con la posibilidad de que ante el impago esos fondos o fideicomisos puedan convertir su acreencia en acciones o participaciones del deudor incumplidor. Se aconseja que en ese caso los créditos, sin riesgo de cobrabilidad, se otorguen a tasa 0 o similar. 5. Las tarjetas de crédito permitirán que los saldos sean satisfechos en 6 meses sin interés. 6. Suspensión de los aumentos de tarifas, salarios, combustibles, alquileres, lo cual solo puede hacerse por decisión gubernamental. Control administrativo de precios de la canasta básica sanitaria y alimentaria”

## VII. La conservación de la empresa

Se coincide, así, como bien jurídico tutelado, en la necesidad de conservar la actividad empresarial y los puestos de trabajo o empleos que ella genera.

No nos desentendemos del problema de la marginalidad social, que ya existía y ahora se ha incrementado y ha quedado en evidencia insoslayable. Algún aporte haremos sobre el punto.

Pero la primera cuestión a abordar ante el cambio social y la crisis es: ¿toda empresa debe conservarse? Que quede en claro que debemos distinguir a modo de aclaración que la “empresa” no es un sujeto en nuestro derecho. Es una “actividad empresarial” que desenvuelve una persona humana o una jurídica, normalmente una sociedad, o un fideicomiso, en algunos supuestos.

Al margen de las importantes ayudas que está intentando efectivizar el gobierno y las que pueda otorgar en el futuro, debemos afrontar tres problemáticas para el desenvolvimiento empresario. Se trata de la insolvencia (12) a la que se

---

(12) La expresión es usada en el Código Civil y Comercial en los arts. 191, 339, 808, 1692, 2456, 2528. También como título en el art. 191, refiriéndose a la insuficiencia de los bienes. Esta última expresión, “insuficiencia de bienes”, está referida en ese artículo del Código Civil y Comercial y en los arts. 1687 y 2318. En cambio, la expresión “imposibilidad sobreviniente” de bienes aparece en los arts. 163 y 1461, Cód. Civ. y Com., y en el art. 94.4, LGS.

suman la cesación de pagos (13) —a las nos que referíamos— y la disposición de fondos para mantener la viabilidad de la empresa, si esta es viable.

Fundamental resulta, como primer paso, pensar en la viabilidad futura de la sociedad que explota la empresa. ¿La actividad es posible? Suponiendo que el problema se iniciare en este momento: ¿la actividad será viable en el mundo cambiado? Nada será igual en el futuro. Han nacido empresas nuevas, se han enriquecido muchas y otras deberán ser desguazadas.

En la conferencia aludida, Vítolo señalaba que las sociedades que realizan actividades no viables deberían liquidarse al menor costo posible y lo más rápido posible. No podemos pensar en la fantasía de las “empresas recuperadas” si estas no son viables. Deslumbramos a sus trabajadores con el gesto político y los condenamos a mendigar subsidios en el futuro, salvo algún caso muy especial.

Personalmente, no descartamos la participación obrera o del Estado, pero debe hacerse sobre otras bases, no sobre las falsas en las que se edificaron las privatizaciones en 1992/3 y de las que es muestra Aerolíneas Argentinas y da cuenta el fallo de la Corte en el caso “Provincia de Chubut c. Refinerías Carboníferas Patagónicas”. Lamentablemente, el “accionariado obrero” regulado en Perú en los años 70 no prosperó, ni tampoco los bonos de goce previstos en la ley 19.550 desde el año 1972. La resistencia de los CEO y la falta de educación sindical han contribuido a ello. ¿Podrá el nuevo escenario acercar a los que intervienen activamente en la producción de bienes y servicios? Creemos que es un ideal que no alcanzaremos a ver en nuestro limitado futuro.

A su vez, el requisito de la viabilidad, obvio para no dañar, es resistido por la doctrina concursalista. Sobre el punto, aconsejamos la lectura de la tesina de la magíster Alicia Kurlat (14).

---

(13) La expresión es usada en el Código Civil y Comercial en los arts. 1478 y 2579.

(14) “Aplicación de herramientas de evaluación de proyectos de inversión a los procesos concursales y liquidativos”, 2010; no ha perdido actualidad. La prestigiosa síndica concursal tuvo a bien hacernos llegar una copia.

Se ha referido a ello en los años 90 el Prof. Dr. Jaime Anaya, en “El mito de la empresa inmortal”, y lo hemos recordado con similar título en “La empresa inmortal”, en el III Encuentro de Institutos de la Academia, dedicado al rol de la empresa (15).

La viabilidad no solo es un requisito organizacional, sino una exigencia jurídica —art. 100, LGS—, también contenida en la Ley de Concursos y Quiebras, aunque desoída procesalmente. Esos disensos cordiales se revelan gracias a la generosidad del distinguido tratadista Darío Graziabile en los artículos que compartiéramos en dos de sus libros colectivos (16).

Si hoy los administradores de una sociedad negocian con sus acreedores pasados o futuros a conciencia de que la actividad no es viable, no lo están haciendo de buena fe —requisito del art. 9º, Cód. Civ. y Com.—.

Formando parte de la visión del IIDC como escudo protector, recomendó:

### “2.3. Sociedades.

“2.3.1. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades que tengan dificultades no podrán distribuir dividendos y deberán renegociar privadamente sus relaciones:

Aconsejamos su lectura en torno al plan de negocios y viabilidad.

(15) “La empresa inmortal”, encuadrándonos en la *Visión jurídica y social y sus contribuciones al crecimiento global*, tema del III Encuentro de Institutos de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, noviembre/2019, con el consiguiente libro electrónico, que codirigieramos con la Prof. emérita Dra. Marcela Aspell, vicepresidente de la Academia.

(16) GRAZIABILE, Darío J. — RICHARD, Efraín H., “Efecto de la sentencia de verificación en relación con la conformación del acuerdo”, en GRAZIABILE, Darío J. (dir.), *Verificación concursal de créditos*, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2015, ps. 162 a 185; y “Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, en GRAZIABILE, Darío J. (dir.), *Derecho concursal en el nuevo Código Civil y Comercial*, cap. III: “Modificaciones al régimen obligacional”, pto. VI: “Legalidad de la propuesta y del acuerdo en el concurso de sociedades y su homologación”, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2016, ps. 371 a 415.

”1. Con sus acreedores de cualquier naturaleza la conversión de las obligaciones en préstamos cancelables con los beneficios de la actividad futura, bonos u obligaciones convertibles en acciones, incorporación a fondos de negocios participativos o capitalización con acciones rescatables o no. No se aceptará la negociación de quitas salvo para acreedores financieros no bancarios.

”2. Con sus trabajadores, las condiciones laborales hasta recuperar la actividad normal, que podrán ser diferentes conformes el rubro.

”3. Con el Estado renegociará planes en torno a impuestos adeudados o que se generen hasta volver a la actividad normal.

”4. Quedan suspendidas las previsiones de la legislación societaria en cuanto a causales de disolución y responsabilidad de administradores y socios por causa de los desajustes patrimoniales o financieros generados con posterioridad a la declaración de inactividad en cada país y de la invocación de la afectación de la pandemia.

”5. Vencido el plazo de renegociación y habiéndolo intentado con todos sus acreedores, podrán promover las acciones que estimen corresponderles, o presentarse en concurso. Las negociaciones que hubieren alcanzado mantendrán su validez. Tampoco le podrán pedir medidas cautelares o quiebras en el período obligatorio de renegociación.

”2.3.2. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria, las sociedades deberán continuar con el funcionamiento regular de sus órganos que actuarán mediante el uso de TIC’s.

”2.3.3. Hasta los 90 días posteriores a que cada país libere la pandemia societaria se suspende la obligación de presentar balances antes los órganos de contralor toda vez que las asambleas sociales no puedan reunirse para su aprobación por no contar con normas legales que autoricen su funcionamiento a través de medios tecnológicos”.

Remata el IIDC su esquema protector con las siguientes recomendaciones en torno a los concursos:

#### “2.4. Normas concursales.

“Se recomienda, congruente con el marco de la renegociación obligatoria, adoptar algunas de las siguientes propuestas:

“1. Suspensión por 90 hasta 120 días de la declaración de concursos necesario.

“2. Suspensión por hasta 90 a 120 días de la declaración de quiebra o de liquidación del activo en caso de incumplimiento de convenios o acuerdos privados de reorganización.

“3. Analizar las normas sobre acuerdos privados de reorganización, de modo de facilitar los mismos a fin de evitar el colapso de las sedes judiciales frente a la presentación de solicitudes de declaración de concursos, sean voluntarios o necesarios.

“4. Generar mecanismos legales —transitorios o definitivos— para lograr el acceso al crédito de las empresas que se encuentren en etapa de convenio concursal o hayan promovido un acuerdo privado de reorganización.

“5. No perder de vista que estas soluciones solo deberían aplicarse a aquellas empresas que se amparen en mecanismos concursales de buena fe”.

#### **VIII. Disolución no es liquidación**

Se ha suspendido la causal de disolución por pérdida del capital social, o sea que la sociedad puede seguir operando —si le es posible— con patrimonio negativo, o sea, más pasivos que activos —por lo menos contablemente—. Antes de la pandemia sanitaria, por la crisis económica se suspendió la causal de disolución de sociedades “por pérdida del capital social” por un año, a través de la ley 27.541 de Emergencia, del 23/12/2019, imponiendo referirse al léxico jurídico “disolución” y “liquidación”. En nuestro sistema de la Ley General de Sociedades —LGS—, esas palabras componen dos locuciones: “causales de disolución” y “etapa de liquidación”. La constatación de una causal de disolución no impone la etapa de liquidación; se otorgan medios para solucionarla, generando una modificación del sistema de responsabilidad.

Pero a mediados de marzo del corriente año no solo se generó una pandemia sanitaria, sino también una social y económica, de carácter global, imponiendo el cierre de fronteras y el aislamiento social, con efectos auspiciosos en demorar la velocidad de contagio, pero con la marcada generación de un desequilibrio en las transacciones económicas, cuando no la inactividad total de muchas, y ello ha puesto de relieve la marginalidad y las necesidades de grandes grupos de conciudadanos.

Cabe agregar que dos meses de “cuarentena social” han generado la cesación de pagos de muchísimos emprendimientos de múltiple naturaleza.

Esa causal de disolución suspendida hace a la “insolvencia”, por lo que corresponde explicar que como “cesación de pagos” debemos señalar la falta de medios para satisfacer las obligaciones, dinerarias o no, que le son exigibles, normalmente, a un emprendimiento organizado como sociedad.

Dejemos de lado la insolvencia y vayamos a la cesación de pagos. En la misma conferencia, Vítolo auspiciaba una renegociación impuesta, emitiendo el gobierno dos bonos de suscripción obligatoria por los acreedores y voluntaria por los deudores que estuvieran en cesación de pagos.

Nosotros abogaríamos, si se estudia esa interesante salida, por que esos títulos sean obligaciones negociables convertibles en acciones a opción del acreedor ante el impago del deudor. Ello no cambia que el titular pueda ser un fondo...

Otro aspecto problemático para el desenvolvimiento de la sociedad en crisis es la disponibilidad de fondos nuevos para el desarrollo normal de su actividad; hemos trabajado recientemente en una propuesta al respecto, que puede ser base de ideas que la mejoren (17). Aunque concurriéndose y desligándose de atender sus obligaciones, con *stock* suficiente podrá quizá asumir con más holgura que antes ese desenvolvimiento. A su vez, hay muchas otras formas de superar

---

(17) Ensayo conjunto con Jorge F. FUSHIMI, LA LEY del 08/05/2020.

la cesación de pagos con esfuerzo compartido, pues las quitas —que cuestionamos en los concursos de sociedades— son solo en beneficio de la sociedad deudora y —obviamente— de sus socios. El art. 43, LCQ, es abierto a otras formas de acuerdo, y entre ellas podríamos señalar las “acciones relacionadas, sectoriales o direccionadas” contenidas en el Anteproyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades que se presentó el año pasado. En cuanto al *crowdfunding* receptado por la ley 27.349, ¿por qué no usarlo de una buena vez? El beneficiario tendrá que mostrar que la propuesta es viable y presentar un plan de negocios, recurriendo al financiamiento colectivo con micromecenazgo (18). Y, por supuesto, la reconversión: en las últimas semanas, en el rubro indumentaria hubo un incremento de ventas por internet de productos para estar dentro de casa: pijamas, batas, pantuflas, *joggings*... Una fábrica de bebidas en crisis pasó a ser la mejor proveedora de alcohol.

Hace muchos años presentamos la solución con el *lease back* en favor de los acreedores, y el negocio en participación ha estado siempre a

(18) Recordamos nuestros ensayos con Jorge F. FUSHIMI, innovando sobre estos temas: “La ineficiencia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas”, *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, diciembre/2018; “El *crowdfunding* como propuesta alternativa a la quita. Una propuesta a partir del caso ‘Yagisawa Shouten Co.’”, en *El concurso preventivo y otros medios de prevención de la quiebra. X Congreso Argentino de Derecho Concursal — VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, Santa Fe, octubre/2018, t. 2, p. 109; “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, en *VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, t. 1, p. 635; “La información: libros de contabilidad e informe general del síndico”, t. 1, p. 795; “El balance y la quita en concursos de sociedades y su tratamiento contable y fiscal (con algunos aspectos periféricos)”, en *Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*; “Negocios en participación gestados por sociedad anónima como forma de financiamiento de negocios específicos”; y “Acciones sectoriales en el Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades”, ponencia al XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 04 al 06/09/2019, en *Hacia un nuevo derecho societario. Libro de Ponencias del Congreso*, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario — Advocatus, Córdoba, 2019, t. I, ps. 725-734.

disposición de los emprendedores para obtener financiamiento.

Estos aspectos llevan a pensar si este es el momento de trabajar en un “derecho societario de crisis”, integrando el sistema concursal con el plexo normativo.

Sobre ello, las formas de los acuerdos concursales, modalidades de capitalización de pasivos unidos a derechos de opción, vale traer las apreciaciones del jurista alemán Karsten Schmidt (19) sobre el *debt-to-equity swap* como prueba de fuego de esa integración, y su pensamiento sobre la reestructuración de empresas. Destaca la interacción entre el derecho societario y el derecho concursal, y su conferencia aborda la creciente influencia del derecho concursal sobre el derecho societario, pues, a la inversa, durante 100 años no existió una cátedra de Derecho Societario en que se enseñara derecho concursal. Había coincidencia en que la apertura de un concurso sobre el patrimonio de una sociedad disuelve esta sociedad, porque así lo decía la ley. Pero lo que sucede luego con esta sociedad quedaba en manos de los especialistas en derecho concursal. Para la práctica, la situación era mala. La liquidación o reestructuración de compañías insolventes es una tarea genuina del derecho empresarial. Y esta tarea exige respuestas integradas a múltiples cuestiones, y se preguntaba: ¿qué ha cambiado? Apuntando: “el *debt-to-equity swap*: el ingreso de los acreedores a la sociedad de sus deudores. Entre muchos métodos de saneamiento, el *debt-to-equity swap* es un ejemplo particularmente apto para mi observación [...]. La parte dispositiva del plan puede prever que los créditos de los acreedores se conviertan en intereses o derechos de membresía en el deudor. Se excluye la conversión contra la voluntad de los acreedores afectados. En particular, el plan podrá prever una reducción o ampliación de capital, el pago de aportaciones en especie, la exclusión del derecho de suscripción o el pago de indemnizaciones a los accionistas salientes”.

A Karsten Schmidt lo conocimos junto a Jesús Sanguino Sánchez en el año 2000, en La Cum-

(19) SCHMIDT, Karsten, “El derecho societario y la intrusión del derecho concursal. El caso alemán”, RDCO 297-987, del 09/08/2019.

bre, con motivo del II Congreso Iberoamericano y IV Congreso Nacional de Derecho Concursal. De allí nuestra incorporación al Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal —sede México— en 2004, cuando lo creó Jesús, y seguimos en 2008 con nuestra obra “Insolencia societaria”, de la cual diría Osvaldo Maffía: lo importante es la solución, “ante la morosidad del empresario insolvente en promover su concurso los acreedores están facultados para pedir la quiebra proponiendo al par la fórmula concordataria. Es llamativa la audacia de esa innovación [...]. El tema de la ‘conservación de la empresa’ [...] ocupa a Richard desde hace años [...]. Se apoya en las enseñanzas del brillante jurista español Ángel Rojo, quien habla del bien jurídico tutelado del derecho concursal, y lo relaciona con la eliminación del estado de cesación de pagos, precisando luego que es necesario actuar anticipadamente ‘frente a la mera crisis financiera o económica general’ [...]. Reitera su reclamo de ‘actuar anticipatoriamente a la instalación de la crisis’ como presupuesto de ‘la conservación de la empresa’”.

Ese comentario corresponde a nuestro “Insolencia societaria”, editado inicialmente en 2008 y luego en 2012 por esta Academia, con nuestra “Perspectiva del derecho de la insolencia”, que pueden encontrar en su página web.

Además, como Karsten Schmidt, Alessandro Nigro y tantos otros seguimos apostando al análisis de la problemática dentro de un derecho societario de crisis. Lo afrontamos en “Enseñanza del derecho societario de crisis”, donde sostuvimos: “La enseñanza centrada en las normas de las Leyes de Sociedades o de Concursos, dificulta una visión sistémico-constructivista sobre las crisis de sociedades. La Ley de Sociedades contiene adecuadas normas imperativas para limitar esas crisis” (20).

Se acentuó nuestra particular atención en Punta del Este, en 2018, con el obsequio por parte del jurista uruguayo Daniel Germán de su libro “Insolencia y cesación de pagos”, dedicado a la persona jurídica (21), en cuyo Prólogo el

(20) Publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, nro. 364, Ed. Errepar, Buenos Aires, marzo/2018, ps. 165 y ss.

(21) GERMÁN, Daniel, “Concurso y estado de insolencia. Efectos sobre los órganos de administración y

español José A. Sotillo expresa: “Además, en el caso de personas jurídicas mercantiles deudoras, con las normas concursales se entremezcla la regulación jurídica de las sociedades mercantiles, resultando en ocasiones, difícil de determinar cuál debe ser la norma prevalente. Es necesario, pues el estudio coordinado de ambos conjuntos normativos...”

La preocupación por ese abordaje integral —societario y concursal— se evidenció en el XVI Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal realizado en Viña del Mar en 2019, y en el inmediato Primer Congreso Internacional de Derecho Empresarial, realizado en Buenos Aires en ocasión de los 80 años del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, imponiéndonos intervenir en paneles en ambas ocasiones (22).

Lo que preocupa es el “canto de sirena” de la homologación de acuerdos concursales, ya que el juez, conforme al art. 52, apart. 4º, de la ley 24.522, no podría homologarlo si existe abuso de derecho y fraude a la ley (23).

Si se opta directamente por facilitar el concurso como único escudo protector, las soluciones

presentación de personas jurídicas. Estudio del derecho uruguayo y español”, Ed. La Ley, Montevideo, 2016.

(22) “Interacciones entre el derecho societario y el derecho concursal”, panel del 16/10/2019 en Viña del Mar, con la intervención de Juan E. Puga (Chile), Mariano Möller (México), Israel Creimer (Uruguay), Daniele Vattermoli (Italia), Efraín H. Richard (Argentina); y CREIMER, Israel — DASSO, Ariel Á. — RICHARD, Efraín H., “Una aproximación al derecho mercantil del siglo XXI”, panel coordinado por Osvaldo Chomer en Primer Congreso Internacional de Derecho Económico y Empresarial en Homenaje a los 80 años del Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires, 21/10/2019. Ambos congresos se han publicado en el nro. 20 de *Estudios de Derecho Empresario*, revista electrónica del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, que puede consultarse en su portal electrónico.

(23) RICHARD, Efraín H., “50 años no es nada: desafío en búsqueda de método sobre abuso en propuestas en concurso de sociedades”, RDCO, fundada por Isaac Halperin en 1968, Edición 50º Aniversario: *Desafíos presentes y futuros del derecho comercial*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2018, Secc. “Sociedades. Doctrina”, p. 239.

no pueden ser en favor del empresario, sino de la empresa, y allí indicar las soluciones que recordar y alguna otra. La quita cambia la naturaleza de la relación societaria: las pérdidas son a cargo de los socios, pero pueden ser compartidas en el futuro, haciéndolos socios —Karsten Schmidt así lo sostiene, como comentaremos—; pero si quieren continuar con la ilegalidad de las quitas, tienen que modificar el art. 1° de la Ley de Sociedades, y si el Poder Legislativo lo hace, ¡adelante!...

Conscientes de esa ilicitud, enfrentamos la cuestión con el miembro correspondiente de la Academia Prof. Dr. Juan Carlos Veiga (24) cuestionando las costumbres *contra legem* en los procesos concursales, y lo hacíamos antes del advenimiento del Código Civil y Comercial y particularmente de su art. 150, que fija la primacía de normas. Sin nuestros argumentos (25), pero en la misma línea de libertad sin dañar, en un incidente en el caso “Interindumentaria SRL”, fallo del 04/02/2020 con el voto de Pablo Heredia, se remarcó la infrapatrimonialización como factor de imputación del daño, el déficit liquidatorio, a los socios de control en el incidente respectivo en la quiebra.

El embate desintegrador se hace desde el derecho de crisis, el derecho concursal, para tratar de transferir el riesgo societario a los acreedores, olvidando aquello de que los socios “soportarán las pérdidas” —art. 1°, LGS—, como elemento esencial y caracterizante de una relación societaria. Tanto es así que la legislación impositiva

(24) VEIGA, Juan C. — RICHARD, Efraín H., “El contraderecho (el abuso y el fraude en la homologación de acuerdos concursales propuestos por sociedades comerciales con quitas)”, *Pensar en Derecho*, nro. 5, año 3, Ed. Eudeba — Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, febrero/2015, p. 257. “Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. El abuso y el fraude”, *VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, t. I, p. 367; “La necesaria integración del sistema concursal con el societario ante la crisis de sociedades”, *VI Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, t. II, p. 815.

(25) RICHARD, Efraín H., “Personalidad jurídica y responsabilidad de sus miembros”, *Revista del Código Civil y Comercial* (Pablo Heredia, codirector), nro. 4, año IV, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo/2018, Primera Sección: “En Debate”, tema específico: “Personas jurídicas desde la perspectiva del nuevo Código Civil y Comercial”, ps. 67 a 107.

grava la “quita”, considerándola ganancia para la sociedad (26) y, obviamente, para los socios.

En nuestra República, el sistema de las personas jurídicas y de las sociedades es muy equilibrado y diferente a otros. El art. 94, LGS, desenvuelve simples causales de disolución, que no implican generar la liquidación de la sociedad ni fijan plazo para ello, pero generan una alerta y una previsión de especiales responsabilidades para administradores y socios. Es muy particular y coherente la sistemática de nuestra Ley de Sociedades, pues las causales de disolución no entrañan automáticamente una liquidación de la sociedad, para lo cual debe existir normalmente otra declaración del órgano de gobierno de la sociedad (27), pero sí genera la constatación de la causal una alteración de las reglas de responsabilidad, que referiremos.

Esa sistemática respeta la tipicidad del negocio societario y sus normas imperativas: los arts. 1°, 94, 96, 99 y 100, LGS; 150 y 167, Cód. Civ. y Com.; y para la integración prevista en el art. 2°, Cód. Civ. y Com.

La base es el art. 1°, LGS, que conceptualiza la relación societaria, disponiendo que las pérdidas deben ser afrontadas por los socios; es coherente con la legislación comparada y con el Informe Winter (28), ratificado por el art. 106, LGS. Aun en liquidación, la sociedad podrá concursarse —art. 5°, ley 24.522 (LCQ)—. El ejercicio de la opción está, a su vez, condicionado, por el art. 100 de la misma ley, a la “viabilidad económica” de la sociedad. No son normas dispo-

(26) Así lo expusimos en RICHARD, Efraín H. — FUSHIMI, Jorge F., “La quita en concursos de sociedades y su tratamiento fiscal (y algunos aspectos periféricos)”, *Sociedades*, revista electrónica de *Microjuris.com*, MJ-DOC-6053-AR, MJD6053, 01/12/2012.

(27) Aun en las causales que permitirían suponer el inmediato ingreso a la etapa de liquidación, como podría entenderse en el caso de vencimiento del plazo, se hace necesaria una declaración sobre el cambio de rol del órgano encargado de la liquidación —art. 102, LGS—.

(28) Ese Informe es el resultado del trabajo realizado por el Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del derecho de sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas.

nibles que puedan ser alteradas por el estatuto social o por una resolución de su órgano de gobierno (29). Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros (30).

### IX. Viabilidad económica

Volvamos ahora a la viabilidad de la actividad de una sociedad. Otra norma imperativa es la que impone el requisito de viabilidad (31). El art. 100, LGS, también modificado por la reforma unificadora, concretamente efectiviza el principio de conservación de la empresa, que era solo una pauta interpretativa, pero ahora lo ha receptado normativamente, posibilitando la remoción de la causal disolutoria una vez que esta se ha producido, aun iniciada la etapa de liquidación.

La sociedad inviable no contiene una empresa conservable en su seno. En síntesis, la tendencia a la conservación de la empresa, que marcó toda una época del derecho concursal (32), se introduce en el derecho societario.

Pero, ante la pandemia, ¿cómo analizar la viabilidad? Es el juicio de su administrador, en cuanto tenga un viso de verosimilitud, aunque luego sea desvirtuado. Es la *judgement rule* del derecho americano, y no hay que sancionar con responsabilidad al administrador que intenta un plan para salir de la crisis. El único límite es que no sea “descabellado”.

(29) “El laberinto de la pérdida del capital social y su remediación”, ob. cit.

(30) STANGHELLINI, Lorenzo, “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi”, *Rivista delle Società*, fasc. 5, anno 49, Ed. Giuffrè, Milano, settembre-ottobre/2004, p. 1079.

(31) El art. 100, LGS. BALDUZZI, Leonardo D., “La disolución de la persona jurídica como causal de extinción del contrato de agencia”, en *El derecho societario y de la empresa en el nuevo sistema del derecho privado. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario — IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza — Universidad Nacional de Cuyo*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, t. I, p. 317.

(32) ROJO, Ángel, “Prólogo”, en BARO, Alejandro *et al.*, *El INREC en devenir pretérito y actual del derecho concursal comparado*, Ed. Inca, Mendoza, p. 17.

Esta integración no descarta que la sociedad esté en concurso —aun en liquidación, conf. art. 5°, ley 24.522 (LCQ)—.

### X. La buena fe

No es el caso de profundizar sobre la “buena fe” (33), definida por la Real Academia como “rectitud, honradez, criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho. En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte”; y, como contravalor, la “mala fe” es definida como “dobleza, alevosía. Malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta alguna cosa”. “De buena fe” es con “verdad y sinceridad”; “de mala fe”, “con malicia o engaño”. Nos vienen a la cabeza las máximas orientales de orientación a los reyes que no sabían leer ni escribir: “sé bueno y no dañes” (34).

Bajo el principio de buena fe que recomienda el art. 9°, Cód. Civ. y Com., Daniel Truffat escribió (35): “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, extraigo —como consecuencia de lo antedicho— tres consecuencias básicas, en tanto y en cuanto se pretenda preservar la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina —tomando una frase feliz de la Ley de Emergencia 25.561— denomina: ‘*el esfuerzo compartido*’. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva al empresario (en general en sociedades de capital, a los accionistas de la concursada) una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos recaiga ‘en exclusiva’ en los acreedores

(33) RICHARD, Efraín H., “Sobre el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial”, ED del 05/04/2013.

(34), ob. .odel excelente artículo de RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, “Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, ps. 23 y ss.

(35) TRUFFAT, Daniel, “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente —precisamente— a la oferta del deudor”, en el Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, México.

del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos". Acepta que "el derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial", lo que permite ubicar el problema dentro de lo previsto por el art. 150, incs. a) y c), Cód. Civ. y Com.

Todo buen hombre de negocios debería negociar de buena fe ante los incumplimientos que se hayan generado, se estén generando o se generen por las actuales circunstancias. La hoy camarista Prof. Verónica Martínez excluyó el voto de un acreedor que había negociado de mala fe con la concursada.

La buena fe implicaría unir a los enfrentados en el emprendimiento en que están interesados que sobreviva, aumentando automáticamente su valor y/o capacidad operativa y competitividad, con bajo costo operativo o inclusive sin ningún costo operativo, o con bajos gastos de concreción. No debe ser un negocio de algunos. Estamos pensando en un nuevo capitalismo: el del emprendedor, alejándonos del capitalismo financiero. En los años 90 intentábamos, en ambientes nacionales e internacionales, impedir que el capitalismo financiero prestara dinero a los gobiernos para cubrir el déficit operativo, sosteniendo que debía serlo para financiar obras de infraestructura, en forma similar a lo que se aceptó para el mutuo en el art. 1531, Cód. Civ. y Com.

Se impone negociar de buena fe, y esto lleva a convocar a los penalistas para que traten de imaginar, en nuestra civilización judeocristiana, la legislación cuáquera que sanciona penalmente el perjurio y el desacato ante mentiras... (36). Algunos penalistas apuntan a la tipificación del delito previsto en el art. 173 del

(36) Solo nos limitamos a advertir que se sintetizan conductas de "buena fe", definida por la Real Academia como "rectitud, honradez, criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho. En las relaciones bilaterales, comportamiento adecuado a las expectativas de la otra parte"; y, como contravalor, la "mala fe" es definida como "dobleza, alevosía. Malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta alguna cosa". "De buena fe" es con "verdad y sinceridad"; "de mala fe", "con malicia o engaño". Nos vienen a la cabeza las máximas orientales de orientación a los reyes que no sabían leer ni escribir: "sé bueno y no dañes".

Cód. Penal, y no se duda de la penalización en el caso de alteración de los registros impositivos.

¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara, que apostillaba: "El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial".

### XI. Principios del derecho comparado apoyando estas interpretaciones

La perspectiva que recomendamos es similar a la del consid. 29 de la Directiva Europea 2019/1023 (37), que tiende a generar un escudo de no agresión, por el tiempo que se fijara, de mantenimiento de la administración y de los bienes, de eliminación de las medidas cautelares que trabajaran por el mantenimiento de la actividad. Ello conlleva evitar la judicialidad, porque entendemos que la mayoría de las situaciones se superarían con las herramientas jurídicas disponibles, y eventualmente para que el sistema procesal y de administración de justicia se prepare, como ahora la "cuarentena" intenta preparar el sistema hospitalario. De alguna manera, esa Directiva menciona este fenómeno,

(37) El consid. 29 de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20/06/2019, expresa: "Para fomentar la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales de reestructuración preventiva deben incluir procedimientos flexibles. Cuando la presente Directiva se aplique mediante más de un procedimiento en un marco de reestructuración, el deudor debe poder acogerse a todos los derechos y garantías previstos por la presente Directiva con el fin de lograr una reestructuración efectiva. Salvo en aquellos casos en que la participación de las autoridades judiciales o administrativas sea obligatoria con arreglo a la presente Directiva, los Estados miembros deben poder limitar la participación de esas autoridades a aquellas situaciones en las que sea necesario y proporcionado, teniendo a la vez en cuenta, entre otras cosas, el objetivo de proteger los derechos e intereses de los deudores y de las partes afectadas, así como el objetivo de reducir los retrasos y los costes de los procedimientos. Cuando los acreedores o los representantes de los trabajadores estén autorizados a iniciar un procedimiento de reestructuración con arreglo a la normativa nacional y el deudor sea una pyme, los Estados miembros deben exigir el consentimiento del deudor como condición previa para iniciarlo, y también deben poder ampliar dicho requisito a los deudores que sean grandes empresas".

cuando expresa: “[3] Los marcos de reestructuración preventiva deben evitar, asimismo, la acumulación de préstamos dudosos. La disponibilidad de marcos eficaces de reestructuración preventiva permitiría tomar medidas antes de que las empresas dejen de poder hacer frente a sus préstamos, lo que contribuye a reducir el riesgo de que los préstamos se conviertan en préstamos no productivos durante las recesiones cíclicas, reduciendo así las repercusiones negativas en el sector financiero. Se podría salvar un porcentaje significativo de empresas y puestos de trabajo si existiesen marcos preventivos en todos aquellos Estados miembros en los que las empresas tienen establecimientos, activos o acreedores. En los marcos de reestructuración deben protegerse los derechos de todos los implicados, incluidos los trabajadores, de manera equilibrada. Al mismo tiempo, las empresas no viables sin perspectivas de supervivencia deben liquidarse lo antes posible. Cuando un deudor en dificultades financieras no es económicamente viable o no puede recuperar fácilmente la viabilidad económica, los esfuerzos de reestructuración pueden provocar la aceleración y la acumulación de las pérdidas en detrimento de los acreedores, los trabajadores y otros interesados, así como de la economía en su conjunto”. La Directiva expresa que “Toda operación de reestructuración, en particular cuando es de gran envergadura y conlleva repercusiones importantes, debe basarse en un diálogo con los interesados. Dicho diálogo debe abordar tanto la elección de las medidas previstas en relación con los objetivos de la operación de reestructuración como las opciones alternativas, y debe existir una adecuada participación de los representantes de los trabajadores tal como se dispone en derecho de la Unión y nacional”. Las Directivas son actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los países de la Unión Europea deben cumplir. Sin embargo, corresponde a cada país elaborar sus propias leyes sobre cómo alcanzar esos objetivos, por lo que los criterios pueden divergir. Nosotros también divergimos en relación con que no es necesario que la reestructuración sea de gran envergadura y/o que conlleve repercusiones importantes. La preservación de la empresa viable, cualquiera sea su dimensión, desde la microempresa hasta la empresa multinacional, requiere del diálogo

y la negociación de buena fe, para superar la situación de quiebra.

En similar sentido, la Exposición de Motivos del real dec.-ley 16/2020, del 28/04/2020, dictado en España y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 29/04/2020, establece a modo de principio y reconocimiento: “La crisis sanitaria del COVID-19 constituye un obstáculo adicional a la viabilidad de las empresas concursadas que puede determinar, bien la imposibilidad de suscribir o cumplir un convenio, abocando a las empresas a la liquidación, o bien una mayor dificultad de enajenar una unidad productiva que pudiera resultar viable”. Pero, amén de ello, también trata de “mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado”. Más adelante, la norma española trata de “evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia”. Reconoce, así, aquellos problemas que estamos vislumbrando a modo de pronóstico, pero todos los remedios van impulsados a la faz judicial, procesal y concursal.

Y diariamente accedemos a cambios en la legislación comparada, pero no sabemos si responden a las necesidades de la comunidad nacional.

## **XII. La crisis económica de la persona humana**

Lo que nos preocupa es que se ha “puesto de relieve la marginalidad y necesidades de grandes grupos de conciudadanos”.

“Centremos nuestros esfuerzos en el encuentro de la justicia global dentro de la planetización económica, que genera la marginalidad y la negación al hombre de hasta derechos de primera generación, en la convicción que el derecho representa una técnica para el desarrollo humano, pues lo importante son los hombres, y si no hay crecimiento si no existe desarrollo social, los logros no pueden medirse solo desde el punto de vista económico si no se visualiza

un resultado en el mejoramiento de las condiciones de vida [...]. Enfrenta esa visión advertir que cada vez más personas quedan marginadas del sistema jurídico: los poderosos que lo ignoran, los pobres que careciendo de todo bien no tienen acceso a través del sistema jurídico a ningún disfrute, y lo más peligroso, los que voluntariamente se marginan del sistema para violarlo —que en número cada vez mayor son individualizables por la inseguridad reinante (tanto en la seguridad física como en la negocial)—” (38).

Debemos enfrentar esa realidad social y recuperar, no solo la solidaridad, sino la buena fe.

Destacamos las ayudas que están prestando las organizaciones sociales y estatales —nacionales, provinciales y municipales—, y también se reclama que aumenten.

La cuestión está indisolublemente ligada — ante nuestra crisis original— a la emisión de moneda y a la posibilidad de inflación, que descartamos en esta circunstancia por la situación del mercado consumidor y la inalterabilidad de tarifas, combustibles, salarios e impuestos. Eventualmente, hay normas que permitirían al Estado actuar enérgicamente, como la vieja Ley de Abastecimiento, de Lealtad Comercial, Antimonopolios y otros controles, particularmente con el actual despliegue tecnológico. No somos ingenuos al advertir que muchas personas físicas y jurídicas están haciendo grandes negocios e intentan violar las restricciones para posesionarse de dólares, como la intervención en ilícitos intermediarios que podrían fácilmente ser sancionados por la norma del art. 19, LGS, que hemos traído a análisis con los penalistas en esta Academia y en los Congresos Iberoamericanos de Academias en los que hemos intervenido.

Esperamos que los poderes públicos sigan prestando ayuda en nuestra República para paliar, aunque sea parcialmente, los efectos de las crisis que se han acumulado. Decíamos que debe combatirse la inflación especulativa, in-

ducida y no real. A su vez, mejorar la recaudación sin aumentar los impuestos. Una línea de trabajo es el dinero electrónico —no de las criptomonedas, que merecen observación— vinculado al uso de instrumentos de pago bancarios o de tarjetas de crédito, quizá resucitando el vigente art. 1° de la ley 25.345, del 19/10/2000, que limita el pago en efectivo a \$ 1.000, si bien sus efectos fiscales han sido limitados por algunos individuales fallos judiciales. Resulta paradójico que, alejándose de esa línea, el gobierno habría decidido emitir billetes de \$ 5.000, en vez de incentivar las modalidades de pago que aseguran la percepción de los tributos y el blanqueo de operaciones económicas. Gran impulsor de desajustes cambiarios es la presión del dinero “negro” circulante.

Pero la gran cuestión es: ¿cómo generar puestos de trabajo que ya se requerían antes de la pandemia societaria?

Habrá que ser creativos. Hemos visto que la confinación social, en el mundo, ha bajado la contaminación, ha aclarado ciertos y aguas, ha acentuado los bosques, y los animales han recuperado territorio, que no les va a durar demasiado...

Y, uniendo aquella cuestión y estos aspectos, pensemos en los efectos ecológicos, en los bosques, en la deforestación y soñemos... ¿Por qué no crear puestos de trabajo para que, a mano y en todo el país, los desocupados en condiciones de trabajar sean contratados para plantar barreras forestales a lo largo de los caminos? Ya se hizo en los años 50, para evitar la erosión y los accidentes por la pérdida de visión ante la tierra levantada por el viento. Y, si sobra mano de obra, hacerlo también en los linderos de todas las propiedades rurales. Plantar y mantener lo plantado puede ocupar millones de puestos de trabajo bajo la mirada eficiente de las municipalidades, comunas y consorcios camineros.

También el IIDC se preocupó por la situación de las personas humanas con empleo, jubilación o pensión afectados por la crisis, recomendando un sistema simple, eficiente y prácticamente sin costo: “2.2. Para personas físicas sin actividad empresarial. Se liberarán automáticamente toda retención de sus ingresos mayor al 20%, aunque se hubieren generado

(38) Decíamos en 1998, en el discurso de clausura del Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, realizado ese año en Córdoba. Más de 20 años, después la situación se ha agravado.

voluntariamente o por decisión judicial, no se podrá afectar la vivienda ni el mobiliario de uso ni los objetos afectados a su arte o profesión. Se suspenderán desalojos por cualquier motivo. Los créditos, con o sin garantía real, de inmuebles o bienes de uso mantendrán el monto de la cuota pagada con anterioridad a la declaración de emergencia sanitaria, como mínimo, no generándose intereses moratorios por demoras de hasta seis meses”.

La situación patrimonial de la persona humana sin emprendimiento debe tener una solución jurídica inmediata y eficiente, mucho más simple que los proyectos en curso. La persona humana titular de un emprendimiento debería poder transferir el patrimonio afectado a ello a una SAS, para facilitarle esa renegociación.

### **XIII. Concluyendo**

Cerramos recordando el salvataje de General Motors hace 10 años en los Estados Unidos de América con una inserción de capital. Destacamos la reciente presentación de la cadena minorista estadounidense en los tribunales de Virginia pidiendo su quiebra, pero acompa-

ñado ya un acuerdo con sus acreedores financieros para traspasarles las acciones, o sea, la propiedad de la sociedad. Es lo que propiciamos y señalaban ya Maffia en 2009 y Schmidt el año pasado en Buenos Aires... También lo que se preanuncia de Lufthansa, solicitando que el gobierno alemán capitalice en un 30% la sociedad.

¿Tendrá nuestro gobierno esa visión de favorecer la renegociación? Y, en su caso, ¿seremos capaces de negociar de buena fe? Cualquier regulación enfrentará problemas imponderables, y quizá las salidas deban ser insólitas, mirando las sociedades del pasado, pero con las herramientas que la cibernética nos está proporcionando.

Por eso transcribimos parte del encabezamiento de las recomendaciones del IIDC: “Es necesario preocuparse de las personas humanas y de los emprendimientos viables, privilegiando las soluciones privadas, la recomposición de buena fe de las relaciones alteradas y evitando que la crisis sea invocada innecesariamente”.

Todo un desafío ante lo impredecible...

# Reuniones societarias a distancia

Horacio Roitman (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Las reuniones a distancia en el derecho argentino.— III. La reglamentación en Registros Públicos del país.— IV. Las reuniones societarias a distancia como medida extraordinaria a nivel mundial. Derecho comparado.— V. El acta y la firma digital.— VI. Conclusiones.— VII. Anexos: resoluciones y disposiciones.

## I. Introducción

La situación sanitaria actual declarada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (en adelante, ASPO) establecido por el Poder Ejecutivo Nacional (DNU nro. 297/2020, BO del 19/03/2020) desde la aparición de los primeros casos de COVID-19 en el país, impuso una realidad donde el uso de la tecnología disponible se presenta como única solución para continuar tareas habituales. Sirven de ejemplos de esta dependencia exacerbada, la multiplicación de ventas por Amazon, la empresa norteamericana que lidera en las filas del comercio electrónico, la proliferación de descargas de *apps* de reuniones virtuales como Zoom y Meet, Classroom y tantas más, desde que se declaró el lockdown o confinamiento, que trae aparejado cierre de emergencia de las actividades e imposibilidad de desplazarse a las personas humanas en diversos estados del mundo (1).

Las relaciones societarias no escapan a la imperiosa necesidad de acudir a los beneficios que aportan los recursos tecnológicos a la humanidad, y la comunicación a distancia cobra así mayor protagonismo.

En el marco señalado, la Comisión Nacional de Valores (CNV) y los Registros Públicos pro-

vinciales han tenido que reglamentar otras formas de deliberar y de adoptar decisiones en el plano gubernativo y administrativo, para que las personas jurídicas bajo su órbita continúen funcionando con cierta normalidad.

Son mecanismos no ignorados en el derecho privado argentino, que cobraron vigencia por imperio de las circunstancias. Constituyen una opción para toda persona jurídica desde su recepción en el art. 158, inc. a, del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Cód. Civ. y Com.). Gozaban de *status* legal pese a no haber sido incluidos de modo específico para cada tipo de los previstos en la Ley General de Sociedades (LGS). Y aunque la aclaración parezca un contrasentido, vale la pena remarcarlo. Es un acierto haber incluido de manera genérica y en un Código de Fondo, formas de discusión y de votación igualmente válidas que las contenidas en las leyes especiales, y dotar al sistema normativo de una mayor capacidad de adaptación a las necesidades concretas y cambiantes de la empresa. El art. 150, Cód. Civ. y Com. que establece el orden de prelación de normas lo tornó aplicable para todas las personas jurídicas.

En definitiva, las reuniones societarias a distancia han llegado para quedarse.

El presente trabajo expone el panorama normativo actual en el país y en el derecho comparado, las condiciones y ventajas de su procedencia, y algunas cuestiones que deban resolverse a futuro.

## II. Las reuniones a distancia en el derecho argentino

La regulación de esta especial forma de deliberar y de votar cuestiones sometidas a conside-

(\*) Con colaboración de María Victoria Marengo y Alejandro A. Vergara

(1) Véase en <https://www.infobae.com/economia/2020/04/21/amazon-la-empresa-que-mas-prospera-en-la-pandemia-vende-10000-dolares-por-segundo-y-se-acerca-al-millon-de-empleados/><https://www.pagina12.com.ar/255235-que-es-zoom-la-aplicacion-mas-buscada-en-cuarentena-para-hac>

ración de los órganos societarios de gobierno y de administración se encuentra diseminada en distintas leyes nacionales y reglamentaciones.

El Código Civil y Comercial la prevé en el art. 158, inc. a, para el caso de ausencia de reglas estatutarias de gobierno, y dispone, como condiciones *sine qua non*: i) el consentimiento previo de "...todos los que deben participar en la asamblea o reunión del órgano de gobierno..."; ii) el uso de un medio que permita a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos; iii) la suscripción del acta por el presidente y otro administrador, que indique la modalidad de comunicación adoptada; y iv) el guardado de las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse. Destacamos que esta posibilidad el art. 158 no la confiere al órgano de administración, ni al de fiscalización.

Esta norma no resulta una novedad para el derecho mercantil argentino por cuanto había sido incluida con una redacción muy similar en el art. 163 del Proyecto de Cód. Civil unificado con el de Comercio de 1998 (2).

En relación con las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, la Ley de Mercado de Capitales nro. 26.831 establece en su art. 61 la posibilidad del órgano de administración y de las asambleas de funcionar con los miembros presentes o comunicados entre sí por otros medios de transmisión simultánea de sonido, imágenes y palabras cuando así lo prevea

---

(2) El proyecto hacía expresa remisión -como fuente de derecho comparado- al Código Civil de Quebec y de Italia. De sus Fundamentos se desprende que: "Se ha tenido en cuenta el Código Civil de Quebec, el italiano, y la experiencia fecunda que en materia de personas jurídicas se desarrolló en nuestro país en torno a las fundaciones, mutuales, asociaciones civiles, cooperativas y sociedades comerciales" (Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, Libro Segundo, Título II, ap. 23°). El art. 344 del reciente Código Civil de Quebec, en el capítulo referido a las sociedades por acciones dispone: "Los administradores pueden, estando todos de acuerdo, participar de una reunión del consejo de administración mediante el auxilio de medios que permitan a todos los participantes comunicarse inmediatamente entre ellos" (Cfr. ZAMENFELD, Víctor, "Reuniones (societarias) a distancia", Revista Electrónica de Derecho Comercial, [www.derecho-comercial.com](http://www.derecho-comercial.com)).

el estatuto social, y que la CNV reglamentará los medios y condiciones necesarios para otorgar seguridad y transparencia al acto.

Por su parte, esta Comisión, en su calidad de autoridad de aplicación de la ley, dictó la res. gral. 830/2020 (BO del 05/04/2020) de reuniones a distancia durante la emergencia sanitaria, que habilita su uso a emisoras cuando no lo contemplen específicamente en sus estatutos (3).

En este contexto, la CNV estimó necesaria la integración de los decretos dictados por el Ejecutivo nacional (DNU N° 297/2020 y DNU N° 325/2020), con el art. 61 de la ley 26.831, entendiendo que ante la imposibilidad jurídica de celebrar reuniones presenciales, deben prevalecer aquellas disposiciones de emergencia por tratarse de normas posteriores y de excepción, y habilitarse, en efecto, la modalidad a distancia en resguardo de las medidas sanitarias, la conservación de las empresas y en tutela del público inversor.

Respecto a las Sociedades de Responsabilidad Limitada (SRL), la LGS admite en el art. 159, 1° párr., otras dos formas de deliberar y de tomar acuerdos, además de la reunión de socios. Estas son, por un lado, la consulta simultánea a través de un medio fehaciente efectuada por la gerencia a los socios y, por otro, la declaración escrita en la que todos los socios expresan el sentido de su voto sea que la forma esté dispuesta en el contrato social o no, y de conformidad con las mayorías establecidas en el art. 160 y demás requisitos de los arts. 161 y 162.

---

(3) Según esta R.G. de la CNV, tanto el órgano de gobierno como el de administración pueden realizar encuentros a distancia o virtuales para adoptar decisiones. El primero, bajo la condición primordial de contar con el quórum exigible para las asambleas extraordinarias y de resolver como primer punto del orden del día su celebración a distancia con la mayoría exigible para la reforma del estatuto social. El segundo, con sujeción a la ratificación de lo actuado en la primera asamblea presencial que se celebre una vez levantadas las medidas de emergencia, como punto expreso del orden del día y contando para ello con el quórum exigible para las asambleas extraordinarias y con las mayorías necesarias para la reforma del estatuto social.

Según Carlino (4) las opciones otorgadas por la LGS a las SRL ponen de manifiesto que la concurrencia física no es relevante, sino la regla de la mayoría, formalidades de comunicación (convocatoria) mediante. Para el autor, la doctrina ha saludado a esta disposición (el art. 159, 1º párr.), como la premonitoria puerta de entrada de las reuniones a distancia, ahora acogidas por el apartado a) del art. 158 del Cód. Civ. y Com.

Sobre el particular, nada han dispuesto —hasta el momento— los Registros Públicos, pese a configurar alternativas que, con ciertos ajustes, viabilizan la discusión y adopción de decisiones societarias en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19.

En lo referido a la Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS), la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor nro. 27.349 (en adelante, LACE) recepta en los arts. 51, 2º párr. y 53, 2º párr., el uso de medios electrónicos tanto por el órgano de administración como en las reuniones de socios; a la vez que incorpora, para estas últimas, la consulta simultánea y la declaración escrita que la Ley de Concursos y Quiebras habilita para el órgano de gobierno de la SRL.

Esta legislación, caracterizada por la promoción del uso de mecanismos digitales para la simplificación de la tramitación y el funcionamiento de la SAS, innova asimismo al conceder a ambos órganos societarios —administración y gobierno— la alternativa de celebrar la reunión en la sede social o fuera de ella (5), y siempre que el medio seleccionado permita a los partici-

(4) CARLINO, Bernardo, “La autoconvocatoria y la asamblea unánime. Reuniones distintas con reglas diferentes”, Publicado en: SJA 21/09/2016, 1. JA 2016-III. Cita La Ley Online: AR/DOC/4587/2016.

(5) Esta alternativa viabiliza la posibilidad de que las reuniones se celebren incluso en el extranjero (Cfr. RAGAZZI, Guillermo E., “La Sociedad por Acciones Simplificada [breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal]”, Publicado en: RDCO 285, 757. Cita La Ley Online: AR/DOC/667/2017). En todos los casos, los socios deben conocer el lugar exacto de la celebración, toda vez que su omisión en la convocatoria efectuada torna a la reunión irregular, y nulas las decisiones adoptadas en ella, aun cuando se contara con quorum y mayorías suficientes (Cfr. RAMÍREZ, Alejandro H. [2019], “SAS. Sociedad por acciones simplificada”, Buenos Aires, Ed. Astrea, p. 245).

pantes la comunicación de manera simultánea entre ellos.

En punto a su tramitación, la Inspección General de Justicia de la Nación (en adelante, IGJ) dictó la res. gral. nro. 6/2020 (6) (dictada el 26/02/2020) que suspendió por el plazo de 180 días el uso del Sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE; aprobado por dec. PEN 561/2016 y sus modificatorias), disponiendo —en su lugar y por dicho lapso— que las inscripciones se realizarán exclusivamente en soporte papel. El fundamento que expone en los *considerandos*: un conflicto positivo de competencia en la materia registral-digital que el Órgano se irroga con exclusividad y cuyo restablecimiento reclama (7). El resultado: la supresión —hasta el momento de carácter temporal(8)— de uno de los principales atractivos

(6) Cabe aclarar que la res. gral. de IGJ que ordenó la suspensión del trámite digital de las SAS es la “Número: RESOG-2020-4-APN-IGJ#MJ”, “Referencia: Resolución General n° 6/2020”, y se advierte que, bajo el mismo número y fecha, ha sido publicada la enmienda del art. 3º de la res. gral. de IGJ n° 2/2020 (<https://www.argentina.gob.ar/justicia/igj/institucional/marco-normativo/resoluciones-ordenadas-por-numero>).

(7) La IGJ de la Nación entiende haber sido desplazada de la función de registro digital de todo acto sujeto a inscripción que emane de las SAS, por la Secretaría de Modernización Administrativa del Ministerio de Modernización (hoy a cargo de la Secretaría de Innovación Administrativa) en su calidad de actual administradora del sistema GDE. En su mérito y a los fines del restablecimiento de esta competencia —que demanda entre los considerandos de la res. gral. IGJ 6/2020— dispuso la suspensión por 180 días de la modalidad electrónica y la continuación de la tramitación en formato papel. Sobre los motivos de la medida de suspensión en palabras del actual Inspector General de Justicia, Ricardo A. Nissen, véase <https://www.lanacion.com.ar/economia/el-gobierno-suspendera-inscripcion-digital-sociedades-express-nid2338180>. Consultado en mayo de 2020.

(8) Con fecha 11/03/2020 se presentó por mesa general de entradas del Senado de la Nación, bajo el N° de expte. 350/20, el proyecto de ley que dispone suspender por 180 días la constitución e inscripción de Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) regulado en el Título III de la ley 27.349 (LACE) y el traspaso inmediato del registro digital de SAS administrada por el sistema GDE al libro o libros de registro que disponga la autoridad de control, sea la IGJ de la Nación o los Registros Públicos del interior del país bajo su administración control y mantenimiento exclusivo. Entre los fundamentos destaca la síntesis efectuada por sus proyectistas, quienes solicitan,

de la figura SAS, esto es, la sencillez de su trámite y funcionamiento (9). A nuestro entender, un yerro administrativo frente a la actual imposibilidad física y jurídica de materialización de actos y documentos de creación y funcionamiento de las SAS.

### III. La reglamentación en Registros Públicos del país

Al señalar las nuevas reglas dispuestas por la CNV, el confinamiento por la pandemia del COVID-19 obligó a flexibilizar las condiciones de celebración de las reuniones societarias, autorizándolas por medios de comunicación simultánea incluso cuando la modalidad no estuviere prevista expresamente en los estatutos sociales.

En el contexto indicado y en la misma línea que la solución adoptada para las sociedades abiertas, la Inspección General de Justicia de la Nación (en adelante, IGJ) y algunos Registros Públicos provinciales resolvieron la aplicación de nuevas reglas en orden a la admisión de la deliberación y votación societaria de manera remota.

Dos son las Resoluciones Generales de la IGJ, que deben catalogarse como reglas de aplicación pre y post declaración del Ejecutivo nacional del ASPO y confinamiento por COVID-19: la res. gral. IGJ 7/2015 (BO del 31/07/2015) y la res. gral. IGJ 11/2020 (BO del 27/03/2020).

La resolución más reciente ha venido a modificar el art. 84 de la res. gral. IGJ nro. 7/2015. Según la regulación anterior, solo las decisiones del órgano de administración podían reali-

sin pretender “omitir la agilización del trámite a través de medios digitales para hacer todo más eficiente”, se disponga “(...) llevar el legajo y su respectivo expediente administrativo en formato papel cumpliendo así lo ordenado por el artículo 9º de la Ley General de Sociedades. Brindando de esta forma, la seguridad jurídica buscada por los emprendedores al optar por este tipo societario”. La contradicción es evidente, y el futuro del trámite, una incertidumbre a la fecha.

(9) Para mayor profundidad sobre el tema véase <https://abogados.com.ar/la-resolucion-general-igj-n-920-un-golpe-lethal-a-la-sociedad-por-acciones-simplificada/25523>.

zarse de manera no presencial, siempre que el *quorum* se configurase: (i) con la presencia física en el lugar de celebración de los integrantes necesarios para ello; y (ii) que el estatuto previese expresamente esta posibilidad.

Con la nueva redacción se autorizan las reuniones tanto del *órgano de administración* como de gobierno a distancia, esto es, por medios que permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos (10). Bajo las nuevas disposiciones, el requisito de *quorum* con “presencia física” suficiente en el lugar de celebración de la reunión ya no es esencial para su validez.

Además, la res. gral. 11/2020 en su art. 3º admitió esta modalidad aun en “los supuestos en que el estatuto social no la hubiera previsto”. Pero esta dispensa es de carácter transitoria, ya que determina que durará por el tiempo en que por disposición del Poder Ejecutivo de la Nación (en adelante, PEN), se prohíba, limite o restrinja la libre circulación de las personas en general como consecuencia del estado de emergencia sanitaria declarada por el DNU nro. 297/2020 y sus eventuales prórrogas. Transcurrido este periodo, únicamente se aceptará la celebración de reuniones a distancia mediante medios o plataformas informáticas o digitales, cuando los estatutos sociales expresamente lo prevean en los términos de los arts. 84 o 360 de la res. gral. 7/2015.

(10) Según el nuevo art. 84 de la res. gral. IGJ 7/2015 (modificado por el art. 1º de la res. gral. IGJ 11/2020), la regulación estatutaria deberá garantizar: 1. la libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones; 2. la posibilidad de participar de la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video; 3. la participación con voz y voto de todos los miembros y del órgano de fiscalización, en su caso; 4. que la reunión celebrada de este modo sea grabada en soporte digital; 5. que el representante conserve una copia en soporte digital de la reunión por el término de 5 años, la que debe estar a disposición de cualquier socio que la solicite; 6. que la reunión celebrada sea transcripta en el correspondiente libro social, dejándose expresa constancia de las personas que participaron y estar suscriptas por el representante social. 7. Que en la convocatoria y en su comunicación por la vía legal y estatutaria correspondiente, se informe de manera clara y sencilla cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación.

A nivel provincial, los Registros Públicos de Santa Fe, Misiones, Río Negro, Córdoba, Mendoza, Catamarca, La Pampa, Tucumán, Salta, Chubut y Corrientes han reglamentado las reuniones societarias a distancia **(11)**.

Los ejes comunes en las reglamentaciones provinciales examinadas versan sobre: (i) el carácter permanente o transitorio de sus disposiciones; (ii) el requisito de previa inclusión estatutaria o su dispensa expresa por reglamentación administrativa; (iii) los órganos societarios autorizados; y (iv) el medio de comunicación seleccionado.

Excepto la provincia de Santa Fe, cuya resolución data de diciembre de 2019, las demás han sido dictadas con posterioridad al Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 (BO del 20/03/2020) y con fundamento en un hecho excepcional: la imposibilidad de celebrar reuniones físicamente presenciales derivada del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” declarado por el Ejecutivo Nacional.

La Resolución General de la Inspección General de las Personas Jurídicas (IGPJ) nro. 7/19 (BO del 18/12/2019) **(12)** de Santa Fe rige la materia con carácter permanente y resuelve la de un modo simple: admitirá dicho procedimiento, aunque no estuviere contemplado en el estatuto, si hubiere consentimiento expreso de todos los participantes en relación con su uso (punto 4).

Otra reglamentación con carácter permanente es la Res. Gral. nro. 25/2020 (BO del 06/04/2020) de la Inspección de Personas Jurídicas de Córdoba **(13)**. La técnica utilizada para

reglamentar así lo determina: (i) define la asamblea o reunión a distancia; (ii) enumera sus requisitos de validez; (iii) dispone para el caso de ausencia; (iv) deficiencias o vacíos en el estatuto societario la aplicación subsidiaria de lo establecido en ella; y (iv) no sujeta la vigencia de sus reglas al cese del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” declarado por el PEN. De la interpretación armónica de sus arts. 3º y 4º, la modalidad podrá preverse en los estatutos de acuerdo con estas nuevas reglas, e incluso ser utilizada sin readecuación estatutaria previa, siempre que se garantice observar la res. gral. IPJ 25/2020. Del mismo modo, ha reglamentado la Inspección General de Personas Jurídicas de la provincia de Corrientes **(14)**.

Los demás Registros Públicos [Misiones **(15)**, Río Negro **(16)**, Mendoza **(17)**, Catamarca **(18)**, La Pampa **(19)**, Tucumán **(20)**, Salta **(21)** y Chubut **(22)**] admiten la reunión societaria a distancia con carácter excepcional y transitorio. Autorizan su celebración aún en los casos de ausencia de previsión estatutaria de la modalidad y mientras se encuentre vigente el DNU PEN nro. 297 y sus respectivas prórrogas. Algunos lo hacen con ciertos matices. La reglamentación de La Pampa admite la dispensa estatutaria únicamente a los efectos de realizar las reuniones o asambleas para la toma de decisiones trascendentales e impostergables para el cumplimiento de sus objetos sociales y el resguardo de sus patrimonios (art. 1º, Disp. 4/2020). Y la de Tucumán, dispone que las entidades que no hubieran previsto estatutariamente las reuniones a distancia de conformidad con el art. 158, Cód. Civ. y Com., podrán redactar su propio reglamento interno o protocolo que disponga los mecanismos y formalidades excepcionales para

(11) Res. gral. IGPJ de Santa Fe 7/19 (BO 18/12/19); disps. 63/2020 y 64/2020 DPJ Misiones (BO 03/04/2020); res. IGPJ Río Negro 115/2020 (BO 06/04/2020); res. gral. IPJ Córdoba 25/2020 (BO 06/04/2020); res. DPJ Mendoza 743 (BO 29/04/2020); res. IGPJ Catamarca 02/2020 (BO 07/05/2020); disp. 4/2020 DGSPJyRPC, La Pampa (BO 08/05/2020); res. 64/2020 y 65/2020 DPJ Tucumán (BO 08/05/2020); res. 334/2020 IGPJ Salta (BO 12/05/2020); res. 31/2020 IGJ Chubut (BO 13/05/2020).

(12) Consultar: *Anexos: resoluciones y disposiciones*, p. 89.

(13) *Ibidem*.

(14) *Ibidem*.

(15) *Ibidem*.

(16) *Ibidem*.

(17) *Ibidem*.

(18) *Ibidem*.

(19) *Ibidem*.

(20) *Ibidem*.

(21) *Ibidem*.

(22) *Ibidem*.

realizarlas, y emplearlas hasta el día que finalice la cuarentena y se levante en forma definitiva el aislamiento social obligatorio (art. 4º, res. 65/2020).

En cuanto a los órganos autorizados, algunas reglamentaciones provinciales refieren a la “Asamblea” o “Reunión” (Catamarca y La Pampa), mientras que otras especifican “órgano de gobierno” y “órgano de administración” (Santa Fe, Misiones, Río Negro, Mendoza y Salta) e incluso algunas otras habilitan también las reuniones a distancia al “órgano de fiscalización” (Córdoba, Tucumán, Chubut y Corrientes), de las personas jurídicas bajo la órbita de control de cada Registro.

En relación con el medio de comunicación, todas las reglamentaciones provinciales exigen el empleo de aquellos que posibiliten la comunicación simultánea entre los participantes. Se debe garantizar el acceso a todos los que tienen derecho a participar. La mayoría de ellas se han inclinado por las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, TIC) con algunas variantes en su denominación reglamentaria; a la vez que requieren la comunicación simultánea por audio y video entre los participantes. Solo la res. gral. IG PJ nro. 7/2020 de Santa Fe autoriza “cualquier medio que permita la participación simultánea de todos los participantes”, sin mayor recaudo que el soporte garantice lo acontecido en el acto colegial (punto 4).

De los términos de estas resoluciones, la modalidad de deliberación y votación a distancia mayormente receptada a nivel provincias es la reunión virtual. Sus elementos caracterizantes son: (i) el uso de plataformas digitales de comunicación para su celebración; (ii) el cómputo del *quorum* con la presencia virtual o “en pantalla” de los participantes según el modo de identificación y acceso determinado en la comunicación de la convocatoria; y (iii) un proceso de deliberación y voto que permite a todos los participantes intercambiar ideas y manifestar sus decisiones en tiempo real por audio y video.

De modo que la presencia física del participante sigue siendo esencial, aunque la reunión se celebre a distancia o por medios de comunicación remotos. Quien participa en ella debe

poder ser identificado a través de la pantalla y, además, ver, oír y hablar como si estuviera en la sede social o en el domicilio fijado para la celebración de la reunión.

Deliberadamente o no, gran parte de los Registros Públicos han excluido la posibilidad de utilizar otros medios de comunicación a distancia como la conferencia telefónica; y de hacer extensibles a las sociedades anónimas, las formas escritas de manifestar decisiones habilitadas por el ordenamiento para la SRL y SAS.

La razón de conservar el *statu quo* en materia de reuniones societarias se va desdibujando frente a la realidad que el COVID-19 ha impuesto. Luce ajustado a los tiempos que corren que la reglamentación ponga el énfasis en la transparencia de la decisión. Es decir, que posibilite la toma de resoluciones, cualquiera sea el medio de comunicación utilizado, siempre que exista acuerdo para implementarlo y que la voluntad pueda conocerse de manera clara y precisa. Va de suyo observar los requisitos legales específicos para cada tipo societario relativos al *quorum* y las mayorías.

Bajo este nuevo paradigma comunicacional que comienza a instalarse intrasocietariamente, es factible combinar los mecanismos y recursos tradicionales con las nuevas tecnologías disponibles, o bien, reemplazar a aquellos por estas últimas, desde la convocatoria misma de la reunión hasta la transcripción de la decisión en el acta respectiva (23).

(23) CIENTOFANTE y CARRICAJO observan que, producto de la pandemia del COVID-19 y la cuarentena obligatoria, la legislación argentina en general —y en especial el derecho societario— ha hecho un avance significativo en cuestiones de digitalización del funcionamiento de las personas jurídicas privadas. Pero también entienden necesaria la creación de una plataforma digital desde los diferentes Registros de Personas Jurídicas, con la colaboración de los Colegios de Escribanos de cada jurisdicción, que se ofrezca a las sociedades comerciales, a las asociaciones civiles y demás personas jurídicas, donde poder desarrollar reuniones de asamblea o gobierno a distancia, con las medidas de seguridad y transparencia necesarias y garantizando el pleno ejercicio de los derechos políticos (Cfr. CIENTOFANTE, Fernanda, CARRICAJO, Manuel J., “Asambleas a distancia en tiempos de cuarentena”. Publicado en: LA LEY 20/04/2020, 1. Cita La Ley Online: AR/DOC/1089/2020).

Finalmente, para que estas reuniones puedan celebrarse se deben observar los requisitos de convocatoria exigidos por la ley o el contrato. Las reuniones de los órganos de administración deben acreditar la comunicación fehaciente a sus integrantes, las asambleas deberán ser citadas por edictos o por los medios de comunicación que autorice la ley o el estatuto. Igual acontece con órganos de contralor.

Pero no se puede dejar de tener en cuenta que las disposiciones reglamentarias a consecuencia de la “emergencia” y el “aislamiento obligatorio”, implican haber reglamentado más allá del límite que otorga el art. 158, Cód. Civ. y Com. (en cuanto a órganos de gobierno se refiere, es decir asambleas) y frente a una impugnación será la decisión judicial la que acepte o rechace el valor de estas disposiciones en función de conjugar la realidad, la emergencia, la imposibilidad de asistir personalmente, la fuerza mayor, y la eficacia del acto frente al cuestionamiento de aquel que no hubiere participado (a quien se le asigna el derecho de impugnar como si hubiera votado en contra). En cuanto al orden de prelación de normas (art. 150, Cód. Civ. y Com.) se ha sostenido que el art. 158 Cód. Civ. y Com. no es aplicable a las sociedades (24); sin embargo, a nuestro criterio constituye ley supletoria.

Hay otra limitación para tener en cuenta, que es el art. 233, LGS, que establece que las asambleas deben celebrarse en la sede social o en la jurisdicción. La sede virtual no estaría cumpliendo con esta exigencia si es que se sostiene —en contra de las consideraciones de los organismos de contralor para dictar estas resoluciones— que el art. 158 no modificó lo requerido en el art. 233, LGS (sede y jurisdicción). Entendemos que el Código Civil y Comercial modificó esta norma en caso de reuniones a distancia.

#### **IV. Las reuniones societarias a distancia como medida extraordinaria a nivel mundial. Derecho comparado**

La remisión a las fuentes de derecho comparado es frecuente cuando se trata de explicar un

(24) PAGANI, Florencia: Reuniones del órgano de gobierno a distancia. Su aplicación al régimen de las sociedades anónimas, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza, 2016).

fenómeno jurídico que surge o cuya implantación se intenta en el derecho local. Ocurre que la pandemia por COVID-19 encontró a los ordenamientos con los que el derecho argentino suele estar emparentado, casi desprovistos de soluciones legales para paliar la crisis.

Las primeras medidas tendientes a neutralizar los efectos negativos de la parálisis socioeconómica han emanado de los órganos dependientes de los poderes ejecutivos.

La regulación de las reuniones societarias a distancia ha integrado el catálogo de medidas administrativas necesarias y urgentes. El tema está siendo escrito aguda y coetáneamente a nivel nacional e internacional.

##### *IV.1. España*

La Jefatura de Estado del país advirtió que en las próximas semanas muchas empresas se van a enfrentar a importantes tensiones de liquidez derivadas de una caída de sus ventas, procedentes tanto de una menor demanda como de la interrupción de la producción, por ejemplo, por falta de suministros o por rescisión de determinados contratos. Y que se hace por tanto indispensable adoptar determinadas medidas para reforzar la liquidez del tejido productivo y evitar la salida del mercado de empresas solventes afectadas negativamente por esta situación transitoria y excepcional (25).

Entre ellas, se dictaron medidas extraordinarias aplicables a las personas jurídicas de derecho privado (asociaciones, las sociedades civiles y mercantiles, consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones) (26) y al funcionamiento de los órganos de gobierno de las Sociedades Anónimas Cotizadas (27).

(25) Disposiciones Generales, Punto I, Real Decreto-ley 8/2020 (BOE: 18/03/2020) de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

(26) Art. 40, Real dec.-ley 11/2020 (BOE: 01/04/2020) por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

(27) Art. 41, Real dec.-ley 11/2020 (BOE: 01/04/2020) por el que se adoptan medidas urgentes complementarias

Se trata de disposiciones que registrarán mientras dure el estado de alarma por COVID-19, y versan, principalmente, sobre las sesiones y los acuerdos de los órganos de gobierno y de administración bajo la modalidad a distancia.

La regulación de la materia es escasa. Solo la Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido aprobado por RDL 1/2010) establece reglas de este tipo en las sociedades anónimas (arts. 182, 189 y 521) bajo la condición de previa inclusión en los estatutos. Las demás entidades gozan, a falta de regulación legal, de gran libertad estatutaria para determinar sus propias reglas de actuación.

En efecto, el Real dec.-ley 8/2020 (BOE: 18/03/2020) y su complementario el Real Decreto-ley 11/2020 (BOE: 01/04/2020) dictados con motivo de la emergencia, habilitan la celebración de sesiones y la adopción de acuerdos de manera remota aún en el supuesto que no estuviere contemplado en los estatutos, bajo los alcances que se detallan a continuación: (i) las sesiones de los órganos de gobierno y de administración podrán celebrarse por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, siempre que todos los miembros del órgano dispongan de los medios necesarios, y el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico de cada uno de los concurrentes. (ii) las juntas o asambleas de asociados o de socios podrán celebrarse por video o por conferencia telefónica múltiple siempre que todas las personas que tuvieran derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario del órgano reconozca su identidad, y así lo exprese en el acta, que remitirá de inmediato a las direcciones de correo electrónico. (iii) Los acuerdos de los órganos de gobierno y de administración podrán adoptarse mediante votación por escrito y sin sesión, siempre que lo decida el presidente, y deberán adoptarse así cuando lo soliciten, al menos, dos de los miembros del órgano. (iv) El consejo de administración podrá prever en la convocatoria de la junta general la asistencia por medios telemáticos y el voto a distancia en los términos previstos en los

rias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

arts. 182, 189 y 521 de la Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio). Esta medida se aplicará, excepcionalmente, durante el año 2020. (v) Serán válidos los acuerdos del consejo de administración y los acuerdos de la Comisión de Auditoría (ambos órganos de las Sociedades Anónimas Cotizadas) cuando sean adoptados por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, siempre que todos los consejeros dispongan de los medios necesarios para ello, y el Secretario reconozca su identidad, lo cual deberá expresarse en el acta y en la certificación de los acuerdos que se expida. Esta medida se aplicará, excepcionalmente, durante el año 2020. (vi) En todos los casos, las reuniones se entenderán celebradas en el domicilio social.

#### IV.2. Francia

Bajo la frase “[e]n circunstancias excepcionales, medidas excepcionales” (28), los Profesores

(28) COURET, Alain - DAIGRE, Jean-Jacques - BARRILLON, Clément, “Les assemblées et les conseils dans la crise. Les mesures provisoires d'exception adoptées par ordonnance”, Recueil Dalloz, 2020, p.723, párr. 1. A propósito de ello, los académicos describen una realidad con interrogantes por resolver: “(...) generalmente, son los estatutos los que deben adaptarse a las nuevas leyes; aquí, es la nueva ley la que procede a la adaptación de los estatutos, incluso si es solo temporal. Y esto es indicativo de una deficiencia relativamente generalizada: muchos estatutos, hasta ahora, no han aprovechado la oportunidad para mantener reuniones a distancia. La crisis que estamos experimentando indudablemente llevará a sus editores a preguntarse qué podría convertirse en una nueva cláusula de estilo. Por su parte, el legislador también puede preguntar si no debería, en el futuro, generalizar estos métodos de consulta a todos los grupos. Finalmente estamos tocando aquí un aspecto positivo de tal situación: definida como la ruptura del equilibrio propio de un sistema, una crisis tiene la particularidad de revelar sus límites”. Ibidem, párr. 5. “5. Les circonstances exceptionnelles qui ont présidé à l'adoption de l'ordonnance donnent aussi naissance à une autre singularité: habituellement, ce sont les statuts qui doivent s'adapter aux lois nouvelles; ici, c'est la loi nouvelle qui procède à l'adaptation des statuts, même si cela n'est que temporaire. Et cela est révélateur d'une carence relativement généralisée: de nombreux statuts n'ont, jusqu'à présent, pas saisi l'opportunité de prévoir la tenue des assemblées à distance. La crise que nous connaissons conduira sans doute leurs rédacteurs à s'interroger sur ce qui pourrait devenir une nouvelle clause de style. De son côté, le législateur pourra aussi se demander s'il ne faudrait pas, à l'avenir, généraliser ces modes de consul-

Couret, Daigre, Barrillon resumen las medidas provisionales de emergencia adoptadas por Ordenanza nro. 2020-321 (dictada el 25/03/2020).

Esta resolución permite temporalmente reuniones cerradas, facilita el uso de consultas escritas, generaliza el uso de llamadas de conferencia y conferencias audiovisuales a todos los grupos, elimina la condición de que una cláusula en los estatutos (o regulaciones internas) los autorice y, finalmente, permite el uso de estas técnicas, incluso para la aprobación de cuentas (29).

Desde el punto de vista material, el alcance de la orden está ampliamente definido: concierne a todas las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica en virtud del derecho privado, y a todo tipo de asambleas. En su aspecto temporal, las reglas constituyen un derecho de excepción. Por lo tanto, su aplicación se define estrechamente en el tiempo: se especifica que es aplicable a las asambleas y las reuniones de los órganos colegiados de administración, supervisión y gestión celebradas desde el 12 de marzo de 2020 hasta el 31 de julio de 2020, prorrogable por decreto y a más tardar el 30 de noviembre de 2020. Y en cuanto a los medios técnicos seleccionados, la ordenanza facilita el recurso a llamadas de conferencia o audiovisuales y a la consulta escrita de las asambleas, consejos y órganos de gestión colegial (30).

El Título II, dedicado a las Asambleas, contiene otra precisión no menos relevante en relación con el carácter de estas medidas: incluye dos capítulos que la misma Ordenanza denomina de “adaptación de reglas” tanto de convocatoria y de información, como de participación y deliberación societaria. Son entonces ajustes temporales a mecanismos disponibles en la legislación comercial desde antes de la declaración de emergencia por COVID-19, que el Ejecutivo francés consideró necesarios para los interesados en continuar operando.

tation à tous les groupements. On touche finalement ici un aspect positif d'une telle situation: définie comme la rupture de l'équilibre propre à un système, une crise a ceci de particulier qu'elle en révèle les limites”.

(29) *Ibidem*, párr. 2.

(30) *Ibidem*, párr. 7°, 8°, 10, 11 y 13.

Entre las medidas del Título II cabe remarcar: (i) La posibilidad de celebrar reuniones a puerta cerrada (31) (art. 4°), es decir, sin ninguna participación (física o por teléfono/conferencia audiovisual) de las personas interesadas, con la condición de que el lugar donde se celebre la asamblea se vea afectado por una medida administrativa que limite o prohíba las reuniones colectivas por razones de salud. En este caso, los miembros participan y/o votan en la asamblea de acuerdo con otras modalidades previstas por los textos que la rigen (por ejemplo, el envío de un poder o la votación remota) o, y solo si el órgano competente para convocar la reunión así lo decide (32), por videoconferencia u otro medio de telecomunicación, previa información del lugar y fecha de la reunión como de las condiciones bajo las cuales las personas interesadas pueden ejercer todos sus derechos (33). (ii) La flexibilización del derecho de apelar a la

(31) Algunos coinciden al señalar que la implementación de esta modalidad tendrá por efecto reducir las prerrogativas y hasta privar de ellas a los interesados en hacer preguntas orales, o solicitar la modificación o adición de resoluciones durante las reuniones (Cfr. INFO FLASH COVID-19 N° 8: “Les solutions proposées par le Gouvernement pour permettre la réunion des Assemblées et organes de direction des sociétés et autres entités de droit privé en période d'épidémie”, publicado en <https://www.lecspartners.com/covid-19/flash-info-covid-19-n8>, consultado en mayo de 2020; y DONDERO, Bruno “La réunion des assemblées générales et des organes de direction en période d'urgence sanitaire”, publicado en [https://www.leclubdesjuristes.com/la-reunion-des-assemblees-generales-et-des-organes-de-direction-en-periode-durgence-sanitaire/?utm\\_source=sendinblue&utm\\_campaign=Blog\\_du\\_coronavirus\\_Newsletter\\_du\\_30\\_mars&utm\\_medium=email](https://www.leclubdesjuristes.com/la-reunion-des-assemblees-generales-et-des-organes-de-direction-en-periode-durgence-sanitaire/?utm_source=sendinblue&utm_campaign=Blog_du_coronavirus_Newsletter_du_30_mars&utm_medium=email).

(32) COURET, DAIGRE y BARRILLON advierten que el nuevo texto otorga el control o la decisión de esa convocatoria únicamente a los gerentes, que hasta ahora era la única voluntad de los socios expresada en los estatutos; y que algunos lamentarán lo que ellos consideran una reversión temporal del principio de jerarquía de los órganos sociales conocidos por las sociedades anónimas, que en realidad -aclaran- es un principio de separación de los órganos sociales, cada uno de los cuales es soberano en su esfera (Cfr. COURET, Alain - DAIGRE, Jean-Jacques - BARRILLON, Clément, “Les assemblées et les conseils dans la crise. Les mesures provisoires d'exception adoptées par ordonnance”, Recueil Dalloz, 2020, p.723, párr. 4).

(33) Cfr. INFO FLASH COVID-19 N° 8: “Les solutions proposées par le Gouvernement pour permettre la réunion des Assemblées et organes de direction des sociétés et autres entités de droit privé en période d'épidémie”,

consulta escrita de los miembros de la asamblea (art. 6°): Cuando la ley establece que las decisiones de las asambleas pueden tomarse por consulta escrita de sus miembros, el organismo competente para convocar a la asamblea o su delegado puede decidir recurrir a esta facultad sin que sea necesaria una cláusula de los estatutos (34).

#### IV.3. Italia

Dentro de las “Medidas adicionales para hacer frente a la emergencia resultante de la propagación del COVID-19” (Título V “Disposiciones adicionales”, Capítulo I, art. 106), el dec.-Ley nro. 18 (BO del 17/03/2020; convertido con modificaciones en ley nro. 27, BO del 24/04/2020) prescribe reglas en materia de reuniones de empresa que acarrear la derogación de toda otra disposición legal (35) o estatutaria anterior que rija de manera diferente el mismo asunto (36).

En particular, esta legislación: (i) se refiere tanto a las juntas de accionistas ordinarias como a las extraordinarias; (ii) concierne, sin distinción (y, por lo tanto, con respecto a las compañías de acciones, independientemente de la cotización de sus acciones), a todas las sociedades anónimas, sociedades limitadas, compañías de responsabilidad limitada, y empresas cooperativas y mutuales de seguros; (iii) las empresas que “activan los preceptos contenidos en ella” deben hacerlo mediante una disposición específica contenida en el aviso de convocatoria de las juntas de accionistas antes mencionadas; (iv) las compañías en cuestión pueden (individual o acumulativamente) autorizar: La

publicado en <https://www.lecspartners.com/covid-19/flash-info-covid-19-n8> consultado en mayo de 2020.

(34) Ibidem.

(35) El Código Civil Italiano, en su art. 2370 dispone: “Lo statuto può consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica. Chi esprime il voto per corrispondenza o in via elettronica si considera intervenuto all'assemblea”.

(36) Art. 106, 7: “Le disposizioni del presente articolo si applicano alle assemblee convocate entro il 31 luglio 2020 ovvero entro la data, se successiva, fino alla quale e' in vigore lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza della epidemia da COVID-19”.

expresión del voto electrónicamente; la expresión del voto por correspondencia; asistir a la reunión por medios de telecomunicaciones; la reunión en conferencia de audio y video completa, exclusivamente, por medios de telecomunicaciones que garanticen la identificación de los participantes, su participación y el ejercicio del derecho de voto (37).

#### IV.4. Grecia

Según el derecho corporativo griego (derecho común), ni el Órgano de Dirección y Administración ni la Junta General de Accionistas de una *Corporation* pueden convocar por teleconferencia. Solo el Órgano de Dirección y Administración puede hacerlo, siempre que todos los miembros estén de acuerdo.

Debido a la pandemia, se permite convocar reuniones de Administración por teleconferencia hasta el 30/06/2020 de conformidad al art. 33, párr. 3° de la Ley de Emergencia del Gabinete de 20/3/2020, que ha sido ratificada por la ley 4683/2020.

Del mismo modo, las juntas de accionistas pueden celebrarse por teleconferencia hasta el 30/06/2020 en virtud del art. 33, par. 2 de la misma ley.

#### IV.5. Chile

Por Norma de Carácter General nro. 273 del 13/01/2010, la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) autoriza a todas las Sociedades Anónimas Abiertas, distintos sistemas de votación en las Juntas de Accionistas: el sistema de papeleta y de votación mediante dispositivo electrónico (ambos físicamente presenciales), otros sistemas de votación bajo el requisito de preaprobación por el Servicio mediante una solicitud formulada por la sociedad que contenga la descripción del procedimiento a utilizar (Sección I), y el sistema de votación a distancia (Sección III).

Con fecha 18/03/2020, la SVS dictó la Norma de Carácter General nro. 435 que establece para las Juntas de Accionistas de las sociedades anónimas

(37) BUSANI, Ángel, “Assemblee e Cda in audio-video conferenza durante e dopo COVID-19”, *Le Società* 4/2020, Ipsa, Milán.

nimas abiertas y las sociedades anónimas especiales sujetas a autorización de existencia de esta Comisión, y para las juntas de tenedores de bonos y las asambleas de aportantes de fondos fiscalizados por ella, la posibilidad de usar medios tecnológicos que permitan la participación de accionistas, tenedores de bonos o aportantes que no se encuentran físicamente presentes en su lugar de celebración, junto con mecanismos de votación a distancia. A estos efectos, deroga la Sección III de la Norma de Carácter General nro. 273.

Sobre las sesiones del directorio, la Circular nro. 1530 del 09/03/2001 de la SVS autoriza la participación por medios electrónicos sin la presencia física siempre que la reunión se celebre en el domicilio social con la asistencia de alguno de sus miembros por medios remotos (no todos), que se utilicen los medios tecnológicos autorizados, esto es, la conferencia telefónica o videoconferencia, que les permita la comunicación simultánea y permanente entre ellos, y que el directorio lo apruebe previamente. También habilita otros medios tecnológicos que la sociedad disponga, bajo el requisito de previa información a la SVS.

#### IV.6. Uruguay

Con fecha 13/04/2020, el Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República O. del Uruguay (UDELAR, Montevideo) elevó al Presidente de la República una propuesta de modificación de algunos aspectos de la legislación comercial vigente que permita solucionar algunos de los problemas que la actual crisis plantea.

En relación con el funcionamiento de los órganos de las sociedades comerciales y de otras formas asociativas privadas se propuso que, mientras dure el estado de emergencia nacional sanitaria, las reuniones de los órganos colectivos puedan ser realizadas por videoconferencia, o que las adhesiones a una determinada decisión sean obtenidas por escrito, sin necesidad de una reunión presencial en la cual se recabe el consentimiento.

Esta solución fue recientemente adoptada por la ley 19.820 del 18/09/19 (arts. 23 y 24) al regu-

lar el funcionamiento de las sociedades por acciones simplificadas (SAS).

#### IV.7. Delaware (EE.UU.)

De los Estados Unidos de Norteamérica, Delaware es el más elegido por los *startups* de la costa oeste para dar forma a sus negocios, y es el preferido de grandes corporaciones. Su Ley General de Corporaciones (*Delaware General Corporation Law*) ofrece soluciones legales que parecen ser las más acordes a las necesidades de las empresas radicadas en el Silicon Valley, la incubadora por excelencia de las compañías globales de tecnología. La diferencia en términos geográficos entre el lugar de establecimiento y la jurisdicción de inscripción (o estado de incorporación) no reviste obstáculo constitutivo alguno, y Delaware se convierte así en una especie de *forum shopping* para las Corps y otras formas asociativas como las registradas bajo el nombre de Facebook Inc. (38) o Uber Technologies, Inc. (39). De modo que no resulta extraño encontrar en aquella legislación reglas que permiten reuniones societarias que se valen, para su celebración, de la mano hábil del sector informático: los medios de comunicación remota.

Dos son las disposiciones para tener en cuenta dentro del Título 8 dedicado a las Corporaciones, Capítulo 1, de la Ley General de Sociedades de Delaware.

Dentro del Subcapítulo IV de los Directores y Oficiales, el punto 141 prevé, a menos que el certificado de incorporación o los estatutos lo restrinjan: (i) la posibilidad de tomar decisiones sin una reunión de la junta directiva/comité si todos sus miembros lo consienten por escri-

(38) Véase "State of Inc.: DE" en <https://www.sec.gov/cgi-bin/browse-edgar?CIK=FB&Find=Search&owner=exclude&action=getcompany>.

(39) "(f) Unless otherwise restricted by the certificate of incorporation or bylaws, any action required or permitted to be taken at any meeting of the board of directors or of any committee thereof may be taken without a meeting if all members of the board or committee, as the case maybe, consent thereto in writing, or by electronic transmission".

to o por transmisión electrónica**(40)**; (ii) la posibilidad de celebrar sus reuniones y tener una oficina u oficinas fuera del estado de Delaware; (iii) la posibilidad de participar en una reunión de la junta directiva o comité por medio de una conferencia telefónica u otro equipo de comunicaciones por medio del cual todas las personas que participen en la reunión puedan escucharse entre sí. Esta participación constituirá presencia en persona en la reunión **(41)**

Y dentro del Subcapítulo VII de las Reuniones, elecciones, votación y aviso, el punto 211 (a) de las Reuniones de Accionistas **(42)** prevé: (i) la

(40) “(f) Unless otherwise restricted by the certificate of incorporation or bylaws, any action required or permitted to be taken at any meeting of the board of directors or of any committee thereof may be taken without a meeting if all members of the board or committee, as the case maybe, consent thereto in writing, or by electronic transmission”.

(41) “(i) Unless otherwise restricted by the certificate of incorporation or bylaws, members of the board of directors of any corporation, or any committee designated by the board, may participate in a meeting of such board, or committee by means of conference telephone or other communications equipment by means of which all persons participating in the meeting can hear each other, and participation in a meeting pursuant to this subsection shall constitute presence in person at the meeting”.

(42) “§ 211 Meetings of stockholders. a) (1) Meetings of stockholders may be held at such place, either within or without this State as may be designated by or in the manner provided in the certificate of incorporation or bylaws, or if not so designated, as determined by the board of directors. If, pursuant to this paragraph or the certificate of incorporation or the bylaws of the corporation, the board of directors is authorized to determine the place of a meeting of stockholders, the board of directors may, in its sole discretion, determine that the meeting shall not be held at any place, but may instead be held solely by means of remote communication as authorized by paragraph (a)(2) of this section. (2) If authorized by the board of directors in its sole discretion, and subject to such guidelines and procedures as the board of directors may adopt, stockholders and proxyholders not physically present at a meeting of stockholders may, by means of remote communication: a. Participate in a meeting of stockholders; and b. Be deemed present in person and vote at a meeting of stockholders, whether such meeting is to be held at a designated place or solely by means of remote communication, provided that (i) the corporation shall implement reasonable measures to verify that each person deemed present and permitted to vote at the meeting by means of remote communication is a stockholder or proxyholder, (ii) the corporation shall implement

posibilidad de celebrar la reunión de accionistas dentro o fuera del estado de Delaware, según lo designe el certificado de incorporación o los estatutos, o si no se designa, según lo determine la junta directiva; (ii) si la junta directiva está autorizada a determinar el lugar de una reunión de accionistas, puede, a su exclusivo criterio, determinar que la reunión no se llevará a cabo en ningún lugar, sino que se mantendrá únicamente mediante comunicación remota; (iii) si la junta directiva lo autoriza a su exclusivo criterio, los accionistas y apoderados que no estén físicamente presentes en una reunión de accionistas pueden, mediante comunicación remota, participar en la reunión y ser considerados presentes en persona y votar, ya sea que dicha reunión se celebre en un lugar designado o únicamente mediante comunicación remota. La corporación deberá implementar medidas razonables para verificar que cada persona se considere presente y se le permita votar en la reunión por medio de comunicación remota, y para proporcionar una oportunidad razonable de participar en la reunión y votar sobre asuntos sometidos a los accionistas. Y si algún accionista o apoderado vota o toma otras medidas en la reunión mediante comunicación remota, una grabación de ese voto/acción deberá ser guardada por la corporación.

#### IV.8. Israel

El organismo de contralor de las sociedades que cotizan en bolsa ha interpretado que, de acuerdo con las leyes existentes, no hay problema de que las corporaciones celebren reuniones de accionistas, tenedores de bonos y juntas y comités a través de los medios sin presencia física, siempre que todos los participantes puedan escucharse entre sí al mismo tiempo **(43)**.

reasonable measures to provide such stockholders and proxyholders a reasonable opportunity to participate in the meeting and to vote on matters submitted to the stockholders, including an opportunity to read or hear the proceedings of the meeting substantially concurrently with such proceedings, and (iii) if any stockholder or proxyholder votes or takes other action at the meeting by means of remote communication, a record of such vote or other action shall be maintained by the corporation”.

(43) Ver en [http://www.isa.gov.il/%D7%92%D7%95%D7%A4%D7%99%D7%9D%20%D7%9E%D7%A4%D7%95%D7%A7%D7%97%D7%99%D7%9D/Corporations/Hodaot\\_segal/General/Documents/HODAA160320\\_2.pdf](http://www.isa.gov.il/%D7%92%D7%95%D7%A4%D7%99%D7%9D%20%D7%9E%D7%A4%D7%95%D7%A7%D7%97%D7%99%D7%9D/Corporations/Hodaot_segal/General/Documents/HODAA160320_2.pdf)

#### IV.9. Suiza

Las reuniones de los Consejos de Administración normalmente se pueden realizar por video conferencia, y las condiciones están establecidas en los estatutos.

En las Asambleas de las sociedades anónimas el tema es más complejo. En las AG, el Consejo Federal ha intervenido con la Ordenanza 2 – COVID-19, y ha previsto en el art. 6 (a) de esta ordenanza, que las sociedades anónimas están autorizadas a imponer a los participantes el ejercicio de sus derechos exclusivamente (a) por escrito o en forma electrónica, o (b) a través de un representante independiente designado por el “organizador”.

Según la Ordenanza 2 COVID-19 sigue siendo una “AG normal” y siempre debe tener lugar en un lugar determinado. Este párrafo se eliminó más tarde, pero es poco probable que la Orden 2 permita una AG una reunión puramente virtual, excepto quizás para las empresas que tienen un número limitado de accionistas. Se deduce que las GA “físicas” (con pequeña participación de accionista), puedan sesionar con participación remota y sin un representante en el sitio, por internet, videoconferencia o teléfono, siempre que “cada participante esté identificado / autenticado y pueda hablar en la GA, escucha los votos de los demás participantes y ejerce sus derechos”. Las GA “físicas” con un representante en el sitio y la participación indirecta de los accionistas también siguen siendo válidas.

Una papeleta de votación firmada por el accionista y devuelta a la Junta de Directores antes de la Asamblea General debe ser válida, al igual que los votos postales en elecciones y elecciones federales, cantonales o comunales. Sin duda, este procedimiento será el más simple para la mayoría de las PyME, ya que evita tener que usar un representante independiente. Las decisiones de la AG en materia de circulación también deben ser válidas, pero siempre que estén firmadas por todos los accionistas.

El período de validez de la Orden 2 COVID-19 expiró el 10 de mayo de 2020.

#### V. El acta y la firma digital

En materia de instrumentación de reuniones, toda acta en la que conste la deliberación de los órganos colegiados debe completar el requisito de ser labrada en un libro especial (art. 73, 1º párr., LGS) con las formalidades que correspondan según el caso.

Estos libros han sido exclusivamente llevados en soporte papel hasta que el ordenamiento vigente habilitó su reemplazo por la variante digital (44).

El art. 329, Cód. Civ. y Com., dio el salto normativo al establecer que el titular de una persona jurídica puede, previa autorización del Registro Público de su domicilio, sustituir uno o más libros, excepto el de Inventarios y Balances, o alguna de sus formalidades, por ordenadores u otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos (inc. a), y conservar la documentación en microfilm, discos ópticos u otros medios aptos para ese fin (inc. b). Pero esta norma impone la carga de incluir en la petición al Registro Público de una adecuada descripción del sistema, con dictamen técnico de Contador Público e indicación de los antecedentes, que la autoridad de control solo autorizará si verifica que los medios alternativos (los digitales) son equivalentes a los reemplazados en cuanto a inviolabilidad, verosimilitud y completitud.

Con la Ley Simplificación y Desburocratización para el Desarrollo Productivo de la Nación nro. 27.444 de (BO del 18/06/2018), los requisitos de los sistemas fueron flexibilizados. En efecto, el nuevo art. 61, LGS, establece que puede prescindirse del cumplimiento de las formalidades exigidas por los arts. 73, 162, 213, 238 y 290 LGS, como así también de las impuestas por los arts. 320 y ss. Cód. Civ. y Com. para llevar los libros societarios y contables por Registros Digitales mediante medios digitales de igual manera

(44) Innovaciones sustanciales en materia de libros habían sido recogidas ya por el Anteproyecto de Reformas 2004 y por el Proyecto de Unificación que culminó con la ley 26994 —aunque no sancionado—, finalmente incluido en el Proyecto de Reformas 2019. Esta última propuesta establece, entre otras cuestiones tendientes a la simplificación de los sistemas, la posibilidad de labrar las actas en libros especiales o en registros digitales con las formalidades legales y reglamentarias de aplicación.

y forma que los registros digitales de las SAS instituidos por la ley 27.349.

Sobre el particular, el régimen de SAS prescribe que la sociedad deberá llevar el Libro de actas, de registro de acciones, diario y de inventario y balances, individualizados por medios electrónicos ante el registro público que corresponda. A la vez que le confiere la opción de suplir estos registros por medios digitales y/o página web que refleje los mismos datos, en su totalidad (art. 58, LACE).

La digitalización de las actas es entonces un fenómeno reciente en el derecho societario, que puede ser complementado con otra herramienta esencial: la firma digital (45).

(45) La Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME) publicó la Circular nº 260/8-LG/2020 del 06/04/2020 que expone las disposiciones contenidas en el RDL 8/2020 del 17 de marzo y en el RDL 11/2020, del 31 de marzo, relativas a la celebración de reuniones de los órganos de administración y gobierno y de las juntas y asambleas de sociedades mercantiles y otras entidades de derecho privado, que ante la emergencia del COVID-19 y mientras dure el estado de alarma, podrán celebrarse a distancia por medios telemáticos y telefónicos aunque los Estatutos de las distintas entidades no lo prevean expresamente. En cuanto a la constancia documental de los acuerdos que se adopten en el seno de la celebración de sesiones por medios telemáticos, y a la necesidad de consultar o aprobar determinados documentos en el transcurso de las sesiones, refiere a la conveniencia de arbitrar sistemas de conexión que permitan el intercambio en tiempo real de documentos. Señala además que cuando dichos documentos tengan que ser firmados por algunos o todos los asistentes en el mismo acto de la celebración de una sesión, se plantea la necesidad de utilizar un instrumento que permita verificar formal y legalmente la identidad del firmante, que asegure la integridad del documento y que garantice la veracidad de la firma, concluyendo que la firma electrónica es una herramienta esencial para los fines indicados y está regulada en el Reglamento UE 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio, y en la Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de Firma Electrónica. CARLINO, Bernardo, "La Resolución General CNV 669/2016 sobre reuniones a distancia". Publicado en: RDCO 280, 445. Cita La Ley Online: AR/DOC/4799/2016. "Sobre el soporte del contenido instrumental del acta, el mismo CCiv.yCom. (a partir del art. 320 y los subs.) establece los requisitos formales de habilitación y modo de llevado de las mismas, como integrantes de un libro o registro habilitado a tal fin. Acorde a las disposiciones de la ley 25.506 (ley de firma digital, "LFD") y sus decretos reglamentarios, más las disposiciones de los organismos de control (en particular, como referente nacional, las contenidas

Su regulación específica, la ley 25.505, se encuentra vigente desde el año 2001. Allí se la define junto a la rúbrica electrónica, el documento digital y la certificación pertinente.

El Código Civil y Comercial la recepta en el art. 288, equiparándola a la firma ológrafa en cuanto expresa que: "En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento".

La LACE refiere expresamente a la firma digital en los arts. 35, 38 y 59 para trámites relativos a la constitución y registración de la SAS, como para protocolos notariales vinculados con actos otorgados por la SAS y sus representantes (46).

Cabe especial mención la res. gral. IPJ nro. 25/2020 (BOE: 06/04/2020) de la provincia de Córdoba, que en punto a la confección, contenido y suscripción del acta reglamenta: (i) al finalizar la reunión o asamblea a distancia, deberá labrarse el acta correspondiente, donde se deje expresa constancia de la modalidad seleccionada, las personas que participaron y el resultado de las votaciones, todo ello de conformidad con la normativa vigente (art. 8°); (ii) el acta suscripta por el presidente o representante legal deberá ser complementada con una constancia emitida por cada uno de los intervinientes a distancia mediante correo electrónico, detallando cada orden del día discutido y el sentido de su voto (art. 9°). El correo electrónico deberá ser coincidente con el que conste registrado en la Plataforma Ciudadano Digital, Nivel II, conforme lo establece el dec. 1280/2014 (art. 6°). (iii) No será obligatorio remitir las cons-

en res. gral. 7/2015 de la Inspección General de Justicia) el soporte puede ser electrónico y las firmas autógrafas reemplazadas por firmas digitales".

(46) CIENTOFANTE, Fernanda - CARRICAJO, Manuel J., "Asambleas a distancia...", ob. cit. "La norma permite el uso de un protocolo digital y poderes electrónicos para agilizar los trámites en sede notarial, a pesar de que no se ha habilitado un protocolo digital electrónico en ninguna jurisdicción. Solamente la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han habilitado una plataforma de gestión y confección de actuaciones notariales digitales, que permite la expedición de primeras o ulteriores copias, de poderes, en formato netamente digital".

tancias por correo electrónico, si el acta de la reunión o asamblea a distancia es suscripta por todos los intervinientes con firma digital, haciendo constar en el acta los intervinientes y el medio utilizado (art. 10).

En esta oportunidad —y como lo viene haciendo desde hace tiempo— la IPJ consideró propicia la digitalización o uso de herramientas tecnológicas de la información y comunicación (TIC) para contribuir al desarrollo y promoción de la actividad societaria, más allá de las circunstancias excepcionales impuestas por la pandemia. En este cometido, el Órgano resolvió la cuestión relativa a la identificación de los participantes de la reunión a distancia y de la integridad del acta en la que consta la resolución adoptada por el órgano de que se trate, habilitando a las sociedades utilizar otras dos importantes herramientas que cumplen con estándares tecnológicos de verificación de datos: la firma digital (con adhesión provincial por ley 9401) y el correo electrónico registrado en la plataforma de servicios “Ciudadano Digital”, nivel de seguridad II (creada por dec. 1280/2014). Una solución que ha sido oportuna y que es el puntapié de la transformación de las reuniones societarias (47).

(47) FAVIER DUBOIS destaca el rol de las nuevas normativas y prácticas en materia de aplicación de las TIC en el funcionamiento interno de las sociedades. Sostiene que estas terminan de perfilar lo que denomina como el “Derecho Corporativo Digital”, cuyo objeto consiste en la transformación digital del sistema interno de las sociedades y su adecuación a los principios de la equivalencia funcional y de la seguridad jurídica. Asimismo, advierte que “[f]rente a la amplia utilización de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en las actividades de las empresas, resulta llamativa la lentitud para incorporarlas al plano societario interno, esto es, al funcionamiento de los órganos societarios, a la documentación, a la contabilidad y a las comunicaciones societarias. Ello a pesar de que las ventajas que ofrecen las TIC en el ámbito societario son indiscutibles: aceleración de los tiempos, facilitación de las formas y las funciones y la desmaterialización de los lugares, lo que redundará en una mayor eficiencia, protección de los socios y transparencia. Creemos que la demora ha sido en parte cultural y en parte fundada en dudas sobre la confiabilidad de las nuevas tecnologías en la materia, que hoy han sido superadas. En por eso que consideramos que llegó el momento de superar las rigideces societarias y hacer plena aplicación del “principio de equivalencia funcional” entre actos físicos o materiales con actos virtuales en materia societaria” (Cfr. FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “El “Derecho

## VI. Conclusiones

El ordenamiento jurídico vigente constituye un mínimo legal para la implementación de las reuniones societarias a distancia. Ello no solo porque establece las reglas de *quorum* y mayorías que necesariamente deberá observar cada tipo societario, sino porque además ofrece las herramientas para el diseño del proceso de convocatoria, deliberación y voto por medios de comunicación remotos y en soporte digital. Basta con repasar el conjunto de normas traídas a colación en el presente trabajo para su pleno convencimiento. Las sociedades pueden aplicarlas a medida en sus estatutos.

Por efecto de la pandemia, la CNV, la IGJ y los Registros Públicos provinciales que dictaron resoluciones, han avanzado sobre las condiciones de su funcionamiento. *Interpretación y progreso del derecho* son los dos valores que destacamos de la reciente actividad reglamentaria: interpretación de normas de funcionamiento que configurasen un obstáculo para las sociedades que deban adoptar decisiones para continuar funcionando con cierta normalidad bajo las circunstancias sanitarias actuales, y progreso del derecho en tanto lo sumerge de lleno en el mundo de las TIC y sus avances.

De otro lado, advertimos que la técnica de reglamentación adecuada es la que habilita excepcional y transitoriamente las reuniones

Corporativo Digital”. Un desafío actual”. Publicado en: LA LEY 27/09/2017, 1. LA LEY 2017-E, 979. Cita La Ley Online: AR/DOC/2282/2017). Para BATTISTEL, “(...) sin las medidas dispuestas para mitigar el impacto del COVID-19 algo tan simple como el acceso del socio o administradores a la toma de decisiones por medios tecnológicos hubiese quedado en espera” (Cfr. BATISTELL, Paola A., “La actuación interna de órganos societarios frente al aislamiento social preventivo y obligatorio. Reuniones mediadas por tecnología”. Publicación: Desafíos del Coronavirus al Derecho - Mirada del Derecho Argentino con aportes del derecho comparado. 13-04-2020. Cita Lejister: IJ-CMXV-453. Para MÁRQUEZ “[l]a instrumentación de hechos y actos mediante técnicas digitales es una realidad incontestable. Su reconocimiento como medios válidos y eficaces de representación de expresiones de voluntad o de ciencia, o para documentar otros hechos, generará seguridades y certezas para quienes las utilizan, y para los operadores jurídicos que deben trabajar sobre ellos” (Cfr. MÁRQUEZ, José Fernando, “Contratos en tiempos de aislamiento. Los contratos electrónicos”, 2020, Córdoba).

societarias a distancia, toda vez que los Registros realizan una dispensa (la previsión contractual) que el Código Civil y Comercial habilita exclusivamente al órgano de gobierno si “...todos los que deben participar del acto lo consienten...” (art. 158, inc. a, Cód. Civ. y Com.). Disipada la situación de emergencia declarada por el PEN, los estatutos y reglamentos societarios deben recordar su plena vigencia.

Más allá de la permanencia o transitoriedad asignada a las disposiciones registrales, no caben dudas que estas han dado impulso a un nuevo paradigma de comunicación intrasocietario. El mayor protagonismo de las reuniones societarias a distancia es global. Y su implementación, solo cuestión de apreciar comparativamente sus ventajas en relación con las formas de convocar, discutir, votar y transcribir resoluciones con apego a la presencia física y el soporte analógico.

A nuestro criterio, los desafíos serán:

(i) Desacralizar formas de funcionamiento societario anacrónicas: las TIC, correctamente implementadas, posibilitan el desarrollo ordenado de asambleas y reuniones, a la vez que garantizan el respeto de los derechos societarios de todos los legitimados a participar en ellas. El plus: reducen costos y tiempos, facilitan aún más la participación desde que no requieren la presencia física del interesado y, según sea el medio de comunicación seleccionado, cristalizan el verdadero debate.

(ii) Legislar y reglamentar en términos digitales y con carácter general: (a) de acuerdo con principios generales y estándares de seguridad internacionales. La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Documentos Transmisibles Electrónicos (Naciones Unidas, Viena, 2018) enumera como fundamentales los principios de no discriminación de las comunicaciones electrónicas, la neutralidad tecnológica y la equivalencia funcional; y (b) habilitando el uso de todo medio de comunicación, siempre que exista acuerdo para implementarlo y que la voluntad pueda conocerse de manera clara y precisa, a fin de evitar la obsolescencia del medio previsto en la norma.

(iii) Diseñar o reformar reglas estatutarias que combinen los mecanismos y recursos tradicionales con las nuevas tecnologías disponibles, o bien, que los reemplacen por estas últimas, desde la convocatoria misma de la reunión hasta la transcripción de la decisión en el acta respectiva.

(iv) Implementar plataformas digitales de comunicación, como nuevos escenarios de convocatoria, deliberación y voto.

En cuanto al derecho argentino vigente en especial, corresponde señalar:

1. La ley (art. 158, Cód. Civ. y Com.) constituye un límite: habilita la reunión a distancia únicamente al órgano de gobierno (asamblea) de la persona jurídica.

2. Esta norma exige que las reuniones a distancia, de los órganos de gobierno de la persona jurídica, cuenten con el consentimiento de “...*todos los que deben participar del acto...*”

3. Si hubiere previsión contractual o estatutaria sobre la reunión a distancia, se considera que los socios han consentido esta forma de reunión.

4. En el estado de emergencia, la posibilidad de superarlo es una interpretación que procura la integración del derecho con la realidad. La eventual impugnación judicial de la convocatoria no prosperará pues no se podrá soslayar la “fuerza mayor”, “la emergencia”, y el “aislamiento obligatorio” que impide asistir a la reunión de manera física, presencial, ni tampoco apartarse irrazonablemente de la reglamentación administrativa motivada en circunstancias excepcionales.

5. La convocatoria debe informar de manera clara y sencilla el modo de comunicación que se empleará para efectuar la deliberación, plazo, comunicaciones o publicaciones dispuestos por la ley y el contrato (estatuto).

6. Estando presentes *todos los que deben participar del acto*, la decisión puede adoptarse por las mayorías necesarias que exija la deliberación según la ley, el contrato o el estatuto.

7. La solución de Córdoba, que reglamenta la institución del mecanismo en forma definitiva es muy conveniente, pues podrá continuar utilizándose cuando cese el estado de emergencia.

8. Respecto a los órganos de administración no hay norma en la ley de fondo (ni el Código Civil y Comercial ni la LGS) que autorice las reuniones a distancia, excepto para las que hacen oferta pública y para las SAS. Sin embargo, respecto a estas no prosperar una impugnación a la convocatoria ya que tampoco podrá soslayarse la “fuerza mayor”, “la emergencia”, el “aislamiento obligatorio” que impide asistir a la reunión de manera física, presencial, ni tampoco apartarse irrazonablemente de la reglamentación administrativa motivada en tales circunstancias excepcionales.

9. La emergencia, el confinamiento obligatorio, y la imposibilidad que los integrantes de los órganos concurran a las reuniones, han obligado a implementar estas soluciones. La experiencia de esta época trágica que nos toca vivir, debe traducirse en una reforma legislativa que instituya: (a) las reuniones a distancia de todos los órganos, con el *quorum* que corresponda según la naturaleza del acto (gerencia, directorio, asamblea, órgano de fiscalización, etc.) sin necesidad de que concurran o lo consientan todos los que deben participar; (b) la convocatoria por edictos, o por notificación personal fehaciente al domicilio constituido en la sociedad, o al domicilio electrónico constituido en la sociedad; (c) establecer las mayorías necesarias para el acto de que se trate, o su remisión a las previstas en la ley o el contrato; (d) la forma de preservar el soporte; (e) la transcripción en los libros sociales; (f) la validación del voto individual de cada asistente por el sistema de identificación que rige en la Provincia de Córdoba, o mediante firma digital.

10. Estas disposiciones —aunque reglamentarias— hacen posible que los negocios no se detengan a pesar del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”. Esto constituye un parámetro de validez preponderante a la hora de juzgar las decisiones adoptadas en un contexto socioeconómico sumamente extraordinario.

## VI. Anexos: resoluciones y disposiciones

- Res. gral. IGPJ Santa Fe, 7/19 (BO 18/12/19): “VISTO: que resulta necesario que se unifiquen en una sola resolución los distintos criterios que el organismo tiene respecto del control que legalmente le compete sobre las Sociedades por Acciones (Sociedad Anónima, Sociedad en Comandita por Acciones y Sociedad por Acciones Simplificada), así como sobre las asociaciones civiles y fundaciones. CONSIDERANDO: ... Pto. 4. Se recepta lo estipulado en el art. 158 inc. a) del Código Civil y Comercial respecto de las reuniones de los órganos de las personas jurídicas utilizando nuevas tecnologías... EL INSPECTOR GENERAL DE PERSONAS JURÍDICAS RESUELVE: Personas jurídicas: ... 4. Reuniones del órgano de administración y gobierno a distancia: Se admitirán en los estatutos cláusulas que prevean las reuniones del órgano de administración o del órgano de gobierno por cualquier medio que permitan la participación simultánea de todos los participantes. A tales efectos se deberá dejar prevista en el estatuto la forma que se utilizará. Debiendo siempre garantizarse soportes –aprobados por ésta IGPJ– que garanticen lo acontecido en el acto colegial, el acta deberá dejar constancia de ello, la misma deberá ser suscripta por el presidente de la asamblea y por el órgano de fiscalización si lo hubiere. También se admitirá dicho procedimiento, aunque no estuviere previsto en el estatuto si hubiere consentimiento expreso de todos los participantes”.

- Res. gral. IPJ Córdoba 25/2020 (BO 06/04/2020): “LA DIRECCIÓN GENERAL DE INSPECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS RESUELVE: Artículo 1: Disponer que las Reuniones y Asambleas a distancia, se registrarán por las disposiciones de la presente Resolución. Artículo 2: Entiéndase como Asamblea o Reunión a distancia, toda aquella que se lleve a cabo por medios tecnológicos de informática y comunicación que permita a todos los participantes comunicarse de manera simultánea a través de medios que garanticen la transmisión simultánea de audio e imagen entre los intervinientes en la misma. Artículo 3: Esta Dirección controlará, fiscalizará e inscribirá las Reuniones o Asambleas a distancia de conformidad a lo establecido en Estatutos de las Sociedades por Acciones, Asociaciones Civiles y Fundaciones, los que podrán prever la reglamentación

de la realización de Reuniones o Asambleas de los órganos de Gobierno, Administración o Fiscalización a distancia, en la medida en que se garantice: a) la libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones o asambleas, b) la utilización de plataformas que permitan la transmisión simultánea de audio e imagen. c) la participación de todos los miembros con voz y voto, y del órgano de fiscalización, en su caso d) la transparencia, participación e igualdad entre todos los participantes. Artículo 4: En caso de ausencia, deficiencias o vacíos en la reglamentación, se aplicará subsidiariamente lo establecido en la presente Resolución. Artículo 5: La Convocatoria a la Reunión o Asamblea a distancia deberá cumplimentar con todos los requisitos de forma, plazo, quórum y publicación establecidos en el Estatuto y en la legislación vigente. Además, deberá incorporar como requisito esencial de manera clara y sencilla el modo de comunicación seleccionado para efectuar la deliberación y la forma de acceso a los fines de garantizar la participación de todos los involucrados. Artículo 6: El correo electrónico utilizado a los fines de la identificación y constatación de la participación en la Reunión o Asamblea a distancia deberá ser coincidente con el que conste registrado en la Plataforma Ciudadano Digital, Nivel II, conforme lo establece el Decreto N° 1.280/14. Artículo 7: La Reunión o Asamblea a distancia deberá ser grabada en soporte digital, cuya copia deberá ser conservada por el representante legal de la entidad durante al menos 5 (cinco) años de celebrada la misma, lo que constituirá prueba veraz, eficaz y fehaciente de lo acaecido. Esta copia deberá estar a disposición de cualquier socio o persona con interés legítimo que la solicite y justifique su acceso, y de la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas, cuando ésta lo requiera. Artículo 8: Al finalizar la Reunión o Asamblea a distancia, deberá labrarse el Acta correspondiente, donde se deje expresa constancia de la modalidad seleccionada, las personas que participaron y el resultado de las votaciones, todo ello de conformidad con la normativa vigente. Artículo 9: El Acta mencionada en el artículo precedente, deberá ser complementada con una constancia emitida por cada uno de los intervinientes a distancia mediante correo electrónico, detallando cada orden del día discutido y el sentido de su voto. Es decir, que el Acta suscripta por el pre-

sidente o representante legal, se complementará con tantas constancias como personas hayan intervenido a distancia. Artículo 10: No será obligatorio remitir las constancias por correo electrónico del artículo anterior, si el Acta de la Reunión o Asamblea a distancia es suscripta por todos los intervinientes con Firma Digital. No obstante, deberá constar en el Acta los intervinientes y el medio utilizado. Artículo 11: Para las Asociaciones Civiles, la aplicación del art. 178 del Código Civil y Comercial de la Nación, en lo referido al pago de la cuota social, no podrá impedir la participación en la Asamblea, mientras dure la situación de emergencia, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de abonar las cuotas y contribuciones correspondientes. Artículo 12: Dispóngase que las Reuniones o Asambleas a distancia que se convoquen en el marco de Comisiones Normalizadoras e Intervenciones, deberán ser previamente autorizadas por esta Dirección a solicitud de los normalizadores o del interventor, según corresponda. Artículo 13: Protocolícese, Publíquese, Archívese”.

- Res. Gral. N° 000004 IGPJ Corrientes (BO 19/05/2020): “EL INSPECTOR GENERAL DE PERSONAS JURÍDICAS RESUELVE: ARTÍCULO 1°: DISPONER que las Reuniones y Asambleas a distancia, se regirán por las disposiciones de la presente Resolución. ARTÍCULO 2°: Entiéndase como Asamblea o Reunión a distancia, toda aquella que se lleve a cabo por medios tecnológicos de informática y comunicación que permita a todos los participantes comunicarse de manera simultánea a través de medios que garanticen la transmisión simultánea de audio e imagen entre los intervinientes en la misma. ARTÍCULO 3°: Esta Inspección General controlará, fiscalizará e inscribirá las Reuniones o Asambleas a distancia de conformidad a lo establecido en Estatutos de las Sociedades por Acciones, Asociaciones Civiles y Fundaciones, los que podrán prever la reglamentación de la realización de Reuniones o Asambleas de los Órganos de Gobierno, Administración o Fiscalización a distancia, en la medida en que se garantice: a) la libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones o asambleas, b) la utilización de plataformas que permitan la transmisión simultánea de audio e imagen, c) la participación de todos los miembros con voz y voto, y del Órgano de Fisca-

lización, en su caso d) la transparencia, participación e igualdad entre todos los participantes. ARTÍCULO 4º: En caso de ausencia, deficiencias o vacíos en la reglamentación, se aplicará subsidiariamente lo establecido en la presente Resolución. ARTÍCULO 5º: La Convocatoria a la Reunión o Asamblea a distancia deberá cumplimentar con todos los requisitos de forma, plazo, quórum y publicación establecidos en el Estatuto y en la legislación vigente. Además, deberá incorporar como requisito esencial de manera clara y sencilla el modo de comunicación seleccionado para efectuar la deliberación y la forma de acceso a los fines de garantizar la participación de todos los involucrados. ARTÍCULO 6º: La Reunión o Asamblea a distancia deberá ser grabada en soporte digital, cuya copia deberá ser conservada por el representante legal de la entidad durante al menos 5 (cinco) años de celebrada la misma, lo que constituirá prueba veraz, eficaz y fehaciente de lo acaecido. Esta copia deberá estar a disposición de cualquier socio o persona con interés legítimo que la solicite y justifique su acceso, y de la Inspección General de Personas Jurídicas, cuando ésta lo requiera. ARTÍCULO 7º: Al finalizar la Reunión o Asamblea a distancia, deberá labrarse el Acta correspondiente, donde se deje expresa constancia de la modalidad seleccionada, las personas que participaron y el resultado de las votaciones, todo ello de conformidad con la normativa vigente. ARTÍCULO 8º: El Acta mencionada en el artículo precedente, deberá ser complementada con una constancia emitida por cada uno de los intervinientes a distancia mediante correo electrónico, detallando cada orden del día discutido y el sentido de su voto. Es decir, que el Acta suscripta por el Presidente o representante legal, se complementará con tantas constancias como personas hayan intervenido a distancia. ARTÍCULO 9º: No será obligatorio remitir las constancias del artículo anterior por correo electrónico, si el Acta de la Reunión o Asamblea a distancia es suscripta por todos los intervinientes con Firma Digital o intervenida por Escribano Público. No obstante, deberá constar en el Acta los intervinientes y el medio utilizado. ARTÍCULO 10º: Para las Asociaciones Civiles, la aplicación del art. 178 del Código Civil y Comercial de la Nación, en lo referido al pago de la cuota social, no podrá impedir la participación en la Asamblea, mien-

tras dure la situación de emergencia, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de abonar las cuotas y contribuciones correspondientes. ARTICULO 11º: Dispóngase la emisión de Certificado de Vigencia tanto Civiles como Comerciales, únicamente por vía Online y con firma digital.- ARTICULO 12º: Establézcase la prórroga de la Resolución 0002/2020, -esto es, la suspensión de las reuniones y /o asambleas con presencia física de los asociados- en todos sus términos hasta tanto dure el Aislamiento Social Obligatorio, eximiéndose de la presentación de las asambleas a las entidades que no puedan reunirse de forma online.- ARTICULO 13º: Regístrese, comuníquese, al Boletín Oficial y archívese”.

- Disposiciones n° 63/2020 y 64/2020 DPJ Misiones (B.O. 03/04/2020): Disposición n° 63: “EL DIRECTOR DE PERSONAS JURÍDICAS DISPONE: Artículo 1: Autorizar a las fundaciones y entidades civiles la realización de las reuniones del órgano de administración o de gobierno a distancia utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, siempre que la regulación estatutaria garantice: a.) la libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones; b.) la posibilidad de participar de la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video; c.) la participación con voz y voto de todos los miembros y del órgano de fiscalización, en su caso; d.) que la reunión celebrada de este modo sea grabada en soporte digital; e.) Que la entidad conserve una copia en soporte digital de la reunión por el término de 5 años, la que debe estar a disposición de cualquier asociado de que la solicite; f.) Que la reunión celebrada sea transcrita en el correspondiente libro social, dejándose expresa constancia de las personas que participaron y estar suscriptas por el representante social; g.) Que en la convocatoria y en su comunicación por el medio impuesto legal o estatutariamente debe fijarse el medio de comunicación a distancia y el modo de acceso al mismo a los efectos de prever dicha participación. Artículo 2: Dispóngase que durante todo el período en que por disposición del Poder Ejecutivo de la Nación, se prohíba, limite o restrinja la libre circulación de las personas en general como consecuencia del estado de emergencia sanitaria declarada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 y sus

eventuales prorrogas, se admitirán las reuniones del órgano de administración o de gobierno de fundaciones y entidades civiles, celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando sean celebrados con todos los recaudos previstos, según corresponda, en el artículo anterior de la presente disposición, aun en los supuestos en que en el estatuto social no las hubieran previsto. Transcurrido este periodo únicamente se aceptarán la celebración de las reuniones del órgano de administración o de gobierno celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando los estatutos sociales expresamente lo prevean. Artículo 3: Regístrese, publíquese en el Boletín Oficial. Cumplido, Archívese”. Disposición n° 64: “EL DIRECTOR DE PERSONAS JURÍDICAS DISPONE: Artículo 1: El estatuto de las sociedades sujetas a inscripción ante el Registro Público a cargo de este Organismo podrá prever mecanismos para la realización de las reuniones del órgano de administración o de gobierno a distancia utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, siempre que la regulación estatutaria garantice: 1. La libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones; 2. La posibilidad de participar de la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video; 3. La participación con voz y voto de todos los miembros y del órgano de fiscalización, en su caso; 4. Que la reunión celebrada de este modo sea grabada en soporte digital; 5. Que el representante conserve una copia en soporte digital de la reunión por el término de 5 años, la que debe estar a disposición de cualquier socio que la solicite; 6. Que la reunión celebrada sea transcripta en el correspondiente libro social, dejándose expresa constancia de las personas que participaron y estar suscriptas por el representante social; 7. Que en la convocatoria y en su comunicación por la vía legal y estatutaria correspondiente, se informe de manera clara y sencilla cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación. Artículo 2: Dispóngase que durante todo el periodo en que por disposición del Poder Ejecutivo de la Nación, se limite, prohíba o restrinja la libre circulación de las personas en general como consecuencia del estado de emergencia

sanitaria declarada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 y sus eventuales prorrogas, se admitirán las reuniones del órgano de administración o de gobierno de sociedades, celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando sean celebrados con todos los recaudos previstos, según corresponda, en el artículo anterior de la presente disposición, aun en los supuestos en que el estatuto social no las hubiera previsto. Transcurrido este periodo únicamente se aceptarán la celebración de las reuniones del órgano de administración o de gobierno celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando los estatutos sociales expresamente lo prevean. Artículo 3: Regístrese, publíquese en el Boletín Oficial. Cumplido, Archívese”.

- Res. IGPJ Río Negro 115/2020 (BO 06/04/2020): “EL INSPECTOR GENERAL DE PERSONAS JURÍDICAS RESUELVE: Artículo 1: Reconocer la validez de las reuniones celebradas a distancia por parte de los órganos de administración y de gobierno de las Sociedades Comerciales, sin perjuicio de que las mismas no estén previstas en los contratos inscriptos ante el Registro Público a cargo de este Organismo. Artículo 2: Establecer que las reuniones de las Sociedades Comerciales, mencionadas en el artículo precedente, podrán utilizar los medios electrónicos o digitales que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, debiendo garantizar: 1) La posibilidad de participar de la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video. 2) La libre y sencilla accesibilidad de todos los participantes a dichas reuniones. 3) La participación con voz y voto de todos los miembros, incluido del órgano de fiscalización. 4) Que la reunión celebrada de este modo sea grabada en soporte digital y conservada por el término de dos (2) años, la que debe estar a disposición de cualquier socio que la solicite. 5) Que la reunión celebrada sea transcripta en el correspondiente libro social, dejándose expresa constancia de las personas que participaron y estar suscriptas por el representante legal de la sociedad. 6) Que en la convocatoria se informe de manera clara y sencilla cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación. Artículo 3: Reconocer la va-

lidez de las reuniones celebradas a distancia por parte de los órganos de administración y gobierno de las Asociaciones Civiles y Fundaciones, sin perjuicio de que las mismas no estén previstas en los estatutos de dichas entidades. Artículo 4: Establecer que las reuniones de las Asociaciones Civiles y Fundaciones, mencionadas en el artículo precedente, podrán utilizar los medios electrónicos o digitales que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, debiendo garantizar: 1) En caso de Reuniones de Comisión Directiva o Consejo de Administración: a) La posibilidad de participar de la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video. b) La libre y sencilla accesibilidad de todos los participantes a dichas reuniones. c) La participación con voz y voto de todos los miembros, incluido del órgano de fiscalización. d) Que la reunión celebrada sea transcrita en el correspondiente libro social y deberá encontrarse suscripta por el Presidente. e) Que se deje expresa constancia de las personas que participaron en el libro de asistencia, suscribiendo el mismo el Presidente. f) Que la convocatoria a dicha reunión se realice en formato digital y se informe cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación. 2) En caso de Asambleas Generales, Ordinarias o Extraordinarias: a) La posibilidad de participar de la Asamblea a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video. b) La libre y sencilla accesibilidad de todos los participantes a dichas Asambleas. c) La participación con voz y voto de todos los socios. d) Que la Asamblea celebrada de este modo sea grabada en soporte digital y conservada por el término de dos (2) años, la que debe estar a disposición de cualquier socio que la solicite. e) Que la Asamblea celebrada sea transcrita en el correspondiente libro social y deberá encontrarse suscripta por el Presidente. f) Que se deje expresa constancia de las personas que participaron en el libro de asistencia, suscribiendo el mismo el Presidente. g) Que en la convocatoria a publicarse se informe de manera clara y sencilla cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación. h) La utilización del correo electrónico como medio complementario para notificar a los socios de la convocato-

ria a Asamblea, con una antelación de por lo menos quince (15) días, debiendo previamente incorporar al padrón de socios sus respectivos correos electrónicos. i) Permitir el voto por correo electrónico para el acto eleccionario, el que deberá ser efectuado por el socio en la misma fecha en que se celebre la Asamblea. j) En caso de que la cantidad de socios que deseen participar de la Asamblea haga imposible el correcto funcionamiento de la plataforma elegida, se podrá limitar la cantidad de socios que participen, informándose tal circunstancia, y posibilitando un segundo encuentro en el mismo día. Artículo 5: Dispóngase que durante todo el periodo en que por disposición del Poder Ejecutivo de la Nación, se prohíba, limite o restrinja la libre circulación de las personas humanas, en el marco de la declaración de emergencia sanitaria, como así también en relación a sus eventuales prórrogas, se admitirán como válidas las reuniones de los Órganos de Administración o de Gobierno de las Sociedades, Asociaciones o Fundaciones, que se celebren a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, aun en los supuestos en que el estatuto social no las hubieran previsto. Artículo 6: Dispóngase que transcurrido el periodo al que se hiciera referencia en el artículo anterior, solo se aceptarán la celebración de las reuniones de los Órganos de Administración o de Gobierno, celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando los contratos o estatutos sociales expresamente lo prevean. Artículo 7: Registrar, comunicar, publicar, dar al Boletín Oficial y archivar”.

- Res. DPJ Mendoza 743 (BO 29/04/2020): “LA DIRECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS Y REGISTRO PÚBLICO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA RESUELVE: Artículo 1º: Dispóngase que durante todo el periodo en que por disposición del Poder Ejecutivo se prohíba, limite o restrinja la libre circulación de las personas en general como consecuencia del estado de emergencia sanitaria declarada por el Decreto de Necesidad y Urgencia PEN N° 297/2020 y sus eventuales prórrogas o modificaciones, se admitirán las reuniones del órgano de administración o de gobierno de sociedades comerciales, asociaciones civiles o fundaciones celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando sean celebrados con todos los re-

caudos expresados en los considerandos de la presente resolución, aun en los supuestos en que el estatuto social no las hubieran previsto. Transcurrido este periodo únicamente se aceptarán la celebración de las reuniones del órgano de administración o de gobierno celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando los estatutos expresamente así lo prevean. Artículo 2º: Otórguese a la presente el carácter de Resolución General. Publíquese en el Boletín Oficial, de acuerdo a lo previsto en el Art. 18 de la Ley 9002, y en el sitio Web de la repartición. Póngase en conocimiento de la Federación de Colegios de Abogados, Colegio Notarial y Consejo Profesional de Ciencias Económicas. Oportunamente, archívese”.

- Res. IGPJ Catamarca 02/2020 (BO 07/05/2020): “EL INSPECTOR GENERAL DE PERSONAS JURÍDICAS RESUELVE: Artículo 1º: Las Reuniones y Asambleas a distancia, se regirán por las disposiciones de la presente Resolución. Artículo 2º: Entiéndase como asamblea o reunión a distancia aquella que se lleve a cabo por medios tecnológicos de informática y comunicación que permita a todos los participantes comunicarse de manera simultánea garantizándose la transmisión simultánea de audio e imagen entre los intervinientes. Artículo 3º: La convocatoria de las reuniones o asambleas a distancia, además de cumplir con todos los requisitos de forma, plazo, quórum y publicación dispuestos en el estatuto y la legislación vigente, debe informar de manera clara y sencilla el modo de comunicación que se empleará para efectuar la deliberación. Artículo 4º: Los medios referidos en el artículo 2º de la presente deberán asegurar, bajo de pena de nulidad, la libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones o asambleas, la transmisión simultánea de audio e imagen, la participación de todos los miembros con voz y voto, y del órgano de fiscalización, en su caso; y la transparencia, participación e igualdad entre todos los participantes. Artículo 5º: La Reunión o Asamblea a distancia deberá ser grabada en soporte digital, cuya copia deberá ser conservada por el representante legal de la entidad durante al menos 5 (cinco) años de celebrada la misma. Esta copia deberá estar a disposición de cualquier socio o persona con interés legítimo que la solicite y justifique su acceso, y de la Dirección de Ins-

pección General de Personas Jurídicas, cuando ésta lo requiera. Artículo 6º: Al finalizar la Reunión o Asamblea a distancia, deberá labrarse el Acta correspondiente, donde se deje expresa constancia de la modalidad seleccionada, las personas que participaron y el resultado de las votaciones. Artículo 7º: Las Reuniones o Asambleas a distancia que se convoquen en el marco de Comisiones Normalizadoras e Intervenciones, deberán ser previamente autorizadas por esta Dirección a solicitud de los normalizadores o del interventor, según corresponda. Artículo 8º: Comuníquese, publíquese, dése al Registro Oficial y Archívese”.

- Disp. 4/2020 DGSPJyRPC La Pampa (BO 08/05/2020): “EL DIRECTOR GENERAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SUPERINTENDENCIA DE PERSONAS JURÍDICAS Y REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO, DISPONE: Artículo 1: Establecer que, en forma excepcional, mientras dure el Estado de Máxima Alerta Sanitaria, dispuesto por el Decreto Provincial N° 521/20, serán válidas las reuniones y asambleas a distancia de las personas jurídicas privadas, conforme se cumplimenten los requisitos del Anexo de la presente, incluso para aquellas personas jurídicas, que aún no prevean las reuniones a distancia en sus actos constitutivos, únicamente a los efectos de realizar las reuniones o asambleas para la toma de decisiones trascendentales e impostergables para el cumplimiento de sus objetos sociales y el resguardo de sus patrimonios. Artículo 2: Apruébase el Anexo de asambleas y reuniones a distancia por el que se establecen los requisitos que deberán cumplimentar las mismas, a los efectos de su validez. Artículo 3: Regístrese, Publíquese en el Boletín Oficial, cumplido archívese”.

- Res. 64/2020 y 65/2020 DPJ Tucumán (BO 08/05/2020): Res. 64/2020: “LA DIRECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS RESUELVE Artículo 1: Determinar como consecuencia del estado de emergencia sanitaria y el aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por Dcto. Acuerdo de Necesidad y Urgencia 1/1 del Gobierno de la Provincia de Tucumán en consonancia con los Dctos. Nacionales 260/2020, 297/2020 y sus prórrogas, que se admitirá la celebración de sesiones de Comisión Directiva o Consejo de Administración, asambleas ordinarias o extraordinarias y reuniones del Conse-

jo de Administración en Asociaciones Civiles y Fundaciones respectivamente que se celebren a distancia mediante el uso de medios informáticos o digitales. Artículo 2: Disponer que lo preceptuado en artículo precedente será a condición que se cumplieren los siguientes recaudos y aun que los estatutos y ley de creación (personas jurídicas de derecho público) no lo hubieren previsto: a) permitir a los participantes comunicación simultánea entre ellos.- d) la posibilidad de participar a distancia por plataformas que permitan la transmisión simultánea de audio y video.- Artículo 3: Advertir que una vez que concluya el aislamiento social solo podrán continuar utilizado estos medios informáticos en asambleas o reuniones, aquellas entidades cuyos estatutos aprobados por DPJ o ley de creación lo prevean o autoricen.- Artículo 4: Indicar a las Asociaciones Civiles y Fundaciones que la resultante de estos actos virtuales deberá presentarse para control y análisis profesional por ante Mesa de Entradas del Organismo dentro de los plazos legales y reglamentarios, pudiendo de ser necesario exigir copia del soporte digital.- Artículo 5: Determinar que en caso de ser necesario el Organismo de Control podrá ordenar de oficio la ratificación del acto celebrado en modalidad no presencial mediante asamblea extraordinaria o reunión del Consejo de Administración en forma presencial con iguales participantes y en el plazo que indique por acto administrativo fundado.- Artículo 6: Notifíquese, regístrese, publíquese y archívese.” - Res. n° 65/2020: “LA DIRECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS REGISTRO PÚBLICO DE TUCUMÁN RESUELVE: Artículo 1: Disponer que las Reuniones y Asambleas a distancia de los órganos de gobierno y las reuniones colegiadas de los órganos de administración, representación, y en su caso, de fiscalización; podrán realizarse conforme a las pautas establecidas en la presente resolución. Artículo 2: Disponer que las entidades que no contengan en su contrato o estatuto social, las pautas establecidas para la realización de reuniones a distancia, conforme lo previsto en el artículo 158 de la ley 26.994; podrán redactar su propio reglamento interno o protocolo que disponga los mecanismos y formalidades excepcionales para la realización de las reuniones a distancia de los órganos de Gobierno, Representación, Administración y/o de Fiscalización, utilizando medios que les per-

mitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. Este instrumento deberá disponer claramente las formalidades para la convocatoria, quorum y mayorías. Artículo 3: Disponer que, para la creación del Reglamento Interno o Protocolo para reuniones a distancia, deberán respetar: a) La libre accesibilidad de todos los participantes a las asambleas o reuniones del órgano de gobierno, administración, representación, y en su caso, de fiscalización; b) La posibilidad de participar de la asamblea o reunión a distancia mediante herramientas o plataformas que permitan la transmisión simultánea de audio y video. e) La participación con voz y voto de todos los miembros, y del órgano de fiscalización, en su caso. d) Que la reunión celebrada sea grabada en soporte digital, para garantizar la transparencia, participación e igualdad entre los participantes. El representante legal de la entidad es el responsable de conservar dicha grabación por un término de cinco años, la que deberá estar a disposición de cualquier socio que lo solicite. e) Que la reunión celebrada, sea transcrita en el libro social correspondiente, dejando constancia de las personas que participaron del acto. Dicha transcripción deberá llevar la firma del representante o de los representantes de la entidad. f) En relación a la convocatoria, debe preverse un medio de comunicación eficaz, claro y sencillo, a los efectos de asegurar dicha participación, en cumplimiento del Reglamento Interno o Protocolo. Artículo 4: Disponer que las formas reglamentadas de manera excepcional en los Reglamentos o Protocolos Internos de cada sociedad podrán ser empleadas hasta el día que finalice la cuarentena y se levante en forma definitiva el aislamiento social obligatorio. Artículo 5: Disponer que el Registro Público de la Provincia de Tucumán, fiscalizará e inscribirá los actos colegiados realizados a distancia que cumplan con las formalidades de convocatoria, quórum y mayoría que cada entidad haya establecido, en forma ordinaria en su contrato o estatuto social; o de manera excepcional, en los Reglamentos o Protocolos internos, conforme lo considerado. Artículo 6: Regístrese, publíquese y archívese.”

- Res. 334/2020 IGPJ Salta (BO 12/05/2020): “LA SUBSECRETARÍA RESUELVE: Artículo 1°.- Disponer que se admitirán las reuniones del órgano de administración o de gobierno de sociedades, asociaciones civiles o fundaciones

que se hayan celebrado o se celebren a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, y siempre que cumplan con todos los recaudos previstos por la presente Resolución, aun en los supuestos en que el estatuto social no las hubieran previsto, durante todo el período por el cual se dispuso por el Poder Ejecutivo Provincial y Nacional la prohibición, limitación o restricción de la libre circulación de las personas, en el marco del estado de emergencia sanitaria declarada por el dec. 250/2020 en la provincia de Salta. Artículo 2°. - Establecer que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 del presente, en las celebraciones de reuniones a distancia del órgano de administración o de gobierno de sociedades, asociaciones civiles o fundaciones, se tendrán en cuenta los siguientes recaudos: a. La libre accesibilidad de todos los participantes a las reuniones; b. La posibilidad de participar de la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video; c. La participación con voz y voto de todos los miembros y del Órgano de Fiscalización, en su caso; d. Que la reunión celebrada de este modo sea grabada en soporte digital; e. Que el representante conserve una copia en soporte digital de la reunión por el término de 5 años, la que debe estar a disposición de cualquier socio que la solicite; f. Que la reunión celebrada sea transcrita en el correspondiente libro social, dejándose expresa constancia de las personas que participaron y estar suscriptas por el representante social. g. Que en la convocatoria y en su comunicación por la vía legal y estatutaria correspondiente, se informe de manera clara y sencilla cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación. Artículo 3°. - Prorrogar los mandatos de los miembros de los órganos de gobierno, administración y fiscalización de las asociaciones civiles controladas por esta Inspección General de Personas Jurídicas, cuyos vencimientos operaron u operen a partir de la entrada en vigencia del dec. 250/2020 del Poder Ejecutivo Provincial, por el término de ciento veinte días a partir de la publicación de la presente, y prorrogables en caso de subsistir la situación de emergencia sanitaria. Artículo 4°. - Los procesos electorales que resultaren postergados en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la presente, deberán reanudarse una vez fi-

nalizado el período de excepción y realizarse la elección de autoridades en la primera Asamblea que se convoque, en la cual -además- deberá precisarse la fecha concreta de finalización de los mandatos de quienes resulten electos. Artículo 5°. - Exceptuar de la prórroga dispuesta en el artículo 3 a las entidades que desearan elegir autoridades de acuerdo con lo establecido por el artículo 1 y 2 de la presente resolución, y cuando resultare oficializada sólo una lista de candidatos a los órganos electivos. Artículo 6°. - Darle a la presente Resolución amplia publicidad en la página web del organismo y demás sitios habilitados al efecto. Artículo 7°. - Registrar, Publicar en el Boletín Oficial y Archivar”.

- Res. 31/2020 IGJ Chubut (BO 13/05/2020): “EL INSPECTOR GENERAL DE JUSTICIA RESUELVE Artículo 1°: Disponer que durante todo el lapso en que, por decisión del Poder Ejecutivo de la Nación, adoptada mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia nro. 297/2020 y sus prórrogas, se prohíba, limite o restrinja la libre circulación de las personas en general como consecuencia del estado de emergencia sanitaria, se admitirán las reuniones del órgano de administración y/o gobierno y/o de fiscalización de sociedades, asociaciones civiles o fundaciones inscriptas en esta Inspección General de Justicia, celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando sean celebradas con todos los recaudos previstos en el artículo 2° de la presente, aun en los supuestos en que los estatutos sociales no las hubieran previsto. Artículo 2°: Establecer los requisitos que deberán cumplir las reuniones a distancia celebradas mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, por las personas jurídicas sujetas a inscripción ante esta Inspección General de Justicia, que permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos: Que las plataformas informáticas o digitales que se utilicen deben permitir a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos, y cumplir los siguientes recaudos: 1. Libre accesibilidad de todos los participantes en las reuniones; 2. Posibilitar la participación en la reunión a distancia mediante plataformas que permitan la transmisión en simultáneo de audio y video; 3. Participación con voz y voto de todos los miembros y del órgano de fiscalización, en su caso; 4. Que la reunión celebrada de este modo

sea grabada en soporte digital; 5. Que el representante legal conserve una copia en soporte digital de la reunión por el término de cinco (5) años, la que debe estar a disposición de cualquier socio que la solicite; 6. Que la reunión celebrada sea transcrita en el correspondiente libro social, dejándose expresa constancia de las personas que participaron y estar suscripto por el representante legal; 7. Que en la convocatoria y en su comunicación por la vía legal y estatutaria correspondiente, se informe de manera clara y sencilla cuál es el medio de comunicación elegido y cuál es el modo de acceso a los efectos de permitir dicha participación, y el Orden del Día a tratar. Artículo 3º: Prorrogar los mandatos de los integrantes de los órganos de gobierno, ad-

ministración y fiscalización de las personas jurídicas sujetas a inscripción ante esta Inspección General de Justicia, que no opten por el uso de medios o plataformas informáticas o digitales para la renovación de sus órganos de administración y/o fiscalización durante el período de Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, hasta el día 31 de Julio de 2020, plazo que será prorrogable conforme a la vigencia y duración del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio ordenado por el Decreto Nacional de Necesidad y Urgencia nro. 297/2020, y sus prórrogas. Artículo 4º: La presente resolución tendrá vigencia a partir de la fecha de su publicación. Artículo 5º: Regístrese, Comuníquese y Cumplido, Archívese”.



# DERECHO CONSTITUCIONAL

---



# Emergencia sanitaria y Constitución

Guillermo E. Barrera Buteler (\*)

**Sumario:** I. La pandemia de COVID-19 como situación de emergencia global.— II. ¿Cómo impacta en el derecho la situación de emergencia?— III. El gran dilema: ¿Emergencia dentro o fuera del orden constitucional?— IV. La emergencia en el orden constitucional argentino.— V. La emergencia sanitaria por el COVID-19 en la Argentina.— VI. Conclusiones.

## I. La pandemia de COVID-19 como situación de emergencia global

El mundo entero se ha visto conmocionado desde que, el 31/12/2019, el gobierno chino informó a la Organización Mundial de la Salud haber detectado una misteriosa neumonía que —afirmaba— había infectado para entonces a cuarenta personas en la localidad de Wuhan, en ese país. A partir de allí se genera el fenómeno de una velocísima propagación de la enfermedad. Comenzando por los países vecinos (Japón y Tailandia), en pocas semanas el contagio se extendió hasta Europa y luego hacia América y los demás continentes. El 11/03/2020, cuando la enfermedad había afectado ya a 114 países del mundo y había provocado más de 4000 muertes, la Organización Mundial de la Salud declara oficialmente que se trata de una pandemia y llama “a los países a tomar medidas urgentes y agresivas” (1).

Aunque la historia da cuenta de muchas epidemias y pandemias desde la Antigüedad, la que hoy nos afecta tiene características muy particulares, porque amenaza simultáneamente y en forma global a los habitantes de los cinco continentes. Ante el espectáculo generalizado de contagios masivos y muerte, la huma-

nidad vuelve a experimentar su vulnerabilidad, en contraste con la creencia —hasta entonces fuertemente arraigada— en una suerte de omnipotencia del ser humano, con sus avances científicos y tecnológicos, que parecían llevarnos fatalmente a un proceso de crecimiento lineal, donde incluso la expectativa de vida podía prolongarse cada vez más y más. De pronto, pequeños seres, imperceptibles a la vista, ponen en jaque a las más grandes potencias tanto o más que a los pueblos más pobres y hacen que se desplomen las economías de unos y otros, con su secuela de quebrantos, desocupación y pobreza.

Esos hechos reúnen sin lugar a dudas los requisitos para configurar una situación de emergencia desde el punto de vista jurídico; tanto es así que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que “Las Américas y el mundo se enfrentan actualmente a una emergencia sanitaria global sin precedentes”, que “puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el COVID-19; así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad” (2).

En efecto, estamos ante un hecho o, mejor aún, un conjunto de hechos excepcionales que ponen en riesgo “la subsistencia misma de la or-

(\*) Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(1) Declaraciones del director general de la OMS Tedros Adhanom Ghebreyesus, publicadas en ABC del 13/03/2020, <https://www.abc.es/sociedad/abc-declara-coronavirus-convertido-pandemia>.

(2) CIDH, res. 1/2020, del 10/04/2020, punto A).

ganización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones” (3) y, por tanto, podemos sostener que generan un verdadero *estado de necesidad*, como decía Alfredo Orgaz para referirse al instituto de emergencia que en la Argentina se denomina estado de sitio (4).

Los hechos que configuran esta situación de emergencia tienen la *gravedad* suficiente para generar un riesgo cierto para la salud y la vida misma de los miembros de la comunidad.

Por otra parte, nos hallamos también frente a circunstancias *excepcionales* o *extraordinarias*, es decir, que se encuentran fuera de los acontecimientos que regular u ordinariamente acontecen y, por eso, también tienen carácter *transitorio*. Ese extremo es clave para calificar a una situación fáctica como emergencia, porque, por grave que ella sea, si es permanente, es decir, si no hay perspectivas de superarla en un lapso determinado, no se trata de una emergencia, sino, en todo caso, de un mal crónico que no justifica medidas excepcionales.

## II. ¿Cómo impacta en el derecho la situación de emergencia?

Las situaciones de emergencia impactan en el derecho, sea que hayan sido generadas por hechos de la naturaleza, como la pandemia, en este caso, o terremotos, inundaciones, etc., o por hechos del hombre de carácter político (guerras, conmociones internas, etc.) o socioeconómico (grandes crisis económicas con impacto social). Provocan un fortalecimiento del poder estatal y una correlativa restricción de los derechos de las personas, y aquel fortalecimiento se concentra generalmente en el Poder Ejecutivo, que, en tanto poder administrador, tiene a su cargo la gestión tendiente a superar la crisis y dispone de los recursos económicos y técni-

cos necesarios para ello (5). Suelen producirse desplazamientos transitorios de competencias o acrecentamiento de estas (6).

Estas consecuencias jurídicas provocadas por la *situación de emergencia* conforman un conjunto de reglas que componen lo que denominamos *instituto de emergencia*.

Ya en la época de la República en la antigua Roma, el Senado podía otorgar a un ciudadano, por un plazo breve y determinado, el cargo de *dictador*, con atribuciones casi ilimitadas, cuando era necesario para superar una situación de emergencia. Durante la Edad Media, los príncipes y emperadores designaban delegados suyos, denominados *comisarios*, para sofocar rebeliones, que tenían facultades discrecionales, aun para apartarse del derecho vigente. En Inglaterra hay antecedentes, aunque escasos, de leyes que suspendían el hábeas corpus en períodos de emergencia (7), y la Constitución de Estados Unidos de 1787 previó la suspensión del hábeas corpus en los “casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública lo requiera”. Los antecedentes patrios en la Argentina, a partir del “Decreto de Seguridad Individual” de 1811, previeron la suspensión de sus normas “solo en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la patria”. El constituyente argentino de 1853 previó el instituto del estado de sitio (art. 23, CN).

En general se admite que, por aplicación del principio jurídico del *estado de necesidad*, es legítimo, frente a una auténtica situación de emergencia que así lo requiera indefectible e imperiosamente, adoptar medidas no contempladas o incluso que se muestran *prima facie* como contrarias a la Constitución. Ello es así en virtud del “derecho natural de autoconservación de la sociedad y del Estado —que son previos a cualquier Constitución—, partiendo del

(3) CS, 27/12/1990, “Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía - Banco Central)”, consid. 43, LA LEY 1991-C, 158.

(4) Voto en disidencia del presidente de la CS, Dr. Alfredo Orgaz, en el caso “Sofía” (22/05/1959, Fallos 243:504). En igual sentido, SAGÜÉS, Néstor, “Elementos de derecho constitucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, t. 2, p. 189.

(5) Véase ROMERO, César E., “El Poder Ejecutivo en la realidad contemporánea”, en *Temas constitucionales y políticos*, Ed. UNC, Córdoba, 1971.

(6) SAGÜÉS, Néstor; “Manual de derecho constitucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 585.

(7) Sánchez Viamonte cita las leyes de 1794, 1798 y 1811, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, voz “estado de sitio”, t. X, p. 956.

supuesto, además, de que sin alguno de ellos no podrá haber tampoco una Constitución” (8).

### III. El gran dilema: ¿Emergencia dentro o fuera del orden constitucional?

De acuerdo con lo que hemos visto, como consecuencia de la emergencia y para superarla, se generan regulaciones jurídicas especiales. Se trata de una aplicación de la regla según la cual *necessitas ius constituit* (la necesidad crea derecho) (9).

Pero la cuestión pasa por precisar qué tipo de derecho es el que crea la necesidad o, para decirlo con más precisión, si el derecho que surge de la necesidad o emergencia con la finalidad de superarla nace dentro del orden constitucional y, por tanto, para tutelar la Constitución y está sujeto a sus límites; o, por el contrario, nace fuera de ese orden constitucional y procura suplantar, reemplazarlo por un nuevo orden y esquema de poder. En este último caso, en realidad, nos estaríamos apoyando en la regla opuesta, según la cual *necessitas non habet legem* (la necesidad no tiene ley) (10).

Mientras la primera regla considera a la necesidad como causa generadora de regulaciones dentro del orden jurídico del Estado constitucional de derecho, la otra sostiene que, en caso de necesidad, el derecho —incluida la Constitución— pierde todo valor y puede prescindirse de él.

La regla *necessitas non habet legem* fue utilizada en la Edad Media por los canonistas para justificar ciertas conductas ilícitas por el estado de necesidad, en especial el hurto famélico. Pero, trasvasada esta al derecho público, sirve para argumentar que cualquier exceso del poder público está justificado si se funda en la necesidad del poder, o sea, en la “razón de Estado”.

(8) SAGÜÉS, Néstor, “Manual de derecho constitucional”, ob. cit., p. 588.

(9) Tomada de MODESTINO, *Digesto*, 1.3.40: “*ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo*” (“así pues, todo derecho fue creado por el consenso o constituido por la necesidad o confirmado por la costumbre”).

(10) PUBLILIO SIRIO, *Sententiae*, A 883, H 5084, S 5708.

No cabe duda alguna de que esa visión nos coloca en la antípoda del principio republicano, que postula el gobierno de la ley y no de los hombres. Esta noción, producto del desarrollo del pensamiento político y jurídico de Occidente desde el pensamiento de Platón y Aristóteles y hoy universalizada, es absolutamente incompatible con un estado de excepción en el que no hay Constitución, no hay ley, no hay derecho natural, no hay derechos fundamentales; en suma, no hay nada que esté por encima de la decisión de quien, argumentando la necesidad de superar la emergencia, tiene en los hechos la posibilidad de imponer su voluntad a los demás.

El Estado constitucional de derecho en general, y en particular también el argentino, opta claramente por el gobierno de la ley. “El argumento principal que justifica la solución elegida radica en que la ley, según la expresión aristotélica es ‘razón sin apetito’, es decir racionalidad objetivada en una regla de conducta que, de suyo, no es susceptible de sufrir los potenciales desvíos pasionales de los que adolecen las decisiones del animal humano. El gobierno de los hombres, en cambio, lleva implícito el riesgo cierto de convertirse en el gobierno de las predilecciones subjetivas del funcionario de turno, el capricho o, peor aún, la corrupción” (11).

Pero hemos dicho que, ante una situación de emergencia como dato fáctico objetivo, la necesidad de preservar a la comunidad y al Estado constitucional constituye derecho para dotar al poder público de las herramientas necesarias para superar la amenaza que se cierne sobre ella, cuando esa finalidad no puede alcanzarse con las normas previstas para tiempos normales, de calma y tranquilidad. Sin embargo, ese derecho de la emergencia nace dentro de la Constitución y se ajusta a sus límites.

Un antiguo fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina sostiene que la Constitución “es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus previsiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias

(11) LALANE, Julio E., “¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres? El problema en Platón y Aristóteles”, *Prudentia Iuris*, nro. 79, 2015, p. 30.

de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse” (12).

En el mismo sentido, recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: “Teniendo en cuenta que la democracia y el Estado de derecho son condiciones necesarias para lograr la vigencia y el respeto de los derechos humanos y que la naturaleza jurídica de las limitaciones a dichos derechos puede tener impactos directos en los sistemas democráticos de los Estados, la Comisión reafirma el rol fundamental de la independencia y de la actuación de los poderes públicos y las instituciones de control, en particular de los Poderes Judiciales y Legislativos, cuyo funcionamiento debe ser asegurado aun en contextos de pandemia” (13).

Pero esto no significa que el Estado quede inerte para cumplir su rol de garante del bien común frente a la situación de emergencia, porque sabemos bien que los derechos no son absolutos, de manera que aun en tiempos de normalidad el Estado puede y debe regular el modo y las condiciones en que aquellos deben ser ejercidos, estableciendo restricciones razonables para ordenarlos a las exigencias del bien común, único fundamento que —fuera de los derechos de los demás— puede legitimarlas (art. 14, CN; art. 32.2, CADH; y art. 29.2, DUDH). El ejercicio de esa potestad, denominada generalmente “poder de policía”, es inherente al gobierno de toda comunidad, por lo que, en un Estado federal como el argentino, va a ser ejercido por el gobierno central, por las provincias y por los municipios, cada uno de ellos en el ámbito de sus competencias constitucionales.

Ahora bien, además de las exigencias normales propias de la convivencia que justifican esas restricciones ordinarias, en la vida de una comunidad pueden acaecer estas *situaciones de emergencia* en las que el bien común requiere un sacrificio especial de los intereses particulares y, por ende, justifican limitaciones más intensas que las que resultan tolerables en tiempos normales. En eso consisten las denominadas *situaciones de emergencia*, que dan lugar al

(12) CS, 14/12/1927, “Cía. Azucarera Tucumana c. Pcia. de Tucumán”, Fallos 150:150.

(13) CIDH, res. 1/2020, punto B-11.

nacimiento de una regulación prevista para hacerles frente a aquellas, a la que denominamos *instituto de emergencia*.

Pero si estas restricciones a los derechos fundamentales, aun siendo excepcionales y motivadas en la emergencia, nacen dentro del orden constitucional y son legitimadas por este, se encuentran también sujetas a los límites que les impone la Constitución, esto es, los principios de reserva de la intimidad y de legalidad (art. 19, CN; art. 29, inc. 2º, DUDH; art. 30, CADH), el principio de igualdad (art. 16, CN; art. 26, PIDCyP; arts. 1.1 y 24, CADH) y el principio de razonabilidad [art. 28, CN, y jurisprudencia de la CS (14)]. Este último exige que toda restricción a un derecho, para ser razonable y, por ende, válida, debe estar justificada en una finalidad de bien común (15) —que, en el caso de las medidas de emergencia, no puede ser otra que superar esa situación de hecho—, debe ser un medio adecuado para alcanzar esa finalidad (16) y debe guardar proporción (17) entre la magnitud de la afectación del derecho y el mal que se pretende evitar. Pero cuando se trata de medidas fundadas en la situación de emergencia, además, deben ser limitadas en el tiempo, es decir, no extenderse más allá de lo estrictamente necesario para superarla y jamás extenderse con posterioridad a su superación (18).

Podemos comprobar entonces que el Estado constitucional de derecho puede defenderse legítimamente a sí mismo y al bien común mediante institutos de emergencia generados en su propio seno y sujetos a los límites y controles

(14) CS, “Arenzón c. Gob. Nac.”, Fallos 306:400; en igual sentido, “Almirón”, Fallos 298:223, entre otros.

(15) Arts. 29, inc. 2º, DUDH, y 32, inc. 2º, CADH.

(16) CIANCIARDO, Juan, “Medios y fines en el control constitucional de razonabilidad: el subprincipio de adecuación”, SAIJ DACF03001.

(17) CS, Fallos 276:72 y sus citas, entre otros. Estos principios generales han sido receptados por la CIDH, en su res. 1/2020, parte resolutive, puntos 3.f) y g), 21 y 28.

(18) Cfr. VALADÉS, Diego, “La dictadura constitucional en América Latina”, Ed. UNAM, México, 1974, esp. ps. 123-154; GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas”, en AA.VV., *Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno*, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1984, ps. 4-111.

que él mismo ha establecido para la tutela de los derechos humanos.

Pero también podemos verificar que, en muchos casos, la situación de emergencia o necesidad terminó generando una suerte de consenso en una concentración del poder en grado extremo, a punto tal que en los hechos la voluntad del gobernante se colocó por encima de la misma Constitución. En esos supuestos observamos una “destrucción, desplazamiento o suspensión de la Constitución”, porque esta “va perdiendo vigencia ante el avance de vigencias contrarias, que significan la afirmación de una Constitución nueva y distinta, normada en general extralegalmente y a veces parcialmente mediante leyes anticonstitucionales” (19).

Cuando eso ocurre nos hallamos frente a la noción de “estado de excepción” de Carl Schmitt (20), entendido como la facultad por principio ilimitada que tiene un soberano para dictar la suspensión del orden vigente en su totalidad, por lo que considera que es soberano quien decide el estado de excepción.

Fix Zamudio, en un meduloso trabajo sobre el tema que nos ocupa, diferencia estos dos “sectores de aplicación de las declaraciones de emergencia o de excepción”, o sea, las que se generan dentro del orden constitucional, para tutelarlos; y las que se generan al margen de este y, ya sea que expliciten o no ese propósito, terminan desplazándolo. El maestro mexicano califica de “patológica” la segunda opción, precisamente porque “su propósito no fue la conservación del régimen democrático en esas situaciones excepcionales” (21), a la vez que señala que la primera “se ha vigorizado en los últimos años”.

Ese parece ser hoy el dilema de los Estados constitucionales del mundo entero: afrontar la situación de emergencia global provocada por la pandemia desde institutos de emergencia generados dentro de sus respectivos órdenes

constitucionales y, por tanto, sujetos a límites y controles; o bien provocar una destrucción, desplazamiento o suspensión de sus Constituciones para lograr una mayor eficacia en ese objetivo.

Allí radica el núcleo de la controversia generada entre algunos científicos, periodistas y personalidades destacadas en la Argentina, porque mientras hay quienes denuncian que “la democracia está en peligro”, porque, al amparo de la emergencia, se estaría instalando una “infectadura” (22), otros afirman con idéntico énfasis que hoy más que nunca es necesario realizar “un esfuerzo adicional para salvar vidas” y “maximizar la efectividad de la cuarentena” para lograr las condiciones que hagan razonable “comenzar la flexibilización de las medidas” (23).

El dilema es común a la mayoría de los Estados constitucionales del mundo ante la emergencia global, porque parecen caminar sobre una cuerda en la que, hacia un lado está el riesgo de abandonar la Constitución y el Estado de derecho, y hacia el otro, el del avance descontrolado del contagio. Cada uno de estos riesgos implica sus respectivas secuelas, de gravedad profunda. La cuestión pasa por determinar si la eficacia en el combate contra la pandemia es atributo exclusivo de los sistemas autoritarios o, por el contrario, el Estado constitucional de derecho puede serlo tanto o más que aquellos.

Ahora bien, otra perspectiva que hoy no puede obviarse al analizar este tema es la de los sistemas supranacionales (regionales e internacionales) de protección de los derechos humanos, a los que los Estados, en su gran mayoría, se han incorporado, sometiéndose incluso muchos de ellos a la jurisdicción de tribunales internacionales. En definitiva, el replanteo del concepto de soberanía, como consecuencia del proceso de globalización, ha hecho surgir la noción de *bien común universal* (24). Este últi-

(19) BIDART CAMPOS, Germán, “Derecho constitucional”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1964, t. 1, p. 182.

(20) Este concepto es desarrollado por el citado autor en su obra “Teología política”.

(21) FIX ZAMUDIO, Héctor, “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 37, nro. 111, par 13 y 14.

(22) Véase en <https://www.infobae.com/politica/2020/05/29/>.

(23) Véase en <https://www.infobae.com/sociedad/2020/06/01/>.

(24) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El sistema constitucional español”, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, p. 164.

mo, que trasciende al bien común de cada Estado pero lo incluye, justifica que se limite el concepto de soberanía, y ello dificulta abordar lo relativo a los estados de excepción desde la perspectiva de Schmitt, vinculándolo a dicho atributo del poder estatal, porque muy probablemente la sustitución, desplazamiento o suspensión de la Constitución también habrá de implicar una violación de los compromisos internacionales contraídos por ese Estado.

Fix Zamudio señala que “la gran mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos han incorporado a su derecho interno los derechos establecidos en los pactos internacionales de derechos humanos [...] ya sea con carácter de normas fundamentales o al menos con jerarquía superior sobre la legislación interna, por lo que las muy diferentes regulaciones nacionales sobre los estados de excepción [...] han sido modificadas, algunas de manera expresa, por las normas internacionales y, por esto, los estados de emergencia están sujetos a las modalidades, principios y condiciones establecidas por los instrumentos internacionales” (25).

#### IV. La emergencia en el orden constitucional argentino

El constituyente argentino se ha ocupado del tema de las emergencias, tanto al actuar de manera originaria cuanto en la reforma de 1994. Pero el orden constitucional de nuestro país se ha nutrido también de los aportes que hizo la jurisprudencia, considerando que cabían también en el marco constitucional otros institutos para hacer frente a situaciones de emergencia que no habían sido contempladas en forma expresa en el texto de la Ley Suprema.

##### IV.1. Previsiones constitucionales expresas

La existencia de normas referidas a la emergencia en la Constitución revela que *ab initio* el constituyente entendió que esta era materia susceptible de estar regulada, limitada y controlada por el Estado constitucional de derecho, y eso constituye ya una definición en este tema.

(25) FIX ZAMUDIO, Héctor, “Los estados de excepción...”, ob. cit., par. 64.

Podemos distinguir tres categorías de normas relativas a la emergencia: 1) unas que contemplan medidas aisladas excepcionales que puede adoptar el Estado en ciertas circunstancias de emergencia, pero que no implican un estado de emergencia generalizado; 2) otras que prohíben en forma terminante determinados institutos, cualquiera fuere la situación de emergencia que se presente; y 3) otras que regulan institutos de emergencia para determinadas situaciones.

En el *primer grupo* encontramos el art. 75, inc. 2º, CN, cuyo texto, que en esta parte proviene de la Constitución histórica de 1853 y se mantiene, faculta al Congreso Nacional a establecer “por tiempo determinado” impuestos internos directos —como regla, reservados a las provincias— cuando “la defensa, seguridad común y bien general del Estado” lo exijan. A ello se suma, a partir de la reforma de 1994, la asunción excepcional de potestades legislativas por el Poder Ejecutivo, de manera unilateral, en casos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º, CN) o por delegación del Congreso (art. 76, CN).

En el *segundo grupo* hallamos dos prohibiciones terminantes:

a) Una que había establecido ya el texto histórico: conceder a los órganos ejecutivos federal o provinciales facultades extraordinarias, la suma del poder público, sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna. Para esta hipótesis el constituyente ha tipificado un delito constitucional y califica a sus autores de “infames traidores a la patria” (art. 29, CN).

b) La otra, introducida por la reforma de 1994: suspender la vigencia de la Constitución, que surge del art. 36, CN, cuando dispone que “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático”.

En el *tercer grupo*, o sea, como institutos de emergencia de carácter general, la Constitución argentina ha previsto solo dos, en normas que provienen del texto histórico y en lo esencial no han sido alteradas por reformas posteriores: a) el estado de sitio, para los casos de ataque exte-

rior o conmoción interior que pongan en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella (art. 23, CN); y b) la intervención federal a las provincias y a la ciudad de Buenos Aires en casos de alteración de la forma republicana de gobierno en una provincia, de ataque exterior y de sedición o invasión de otra provincia que hayan depuesto o amenacen con deponer a sus autoridades constituidas (art. 6º, CN).

Estos institutos de emergencia difieren claramente en sus efectos, porque, mientras el estado de sitio afecta los derechos y garantías de las personas, la intervención federal afecta la autonomía de los sujetos de la relación federal (provincias y ciudad de Buenos Aires).

#### *IV.2. Institutos de emergencia no previstos expresamente en la Constitución*

Basta con una simple lectura del texto de ambas normas para comprobar que las causales previstas para los dos únicos institutos de emergencia de carácter general regulados expresamente en el texto constitucional contemplan únicamente situaciones generadas por causas políticas. No hay forma de dar cabida en esas normas a otras situaciones de emergencia generadas por hechos humanos de otro carácter, como podrían ser crisis económicas o sociales, ni por hechos de la naturaleza, como inundaciones, terremotos u otras catástrofes o, como hoy acontece, una pandemia.

Sin embargo, partiendo de la idea según la cual la adopción de medidas extraordinarias frente a situaciones de emergencia genuinas, que realmente ponen en peligro a la comunidad o a su Constitución, es una consecuencia del “derecho natural de autoconservación de la comunidad y del Estado” (26), la legislación ordinaria, unida a la jurisprudencia de la Corte Suprema que la fue convalidando, ha creado en nuestro ordenamiento jurídico institutos de emergencia no contemplados en el texto constitucional pero que en las últimas décadas se han generalizado en su aplicación, en especial la emergencia económica.

(26) SAGÜÉS, Néstor P., “Manual de derecho constitucional”, ob. cit., p. 588.

El precedente más remoto está en el fallo de la Corte Suprema de 1922 en “Ercolano c. Lanteri de Renshaw, Julieta” (27), que declaró válida la ley que, en el marco de una fuerte crisis habitacional y para evitar abusos, reguló el precio de los alquileres, afectando el derecho de libre contratación. Pero fue en el caso “Avico, Oscar A. c. De la Pesa, Raúl” (28), cuando declaró constitucional una ley de moratoria hipotecaria, donde se sentaron las bases del instituto de la emergencia económica, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que excepcionalmente admitió la validez de este tipo de medidas, en el marco de la llamada “Gran Depresión de los años 30”, principalmente en la causa “Missouri v. Holland” (29) y en el voto del *chief justice* Hughes en el caso “Home Building v. Blaisdell” (30).

Se señaló allí, citando esa fuente, que los requisitos básicos para que procedan las restricciones excepcionales a los derechos en estas situaciones no previstas constitucionalmente eran: 1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; 2) que la ley tenga como finalidad legítima la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos; 3) que la restricción al derecho sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias; 4) que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que la hicieron necesaria.

También se ha señalado que este tipo de situaciones de emergencias no reguladas por la Constitución no crean nuevos poderes, sino que “se manifiestan nuevas dimensiones del poder político, un ejercicio más pleno y diverso, superior a su actuación ordinaria” (31).

Ellas han sido conceptualizadas por la Corte Suprema en estos términos: “Se trata de una

(27) CS, Fallos 136:170.

(28) CS, Fallos 172:21.

(29) 252 US 416 (1920).

(30) 290 US 398 (1934).

(31) HARO, Ricardo, “Curso de derecho constitucional argentino”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2003, t. II, p. 267.

situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa 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” (32). Debe tratarse de un auténtico estado de necesidad, es decir, una circunstancia de hecho excepcional (33).

Al no estar regulado el instituto en la Constitución Nacional, por aplicación de la regla que surge de la doctrina general de la emergencia, corresponde que sea declarada por el Congreso de la Nación, y así se ha procedido en la mayoría de los precedentes.

Tratándose de situaciones de emergencia que carecen de regulación constitucional específica, la Corte Suprema ha dicho que las restricciones que se impongan a los derechos no pueden importar “una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales” (34).

De allí se desprende que lo que autoriza la emergencia es a postergar temporalmente el ejercicio del derecho, pero no a alterarlo, desconocerlo o menoscabarlo. Mediante el control de razonabilidad se determinará entonces si la medida restrictiva preserva la integridad del derecho, aunque postergue su ejercicio, en cuyo caso será válida; o, por el contrario, si lo altera o desnaturaliza, en cuyo caso será inconstitucional.

Entra aquí a jugar el control judicial de la validez constitucional de las medidas adoptadas

(32) CS, “Peralta”, consid. 43.

(33) CS, “Ghiraldo”, Fallos 202:456.

(34) CS, “Peralta”, consid. 43 y 44, LA LEY 1991-C, 158, con cita de Fallos 243:467.

como actos de aplicación del instituto de emergencia, donde el juzgador verificará que ellas se ajusten a los límites impuestos por los principios de reserva de la intimidad, legalidad, igualdad y razonabilidad, a los que hemos aludido más arriba (35). La diferencia radica en que, dado que en la situación de emergencia, por su propia naturaleza, el bien común exige sacrificios notoriamente más intensos de los derechos de las personas que los que requiere la simple convivencia en tiempos de normalidad, los estándares de razonabilidad van a variar también notablemente, de manera que restricciones que no pasarían ni remotamente el control de razonabilidad en circunstancias normales, sí resultan proporcionados y, por ende, razonables durante la emergencia.

Los requisitos de justificación y adecuación van a ser controlados verificando, en general desde un punto de vista técnico, que la restricción en cuestión resulte un medio idóneo para alcanzar la finalidad de bien común que se propone, esto es, superar la situación de emergencia, aunque —como se ha dicho— “no cabe exigir la realización total del fin buscado: basta una aptitud o posibilidad de cumplimiento parcial” (36).

El juicio de proporcionalidad es quizás el que se presta a mayores controversias, porque, para decidir si el gravamen que ocasiona a la comunidad es más o menos grave que el mal que se pretende evitar, entran en juego criterios de valoración que involucran diversos aspectos de índole axiológica, filosófica, política, ideológica, etcétera.

Además, el juicio de razonabilidad de la restricción no debe hacerse solo en abstracto, sino que es necesario contemplar las circunstancias del caso concreto que pueden tornar irrazonable, en ese contexto específico, lo que en condiciones generales es razonable. Por eso, la incautación por el Estado de los depósitos bancarios contra entrega de un título público pagadero a diez años, que fue considerada razonable en general en el citado caso “Peralta”, se declaró irrazonable e inconstitucional en el caso “Ia-

(35) Véase *supra*, punto III.

(36) CIANCIARDO, Juan, “Medios y fines...”, ob. cit.

chemet”, porque la afectada era una persona de edad avanzada (37); y la consolidación de deudas del Estado se ha considerado compatible con la Constitución en general, pero no así en un caso en el que el crédito era una indemnización por daños físicos en la persona y el acreedor debía afrontar inmediatamente gastos médicos (38).

### IV.3. La emergencia en el bloque de constitucionalidad

Al haberse incorporado a partir de 1994 un grupo de tratados internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad argentino, por imperio del art. 75, inc. 22, CN, estos forman parte del orden constitucional y constituyen un elemento normativo más a considerar, dado que también hay en ellos normas referidas a la emergencia, que vinculan como norma suprema de derecho interno, pero también convencionalmente en el orden internacional.

La Convención Americana de Derechos Humanos ha contemplado y regulado el efecto de la emergencia sobre los derechos en su art. 27.

Se contemplan como situaciones de emergencia los casos de “guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”. La fórmula, como puede apreciarse, tiene la suficiente amplitud para dar cabida a todo tipo de situación de emergencia, cualquiera sea la causa que la provoque, en tanto reúna las exigencias que hemos analizado anteriormente.

La situación de emergencia faculta al Estado a adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, dentro de los siguientes límites:

a) La suspensión debe ser razonable y guardar proporción con “las exigencias de la situación”.

b) También debe ser transitoria, “por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”.

c) No deben ser incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho internacional.

d) No deben entrañar discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

e) En ningún caso pueden suspenderse los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre, los principios de legalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, los derechos relativos a la protección de la familia, al nombre, los derechos políticos, ni las garantías judiciales indispensables para proteger esos derechos.

Como requisito formal para poner en vigencia la suspensión de los derechos por razones de emergencia, la Convención Americana de Derechos Humanos exige una inmediata comunicación a los demás Estados parte, por intermedio del secretario general de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de las disposiciones cuya aplicación se ha suspendido, los motivos en que se funda y el plazo de vigencia de la suspensión.

La CIDCP, en su art. 4º, regula la cuestión en términos casi idénticos, requiriendo —claro está— que la comunicación de la medida se efectúe por intermedio del secretario general de las Naciones Unidas.

### IV.4. El abuso de la emergencia

Una rápida revisión de la historia institucional de nuestro país revela que los sucesivos gobiernos en muchos casos han utilizado los institutos de emergencia, no como remedio extremo para situaciones excepcionales en las que se encuentra en juego la convivencia social o el orden constitucional, sino como herramienta ordinaria de gobierno para lograr una mayor concentración de poder. Es decir que los institutos previstos por el ordenamiento han sido utilizados con una finalidad distinta de la que les da justificación o sustento, y eso, desde la perspectiva de los principios ético-jurídicos, se denomina “abuso del derecho”. Por eso Hernández dice,

(37) CS, “Iachemet”, LA LEY 1993-D, 118.

(38) CS, “Fabrizio”, DJ 1996-1, 135.

con razón, que esto ha provocado la decadencia de nuestro Estado de derecho (39).

El estado de sitio ha sido utilizado abusivamente; por un lado, por la cantidad de veces que ha sido declarado, ya que desde 1853 hasta aquí ello ha ocurrido cincuenta y tres veces (40), lo que arroja un promedio de algo más de tres años entre una y otra declaración. Ello indicaría que nuestro país debería haberse hallado al borde de la disolución con esa frecuencia, lo que a todas luces se advierte excesivo y pone de manifiesto que las situaciones de emergencia invocadas no han reunido las condiciones de gravedad y excepcionalidad que debieran haber tenido para configurar un genuino estado de necesidad. Es decir que, probablemente, más de una vez ha sido invocado en forma espuria.

Pero también ha sido abusivo por la desmesurada duración en el tiempo de algunos de ellos, en especial el que se declaró por el gobierno constitucional en 1974, que se extendió después de su derrocamiento y hasta el retorno al orden constitucional, por un total de nueve años (41), lo que muestra a todas luces que no se ha respetado el principio de limitación temporal y se ha transformado en casi permanente lo que debió haber sido excepcional y transitorio.

Algo similar ha ocurrido con las emergencias económicas que comenzaron a declararse en la Argentina a partir de la ley 23.696 (42). Basta con pensar que la crisis económica de 2002 dio lugar a una declaración de emergencia eco-

nómica que prolongó su vigencia por quince años (43), durante los cuales la Argentina pasó del *default* a un periodo de bonanza económica sin precedentes en todos los países de la región, principalmente por el alza de los precios de los granos y alimentos en general.

Lo dicho nos permite concluir que los institutos de emergencia han sido empleados más como pretexto para concentrar un margen de poder que como instrumentos para superar situaciones excepcionales de necesidad colectiva. Cuando lo transitorio se transforma en permanente, queda de manifiesto que existe una invocación espuria de la emergencia.

Este estado de cosas al margen de la Constitución ha podido consolidarse más de una vez porque el Poder Judicial no siempre ha cumplido con la función que le asigna la Constitución Nacional de ser custodio y guardián de su supremacía, sino que en ocasiones ha mantenido una actitud complaciente bajo el pretexto de la teoría de la no judiciabilidad de las cuestiones políticas, que —podemos decir, parafraseando a Ricardo Haro— en estos casos importa una actitud, no de prudencia, sino de evasión judicial (44).

## V. La emergencia sanitaria por el COVID-19 en la Argentina

### V.1. La declaración de la emergencia y sus alcances

Según lo que ya hemos analizado, está fuera de toda duda que la situación generada por la pandemia de COVID-19 constituye una verdadera situación de emergencia global. Pero en la Argentina se da la particularidad de que esta irrumpe en un marco de crisis preexistente, motivada en gran medida por problemas económico-financieros, que ya había dado lugar a la declaración por el Congreso de la Nación de la emergencia en materia económica,

(43) En el año 2002 se dicta la ley 25.561, que declara una nueva emergencia económica por dos años y fue prorrogada sucesiva e ininterrumpidamente por las leyes 25.820, 25.972, 26.077, 26.204, 26.339, 26.456, 26.563, 26.729, 26.896 y 27.200, hasta el 31/12/2017.

(44) HARO, Ricardo, "Constitución, poder y control", Ed. UNAM, México, 2002, ps. 173 y ss.

(39) HERNÁNDEZ, Antonio M., "Las emergencias y el orden constitucional", Ed. UNAM — Rubinzal-Culzoni, 2003, ps. 67 y ss.

(40) Véase ZIULU, Adolfo G., "Estado de sitio. ¿Emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?", Ed. De palma, Buenos Aires, 2000.

(41) La presidente María E. Martínez de Perón declaró el estado de sitio por dec. 1368/1974, del 06/11/1974, y el gobierno *de facto* que la desplazó del poder lo mantuvo hasta el 28/10/1983.

(42) En 1989, la ley 23.696 declaró formalmente la emergencia económica, en cuyo marco se dictó el dec. 36/1990, que dispuso que los depósitos bancarios a plazo fijo fueran pagados con bonos del Estado Nacional, y la ley 23.982, que facultó al Estado a pagar sus deudas con bonos.

financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social mediante ley 21.541, sancionada el 21/12/2019, cuando nadie podía imaginar lo que ocurriría en los meses subsiguientes.

Al detectarse en el país los primeros casos de personas contagiadas de COVID-19, y teniendo conocimiento de lo que había ocurrido semanas antes en países europeos, el Poder Ejecutivo se apoyó en uno de los aspectos de la emergencia declarada por la ley recién mencionada —la emergencia sanitaria— y amplió sus alcances mediante un decreto de necesidad y urgencia (DNU 260/2020).

Se cuestiona que las circunstancias fácticas que tuvo en cuenta el legislador para declarar la emergencia sanitaria no son coincidentes con las que motivaron el DNU 260/2020, por lo que afirman que se trata de otra emergencia, en este caso declarada unilateralmente por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, y aunque el argumento es parcialmente cierto, no parece que pueda considerarse que medió un exceso por parte del presidente en esto. La situación fáctica que tuvo en cuenta el Congreso para declarar la emergencia sanitaria fue la insuficiencia de medios del sistema sanitario argentino para hacer frente a los requerimientos ordinarios de la atención de la salud de la población. Es evidente que la inminente llegada de la pandemia, cuyos efectos en otros países estaban a la vista, provocaría una profundización notoria de aquella circunstancia. O sea que, más que ante una nueva y distinta situación de hecho, estamos frente al notorio agravamiento de la misma situación fáctica por una circunstancia sobreviniente.

Por otra parte, cualquier duda que pudiera generarse sobre el punto quedaría desvanecida con la ratificación posterior del Congreso, trámite este que ya obtuvo media sanción de la Cámara de Senadores por unanimidad (45), lo que hace previsible igual resolución en Diputados; de todos modos, un eventual rechazo por parte de esta Cámara no tendría efectos derogatorios del decreto de necesidad y urgencia, conforme a la previsión del art. 24 de la ley 26.122.

Sobre la base de esa emergencia así declarada, se dispusieron en ese mismo acto las primeras restricciones a los derechos, que originariamente fueron muy leves, principalmente medidas preventivas, suspensión transitoria de vuelos de zonas afectadas y aislamiento obligatorio por 14 días para contagiados, “casos sospechosos”, contactos estrechos y quienes arribaban desde zonas afectadas.

Pero a partir de allí se desencadena una sucesión de decretos de necesidad y urgencia que generan un grado de restricción a los derechos como no se había conocido jamás. El aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por el DNU 297/2020, del 20/03/2020, importó la obligación de toda persona, como regla, de permanecer en su residencia o en el lugar en que se encontrara a las 0 horas del día 20 de marzo, de abstenerse de concurrir a su lugar de trabajo y de desplazarse por rutas, vías y espacios públicos. Esa medida, que originariamente se dispuso para regir hasta el 31 de marzo, fue prorrogada en su vigencia de manera sucesiva hasta llegar al 07 de junio próximo, aunque con flexibilizaciones (mayor cantidad de personas exceptuadas) en zonas con menor contagio.

No hace falta demasiado esfuerzo para comprender que la norma que nos ocupa no solo restringe la libertad de circulación, sino que ella afecta a una inmensa cantidad de derechos y libertades constitucionales más, en un grado nunca antes visto. Están afectadas en alto grado la libertad de trabajar, de ejercer toda industria lícita y de comerciar, salvo para aquellos que se dedican a una de las actividades exceptuadas; también está restringida al extremo la libertad de ingresar al país a consecuencia del cierre de fronteras, lo que resulta particularmente gravoso para los argentinos que por cualquier motivo se encontraban fuera del país transitoriamente a la fecha de adopción de tales medidas. Están también fuertemente afectadas la libertad religiosa y la libertad de reunión, ya que no están permitidas estas últimas, ni las ceremonias religiosas públicas. Y, aunque la restricción se atenúa con el uso de la tecnología y las modalidades virtuales, también sufre limitaciones extraordinarias la libertad de enseñar y aprender.

Además, otras normas complementarias que se han ido dictando afectan otros derechos,

(45) Véase en <https://www.telam.com.ar/notas/202005/463275-senado-sesion-virtual-coronavirus>.

como el de propiedad, con el congelamiento de cuotas hipotecarias (46) o de alquileres con más prórroga de contratos y suspensión de desalojos (47). También la libertad de contratación, con la prohibición de despidos (48).

El derecho a la intimidad y privacidad resulta también alcanzado por las medidas de emergencia, en tanto se recurre al uso de tecnología de vigilancia para rastrear la propagación del virus, almacenando en forma masiva datos que, en muchos casos, hacen a la vida privada de las personas.

Por otra parte, de manera indirecta, las medidas de emergencia afectan derechos económicos y sociales, principalmente de quienes pertenecen a los grupos más vulnerables. En especial por la secuela de desocupación que ellas traen aparejada, lo que repercute no solo en el derecho al trabajo, sino también en otros derechos, como el de la vivienda, la alimentación, la vestimenta, a la protección de la familia, a un nivel de vida adecuado, al acceso a medicamentos y tecnologías sanitarias, material de bioseguridad, etcétera.

Los casos mencionados bastan para comprender que es tan amplia la nómina de derechos cuyo ejercicio aparece restringido en grado sumo que, en la práctica, la regla de la libertad del art. 19, CN, según la cual lo que no está prohibido por la ley está permitido, parece haberse invertido, y hoy, en general, si lo que quiero hacer no está permitido expresamente (o sea, comprendido en una excepción), es altamente probable que se considere prohibido.

A estar al texto de las normas que sirven de base a esta emergencia sanitaria, se advierte una clara intención declarada de encuadrar las medidas de emergencia invocadas dentro del orden constitucional. Es una señal clara de ello el hecho de que en la fundamentación del decreto mencionado en último término se invocan las disposiciones del art. 14, CN, y también las de los arts. 12, inc. 3°, del PIDCyP, y 22, inc. 3°, de la CADH, que contemplan las razones de sa-

lud pública como causales que habilitan restringir el derecho de libre circulación y residencia.

Claramente, hay en los fundamentos del decreto una argumentación que permite descartar una voluntad de apartarse del orden constitucional. Pero el encuadramiento normativo no es el adecuado, porque no debió haberse hecho en disposiciones referidas al ejercicio ordinario del poder de policía de salubridad, cuando en rigor estamos frente a restricciones graves y excepcionales que más bien deberían buscar anclaje normativo en el art. 4° del PIDCyP, en el art 27 de la CADH y en la doctrina jurisprudencial de la emergencia de la Corte Suprema. Máxime si las normas se fundan en una emergencia sanitaria que había sido previamente declarada por ley y resultó fuertemente agravada por la llegada de la pandemia.

Lo dicho no importa abrir juicio sobre la validez de las restricciones mencionadas, que si bien se ha dicho son graves, también es de inusitada gravedad el riesgo para la salud pública que con ellas se pretende superar. Pero está evidenciado que no se trata aquí del mero ejercicio del poder de policía sanitario ordinario, sino de poner en vigencia un instituto de emergencia de carácter general.

Sí parece correcto haber encarado esta situación de emergencia como un instituto de emergencia no regulado en el texto de la Constitución, a semejanza de lo que aconteció con la emergencia económica.

Hay quienes han cuestionado eso diciendo que debió haberse declarado el estado de sitio si se quería dar sustento constitucional a las fuertes restricciones impuestas, pero esa postura pierde de vista que este instituto ha sido previsto en el art. 23, CN, para hacer frente solo a las emergencias políticas. Aunque asumiéramos —haciendo un esfuerzo— que la pandemia pudiera asimilarse al supuesto de “conmoción interior” que menciona esa norma, no habría forma de sostener que ella pone en peligro el ejercicio de la Constitución Nacional o las autoridades creadas por ella, que es el otro requisito necesario para configurar la causal.

El estado de sitio ha sido pensado para otro tipo de casos y, por eso, además de habilitar res-

(46) DNU 319/2020, del 29/03/2020.

(47) DNU 320/2020, del 29/03/2020.

(48) DNU 329/2020, del 31/03/2020.

tricciones a los derechos más graves que las tolerables en tiempos de tranquilidad, faculta al presidente “respecto de las personas a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino”.

En cuanto a las restricciones graves a los derechos, no hacía falta el estado de sitio para que sean válidas. Idénticas razones a las que se utilizaron para convalidar las que se impusieron sobre la base de la declaración de emergencia económica bastan y sobran para justificar las de la emergencia sanitaria. Me atrevo a decir que con mayor razón aún.

En cuanto a la facultad de arrestar y trasladar a las personas, no es algo que el Ejecutivo haya pretendido hacer hasta aquí, y no se advierte para qué podría necesitar hacerlo en orden a combatir la pandemia. Por otra parte, si se hubiera declarado el estado de sitio y arrestado a alguna persona, no podría hacerse efectivo el derecho de opción a abandonar el país, dado el cierre de fronteras dispuesto por las mismas normas de emergencia.

## V.2. La emergencia sanitaria y el federalismo

La emergencia sanitaria ha tenido también su impacto en la relación federal argentina, y podríamos decir, en principio, que este ha sido ambivalente, ya que, por un lado, el sistema muestra un grado no desdeñable de coordinación y articulación interjurisdiccional entre el gobierno federal, las provincias, la ciudad de Buenos Aires y los municipios de provincia, pero, por el otro, se advierte a la vez un grado innecesario de concentración en la toma de ciertas decisiones.

Por un lado, debemos tener en cuenta que las potestades en materia de salud en nuestro sistema constitucional son típicamente concurrentes y, en el caso de la provincia de Córdoba, su Constitución, en el art. 59, ha puesto especial énfasis en reafirmar para sí la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud, a la vez que prevé la necesidad de concertar con el gobierno federal, otras provincias, municipios e instituciones sociales públicas y privadas la política sanitaria.

Es evidente que medidas de emergencia como las dispuestas por el régimen establecido a partir de los DNU 260/2020 y 297/2020 jamás hubieran podido producir los efectos deseados si no se hubiera integrado al sistema a las autoridades provinciales, de la ciudad de Buenos Aires y de los municipios de provincia, porque para hacerlas cumplir de manera efectiva es imprescindible la presencia territorial, de la que carece el gobierno central. Un funcionario desde un despacho de la Capital Federal no habría logrado asegurar el cumplimiento del aislamiento social.

Por convicción o por necesidad, el gobierno federal debió recurrir a las autoridades locales para legitimar su decisión en el anuncio y convocarlas a coordinar y articular medidas (49) y a asumir el rol de agentes naturales suyos “para hacer cumplir la Constitución Nacional y las leyes de la Nación”, conforme al art. 128, CN (50) y a ejercer atribuciones propias en la fiscalización. Allí advertimos un paso hacia el federalismo de concertación que articula el ejercicio de las competencias.

Sin embargo, hay otros aspectos en los que se observa una innecesaria centralización en la toma de decisiones, más propias de un Estado unitario. Así, por ejemplo, cuando el art. 2º del DNU 355/2020 concentra en el jefe de Gabinete la facultad de autorizar los pedidos de exceptuar del aislamiento a personas que cumplan determinadas actividades o que residan en determinadas áreas geográficas, restringiéndose la atribución de los gobernadores de pedir esa excepción.

No se puede menos que coincidir con Hernández cuando dice que ese tipo de decisiones debieron haberse reservado a los gobiernos provinciales y municipales, en atención a la diferente realidad que presenta la pandemia en las diversas provincias y municipios (51).

(49) Art. 2º, incs. 11, 12 y 15, del DNU 260/2020.

(50) Art. 10, DNU 297/2020.

(51) HERNÁNDEZ, Antonio M., “Cuando la emergencia atenta contra el federalismo”, *La Voz del Interior* del 27/04/2020.

### *V.3. La emergencia sanitaria y la República*

Parece claro que basta con la declaración de emergencia sanitaria por ley para habilitar las restricciones excepcionales a los derechos, cuya validez constitucional y legitimidad deberá ser susceptible de contralor judicial de razonabilidad en los términos y con los alcances de la doctrina de la emergencia a la que ya nos hemos referido.

Ahora bien, hay al menos dos cuestiones que merecen ser observadas en cuanto a la vigencia efectiva de esta emergencia sanitaria en la Argentina y que muestran una grave deficiencia en la forma republicana de gobierno y generan el riesgo de pasar de la emergencia dentro del orden constitucional a la que se sustrae de él.

En primer lugar, la inacción de los Poderes Legislativo y Judicial pone en riesgo el principio republicano, porque traspasa en la práctica una cuota de poder al Ejecutivo que resulta incompatible con aquel. En efecto, si la emergencia permite un ejercicio más enérgico por parte del presidente de sus atribuciones constitucionales, en igual medida debiera fortalecerse la energía del control de parte de los otros dos poderes, en lo político y económico financiero el Legislativo, y el Judicial en lo jurídico, controlando que las restricciones a los derechos se ajusten a los principios de legalidad, razonabilidad e igualdad.

Pero, aunque las Cámaras del Congreso de la Nación han tenido recientemente cada una su primera sesión virtual, han permanecido inertes durante casi dos meses, durante los cuales el Ejecutivo ha dictado veinte decretos de necesidad y urgencia. No se alcanza a comprender cuál es el motivo por el cual las sesiones de las Cámaras deban ser virtuales. Si quienes se dedican a “actividades y servicios esenciales” han sido exceptuados de cumplir el aislamiento social preventivo y obligatorio, ¿por qué no pueden los legisladores desplazarse hasta el recinto? O, en todo caso, si el ámbito utilizado a esos fines normalmente no tiene el espacio suficiente para respetar el “distanciamiento social” necesario para prevenir los contagios, ¿por qué razón no se buscó y habilitó un espacio mayor?

No parece sostenible argumentar que los legisladores no estaban mencionados entre los casos exceptuados del aislamiento en el dec. 297/2020, porque repugnaría al principio de independencia de los poderes el solo pensar que los senadores y diputados dependen de una autorización del presidente de la Nación para poder trasladarse desde su casa hasta el Congreso.

El mismo argumento y los mismos interrogantes valen para los jueces y funcionarios del Poder Judicial, que también entró en una prolongada feria, de manera que el acceso a la justicia les quedó restringido a los habitantes de la Nación, precisamente en tiempos de fuertes restricciones a los derechos. Personas que se veían impedidas de trasladarse desde el lugar donde los sorprendió la medida de aislamiento obligatorio hasta sus domicilios personales o de ejercer otros derechos humanos veían seriamente dificultado su derecho a la jurisdicción con un Poder Judicial en feria.

Por otra parte, y vinculado con el estancamiento del Poder Legislativo, podemos advertir que entre los muchos decretos de necesidad y urgencia dictados en los últimos dos meses hay algunos que resultan difíciles de vincular con las necesidades públicas para hacer frente a la pandemia. Así, por ejemplo, la modificación del presupuesto dispuesta por el DNU 457/2020, del 11/05/2020, máxime cuando amplía fuertemente las atribuciones del jefe de Gabinete para realizar reasignaciones presupuestarias, produciendo así un traspaso a este órgano, dependiente del Ejecutivo, de atribuciones que la Constitución le asignó al Congreso.

### **VI. Conclusiones**

El análisis efectuado nos permite concluir que la emergencia sanitaria declarada en la Argentina con motivo de la pandemia de COVID-19 ha sido correctamente declarada y, de acuerdo con la doctrina de la emergencia generada por la jurisprudencia de la Corte Suprema, habilita restricciones excepcionales a los derechos constitucionales que resulten adecuadas para reducir los efectos nocivos de la pandemia y sean proporcionadas y temporarias, distribuyendo su peso de manera igualitaria.

La fundamentación y el contenido general de las normas dictadas permiten descartar que nos hallemos frente a un estado de excepción que pretenda prescindir de la Constitución, sino más bien que se subordina a ella.

Pero ello no obsta a que se adviertan algunas disposiciones y comportamientos de los órganos del Estado que resultan discutibles e incluso objetables desde el punto de vista constitucional e importan una claudicación riesgosa para la continuidad misma del orden constitucional, porque está siempre latente el riesgo de que se incurra en un abuso de la emergencia que, de persistir, podría deslizar imperceptiblemente el instituto desde una emergencia dentro de la Constitución, como se ha declarado a sí misma, hacia una suspensión o incluso destrucción de la Constitución.

En cuanto al federalismo, el régimen de emergencia que se ha puesto en vigencia puede calificarse de ambivalente, ya que, si bien en muchos aspectos busca la coordinación y articulación entre el gobierno federal y las autoridades locales, en materias que son típicamente concurrentes, en otras genera una centralización innecesaria e incompatible con una relación federal.

Un ejercicio vigoroso de sus facultades de control, del Congreso en lo político y del Poder Judicial en lo jurídico y en la tutela de los derechos humanos, es sin lugar a dudas lo único que puede garantizar la continuidad plena de la vigencia de la Constitución, aun dentro de las limitaciones que trae aparejadas la emergencia.

# Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en la Argentina

Antonio M. Hernández (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Las emergencias y el orden constitucional.— III. La emergencia del COVID-19 en la Argentina.— IV. Propuestas y reflexiones finales.

## I. Introducción

Estas reflexiones sobre estos temas de gran complejidad, importancia y actualidad se efectuarán en tres acápites. El primero, destinado a los aspectos conceptuales de las emergencias, sus institutos respectivos y el impacto que producen en el orden constitucional y en los derechos humanos.

Y aunque el objeto de análisis está enfocado en el caso de la Argentina principalmente, no puede desconocerse su trascendencia en los ámbitos regionales americanos y mundiales.

En segundo lugar, se considerará lo ocurrido en nuestro país para enfrentar al COVID-19, bajo el punto de vista institucional y constitucional, por parte de los diversos órdenes gubernamentales de la Federación.

Y, finalmente, presentaremos unas breves reflexiones finales sobre estas cuestiones que afectan a la humanidad entera y a sus países y organizaciones internacionales (1).

---

(\*) Académico de Número. Director del Instituto de Federalismo. Profesor titular plenario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal de la UNC; profesor honorario de la UBA y *postdoctoral senior fellow* de la State University of New York at Buffalo Law School. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Vocal del Consejo Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Exconvencional constituyente de la Nación.

(1) Con fecha 05/05/2020 se han contabilizado 3.705.883 afectados y 256.544 muertos a nivel mundial por el COVID-19, según información de la John Hopkins University. La emergencia en salud pública fue dispuesta por la Organización Mundial de la Salud con fecha 30/01/2020 y fue calificada como pandemia el

## II. Las emergencias y el orden constitucional

El problema de las emergencias *tiene un alcance global y ha merecido especial tratamiento por las Naciones Unidas*, a través de su Consejo Económico Social y de su Comisión de Derechos Humanos, que desde hace más de tres décadas comenzó el estudio y seguimiento de su impacto en los Estados de derecho y en los derechos humanos. El relator especial, Leandro Despouy, sostuvo en las Conclusiones y Recomendaciones de su 10º Informe que entre 1985 y 1997 hubo más de 100 países que vivieron bajo estados de excepción y que ello ocurrió en todos los continentes, de tal manera que existía una peligrosa tendencia en el mundo a que la excepción se convierta en la regla (2).

Fue lo que advirtió en su momento Giorgio Agamben en su conocida obra sobre el “Esta-

---

11/03/2020. El origen del coronavirus fue en la ciudad de Wuhan, en China, que ocultó información y demoró las comunicaciones a nivel internacional. En solo algo más de una decena de pequeños países isleños no se han reportado casos de contagio dentro de los 194 reconocidos por la ONU, lo que indica la magnitud notable de la pandemia.

(2) El informe fue titulado “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: la cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción”, de fecha 23/06/1997, en el 49º período de sesiones de las Naciones Unidas, con versión original en inglés. Con motivo del COVID-19 se ha mencionado que más de 50 países han declarado estados de emergencia. Para un análisis de la legislación comparada en esta materia véase GINSBURG, Tom — VERSTEEG, Mila, “COVID-19. Estados de emergencia: Parte 1”, *Revista de Derecho de la Universidad de Harvard*, 17/04/2020, [www.harvard-lawreview.org](http://www.harvard-lawreview.org).

do de excepción” (3), convertido en un sistema normal de gobierno, con avances sobre la democracia y los derechos individuales (4).

Por su parte, la Asociación Internacional de Derecho Constitucional organizó junto a la Asociación Argentina de Derecho Constitucional una mesa redonda sobre “Constitucionalismo en tiempos de emergencia” (5). El primer panel consideró el siguiente tema: “Schmitt vs. Dicey: ¿Están los estados de emergencia dentro o fuera del orden jurídico?”, y fue su objetivo promover el debate sobre los aspectos jurídico-filosóficos de los estados de emergencia.

David Dyzenhaus (6) sostuvo que, frente al pensamiento de Schmitt enunciado en su obra “Political theology”, que se sintetiza en que no hay norma aplicable al caos y que es soberano el que decide en última instancia sobre la excepción (7), las distintas respuestas posibles operadas desde el liberalismo correspondieron a John

(3) AGAMBEN, Giorgio, “State of exception”, Ed. Chicago University Press, Chicago, 2005.

(4) Para un debate actual sobre esta cuestión desde una perspectiva filosófica, véase AGAMBEN — ZIZEK — BERARDI — NANCY — HAN *et al.*, “Sopa de Wuhan”, Ed. ASPO, *e-book* con el diseño y la edición de Pablo Amadeo, 2020. El libro está dedicado a Li Wenliang, que fue el primer médico que denunció el virus en la ciudad de Wuhan, siendo por ello perseguido por el gobierno de China y finalmente muerto por la pandemia.

(5) Que organizáramos en Córdoba, durante los días 24 y 25/06/2005, en nuestro carácter de presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Con base en ello, ambas asociaciones publicaron el libro HERNÁNDEZ, Antonio M. (coord.) — BREWER CARÍAS — BURGORGUE-LARSEN — CEA EGAÑA — CHO — DALLA VIA — DYZENHAUS — GARLICKI — GONZÁLEZ CRUZ — HERNÁNDEZ — ROSENFELD — SABSAY — SAGÜÉS — SAUNDERS — VANOSSI, “Constitucionalismo en tiempos de emergencia”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2007.

(6) Profesor de la Universidad de Toronto, Canadá, autor del artículo “Schmitt vs. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?”, en HERNÁNDEZ, Antonio M. (coord.), *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, ob. cit., ps. 93-133.

(7) SCHMITT, Carl, “Political theology: four chapters on the concept of sovereignty”, Ed. MIT, Cambridge, Massachusetts, 1988.

Locke (8), lord Hoffmann, *law lord* (9), y Albert V. Dicey (10). Luego analizó las opiniones de Ferejohn y Pasquino (11) sobre Dicey y las correspondientes a Kelsen (12) y Dworkin (13). Más adelante criticó los puntos de vista de Rositer (14) y coincidió con Giorgio Agamben (15) en sus posiciones contrarias a Schmitt. Posteriormente consideró las respuestas al terrorismo luego del ataque a las Torres Gemelas del 09 de septiembre, oponiéndose a los criterios de Bruce Ackerman (16) y Sunstein (17), por sus interpretaciones sobre los fallos de la Corte Suprema norteamericana (18). Finalmente, el autor analizó el modelo de legalidad de

(8) En sus “Two treatises on government”.

(9) En el caso “A. v. Secretary of State for the Home Department” (2005), 2 WLR 87, §§ 88-89.

(10) En su “Introduction to the study of the law of the Constitution”, Ed. MacMillan, Londres, 10ª ed., 1959.

(11) FEREJOHN, John — PASQUINO, Pasquale, “The law of the exception: A typology of emergency powers”, *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, ps. 210-239.

(12) Con relación a la *identity thesis*, o sea, que el Estado está constituido totalmente por el derecho.

(13) DWORKIN, Ronald, “Hard cases”, en *Taking rights seriously*, Ed. Ducworth, Londres, 1977, ps. 81-121.

(14) En su obra “Constitutional dictatorship”, Ed. Princeton University Press, Princeton, 1948.

(15) AGAMBEN, Giorgio, “State of exception”, ob. cit.

(16) ACKERMAN, Bruce, “The emergency Constitution”, *113 Yale Law Journal* 1029, 2004. Debe destacarse su concepto del *super-majoritarian escalator*, donde defiende la necesidad de la aprobación legislativa de la declaración de emergencia por un corto tiempo, y luego, en cada renovación, el requerimiento de una mayoría más calificada de legisladores. Ello, buscando la colaboración entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, con estricto control republicano y democrático durante la emergencia.

(17) SUNSTEIN, Cass, “One case at a time: Judicial minimalism at the Supreme Court”, Ed. Harvard University Press, Harvard, 1999.

(18) En “Korematsu” y “Endo” (1944) y “Hamdi” (2004). Para otro análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, que incluyen “Hamdi”, “Rasul” y “Padilla” (2004), además de los dictados por los más altos tribunales de Inglaterra y de Israel sobre la guerra contra el terrorismo, véase ROSENFELD, Michel, “Judicial balancing in times of stress: comparing diverse approaches to the war on terror”, en HERNÁNDEZ, Anto-

Dicey (19) y fijó su posición a favor del *rule of law* substantivo en todo momento, incluso en las emergencias, mediante un accionar de cooperación de los tres poderes del Estado, para que los funcionarios intervinientes actúen bajo los principios del orden legal (20). Esta respuesta de las democracias constitucionales y liberales a las emergencias requiere siempre la participación del Poder Legislativo, aunque tenga mayores poderes el Ejecutivo, y con el debido control por parte del Poder Judicial, para la defensa de los derechos individuales.

Daniel Sabsay (21), al comentar el trabajo anterior, dijo: “Consideramos que el aporte de Dyzenhauz adquiere una lectura diferente a la luz de lo que acontece en los países desarrollados y en los que se encuentran en vías de desarrollo. En estos últimos las instituciones de emergencia se convierten muchas veces en recursos permanentes de los gobernantes, sobre todo de los titulares de ejecutivos presidencialistas. En los primeros se trata de momentos excepcionales de su vida institucional. El mensaje que queda para quienes habitamos en donde lo extraordi-

nario se transforma en ordinario con inusitada y recurrente facilidad, consiste en descubrir que donde esto no ocurre, de todos modos, se cuestiona seriamente el fenómeno. Asimismo, se busca el modo de limitar sus consecuencias y de acentuar los controles. Todas lecciones que deben ser tomadas seriamente en cuenta, ya que de lo contrario desaparece la misma razón del ser del Estado de derecho para dar cabida a la razón de Estado” (22).

Con respecto a la región europea, debe destacarse el importante trabajo efectuado por la Comisión de Venecia (23), que compila la doctrina sobre los estados de emergencia en sus diversos aspectos: declaración y sus requisitos, duración, intervención del Parlamento y revisión por parte del Poder Judicial (24), restricciones a los derechos fundamentales (25), la necesidad

(22) Los otros paneles analizaron estos temas: “Derecho, política y emergencias: tres perspectivas”, para una consideración jurídico-política de la emergencia, a cargo de Vanossi, Rosenfeld, y Burgorgue-Larsen; “Constitucionalismo y emergencias políticas, económicas y sociales en América del Sur”, con el objetivo de analizar la cuestión en nuestra región, por parte de Valadés, Cea Egaña, Brewer Carías y Dalla Via; “Derecho supranacional y derecho internacional”, cuyo objetivo fue el análisis de los tratados y la jurisprudencia de dicho carácter, a cargo de Néstor Sagüés, Byung-Yoon Cho y Lech Garlicki, en su carácter de exmiembro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por último, las conclusiones finales estuvieron a cargo de Cheryl Saunders y Didier Maus, presidente y vicepresidente de la Asociación Internacional. Por razones de extensión de este trabajo, no podemos detenernos en su consideración, para lo que remitimos a la obra ya citada, aunque debemos poner de relieve que en las distintas exposiciones se advirtió una común preocupación por subordinar las emergencias y sus institutos a las Constituciones y al derecho internacional de los derechos humanos.

nio M. (coord.), *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, ob. cit., ps. 151 y ss.

(19) DICEY, Albert V., “Introduction to the study of the law of the Constitution”, ob. cit. El autor, en su análisis del derecho inglés, puso de relieve que en el estado de emergencia siempre es necesaria la respuesta legislativa del Parlamento en primer lugar, y que, además, no hay posibilidad de instaurar una ley marcial en el sentido del estado de sitio francés. Dyzenhauz expresa: “*rule by law and rule of law are for Dicey two sides of the same coin*”; véase DYZENHAUS, David, “Schmitt vs. Dicey...”, ob. cit., p. 127.

(20) El autor rechaza la posibilidad, que admiten algunos, de que haya un dualismo con el *rule of law* en tiempos normales y sin él en tiempos de emergencia. Ob. cit., ps. 132-3. Sobre estos aspectos conceptuales y teóricos, que consideramos de especial complejidad, véase, asimismo, el importante artículo de RIBERI, Pablo, “Assessing republican wariness in times of hazard and turmoil”, en EBERHARD, H. — LACHMAYER, K. — RIBAROV, G. — TALLEINGER, G. (eds.), *Constitutional limits to security. Proceedings of the 4th Vienna Workshop on International Constitutional Law*, Ed. Nomos — Facultas, 2009, ps. 189-215.

(21) DYZENHAUS, David, “A propósito de Schmitt contra Dicey: Están los estados de emergencia dentro o fuera del orden jurídico”, en HERNÁNDEZ, Antonio M. (coord.), *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, ob. cit., p. 139.

(23) Que es la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, del Consejo de Europa, y que publicó online el 16/04/2020 una compilación de las Opiniones y los Reportes sobre estados de emergencia, que reviste especial trascendencia y que también comprende la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

(24) Esta intervención de los Poderes Legislativo y Judicial en todo estado de emergencia es la Recomendación 1713 de 2005 adoptada por el Parlamento Europeo, para evitar lesiones a los derechos fundamentales. Véase el punto sobre las “Declaraciones de estados de emergencia, su definición y requisitos”.

(25) Se indican los estándares similares del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 4°), de

y proporcionalidad de las medidas de emergencia, el respeto por las competencias de los gobiernos locales, entre otras cuestiones (26). Se destaca en el trabajo el caso de las Constituciones de Austria, Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Italia, Noruega, Suecia y Suiza, que no contienen disposiciones sobre estados de emergencia (27).

*Con relación a nuestra región, la Corte Interamericana de Derechos Humanos* emitió su Declaración 1/20 de 09 de abril pasado, bajo el título “COVID-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectivas de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, que reviste especial importancia.

Allí, se considera que el multilateralismo es esencial para coordinar los esfuerzos regionales para contener la pandemia, bajo un enfoque de derechos humanos. Y que las medidas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de los derechos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos (28).

*Con respecto a la Argentina*, decía en las Palabras Previas de un libro de nuestra autoría con

la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 15) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 27), con relación a la vigencia de los derechos fundamentales y al alcance de sus limitaciones durante los estados de emergencia. Véase el punto titulado “Benchmarks”, y el “Rule of Law Checklist CDL-AD” (2016), 007.

(26) También se considera el tema de las elecciones en razón de las emergencias. Véase el punto X: “Elections during states of emergency”.

(27) En el punto IV: “Constitutional entrenchment of the state of emergency”.

(28) Estos son los conceptos iniciales de la Declaración, remitiendo a ella para su completa consideración. Para un análisis de derecho comparado en nuestra región véase GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria — VALADÉS, Diego (coords.), “Emergencia sanitaria por COVID-19: derecho constitucional comparado”, *online*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2020, producida por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

este mismo título (29): “...destinamos este ensayo al análisis de los procesos de emergencia y el orden constitucional, para intentar demostrar desde esta óptica, cómo y porqué se produjo la decadencia de nuestro Estado de derecho a lo largo de nuestra historia institucional y cómo podemos efectuar modificaciones en la actualidad y en el futuro, con la finalidad de afirmar definitivamente los valores del Estado constitucional y democrático de derecho”.

Sin poder realizar un análisis exhaustivo de los temas tratados en la obra, queremos mencionar algunos aspectos relevantes, entre los que se encuentran la *distinción entre emergencias e institutos de emergencia* y el uso y abuso de los *distintos institutos de emergencia que hemos padecido*.

Sobre el *concepto de emergencia*, expresó Germán Bidart Campos (30): “son situaciones anormales o casos críticos, que previsibles o no, resultan extraordinarios y excepcionales. Este carácter excepcional proviene, no tanto de la rareza o falta de frecuencia del fenómeno o episodio, cuanto de que, por más repetido que resulte, se lo considera patológico dentro del orden previsto por la Constitución. Por eso, siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica, y se hace valer la doctrina del estado de necesidad” (31).

(29) HERNÁNDEZ, Antonio M., “Las emergencias y el orden constitucional”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, 1ª y 2ª eds.; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM — Rubinzal-Culzoni, México, 2003, con “Prólogo” de Diego VALADÉS. Para un análisis más profundo de lo que expondremos, remitimos a este libro en razón de brevedad. Véase, además, HERNÁNDEZ, Antonio M., “Limitaciones a los derechos y garantías”, en HERNÁNDEZ, Antonio M. (dir.), *Derecho constitucional*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 2 ts., cap. XII, 2ª parte.

(30) BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución reformada”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, t. 2, p. 349.

(31) Por su parte, Segundo V. Linares Quintana afirmó que la “libertad no se salvaguarda eliminando las condiciones que hacen posible su existencia” y recordó a José Manuel Estrada en la Convención Constituyente Provincial de Buenos Aires de 1870-1873: “...Tratamos de establecer instituciones libres. ¿Y qué quiere decir, señor, una libertad que no puede salvarse sino derogándola de cuando en cuando? [...]. ¿Qué me importa tener leyes,

Por nuestra parte, consideramos que las emergencias y sus institutos: a) son situaciones excepcionales que afectan el orden constitucional, b) pueden ser originadas en diversas causas: políticas, económicas, sociales o de la naturaleza (32); c) para enfrentarlas, el derecho crea diversas instituciones de emergencia (33); d) estas producen un acrecentamiento de facultades en los poderes estatales y particularmente en el Ejecutivo y, correlativamente, decaimiento y restricciones en los derechos y garantías individuales; e) debe existir un verdadero estado de necesidad; f) debe mantenerse el pleno funcio-

---

Constitución y garantías para tiempos pacíficos y normales, si estas garantías se han de suspender cuando los casos de más peligro, es decir, en los tiempos críticos?" ("Tratado de la ciencia del derecho constitucional", Ed. Alfa, Buenos Aires, 1956, t. 5, ps. 396-7).

(32) BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución reformada", ob. cit., t. 2, p. 349. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que las situaciones de emergencia "...derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios; a veces son acontecimientos de carácter físico, como un terremoto, una grave epidemia, etc.," y estableció como criterio general: "Aunque la emergencia no puede crear un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes y ya gozados" (CS, 21/06/1957, "Perón, Juan D."). Y en otro fallo sostuvo sobre esto último: "...el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda" (CS, 27/12/1990, "Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, BCRA"). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sobre "alguna emergencia que amenace la vida de la Nación", dijo que "el significado es suficientemente claro y que se refiere a una situación excepcional o emergencia que afecta al conjunto de la población y que constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado" (TEDH, 01/07/1961, "Lawless v. Irlanda", nro. 327/57, consid. 28, bajo la presidencia del gran jurista y Premio Nobel de la Paz René Cassin).

(33) Bidart Campos distinguió las "emergencias" de los "institutos de emergencia", que eran "creaciones del derecho que importan medidas de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias". BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución reformada", ob. cit., ps. 349-51.

namiento del sistema republicano, con especial énfasis en el accionar del Congreso y del Poder Judicial, para el control de constitucionalidad; g) debe respetarse la forma federal de Estado; y h) debe establecerse la duración de las medidas dispuestas (34).

Y en cuanto a nuestros *institutos de emergencia*, los hemos clasificado en previstos, prohibidos y no previstos por la Constitución (35).

A su vez, entre los primeros hay que distinguir entre los existentes desde la Constitución originaria de 1853: la intervención federal (art. 6º) y el estado de sitio (art. 23); y los incorporados en la reforma de 1994: la delegación legislativa (art. 76) y los decretos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3º).

Los institutos prohibidos por el art. 29 son la suma del poder público y la concesión de las facultades extraordinarias. Ese artículo, de notable elocuencia y espíritu republicano, fue escrito

---

(34) Para el análisis de los elementos constitutivos de un estado de necesidad y su aplicación como habilitante de un instituto de emergencia, remitimos al desarrollo que al respecto efectúa Mario Midón en relación específica con los decretos de necesidad y urgencia, pero que para nosotros también puede aplicarse en general ("Decretos de necesidad y urgencia", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, ps. 45-52). Decimos que debe tratarse de un "verdadero" estado de necesidad, pues puede darse el caso de una utilización ilegítima de aquel, ante la inexistencia de sus caracteres. En tal sentido, Néstor Sagüés menciona que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Video Club Dreams" (JA 1996-I-236), resolvió que no existía en el país un caso de grave peligro social que hiciera necesario el dictado de medidas súbitas, al descalificar un decreto de necesidad y urgencia que impuso un tributo. Este autor también sostiene que el derecho de necesidad "genuino" se conecta con los casos de imposibilidad material y de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución, señalando en el primer caso el incumplimiento del art. 3º de la Constitución de 1853, que establecía que la Capital Federal estaba en la ciudad de Buenos Aires; y, en el segundo caso, el incumplimiento del art. 30 también del texto de 1853, que prohibía una reforma constitucional dentro de los diez años, lo que hubo de hacerse para posibilitar la reincorporación de la provincia de Buenos Aires a nuestra Federación (cfr. "Teoría de la Constitución", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 102).

(35) Véanse también las clasificaciones efectuadas por MIDÓN, Mario, "Decretos de necesidad y urgencia", ob. cit.

con letras de sangre, como dijera José Manuel Estrada, en referencia a la dictadura de Rosas.

Y, entre otros institutos no previstos por la Constitución y, por tanto, inconstitucionales, pueden recordarse las interrupciones del orden constitucional por los gobiernos *de facto*, la Ley Marcial, el Plan Conintes, y los excesos de un poder de policía de emergencia como en el corralito (36), entre otros, que produjeran las más severas lesiones al Estado de derecho.

Hace poco me referí a los excesos cometidos por las *intervenciones federales*, que en vez de convertirse en un remedio excepcional para la vigencia de los principios constitucionales y de las soberanías y autonomías provinciales, se transformaron en una herramienta para centralizar el país, pues en 2/3 de los casos fueron dispuestas por solo decreto del presidente (37).

En cuanto al *estado de sitio*, que tiene como efecto la suspensión de las garantías constitucionales, está previsto en el art. 23 de la Ley Suprema para dos gravísimas emergencias: la guerra y el desorden doméstico, con sus dos causales de “conmoción interior” o “ataque exterior”, que, además, deben cumplir con estos dos requisitos: a) poner en peligro conjuntamente tanto a la Constitución como a las autoridades creadas por ella; y b) producir la perturbación del orden.

De manera similar a lo acontecido con la intervención federal, en más del 60% de los 53 casos que tuvimos desde 1853, actuó por decreto el Poder Ejecutivo. Ello significó el ejercicio de atribuciones exorbitantes por parte del presidente, con evidente declinación de las funciones

(36) Véanse las dos ediciones de mi obra citada sobre “Las emergencias y el orden constitucional”.

(37) HERNÁNDEZ, Antonio M., “El retorno al peor pasado centralista”, *La Nación* del 27/02/2020, donde consideré un Proyecto de Ley de Intervención al Poder Judicial de la Provincia de Jujuy, presentado recientemente en el Senado de la Nación. Para un análisis más profundo de este instituto, véanse nuestra obra ya citada “Las emergencias y el orden constitucional” y, asimismo, las siguientes: “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, y “A 25 años de la reforma constitucional de 1994. Legitimidad, ideas fuerza, diseño constitucional, modernización e incumplimiento”, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019.

congresionales, a lo que se sumó una notable lesión a los derechos y garantías individuales. Tómese como solo ejemplo el récord de extensión del estado de sitio decretado por la presidente Martínez de Perón con fecha 06/11/1974, que duró casi 9 años, pues rigió durante el posterior período *de facto* hasta el 28/10/1983.

Este uso abusivo de tan extraordinaria institución desconoció la jurisprudencia de la Corte Suprema fijada en el caso “Alem”, de 1893, de que el estado de sitio no implica suspender la vigencia de la Constitución, ya que se declara para preservar y asegurar la Ley Suprema y sus autoridades (38).

Y lo propio ocurrió posteriormente con las delegaciones legislativas y el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, que fueron incorporados en la reforma constitucional de 1994, en los arts. 76 y 99, inc. 3º, como institutos de interpretación restrictiva, limitada y excepcional. Al tratarse de los institutos que se están aplicando con motivo del COVID-19, efectuaremos un análisis más detenido.

En cuanto a los *decretos de necesidad y urgencia*, el constituyente otorgó rango constitucional —con severas limitaciones, como veremos— a una institución que había sido ejercitada desde siempre por el Poder Ejecutivo.

En efecto, además de los decretos reglamentarios, autónomos y delegados, admitidos por nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina, los presidentes dictaron decretos de necesidad y urgencia en aproximadamente 20 oportunidades notoriamente excepcionales entre 1853 y 1983 (39).

Posteriormente, entre este último año y 1989, el presidente Alfonsín dictó aproximadamente 10, destacándose el 1096/19855 sobre el cambio de moneda del peso por el austral, para llegar a la presidencia de Menem, que se caracterizó

(38) Para un análisis más profundo de este instituto, véanse nuestras obras ya citadas “Las emergencias y el orden constitucional” y “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”.

(39) Cfr. MIDÓN, Mario, “Decretos de necesidad y urgencia”, ob. cit.

por un aumento tan impresionante que se llegó a hablar de “gobierno por decreto” (40).

En cuanto a la jurisprudencia, debe señalarse que en el caso “Peralta”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diciembre de 1990, se legitimó el uso de estos institutos de emergencia, más allá de las opiniones doctrinarias contrarias que suscitara y que compartimos (41).

Así se comprende que en la Convención Constituyente de Santa Fe y Paraná de 1994 se regulase el instituto, en el art. 99, inc. 3º, y cuya sola lectura nos indica que el objetivo perseguido fue el de limitar al máximo su dictado.

No otra cosa significa que:

a) Como regla general, el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

b) Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes se pueden dictar los decretos por razones de necesidad y urgencia.

c) Pero nunca en materia penal, tributaria, electoral o relativa al régimen de los partidos políticos.

---

(40) Cfr. FERREIRA RUBIO, Delia — GORETTI, Matteo, “Gobierno por decreto en Argentina”, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 1989-1993, ps. 158 y ss., que contabilizaron 308 decretos en esos cuatro primeros años de mandato. Un sector importante de la doctrina publicista, integrado por Bielsa, Joaquín V. González, Marienhoff, Villegas Basavilbaso, Cassagne, Diez, Vanossi, Linares, Dromi, Gordillo, Quiroga Lavié y Sagüés, avaló la posibilidad del dictado de estos institutos en el marco del texto constitucional originario de 1853 y 1860. En cambio, otro sector, que integramos junto a González Calderón, Linares Quintana, Bidart Campos, Ekmekdjian, Spota, Fiorini, Segovia, Badeni y Ruiz Moreno, señaló la posición contraria. Cfr. MIDÓN, Mario, “Decretos de necesidad y urgencia”, ob. cit., p. 55, notas 92 y 93. Por mi parte, en mi carácter de diputado de la Nación, presenté el 19/12/1991 un Proyecto de Ley que declaraba la nulidad absoluta de los decretos de necesidad y urgencia (véase Trámite Parlamentario 167).

(41) Cfr. MIDÓN, Mario, “Decretos de necesidad y urgencia”, ob. cit., ps. 54-57.

d) Deben ser decididos en acuerdo general de ministros y refrendados por todos ellos, además, del jefe de Gabinete y el presidente.

e) Es necesario un trámite especial, que consiste en someter el decreto a la consideración de una Comisión Bicameral Permanente por parte del jefe de Gabinete de Ministros, que deberá hacerlo en forma personal y dentro de los diez días de dictado. A su vez, la Comisión está obligada a elevar su dictamen a cada una de las Cámaras dentro de los diez días, para su tratamiento expreso e inmediato por parte del plenario.

f) No se admite el silencio del Congreso ante el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, ya que el art. 82, incorporado también por la reforma, estableció: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. En consecuencia, el constituyente fijó un criterio que impedía para el futuro la convalidación de un decreto por la inactividad del Congreso, como lo había admitido el precedente del caso “Peralta”.

No obstante el claro propósito restrictivo perseguido por esta normativa y que emerge de las pautas mencionadas, al no poder concretarse acuerdos en la Convención sobre los últimos aspectos de la intervención congressional, hubo que deferir ello a la legislación reglamentaria (42).

A pesar del mandato constitucional, en la práctica institucional no se produjo un cambio profundo, ya que el Poder Ejecutivo siguió dictando decretos de necesidad y urgencia en todas las presidencias posteriores, ante la falta de

---

(42) Véase todo el proceso de incorporación del instituto a la Constitución en las obras de MIDÓN, Mario R., “Decretos de necesidad y urgencia”, ob. cit., ps. 59-69; ORTIZ PELLEGRINI, Miguel — AGUIRRE, Susana L., “Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional de 1994”, Ed. Lerner, Córdoba, 1995; y PÉREZ HUALDE, Alejandro, “Decretos de necesidad y urgencia”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995. Por nuestra parte, ratificamos la finalidad restrictiva de esta normativa, ya que intervinimos en los debates respectivos al formar parte de la Comisión de Juristas del Acuerdo de Olivos y luego de la Comisión que redactara el Núcleo de Coincidencias Básicas que formulara el proyecto definitivo, que sería votado en la Convención Constituyente.

reacción del Congreso y la actitud permisiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, salvo algunos casos.

Con respecto al órgano legislativo, debemos señalar, además, que incumplió por varios años, hasta 2006, el mandato del constituyente de reglamentar la Comisión Bicameral Permanente, de tan notable importancia para el control de este instituto y del de la legislación delegada. Este incumplimiento, al que se suma el correspondiente a una extensa nómina de otras materias, contribuyó gravemente a la falta de completa vigencia de la reforma constitucional de 1994 y, por tanto, a nuestra anomia y falta de seguridad jurídica (43).

*En cuanto a la delegación legislativa*, este instituto fue incorporado en el art. 76, en la Disposición Transitoria Octava y en el art. 100, inc. 12, sobre las funciones del jefe de Gabinete. Como dice la primera de las normas, solo se admite la delegación “en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

La delegación legislativa ya había sido aceptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso “Delfino”, de 1927, y fue ampliamente utilizada a lo largo de nuestra historia institucional.

La delegación legislativa consiste en la transferencia de la competencia específicamente legisferante por parte del Congreso al Poder Ejecutivo, en materias determinadas y bajo plazos y condiciones especialmente fijados.

Más allá de que en doctrina es muy conocida la opinión negativa de John Locke al respecto, en el derecho comparado europeo y norteamericano —que influenciaron nuestro ordenamiento— se fue imponiendo dicha práctica con base en la afirmación del liderazgo político del órgano ejecutivo sobre el legislativo en la realidad política contemporánea, por una serie

(43) Hemos detallado las más de 25 leyes que el Congreso no ha reglamentado para la completa vigencia de la reforma de 1994, que por tanto está incumplida y violada. Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., “A 25 años de la reforma constitucional de 1994..”, ob. cit.

de causas que explicara hace tiempo el distinguido constitucionalista César E. Romero (44).

Todo esto fue posibilitando un enorme avance de las facultades legisferantes del Poder Ejecutivo, que a su vez delegó sus atribuciones en organismos inferiores, lo que en definitiva produjo el dictado de normas por parte de la Dirección General Impositiva, el Banco Central, la Aduana, los diferentes ministerios, etc., que afectaron el principio de legalidad de los arts. 14 y 19 de la Ley Suprema, además de los derechos individuales.

Por otra parte, dicha legislación delegada careció normalmente de control alguno por parte del órgano delegante, o sea, el Congreso Nacional.

Así llegamos a la reforma constitucional de 1994, donde se incorporara la normativa mencionada, con la finalidad de restringir y controlar el ejercicio de este instituto de emergencia.

No obstante ello, no se pudo impedir posteriormente el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, de manera inconstitucional (45).

(44) Cfr. ROMERO, César E., “El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea”, *Revista de Estudios Políticos de Madrid*, España, 1963.

(45) En efecto, especialmente a partir de la primera presidencia de Menem, se produjo un avance notorio e incontrolable del Poder Ejecutivo sobre el Congreso, a través de dos institutos de emergencia: los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, y, como antes lo vimos, sin adecuada resistencia ni control por parte del órgano legislativo, en primer término, y luego del Poder Judicial, que desarrolló una jurisprudencia vacilante y convalidatoria, en general. Así llegamos a tener aproximadamente más de dos mil normas dictadas por órganos ejecutivos como legislación delegada durante las emergencias de la década mencionada, a las que se suman las emitidas con posterioridad a la sanción de la ley 25.148 de 1999 y las de las leyes 25.414 de 2001 y 25.561 de 2002 (cfr. PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “Bases para el control de constitucionalidad de la legislación delegante y delegada [art. 76 de la CN]”, LA LEY del 02/11/2001. La autora establece el número de 1900 normas hasta la sanción de la ley 25.414 y, por ello, nosotros aumentamos a más de 2000 las dictadas hasta la actualidad, pues a ellas se sumaron las correspondientes a la ley 25.561. Este número asombroso de normas indicó, además de una deficiente cultura y seguridad jurídicas, un ostensible abandono de sus competencias por parte del Congreso, que

Con relación al art. 76 sobre delegación legislativa, creemos que ha originado dificultades de interpretación y una práctica abusiva por parte del propio Congreso y de la presidencia. Esta cuestión debiera ser superada por una adecuada reglamentación del Congreso y un correcto y celoso ejercicio de sus competencias, además de una firme jurisprudencia de los tribunales, como hizo la Corte Suprema en el célebre caso “Provincia de San Luis” (2003), donde nuestro más Alto Tribunal efectuó una acertada interpretación sobre el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa (46).

fue sancionando la respectiva legislación delegante. En efecto, las Leyes de Emergencia y de Reforma del Estado 23.696, 23.697 y 23.982, sancionadas en la presidencia de Menem comenzada en 1989, originaron la legislación delegada que fue ratificada por la ley 25.148 de 1999, que así evitó su caducidad, como se había dispuesto, con la acertada intención de terminar con estas prácticas, en la Disposición Transitoria Octava de la reforma de 1994. Luego se sumó la legislación delegante de las leyes del 2001 durante la presidencia de De la Rúa: leyes 25.414, que originara severas críticas en la doctrina por su extensión, y 25.453 de Déficit Cero; por último, en el 2002, en la presidencia de Duhalde, la ley 25.561 produjo una muy grave y profunda delegación legislativa, calificada como inconstitucional por opiniones doctrinarias que compartimos (cfr. COLAUTTI, Carlos, “La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la ley 25.414”, LA LEY 2001-D, 1272; y PÉREZ HUALDE, Alejandro, “El Congreso Nacional argentino frente a la crisis”, *Derecho Constitucional* del 18/02/2002, Ed. El Derecho, ps. 16-17).

(46) Al comentar dicho fallo, destacamos que la Corte Suprema de Justicia estableció límites a la utilización de los decretos de necesidad y urgencia cuando se ha producido la declaración de emergencia por el Congreso y se ha efectuado la delegación legislativa. Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., “Las emergencias y el orden constitucional”, Ed. UNAM, México, 2003, p. 147. Y, en igual sentido, véanse los artículos de SAGÜÉS, Néstor P., “Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa”, JA del 23/04/2003, *Supl. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, ps. 58-62; y GELLI, María Angélica, “El caso ‘Provincia de San Luis c. Estado Nacional’: entre el debido proceso adjetivo y el control de razonabilidad”, JA del 23/04/2003, *Supl. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ob. cit., ps. 41-45. Y, más recientemente, en los casos “Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/ amparo”, sobre el principio de legalidad en materia tributaria y la limitación de las delegaciones, fallado por la Corte Suprema de Justicia en 2014, además de los recaídos en los reclamos efectuados por las provincias de San Luis, Santa Fe y Córdoba ante las detracciones a la masa coparticipa-

*El Congreso no solo omitió sancionar leyes reglamentarias de la Constitución, sino que en algunos casos lo hizo de manera inconstitucional, además de no controlar adecuadamente al Poder Ejecutivo.*

Ejemplos de ello fueron: a) *la sanción de las leyes de emergencia económica*, como la 25.561, de 2002, con amplísimas delegaciones legislativas, que fue prorrogada hasta el 06/01/2018; b) *la falta de adecuados controles por el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada por la presidencia*; c) *la inconstitucional reglamentación efectuada por la ley 26.122 de los decretos de necesidad y urgencia, por la ley 26.080 del Consejo de la Magistratura y por la ley 24.588 de los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires mientras siga siendo la Capital Federal*; d) *la concesión de los llamados superpoderes en la administración financiera y presupuestaria al jefe de Gabinete de Ministros*, para la modificación del presupuesto, que lesiona una de las más importantes competencias del Congreso; e) *la práctica institucional de este último órgano*, ya que durante algunos períodos muy extensos los jefes de Gabinete de Ministros no cumplieron con la obligación de hacerse presentes una vez por mes alternativamente ante cada una de las Cámaras, sin que hubiese reacción institucional alguna del Congreso (47).

En cuanto a los *institutos de emergencia no previstos por la Constitución y por tanto inconstitucionales*, que antes mencionamos, causaron gravísimas violaciones a los derechos humanos y afectaron profundamente el orden constitucional republicano y federal (48).

ble para la ANSeS y la AFIP, resueltos por el Alto Tribunal en noviembre de 2015.

(47) Véanse HERNÁNDEZ, Antonio M., “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, ob. cit., y “A 25 años de la reforma constitucional de 1994...”, ob. cit. En cambio, esa obligación constitucional de asistencia del jefe de Gabinete de Ministros al Congreso sí fue cumplida durante el período anterior, 2015-2019.

(48) Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., obras citadas, donde nos referimos a la gran cantidad y variedad de emergencias que hemos padecido, comenzando por las interrupciones del orden constitucional, por lo que hemos sostenido que vivimos de emergencia en emergen-

Solo nos detendremos, por razones de brevedad, en las consecuencias de la última emergencia económica del 2001, que derivó en el llamado “corralito”, consecuencia del denominado “poder de policía de emergencia” (49), y luego en la sanción de la ley 25.561 de Emergencia (50).

El “corralito”, que consistió en el apoderamiento de los depósitos bancarios de millones de argentinos, fue dispuesto por decretos de necesidad y urgencia en sus dos versiones: la primera mediante el dec. 1570/2001, de 01/12/2001, bajo la presidencia de De la Rúa, y

cia, y con los desbordes institucionales señalados. Véase, asimismo, RIBERI, Pablo, “Emergencia como remedio constitucional ¿o viceversa?”, ED del 23/09/2005, *Supl. Derecho Constitucional*.

(49) Véase nuestra obra “Las emergencias y el orden constitucional”, ob. cit., donde efectuamos un desarrollo histórico de la jurisprudencia convalidatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del ejercicio de poder de policía en las sucesivas emergencias económicas, desde “Ercolano” en 1922 hasta el caso “Peralta” en 1990, donde cada vez se profundizaba en mayor medida la violación de los derechos. Por eso tanto se destacaron, por su actitud contraria, el fallo en “Mango c. Traba”, de 1925, donde la Corte dejó sin efecto la emergencia antes declarada, y el dictamen del procurador general de la Corte Dr. Sebastián Soler en el caso “Cine Callao”, en 1960, donde señalaba que con estas medidas de emergencia nada iba quedando que fuera pertinente por imperio de la ley, lo que llevaba al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de derecho estricto no era compatible con el progreso (CS, Fallos 247:121). Para un análisis de los fallos de la Corte en esta materia, véanse, además, LAZZARINI, José L., “La emergencia en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación”, LA LEY 1991-E, 1467 y ss. (Secc. Doctrina); COLAUTTI, Carlos, “Los derechos patrimoniales durante la emergencia”, LA LEY 1991-E, 1359 y ss. (Secc. Doctrina); MALJAR, Daniel E., “Antecedentes jurisprudenciales de la CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite”, ED del 08/05/2002, *Supl. Constitucional*; MIDÓN, Mario, “Decretos de necesidad y urgencia”, ob. cit.; PÉREZ HUALDE, Alejandro, obras citadas; DALLA VIA, Alberto, “El constitucionalismo y las emergencias políticas, económicas y sociales en América del Sur”, en HERNÁNDEZ, Antonio M., *Constitucionalismo en tiempos de emergencia*, ob. cit., ps. 297 y ss., entre otros.

(50) Ello, porque aquella emergencia terminó recién en 2018, pero ya nuevamente desde fines de 2019 estamos con nueve clases de emergencias declaradas por la ley 27.541, entre las que se incluyó la económica y la sanitaria, con enormes delegaciones al Poder Ejecutivo.

la segunda mediante el dec. 214/2002, durante la presidencia de Duhalde.

Hubo una extraordinaria reacción popular contra estas medidas, que implicó la caída del presidente De la Rúa y una fuerte crisis política, además de la presentación de más de 400.000 acciones de amparo ante el Poder Judicial federal.

A diferencia de lo ocurrido en anteriores oportunidades, la misión del Poder Judicial — consistente esencialmente en ejercer el control de constitucionalidad— fue asumida por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Smith”, fallado el 01/02/2002, que declaró la inconstitucionalidad de la primera versión del “corralito”, y por los jueces y camaristas federales que concedieron medidas cautelares a favor de los ahorristas, en los amparos interpuestos por quienes sufrieron la confiscación de sus depósitos (51). Pos-

(51) Obsérvense los claros fundamentos de la Corte en este caso “Smith”, obrantes en los consid. 9º y 10 del fallo. Allí aparece con nitidez la idea del control de constitucionalidad sobre la emergencia, con base en el límite de la razonabilidad del art. 28, para impedir la lesión de los derechos individuales. En este sentido, no puede obviarse que la Corte modificó con este fallo aquella jurisprudencia convalidatoria de cualquier medida de emergencia dictada por el poder político de turno, como se observó a lo largo de tantas décadas. Con relación a esto, nos resulta valiosa la comparación que efectúa Gabriel Negretto entre el criterio permisivo y convalidatorio que sostuvo nuestra CS en el caso “Peralta”, donde llegó a reconocer que la división de poderes era una categoría histórica y que el Poder Ejecutivo era el único que podía con eficacia enfrentar la emergencia; y el opuesto, que suscribió la Corte Suprema norteamericana en el caso “Youngstown”, más restrictivo y respetuoso del sistema republicano, donde realizó distinciones entre los posibles niveles de acción que puede adoptar el Ejecutivo cuando actúa en materias que no le son propias. Dice el autor que “El criterio más notable de la decisión fueron las bien conocidas categorías de acción presidencial que delineó el juez Jackson. De acuerdo con su doctrina, existe un primer nivel de acción en que el presidente goza de un máximo poder (constitucionalmente hablando) y es cuando actúa en colaboración con el Congreso bajo una autorización expresa o implícita, pues en este caso posee sus propios poderes más los que el Congreso pueda en su oportunidad haberle delegado. En un segundo nivel de acción, el presidente podría actuar en ausencia tanto de rechazo como de autorización legislativa. En este caso, el presidente ‘solo puede valerse de sus propios poderes independientes, si bien existe una zona crepuscular en la que él y el Congreso pueden tener autoridad concurrente, o en los cuales su distribución es incierta’. Finalmente,

teriormente, la Corte Suprema de Justicia falló declarando la inconstitucionalidad del corralito en su segunda versión, establecida por el DNU 214/2002, en el caso “Provincia de San Luis”, de fecha 05/03/2003 (52).

Ese accionar independiente del Poder Judicial federal que estableció límites a las disposiciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, junto a la utilización masiva y sin precedentes del amparo consagrado en el art. 43 de la Ley Suprema, constituyeron —según nuestra perspectiva— el aspecto más sobresaliente de la difícil vigencia de los principios del Estado de derecho en la realidad angustiante de nuestro país en aquellos años.

Sin embargo, la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia, luego de las designaciones del presidente Néstor Kirchner, a partir de los casos “Bustos” y “Cabrera” de 2004 y “Massa” de 2006, retornó a la anterior jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica (53).

Reiteramos, además, que lamentablemente el Congreso de la Nación, cada año a partir del 2003 y hasta el 2018, prorrogó la ley 25.561 de Emergencia Económica, donde se produjo la más grave delegación legislativa que hemos

---

argumentaba Jackson, resta un tercer y último nivel de acción en que el presidente toma medidas en violación de la voluntad expresa o implícita del Congreso. Aquí ‘su poder se halla en la mínima expresión, pues entonces solo puede valerse de sus propios poderes constitucionales, menos cualquiera de los poderes constitucionales del Congreso en la materia’. Ver, 343 US 579 (1952) 637” (cfr. NEGRETTO, Gabriel L., “Emergencia y crisis constitucional en Argentina”, ED 1989-154-903 y nota 80).

(52) Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., “Las emergencias y el orden constitucional”, ob. cit., 2ª ed., ps. 119 y ss., donde desarrollamos “El fallo de la Corte Suprema en el caso ‘San Luis’ y el cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica”. Para nosotros este fallo fue paradigmático en cuanto al control de constitucionalidad de las emergencias, de la misma manera en que lo había sido “Mango c. Traba”, en 1925.

(53) Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., “El caso ‘Massa’ y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica”, LA LEY, *Supl. Esp.: La emergencia y el caso “Massa”*, febrero/2007, ps. 70-80.

soportado. Ahora estamos de nuevo con una enorme delegación, con la ley vigente 27.541 del nuevo gobierno federal, que comprende la emergencia en nueve aspectos, incluido el sanitario, a partir de fines de 2019.

Del análisis precedentemente efectuado a lo largo de la historia institucional argentina surge de manera conclusiva:

a) Como respuesta a las distintas emergencias sufridas, se utilizaron diferentes institutos de emergencia, previstos, no previstos o prohibidos por la Constitución Nacional.

b) El ejercicio de estos institutos produjo severas lesiones a nuestro Estado de derecho, al orden constitucional, al sistema republicano y a los derechos individuales.

c) En todos los casos observados de utilización de los institutos el Poder Ejecutivo actuó de manera exorbitante, profundizando el hiperpresidencialismo que hemos padecido.

d) El Poder Legislativo también fue responsable de estos desaciertos institucionales al actuar así, tanto en forma activa como pasiva u omisiva, pues en algunos casos acompañó las políticas del Ejecutivo mediante la sanción de las leyes respectivas o al efectuar las delegaciones en aquel, y en otros casos, al no efectuar control político alguno de las medidas, abdicando de sus funciones esenciales.

e) En cuanto al Poder Judicial, y salvo los casos excepcionales puntualizados, no se apreció un correcto ejercicio de sus facultades de control de constitucionalidad.

Frente a este penoso diagnóstico sobre la decadencia de nuestro orden jurídico, somos de la opinión de que urge subordinar los distintos tipos de emergencia y sus institutos a la Ley Suprema, conforme corresponde al Estado constitucional y democrático de derecho y según las propuestas que más adelante efectuaremos.

### III. La emergencia del COVID-19 en la Argentina (54)

Ante la pandemia del coronavirus que afecta al país, *el presidente de la República, con el apoyo de autoridades legislativas y de gobernadores de distinto signo político*, anunció el 19 de marzo el dictado de un DNU 297/2020, que implantó el *aislamiento social preventivo y obligatorio*, entre otras medidas (55). Posteriormente, explicó que *no era necesaria la declaración del estado de sitio*, pues, con la aplicación del decreto y de la emergencia sanitaria declarada anteriormente por el Congreso, se contaba con los instrumentos jurídicos e institucionales suficientes.

Nosotros destacamos esta *“actitud de unión nacional y de prudente, adecuada y estricta aplicación de la Constitución Nacional en una cuestión tan decisiva y extraordinaria como la de esta emergencia, que exhibió marcadas diferencias con lo acontecido a lo largo de nuestra historia”* (56).

Y agregamos: “En este contexto, esta es una oportunidad para producir un cambio institucional que imperiosamente requiere el país. Las medidas frente a esta pandemia fueron dictadas con respeto de la Ley Suprema, y ahora se

(54) En la Argentina, al 05/05/2020 hay oficialmente 4887 afectados y 262 muertos, la mayoría en la provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(55) Antes había dictado el DNU 260/2020, con fecha 12 de marzo, que había extendido por un año la emergencia sanitaria declarada por la ley 27.541, a la que antes nos referimos. Dicho DNU ha sido inconstitucional por las razones expuestas en la nota 46, puesto que ya estaba declarada por ley la emergencia. Y debe ser el Congreso quien la prorrogue por medio de otra ley. Para un breve análisis de las más de 70 normas distintas dictadas para enfrentar al COVID-19, a partir del 06/03/2020 y en las tres semanas siguientes, véase ORTEGA, José — ESPÓSITO, Santiago, “Coronavirus COVID-19: 3 semanas”, LL AR/DOC/980/2020. Dichas normas fueron DNU y decretos presidenciales, además de resoluciones de la Jefatura de Gabinete de Ministros y de algunos ministerios. Los DNU serán tratados por el Senado de la Nación.

(56) Véase el artículo que publicamos en *Clarín online* del 23/03/2020. La medida de aislamiento obligatorio ha sido comprendida también por la sociedad, pues ha resultado el medio más eficiente para combatir el COVID-19, según lo indicado por la experiencia mundial y por las cifras que se observan en el país.

trata de hacer cumplir las normas, lo que obliga al mejor funcionamiento posible de los 4 órdenes de gobierno: federal, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios. No se olvide que todos tienen competencias en materia de salud. Y que el poder de policía respectivo fue reconocido por la Corte Suprema en el célebre caso ‘Saladeristas de Barracas’, de 1887. Y en este sentido, aunque los Poderes Ejecutivos sean los órganos que en la instancia tengan mayores competencias para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso y los otros cuerpos legislativos dejen de cumplir sus roles para la aprobación y control de las medidas basadas en los institutos de emergencia utilizados. Además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional. Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática, el orden constitucional y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese es el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado” (57).

Luego sostuvimos: “Reiteramos que, aunque el Poder Ejecutivo sea el órgano que tenga mayores competencias para afrontar esta situación excepcional, ello no significa que el Congreso deje de cumplir sus roles para la aprobación y control de las medidas basadas en los institutos de emergencia utilizados.

“Por eso resulta por lo menos sorprendente la res. 4/2020 de la Presidencia del Senado que dispone la interrupción de los plazos parlamentarios, lo que significa que no está funcionando el Senado. Y aunque se advierta mayor actividad virtual en la Cámara de Diputados, se ha descartado por el momento la realización de sesión alguna.

“En la emergencia es fundamental el funcionamiento de los órganos legislativos, para la aprobación de medidas y para el control de los decretos del Poder Ejecutivo dictados por la de-

(57) Cf. HERNÁNDEZ, Antonio M., *Clarín online* del 23/03/2020. Y con fecha 27 de marzo reiteraré la necesidad de que el Congreso sesionase para cumplir con su rol institucional (también en *Clarín online* del 27/03/2020).

legación legislativa en razón de la emergencia sanitaria y los de necesidad y urgencia.

“Nos preguntamos si no pueden funcionar las Comisiones y reunirse las Cámaras, tomando los cuidados recomendados; o si no se pueden aplicar las tecnologías a distancia para el cumplimiento de las funciones legislativas.

“Para enfrentar la emergencia el Estado debe responder en su integridad con el pleno funcionamiento de sus poderes, donde el Legislativo y el Judicial, tienen también obligaciones trascendentes a cumplir. *Insistimos en que la emergencia no está por encima de la Constitución ni la suspende. Esto es lo que diferencia a las democracias de las autocracias.*

“Tampoco puede creerse que esta emergencia nos convierta en un Estado unitario, donde cesen las autonomías de las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios. Es que más allá del cumplimiento del DNU dictado recientemente, tienen competencias en materia de salud y deben ejercitarse adecuadas relaciones interjurisdiccionales entre los diversos gobiernos, que integran el Estado Federal” (58).

A casi treinta días de aquellas primeras medidas que mostraron una actitud plausible, con una adecuada comunicación del presidente y acuerdo de la oposición, y que abonaban la posibilidad de cambios que nos evitasen volver a las prácticas del pasado, *debemos ahora expresar que la realidad institucional indica lo contrario.*

*Se gobierna por decretos y resoluciones y por muy pocas personas*, como ocurriera en el pasado. No sesiona el Congreso y actúa de manera limitada el Poder Judicial, porque se ha declarado una feria judicial extraordinaria por la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores de Justicia de las provincias. En consecuencia, no hay adecuados controles sobre las diversas medidas de emergencia, que pueden afectar los derechos individuales (59).

(58) *Clarín online* del 27/03/2020.

(59) Véanse GARGARELLA, Roberto, “Frente al coronavirus: ¿es necesario restringir las libertades compulsivamente?”, *Clarín online* del 24/03/2020; SPECTOR, Ezequiel, “Autoritarismo y discriminación en tiempos de co-

*Hemos regresado al hiperpresidencialismo (60)* que padecemos, como expresión de una débil cultura de la legalidad y de una baja calidad institucional, caracterizada por los rasgos delegativos, corporativos y centralistas de nuestra democracia (61).

ronavirus”, *Clarín online* del 16/04/2020; HERNÁNDEZ, Antonio M., *Clarín online* del 23/03/2020, ya citado; y PALERMO, Vicente, “Coronavirus. Aldous Huxley y las respuestas a la pandemia”, *La Nación online* del 22/04/2020.

(60) Para nosotros, este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el presidente, más allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y el equilibrio de los poderes y de los principios de la democracia constitucional. Debemos a Carlos S. Nino el más profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce incommensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta. Al referirse a la presidencia hipertrofiada, según el texto constitucional originario de 1853, o sea, antes de la reforma de 1994, sostuvo: “Esta somera revisión de las facultades que los presidentes fueron adquiriendo por una interpretación extensiva de cláusulas constitucionales, por claudicación de los otros poderes del Estado, o por un ejercicio liso y llano de la musculatura política, muestra que, desde el punto de vista normativo, el presidente argentino es, como lo preveía Alberdi, un verdadero monarca, aunque a diferencia de lo que él suponía, sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos. También se confirma, con la desvirtuación del espíritu y muchas veces de los textos constitucionales, en la concesión y asunción de facultades extraordinarias por parte del presidente, la tendencia a la ajuridicidad que ha sido una constante en nuestra práctica político-institucional, aun en períodos *de jure*” (“Fundamentos de derecho constitucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 529). Véase también HERNÁNDEZ, Antonio M., “El Poder Ejecutivo”, en HERNÁNDEZ, Antonio M. (dir.) — CHIACCHIERA CASTRO, Paulina (coord.), *Derecho constitucional*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 2 ts., cap. XVII.

(61) Nino señaló, además, entre otros aspectos ya mencionados, el corporativismo, que consideraba muy importante para comprender la política latinoamericana, por su vinculación con regímenes políticos como el autoritarismo burocrático y con ideologías como el populismo. Y consideraba que en “Argentina la corporativización del Estado ha sido obvia”, señalando el accionar de las Fuerzas Armadas por la toma del poder, el de la Iglesia Católica, los sindicatos y, en el sistema económico, por la concesión de privilegios, monopolios, subsidios a determinados grupos de contratistas del Estado (NINO, Carlos A., “Fundamentos de derecho constitucional”, ob. cit., ps. 562-6). Por eso, sostuvo que nuestra democracia era “corporativa” y alejada del modelo correcto que defendía de democracia “deliberativa” (ob. cit., p. 605).

*Debemos detenernos en el tema del Congreso, por su especial gravedad institucional, ya que su falta de funcionamiento afecta hondamente nuestra democracia republicana y federal (62).*

El Congreso no está cumpliendo con las obligaciones constitucionales para el control de los institutos de emergencia que se están utilizando, especialmente de los decretos de necesidad y urgencia y de los decretos delegados (63), correspondientes a la emergencia sanitaria. No se reúne la Comisión Bicameral Permanente prevista por el art. 99, inc. 3º, para recibir dentro de los diez días del dictado de cada uno de ellos al jefe de Gabinete de Ministros. Tampoco se cumple con la otra obligación posterior del tratamiento dentro de los diez días por las respectivas Cámaras del Congreso. Existen ya decenas de decretos dictados, como hemos mencionado, a los que se suman ya resoluciones ministeriales en una variedad de materias, sin el debido control legislativo y de constitucionalidad, como en el pasado que hemos descrito en el punto anterior.

Pero, además de ello, frente a la complejidad de la pandemia, con sus múltiples problemas, no solo sanitarios, sino políticos, económicos, sociales, institucionales, éticos e internacionales, ¿cómo podemos prescindir del necesario debate y deliberación del órgano que representa la legitimidad popular en su más amplia expresión?

*La unión nacional que necesitamos frente a tan grave desafío no debe implicar un pensamiento único y centralista, sino la expresión plural de la sociedad abierta, para alcanzar*

(62) Véase SABSAY, Daniel, “El Poder Legislativo debe seguir funcionando”, *La Nación online* del 09/04/2020, y nuestro artículo en *Clarín* antes citado. Asimismo, lo han solicitado en estos últimos días ante diversos medios periodísticos nacionales los senadores Juan C. Romero, Luis Naidenoff y Humberto Schiavone, entre otros, y los diputados Negri, Cornejo, Ritondo, Enríquez, Iglesias y Ferraro.

(63) Aunque en los decretos dictados por el Poder Ejecutivo se menciona como fundamentación a los incs. 1º y 3º del art. 99, correspondientes a decretos reglamentarios y de necesidad y urgencia.

*el mayor consenso democrático posible en la emergencia (64).*

*Resulta inconcebible que no sesione el Congreso, que con sus dos Cámaras representa al pueblo de la Nación y de las provincias.*

Si no lo hace con la presencia física de los legisladores, como otros Congresos y Parlamentos de países democráticos (65), podría

(64) Son demasiados los problemas que enfrenta la Argentina en todos los aspectos de la vida nacional, a los que se suman ahora los de la pandemia y los posteriores que vendrán como su consecuencia. Pero incluso, con relación a las medidas sanitarias adoptadas, ¿acaso no merece un debate la contratación de hasta 500 médicos cubanos, que no tienen aquí sus títulos reconocidos, cuando hay más de 100 médicos argentinos que están en el exterior sin poder volver al país, además de los muchos que tenemos aquí? ¿O la manera en que se reparten los subsidios para el transporte, que benefician especialmente al Área Metropolitana? ¿O las medidas para apoyar a los distintos sectores que sufren la recesión económica? ¿O los gastos que se producen por los insumos traídos desde China? ¿O las contrataciones que se realizan, algunas de las cuales ya requieren investigación penal, como en el caso del Ministerio de Desarrollo Social, por el cual renunciaron 15 funcionarios? ¿O el plan para una salida ordenada de la cuarentena? ¿O los controles del humor social que anunció la ministra de Seguridad? ¿O las cuestiones de carácter tributario?, entre muchas otras cuestiones. Véase, además, NUN, José, “El coronavirus y la transición a la democracia” y “Coronavirus: cómo decidir en tiempos de incertidumbre”, *La Nación online* del 06 y 19/04/2020, respectivamente. También véase OPPENHEIMER, Andrés, “El disparatado plan argentino de traer médicos cubanos”, *El Nuevo Herald online* del 22/04/2020, [www.elnuevoherald.com](http://www.elnuevoherald.com).

(65) Como los de Estados Unidos, Alemania, Inglaterra, Francia, España, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Suecia, Noruega, Suiza, Holanda, Colombia, Perú, Chile, Uruguay, entre otros. Recién el 20 de abril sesionó presencialmente el Senado en México, luego de reclamos como los ocurridos en la Argentina. Véase la nota periodística de GARZA ONOFRE, Juan — LÓPEZ AYLLÓN, Sergio — LUNA PLÁ, Issa — MARTÍN REYES, Javier — SALAZAR UGARTE, Pedro, “Democracia en vilo y la Constitución también”, *El Universal* de dicho día, donde sostuvieron: “Desde hace semanas los diputados y senadores han declinado cumplir el encargo que les dieron millones de mexicanos. Hoy los legisladores federales no sesionan, no debaten, no deciden, no aportan de su parte para hacer frente a la pandemia”. En el artículo se expresa, asimismo: “Como ha dicho la presidenta del Congreso norteamericano en funciones durante la pandemia: los capitanes del barco salen al último”. Aunque debemos aclarar que la sesión fue para el tratamiento de

hacerlo de manera virtual, como también ocurre en otros países (66).

Ante los reclamos por el funcionamiento del Congreso (67), la presidenta del Senado presentó una *acción declarativa de certeza ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, donde se pregunta: “¿Es constitucionalmente posible que tal como lo dispone el art. 30 del Reglamento del Senado sesione mediante medios virtuales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID-19?”

Dicha presentación ha producido numerosos rechazos por una multiplicidad de razones jurídicas, institucionales y políticas, tanto por los

un proyecto de amnistía que había presentado antes el presidente López Obrador y que benefició a 5000 presos de la justicia federal y a 100.000 de las justicias estaduales. En la sesión, los bloques opositores plantearon el tratamiento de otras cuestiones vinculadas a la lucha contra la pandemia. También ha sesionado presencialmente el Parlamento Europeo en estos días.

(66) Para un análisis del funcionamiento virtual de los Poderes Legislativos nacionales, véase el Proyecto de Modificación del Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación, presentado el 22/04/2020 por el diputado Jorge Enríquez, en cuyos Fundamentos menciona los casos del Senado de Brasil, las Asambleas Nacionales de Perú y Ecuador, el Poder Legislativo de Colombia y del Paraguay, entre otros ejemplos. Y, con relación a la modificación del Reglamento del Senado para incorporar sesiones virtuales, véase el artículo del actual prosecretario legislativo de dicho cuerpo, TUNESSI, Juan, “El funcionamiento del Congreso: primer paso para un acuerdo general”, *Clarín online* del 19/04/2020.

(67) Que, además de los antes mencionados efectuados por legisladores, periodistas y abogados y profesores de Derecho, ha incluido un amparo presentado por la Fundación Apolo Bases para el Cambio ante la omisión constitucional producida por la falta de funcionamiento del Congreso, que violenta la Constitución al no controlar los decretos de necesidad y urgencia. Allí se planteó, además, la inconstitucionalidad de los decs. 4/2020 y 5/2020 de la Presidencia del Senado, de fechas 25/03 y 31/03/2020, que dispusieron la interrupción de los plazos parlamentarios, por violar los plazos del art. 99, inc. 3º, de la CN y los de la ley reglamentaria 26.122.

propios legisladores (68) como por profesores de Derecho (69).

Por razones de extensión de este trabajo, enunciamos sintéticamente las razones por las que sostenemos la inconstitucionalidad e improcedencia de la acción presentada: a) no hay caso o cuestión federal, porque se trata de una consulta, y la Corte históricamente no se ha expedido al respecto; b) tampoco corresponde la acción declarativa de certeza, ya que aquí no hay incertidumbre, puesto que la respuesta es evidentemente afirmativa; c) la Corte es incompetente, ya que no es una causa de competencia originaria, conforme al art. 117 de la CN, que solo las admite cuando se trata de “asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que una provincia fuese parte”; d) porque la sanción e interpretación de un Reglamento es competencia exclusiva y excluyente de cada una de las Cámaras del Congreso, según lo dispuesto por el art. 66 de la Ley Suprema; e) porque uno de los principios del control de constitucionalidad es que cada Poder, interpreta y aplica por sí mismo la Constitución; f) porque importa desconocer la división y el equilibrio de poderes, afectando gravemente a nuestro sistema republicano y federal (70).

(68) Por los legisladores de ambas Cámaras, a los que se suma la opinión de Eduardo Menem, expresidente de la Convención Nacional Constituyente de 1994 y provisorio del Senado de la Nación, en *Clarín online* del 15/04/2020, quien sostuvo que atenta contra la división de poderes y es “Como si la Corte le pidiera al Congreso que opine si una sentencia debe ser en tal o cual sentido” (HELFGOT, Marcelo, “Coronavirus en Argentina: juristas ponen en duda que la Corte pueda habilitar las sesiones virtuales en el Congreso”).

(69) En cuanto a los profesores de Derecho, casi en su totalidad, se oponen al planteo. Véase, en la nota de *Clarín* recién citada, las opiniones de Jorge Gentile y de Ricardo Gil Lavedra, que calificaron de improcedente y dilatoria la presentación. Lo propio sostuvieron por diversas razones constitucionales los profesores Zaffaroni, Lon, Sabsay, Badeni, Lonigro, Armesto, Diegues y Onaindia, con la opinión contraria de Rondina y dudosa de Gil Domínguez, en la nota de BLANCO, Patricia, “La inmensa mayoría de los juristas considera improcedente el pedido de Cristina Kirchner a la Corte sobre la validez de las sesiones virtuales del Congreso”, *Infobae online* del 19/04/2020.

(70) Nunca había ocurrido una situación como esta en la historia argentina, y creemos que es muy difícil encontrar alguna similar en el derecho comparado.

Con relación a este tema, con fecha 21 de abril se expidió el *procurador general de la Nación*, Dr. Eduardo Casal, en la vista que le fuera corrida, expresando que, conforme al criterio fijado en el precedente “Sojo”, entre muchos otros, “*opino que la cuestión planteada, aun en el marco de un proceso judicial, resultaría contraria a la competencia originaria de la Corte*” (71).

Finalmente, la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* falló al respecto el día 24 de abril, rechazando por unanimidad el planteo formulado, en un extenso fallo con tres votos de mayoría de los ministros Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti; un voto concurrente del ministro Rosatti, y un voto en disidencia parcial del ministro presidente Rosenkrantz (72).

En definitiva, y como consecuencia de las diversas opiniones críticas expresadas desde la prensa, la doctrina y algunos sectores de la oposición por la falta de funcionamiento, el *oficialismo se ha visto obligado a convocar a sesiones en ambas Cámaras*.

Consideraremos seguidamente las cuestiones vinculadas al *federalismo*. En los artículos periódicos de nuestra autoría citados inicialmente señalamos que, a diferencia de otras oportunidades, fue plausible que el presidente hubiera anunciado el decreto de la cuarentena con el apoyo de los gobernadores. Pero también advertíamos que no debíamos volver a las prácticas pasadas, en que las emergencias sirvieron para la centralización del país.

Creemos que, aunque se han producido consultas a los gobernadores y al jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, además de algunos intendentes, *no se han respetado en su plenitud los principios de nuestra*

(71) Véase CSJ 353/2020/CS1, “Ministerio Público - Procuración General de la Nación”, 21/04/2020. Se trata de un dictamen fundado en la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia desde el siglo XIX, como adelantaba la opinión casi unánime de las opiniones consignadas anteriormente.

(72) Véase CSJ 353/2020/CS1, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”. El Alto Tribunal abundó en consideraciones para rechazar la acción presentada, aunque, por razones de extensión de este trabajo, no nos detendremos en su análisis.

*Federación, que han establecido un federalismo moderno, de concertación, asentado en maduras relaciones interjurisdiccionales.*

En primer lugar, porque la *falta de funcionamiento del Congreso* durante esta emergencia hasta este momento afectó directamente a nuestra Federación. No se escucharon las voces, las ideas, las propuestas de los diputados del pueblo de la Nación, ni las de los senadores de nuestras provincias, que son la representación genuina de un país tan extenso y diverso como la Argentina.

En segundo lugar, porque debemos tener en cuenta que, en esta emergencia sanitaria, las *competencias corresponden de manera concurrente* a los cuatro órdenes gubernamentales: gobierno federal, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios (73).

Y, además, los servicios públicos en esta materia están a cargo principalmente de las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios. En consecuencia, debiera haberse adoptado una *participación conjunta y coordinada* de los diversos gobiernos en las grandes decisiones durante la emergencia, en lugar de las asumidas solo por el Poder Ejecutivo mediante decretos. Asimismo, hubiera sido conveniente un desarrollo más pronunciado de las relaciones interjurisdiccionales (74) y una ma-

(73) Véanse HERNÁNDEZ, Antonio M., “Federalismo y constitucionalismo provincial”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, y “Derecho municipal”, Ed. UNAM, México, 2003. Con respecto a las competencias concurrentes municipales, véase MARCHIARO, Enrique, “Cierres municipales y pandemia”, *DPI. Diario Administrativo*, nro. 273, 07/04/2020, donde se destaca el importante rol de los gobiernos locales. Asimismo, véanse HUERTA OCHOA, Carla, “Emergencia sanitaria y la distribución de competencias en el Estado federal mexicano”, y SERNA DE LA GARZA, José M., “Facultades de las entidades federativas para dictar medidas de seguridad sanitaria ante epidemias como el COVID-19”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Emergencia sanitaria por COVID-19. Federalismo*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, publicación *online*, 2020.

(74) Aunque debe destacarse el funcionamiento del Consejo Federal de Salud. En nuestras “20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino” planteamos la necesidad de constituir una Asociación Nacional o Conferencia de Gobernadores, como en Estados Unidos y México. Véase HERNÁNDEZ, Antonio M., “La Ciudad

yor decisión y ejecución a cargo de los gobiernos subnacionales.

Creemos, no obstante, que la decisión principal, que fue la de disponer la cuarentena, fue acertada y ha logrado tener éxito, por contar con el apoyo de los gobiernos provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales (75). Estimamos que la Federación, como sistema de Estado y de gobierno, ha resultado muy importante en esta oportunidad, como lo indican, además, otros ejemplos en el derecho comparado, particularmente el de Alemania (76).

Deteniéndonos en la importancia de un *federalismo de coordinación*, indicamos que algunos decretos de necesidad y urgencia, como el 355/2020, en el art. 3º, hacen una adecuada referencia a la coordinación con los diversos ór-

Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”, Ed. Iusbaire, Buenos Aires, 2017.

(75) Véanse PORTO, Alberto — DI GRESIA, Luciano, “El rol de los gobiernos subnacionales (provinciales y municipales) en la pandemia COVID-19”, Universidad Nacional de La Plata, 13/04/2020, y TORTOLERO CERVANTES, Francisco, “La pandemia como oportunidad para relanzar el rol de las entidades subnacionales latinoamericanas”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Emergencia sanitaria por COVID-19. Federalismo”, ob. cit.

(76) Véase el artículo de CARBAJOSA, Ana — BASSETS, Marc, “La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés”, *El País online* del 17/04/2020, donde se destaca la eficiencia del sistema descentralizado alemán, basado en los acuerdos de Merkel con los jefes de gobierno de los *Länder* para las grandes decisiones, mientras que su ejecución corresponde a los *Länder*. Y donde la cercanía de estos con los ciudadanos y las distintas realidades posibilitó el éxito alcanzado. Y el contraste fue con el sistema francés, asentado en el centralismo del poder del presidente y su élite tecnocrática. Asimismo, en OLTERMANN, Philip, “Germany’s devolved logic is helping it win the coronavirus race”, *The Guardian* del 05/04/2020, [www.theguardian.com/world/2020/apr/05/](http://www.theguardian.com/world/2020/apr/05/), se pone de relieve que, mediante 400 oficinas de salud pública, mayoritariamente a cargo de autoridades municipales y de los *Länder* alemanes, se ha avanzado con las pruebas requeridas por la Organización Mundial de la Salud para la detección del virus. Y que aquí se demuestra la lentitud de la tortuga centralista contra la velocidad de la liebre que es el federalismo, ya que no deben esperarse las decisiones del gobierno central.

denes de gobierno para la ejecución de diversas medidas (77).

Pero en ese mismo decreto, en el art. 2º, se dispone prácticamente una *subordinación* de los gobiernos subnacionales, ya que solo la Jefatura de Gabinete está facultada para disponer excepciones para la salida ordenada de la cuarentena, a pedido de aquellos gobiernos. Y lo propio ocurrió con el *Certificado Único Habilitante para Circulación* en todo el país, correspondiente solo al Ministerio del Interior, con un muy alto grado de centralización (78).

Creemos que las decisiones con respecto a estas últimas cuestiones referidas *debieran corresponder a los gobiernos provinciales y municipales*, sobre todo en esta etapa en que se trabaja en la extensión de la cuarentena hasta mayo (79). Es que la diferente realidad que presenta la pandemia en las provincias y en los municipios así lo amerita. En las provincias de Catamarca y Formosa no hubo ningún contagio, y en las de Jujuy, Salta, Entre Ríos, Santa Fe, La Rioja y La Pampa hay muy pocos, por lo que la reanudación de actividades y la mayor circulación pueden resolverse anticipadamente a otros lugares del país, como la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que presentan los mayores focos de contagio. Pero incluso en una provincia como la de Córdoba se observan distintas realidades, y cerca de 30 gobiernos municipales han solicitado avanzar en la salida de la cuarentena ante la ausencia de casos (80). Creemos que la concentración

(77) El art. 3º expresa, con adecuada técnica federal, que las autoridades federales “en coordinación de sus pares de las jurisdicciones provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las autoridades municipales, cada uno en el ámbito de sus competencias, dispondrán las medidas...”

(78) Véase la res. 48/2020 del Ministerio del Interior, de fecha 28/03/2020.

(79) Véanse los artículos de LEJMAN, Román, “Coronavirus en Argentina: Fernández evalúa extender la cuarentena obligatoria hasta el 10 de mayo inclusive”, *Infobae online* del 22/04/2020, y ORIGLIA, Gabriela, “Coronavirus: los gobernadores se preparan para la continuación de la cuarentena con más flexibilizaciones”, *La Nación online* del 22/04/2020.

(80) Véase la nota de COLAUTTI, Fernando, “Pocos intendentes piden abrir más actividades”, *La Voz del In-*

de todas las decisiones en el gobierno central o incluso en los provinciales debe ceder, en consecuencia, ante las ventajas evidentes de la descentralización, como verdadera técnica de vida social, en un país tan extenso **(81)**.

Hacia el futuro esperamos que se avance en las mejores prácticas institucionales y de relaciones interjurisdiccionales, de acuerdo con el proyecto federal de la Constitución, asentado en las autonomías provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales.

Continuando con este análisis, debemos considerar brevemente cómo ha sido el *funcionamiento institucional de los gobiernos subnacionales* en la emergencia. Y, en este aspecto, también se ha observado el fenómeno del hiperpresidencialismo **(82)**, con falta de funcionamiento de Legislaturas y de Concejos Deliberantes, aunque con las excepciones que seguidamente indicamos. En efecto, han sesionado de manera virtual las Legislaturas provinciales de Córdoba, Mendoza y Salta, y los Concejos Deliberantes de Córdoba, Mendoza, Rivadavia, Maipú, Godoy Cruz, Guaymallén y Santa Rosa **(83)**.

*terior* del 22/04/2020, p. 3. En efecto, 30 de los 427 gobiernos locales han solicitado al gobierno provincial esa flexibilización, pero la respuesta ha sido negativa, lo que indica esa subordinación que antes señalábamos y que afecta a las autonomías locales. En el caso de la provincia de Buenos Aires, 72 municipios han solicitado lo mismo. Véase la nota de LUCESOLE, María José, "Coronavirus en Argentina: más de la mitad de los municipios bonaerenses pidieron flexibilizar la cuarentena", *La Nación online* del 24/04/2020.

(81) Piénsese en el caso de la empresa Volkswagen, que solicitó la apertura de su fábrica en Córdoba a pedido de la central en Alemania, y que tuvo que esperar su autorización desde el gobierno federal en Buenos Aires. Véase el artículo de DÁVILA, Diego, "Volkswagen pidió reabrir la planta local el próximo lunes", *La Voz del Interior* del 22/04/2020, p. 8.

(82) Se ha repetido en general en las provincias y municipios el modelo observado en el gobierno federal. Véase, además, con relación a México, BARCELÓ, Daniel, "Controles constitucionales sobre los gobiernos federal y de los Estados en emergencias sanitarias", en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Emergencia sanitaria por COVID-19. Federalismo*, ob. cit.

(83) Véase BRUGGE, Juan, "Congreso de la Nación, las sesiones por videoconferencia y su constitucionalidad", *Perfil online* del 17/04/2020. También funcionan de ma-

En cuanto al ejercicio de sus competencias en esta materia, se puede señalar que, más allá de algunas cuestiones que analizaremos con relación a los derechos afectados, *en el país hubo plena coincidencia de los diversos gobiernos* en aplicar el distanciamiento social obligatorio como principal medida de lucha contra la pandemia **(84)**.

En cuanto al breve análisis de los *derechos fundamentales restringidos o lesionados* por esta emergencia, señalamos en primer lugar a la libertad física o de locomoción, a la de reunión, a los de trabajar y ejercer industria lícita, como consecuencia del aislamiento preventivo y obligatorio **(85)**. Pero por excesos cometidos, en algunos casos se han lesionado o intentado lesionar los derechos a la igualdad, a la privacidad, a informarse y a la libertad de prensa, consagrados por la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales con esa jerarquía.

Con respecto a los primeramente mencionados, la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia fue así resuelta por un fallo de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, sala Integrada de Hábeas Corpus, que rechazó un hábeas corpus presentado al respecto **(86)**.

nera virtual las Legislaturas Estadales de Chiapas, Sinaloa y Zacatecas en la federación mexicana. Por su parte, véase la actividad legislativa de 35 Estados norteamericanos en la página web de la National Conference of State Legislatures, *www.ncsl.org*, con toda la información en torno al COVID-19.

(84) En cambio, en otras federaciones ello no ocurrió, como en Brasil, México y Estados Unidos, en que los presidentes fueron reacios a decidir las cuarentenas. Y por eso reaccionaron anticipadamente los gobernadores de San Pablo y de Río de Janeiro, de Jalisco y Nueva León y de Nueva York y California, entre otras autoridades estatales y municipales. Véase KINCAID, John — LECKRONE, J. Wesley, "Federalism and the COVID-19 crisis in the United States of America", *Forum of Federations*, que refieren que 10 gobernadores ordenaron la cuarentena, 9 de ellos demócratas, antes de la decisión del presidente. Los autores critican al accionar oficial ante la pandemia, atento a la marcada polarización política existente y los graves efectos producidos.

(85) Dispuesto por el DNU 297/2020, ya antes citado.

(86) "Kingston Patricio s/ hábeas corpus", 19.200/2020, fallo de Rodolfo Pociello Argerich y Ricardo M. Pinto, marzo/2020.

Sin embargo, en un hábeas corpus colectivo admitido en Chubut, la jueza Del Valle Moreno sostuvo que hubo excesos policiales en el cumplimiento de las medidas dispuestas, que habían incluido un virtual toque de queda en poblaciones, entre otras medidas que iban más allá del DNU 297/2020 (87).

Sostenemos, asimismo, la inconstitucionalidad del Protocolo de Acción de Ingreso y Egreso de la Provincia, dictado por decreto del Poder Ejecutivo en la provincia de San Luis. En primer lugar, porque no se admite en la Constitución provincial el dictado de decretos de necesidad y urgencia y, en consecuencia, para una limitación de derechos constitucionales es necesaria una ley provincial, con intervención de la Legislatura. Pero, además, en el Protocolo se prohíbe el ingreso a la provincia en varios de los pasos limítrofes, y en los autorizados se establecen requisitos que resultan irrazonables y desproporcionados, en violación de los arts. 14 y 28 de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, se prohíbe que en el transporte de carga haya un acompañante y, además, se dispone que dicho tránsito por la provincia será “encapsulado” (con custodia policial) hacia el puesto limítrofe de egreso, sin permitir a los vehículos escoltados ninguna detención dentro del territorio provincial. Igual consideración nos merecen las prohibiciones de ingreso o de tránsito efectuadas por varios municipios a lo largo del país, que se produjeron afectando a quienes estaban autorizados por el DNU 297/2020.

Otra norma que fue declarada inconstitucional fue la res. conj. 16/2020 del Ministerio de Salud y de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en sus arts. 2º y 3º, que habían dispuesto la obligación para los adultos mayores de 70 años de efectuar un aviso a la autoridad pública antes de salir de sus viviendas, en el marco de lo dispuesto por el DNU 297/2020, y que tenía una duración de 48 horas. La intención inicial del gobierno había sido que dichos adultos mayores solicitasen permiso para salir, pero, ante las críticas reci-

(87) Véase el artículo de MEYER, Adriana, “Chubut: Hábeas corpus colectivo y marcha atrás con las medidas abusivas”, *Página 12 online* del 21/04/2020.

das, emitieron la referida resolución. Pero, aun así, fue declarada inconstitucional en una sentencia de extensa argumentación, que consideró que se violaba el principio de igualdad, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (88). También se debatió una cuestión similar en Francia, con opiniones contrarias a cualquier discriminación hacia los adultos mayores (89).

Con relación a las posibles violaciones de la privacidad de las personas, debe mencionarse la declaración efectuada por la ministra de Seguridad de la Nación, acerca de que se efectuaba un ciberpatrullaje para medir el humor social en las redes por parte de las fuerzas de seguridad, lo que originó el inmediato rechazo opositor (90). A ello se suma el pedido efectuado a las empresas de telefonía móvil por el gobernador de la provincia de Chaco, Jorge Capitanich, para

(88) En los autos “Lanzieri, Silvano c. GCBA s/ amparo”, con fecha 20/04/2020, fallo del juez Lisandro Fastman. Véase al respecto la nota de SAGÜÉS, Néstor, “Mayores de 70: un pedido de autorización que nació mal y terminó diluido”, *La Nación online* del 22/04/2020.

(89) Véanse las opiniones en tal sentido de MAUS, Didier — MINC, Alain, “La rebelión de las canas”, *Infobae online* del 19/04/2020. Tras las críticas, el presidente Macron dio marcha atrás con el confinamiento obligatorio de los mayores de 65 años.

(90) Véanse las opiniones de los diputados nacionales de la UCR, Álvaro de Lamadrid, Gustavo Menna, Luis Petri, Roxana Reyes, Gonzalo del Cerro, en la nota “Frederic habló de ‘ciberpatrullaje para medir el humor social’ y desató otra polémica”, *Perfil* del 08/04/2020. Los diputados de la oposición cuestionaron dichas declaraciones alegando violaciones a la privacidad, entre otros derechos asegurados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos. Este es uno de los problemas más graves que amenazan la condición humana, ante la presencia de Estados autocráticos que controlan todo con la tecnología, como ocurre en China. Véase “El coronavirus bajo el liberalismo. Byung-Chul Han: vamos hacia un feudalismo digital y el modelo chino podría imponerse”, *Clarín online* del 17/04/2020, Secc. Cultura, donde el filósofo y ensayista coreano alerta que el coronavirus podría llevarnos a una sociedad de vigilancia total que terminará con las libertades occidentales. Allí denuncia la biopolítica y el control tecnológico efectuado sobre cada individuo. Pero también señala los riesgos de plataformas como Facebook, Google o Amazon, como capitalismo de vigilancia, para manipular y maximizar ganancias.

disponer de los números de los usuarios a los fines de controlarlos por la pandemia (91).

Mencionamos lo ocurrido en la provincia de San Luis, donde el gobernador resolvió impedir la distribución de diarios y revistas nacionales desde el 14/04/2020. Se trató de una grosera violación de los derechos a la información como de la libertad de prensa, reconocidos por el bloque de constitucionalidad federal y por la propia Constitución provincial (92).

También con relación a esto, el vicepresidente del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), Gustavo López, anunció que se debían controlar los portales de internet para evitar *fake news*, con base en la doctrina de la real malicia y del *law fare*, aunque fue desmentido al día siguiente por el titular del ente (93).

Finalmente mencionamos el problema de los argentinos que quedaron en el exterior y no pueden volver al país, por la prohibición de vuelos dispuesta en el país, y por lo que solo Aerolíneas Argentinas puede traerlos. Se calcula su número actualmente en más de 15.000. Por ese motivo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha solicitado informes al gobierno nacional (94).

#### IV. Propuestas y reflexiones finales

Pensamos que las emergencias y sus institutos deben adecuarse a los principios y reglas de

(91) Véase *Clarín online* del 19/04/2020. Asimismo, véase el artículo de BORELLA, Guillermo, “*Big data*: vamos hacia sociedad de control y vigilancia”, *La Nación online* del 02/05/2020.

(92) Estos casos planteados indican la imperiosa necesidad del funcionamiento pleno del sistema republicano, con todos los Poderes funcionando, para el control de constitucionalidad de las medidas de emergencia.

(93) Véase el artículo “Coronavirus: advierten que el Estado controlará los portales de internet para evitar las *fake news*”, *La Nación online* del 01/05/2020 y edición del mismo diario del 02 de mayo con la desmentida de Ambrosini, titular del ENACOM.

(94) Véase la nota “Coronavirus en Argentina: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pidió informes sobre la situación de los varados”, *Clarín* del 28/04/2020.

nuestro orden constitucional, democrático, liberal y republicano. En consecuencia, aunque los Poderes Ejecutivos sean los órganos que tengan mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso, las Legislaturas y los Concejos Deliberantes dejen de participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse. Además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial por los Poderes Judiciales federal y provinciales, para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional.

Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese es el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado, que han producido una ostensible declinación de nuestra cultura constitucional y de la legalidad (95).

En tal sentido, queremos recordar especialmente las pautas de limitación y control señaladas desde hace años por Germán J. Bidart Campos (96): “a) Previamente a la puesta en vigor de un instituto de emergencia o a la adopción de las medidas respectivas, el órgano de poder competente debe efectuar una declaración formal sobre la situación de emergencia. b) Es menester que esa declaración, así como la puesta en vigencia del instituto de emergencia queden sujetos a control judicial de constitucionalidad. c) Conviene que el órgano de poder exprese los motivos que fundamentan el acto declarativo de tales medidas, para que el control opere de manera objetiva y razonable. d) Debe fijarse la extensión temporal y territorial del instituto o de las medidas de emergencia. e) Debe subsistir integralmente el funcionamiento de los tres poderes del Estado y mantenerse el control de constitucionalidad pues la violación

(95) Véanse HERNÁNDEZ, Antonio M., “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, ob. cit.; “A 25 años de la reforma constitucional de 1994...”, ob. cit., y, especialmente, HERNÁNDEZ, Antonio M. — ZOVATTO, Daniel — FIDANZA, Eduardo (comps.), “Segunda Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina, una sociedad anómica”, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2016.

(96) “Manual de derecho constitucional argentino”, ob. cit., ps. 166-7.

de derechos producida por la emergencia tiene que ser judicial, a fin de respetar la tutela judicial efectiva” (97).

Asimismo, el reconocido publicista agregaba: “Logrado este delineamiento, hace falta todavía dejar establecido que: a) ninguna emergencia ni instituto de emergencia confiere poderes superiores o ajenos a la Constitución; y b) ninguna emergencia ni instituto de emergencia significa suspender la vigencia de la Constitución” (98).

Insistimos, además, en la necesidad de respetar especialmente los mandatos constitucionales de un federalismo de coordinación y concertación entre los cuatro órdenes gubernamentales: federal, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales, con un mayor desarrollo de las relaciones interjurisdiccionales.

Finalmente, esta emergencia mundial por la pandemia nos ha planteado dos grandes opciones, según lo expresan Harari (99) y Byung-Chul Han (100): o la conveniencia de una acción solidaria y multilateral a través de las Naciones Unidas y de las organizaciones regionales (101), o

la unilateral de cada Estado (102); y la segunda opción, entre las respuestas de regímenes democráticos o las de sistemas autocráticos o totalitarios (103).

Nosotros creemos que la respuesta consiste en aferrarnos a los grandes valores del constitucionalismo y del humanismo, con una lucha permanente por la democracia, la libertad y la dignidad humana (104).

bate sobre el accionar de la Organización Mundial de la Salud, pues algunos gobiernos han sostenido que no reaccionó rápidamente ante el aviso de Taiwán del comienzo de la epidemia en China. Y, asimismo, los gobiernos de Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania han señalado las responsabilidades de China por haber originado la epidemia y luego ocultarla, por lo que la información tardía facilitó la pandemia, con enormes daños a la humanidad. Véase el artículo de SPECTOR, Ezequiel, “Coronavirus: el papel de China en el brote del COVID-19”, *La Nación online* del 22/04/2020, donde analiza la cuestión desde la perspectiva del derecho internacional.

(102) Que fue lo que caracterizó el accionar de los Estados. No hubo reuniones conjuntas entre los líderes mundiales como Trump, Xi Jinping, Putin, Merkel, Johnson o Macron. En el caso de Estados Unidos, compárese con la anterior política exterior del presidente Obama, quien, además, había creado una agencia especial para luchar contra futuras pandemias y que fuera desarticulada por el actual mandatario.

(103) Para un análisis de los problemas actuales de la democracia, véanse LEVITZKY, Steven — ZIBLATT, Daniel, “Cómo mueren las democracias”, Ed. Ariel, Buenos Aires, 2018, y DIAMOND, Larry, “Ill winds”, Ed. Penguin, USA, 2019. Asimismo, véase el manifiesto “Que la pandemia no sea un pretexto para el autoritarismo”, de la Fundación Internacional para la libertad, presidida por Mario Vargas Llosa, Madrid, abril/2020, [www.fundacion-fil.org](http://www.fundacion-fil.org).

(104) Se trata de la lucha del constitucionalismo por afirmar la democracia, la libertad y la dignidad en sus tres etapas: clásica, social y actual de la internacionalización de los derechos humanos frente a los sistemas autocráticos, híbridos y totalitarios que son mayoría en el mundo. Por su parte, FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo más allá del Estado”, Ed. Trotta, Madrid, 2018, plantea una democracia supranacional y un constitucionalismo global. Y John Kincaid considera que los asuntos de protección del ambiente, equidad global y paz universal también necesitan de prácticas y principios federales para garantizar el futuro frente a la catástrofe (“Introduction. Challenges to the future of federalism”, en FORUM OF FEDERATIONS, *Handbook of Federal Countries*, 2002, Ed. McGill — Queen’s University Press, Montreal — Kingston — London — Ithaca, 2002, ps. 12-13).

(97) “Manual de derecho constitucional argentino”, ob. cit., p. 167.

(98) “Manual de derecho constitucional argentino”, ob. cit., p. 167.

(99) Yuval N. Harari, profesor de la Universidad Hebrea de Jerusalén, autor de los libros “*Sapiens: de animales a dioses*”, “*Homo deus: breve historia del mañana*” y “21 lecciones para el siglo XXI”. Véase el artículo “Elegiremos entre unir a la humanidad o el egoísmo”, Ed. Acento, 22/04/2020, [www.acento.com.do](http://www.acento.com.do).

(100) Véase “La emergencia viral y el mundo de mañana. Byung-Chul Han, el filósofo coreano que piensa desde Berlín”, *El País online* del 22/03/2020, donde, entre otras consideraciones, sostiene que los Estados asiáticos son autoritarios, hay colectivismo y menos individualismo y los ciudadanos más obedientes. Afirma que, si el sistema policial y digital chino se extiende a Europa, se impondrá el estado de excepción previsto por Agamben. Byung-Chul Han es profesor en la Universidad de las Artes de Berlín y autor del libro “La sociedad del cansancio”.

(101) Hubo un débil papel desarrollado por las Naciones Unidas y por la Organización de Estados Americanos, en nuestra región. Pero, además, se ha planteado un de-

# DERECHO PENAL

---



# De los “estrados tribunalicios” a los “estrados cibernéticos”: el “ciberjuicio” (\*)

José I. Cafferata Nores (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La migración de “estrados”.— III. El “ciberjuicio”.— IV. Inmediación “presencial”.— V. La confrontación con la prueba.— VI. Los ciberjuicios en Córdoba.— VII. Interrogantes y discusión.— VIII. La imprescindible tarea del legislador.— IX. Un mejor servicio de justicia.— X. Anexo reglamentario.

## I. Introducción

La pandemia de COVID-19 ha influido disruptivamente en todas las relaciones y actividades humanas, individuales, sociales, económicas e institucionales, obligándonos a explorar vías alternativas para su reconfiguración mientras dure el “Gran Confinamiento” (1) en el que estamos sumidos, pero también mirando el incierto futuro post-pandemia. Una adecuada ayuda para el “aislamiento preventivo” y la “distancia social” ha sido proporcionada por el alto número de herramientas digitales ya existentes, que se han velozmente incorporado a todas las expresiones de la vida, en un fenómeno inédito de “digitalización y súbita y forzosa” (2). De esto

---

(\*) Procurando una mayor claridad expositiva para lectores “no informáticos” o “inmigrantes digitales”, vamos a utilizar como sinónimos (sabiendo que no todos lo son) palabras como “digital”, “remoto”, “cibernético”, “telepresencia”, “video-inmediación”, etc. Tratamos sí de evitar el término “virtual”, por su connotación idiomática ficcional, y cuando lo utilizamos lo entrecomillamos para indicar este reparo.

(\*\*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y Director del Instituto de Derecho Procesal.

(1) Inmejorable descripción de Juan Corvalán, presentando su muy completa e interesante propuesta (como las tantas otras a las que nos tiene acostumbrados) del Posgrado- en Inteligencia Artificial y Derecho- , Con especial foco en el impacto del COVID-19, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, alab@derecho.uba.ar.

(2) Ver primera nota (\*).

no escapa, por cierto, la *actividad judicial*, preponderantemente en el área penal.

Si bien advertimos que los aspectos que aquí se tratan son tan actuales como comunes a todos los países donde existe un procedimiento penal como el nuestro, aclaramos desde ya que estas líneas (3) tienen una exclusiva (y reducida) proyección local provincial. Y constituyen un elemental relato, más descriptivo que propositivo o analítico, de la preocupación que ha generado en los tribunales ordinarios y federales de Córdoba este grave fenómeno de salud pública con inevitables consecuencias en el servicio de justicia, y las soluciones instrumentadas para amortiguarlas (cuya inspiración seguramente perdurará, perfeccionada, más allá de la emergencia), algunas de las cuales ya estaban en desarrollo con anterioridad.

Sin embargo, no nos hemos privado de hacer algunas breves reflexiones sobre unas pocas (4) y previsibles cuestiones controversiales que se van a presentar cuando se traspongan los acotados límites de las situaciones que hasta ahora han sido objeto de aquellas soluciones hacia cuestiones más generales y con una extensión

---

(3) Que seguramente, cuando sean difundidas, ya van a estar desactualizadas, pues los acontecimientos que las motivan cursan vertiginosamente.

(4) No tenemos aquí espacio para abordar las múltiples e interesantes cuestiones que ya se están planteando a todo nivel.

temporal imprevisible, ni de dar algunas opiniones al respecto.

## II. La migración de “estrados”

La irrupción masiva del COVID-19 ha provocado un fuerte aceleramiento del incipiente proceso de coexistencia entre los “estrados tribunálicos” y los “estrados cibernéticos”, cuyo futuro, nos parece, va a generar un paulatino pero sostenido avance de los últimos sobre los primeros. Ya hoy, a la par del histórico concepto de que el “Palacio de Justicia” es el lugar natural de concurrencia personal de todos los que participan en la realización de cualquier trámite procedimental, nos encontramos con que también “abogados, fiscales, partes, imputados, procesados y jueces se encuentran en un *espacio común que es la virtualidad* (5) y llevan adelante, en un término también común, el acto procesal para el cual han sido convocados” (6).

## III. El “ciberjuicio”

Conscientes de la imposibilidad de pretender abarcar todas las tópicos de análisis que la novedad del tema habilita (y de nuestra incapacidad para hacerlo), nos adelantamos a señalar que nos vamos a ocupar solo del que nos permitiremos llamar “ciberjuicio”, expresión con la que intentamos caracterizar la tramitación total o preponderante de un juicio penal (7) en el espacio “virtual”, mediante herramientas tecnológicas

(5) ANDRUET, Armando, “La prestancia profesional de abogados y jueces en su realización virtual”, Comercio y Justicia, 29/04/2020.

(6) Recomendamos la lectura de la conferencia de PRADO, Carolina, “El sistema penal ante la emergencia sanitaria”, dictada el 06/05/2020 en el seminario (Hangout Meet) “La pandemia COVID-19 (coronavirus) en la Argentina y sus implicancias en el derecho penal”, organizado por la Secretaría de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, dirigido por el Prof. Gerard Gramática.

(7) Nuestro sesgo docente nos impulsa a recordar aquí, sobreampliamente, que “El juicio penal común se desenvuelve en tres fases: la preliminar, el debate y la sentencia. Si bien cada una de ellas tiene sus propios fines, todas contribuyen a lograr una decisión del tribunal actuante sobre el fundamento de la acusación, con la debida, igual y bilateral actuación de partes” (cfr. AA.VV., “Manual de derecho procesal penal. Texto de estudio. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2012, a ed., p. 487).

que permitan hacerlo. Más precisamente, trataremos de mirar de qué modo la nueva realidad que nos interpela impactará en su núcleo esencial, que es el “debate oral” (8), intentando unas pocas reflexiones sobre la influencia de aquella sobre uno de sus más conocidos caracteres esenciales: la *inmediación*, verdadera “nave insignia” de los juicios criminales en la Argentina y la región a partir del Código de Córdoba de 1940, que proporciona un inmejorable espacio a otros igualmente importantes, como la *contradicción* y la *publicidad popular*, con las que se termina confundiendo en una unidad en la realidad del debate oral, pues es allí donde mejor se expresan: será el “ciberdebate”.

En esa fase del juicio nos vamos a detener, pues es la que recibirá el mayor impacto en su tránsito desde la *inmediación* en sentido propio, o sea, presencial, hacia las nuevas formas de *inmediación* a distancia, que en otro lugar anteriormente hemos llamado “*teleinmediación*” y “*ciberinmediación*”, las que generaron primero controversias y luego jurisprudencia y alguna legislación (9).

## IV. *Inmediación* “presencial”

Estas nuevas formas afrontarán 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 (propio de la *inmediación*)

(8) Al mismo sesgo sobreampliante de la nota precedente obedece el señalar que “El debate es el núcleo central del juicio, que se lleva a cabo en forma oral, pública, continua y contradictoria y con la presencia conjunta y permanente de los integrantes del tribunal, el fiscal, el imputado, su defensor y las demás partes, haciendo realidad las reglas de la *inmediación* y la identidad física del juez. Tiene como fin que se conozca la acusación; se dé oportunidad para el ejercicio de la defensa material del acusado; se proceda a la recepción de las pruebas ofrecidas y admitidas, con vigencia del contradictorio y resguardo del derecho de defensa; y se produzcan los alegatos del fiscal, de los defensores del imputado, de las partes civiles y del querellante, tendientes a demostrar el fundamento de la pretensión que han ejercido o la falta de fundamentos, total o parcial, de la pretensión contraria, de conformidad a las probanzas colectadas en el mismo y los argumentos jurídicos pertinentes” (AA.VV., “Manual...”, ob. cit., p. 499).

(9) Véanse notas 10, 11, 12 y ss.

ción) y el útil ejercicio del derecho de confrontación (propio del contradictorio), virtudes que pueden quedar más satisfechas con la inmediatez 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 popular (que, si bien aparenta ser de más sencilla solución, tampoco lo es).

#### IV.1. Noción

Parece útil recordar a estos fines que por *inmediatez* se entiende el contacto directo, personal y permanente en un lapso y en un espacio físico común, que los jueces, acusadores, imputados, víctimas y sus defensores tienen durante su desarrollo con las pruebas que se reciben, y el que mantienen todos ellos entre sí, interactuando verbalmente cada uno en los roles como actores, contradictores, directores o decisores que la ley procesal les asigna, ante la presencia de cualquier ciudadano que lo desee.

De este modo, puestos físicamente frente a frente los titulares y portavoces de los intereses en juego, los portadores de los elementos que van a dar base a la sentencia y quienes deben dictarla —decidiendo sobre aquellos intereses y en base a estos elementos—, se podrá conocer lo que cada parte pretende, apreciar las formas de expresión y la personalidad de los que declaran, preguntar y contrapreguntar, aclarar el sentido de sus palabras y conceptos, mejorar el conocimiento de aspectos técnicos (caso de peritos), formular instancias y alegaciones, etc. La percepción *propriis sensibus* de las piezas de esta especie de rompecabezas a que se asemeja el anhelo de reconstruir conceptualmente un hecho delictivo presuntamente acaecido en el pasado es aceptada desde antiguo como la forma más idónea de lograrlo.

#### IV.2. Extensión

Pero, como venimos señalando, la inmediatez, si bien se la mira, implica tres notas más del debate donde se verifica: la *oralidad*, el *contradictorio* y la *publicidad popular*. Su funcionamiento conjunto potencia interactivamente las virtudes individuales y combinadas de cada una de ellas, integrándolas en una *unidad de funcionamiento* en la realidad, que solo puede separarse conceptualmente.

De allí que una excepción a cualquiera de ellas afectará a todas las otras. Por ejemplo: una declaración testimonial recibida antes del juicio y solo “leída” en el debate, además de afectar a la oralidad, vulnera la publicidad, pues el público no ve ni oye al declarante; también la inmediatez, pues ni el acusador, ni la defensa, ni los jueces tienen contacto directo con él; también el contradictorio, pues las partes no pueden preguntar ni repreguntar al testigo ausente; y también la identidad permanente del juez que deberá dictar la sentencia, pues no será quien haya recibido originariamente esa prueba.

#### IV.3. Evolución

La técnica fue actualizando varios de estos conceptos, pero sin sustituirlos, y su evolución incesante y acelerada trajo nuevos apoyos y discusiones. La presencia física del público en un juicio penal fue exceptuada por la visión (simultánea o posterior) en la pantalla de un televisor de imágenes tomadas en la sala de audiencias donde se realizaba. La recepción viviente de las pruebas personales fue siendo sustituida por la transmisión mediante cámaras de video instaladas en el lugar de su producción, muy distante de la sede de realización del juicio (10); y se legitimó que el imputado pudiera ejercer su defensa material en estas mismas condiciones (11). Poco después se pudo lograr que estos últimos actos procesales dieran cabida a preguntas y confrontaciones propias del derecho de defensa (12).

(10) Como ejemplo, entre todos los posibles, puede citarse el Estatuto de Roma que estableció la Corte Penal Internacional y dispone la presencia obligatoria del acusado durante el juicio, pero si lo perturbare continuamente se podrá disponer que salga de la sala de audiencias y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación (art. 63). En protección de las víctimas y los testigos se podrá permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales (art. 68); también permitir al testigo que preste testimonio por medio de una grabación de video o audio (art. 69).

(11) P. ej., la Corte Suprema de Justicia de la Nación (<https://www.cij.gov.ar/nota-7057-Crece-en-todo-el-pais-el-uso-del-sistema-de-videoconferencia-como-herramienta-de-gestion-judicial.html>).

(12) Pero es necesario tener presente que todos estos supuestos se plantean en el curso de un debate “presen-

Para proporcionar algún aporte al desafío que plantea intentar seriamente mantener la fiel percepción de los aspectos no verbales de lo que en el debate se haga y diga (que se supone mejor facilitado por la inmediatez personal) y el útil ejercicio del derecho de confrontación (propio del contradictorio), nos parece necesario, primero, detenernos en el repaso de algunas notas importantes de la realidad del funcionamiento de ambos conceptos, y luego tratar de escudriñar las propuestas que se van conociendo en lo tecnológico y en lo procedimental, que no parecen llegar a equipararla [si esto fuera lo que se busca (13)], y en sus problemas y soluciones.

#### IV.4. Importancia originaria

Para comprender en toda su dimensión la enorme importancia que se asignó a la inmediatez (que se invocará, seguro, en la discusión sobre la nueva tecnología), será de suma utilidad acudir a un emblema del “juicio oral” penal: el recurso de casación contra la sentencia allí pronunciada y el perfil con que aquel se fue consolidando. Poco tiempo después de entrado en vigencia el Código de Procedimientos Penales de Córdoba de 1940 se preguntaba: “¿pueden, y hasta dónde en su caso, los jueces que no han actuado en esta sala de juicios orales, que no han oído al imputado ni a los testigos, que no han visto desfilar ante sus ojos la prueba de la causa, pueden, repito, intervenir y declarar que los jueces del juicio oral fallaron mal o bien la causa?” Al tribunal de casación “no le llegan ni las pruebas testimoniales originales, ni las impresiones originales de las inspecciones y comprobaciones realizadas en el curso del debate, ni, en fin, las múltiples vivencias de la audiencia”. Por eso, concluía, en materia de eficiencia probatoria de los medios de prueba de la causa: “...el tribunal de juicio es soberano y la casación no puede controlar el acierto o desacierto de su juicio...” (14).

cial” tradicional, por lo que la “virtualidad” que implican está, en principio, circunscripta a cada acto en particular.

(13) Aunque es también posible que se pretenda asumir el desafío que el ciberdebate exigirá de “reperfilar” ambos conceptos de modo que puedan ser satisfechos sin el requisito de la presencialidad.

(14) NÚÑEZ, Ricardo, “El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por la vía de la casación”, con-

Este estrecho concepto —de preferida aplicación para los recursos de casación contra las sentencias de condena— fue ampliándose de a poco (15), pero siempre aceptando como límite al examen casatorio la revisión de la aptitud convictiva de la prueba recibida en el debate para arribar a un juicio de certeza sobre la responsabilidad penal del imputado en que se basó la sentencia de condena: la llamada “soberanía” del tribunal de juicio en esa materia rechazó victoriosa todos los embates que se le fueron haciendo, incluso luego de la incorporación en 1994 a nuestra Constitución Nacional de la principal normativa supranacional de derechos humanos, que consagra el derecho del condenado a recurrir la sentencia de condena y la pena impuesta [art. 8.2.h), CADH; art. 14.5, PIDCyP; art. 75, inc. 22, CN], garantía que, por su nuevo máximo nivel, pensamos que no podía tenerse por satisfecha con la tradicional reducción del recurso de casación a un mero control jurídico (constitucional y penal sustantivo y procesal) de aquel fallo, dejando fuera de su reexamen nada menos que la eficacia convictiva asignada a la prueba elegida para fundar con certeza la condena, impidiéndole así a dicho medio impugnativo revisar en ella el respeto al principio *in dubio pro reo* (16).

Semejante persistencia en la ortodoxia terminó transformando a la inmediatez personal en un nuevo y judicialmente muy apreciado *criterio de valoración de la prueba*, cuyas conclusiones fácticas, por su predicada “soberanía”, eran incontrolables. Y en esa transformación se fue

referencia pronunciada en Mendoza, el 15/10/1956, y publicada en Temas de derecho penal y de derecho procesal penal, Ed. EJE, 1958, ps. 70, 71 y 84.

(15) V.gr., LANGER, Máximo, “El principio *in dubio pro reo* y su control en casación”, Nueva Doctrina Penal, 1998/A, Buenos Aires, ps. 215 y ss.; SILVESTRONI, Mariano, “La tipicidad subjetiva y el *in dubio pro reo* en el recurso de casación”, Nueva Doctrina Penal, 1998/B, Buenos Aires, p. 601.

(16) Esta posición dejaba fuera del control del recurso el ejercicio del “verdadero poder” de los jueces: el “dedo de Dios” (expresé metafóricamente en una clase), cuando te indica diciendo: “¡vos fuiste!”. Semejante aspecto esencial del fallo de condena no puede quedar fuera del examen del recurso, si se pretende que este opere como una verdadera garantía de índole constitucional para el condenado [arts. 57, inc. 22, CN; 8.2.h), CADH; 14.5, PIDCyP].

fortificando hasta convertirse en un verdadero “tótem” (17) procesal.

#### IV.5. *Relativización*

Pero luego la Corte Suprema dictó un fallo que buscó un cambio sustancial a esta situación: fue en el caso “Casal” (18), donde sostuvo que cuando hay pruebas del juicio cuyos contenido y fiabilidad puede examinar el tribunal de casación, porque de ellas quedó *constancia actuada*, este puede reexaminar la potencia convictiva de esa prueba siempre que no se trate de aspectos que dependan exclusivamente de la intermediación [v.gr., impresión sobre la sinceridad de un testigo (19)]. Y si al hacerlo el tribunal revisor advierte que falta la fuerza probatoria necesaria para fundar una condena, puede revalorarla para anular o absolver (20). O sea, “Casal” permite revisar toda la prueba que se ha incorporado por la lectura, las pruebas cuyas constancias han quedado en el acta del debate a pedido de las partes o por indicación del tribunal y la prueba que el propio sentenciante describe en su contenido cuando hace la sentencia. Sobre todo esto sí puede alcanzar el control casatorio, aun cuando el tribunal de alzada no haya

(17) Contradictoriamente, los Códigos Procesales permitían, sin ningún rubor, que los tribunales de juicio prescindieran de la intermediación, admitiendo múltiples excepciones mediante la introducción al debate de pruebas recibidas fuera de él (testimoniales e, incluso, indagatorias) por la vía del atajo no presencial de su “incorporación por la lectura”, con idoneidad para fundar sentencias, incluso las de condena.

(18) CS, 20/09/2005, “Casal, Matías E.”

(19) Por cierto, “Casal” no valida una “divina chispa” del juez (como algún autor antiguo justificó) que le permita entablar con el testigo una “química de la sinceridad” que justifique esa impresión. Exige, en cambio, que se dé cuenta circunstanciada de ella, pues al respecto el tribunal de casación también puede revisar criterios.

(20) Es útil destacar que “Casal” anula una sentencia en donde el recurso invocaba como agravio la violación del in dubio pro reo. Y, además, cuando hace referencia al último paso del método histórico que admite aplicable a una sentencia, que es la “síntesis comparativa” de la prueba, señala que si de esa comparación surgen conclusiones opinables o poco asertivas, estas deben jugar a favor del imputado, por aplicación del principio in dubio pro reo.

tenido intermediación con la prueba que fundó la condena (21).

“Casal”, en suma, relativizó significativamente la hasta entonces pétrea importancia absoluta de la intermediación presencial, lo que seguramente también incidirá fuertemente en la discusión que se avecina sobre la ciberintermediación.

#### V. La confrontación con la prueba

Además, bien se ha señalado que el modelo de enjuiciamiento en la Argentina “requiere de la existencia de un debate oral y público a través del *contradictorio* entre las partes, como presupuesto de la decisión final del tribunal de juicio. Esa instancia de ‘confrontación’ es la vía exigida por el legislador para que la parte acusadora tenga la posibilidad de demostrar la imputación y el procesado pueda ejercer sus derechos a la defensa en juicio y al debido proceso. Dentro de esos derechos, reviste naturaleza básica o primaria la posibilidad del acusado de controlar la prueba de cargo”. Sobre esto último, la Corte Suprema ha dicho que es violatoria de esas garantías la utilización —para dictar una condena— de una “base probatoria” sobre la cual no se “...haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba” (22). Y por imperio del art. 75, inc. 22, de la CN, tienen ese nivel jurídico de máxima jerarquía el art. 8.2.f) de la CADH, que consagra como garantía mínima del imputado el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, y el art. 14.3.e) del PIDCyP, respecto de “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”.

(21) Lo que, lamentablemente, no dio el “jaque mate” que de él se esperaba a la teoría de la “soberanía” del tribunal de juicio sobre las conclusiones fácticas arribadas en su fallo condenatorio, como lo fue demostrando la práctica.

(22) “Benítez, Aníbal Leonel s/ lesiones graves”, B.1147. XL, causa 1524.

### V.1. Importancia

Esta expresión del contradictorio, si bien no tiene los años de trayectoria “especial” que sí logró la intermediación (gracias a la “soberanía” que legitimaba), suple esta diferencia con el expreso nivel constitucional que hoy ostenta. Para advertir su importancia, parece útil repasar la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre los alcances de la VI Enmienda a su Constitución, para quien la confrontación que ella estatuye tiende a garantizar la “exactitud del proceso de determinación de la verdad” (23). Entiende que se trata de “un requisito esencial y fundamental para el tipo de juicio justo que es el objetivo constitucional de este país” (24), que consagra el derecho del acusado a ser confrontado con los testigos en su contra, asegurando el derecho a contrainterrogar, que implica la formulación de preguntas directa y personalmente y la obtención de respuestas inmediatas (25). El contra-interrogatorio es un medio de prueba de precisión cuya ausencia “pone en tela de juicio” la finalidad misma del proceso de determinar los hechos (26).

### V.2. Alcances

Como por sus características muy probablemente este sea otro punto de la discusión que imaginamos, parece inevitable señalar ciertas dificultades que la “ciberintermediación” puede acarrear al principio contradictorio del debate penal oral que garantiza la intermediación “presencial”.

Sobre todo porque el control defensivo del imputado sobre la prueba de cargo “no se reduce a la simple observación o revista de los elementos de juicio presentados en su contra sino a la posibilidad efectiva de actuar sobre ellos”: aquel “tiene el derecho de poder contradecir e interrogar a quien formula la imputación”, lo que “no solo involucra a los testigos sino a toda manifestación verbal que tenga na-

turalidad cargosa contra el imputado [...] pues esa circunstancia es la que permite a la defensa controlar, atacar y contradecir la versión inculpativa”, “desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra” (27).

## VI. Los ciberjuicios en Córdoba

Adelantamos desde ya que no es posible medir el potencial nivel ni de vigencia ni de eventual afectación de estas garantías de la intermediación y el contradictorio en las experiencias locales y federales de Córdoba, toda vez que los tipos de juicio cuyo debate se permite (hasta ahora) realizar, a través de las técnicas no presenciales (28) autorizadas en acordadas y sus “protocolos” en vigor, no pueden comprometerlas, pues *prescinden* de aquellas.

Las disposiciones del Tribunal Superior de Justicia sobre esta modalidad se refieren principalmente a juicios “abreviados” (“iniciales” —que se regulan para la etapa de la investigación preliminar, art. 356, Cód. Proc. Penal— o abreviados propiamente dichos —art. 415, Cód. Proc. Penal, que se regulan para esa segunda etapa—). Si bien en ellos se prevé la realización del debate, se requiere un acuerdo previo de los intervinientes —que en los hechos incluye, indebidamente, al tribunal—, que abarca la confesión de culpabilidad del acusado, la incorporación de la prueba por su lectura, el tipo y monto de la pena a imponer y su modo de ejecución, lo que implica una *renuncia anticipada* a la intermediación en la recepción de los elementos de convicción y a la confrontación de estos por parte de las defensas, y reduce, general-

(27) CNCas. Penal, sala II, 02/06/2010, “Turco, Rolando Javier”, causa 9737, reg. 16.516 (hoy Cámara Federal).

(28) En el orden provincial, la autorización para ese proceder ha sido dispensada por el Ac. Regl. 1622, serie A, del Tribunal Superior de Justicia del 12/04/2020, en su anexo VI: “Protocolo de actuación fuero Penal: modalidad teletrabajo — resoluciones judiciales — celebración de audiencias orales”: “La realización de las audiencias orales reseñadas en el punto anterior, seguirán el mecanismo de reglamentación dictado en la res. 4 de la Presidencia de la sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, de fecha 03/04/2020, que establece un Protocolo de ‘Audiencias por Videoconferencias’. Ver sus textos en el anexo reglamentario, al igual que los consensuados en el orden federal.

(23) “Dutton v. Evans”, 400 US 74, 400 US 89 (1970).

(24) “Pointer v. Texas”, 380 US 400, 380 US 405 (1965).

(25) “Douglas v. Alabama”, 380 US 415, 380 US 418 (1965).

(26) “393 US Chambers v. Mississippi”, 410 US 284, 410 US 295 (1973).

mente, a una *formalidad* el alegato acusatorio y el defensivo, cuya eventual discrepancia se reducirá a cuestiones puramente jurídicas, reduciéndolos, en el mejor de los casos, a una opaca y desvaída discusión puramente argumental.

Esto es aún más evidente en el orden federal (29), cuyo Código Procesal Penal (art. 431 bis), si bien contiene los mismos requisitos (art. 431 bis, inc. 5º) que el Código Procesal Penal de Córdoba, prescinde totalmente del debate para la tramitación del juicio “abreviado”, pues este se tramita de modo escrito, salvo una audiencia (art. 431 bis, inc. 3º, Cód. Proc. Penal de la Nación) para que el tribunal tome conocimiento *de visu* del imputado y lo escuche si este quiere hacer alguna manifestación (que generalmente será relativa a su comprensión de los alcances de su reconocimiento de culpabilidad).

Similares consideraciones merece el Código Procesal Penal Federal (art. 289), vigente solo en algunas provincias.

Lo mismo puede decirse de la audiencia de suspensión del juicio a prueba en ambas jurisdicciones (arts. 360 bis, Cód. Proc. Penal Cba.; 293, Cód. Proc. Penal de la Nación), en donde no hay recepción de prueba y solo se discute sobre la reparación del daño a la víctima pretendida y la ofrecida, en orden a la razonabilidad de esta, estatuida por el art. 76 bis, párr. 3º, Cód. Penal.

Por lo expuesto, parece obvia la ineficacia de este tipo de debates para analizar el impacto sobre las expresiones de la intermediación y la contradicción que son motivo preferente del

(29) “Así, con el propósito de ir normalizando el funcionamiento de la oficina judicial, se ha previsto (y ha comenzado a emplearse) una suerte de protocolo de actuación para la realización de audiencias orales a través de medios tecnológicos seguros disponibles, durante la emergencia sanitaria” (PRADO, Carolina, “El sistema penal ante la emergencia sanitaria”, ob. cit.). La autora agrega: “Todos los jueces del país pueden ahora trabajar íntegramente de modo remoto, aun estando aislados. Los abogados y litigantes no tienen que concurrir personalmente a tribunales. No obstante su importancia, las medidas trascienden en mucho la emergencia sanitaria. Implican un avance notorio en la modernización del servicio de justicia en varios sentidos...”. Ver anexo reglamentario.

presente análisis. Pero ello no empalidece la indudable utilidad práctica que podrán prestar aquellos, no solo para el tratamiento de los supuestos respecto de los cuales son autorizados por las ya señaladas “acordadas”, sino como un “laboratorio” en orden a los problemas *comunes* de funcionamiento que se manifestarán con los debates “abiertos”, hasta tanto se produzcan las reformas legales urgentes e imprescindibles (que seguramente los tendrán en cuenta).

## VII. Interrogantes y discusión

Pero ya fuera de estos casos, serán numerosos los interrogantes y problemas que se plantearán para las hipótesis de debates “abiertos”, en donde no van a existir los acuerdos propios del “juicio abreviado” (ya detallados precedentemente) ni las meras discusiones prioritariamente “valorativas”, como son las que se suscitan en audiencias de “suspensión del proceso a prueba”.

### VII.1. ¿Y las impresiones? (30)

En orden a las “impresiones” que produce el contacto personal y sin interferencias con los aspectos verbales y no verbales de las declaraciones (31) del imputado, testimoniales o periciales, que se producen en un debate, parece indudable que su percepción de tipo presencial por jueces y partes no va a ser la misma que si lo

(30) Lo expuesto sobre los aspectos de la inmediatez y el contradictorio que desarrollamos en el texto ha motivado explicaciones tan sencillas como precisas del periodista judicial Francisco Panero: “La oralidad es tan ‘mágica’ como puede serlo cualquier puesta en escena o cualquier juego de roles generadores de reacciones espontáneas que enriquecen la verdad [...]. Para usar una metáfora sumamente elocuente, en el abreviado se impide que la prueba se ‘ventile’. P. ej., no se conocerá lo que amplíen los testigos, que pueden tener una declaración mucho más interesante en público, frente a las partes y que la pregunta y la repregunta alcancen una dinámica impensada” (PANERO, Francisco, “Cuando el juicio abreviado deja afuera a la verdad real”, *La Voz del Interior* del 15/05/2020).

(31) Quizás también se incorpore al debate entre la intermediación presencial y la no presencial, la diferencia entre “percepción” (sensación interior que resulta de una impresión material hecha en nuestros sentidos) e “impresión” (efecto o sensación que algo o alguien causa en el ánimo; opinión producida por esa sensación), ya que la primera es controlable por su naturaleza sensorial, mientras que la impresión no la tiene, pues anida solo en el ánimo, sin depender de los sentidos.

es a través de imágenes (32). En este punto, la discusión quizás anide en los muchos pliegues de la diferencia cualitativa entre el mayor compromiso sensitivo y espiritual propio de la presencialidad de la “vivencia” (33) y el que pueda generar la mejor de las imágenes técnicamente imaginable (34).

(32) El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba caracterizó (fijando sus condiciones) la videoconferencia como “un sistema interactivo de comunicación que transmite en forma simultánea y en tiempo real imagen, sonidos y datos a distancia entre uno o más sitios geográficamente distantes”, en el Ac. Regl. 1281, serie A, del 07/05/2015. El concepto no avanza, sin embargo, sobre la equiparación de la “trasmisión” a distancia de esas imágenes y sonidos con la impresión sobre ellos obtenida de modo presencial, que —como presumimos en la nota anterior— será el punto central de la discusión. Ella se extenderá a la cuestión sobre si la posibilidad de interacción instantánea y simultánea entre todas las intervinientes en el debate es igualmente efectiva para la confrontación que el modo presencial.

(33) El concepto más difundido de intermediación es de tipo vivencial (cfr. NÚÑEZ, Ricardo, “El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio..”, ob. cit., ps. 70, 71 y 84, que se refiere a “las múltiples vivencias de la audiencia”). Se destaca que el juez “conozca de la causa no a base de escritos muertos sino a base de la impresión recibida” (FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón”, p. 619).

(34) Véase nota 30. Valiosos a este respecto son los puntos de vista de Pérez Barberá sobre la doctrina de “Casal”, quien sostiene que la interpretación tradicional de la casación que prohíbe la revisión en la alzada de la eficacia conviccional acordada a la prueba en el fallo de condena se funda en que “la valoración de la prueba ‘en sí’ no es otra cosa que la mera impresión del tribunal acerca de la prueba durante el juicio oral. Su impresión sobre ella hace que el tribunal de mérito la ‘valore’ en un sentido o en otro (favorable a la defensa o a la acusación, contradictoria con otra prueba o compatible con ella, etc.). Aquí ‘valoración’ no es sinónimo de ‘fundamentación’, sino de ‘toma de posición interna tras el efecto de una impresión sensorial’, y por tanto, según este punto de vista, se trata de un suceso que ocurre —y solo puede ocurrir— durante el transcurso del juicio oral, regido por la intermediación. La fundamentación, para este esquema tradicional, constituye un proceso ulterior y a objetivarse en la sentencia, el cual, por estar guiado por reglas y principios argumentativos y no por impresiones sensoriales, es ya sí accesible a cualquiera y por tanto controlable por otro tribunal” (PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Repercusiones del fallo ‘Casal’ para la Casación Penal”, conferencia dictada en el Seminario sobre Casación Penal organizado por INECIP, Córdoba, 26/04/2006).

## VII.2. ¿Confrontación “virtual”?

También se presentarán dificultades no menores en relación con el “derecho de confrontación” de las partes (para el imputado es hoy una garantía de expresa estirpe constitucional) con la prueba que se vaya produciendo, lo que implica —además de su observación— la posibilidad efectiva de “actuar” sobre ella y de valorar críticamente sus resultados, pues se entiende que la “presencialidad” es imprescindible para su completo y pleno desenvolvimiento (35).

Si bien no serán los únicos, seguramente estos dos aspectos configurarán el escenario en donde más fuertemente disputen los cuestionamientos a la implementación completa de los ciberdebates, poniendo también en evidencia la latente tensión entre tradicionalismo y modernidad, que se agiganta —muchas veces con razón, otras sin ella— en cuestiones relacionadas con la administración de justicia.

## VIII. La imprescindible tarea del legislador

Lo que ahora resulta indispensable es que las leyes procesales tomen rápida posición sobre esta controversia “técnico-ideológica” (36), no solo para legitimar sino también para unificar (37) las soluciones en cada ámbito jurisdiccional. Pues, como el señalado proceso de “digitalización súbita y forzosa” disparado por la pandemia es imparable, también en ese “ múlti-

(35) Quizás esto se encuentre mejor ilustrado en las palabras de Martín Guzmán, actual ministro de Economía de la Argentina, pronunciadas en el marco de su difícil negociación de la deuda externa del país, en estos momentos de cuarentena mundial: “es muy distinto cuando el diálogo entre los acreedores y el gobierno se realiza por videoconferencia” (puede consultarse en <https://elpais.com/internacional/2020-05-13/queremos-convertir-argentina-en-un-buen-deudor.htm>).

(36) Cuya confrontación, como tantas otras, se nutrirá de los excesos. Como ejemplo de lo que expongo véase “Man sentenced to death in Singapore on Zoom call”, ver en <https://www.reuters.com/article/us-singapore-crime-idUSKBN22WOI6>.

(37) Porque solo así se evitará la proliferación de “protocolos” en las mismas jurisdicciones judiciales, como se viene observando.

ple” ámbito (38) debe encontrar un cauce legal que lo legitime constitucionalmente.

Son numerosas las cuestiones que deberán tenerse presentes en la reglamentación legal del trámite procesal especial que exigirá el ciberdebate. Y, por cierto, su selección estará orientada a la mayor y mejor posibilidad de dar respuestas correctas a las exigencias constitucionales y procesales respectivas (39). Además de las provenientes de la intermediación y el contradictorio, ya señaladas, habrá que ocuparse de buscar soluciones para el respeto de la publicidad “popular” (40). Resultará esencial fijar los estándares de fiabilidad y solvencia técnica de las herramientas digitales a utilizar (41), cuyos detalles y ajustes de funcionamiento y su imaginable actualización la ley deberá dejar en manos de las atribuciones de superintendencia de las cabezas de los Poderes Judiciales [“normas prácticas”, las llaman los Códigos (42)]. También deberá resolverse legalmente —sobre todo para el futuro post-pandemia— si el ciberdebate requiere pedido o simple conformidad (expresa o

tácita) de acusadores y acusados (43), o puede regularse como obligatorio. Habrá que establecer si es de aplicación para todo tipo de causas o solo respecto de algunas y, en este último supuesto, los criterios de su elección.

De allí la responsabilidad del legislador de encontrar rápidamente (44) un cauce de equilibrada solución que armonice, simultáneamente, los valores inspiradores de las garantías constitucionales vigentes (45) con la necesidad, la conveniencia o la inevitabilidad (según cómo se lo mire) del uso de las herramientas digitales disponibles y las que vengan, sin sacrificar totalmente ninguno de ellos en el altar del otro, como expresión procesal de un próximo *Estado de derecho digital* [concepto que no me pertenece, a pesar de que me resulta atractivo (46)].

(38) Ámbito en donde, afortunadamente, ya se habían producido importantes avances tecnológicos y de organización de recursos humanos en esta materia: v.gr., el Poder Judicial de la provincia de Córdoba. Ver anexo reglamentario.

(39) En estos dos sentidos, nos parece imprescindible que cualquier legislación futura tenga muy en cuenta los modelos de funcionamiento actualmente existentes y sus resultados prácticos (fortalezas y debilidades). Véase el anexo reglamentario.

(40) Pues nos parece que debe limitarse a los interesados —quienes deberán mínimamente identificarse— la cantidad de autorizados a seguir sus alternativas por la misma vía.

(41) Solo a modo de ejemplo, señalo que se está ya planteando la cuestión de la necesaria verificación de la identidad de los testigos e imputados intervinientes, la necesidad de garantizar que sus declaraciones y respuestas no les sean “sopladas” por terceras personas ocultas al alcance visual del instrumento tecnológico a través del cual declaran, entre otras.

(42) PRADO, Carolina, “El sistema penal ante la emergencia sanitaria”, ob. cit., quien es categórica en destacar la “falta de competencia de los Tribunales Orales para reglamentar actos procesales y, por ende, las audiencias orales”, aclarando que los protocolos (emanados de órganos judiciales) que se conocen son meros “instrumentos de actuación”.

(43) La CFed. Cas. Penal, en la Ac. 10/2020, exige que “no exista oposición fundada y razonable de parte”. Si bien este acuerdo no se exigiría si el ciberdebate se impusiera por ley, restaría todavía superar el control de su constitucionalidad por las vías recursivas vendizadas a tal finalidad.

(44) Lo que no significa “precipitadamente”, pues deberá abrirse una deliberación previa en donde puedan expresarse las voces técnicamente más experimentadas y las jurídicamente más autorizadas.

(45) No podemos omitir destacar en esta instancia que la mecánica invocación de las “virtudes” o las “ventajas” del debate oral como garantía individual ha logrado silenciar algunos argumentos que intentan relativizar esa condición, y que ahora seguramente se escucharán. La publicidad popular es una garantía para el imputado frente a juicios realizados entre “sordas y mudas paredes”, ámbito favorecedor de persecuciones injustas; pero esas paredes igualmente pueden ocultar favoritismos que no resistirían la luz pública. Es que la transparencia que la publicidad popular implica va mucho más allá; se trata de la publicidad de los actos de gobierno. Además, la sola exposición del imputado como acusado de un delito compromete su derecho al honor: es la llamada “pena del banquillo”. Respecto de la intermediación, Vélez Mariconde, tras expresar que la “oralidad” es el “medio de actuación” de la intermediación, enfatiza que “el procedimiento oral” responde “al interés social, y no al individual”, “o mejor, a la potestad del Estado para administrar justicia y no al derecho de defensa del imputado” (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, “Derecho procesal penal”, Ed. Lerner, Córdoba, 1981, t. 1, ps. 423 y 437), si bien poco después da lugar a ambos, pero en el orden transcripción.

(46) El Laboratorio de Inteligencia Artificial de la UBA elaboró una serie de documentos donde se aborda el avance de la tecnología en los Poderes Judiciales del país, en el contexto de la pandemia. Mientras tanto, la asocia-

Y esta armonización —que no va a ser sencilla— requerirá, inevitablemente, nos parece, un capítulo especial en los Códigos Procesales sobre el ciberdebate dentro del marco general del juicio especial en el que se vaya a autorizar (47).

### IX. Un mejor servicio de justicia

Desde luego, esta acelerada e imparable tecnificación debe tener, no solo como propósito, sino también como resultado concreto, que se provea a todos los ciudadanos de un servicio de justicia mejor que el que hoy reciben.

Debemos estar siempre atentos a las palabras que el escritor italiano Giuseppe de Lampedusa puso en boca del príncipe Fabricio de Corvera —*il gattopardo*—: “si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie”. Tengámoslo presente, aun cuando parezca poco probable que en la época del “Gran Confinamiento” o en la post-pandemia pueda haber todavía lugar para un “cibergatopardismo” judicial.

### X. Anexo reglamentario

Nos parece de utilidad concentrar en un capítulo especial la principal normativa que hemos estado citando como fuente de estas primeras expresiones de ciberjuicio en el ámbito cordobés, individualizando por separado su “origen jurisdiccional”.

1. *Ac. CS 14/2020*: indica a los tribunales penales competentes que deben informarle “la forma en que continuarán con los juicios orales que tengan en trámite con procedimientos a distancia” (apart. IV, pto. 4).

2. *Ac. Regl. 1622, serie A, del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, del 12/04/2020*: en su anexo VI: “Protocolo de actuación fuero Penal: modalidad teletrabajo — resoluciones judiciales — celebración de audiencias orales”;

ción Unidos por la Justicia amplió la gama de propuestas para afrontar la situación, <https://www.diariojudicial.com/nota/86460>. Ver nota (\*).

(47) Por cierto, la regulación legal especial deberá ser mucho más abarcativa, alcanzando las etapas anteriores del proceso, las particularidades de los actos procesales, la protección de las garantías individuales, los medios de investigación y de prueba, etc.

dispone: “7. *Audiencias orales*. Los tribunales con competencia penal pueden realizar audiencias orales, tales como juicios abreviados, juicios abreviados iniciales, culminación de juicios que se encuentren en etapa de alegatos o última palabra, y/o todo otro acto procesal oral y/o audiencia de juicio, mediante las herramientas disponibles de teletrabajo, es decir mediante videollamadas y/o teleconferencias, con la presencia de todas las partes intervinientes en el proceso de que se trate, conforme la ley ritual y en plena vigencia de las garantías constitucionales tanto del justiciable como de los restantes actores (víctimas)”. La realización de las audiencias orales reseñadas en el punto anterior seguirá el mecanismo de reglamentación dictado en la res. 4 del presidente de la sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, Dr. Sebastián López Peña, de fecha 03 de abril del corriente, que establece un protocolo de “Audiencias por Videoconferencias” que regula detalladamente la actuación de cada una de las partes intervinientes y que se sintetiza a continuación: “Previo a la realización de la audiencia, imputado y defensor tienen la posibilidad de realizar una entrevista por videoconferencia, de manera privada utilizando un canal específico para tal fin. La Oficina de Gestión de Audiencias (en adelante, OGA) del TSJ, es la encargada de coordinar la agenda de juicios, entre las 8:00 y las 20:00 horas (sin perjuicio de la posibilidad de que se realicen o extiendan fuera de dicho horario en caso de ser necesario), siete días a la semana y mientras dure la emergencia. Lo hace luego de recibir el pedido de audiencia por parte del tribunal, que debe incluir todos los datos requeridos en un formulario para tal fin. Un día antes del juicio la OGA, les brinda instrucciones y soporte técnico a todas las partes intervinientes, asegurando el correcto funcionamiento del sistema. Luego asigna las salas virtuales para el desarrollo del juicio (mediante la plataforma de ‘Soluciones de Colaboración CISCO’), y 30 minutos antes del inicio comienza la preparación de la audiencia, conectando las partes. Un operador remoto monitorea permanentemente el desarrollo y la grabación de la audiencia. Por su parte, desde el requerimiento de llevar a cabo la audiencia, cada magistrado distribuye tareas entre sus dependientes para colaborar con las mismas, y una Oficina de Coordinación del TSJ se encarga de las conexiones con los establecimientos car-

celarios. Finalizada la audiencia, la OGA distribuirá el archivo de la audiencia entre el tribunal y las partes”. La valiosa herramienta de telepresencia adquirida por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, configurada, implementada y desplegada a través de su Área de Gestión de las Telecomunicaciones, proporciona dos modalidades de conexión (Protocolo Audiencias por Videoconferencias, Plataforma de Soluciones de Colaboración Cisco): 1) *Conexiones multipunto*: este es un concepto de sala virtual a donde los participantes se conectan, de manera remota, con el fin de desarrollar una audiencia (estas audiencias, en salas configuradas para tal fin, son grabadas en servidores propios del Poder Judicial, bajo las condiciones de seguridad necesarias y con el fin de resguardar el soporte de audio y video obtenido en ellas). Igualmente, existe otro tipo de conexiones multipunto, en salas virtuales distintas a las descritas anteriormente, que no son grabadas y que algunas veces son utilizadas para indagatorias. 2) *Conexiones punto a punto*: este tipo de conexión es utilizada para que los apoderados de los detenidos puedan, de manera privada, mantener una entrevista con su defendido. Al ser una conexión punto a punto, se garantiza su integridad y privacidad. Estas comunicaciones no son grabadas. Estas conexiones punto a punto pueden ser solicitadas de manera previa a la celebración de la audiencia, o bien durante la audiencia, disparando el protocolo del llamado entre apoderado y defendido. También en el ámbito del Ministerio Público Fiscal puede verse la res. 19, por la cual la Fiscalía General aprobó cinco protocolos que *regulan de modo específico* la modalidad de teletrabajo para cada una de sus dependencias, contemplando sus particularidades.

3. *Ac. 10/2020 de la Cámara Federal de Casación Penal*: allí se dispuso: “Habilitar que [...] los tribunales bajo la superintendencia de esta Cámara avancen en las diversas etapas procesales siempre que las partes puedan acceder digitalmente a la información del caso para realizar sus presentaciones, tanto en aquellas jurisdicciones donde rige el Código Procesal Penal de la Nación como donde se encuentra vigente el Código Procesal Penal Federal (según leyes 27.063, 27.272 y 27.482); previa celebración virtual de las audiencias previstas por la normativa procesal (siempre que los medios tecnológicos lo permitan) y cuando no exista oposición

fundada y razonable de parte [...]. Para ello, en consonancia con la posición sentada por la CS (ac. 4/2020, 6/2020 y 12/2020), se deberá procurar la utilización y maximización de las herramientas digitales y electrónicas disponibles, a cuyos fines esta Cámara continuará elaborando los protocolos necesarios”.

4. *Protocolo de Actuación para la Realización de Audiencias Orales a través de Videoconferencias*: en el ámbito de la justicia federal de Córdoba se ha previsto y comenzado a realizar *audiencias remotas*, a propuesta de las partes o del tribunal con consentimiento de las partes, en procedimientos alternativos al juicio tradicional, como *juicios abreviados*, juicios breves o *suspensión de juicio a prueba*, así como en incidentes de ejecución penal. A tal fin, se utiliza una propuesta del fiscal general Carlos Gonella —que fuera consensuada— sobre un Protocolo de Actuación para la Realización de Audiencias Orales a través de Videoconferencias, como una “guía de trabajo para la realización de audiencias en un entorno virtual o a distancia”, lo que se condiciona a que se garanticen “derechos y garantías constitucionales” y “siempre que se observen requisitos mínimos”, tales como: “1) acceso por parte de la/s persona/s imputada/s a una correcta información y asesoramiento previo de su abogado/a defensor/a y eventualmente la/s víctima/s; 2) punto de acceso con conexión a internet y una cámara a todos los intervinientes (juez/a, secretario/a, fiscal, defensor/a, persona imputada y eventualmente la/s víctima/s); 3) acceso a *software* de todas las partes para la realización de videoconferencia, que presenten la posibilidad de grabar la reunión, o bien algún *software* para tal fin; 4) se sugieren plataformas de fácil acceso y oficialmente homologadas en materia de seguridad informática; 4) presencia de un/a operador/a a cargo de la reunión, quien deberá crear el canal y enviar los enlaces a cada participante, en el día y hora previamente estipulados; 5) presencia de secretario/a autorizante a fin de la confección de un acta en soporte digital, que sea complementaria a la grabación y en su caso sirva de registro si existen problemas técnicos; 5) colaboración del Ministerio de Justicia y DD.HH. de la provincia de Córdoba en cada audiencia oral —si es necesario— a los fines de que brinde recursos y asistencia tecnológica al área correspondiente del Establecimiento Penitenciario

donde se encuentre detenida la persona acusada; 6) colaboración de la Federación de Colegio de Abogados de la provincia de Córdoba (FE-CACOR), para realizar gestiones conducentes a que todo/a profesional afiliado/a a los colegios de abogados/as de la provincia de Córdoba, pueda acceder a los medios técnicos necesarios para participar de las audiencias aquí previstas; 7) colaboración del Colegio de Abogados/as de Córdoba, con la puesta a disposición de sus salas de servicios habilitadas, para facilitar la participación de todo/a profesional afiliado/a en las audiencias aquí previstas; 8) comunicación con el Centro de Cómputos de Tribunales Federales, quien deberá prestar ayuda y/o so-

porte tecnológico para un mejor desarrollo de las audiencias, en coordinación con el Área de Soporte del Ministerio Público Fiscal de la Nación”. Además, se diseña un detallado “procedimiento” para tareas preliminares, fijación de audiencia y su desarrollo. De la iniciativa formaron parte, además de Carlos Gonella, los fiscales Maximiliano Hairabedián y Carlos Casas Noblega, las juezas de Tribunal Oral Noel Costa y Carolina Prado, la Federación de Colegios de Abogados de Córdoba, el Colegio de Abogados de Córdoba y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Córdoba. Puede consultarse el detalle en <https://www.fiscales.gob.ar/fiscaliascordoba>.

# Entre el leprosario y la cárcel

## Un episodio de la historia penitenciaria argentina (1946)

José Daniel Cesano (\*)

**Sumario:** I. Propósito y metodología.— II. ¿Salud pública o política penitenciaria?— III. Conclusiones.— IV. Referencias bibliográficas.

### I. Propósito y metodología

El propósito del presente trabajo es visualizar la tensión existente en los objetivos de la ejecución de la pena privativa de la libertad para los casos de los reclusos que padecían, sea al momento de la comisión del hecho o durante el cumplimiento de la pena, la denominada enfermedad de Hansen.

Esta tensión surge, en forma más evidente, a partir de la sanción de la Ley de Profilaxis y Tratamiento de la Lepra, en la medida en que estableció un método terapéutico obligatorio que suponía el aislamiento del enfermo en su domicilio —cuando ello era posible— o, *lo más común*, en los sanatorios-colonias creados con ese cometido.

Nuestra inquietud nace a partir de detectar un expediente administrativo en donde, hacia 1946, se discutió qué hacer con aquellos penados leproso.

A partir de una lectura antropológica de aquel expediente, pretendemos dar cuenta de las prácticas, los procedimientos y las relaciones que caracterizan un microespacio burocrático entre dos agencias estatales: la penitenciaria (representada por la Dirección de Institutos Penales) y la sanitaria (representada por la Dirección Nacional de Salud Pública), detectando las

tramas que entretejen dichas relaciones institucionales (1).

Se trata —en la terminología de Geertz (2)— de una descripción densa, tendente a narrar, extensa e intensivamente, un expediente con el propósito de captar la diversidad de significados que contiene y hacerlos accesibles, situándose en los distintos puntos de vista de los actores.

### II. ¿Salud pública o política penitenciaria?

El 21/01/1946, José María Romero, en su carácter de inspector general de la Dirección Nacional de Salud Pública, informaba que, tras una encuesta realizada, la cantidad de penados leproso en el país ascendía a trece, distribuidos en tres sanatorios-colonias: tres en el “Buenos Aires”, siete en el “Aberastury” y tres en el “Poasadas” (3).

El informe en cuestión había sido requerido por el asesor letrado de aquella Dirección, debido a unas actuaciones que se formaron

(1) SARRABAYROUSE OLIVEIRA, María J., “Reflexiones metodológicas en torno al trabajo de campo antropológico en el terreno de la historia reciente”, *Cuadernos de Antropología Social*, nro. 29, Ed. Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, p. 74.

(2) GEERTZ, Clifford, “La interpretación de las culturas”, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997, p. 24: “...la etnografía es descripción densa”.

(3) “Alojamiento de penados leproso”, *Revista Penal y Penitenciaria*, nro. 39/42, año XI, Ed. Dirección General de Institutos Penales, Buenos Aires, enero-diciembre/1946, p. 377.

(\*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director del Instituto de Derecho Comparado.

con motivo de un hecho de sangre ocurrido el 22/07/1945, en el sanatorio-colonia “Aberastury”, y que había tenido por protagonistas a dos penados leproso, uno de los cuales perdió la vida.

El expediente en cuestión resulta de interés en la medida en que permite reconstruir aspectos de un problema puntual: ¿bajo qué régimen se regulaba la situación de aquellos penados que padecían lepra?

La ley 11.359 (conocida como Ley de Profilaxis y Tratamiento de la Lepra), publicada el 18/10/1926, establecía la obligatoriedad, para todo profesional médico —entre otros obligados (4)—, de denunciar a los enfermos de lepra (art. 3º), con el propósito de someterlos a un tratamiento sanitario *obligatorio*, basado en su aislamiento (5), sea ya en el domicilio o en establecimientos oficiales creados a tal efecto. Si en un establecimiento penitenciario se detectaba a un penado que sufriese de esa patología, la

---

(4) También se incluía a los “jefes y administradores inmediatos del personal ocupado en servicios públicos y privados de toda índole; directores y maestros de escuelas públicas y privadas; directores y médicos de hospitales y sanatorios públicos y privados; gerentes de hoteles y pensiones; comandantes o patrones de buques que entren en nuestros puertos y de los que hacen el tráfico de pasajeros y carga en los ríos” (art. 4º). La obligación de denunciar adoptada por esta ley tenía antecedentes en el derecho extranjero. Así, por ejemplo, en Colombia, se “ordenó a todo colombiano denunciar ante las autoridades a las personas sospechosas de poseer esta enfermedad, eximiéndose a los médicos del secreto profesional en el caso de lepra (dec. 14/1905, 26/01/1905)”. Al respecto, cfr. LIZCANO HERRERA, Dayana L., “Lepra, lazareto y leproso: Memorias de una enfermedad olvidada”, *Revista Temas*, nro. 3, Ed. Departamento de Humanidades, Universidad Santo Tomás Bucaramanga, Colombia, 2009, p. 172, disponible en <http://revistas.ustabuca.edu.co/index.php/TEMAS/article/view/681/528>, fecha de consulta: 25/05/2020.

(5) La segregación del enfermo leproso en los leprocomios era una política sanitaria corriente. Para el caso de Venezuela, se señala que “en la etapa del control basado en el aislamiento los enfermos eran enviados compulsivamente al sitio de reclusión; acción que muchas veces se producía luego de la denuncia de algún vecino que se asumía como benefactor de la comunidad...” (ROMERO SALAZAR, Alexis, “La lepra: invisibilidad y estigma”, *Opción. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, nro. 35, Ed. Universidad del Zulia, Venezuela, 2001, p. 26, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2475543>, fecha de consulta: 25/05/2020).

ley imponía el deber de separarlo con aquellas finalidades terapéuticas (tratamiento de la enfermedad de Hansen).

Justamente, fue como consecuencia de esta ley que se organizaron en el país, especialmente a fines de la década de los treinta y la siguiente, distintos sanatorios-colonias destinados a albergar y tratar a los enfermos de lepra.

El gobierno de Roberto Ortiz (6) comenzó a dar cumplimiento, finalmente, y después de doce años, a la ley 11.359 (7). En 1939 se creó el primer establecimiento de estas características, en Posadas, dándole el nombre de “Pedro Baliña”, al que le siguieron: el de Córdoba, sanatorio “José J. Puente”, en San Francisco del Chañar (1939); el sanatorio “Maximiliano Aberastury” (Isla del Cerrito, Chaco), inaugurado el 30/03/1939; el sanatorio Baldomero Sommer (8) (General Rodríguez, provincia de Buenos Aires), inaugurado el 21/11/1941; y el sanatorio “Enrique Fidanza” (Diamante, Entre Ríos), inaugurado el 28/03/1948 (9), este último ya durante la administración de Juan Domingo Perón (10).

La característica central de esta ley y de los leprocomios que se crearon era, además del tratamiento, el *aislamiento* del paciente afectado por la enfermedad de Hansen: “...los médicos

---

(6) Y, tras el fallecimiento de este, el de su vicepresidente, que asumió la primera magistratura, Ramón S. Castillo.

(7) MOLINARI, Delfina I., “Vencer el miedo. Historia social de la lepra en la Argentina”, Ed. Prohistoria, Rosario, 2016, p. 147.

(8) Sobre este leprocomio, cfr. PÉRGOLA, Federico, “Hospital Baldomero Sommer”, *Revista Argentina de Salud Pública*, vol. 8, nro. 32, Ed. Ministerio de Salud de la Nación, Buenos Aires, septiembre/2017, ps. 42/44.

(9) Al respecto, cfr. VAQUERO, N. L., “Hospital Nacional Baldomero Sommer. Reseña histórica”, *Revista Argentina de Dermatología*, nro. 88, Buenos Aires, 2007, ps. 155-163.

(10) Durante el primer gobierno de Juan Domingo Perón, en el ámbito de la Secretaría de Salud Pública de la Nación, dentro de la Dirección de Equipos de Asistencia Médica, funcionó la Dirección de Dermatología, uno de cuyos roles principales fue ocuparse de la cuestión de la profilaxis y tratamiento de la lepra. Al respecto, cfr. RAMACCIOTTI, Karina, “La política sanitaria del peronismo”, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2009, p. 71.

consideraron que era un factor de riesgo que los leprosos bacilíferos circularan libremente y en promiscuidad con la población sana, sin que ninguna ley lo prohibiese, con lo cual abonaban la idea del aislamiento riguroso del enfermo” (11).

¿Qué sucedía con el penado que sufría de esa patología?

Sin duda, se experimentaba una situación particular en relación con el resto de los condenados. Es que, si bien la entonces Ley Penitenciaria vigente a nivel federal —ley 11.833— pretendía la aplicación de un régimen progresivo tendiente a inculcar las normas de la disciplina social (12), para lo cual se ideaba un tratamiento especializado, común para todos los penados, aquel objetivo no resultaba ajustado a la situación especial del recluso leproso, quien debía, por su patología, permanecer aislado del resto de la población sana y bajo una terapéutica particular.

Esto fue advertido, en el expediente que analizamos, por Julio C. Nogués, asesor letrado de la Dirección Nacional de Salud Pública, quien en su dictamen indicaba “la necesidad de establecer un régimen penal adecuado para aquellos internados que cumplan condenas, que a la vez que permita la protección de los otros asilados y el mantenimiento de la disciplina, conduzca a obtener las finalidades de adaptación al medio social que la pena persigue.

(11) MOLINARI, Delfina I., “Vencer el miedo...”, ob. cit., p. 66.

(12) Señalan GONZÁLEZ ALVO, Luis — GARCÍA BASALO, Alejo, “Historia mínima de la prisión argentina. Una aproximación de conjunto a los ciclos de reforma penitenciaria de la Nación y de las provincias, 1853-1958”, en CESANO, José D. — NUÑEZ, Jorge A. — GONZÁLEZ ALVO, Luis (eds.), *Historia de las prisiones sudamericanas. Entre experiencias locales e historia comparada (siglos XIX y XX)*, Ed. Biblioteca Virtual de Historia de la Penalidad, p. 54, disponible en <https://www.revistadepresiones.com/project/historia-de-las-prisiones-sudamericanas-entre-experiencias-locales-e-historia-comparada-siglos-xix-y-xx-jose-daniel-cesano-jorge-nunez-y-luis-gonzalez-alvo/>, fecha de acceso: 25/05/2020: los “tres elementos que caracterizaron a la ley 11.833 fueron el estudio científico de la personalidad social del condenado, la individualización del tratamiento y la aplicación del régimen progresivo”.

Considera igualmente que conviene la concentración de los penados en un mismo establecimiento, no solo porque ello responde a conveniencias económicas de la Repartición, sino también porque con ello se podría cumplir con los objetivos de distinta naturaleza, ya sintetizados” (13).

El dictamen de Nogués se inclinaba pues a que los penados leprosos cumplieran su pena en una sección del sanatorio-colonia que permitiese aplicar a su respecto el régimen de ejecución penal y los objetivos por él perseguidos. El funcionario, sin embargo, consideró necesario escuchar al director de Institutos Penales, para lo cual requirió la intervención del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública de la Nación. La Subsecretaría de Justicia confirió el traslado respectivo. Y aquí el expediente cuenta con dos documentos interesantes, cada uno con características propias: un dictamen del vocal del Consejo Asesor de la Dirección General de Institutos Penales, Jorge H. Frías, y un informe final del director, Eduardo A. Ortiz.

La opinión de Frías conservaba, para este pequeño universo de internos, una solución dentro del ámbito de la política penitenciaria. Concretamente, remitía a un proyecto de su autoría sobre unificación del régimen de la pena y construcciones carcelarias en la República (14), en donde preveía la creación, dentro de las cárceles regionales que proponía, de hospitales penitenciarios que debían contar con una “sección o separación para infecciosos, con todos sus servicios completos” (15).

(13) “Alojamiento de penados leprosos”, ob. cit., p. 378.

(14) Para el texto cfr. FRÍAS, Jorge H., “Proyecto sobre unificación del régimen de la pena y construcciones carcelarias en la República”, *Revista Penal y Penitenciaria*, no. 27/28, año VIII, Ed. Dirección de Institutos Penales, Buenos Aires, enero-junio/1943, ps. 107 y ss. Para un perfil biográfico de Frías, cfr. NUÑEZ, Jorge A., “La reincursión social de los ex-presidarios en la Argentina de las primeras décadas del siglo XX. Algunos comentarios biográficos sobre Jorge H. Frías, fundador del Patronato de Liberados y Excarcelados de la Capital Federal (1ra parte)”, en *Temas de Historia Argentina y Americana*, Ed. Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2014, ps. 175/196.

(15) FRÍAS, Jorge H., “Proyecto sobre unificación...”, ob. cit., p. 120.

El director general, sin embargo, sin desconocer la doble característica de los reclusos leproso —son enfermos y delincuentes—, exige en su informe “que se les mantenga en recintos especialmente destinados a esta clase de internados, por sus presumibles características personales [...] con motivo de los hechos que determinaron su encarcelamiento” (16); y mientras no existiesen establecimientos especiales, consideraba —en sintonía parcial con el dictamen de Nogués— que “nada se opone a que la Dirección Nacional de Salud Pública concentre en un solo establecimiento a los internados en cuestión. Es más: atento a su escaso número, bien podría destinarse a esos fines, una sección pequeña de un leproario, convenientemente separada del resto de las dependencias” (17).

Lo interesante de la postura del director —y aquí está la diferencia con Nogués y el propio Frías— era su idea de mantener a estos reclusos dentro de la órbita de los sanatorios-colonias, lo que, en la práctica, tensionaba en gran medida la búsqueda de fines resocializadores en la pena, priorizando el aislamiento y el tratamiento de la patología —*cuestión de salud pública*—. De hecho, en su informe, Ortiz parece resignar aquella finalidad de la ejecución cuando expresaba: “*aun prescindiendo de la aplicación de un régimen penal para el logro de la finalidad de resocialización*” (18) de los penados leproso.

La otra cuestión que permite observar la lectura de este expediente se vincula con el lugar de cumplimiento de la pena para los reclusos con esta patología. El tema era de relevancia, porque ya hemos visto que los sanatorios-colonias no se encontraban en todas partes, con lo cual era posible que un penado de estas características fuese llevado fuera de su jurisdicción. Nogués advirtió el problema y lo resolvió con dos argumentos: priorizando la ley 11.359 y teniendo en cuenta la doctrina emergente del art. 18 del Cód. Penal.

(16) “Alojamiento de penados leproso”, ob. cit., p. 381.

(17) “Alojamiento de penados leproso”, ob. cit., p. 381.

(18) “Alojamiento de penados leproso”, ob. cit., p. 381. El énfasis me pertenece.

El primer argumento se vinculaba, especialmente, con el art. 10 de la citada ley 11.359, norma que preveía el aislamiento y tratamiento obligatorio en establecimientos especiales de enfermos leproso.

El art. 18 del Cód. Penal, por su parte, alude a los condenados provinciales a reclusión o prisión por más de cinco años que serán admitidos en los respectivos establecimientos nacionales. Si bien esta norma, en su segunda disposición, alude a que las “provincias podrán mandarlos siempre que no tuvieren establecimientos adecuados”, un importante sector de la doctrina de la época consideraba que el precepto —pese al verbo empleado (“podrán”)— “*impone* a las provincias la remisión de sus penados cuando carezcan de establecimientos apropiados para el cumplimiento de la pena y a los efectos de la unidad del régimen represivo en todo el país” (19), con lo cual, no existiendo en la jurisdicción establecimientos penitenciarios para enfermos de lepra y siendo obligatorio el tratamiento y aislamiento por la ley específica, el traslado del penado leproso a un sanatorio-colonia fuera de la circunscripción, jurídicamente —en opinión del asesor—, no debía generar inconvenientes.

### III. Conclusiones

El análisis de la fuente abordada demuestra un desplazamiento, en relación con este colectivo (internos que padecieran la enfermedad de Hansen), respecto de los fines de la pena privativa de la libertad.

Si bien la legislación penitenciaria vigente postulaba un objetivo resocializador para quien, al haber sido condenado, cumplía dicha sanción, la salud pública, *a través de normas jurídicas especiales* (Ley de Profilaxis y Tratamiento de la Lepra), mandaba a que el enfermo leproso fuese aislado y sometido a un tratamiento médico adecuado en los sanatorios-colonias; así, la burocracia técnica-penitenciaria resignaba sus propósitos específicos.

(19) MORENO, Rodolfo (h.), “El Código Penal y sus antecedentes”, Ed. Tomassi, Buenos Aires, 1923, t. II, p. 86.

# La detención de personas en tiempos de COVID-19

## La emergencia sanitaria en contextos de encierro

Carlos Julio Lascano (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Regulación de la emergencia sanitaria por el COVID-19.— III. La detención domiciliaria en la normativa supranacional y en el derecho argentino.— IV. La detención domiciliaria y el COVID-19. Distintos planteos resueltos por el Tribunal Oral Federal en lo Criminal N° 2 de esta ciudad.— V. La posibilidad del Poder Ejecutivo de indultar o conmutar penas ante la emergencia sanitaria.

### I. Introducción

La privación de la libertad ambulatoria —ya sea como pena de las enumeradas en el art. 5° del Cód. Penal argentino o como medida cautelar de coerción personal en el proceso penal regulada en los distintos Códigos Procesales de la materia, tanto el nacional como los provinciales— solo puede afectar la posibilidad de que la persona sobre la que recae se traslade de un lugar a otro, pero de ninguna manera puede abarcar otros derechos fundamentales del interno, entre los cuales uno de los más relevantes es la salud.

Con el objetivo de la protección de la dignidad humana, el Código Penal y la ley 24.660 de Ejecución de las Penas Privativas de la Libertad regulan la detención domiciliaria como una modalidad morigerada de cumplimiento de dicha clase de sanciones y también de la prisión preventiva, que permite evitar que el encierro en centros de detención pueda afectar la salud del interno o atentar contra su seguridad e integridad personales.

La emergencia sanitaria derivada de la pandemia del COVID-19 que involucra a la humanidad entera ha puesto en el tapete la situación de las personas privadas judicialmente de su libertad, en especial de aquellos internos que se ubican en grupos de riesgo ante el contagio del virus y podrían ser más vulnerables por estar

conviviendo en proximidad física con otras personas dentro de ámbitos de encierro que —en ciertos establecimientos— presentan su capacidad de alojamiento excedida en el número de detenidos.

Cuando tales peligros no pueden ser neutralizados mediante la implementación de las medidas sanitarias preventivas que cada establecimiento debe adoptar para evitar el contagio masivo entre los internos, desde distintos sectores se postula como solución alternativa al encierro carcelario la concesión del beneficio de la detención domiciliaria en determinados supuestos, como así también la anticipación del encierro mediante el otorgamiento anticipado de la libertad condicional y la libertad asistida, o la revisión de la prisión preventiva con la posibilidad de otorgar la excarcelación, en ciertos casos de los que no podré ocuparme en esta oportunidad.

Los numerosos pedidos de los internos de todo el país direccionados a obtener el cese del encierro carcelario han abarrotado los distintos tribunales federales y provinciales que se encuentran trabajando durante la feria judicial extraordinaria dispuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los Tribunales Superiores de provincia, todo en el marco de una opinión pública sensibilizada y dividida en encendidas discusiones, en no pocos casos teñidas de intencionalidades políticas o ideológicas. Trataré

de sustraerme de ese difícil clima para abordar estas cuestiones desde lo estrictamente jurídico, con un análisis acotado a las soluciones que se han ido dando en el ámbito de la justicia federal y, más específicamente, del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de esta ciudad que integro, en forma particular con respecto a los pedidos de sustituir la efectiva privación de libertad que se cumple en establecimientos carcelarios por la modalidad atenuada de la detención domiciliaria.

## II. Regulación de la emergencia sanitaria por el COVID-19

El dec. PEN 260/2020, del 12/03/2020, relacionado con la resolución adoptada por la Organización Mundial de la Salud, declara la situación de pandemia por aparición del coronavirus 2019-nCoV (COVID-19); asimismo, la Cámara Federal de Casación Penal, en la Ac. 3/2020 del 17/03/2020, encomienda el “preferente despacho para la urgente tramitación de cuestiones referidas a personas privadas de su libertad que conformen el grupo de riesgo, debido a sus condiciones preexistentes (art. 36, RJN)”.

Los arts. 18 y 75, inc. 22, CN; 4.1, 5º, 19 y 26, CADH; 3º y 25, DUDH; 1º y 11, DADDH; las Reglas Nelson Mandela 24/35; la secc. 2ª, apart. 10, acápite 22 y 23, de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad; y los arts. 58, 59, 60, 61 y 143, ley 24.660, establecen que el Estado debe resguardar el derecho a la salud de las personas en condición de encierro por su especial situación de vulnerabilidad. El Ministerio de Salud de la Nación determinó que las personas que padecen determinadas patologías constituyen un grupo de riesgo susceptible de padecer complicaciones serias frente al avance de la pandemia de COVID-19.

En este mismo sentido se pronuncia el comunicado 66/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de fecha 31 de marzo del corriente año, en el que el organismo, considerando el contexto de la pandemia del virus COVID-19, en cuanto a la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, *recomienda* a los Estados adherentes:

“1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, 2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas, 3. Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19. Garantizar en particular que todas las unidades cuenten con atención médica y proveer especial atención a las poblaciones en particular situación de vulnerabilidad, incluidas las personas mayores y 4. Establecer protocolos para la garantía de la seguridad y el orden en las unidades de privación de la libertad, en particular para prevenir actos de violencia relacionados con la pandemia y respetando los estándares interamericanos en la materia”.

La comunicación de la Cámara Federal de Casación Penal del 02/04/2020, suscripta por la Sra. presidenta, Dra. Ángela E. Ledesma, y los Dres. Gustavo M. Hornos —vicepresidente 1º— y Alejandro W. Slokar —vicepresidente 2º—, en atención a la comunicación de la CIDH, recomienda “que los órganos de la jurisdicción tomen razón y adopten los recaudos pertinentes en orden a los puntos 1 y 2 de la recomendación de la CIDH...”, la cual ha sido transcrita precedentemente (<http://www.cas.org/es//066.asp>).

La res. 1/2020, intitulada “Pandemia y derechos humanos en las Américas”, adoptada por la CIDH el 10/04/2020, establece una serie de recomendaciones cuya descripción omitiré por razones de brevedad.

La Cámara Federal de Casación Penal, en la ac. 9/2020, de fecha 13/04/2020, recomienda “a los tribunales de la jurisdicción que adop-

ten medidas alternativas al encierro, tales como la prisión domiciliaria, con los mecanismos de control y monitoreo que estimen corresponder, respecto de: a) Personas en prisión preventiva por delitos de escasa lesividad o no violentos, o que no representen un riesgo procesal significativo, o cuando la duración de la detención cautelar haya superado ostensiblemente los plazos previstos en la ley 24.390, en relación a los hechos imputados y tomando en cuenta las características de cada proceso; b) Personas condenadas por delitos no violentos que estén próximas a cumplir la pena impuesta; c) Personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión; d) Personas en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplan con los demás requisitos; e) Mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijos e hijas; f) Personas con mayor riesgo para la salud, como adultos mayores, personas con discapacidades que puedan exponerlas a un mayor riesgo de complicaciones graves a causa del COVID-19, y personas inmunodeprimidas o con condiciones crónicas como enfermedades coronarias, diabetes, enfermedad pulmonar y VIH. Las evaluaciones en cada caso deberían determinar si es posible proteger su salud si permanecen detenidas y considerar factores como el tiempo de pena cumplido y la gravedad del delito o la existencia de riesgos procesales y el plazo de la detención, para los procesados. 3) Meritar con extrema prudencia y carácter sumamente restrictivo la aplicabilidad de estas disposiciones en supuestos de delitos graves, conforme normas constitucionales, convencionales y de derecho interno, según la interpretación que el órgano jurisdiccional haga en cada caso”.

— La lectura de dicha acordada nos permite advertir que ella no contiene norma alguna que conmine a los tribunales de la Nación a disponer en forma automática la sustitución de la ejecución en establecimientos penitenciarios de penas privativas de la libertad o de la prisión preventiva de todos los internos que se encuentren dentro de lo que se consideran “grupos de riesgo” vinculados al virus COVID-19, sino recomendaciones que apuntan a la evaluación prioritaria acerca del otorgamiento de medidas alternativas, como la detención domiciliaria, la libertad condicional o la libertad asistida.

Sin embargo, un magistrado ha declarado inconstitucional la mencionada acordada. Se trata de Germán Castelli, juez del Tribunal Oral Federal N° 7 de la ciudad de Buenos Aires, a quien le tocó entender —como a tantos otros magistrados— en distintos planteos de libertad que llegaron en medio de la emergencia sanitaria por el coronavirus. Con fecha 23/04/2020 decidió declarar la inconstitucionalidad de la Ac. 9/2020 de la Cámara Federal de Casación Penal.

— Castelli se pronunció así en el pedido que formuló un condenado por delitos de lesa humanidad, actuando como magistrado del Tribunal Oral Federal N° 2 de La Plata, y apenas un rato después repitió esa conclusión en su condición de juez del Tribunal Oral Federal N° 7 de Buenos Aires, al negar la detención domiciliaria que había solicitado una mujer condenada por tráfico de estupefacientes a cuatro años y medio de prisión, que —además— tenía antecedentes oncológicos y patologías diabéticas y de inmunosupresión. El juez afirmó que, aunque la interna “integra un grupo vulnerable por sus patologías de base, lo cierto es que no encaja dentro de aquellos parámetros establecidos pues no se trata de una persona que haya superado la franja etaria más expuesta, no se encuentra cursando un embarazo, ni tampoco tiene en la actualidad hijos lactantes”. Añadió que no se encuentra “en condiciones inminentes de acceder a alguno de los tipos de las libertades anticipadas (salidas transitorias, libertad condicional y libertad asistida)”.

— En su resolución, el juez Castelli declaró “la inconstitucionalidad de la Ac. 9/2020 de la Cámara Federal de Casación Penal”. El magistrado subrayó que dicha Cámara se encuentra “plenamente activa en la revisión jurisdiccional de las decisiones de los Tribunales Orales” y podrá pronunciarse sobre ello cuando le lleguen los recursos, pero cuestionó las recomendaciones a los tribunales inferiores porque “aun cuando el verbo ‘recomendar’ no importe una orden sino un consejo sobre lo que puede o debe hacer un juez sobre sus futuros casos, lo cierto es que ello es igualmente inadmisibles por el límite infranqueable que impone el principio de independencia de los jueces como uno de los pilares esenciales de la Constitución”.

Debo insistir en que la mencionada acordada —que se enmarca en las facultades de superintendencia de la Cámara Federal de Casación Penal—, más allá de las buenas intenciones de los señores magistrados que la suscriben frente a la situación de emergencia derivada de la pandemia, solo contiene recomendaciones o sugerencias, razón por la cual no debe aplicarse de manera automática en asuntos reservados a la órbita de las funciones jurisdiccionales propias de los Tribunales Orales Federales ni exige su cumplimiento obligatorio por parte de estos. Una interpretación diferente correría el riesgo de admitir que el órgano jurisdiccional encargado de revisar las sentencias de los tribunales de juicio —antes de llegarle una causa por declararse admisible un recurso de casación— podría estar facultado para impartirles instrucciones genéricas acerca de cómo resolver los casos que se les presenten en el futuro, lo cual podría ser entendido como un adelanto de opinión por parte del órgano de casación. Vale la pena recordar que Vélez Mariconde (1) sostiene que un tribunal superior —por más elevada que sea su jerarquía— no puede dar instrucciones a un inferior. Los jueces son esclavos de la ley, pero gozan de independencia funcional.

Pongo de resalto que la referida acordada de la Cámara Federal de Casación Penal no encuadra en lo preceptuado en los arts. 10 y 11 de la ley 24.050, que establece que una sentencia plenaria de dicho tribunal es de aplicación obligatoria para los tribunales dependientes de él. Un importante sector de la doctrina argentina ha considerado que la obligatoriedad de los fallos plenarios en materia penal es lesiva del principio de legalidad (arts. 18 y 19, CN), porque implica la creación de una norma general que establece la interpretación vinculante de un tipo delictivo o de la pena conminada por la ley penal, en relación con conductas no comprendidas en el caso concreto sometido a juzgamiento, para los tribunales que en el futuro deban resolver situaciones fácticas similares. Al analizar la naturaleza del acuerdo plenario, Ricardo C. Núñez (2) entiende, con toda razón, que no

se salvan las objeciones anteriores diciendo que no se trata de una ley, sino de un *acto del régimen interno de las Cámaras*, porque se le reconoce los efectos de la ley misma al afirmarse que *obliga a todos los jueces superiores e inferiores y extiende su autoridad sobre todas las personas y hechos jurídicos*. Agrega el maestro cordobés que el sistema de la división de los poderes del gobierno y la imposibilidad de delegación recíproca entre ellos de las facultades conferidas por la propia Constitución Nacional impiden la asimilación de la decisión del tribunal en pleno a una ley. “Si no puede equipararse a la ley, es obvio que el pronunciamiento plenario no puede ser fuente penal. Lo que quiere decir, a pesar de los textos legales contrarios, que los jueces en los casos posteriores al que ocasionó el acuerdo deben buscar el tipo penal y la pena en la ley misma y no en la resolución del tribunal en pleno” (3).

A su vez, Maier considera inadmisibles que una ley reduzca el ámbito de interpretación de las leyes para el juez que fija y enmarca nuestra Constitución, sujetándolo a la opinión de otro tribunal que, excediendo la solución del caso particular que le toca decidir, lo trasciende y pretende su aplicación a otros casos a fallar en el futuro. Es la Constitución la que define el poder jurisdiccional como poder que ejercen los jueces, su alcance y limitaciones, y, al respecto, no ha habido ni puede haber dudas en nuestro sistema jurídico acerca de que las sentencias de los jueces no trascienden el caso particular, ni el juez puede estar limitado en su poder por otro instrumento que no sea la ley, cuya interpretación en los casos particulares que llegan a su conocimiento se le confía, por aquello de que “los jueces están solo subordinados a la ley”, como forma de preservación del Estado de derecho (se entiende, la ley que no lesiona la Constitución, erigiendo límites de la función jurisdiccional que ella no contiene o acordando a ciertos actos jurisdiccionales alcances que ella no regula) (4).

*minología*, nro. 50, Ed. Lerner, Córdoba, 1993, ps. 73 y 74.

(3) NÚÑEZ, Ricardo C., “La ley, única fuente del derecho penal argentino”, ob. cit., p. 75.

(4) Conf. MAIER, Julio B. J., “Derecho procesal penal argentino”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. I, vol. A, p. 169.

(1) VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, “Derecho procesal penal”, Ed. Lerner, Córdoba, 1986, t. II, ps. 73 y 74.

(2) NÚÑEZ, Ricardo C., “La ley, única fuente del derecho penal argentino”, *Opúsculos de Derecho Penal y Cri-*

Por mi parte, siguiendo la valiosa opinión de Enrique García Vitor (5), sostengo que la observancia obligatoria por los tribunales inferiores de la doctrina de los fallos plenarios en materia penal es inconstitucional y contraria a disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y así lo he declarado en numerosas oportunidades respecto del acuerdo plenario N° 5 del 17/08/1999, dictado por la entonces Cámara Nacional de Casación Penal, en el caso “Kosuta, Teresa R. s/ recurso de casación” (6), que por mayoría se pronunció a favor de la denominada tesis restrictiva, que entendía que el beneficio de la suspensión del juicio a prueba solo podía acordarse para aquellos delitos que no superen, en su pena máxima conminada en abstracto, los tres años de reclusión o prisión.

Atento a que la Ac. 9/2020, del 13/04/2020, no reviste la naturaleza jurídica de un fallo o sentencia plenaria de la Cámara Federal de Casación Penal, no advierto la necesidad de la declaración de su inconstitucionalidad, por tratarse de un remedio excepcional al que solo puede acudirse como *ultima ratio*.

Más allá de que nos encontramos ante una situación mundial compleja, no resulta posible aplicar una recomendación genérica para todo el universo de casos, ya que el juzgador debe resolver en cada causa particular y, en caso de apartarse de las soluciones legales, el magistrado deberá responder no solamente conforme con las sanciones previstas en el Código Penal, sino también ante el Consejo de la Magistratura de la Nación. Sin embargo, en el Estado de derecho resulta inadmisibles el empleo del juicio político como medio intimidatorio hacia los magistrados que resuelvan de un modo contrario a la expectativa de quien lo promueve, pues para lograr la revisión de decisiones judiciales que puedan estimarse equivocadas existen numerosos recursos procesales que la ley confie-

(5) GARCÍA VITOR, Enrique U., “La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria”, en *Planteos penales*, Colección Jurídica y Social, nro. 14, Ed. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1994, p. 138.

(6) Publicado en LA LEY del 17/09/1999.

re en plano de igualdad tanto a los imputados o condenados como a las víctimas del delito.

Por todo ello, entiendo que debe primar la independencia de los jueces, la cual no puede estar limitada ni acotada por recomendaciones que emanen de un tribunal superior, y si bien lo dispuesto por la citada acordada de la Cámara Federal de Casación Penal tiene la sana intención de evitar la propagación de una pandemia que lleva al contagio masivo y a la eventual muerte de las poblaciones en riesgo, teniendo en cuenta la superpoblación que existe actualmente en muchas de las cárceles del país, dicha exhortación no puede operar de manera automática, sino que debe tenerse en cuenta al analizar el caso particular de cada uno de los internos que estén en condiciones de acceder a las medidas alternativas al encierro, siempre y cuando se encuentren corroborados fehacientemente todos los requisitos para hacer efectivo el cumplimiento de lo recomendado; en definitiva, el magistrado debe estudiar el caso particular respecto a las condiciones del interno, la condena y el delito por el cual ha sido llevado a proceso, todo ello con fundamento en lo que disponen las leyes vigentes, y resolver conforme a derecho, en base a la sana crítica racional.

Finalizo el tratamiento de esta cuestión refiriendo que, con fecha 02/05/2020, Jorge de Santo, juez en lo Criminal y Correccional N° 37 de la ciudad de Buenos Aires, ante una acción de amparo presentada por la asociación civil “Usina de Justicia” que dirige Diana Cohen Agrest, declaró la inconstitucionalidad de la Ac. 5/2020 emanada de la Cámara Nacional de Casación Penal con fecha 23/04/2020, que recomienda a los magistrados extremar los recaudos para ayudar a la pronta disminución de la sobrepoblación carcelaria, atendiendo prioritariamente, en la medida en que el caso así lo permita, la situación de los internos que conformen los grupos de riesgo ante el contagio de COVID-19.

El argumento central del magistrado De Santo —como en el pronunciamiento del juez Castelli que hemos analizado precedentemente— giró en torno a la afectación de la garantía de independencia de los jueces, pero además sostuvo que dicha acordada “lesiona el derecho de cada una de las víctimas de los delitos cometidos por los detenidos bajo jurisdicción de este fuero, de

ser escuchadas con anterioridad a decidir, incluso en forma genérica, la concesión de libertades y/o prisiones domiciliarias”, basándose en la ley 27.372 sobre Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos” (7), en especial su art. 12. Debo acotar que esta omisión no fue reprochada por el juez Castelli, dado que en los fundamentos de la Ac. 9/2020 de la Cámara Federal de Casación Penal se hace expresa mención a que los jueces deberán asegurar en cada caso concreto el debido proceso legal y garantizar los derechos de las partes y, en especial, dar estricto cumplimiento a la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (ley 27.372).

### III. La detención domiciliaria en la normativa supranacional y en el derecho argentino

Sostiene con acierto Luigi Ferrajoli (8):

“La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia irracional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno”.

Esa es la razón por la cual la Constitución Nacional contiene garantías directamente relacionadas con la cuestión de la pena y por la que la reforma constitucional de 1994 las amplió a partir de la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados internacionales mencionados por el art. 75, inc. 22, CN.

Entre las garantías referidas a la sanción penal hay tres que guardan estrecha relación con el tema que nos ocupa: a) el *principio de la dignidad humana* (art. 5º, aparts. 1º y 2º, de la CADH; y art. 10 del PIDCyP); b) el *principio de humanidad o de prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes* (arts. 18, CN; 5º, apart. 2º, del Pacto de San José de Costa Rica;

5º de la DUDH; 7º del PIDCyP; y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aplicable en función del art. 75, inc. 22, CN); y c) el *principio de trascendencia mínima de la pena*, emergente de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (*Reglas de Tokio*), adoptadas por la Asamblea General en su res. 45/110 del 14/12/1990; como asimismo de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, aprobados por la CIDH (03 al 14/03/2008) (9).

Resulta oportuno tener presente que en 2015 la Organización de Estados Americanos suscribió la llamada Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (60 años o más, art. 2º), con el fin de abordar la temática del envejecimiento desde la perspectiva de los derechos humanos. Es así como los Estados miembros, respecto de las personas mayores que hayan sido privadas legalmente de su libertad, tienen la obligación de promover medidas alternativas de acuerdo con sus propios ordenamientos legales internos [arts. 4º, inc. a), y 13]. Puntualmente, el compromiso importa:

“...adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas [...] que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor [...]; garantizar que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que sea privada de su libertad en razón de un proceso tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención [...]; promover medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos [...]; fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la

(7) BO del 13/07/2017.

(8) FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, 1997, 2ª ed., ps. 385 y 386.

(9) DE LA RÚA, Jorge — TARDITTI, Aída, “Derecho penal. Parte general”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. 2, p. 618.

persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz...” (10).

La ley argentina adopta el *principio de la no discriminación*, lo cual supone que no hay ninguna categoría delictiva exenta de la necesidad del trato humanitario que merecen todos los detenidos, más allá de la gravedad de sus crímenes. Dicho principio se encuentra plasmado en la interpretación que formuló la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando sostuvo: “Los derechos y garantías constitucionales y legales han sido establecidos para todos, aun para aquellos imputados o condenados por delitos aberrantes. La humanidad contra la cual fueron cometidos estos crímenes exige del Estado de derecho la necesaria imparcialidad en la aplicación de las leyes” (11). Al respecto, la Corte ha dicho que “el derecho a un trato digno y humano reconocido a las personas privadas de su libertad no solo encuentran soporte en nuestra Constitución Nacional desde 1853, sino que ha sido reconocido desde los orígenes mismos de la legislación penitenciaria del país...” (12). La Corte ha dicho claramente que “los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana [...]. Así, esta Corte ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera y que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, lo cual debe ser asegurado por el Estado en razón de que este se encuentra en posición especial de garante con respecto a dichas personas” (13).

(10) Cfr. arts. 4º, 5º, 10, 13, 31 y 32 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, OEA, AG/RES. 2875, del 15/06/2015, ratificada en la Argentina por ley 27.360, BO del 31/05/2017.

(11) CS, 18/04/2017, “Alespeiti, Felipe Jorge s/ incidente de recurso extraordinario”.

(12) CS, 03/05/2005, “Recurso de hecho Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, Fallos 328:1146.

(13) CS, “Alespeiti”, cit.

La detención domiciliaria es una modalidad atenuada de ejecución de las penas privativas de libertad y tiene como objetivo limitar la libertad ambulatoria de manera menos intensa que aquella clase de penas tradicionales. Este instituto implica el encierro —no la libertad— y el cumplimiento —pues no la pospone— de la pena privativa de libertad, aun cuando no se haga efectiva en un establecimiento penitenciario.

En los arts. 10 del Cód. Penal y 32 de la ley 24.660 se encuentran enumerados los supuestos en los cuales se puede disponer la detención domiciliaria, destacándose los incs. a), b) y c), que se refieren a los internos con problemas de salud, hipótesis que se vinculan con el *principio de humanidad* pues apuntan a evitar que la ejecución de la pena privativa de libertad “tenga un contenido aflictivo particularmente intenso derivado de la especialísima situación en la que se encuentra el interno que pueda beneficiarse con esta alternativa” (14). Otra hipótesis del principio de humanidad se manifiesta en el inc. d), que admite la detención domiciliaria para los internos de avanzada edad (mayores a setenta años).

Cabe recordar que las hipótesis de detención domiciliaria originariamente se encontraban reducidas solo a dos supuestos —que el imputado fuese mayor de setenta años o que padeciera una enfermedad incurable en estado terminal—, los cuales se ampliaron en virtud de la reforma introducida por ley 26.472 (15). Con ello, los actuales arts. 10, Cód. Penal, y 32 de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (16) prevén que la detención domiciliaria puede ser dispuesta en los siguientes casos:

“a) al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) al in-

(14) AROCENA, Gustavo A. — CESANO, José D., “La prisión domiciliaria”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 30.

(15) BO del 20/01/2009.

(16) BO del 16/07/1996.

terno que padezca una enfermedad incurable en período terminal; c) al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) al interno mayor de setenta años; e) a la mujer embarazada y f) a la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo”.

No obstante la ampliación de los casos de vulnerabilidad amparados legislativamente, se ha mantenido incólume el criterio que concede al magistrado interviniente la potestad de decidir si va a disponer el otorgamiento del beneficio, al señalarse que el juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria. En este sentido, la letra de la ley es suficientemente clara, por cuanto la decisión jurisdiccional de conceder el beneficio es una facultad delegada por el legislador al juzgador en tanto exterioriza esa competencia legal con el tiempo del verbo facultativo “podrá”, y no con el verbo imperativo “deberá”. Si el modo verbal fuera “deberá”, ninguna ponderación correspondería hacer, reduciendo la cuestión a un simple trámite automático. Sin embargo, ninguna facultad está otorgada por la ley para ser ejercida discrecionalmente, pues la decisión judicial ha de apoyarse en razones objetivas que permitan tener por acreditado si el caso se ubica o no entre aquellos para los que la norma está destinada. En su virtud, corresponde al juez competente efectuar una valoración respecto de las condiciones personales del interno, ya que para conceder la detención domiciliaria, incluso a una persona con más de 70 años, se deberán brindar argumentos que demuestren que el encarcelamiento, a raíz de las condiciones personales excepcionales del sujeto, provocaría alguna de las dos consecuencias que la ley está encaminada a evitar: el trato cruel, inhumano o degradante del detenido, o la restricción de derechos fundamentales que la prisión no debe afectar.

La modalidad de detención domiciliaria es aplicable para el interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario [arts. 10, inc. a), del Cód. Penal, y 32, inc. a), de la

ley 24.660]; y en los casos en los que, por la avanzada edad de los penados, en razón de un natural deterioro físico, se encuentren más proclives a resentir los efectos de la prisión, por lo que constituye una alternativa racional devolverlos a su medio familiar para que el restablecimiento de los vínculos afectivos torne más llevadera la limitación a su libertad ambulatoria.

Pese a que la edad de 70 años no es un indicador automático que justifique la prisión domiciliaria, sí es un indicador general que obliga al juez a examinar si las condiciones personales del interno justifican una modificación en el modo en que se cumple una prisión preventiva o una condena.

La ley no distingue con relación a la naturaleza de los delitos perseguidos, ya que la gravedad de la imputación no impide otorgar el beneficio que se reclama. En este entendimiento, y partiendo de la premisa de que el requisito etario no implica que opere de manera automática el beneficio de la detención domiciliaria, la edad avanzada, juntamente con otros factores, justifican la modificación del lugar de cumplimiento de la pena cuando concurren en cada caso concreto razones de humanidad —cercanía con la familia, enfermedad, necesidad de contar con un centro de salud cercano por posibles urgencias— que no pueden dejar de contemplarse.

Se entiende que el tribunal en cada caso debe realizar un ejercicio de ponderación entre, por un lado, el deber del Estado de perseguir y juzgar los delitos por los cuales una persona se encuentra sometida a proceso o condenada, y, por otro lado, las razones de humanidad invocadas por su defensa, de tal modo que se evite que el encierro se convierta en un ejercicio abusivo y restrictivo de derechos fundamentales por parte del poder punitivo del Estado.

#### **IV. La detención domiciliaria y el COVID-19. Distintos planteos resueltos por el Tribunal Oral Federal en lo Criminal N° 2 de esta ciudad**

Durante la feria judicial extraordinaria dispuesta con motivo de la pandemia, nuestro tribunal ha venido funcionando conforme a las directivas emanadas de la Corte Suprema de Justicia, principalmente por medio de la tecnología

informática que posibilita el trabajo remoto. Los tres vocales nos hemos dividido las causas que deben ser resueltas con habilitación de feria, de modo que todos podamos actuar como jueces de ejecución penal en forma unipersonal. La gran mayoría de los pedidos que hemos recibido corresponden a personas privadas de su libertad ambulatoria —con prisión preventiva o cumpliendo condena por sentencia firme— que reclaman dejar el encierro carcelario y pasar a cumplir detención domiciliaria. En cada caso particular se solicita un informe al Servicio Médico del establecimiento donde se encuentra alojado el peticionario, y luego se le corre vista al fiscal general; si correspondiere, también se escucha la opinión de la víctima. Con todos esos elementos el magistrado resuelve, por lo general rechazando el planteo y, ante la interposición del recurso de casación, se lo declara admisible y se remiten las actuaciones a la Cámara Federal de Casación Penal, la cual, en casi todos los casos, confirma la resolución del Tribunal Oral.

Debido al tiempo disponible para esta exposición he escogido dos de los muchos casos resueltos en el Tribunal Oral Federal N° 2 de Córdoba; por razones de decoro personal, se trata de resoluciones adoptadas por un vocal distinto del suscripto, las cuales me parecen adecuadas para ilustrar los criterios de valoración utilizados y han sido confirmadas por la instancia recursiva.

#### *IV.1. Caso “Carlos J. Franke”*

Este detenido —que en el momento de la explosión de la fábrica militar de Río Tercero pertenecía a la cúpula de Fabricaciones Militares— se encuentra cumpliendo condena con sentencia firme en el establecimiento penitenciario federal de Campo de Mayo. Su defensor técnico petitionó que se le conceda la detención preventiva, expresando que —conforme al informe elaborado por el Servicio Penitenciario Federal— su defendido pertenece a lo que se denomina “grupo vulnerable” en base a los lineamientos aportados por el Ministerio de Salud, esto es, por la edad (74 años) y por su estado de salud, acompañando copias de estudios médicos.

Evacuados los respectivos informes y la vista al fiscal general, cuyo dictamen fue negativo, el juez de Cámara José F. Asís, el 30/03/2020, resol-

vió no hacer lugar a la prisión domiciliaria solicitada. Se fundó en los siguientes argumentos: el informe del Servicio Penitenciario Federal respecto de la aplicación de medidas tendientes a prevenir el contagio de COVID-19 dentro del Instituto Penal Federal de Campo de Mayo resulta eficiente y respetuoso del protocolo en relación con la condición de riesgo que presenta Franke junto a otros internos con el mismo nivel de vulnerabilidad, no existiendo al día de la resolución un estudio que indique que en prisión domiciliaria los riesgos de contagio del virus sean menores que en el encierro carcelario que actualmente rige. Todas las medidas de prevención y control en general, a las que se suman los controles sanitarios individuales y específicos intensificados para el grupo denominado de riesgo, son los que deben ser tenidos en cuenta a los fines de evaluar la existencia de un grave y actual riesgo para la salud del condenado para obtener una medida de ejecución de la pena privativa de la libertad morigerada. Además, debe considerarse especialmente que a esa fecha no se han registrado casos detectados ni sospechosos dentro del Instituto Federal donde se aloja el interno. En este sentido, los informes médicos penitenciarios receptados indican que la situación de salud de Franke se encuentra controlada en forma periódica por los médicos del penal, por lo que en la actualidad no se dan las circunstancias necesarias para presumir la existencia de un riesgo cierto, inminente o grave para la salud del interno que justifique la adopción de la medida peticionada. Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta que se trata de una pandemia cuya evolución es dinámica y cambiante, cada caso será sometido a revisión en caso de ser necesario, previo informe de la autoridad penitenciaria.

Con fecha 20/04/2020, la sala de feria de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los jueces Ana María Figueroa, Carlos A. Mahiques y Diego G. Barroetaveña, por unanimidad, resolvió declarar inadmisibile el recurso de casación deducido por la defensa de Carlos J. Franke y encomendar al tribunal *a quo* que disponga oficiar a la unidad carcelaria donde el nombrado se encuentra detenido para que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la Ac. 3/2020 de esa Cámara Federal de Casación Penal y de la “Guía

de actuación para la prevención y control del COVID-19 en el SPF” (DI-2020-58, APN-SPF#MJ, del 26/03/2020). En el voto que lideró el acuerdo (Mahiques) se dijo que la circunstancia de que el recurrente esté incluido dentro de los grupos de riesgo conforme al listado realizado por la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal denominado “Población penal alojada. Informe en relación con COVID-19” solo da cuenta de que se encuentra en un peligro presunto o hipotético frente a un eventual contagio de ese virus, pero no logra comprobar un riesgo efectivo y concreto a su salud que conlleve la necesidad de disponer su detención en el ámbito de su domicilio. De modo que es a la parte recurrente a quien incumbe demostrar cuál sería el peligro concreto y actual que sufre el detenido y explicitar los puntos que considere arbitrarios de la resolución recurrida o los agravios que no hayan sido debidamente atendidos por el *a quo*, circunstancias ausentes en el *sub examine* y que no pueden ser suplidas por esa jurisdicción. Por otra parte, el impugnante no exhibe en su planteo un cuadro de riesgo sanitario que no pueda ser, por el momento, adecuadamente atendido y controlado dentro de la unidad en la que Franke se encuentra detenido.

#### IV.2. Caso “Marcelino R. Álvarez”

El 30/03/2020, el juez de Cámara José F. Asís resolvió no hacer lugar a la prisión domiciliaria solicitada por la defensa técnica del mencionado interno —detenido con prisión preventiva en el Establecimiento Penitenciario N° 7 de la ciudad de San Francisco de esta provincia, acusado como partícipe necesario del delito de organización para el transporte y la comercialización de estupefacientes—; la peticionada atenuación de la privación de libertad de Álvarez se basó en que este es hipertenso y tiene antecedentes de obesidad de alto grado (II-III), agregando que ello se encuentra acreditado en el listado de personas en riesgo de contraer COVID-19 proporcionado por el Servicio Penitenciario Federal.

A los efectos de mantener la detención preventiva de Marcelino R. Álvarez, el juez unipersonal tomó en consideración que del informe médico remitido por el establecimiento penitenciario en el que se encuentra alojado surge que “(e)l interno Álvarez fue valorado médicamente con fecha 25/03/2020, donde en el exa-

men físico realizado en reposo no arrojó signos ni síntomas de enfermedad física en evolución aguda. Que hasta la fecha en el penal no se han detectado casos de H - COVID-19, no habiendo ningún caso positivo. Que sí se están aplicando los protocolos de actuación en la Unidad Penitenciaria, dispuestos recientemente por el gobierno de la provincia de Córdoba, la que se encuentra en revisión permanente en función de la evolución y de las nuevas informaciones emergentes [...], que en forma permanente se está pensando cómo estar acorde a las circunstancias, poder estar a la altura y enfrentar esa situación de pandemia, siendo esto de un dinamismo que se marca día a día...” El tribunal compartió el criterio postulado por el representante del Ministerio Público Fiscal y señaló que “(s)i bien Marcelino R. Álvarez tiene antecedentes de obesidad de alto grado (II-III), encontrándose dentro del grupo de riesgo frente al coronavirus. No obstante, surge que el mismo ha sido controlado médicamente sin arrojar signos o síntoma alguno [...]. Es decir, que, si bien padece de obesidad de alto grado, la existencia de contagio del COVID-19 no se encuentra acreditada, ya que según lo informado no existe ningún caso en el Complejo Carcelario donde está alojado el interno [...]. Podemos concluir que la contención médica se encuentra garantizada [así como] su derecho al acceso a la salud, de modo que actualmente, se ha[n] tomado todas las contingencias sanitarias necesarias, que no podrán ser de ninguna manera garantizadas fehaciente[mente] en el entorno libre, sumado a que las consultas a hospitales están restringidas a casos de urgencia y gravedad”.

Con fecha 21/04/2020, la sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los vocales Ana María Figueroa, Daniel A. Petrone y Diego G. Barroetaveña, decidió por mayoría que las discrepancias valorativas expuestas por la parte impugnante solo reflejan que no se comparten los fundamentos brindados por el tribunal de la instancia precedente, mas esa circunstancia no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos 314:791; 321:1328 y 322:1605) o en alguna cuestión federal (Fallos 328:1108), por lo que no corresponde la intervención de la jurisdicción de ese tribunal y debe declararse inadmisibles las vías intentadas.

## V. La posibilidad del Poder Ejecutivo de indultar o conmutar penas ante la emergencia sanitaria

En un interesante artículo publicado el 04/05/2020 en la edición del diario *La Voz del Interior* de la ciudad de Córdoba, bajo el título “Solo el presidente de la Nación puede liberar a los presos”, Juan Carlos Vega (expresidente de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados) sostiene que el presidente incurre en doble error, jurídico y político, al expresar que la decisión de liberar a los presos no está en sus manos. En lo jurídico, el articulista invoca el art. 99 de la CN, que faculta al presidente de la Nación a dictar indultos y conmutar penas, y el art. 27 de la CADH, que “lo faculta a tomar estas medidas en situaciones de emergencia como las que vive el mundo hoy. La misma facultad tienen los gobernadores de provincia por leyes especiales”. Agrega a continuación: “Pero también es un error político, porque el presidente sabe, como experto en derecho, que los argentinos en un 82% desconfiamos de nuestros jueces. El informe de la Comisión de Expertos del Colegio de Abogados de Córdoba de 2017 es categórico y fundado en hechos”. Aunque pueda concordar con el autor del artículo respecto de la desconfianza de la ciudadanía en los magistrados judiciales —en muchos casos justificada—, no me consta el porcentaje que menciona; pero —como expresé en la Introducción de esta exposición— me limitaré únicamente al supuesto error jurídico que atribuye al presidente de la Nación y a las soluciones que postula.

Afirma Vega que la recomendación de la CIDH del 31/03/2020, dirigida a los 34 Estados americanos, no es un simple consejo moral, sino que “exige a los gobiernos a adoptar medidas eficaces para evitar explosiones sanitarias y sociales en las cárceles”. Más adelante expresa: “El presidente de la Nación es el único facultado para disponer libertades masivas de presos en las cárceles federales; no los jueces. Este no sería el inmoral indulto de Menem, sino un indulto o conmutación exigido por la pandemia. Y si no lo hace, habrá responsabilidad internacional del Estado argentino ante la Comisión Interamericana”.

Por ello, con fundamento en el art. 27 de la Convención Americana y en el art. 99, CN, Vega

propone que el presidente “debería firmar un decreto de necesidad y urgencia (DNU) por el cual disponga la liberación y prisión domiciliaria de dos grupos de detenidos. En primer lugar, mayores de 70 años, que son el principal grupo de riesgo por edad. En segundo lugar, quienes tienen prisiones preventivas sin condena firme y por delitos menores [...]. Deben quedar excluidos del beneficio de este indulto que otorga libertades y prisiones domiciliarias los detenidos por delitos de lesa humanidad y aquellos detenidos por delitos a la integridad sexual, femicidios, delitos de corrupción, narcotráfico y lavado de activos, en los términos de la Convención de Palermo [...]. Los jueces argentinos no tienen las facultades constitucionales para liberar de manera masiva a los presos”.

Aunque puedo aceptar —en general— que por la situación de emergencia derivada de la pandemia no deberían ser excarcelados ni ser derivados a arresto domiciliario los detenidos por los delitos cuya exclusión se propone, y que los jueces no están facultados para disponer tales medidas en forma masiva (pues solo pueden hacerlo en forma individual para cada caso sometido a su decisión), debo disentir respetuosamente con la metodología propuesta para dar solución a la cuestión.

Sostengo por mi parte que no sería válido que el presidente de la Nación otorgue indultos o conmutaciones de penas mediante decretos de necesidad y urgencia, porque el art. 99, inc. 3º, párr. 3º, CN, expresamente excluye de la atribución presidencial de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia “cuando se trate de normas que regulen materia penal”. Como el indulto y la conmutación de penas tienen por efecto extinguir la pena impuesta por sentencia condenatoria firme, constituyen normas de naturaleza penal cuya regulación a través de decretos de necesidad y urgencia está prohibida constitucionalmente, porque afectarían el principio de legalidad (arts. 18 y 19, CN).

En cambio, no habría objeción alguna para que —ante la grave situación de la pandemia y los mayores riesgos que corren de manera cierta y concreta algunos internos en lugares de detención con hacinamiento— el titular del Poder Ejecutivo Nacional, de acuerdo con la facultad que le otorga el art. 99, inc. 5º, CN, pudiera por

simple decreto (no DNU) conceder indultos o conmutaciones de penas, en forma individualizada, a los que se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad por sentencia firme. Esta limitación obedece a que el indulto consiste en el perdón de la pena impuesta, dejando subsistente la infracción cometida. Por ello, el poder administrador no debería válidamente otorgar indultos masivos en favor de procesados, sin que a su respecto exista una sentencia condenatoria firme, pues ello importaría una inconstitucional invasión de la esfera de atribuciones reservada al Congreso de la Nación de *conceder amnistías generales* (art. 75, inc. 20, *in fine*, CN).

Solo para el hipotético supuesto —para nada deseado— de que la situación de los establecimientos carcelarios del país entrara en colapso por el ingreso y contagio del COVID-19 en el interior de esos ámbitos cerrados con hacinamiento de internos, y si no fuera posible la construcción de centros de aislamiento en módulos de instalación rápida en los terrenos ubicados dentro del perímetro de la respectiva institución penitenciaria para poder aislar enfermos leves con COVID-19 que no requieran internación hospitalaria extramuros, podríamos admitir —por una emergencia que podría llegar a ser

catastrófica y equiparable a un estado de necesidad— que se reuniera con premura el Congreso de la Nación —observando los protocolos sanitarios de prevención indispensables— y analizara la conveniencia de sancionar una ley de amnistía general que extinga las acciones penales y las penas derivadas de delitos de menor lesividad y no violentos —que deberán estar claramente enumerados y descriptos de manera completa en la norma— con expresa exclusión de crímenes de lesa humanidad, delitos de corrupción funcional, aquellos que impliquen violencia de género o grave afectación contra la integridad sexual, criminalidad organizada para el contrabando y tráfico de estupefacientes, para la trata de personas, como así también otros delitos que el Estado argentino se ha obligado a perseguir y castigar mediante pactos internacionales.

Concluyo mi contribución señalando, a título ilustrativo, que, del otro lado de la cordillera de los Andes, con una regulación constitucional diferente de la nuestra, se ha dictado la ley 21.228, publicada el 17/04/2020, que concede indulto general conmutativo a causa de la enfermedad COVID-19 en Chile.

# DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

---



# Autoritarismo y cooperación internacional en tiempos de COVID-19

Zlata Drnas de Clément (\*)

Sorprendentemente, tanto las “izquierdas” como las “derechas” advierten sobre el peligro de que en la era post COVID-19 arraiguen o se expandan gobiernos autoritarios. El temor frente al “autoritarismo” (1) se escucha desde los extremos de las posiciones ideológicas, con admirable presencia de la pemia “ver la paja en el ojo ajeno sin ver la viga en el propio”.

---

(\*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (UNC). Profesora emérita de la UNC y de la Universidad Católica de Córdoba, Argentina. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Directora del Instituto de Derecho Ambiental y Recursos Naturales.

(1) Cuando se habla de “-ismos” —sufijo agregado al sustantivo que indica doctrina, sistema, partido (como, p. ej.: conservadurismo, socialismo, comunismo, etc.)—, se quiere señalar que se trata de un sistema dogmático, con respuestas fijas y preestablecidas para los problemas sociales y políticos, el que —generalmente— se organiza en beneficio e interés personal de sus actores dominantes, se expande y consolida con el adoctrinamiento, justifica sus fracasos en causas ajenas a su sistema (THOMPSON, John B., “Ideología y cultura moderna. Teoría crítica social en la era de la comunicación de masas”, Ed. UNAM, México, 2002, ps. 113, 183, XV).

Así, desde las “izquierdas” (2), Ricardo Orozco (3), en su trabajo titulado “El autoritarismo

---

(2) Eduardo Febbro —periodista argentino que trabaja en la redacción de Radio France Internationale y es corresponsal del diario *Página 12* en París— incluye en “las izquierdas” a ecologistas, comunistas, izquierdas radicales, trotskistas, socialistas disidentes, grupos alternativos convergentes (v.gr., activistas varios, como feministas, indigenistas, pacifistas, etc.) y señala que “(1) o que no pudieron plasmar ni las elecciones ni la confrontación social, de pronto lo consiguieron la crisis sanitaria: unir a todas las izquierdas y a los ecologistas en torno a los temas que siempre fueron su identidad y cuya pertinencia se ha impuesto como nunca” (FEBBRO, Eduardo, “La salida del coronavirus en Francia es por izquierda. Ecologistas, comunistas, izquierdas radicales y grupos alternativos están trabajando en un proyecto común pro Estado, desglobalización, y salario mínimo universal”, v. *Página 12* del 22/04/2020, <https://www.pagina12.com.ar/261281-la-salida-del-coronavirus-en-francia-es-por-izquierda>). V. también el artículo del periodista italiano SAVIANO, Roberto, “La pandemia consigue lo que muchos políticos quieren hace años, un mando único”, *Clarín* del 16/04/2020, [http://www.clarin.com/cultura/roberto-saviano-pandemia-consigue-politicos-quieren-hace-anos-mando-unico-\\_0\\_kidXbxUkM.html](http://www.clarin.com/cultura/roberto-saviano-pandemia-consigue-politicos-quieren-hace-anos-mando-unico-_0_kidXbxUkM.html).

(3) Integrante del grupo de trabajo de CLACSO: “Geopolítica, integración regional y sistema mundial”; posgrado en Estudios Latinoamericanos por la UNAM; coordinador general del Observatorio de Coyunturas Geopolíticas (OCG); consejero ejecutivo del Cen-

social en el combate al COVID-19” (4), recuerda que, cuando el coronavirus solo causaba estragos en la sociedad china, un número importante de mandatarios occidentales y analistas vieron en el brote viral el elemento que hacía falta para poner a prueba y demostrar que el autoritarismo chino no solo se encontraba en crisis, sino que, además, era incapaz de responder de manera efectiva para contener, mitigar y retrotraer los márgenes de dispersión del virus en su propio territorio. La democracia —entendida como Occidente lo hace, según el referido autor— se afirmó, en ese momento, como la única posibilidad de escapar de la crisis y como el único camino que el gobierno chino y el Partido Comunista (5) de ese país deberían transitar si esperaban tener algún grado de éxito en la coyuntura. Sin embargo, transcurridos unos pocos meses, los hechos pusieron en evidencia la capacidad de movilización de recursos y personas en China, lo que llevó a ese Estado a contener

tro Latinoamericano de Estudios Interdisciplinarios (CELAEI).

(4) OROZCO, Ricardo, “El autoritarismo social en el combate al COVID-19”, en OBSERVATORIO SOCIAL DEL CORONAVIRUS, *Pensar la pandemia*, [https://www.clasco.org/el-autoritarismo-social-en-el-combate-al-covid-19/#\\_ftn1](https://www.clasco.org/el-autoritarismo-social-en-el-combate-al-covid-19/#_ftn1). En similar sentido, Mariano Aguirre considera: “El coronavirus parece hecho a medida para los gobiernos y políticos autoritarios que han proliferado en los últimos años. Mientras varios de ellos no creyeron inicialmente en su gravedad, ahora les podría servir para recortar libertades democráticas, dar renovados papeles a los militares, cerrar las fronteras a la migración y exaltar el nacionalismo frente a la cooperación entre países” (AGUIRRE, Mariano, “Coronavirus: por qué la pandemia de COVID-19 podría fortalecer los autoritarismos y debilitar las democracias”, *BBC News* del 08/04/2020, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52184947>).

(5) China tiene un sistema autoritario de gobierno en el que el Partido Comunista sigue controlando los diferentes niveles de gobierno, todos los ámbitos de la vida, el comercio, la economía, la información, las comunicaciones, la educación, etc. Xi Jinping ha detenido la incipiente marcha hacia la democracia en la que China se iniciaba no hace mucho para reinstaurar un autoritarismo más duro. Solo aliados y colaboradores incondicionales ocupan los cargos más altos del sistema político del país. Xi Jinping no identificó a un sucesor e incluyó su propio nombre en la Constitución, con visos de perpetuación en el poder. Reúne en su persona los tres cargos más importantes de China: presidente del país, secretario general del Partido Comunista chino y jefe de sus fuerzas armadas.

las infecciones en sus superpobladas ciudades. Más aún, expandido el virus y ya transformado en pandemia, esos argumentos se cayeron, ya que, en Francia, Italia, España y otros Estados de Occidente, las autoridades mostraron debilidad para poner en práctica medidas eficientes contra el virus. Entiende Orozco que las emergencias nacionales dispuestas en estos últimos países —a pesar de considerarse Estados democráticos y libres— han conllevado el velo ideológico del autoritarismo social —muchas veces acompañado de políticas racistas, sexistas y clasistas—. La convalidación masificada de ejercicios altamente autoritarios con el objeto declarado de hacer frente a la crisis sanitaria (pero también responder a otros problemas que alimentan la crisis estructural del capitalismo moderno) hace temer —según Orozco— la instauración de las *medidas de excepción como norma general* de gobierno, más allá de la coyuntura específica. La “guerra contra el virus” —expresión común entre las clases dirigentes y los estratos medios de Occidente—, acompañada de la magnificación discursiva, lleva a la aceptación de esas medidas extremas, muchas veces reclamadas por la propia población atemorizada. Critica a Trump, a Italia y otros países, entre ellos muchos latinoamericanos, en los que —según sus expresiones— “el neoliberalismo hizo añicos el carácter social del Estado-nacional”. Contrapone el comportamiento de esos Estados con la vocación humanitaria e internacionalista de Cuba, al enviar “brigadas de médicos y médicas” (6) a Venezuela, Surinam, Granada, Nicaragua, Italia y otros países. La crítica, especialmente, recae en “la racionalidad neoliberal del capitalismo moderno”, que impregnó todo con su “lógica de la mayor eficiencia y el grado más alto de utilidad”. El periodista agrega, poniendo en evidencia el cliché ideológico al que pertenece: “Estados Unidos, *para no variar* (7), es el paradigma de esta situación en la cual se encuentra gran parte de los Estados occidenta-

(6) Llama la atención que el autor use el término “brigadas”, expresión que se refiere a unidades militares. Ello puede resultar preocupante si se tiene en cuenta que los estudios en Cuba tienen duración de tres años para el nivel primario, tres años para el medio y tres años para el universitario, y que todas las carreras universitarias requieren para el ingreso la aprobación de las mismas materias: Matemáticas, Lengua e Historia de la Revolución.

(7) El destacado nos pertenece.

les, en los que la posibilidad de contar con un seguro médico, la cantidad de enfermedades que este cubre y la calidad con la cual lo hace, dependen, en primer lugar, de la condición laboral de la persona en cuestión; y en segunda instancia, de su capacidad salarial y del tamaño de las contribuciones que sus ingresos aporten al sector salud. Por si el carácter de clase de los sistemas de salud neoliberales fuese poco, se agregan de manera transversal las distinciones estructurales, fundadas en la raza y el género, que hacen que la pretendida universalidad de la cobertura médica en esas sociedades no sea más que una abstracción en la que se ocultan las profundas inequidades que lo determinan [...]. Dada la experiencia histórica reciente respecto de la manera en que reaccionan las distintas sociedades nacionales al miedo de verse sumergidas en una pandemia generalizada y, eventualmente, en un escenario apocalíptico de muertes en masa debido a la nueva enfermedad, la verdadera tragedia de ese darwinismo social encubierto en los sistemas de salud privatizados, administrados y hegemonizados por la actividad empresarial y el gran capital transnacional, es que lejos de despertar una respuesta a gran escala sobre la necesidad de arrebatar el control del sistema a los privados, las masas optan por exigir la puesta en marcha de una mayor radicalización del ejercicio autoritario de gobierno ante la crisis. Y es que [...] a pesar de que la letalidad del COVID-19 es mínima y su eliminación del cuerpo infectado requiere únicamente de reposo y cuidados sintomáticos menores, la forma en la que en Occidente se piensa el contagio y los efectos que tiene sobre la salud ha llevado a que en esas sociedades las medidas de contención, mitigación y tratamiento que se adoptan sean cada vez más intransigentes, más excepcionales y hasta cierto punto autoritarias”. Como ejemplos de ese modelo reprochable cita el estado de crisis decretado en Perú, con despliegue de fuerzas armadas en todo el territorio; la cuarentena sanitaria impuesta con el ejército al servicio del gobierno de Jeanine Áñez; el “estado de alarma” decretado en Chile y, con ello, el “regreso del ejército chileno a las calles para controlar el ambiente en el contexto de la desmovilización social”, etcétera.

El mismo autor, en otro trabajo (8), recuerda que “(e)n un artículo reciente, cuyo tono de denuncia de inmediato levanta suspicacias y edifica muros ideológicos difíciles de demoler en la psique de quienes lo leen, Salvador González Briceño expone la hipótesis de que el brote de coronavirus en China es un evento causado por los aparatos de inteligencia estadounidenses para lograr, por la vía de una guerra bacteriológica, lo que la guerra comercial desatada por Donald J. Trump no ha logrado conseguir: la desestabilización de la economía china en una escala lo suficientemente amplia y aguda como para eliminarla de la contienda por la hegemonía global”. González Briceño (9), con relación a la confrontación entre China y Estados Unidos por la hegemonía global, señala que “la idea de que una guerra bacteriológica entre potencias está en curso parece adquirir consistencia y asertividad cuando se pone en el centro del análisis que el botín por repartir es demasiado valioso como para dejarlo al azar o como para decidirlo a través de medios convencionales...”. Agrega que Estados Unidos es “la principal amenaza para el mundo [en tanto] aliado del terrorismo”. La visión de Estados Unidos como iniciador de la guerra bacteriológica a través del coronavirus perdió sustento cuando ese país se transformó en el territorio con mayor número de infectados

(8) OROZCO, Ricardo. “La dimensión geopolítica del coronavirus”, Reporte Estratégico del Centro Latinoamericano de Estudios Interdisciplinarios, N° 001, febrero 2020, <https://celaei.org>.

(9) GONZÁLEZ BRICEÑO, Salvador (director de *Geopolítica.com*), “Coronavirus, terrorismo de Estado y uso geopolítico del miedo”, *América Latina en Movimiento —Alainet—*, marzo/2020, <https://www.alainet.org/es/articulo/205381>, quien expresa: “*Contra natura*, pero con el coronavirus pretenden hacernos creer —quienes controlan el miedo— que la madre naturaleza se volvió, de golpe y porrazo, contra sus depredadores los humanos. Un procedimiento tan oscuro que asemeja más ‘arma de destrucción masiva’ creada en laboratorios, que algo normal. Es decir, el presunto origen chino del virulento agente y el increíble contagio por el murciélago, como plaga que corre a la velocidad de la luz dirigida a países específicos resulta, más que otra cosa, un asunto criminal de ordenanza occidental. Porque curiosamente los contagios alcanzaron a más de 100 países en unas cuantas semanas. Un fenómeno ‘científico’ creado con fines económicos y propagado para desestabilizar y dominar utilizando el miedo como estrategia social”. Argumentos todos que podrían ser utilizados para una afirmación en contrario, como de hecho se emplearon.

y muertos en el mundo. En sentido contrapuesto, Estados Unidos sospecha que ha sido China quien ha diseminado el coronavirus deliberadamente. Crece entre países el reclamo a la Organización Mundial de la Salud (OMS) para que se inicie una investigación internacional sobre el origen del virus (10). Muchos Estados conside-

(10) El director general de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus (ex canciller y ex ministro de Salud de Etiopía, doctor en Filosofía, especializado en Sanidad Comunitaria, primer jefe de la OMS que no ha cursado estudios de Medicina), en su alocución de 29/04/2020, en la rueda de prensa sobre COVID-19, reconoció que el primer conocimiento que la OMS tuvo de la existencia de un “conglomerado de casos de neumonía de etiología desconocida en Wuhan” no fue provisto por China (<https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---29-april-2020>). El 01/05/2020, también en rueda de prensa, expresó que tres meses atrás convocó al Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional y, en base a sus recomendaciones, declaró una emergencia sanitaria mundial. Además, señaló que la OMS aceptó la recomendación del Comité de trabajar en colaboración científica en la *identificación del origen animal del virus* (<https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---1-may-2020>) (el destacado nos pertenece). Con relación al origen del virus, más allá de su presunto origen animal, en otra oportunidad, el director general señaló que primero había que centrar los esfuerzos en atender la emergencia sanitaria para luego ocuparse de ese tipo de cuestiones. Se produjeron numerosas críticas a la OMS y a su titular por haber felicitado a China por su actuación frente al virus, más por razones de afinidad política que por comportamiento responsable; por no haber cuestionado la política de Pekín de ocultamiento de datos sobre la enfermedad; por limitar la acción de la OMS a los informes provenientes de China sin tomar en cuenta otra consideración; por negar haber recibido información temprana desde Taiwán de la circulación en China del virus, comunicación que pudo ser decisiva para su evolución, nota cuya existencia fue posteriormente probada; por haber afirmado el 14 de enero que no había temores de contagio persona a persona por el virus; por no haber declarado la emergencia sanitaria mundial a su debido tiempo; por estar en contra de establecer limitaciones a los vuelos facilitando de ese modo la expansión del virus, etc. Las críticas a la continuidad en el cargo del actual director general de la OMS, además, se sustentan en el decisivo apoyo que recibió de China a su nombramiento, a pesar de su falta de idoneidad; por las posiciones políticas prochinas del director general (*i.a.*, “Una sola China”, por lo que Taiwán fue excluido de los programas de lucha contra el COVID-19 dentro de los organismos internacionales); por desconocer la exitosa labor frente al virus de Taiwán, reconocida internacionalmente con el paso del tiempo como una de las mejores; por la participación de Tedros Adhanom Ghe-

ran que China, aun cuando no hubiese liberado el coronavirus intencionalmente, demoró —a sabiendas del peligro en que colocaba a la humanidad— en adoptar medidas y comunicar la expansión del coronavirus (11). Incluso algunos particulares han demandado al gobierno chino por la pandemia ante tribunales estadounidenses (12). China rechaza totalmente aceptar una

breyesus (antes de ser designado director general de la OMS) en el gobierno dictatorial de Etiopía en calidad de canciller y ministro de Salud; por haber encubierto como funcionario tres epidemias de cólera en su país en 2006, 2009 y 2011; por designar al anciano y cruento dictador de Zimbabue, Robert Mugabe, como embajador de buena voluntad de la OMS, etc. (<https://www.infobae.com/america/opinion/2020/04/10/el-director-de-la-oms-en-la-mira-por-el-manejo-de-la-pandemia/>). Por su parte, el gobierno de Estados Unidos suspendió a mediados de abril de 2020 la financiación a la OMS por la mala gestión de la pandemia, lo que fue largamente criticado desde las “izquierdas” y considerado un acto criminal (v. “Trump contra la OMS”, *BBC News* del 14/04/2020, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52289020>).

(11) Steven Erlanger, desde Bruselas, informa que “Australia solicitó que se realice una investigación sobre el origen del coronavirus. El presidente estadounidense Donald Trump está culpando a China por el contagio a gran escala y busca sancionarla. Algunos gobiernos quieren demandar a Pekín por daños y perjuicios. Las críticas pusieron de relieve una batalla de relatos profundamente polarizadores y están frenando la ambición de China de llenar el vacío de liderazgo dejado por Estados Unidos. Así como Estados Unidos había surgido victorioso de la Segunda Guerra Mundial pasando fácilmente a primera potencia mundial, así China esperaba surgir victoriosa del coronavirus” (ERLANGER, Steven, “Coronavirus: Se intensifica la reacción global contra el régimen chino por su mal manejo inicial de la crisis”, *La Nación* del 05/05/2020, <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/se-intensifica-la-reaccion-global-contra-el-regimen-chino-por-su-mal-manejo-inicial-de-la-crisis-nid2361481>).

(12) El estudio jurídico Berman Law Group presentó una demanda colectiva federal contra la República Popular de China, la provincia de Hubei, la ciudad de Wuhan y varios ministerios del gobierno chino, en nombre de los residentes y las empresas en los Estados Unidos y el Estado de Florida. La demanda fue presentada en el Distrito Sur de Florida y busca miles de millones de dólares en daños compensatorios para aquellos que han sufrido lesiones personales, muertes por negligencia, daños a la propiedad y otros daños debido a la falta de China de contener el virus COVID-19, a pesar de haber tenido capacidad para ello en sus primeras etapas de propagación (v. “Un bufete de abogados presentó una demanda colectiva contra el régimen chino por causar la pandemia del COVID-19”, *Infobae* del 06/05/2020, <https://www.infobae.com/america/eeuu/2020/03/23/un-bufete-de-abo->

investigación general sobre el *origen del coronavirus* (no solo limitada a su presunto origen animal), porque considera que estaría “politizada” y “presumiría su culpabilidad”, tal como lo señaló el viceministro chino de Asuntos Exteriores, Le Yucheng, según un comunicado publicado en abril de 2020 por ese departamento (13). Hizo presente que China informó a la OMS sobre el virus el pasado 03 de enero y que el día 12 de ese mes anunció la secuencia de su genoma, “proporcionando importante información para el diagnóstico y el tratamiento, y para la investigación de una vacuna” (14).

Noam Chomsky (15)(16), *i.a.*, considera que “esta pandemia nos puede llevar a Estados altamente autoritarios y represivos que expandan el manual neoliberal”; que “estamos ante otra falla del neoliberalismo”; que “el único país que ha demostrado un internacionalismo genuino es Cuba”. Para Chomsky, la primera gran lección de la actual pandemia es que estamos ante “otro fallo masivo y colosal de la versión neoliberal del capitalismo”. Hace presente que los científicos sabían que vendrían pandemias, probablemente de la variedad del coronavirus, y que hubiese sido posible prepararse en aquel punto y abordarlo como se hace con la gripe, pero no se hizo. Las farmacéuticas tienen recursos y son ricas en exceso, pero “no lo hacen porque los mercados dicen que no hay beneficios en

prepararse para una catástrofe a la vuelta de la esquina”. “Los gobiernos son parte del problema y no de la solución”. Tilda a los integrantes del gobierno estadounidense de “bufones sociópatas que manejan el gobierno [...] y buscan desesperadamente culpar a alguien. Culpan a China y a la OMS...”. Estima Chomsky que hay una llamada al internacionalismo progresista a través de coaliciones. En tal sentido, pondera a Bernie Sanders —candidato demócrata a la presidencia de los Estados Unidos, que en abril de 2020 anunció su renuncia a la candidatura y su apoyo a Joe Biden en el entendimiento de que era necesario aunar fuerzas— y al exministro de Economía griego Yanis Varoufakis en Europa, al crear, junto a otros activistas y políticos, el movimiento paneuropeo denominado “Movimiento Democracia en Europa 2025” (DIEM25) (17), coalición de izquierdas (“Nosotros los pueblos de Europa”) que tiene como objetivo la democratización de las instituciones europeas desde la izquierda, rechazando por obsoleto el modelo de partidos nacionales. Este movimiento paneuropeo se declara capaz de hacer frente a la gran crisis económica, política y social que Europa está enfrentando.

Es de observar que las “izquierdas” temen por la posible implantación de autoritarismos en el Occidente neoliberal de Europa y América; sin embargo, esos mismos grupos en su activismo —más notoriamente los ecologistas— desde hace décadas asumen la defensa del medioambiente con visión apocalíptica y consideran que la única forma de contener la catástrofe climática (y otros problemas ambientales) es mediante la implantación de gobiernos autoritarios. Formulan una severa crítica al modelo democrático occidental. Lo hacen a partir de las teorías postmarxistas, proponiendo, para la gestión y la formulación de políticas públicas, la adop-

*gados-lanzo-una-demanda-colectiva-contr-el-regimen-chino-por-causar-la-pandemia-del-covid-19/*.

(13) El virólogo francés Luc Montagnier, Premio Nobel de Medicina en 2008 por su trabajo sobre el VIH, aseguró que el virus SARS-CoV-2, que causa la COVID-19, fue creado en un laboratorio insertando genes del VIH-1 (virus del sida) (<https://www.infobae.com/america/mundo/2020/04/27/el-virologo-que-gano-el-premio-nobel-por-descubrir-el-vih-aseguro-que-el-nuevo-coronavirus-fue-creado-en-un-laboratorio/>).

(14) V. “China rechaza una investigación sobre el origen del coronavirus”, *El Tiempo* del 30/04/2020, <https://www.eltiempo.com/mundo/asia/china-niega-abrir-investigacion-sobre-origen-del-coronavirus-490410>.

(15) Lingüista, filósofo, politólogo y activista estadounidense. Hijo de inmigrantes judeo-ucranianos, es un gran crítico de la política de los Estados Unidos de América e Israel bajo su conducción política actual.

(16) Entrevista de *Clarín* del 21/04/2020, [https://www.clarin.com/cultura/chomsky-pandemia-gobiernos-problema-solucion-\\_0\\_WT6bxNONs.html](https://www.clarin.com/cultura/chomsky-pandemia-gobiernos-problema-solucion-_0_WT6bxNONs.html).

(17) El movimiento fue presentado el 09/02/2016 en el Teatro del Pueblo de la Plaza Rosa Luxemburgo de Berlín. Contó con la presencia y/o apoyo de numerosos personajes destacados de la “izquierda”, entre ellos, Ada Colau (activista social y política, alcaldesa de Barcelona), Caroline Lucas (diputada del Parlamento Europeo por el Partido Verde de Inglaterra y Gales), Baltasar Garzón (exjefe de la Audiencia Nacional española), Federico Mayor Zaragoza (exdirector general de la UNESCO), Miguel Urbán Crespo (diputado del Parlamento Europeo por Podemos), Julián Assange (programador, periodista y activista fundador de WikiLeaks), etc.

ción de decisiones dictatoriales unilaterales y no participativas. Desconocen o minimizan las acciones de mitigación y adaptación emprendidas desde el llamado “Mundo Libre”; no toman en cuenta las propuestas de la economía circular, las prácticas de la economía industrial y la geoingeniería. Promueven el “autoritarismo ambiental”, es decir, el abandono de principios democráticos participativos, la instauración de gobiernos dictatoriales, quienes, con el auxilio de unos pocos tecnólogos “incorruptibles” de alto nivel, adoptarían con urgencia las medidas drásticas que evitarían el colapso, al que advierten próximo (18). Esa misma urgencia se observa en el ya citado “Movimiento Democracia en Europa 2025” (DIEM25), el que ha dado un plazo de 12 meses a la Unión Europea para “abordar la persistente crisis económica/social”. Anuncia la “inminente crisis de Europa” que se desarrollará simultáneamente en cinco ámbitos: deuda pública, sector bancario, inversiones inadecuadas, migración y aumento de la pobreza (19). En general, las “izquierdas” con visión multidimensional y multidisciplinaria consideran que no se pueden corregir los problemas sociales en ningún lugar del planeta si —al mismo tiempo— no se solucionan los educacionales, económicos, políticos, ambientales y el amplio espectro de áreas conexas, en el entendimiento de que ello solo puede lograrse si una autoridad indiscutida, con la suma del poder, conduce el Estado y lo ordena con miras al establecimiento de la justicia social.

En resumen, mientras las “izquierdas” declaran temer que la pandemia pueda llevar a la conformación de Estados altamente autoritarios y represivos que expandan el manual neoliberal a nuevos espacios, las “derechas” se sienten en guerra contra el COVID-19 y contra la expansión internacionalista del neomarxismo-maoísmo a través de distintas vías, especial-

(18) V. BEESON, Mark, “The coming environmental authoritarianism”, *Environmental Politics*, 19-2 (2010), ps. 276-294; GILLEY, Bruce, “Authoritarian environmentalism and China’s response to climate change”, *Environmental Politics*, 21-2 (2012), ps. 287-307.

(19) DEMOCRACY IN EUROPE MOVEMENT 2025 (DIEM25), “La Unión Europea ha de democratizarse. ¡O se desintegrará!”, [https://diem25.org/wp-content/uploads/2016/02/diem25\\_spanish\\_long.pdf](https://diem25.org/wp-content/uploads/2016/02/diem25_spanish_long.pdf).

mente las comerciales, las comunicacionales y los populismos de izquierda.

Autoritarismo *vs.* autoritarismo. Sin embargo, las situaciones son diferentes y la lesión al derecho tiene otras dimensiones. Mientras en los países democráticos el ejercicio del poder está subordinado a las normas establecidas (Constitución, leyes), las que son percibidas como instrumento de convivencia social, en el mundo de las “izquierdas”, el derecho es considerado solo un instrumento de los poderes públicos dirigido a destruir al opositor (20).

Como señala Michael Zürn (21), el mundo está dividido ideológicamente entre Oeste (las “derechas”) y Este (las “izquierdas”), incluso en la sensible y universal materia de derechos humanos. Así, encontramos en esa confrontación: derechos civiles *vs.* derecho de los trabajadores, libertad *vs.* igualdad, estado de derecho *vs.* subordinación al objetivo de implantación planetaria del internacionalismo proletario. La visión del derecho en lo que hace a su esencia y función tiene entidad diferente en ambas percepciones. Más aún, en la búsqueda de la igualdad social alegada por el marxismo y su plan internacionalista, al modelo de democracia moderna hay que oponer otro, que no tiende a la armonía ni a la reconciliación, tampoco a la paz en el marco del respeto de derecho, sino que reconoce el papel constitutivo de la división y del conflicto (22). Ello, por entender que “todo con-

(20) Georges Ripert, con relación al marxismo, señala: “*Le droit n’est qu’un instrument destiné à liquider l’organisation capitaliste: il n’a aucune signification morale, il n’a aucune valeur en lui-même. C’est un moyen pour arriver au triomphe du prolétariat*” (RIPERT, Georges, “Les forces créatrices du droit”, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1955, 12ª ed., p. 420, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k33323350/f9.image.texteImage>).

(21) ZÜRN, Michael, “Comment in Jean d’Aspremont: Do not-State actors strengthen or weaken international law? The story of a liberal symbiosis”, en KRIEGER, H. — NOLTE, G. — ZIMMERMANN, A. (eds.), *The international rule of law: rise or decline?*, Ed. Oxford University Press, Oxford, RU, 2019, ps. 151 y ss.

(22) MOUFFE, Chantal, “El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical”, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, p. 19. V. nuestro trabajo “Los paradigmas ideológicos y la concepción del derecho internacional”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2020, ps. 18 y ss.

senso está basado en actos de exclusión”. La paz social y el respeto al derecho dejan de ser objetivos de la sociedad.

Las “izquierdas” dibujan al “autoritarismo-COVID-19” en el mundo democrático como un avance de gobernantes que, alegando necesidad sanitaria, limitan libertades ciudadanas y centralizan decisiones en el Ejecutivo, pasando a gobernar mediante decretos y/o sin supervisión parlamentaria por tiempo no determinado. Las “derechas” señalan que la aplicación autoritaria de decisiones en las democracias se da transitoriamente a causa de una situación de emergencia por la necesidad de adoptar medidas colectivas urgentes limitadas al control de la crisis. Los excesos tienen vías institucionales para ser contenidos y para restaurar el Estado de derecho. La gente, en su inmensa mayoría, obedece sin necesidad de presiones. Vale la pena recordar un antiguo trabajo del noruego Finn Seyersted (23) que destacaba cómo la OMS, cuyas resoluciones —en su gran mayoría— son adoptadas por mayoría simple (miembros presentes y votantes), por su naturaleza, logra el mayor acatamiento voluntario dentro de todo el sistema de las Naciones Unidas. Las cuarentenas, las nomenclaturas de enfermedades, la rotulación de productos biológicos y farmacéuticos, etc., se respetan, y los gobiernos las hacen respetar a ultranza. No cabe llamar “autoritarismo” al hecho de que ciertas medidas sanitarias se hagan obedecer por los gobiernos en beneficio y seguridad de todos por las vías que fueran necesarias. Ello, independientemente de que algunos gobernantes puedan llegar a pretender prolongar el ejercicio del poder concentrado más allá de lo necesario, lo que no es propio de las democracias ni del denominado “Mundo Libre”, existiendo en sus sistemas —tal como ya lo señaláramos— instituciones y recursos jurídicos para controlar los excesos.

No debe confundirse el “autoritarismo de transición o urgencia” (pandemia, guerra, inundación, etc.) con el “autoritarismo totalitario” (“totalitarismo”) —como el comunismo soviético, el estalinismo, el fascismo italiano,

el nacional-socialismo alemán, el maoísmo y neomaísmo chino, el castrismo cubano, ciertos gobiernos surgidos de golpes militares perpetuados en el gobierno, etc.—. El totalitarismo está dirigido a controlar todos los aspectos de la vida pública y privada, busca poder más allá de la relación gobernante-gobernado, pretende implantar la ideología del gobernante en todos los que están bajo su jurisdicción, fuerza la transformación social e incluso humana, procurando construir por la fuerza un “hombre nuevo”. Generalmente, va más allá de su jurisdicción, buscando internacionalizar por la violencia o la imposición por distintas vías su modelo totalitario.

Esta exacerbada confrontación entre “izquierdas” y “derechas” en torno al “autoritarismo” con motivo del COVID-19 vuelve a despertar la polarización que fuera propia de la Guerra Fría. Sin embargo, el contexto es muy diferente. Kissinger ha entendido que el espacio vacío que dejaba la desaparición de la “hegemonía unipolar” de los Estados Unidos no podría ser llenado por ningún país de modo individual, pero el ascenso y la voluntad de China de ocupar esa posición han sido anunciados explícitamente por Xi Jinping en Pekín en la Cumbre sobre la Ruta de la Seda, en 2017 —en la que estuvieron presentes solo tres mandatarios de Occidente: Macri, Bachelet y Rajoy—, al señalar que China está dispuesta a tomar la responsabilidad de liderar el orden mundial ante el abandono del internacionalismo por parte de los Estados Unidos anunciado por Trump (“primero nosotros, los Estados Unidos”). Además, Xi anunció un importante gasto en infraestructura a través de toda Asia, Europa y África, con un proceso de inversión en puentes, ferrocarriles y energía en más de 60 países (aproximadamente, un billón de dólares). Xi describió su plan como “una globalización económica abierta, inclusiva, equilibrada y beneficiosa para todos”. Se ocupó en esa oportunidad de recalcar las diferencias entre el sistema de alianzas de los Estados Unidos y la idea del comercio que él tiene desde China: “No tenemos la menor intención de formar un pequeño grupo que genere inestabilidad, sino que esperamos construir una gran familia en armoniosa coexistencia” (24).

(23) SEYERSTED, Finn, “La década del derecho internacional de Naciones Unidas”, *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, vol. IV, 1990-1991, Ed. UNC, Córdoba, 1991.

(24) China es la segunda economía del mundo por volumen de PIB. Su PIB *per capita*, en 2018, fue de 8.263

La situación está lejos del deseable equilibrio de poder entre los Estados Unidos y China que vislumbrara Kissinger con elementos de cooperación y asociación para hacer frente a las crisis mundiales (25).

La pandemia del COVID-19 ha lesionado la cooperación internacional entre los dos grandes bloques del mundo y, aun cuando en una primera instancia superficial pueda verse un avance de disposición solidaria desde los Estados de “izquierda” hacia los de “derecha” —tal como lo señaláramos precedentemente—, es muy probable que sea una mera estrategia de ascenso en la consideración política y el blanqueamiento del estigma que por décadas ha importado ser un Estado totalitario.

La publicación periódica estadounidense *Foreign Policy* (26) convocó a doce pensadores relevantes del mundo de distintas posiciones político-ideológicas a expresar sus predicciones para el orden global post COVID-19. Entre ellos, Stephen M. Walt (“A world less open, prosperous, and free”), quien considera que la pandemia fortalecerá a los Estados en detrimento de la cooperación internacional, acelerando el cambio de poder e influencia de Oeste a Este. Entiende que Corea del Sur y Singapur (incluso

euros, con el que se sitúa en el puesto 73 del *ranking* mundial. Tiene bajo índice de desarrollo humano (puesto 86 del *ranking* mundial elaborado por las Naciones Unidas), si bien —por el número de pobladores— tiene el consumo interno más alto del mundo. Se encuentra en el puesto 46 de los 190 que conforman el *ranking* “Doing Business”, que clasifica a los países según la facilidad que ofrecen para hacer negocios. En cuanto al índice de percepción de la corrupción del sector público en China, se encuentra en el puesto 87 del *ranking* de percepción de corrupción formado por 180 países. EE.UU. es la primera economía mundial. Su PIB *per capita* en 2019 ha sido de 58.469 euros. En cuanto al índice de desarrollo humano, está en el puesto 13 mundial. En el *ranking* “Doing Business”, está en el puesto 8 mundial. En el índice de percepción de la corrupción del sector público se halla en el puesto 22 (<https://datosmacro.expansion.com/paises>, consulta: 05/05/2020).

(25) KISSINGER, Henry A., “The future of US-Chinese relations: Conflict is a choice, not a necessity”, *Foreign Affairs*, vol. 91, nro. 2, ps. 44-55.

(26) “How the world will look after the coronavirus pandemic”, *Foreign Policy* del 20/03/2020, <https://foreignpolicy.com/2020/03/20/world-order-after-coronavirus-pandemic/>.

China, tras el primer momento) han respondido mejor que Europa y América frente a la pandemia, empañando aún más el aura de la “marca” occidental. Estima que aumentará la naturaleza conflictiva de la política mundial. La pandemia del COVID-19, al igual que las plagas anteriores, no pondrá fin a la rivalidad de las grandes potencias ni marcará el comienzo de una nueva era de cooperación global. Por el contrario, habrá un retroceso de la globalización (27), a medida que los ciudadanos, los Estados y las empresas busquen reducir vulnerabilidades futuras. Considera que surgirá un mundo menos abierto, menos próspero y libre.

En similar sentido, Laurie Garrett (28) anuncia una nueva y dramática etapa en el capitalismo global. Ello, atento a que, para el sistema financiero y económico del mundo, las cadenas de suministro y las redes de distribución globales son profundamente vulnerables a las interrupciones. Por lo tanto, la pandemia de coronavirus no solo tendrá efectos económicos duraderos, sino que conducirá a un cambio fundamental de comportamientos. La globalización permitió a las empresas cultivar la fabricación en todo el mundo y entregar sus productos a los mercados “justo a tiempo”, evitando los costos de almacenamiento. Los productos que llegaron a almacenarse en los estantes solo unos pocos días antes del COVID-19 se consideraban fallas del mercado. COVID-19 ha demostrado que los patógenos no solo pueden infectar a las personas, sino que también pueden envenenar todo el sistema económico y financiero. Considera que, dada la escala de pérdidas en el mercado financiero que el mundo ha experimentado desde febrero, es probable que las empresas salgan de la pandemia atemorizadas del modelo

(27) Robert Niblett estima que la pandemia de coronavirus podría ser la gota que colme el vaso de la globalización económica. COVID-19 está obligando a los gobiernos, las empresas y las sociedades a fortalecer su capacidad para hacer frente a períodos prolongados de autoaislamiento económico, situación lejana de la percepción de la globalización mutuamente beneficiosa de principios del siglo XXI (NIBLETT, Robert, “The end of globalization as we know it”, *ibidem*). Por su parte, Kishore Mahbubani considera que se acelerará el rol predominante de China frente a los EE.UU. (MAHBUBANI, Kishore, “A more China-centric globalization”, *ibidem*).

(28) GARRET, Laurie, “A dramatic new stage in global capitalism”, *ibidem*.

“justo a tiempo” y sobre la producción dispersa a nivel mundial. El resultado podría ser una nueva etapa en la que las cadenas de suministro se acercan a casa y se llenan de excedentes para protegerse contra futuras interrupciones. Eso puede reducir las ganancias a corto plazo de las empresas, pero hará que todo el sistema sea más resistente. Ese “volverse hacia adentro” también es percibido por Richard Haass (29), quien anticipa mayores movimientos hacia la autosuficiencia selectiva (desacoplamiento), dada la vulnerabilidad de la cadena de suministro. También augura una oposición aún mayor a la inmigración a gran escala; y una menor disposición o compromiso para abordar problemas regionales o globales (incluido el cambio climático), dada la necesidad percibida de dedicar recursos para reconstruir la propia casa y enfrentar las consecuencias económicas de la crisis. Cree que muchos países tendrán dificultades para recuperarse, con debilidad estatal y Estados fallidos cada vez más frecuentes. Considera que la crisis probablemente contribuirá al deterioro continuo de las relaciones sino-americanas y al debilitamiento de la integración europea.

Kori Schake (30) ha señalado que Estados Unidos ha reprobado la prueba de liderazgo y ya no será visto como Estado líder internacional, debido a su estrecho interés propio y a la incompetencia de su gobierno. Los efectos globales de esta pandemia podrían haberse atenuado en gran medida si hubiese actuado a tiempo, haciendo que las organizaciones internacionales brinden más información, lo que habría dado a los gobiernos tiempo para preparar y dirigir los recursos hacia donde más se necesitaban. Eso es algo que Estados Unidos podría haber organizado y no lo hizo.

Recuerda Joseph Nye Jr. (31) que el poder estadounidense necesitará una nueva estrategia.

(29) HAASS, Richard N., “More failed States”, *ibidem*.

(30) SCHAKE, Kori, “The United States has failed the leadership test”, *ibidem*.

(31) NYE, Joseph S. (Jr.), “American power will need a new strategy”, *ibidem* (v. también, del mismo autor, <https://foreignpolicy.com/2020/05/06/trump-coronavirus-pandemic-origin-theory-wuhan-laboratory-beijing-backlash/>).

Percibe que la estrategia de seguridad nacional estadounidense se ha mostrado inadecuada para el COVID-19, ya que nadie puede proteger su seguridad actuando solo, menos si pretende ser una potencia mundial. Señala que la clave del éxito es aprender la importancia del “poder con los demás”. Cada país —obviamente— pone su interés nacional primero. La pregunta determinante es qué tan amplia o estrechamente se define ese interés.

John Allen (32) considera que —como siempre— la historia será escrita por los “vencedores” de la crisis COVID-19. Cada nación y, cada vez más, cada individuo están experimentando la tensión social de esta enfermedad. Inevitablemente, aquellas naciones que perseveren, tanto en virtud de sus sistemas políticos y económicos como desde una perspectiva de salud pública, reclamarán el éxito sobre aquellos que experimenten un resultado más devastador. Para algunos, el éxito en el tratamiento de la pandemia será visto como un gran y definitivo triunfo para la democracia y el multilateralismo. Para otros, mostrará los claros “beneficios” de un gobierno autoritario con fuerte capacidad de decisión. De cualquier manera, la crisis del coronavirus reorganizará la estructura de poder internacional. Supone que COVID-19 continuará deprimiendo la actividad económica e incrementará la tensión entre países. A largo plazo, la pandemia probablemente reducirá significativamente la capacidad productiva de la economía global, lo que podrá ser especialmente grave para las naciones en desarrollo y otras con una gran proporción de trabajadores económicamente vulnerables. El sistema internacional se verá sometido a una gran presión, lo que provocará inestabilidad y conflictos generalizados dentro y entre los países.

John Ikenberry se muestra más optimista con relación a las democracias occidentales y, si bien cree que los nacionalistas y antiglobalistas, los halcones de China e incluso los internacionalistas liberales verán en una primera etapa — cada uno desde su posición— nuevas pruebas de la urgencia de fortalecer en la vida real sus puntos de vista, las democracias saldrán de su caparazón para encontrar un nuevo tipo de in-

(32) ALLEN, John, “The history of COVID-19 will be written by the victors”, *ibidem*.

ternacionalismo pragmático y protector, al impulso de una secuencia de reacciones ante la sensación de vulnerabilidad en cascada sufrida durante la pandemia (33).

En visión aún más optimista con relación a las enseñanzas que dejará la pandemia, Shivshankar Menon (34) señala que, si bien todavía es temprano para efectuar afirmaciones confiables, aparecen tres tendencias. Primero, la pandemia de coronavirus cambiará la política tanto dentro de los Estados como entre ellos. Es al poder del gobierno al que las sociedades, incluso los libertarios, han recurrido. El relativo éxito del gobierno en superar la pandemia y sus efectos económicos exacerbarán o disminuirán los problemas de seguridad y la reciente polarización dentro de las sociedades. De cualquier manera, el gobierno “ha vuelto”. La experiencia hasta ahora muestra que los autoritarios —totalitarios y/o populistas— no son mejores para manejar la pandemia. De hecho, los países que respondieron temprana y exitosamente, como Corea y Taiwán, han sido democracias, no Estados dirigidos por líderes populistas o autoritarios. Segundo, la pandemia, en sí misma, es prueba de nuestra interdependencia, aun cuando se observe que ya hay un giro hacia adentro. Ello nos ha de llevar —al menos por un tiempo— a un mundo más pobre, más desconfiado y pequeño. Tercero, hay signos de esperanza y buen tino: India tomó la iniciativa de convocar una videoconferencia de todos los líderes del sur de Asia para elaborar una respuesta regional común a la amenaza. El autor concluye que, si la pandemia nos sorprende al reconocer nuestro verdadero interés en cooperar multilateralmente en los grandes problemas mundiales, habrá servido para un propósito útil.

---

(33) IKENBERRY, John, “Democracies will come out of their shell”, *ibidem*.

(34) MENON, Shivshankar, “This pandemic can serve a useful purpose”, *ibidem*.

Nicholas Burns (35), con una visión superadora, destaca el poder del espíritu humano en los distintos países. Tras hacer presente que la pandemia de COVID-19 es la mayor crisis mundial de este siglo, con una profundidad y escala enormes; que la crisis de salud pública amenaza a todos y cada uno de los 7,8 mil millones de habitantes de la Tierra, lo que equivale a un sismo que puede cambiar permanentemente el sistema internacional y el equilibrio de poder tal como lo conocemos; que la colaboración internacional ha sido insuficiente; etc., hace presente —echando luz a la crisis— que en todos los países se han dado ejemplos del poder desintelectado del espíritu humano: médicos, enfermeras, ciudadanos comunes que han demostrado resistencia, efectividad y liderazgo, proporcionando esperanza de que hombres y mujeres de todo el mundo puedan afrontar con su capacidad de resiliencia y creatividad la hecatombe del COVID-19.

Las argumentaciones catastrofistas desde las “izquierdas” y las “derechas” sobre el peligro que importaría para los primeros una expansión internacional del modelo capitalista, o de un autoritarismo totalitario para los segundos, han puesto en evidencia que vuelven a resurgir las crispaciones que habían sido propias de la Guerra Fría, mostrando enfrentamientos a través de la voz de gobernantes, politólogos, relacionistas y comunicadores. Ello seguramente se agravará tras la pandemia, cuando las lesiones a nivel económico y social se comiencen a sufrir y se necesite buscar salidas alejadas de los modelos de la era expansiva de la globalización. Tal vez más que nunca, la hermosa visión de Nicholas Burns, que pone sus esperanzas en el poder del espíritu humano, en la capacidad de resiliencia, de creatividad, de solidaridad de los individuos, se vuelva más necesaria para escapar a las matrices ideológicas ya anquilosadas y en perpetuo conflicto, que más de una vez en la historia han puesto a la humanidad en el camino de la destrucción.

---

(35) BURNS, Nicholas, “We see the power of the human spirit”, *ibidem*.

# HISTORIA DEL DERECHO, BIOÉTICA Y SOCIOLOGÍA

---



# La pandemia de SARS-CoV-2 como acontecimiento histórico y una postulación de responsabilidad

Armando S. Andruet (h.)<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. ¿Estamos frente a un nuevo tiempo histórico?— II. Una escena insospechada en un futuro desafiante.— III. ¿Cuánta responsabilidad nos cabe, como especie humana, por lo sucedido?

## I. ¿Estamos frente a un nuevo tiempo histórico?

Acorde al título que ha convocado para la escritura a varios de los integrantes de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tenemos para nosotros que las perspectivas para ello son por demás abiertas y que no se cierran a una aportación que excluyentemente canalice una perspectiva jurídica. En realidad, el derecho es cosa mundana y las normas ritualizan cuestiones con el mayor sentido común, pero, en rigor, son pocas las cuestiones en donde el derecho de una u otra manera no ingrese; por lo tanto, siendo tan variopinto el conjunto de temáticas y cuestiones a ser atendidas por la ciencia del derecho, mientras más perspectivas existan para el adecuado abordaje de las normas y su inevitable práctica interpretativa y argumentativa, sin duda el resultado será de una mejor calidad.

Por ello, nuestro abordaje no estará por lo pronto centrado en normas; tampoco en doctrinas jurídicas y/o jurisprudencia que puedan o no ser aplicables al fenómeno infeccioso y pandémico en el cual nos encontramos inmersos, como es el del SARS-CoV-2, un nuevo

coronavirus —un virus, y no una bacteria— que genera una enfermedad catalogada bajo el nombre de COVID-19, que causa primariamente una infección respiratoria; esta puede presentarse como un resfrío, en algunos casos, y en otros —combinada generalmente con comorbilidades preexistentes— puede llegar a la muerte del enfermo (1).

Siempre hemos creído que, de la misma manera en que la valiosa Escuela de la Exégesis fue perdiendo vigencia y autoridad normativa en la medida en que no podía estar dando respuestas actuales a los problemas que la sociedad como tal traía al espacio de lo jurídico-judicial, por lo cual debió ceder su predominio científico a modelos más acordes con aquella realidad de finales del siglo XIX, como eran los aires de la llamada Escuela Sociológica o Teleológica, hoy se corre un riesgo análogo en tanto el derecho como disciplina no se deje auxiliar por colaboraciones epistemológicas de otras ramas del saber, que impactan de gran modo en la construcción de las normas y también en la forma de resolver los problemas.

El derecho moderno solo podrá seguir siendo valioso para la sociedad —que no es lo mismo que decir “necesario”, puesto que siempre lo será— en cuanto se abra a otros campos disci-

---

(\*) Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director del Instituto de Filosofía del Derecho y Derecho Judicial. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Médicas de Córdoba.

---

(1) Disponible en <https://www.thelancet.com/journals/lanres/article/PIIS2213-260030165-X/fulltext#backbib8>, última consulta: 20/05/2020.

plinares para ver también, desde los nombrados horizontes, los problemas en los que le corresponde intervenir. Entendemos que los juristas, académicos, abogados, profesores y jueces, entre otros, sientan una pulsión irrefrenable por el mundo del derecho como un mundo de normas, como bien podría invocar Norberto Bobbio, pero ellas son solo una decantación del mundo real, que es atravesado por una innumerable cantidad de factores, que van desde lo científico a lo moral, pasando por lo religioso y lo doméstico.

En ese convencimiento, queremos hacer ahora aportes que tienen una genealogía en lecturas que son atravesadas por la filosofía moral, la historia de la medicina y la bioética, puesto que dichas perspectivas tienen una relevancia insospechada para el tópico que nos convoca y permiten visualizar otras lateralidades —vecindades, cercanías—, además de los excelentes aportes que se vienen formulando desde lo que podemos nombrar como la ortodoxia de la doctrina, en temas de un “derecho desestabilizado” por la intromisión de un agente pandémico —sanitariamente hablando—, que, de futuro, muy probablemente se instale endémicamente en el derecho. Con ello decimos que las consecuencias de la pandemia sanitaria son de tal envergadura en todos los espacios biográficos de las personas que muy probablemente aquella se convierta en una afectación endémica al derecho y, por lo tanto, confundirá lo estable de los sistemas jurídicos con lo mutable que, en él, ha dejado la enfermedad (2).

---

(2) Recordamos, a los efectos de la mejor comprensión de lo anterior, que los vocablos “epidemia”, “endemia” y “pandemia” tienen todos ellos una raíz común griega, que se vincula con *demós* —pueblo, población—. De allí que con diferentes prefijos se construyan estas tres palabras. En cuanto al prefijo *epi-*, si bien en griego tiene también diversas acepciones, la más frecuente se relaciona con “sobre”, “por encima de”; por ello, cuando se habla de una enfermedad como “epidemia” es porque su característica es que aparece y desaparece, y durante muchos siglos aquellas no tenían explicación alguna. Luego, es “pandémica” cuando se generaliza, y por ello el prefijo “pan”; y luego, las enfermedades “endémicas” son aquellas que resultan estables en un lugar, para un colectivo de individuos. Con el pensamiento hipocrático, el concepto de “epidemia” será apropiado exclusivamente por la medicina, en el sentido de enfermedad “que circula o se propaga por una población”. Se puede consultar en detalle el exquisito trabajo de PINO CAMPOS,

Las soluciones que los sistemas jurídicos formulan en general transitan la línea del derecho de emergencia o de excepcionalidad, puesto que son los instrumentos útiles y disponibles mediante los cuales se coloniza el “derecho estable” con institutos provisorios para resolver las cuestiones de los derechos de los particulares que se han visto profundamente alterados por la pandemia. En nuestra opinión, si se pensara el problema con una perspectiva más amplia que la puramente normativa y de instrumentos jurídicos, sería posible y transitable una vía de *derecho transicional* que abarcara con menos mixturas los resultados. Con ello se podría evitar la coexistencia de institutos del derecho estable con aquello mutable. La idea de un modelo transicional es convertir lo mutable en estable durante una temporalidad acotada; pero, naturalmente, para semejante empresa, las miradas sobre el fenómeno jurídico deben ser más amplias que las que habitualmente se tienen, y algunas de ellas son las que proponemos ahora para la reflexión.

La enfermedad de COVID-19 —tal como la totalidad de la literatura científica lo ha señalado— ha sido generada por un virus que es muy corriente y existe en muchas especies animales, pero que, sin embargo, raramente afecta a los humanos. Ello de todas maneras se puede producir por un conjunto heterogéneo de razones, algunas de naturaleza físico-animal, otras de naturaleza humana (contagio), biológica o ecológica; todas ellas estarían ubicadas en una etiología no voluntaria. Podría haber también una etiología voluntaria de la trasmisión del virus a los hombres, que, por lógica, debería ser cumplida por otros hombres, o sea, hablamos de una infección socialmente inducida —tal como conocemos, ello fue corriente en la Antigüedad—.

Así, cuando las ciudades se defendían con murallas y los ejércitos enemigos no podían abatir sus puertas, las catapultas, en vez de arrojar grandes bolas de piedra, lanzaban cadáveres de apestosos, para provocar con ello contagios y vencer a sus enemigos. El caso más célebre y

---

Luis M. — HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Justo P., “En torno al significado original del vocablo griego *epidemia* y su identificación con el latino *pestis*”, *Dynamis*, nro. 28, 2008, ps. 199-215, disponible en <http://scielo.isciii.es/pdf/dyn/v28/09.pdf>, última consulta: 22/05/2020.

—según se cree— el primero de la historia fue el sitio de Caffa —hoy Feodosia— en la península de Crimea, que era ocupada por los genoveses, quienes fueron atacados y expulsados por mongoles y venecianos por medio de dicho mecanismo bélico-biológico. Los genoveses que pudieron escapar luego de la derrota en 1347 —se supone— fueron, a su regreso a Génova, los principales promotores del contagio (3).

El COVID-19, o coronavirus 2019-nCov, es el séptimo coronavirus detectado, y se corresponde con una nueva cepa del mismo virus (4).

(3) La descripción más famosa de ello, que fue prácticamente contemporánea de los hechos, la hizo Gabriel de Mussis, un notario de Piacenza, en su *Istoria de Morbo sive quae fuit mortalitate quae fuit anno Dei MCCCXLVIII —Historia de la enfermedad o la Gran Mortandad del año del Señor 1348—*, y lo cuenta así: “En vista de ello, los tártaros, agotados por aquella enfermedad pestilencial y derribados por todas partes como golpeados por un rayo, al comprobar que perecían sin remedio, ordenaron colocar los cadáveres sobre las máquinas de asedio y lanzarlos a la ciudad de Caffa. Así pues, los cuerpos de los muertos fueron arrojados por encima de las murallas, por lo que los cristianos, a pesar de haberse llevado el mayor número de muertos posible y haberlos arrojado al mar, no pudieron ocultarse ni protegerse de aquel peligro. Pronto se infectó todo el aire y se envenenó el agua, y se desarrolló tal pestilencia que apenas consiguió escapar uno de cada mil” (LEMA, 2012, ps. 31 y ss.).

(4) El artículo firmado por David Cyranoski en la revista *Nature* ofrece una descripción bastante completa de cómo funciona el SARS-CoV-2, de dónde vino y qué podría hacer. A modo de síntesis, apuntamos que se comenzaron a estudiar, en las veterinarias, gatos con altas temperaturas, pollos con bronquitis y cerdos con una enfermedad intestinal. Ello permitió vincular dichos patógenos, reconocidos de ese modo desde 1912. Recién en 1960, en Inglaterra, se logró aislar dos virus con estructuras en formas de corona que causaban resfríos comunes en los humanos. En 1968 se los nombró como “coronavirus”. Frente al COVID-19, se reconoce que la evidencia genética sugiere que aquellos se han estado ocultando en la naturaleza durante décadas. “De los virus que atacan a los humanos, los coronavirus son grandes. Con 125 nanómetros de diámetro, también son relativamente grandes para los virus que usan ARN para replicarse, el grupo que representa la mayoría de las enfermedades emergentes. Pero los coronavirus realmente se destacan por sus genomas. Con 30.000 bases genéticas, los coronavirus tienen los genomas más grandes de todos los virus de ARN. Sus genomas son más de tres veces más grandes que los del VIH y la hepatitis C, y más del doble de los de la gripe”. CYRANOSKI, David, “Profile of a killer: the complex biology powering the coronavirus pandemic”, *Nature* del 04/05/2020, nro. 581, ps. 22-26, disponible en <https://>

Este, tal como hemos experimentado y lo estamos haciendo todos nosotros, ha impactado de una manera tan extraordinaria sobre nuestras relaciones jurídico-sociales, como también familiares, morales, religiosas y ecológicas, que gran parte del planeta se pregunta atónito por lo acontecido. Además, ha despertado innegables preocupaciones, que van desde lo económico hasta otras cuestiones verdaderamente trascendentes y metafísicas. Se trata, sin duda alguna, de aquellas circunstancias que —con gran agudeza— el filósofo y también médico Karl Jaspers indicara como “situaciones límites”, en razón de que ellas son situaciones fundamentales de nuestra existencia, “son situaciones de las que no podemos salir y que no podemos alterar [...]. Las situaciones límites —la muerte, el acaso, la culpa y la desconfianza que despierta el mundo— me enseñan lo que es fracasar” (5).

El hombre contemporáneo —que hace vuelos interplanetarios, que ha descubierto la microfísica de la vida, que ha superado a la naturaleza en artefactos—, ha sentido material y espiritualmente —como dimensión filosófica— su fracaso, no por la aparición de la enfermedad —que podía ser más o menos previsible—, sino por su imposibilidad de contenerla y domeñarla, como lo ha hecho con tantas otras cuestiones. En rigor, es el tiempo del suceso —cinco meses, aproximadamente— lo que mide la entidad del fracaso.

La pandemia de COVID-19, a fin de cuentas, nos ha colocado en una realidad que el hombre posmoderno todavía no se había detenido a considerar como posibilidad, toda vez que su realización prometeica no le permitía considerar una variable tan lejana y, a la vez, tan incontrolable (6).

[www.nature.com/articles/d41586-020-01315-7?WT.ec\\_id=NATURE-20200507&utm\\_source=nature\\_etoc&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=20200507&sap-outbound-id=EABC6D452995590FFFE91F2CA07AF844E95DE895](https://www.nature.com/articles/d41586-020-01315-7?WT.ec_id=NATURE-20200507&utm_source=nature_etoc&utm_medium=email&utm_campaign=20200507&sap-outbound-id=EABC6D452995590FFFE91F2CA07AF844E95DE895), última visita: 28/04/2020.

(5) JASPERS, Karl, “La filosofía”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1978, ps. 17 y ss.

(6) Sin embargo, también debemos advertir que, para un número importante de especialistas en enfermedades infecciosas, epidemiología y demografía histórica, ellas suponían una latencia que posibilitaba un suceso como el actual; en efecto, para toda la comunidad científica, el

Sin embargo, será el calendario del año 2020 el que marcará significativamente que algo muy complejo ha ocurrido a nivel global. En nuestro parecer —y lo anticipamos en una contribución anterior— (7), lo sucedido ha sido tan severo que bien autoriza a pensar que el acontecimiento de la pandemia de COVID-19 es verdaderamente el hecho histórico —que ha llamado la atención de todos, porque a ninguno ha dejado de alcanzar— que, como tal, vendrá a señalar un cambio de época. Muchos creíamos que ya habíamos ingresado en ella luego de la caída del Muro de Berlín en 1989, con la tesis del final de las ideologías luego de concluida la Guerra Fría (8), y que, así, no solo dejaríamos el espacio de la discusión de meras ideologías entre liberalismo y comunismo, sino que ingresaríamos en una secuencia de la lucha religiosa global entre Oriente y Occidente, que se presentaba, a su vez, como la tensión entre los principales bloques culturales homogéneos y que se diera en llamar “choque de civilizaciones” (9).

La tesis nombrada al final de alguna manera se vería coronada años después, en el 2001, con el atentado a las Torres Gemelas, siendo en rigor dichos elementos suficientes para señalar el inicio —al menos— del nuevo siglo XXI; otros autores indicarán que aquellos registros son los adecuados, junto con otros, fundamentalmente asentados en las tecnologías de la comunicación: mundos virtuales, realidad aumentada, transformaciones digitales, etc.; señalan, en función de todos ellos, que asistimos a un cam-

conocido tópico de la “unificación microbiana” se había consolidado como tal en el arco histórico que corre entre los siglos XIV y XVII. Ello fue lo que llevó a que uno de los principales sostenedores de la tesis, Emmanuel Le Roy Ladurie, dijera que, con América descubierta, las enfermedades fueron las primeras realizaciones que verdaderamente se globalizaron (LE ROY LADURIE, 1988).

(7) ANDRUET, Armando, “Acerca de la pandemia posmoderna. Un nuevo período histórico”, disponible en <https://comercioyjusticia.info/blog/opinion/acerca-de-la-pandemia-posmoderna-un-nuevo-periodo-historico/>, última visita: 06/05/2020.

(8) FUKUYAMA, Francis, “El final de la historia y el último hombre”, Ed. Planeta, Madrid, 1992.

(9) HUNTINGTON, Samuel, “El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial”, Ed. Paidós, Barcelona, 2005.

bio de período civilizatorio, lo cual es todavía más complejo.

Sin embargo, en nuestro parecer, y siendo un tanto más rigurosos con los criterios historiográficos clásicos —y para lo cual la referencia a Hans Spangenberg es casi obligada (10)—, destacamos que es muy probable que en este tiempo que cursamos estemos siendo protagonistas de alguno de los elementos centrales que, como tales, nos posicionan, no meramente en el siglo en el cual ya estamos, sino propiamente en los pliegues de un nuevo período histórico (11); para ello indicamos que no es solo el acontecimiento pandémico el que, como tal, lo califica, sino también los nombrados antes y algunos otros que habrán de emerger con mucha energía después de la enfermedad del COVID-19. Estos elementos instalarán una puja por el poder mundial, en términos de crisis y por la existencia de conflictos amenazadores, aunque estos no estarán necesariamente asociados a guerras, sino a las diferentes transformaciones culturales que los grupos civilizatorios pospandémicos habrán de producir —altamente influenciadas estas posiciones por presencias del pensamiento ecologista no fundamentalista y orientadas bajo un concepto de ética mundial (12)—; como tales, intentarán promover respuestas al colapso mundial por la pandemia y orientar caminos, para evitar una

(10) HUIZINGA, Johan, “El concepto de la historia y otros ensayos”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1946, p. 76.

(11) Se ha referido modernamente a dicho aspecto el conocido historiador Yuval N. Harari, en una reciente entrevista periodística para la agencia alemana de noticias, indicando que el COVID-19 habrá de ser considerado como un punto de inflexión en la historia del siglo XXI. Disponible en <https://www.dw.com/es/coronavirus-el-mayor-peligro-no-es-el-virus-en-s%C3%AD-sino-los-odios-que-surgen/a-53225736>, última visita: 18/05/2020.

(12) La reconocida autoridad de Hans Küng, promotor de un proyecto mundial de ética, indica: “En otras palabras, necesitamos una reflexión sobre el talante ético, sobre el comportamiento moral del hombre; necesitamos la ética, la doctrina filosófica o teológica sobre los valores y las normas que han de regir nuestros proyectos y acciones. La crisis debe ser una oportunidad, y el ‘reto’ puede dar paso a la ‘respuesta’. Pero una respuesta desde lo negativo no bastaría, si no queremos que la ética degenerare en una técnica de parcheo de deficiencias y debilidades” (KÜNG, Hans, 1994, p. 43).

reiteración todavía más severa de alguna otra enfermedad o alguna otra cuestión más seria.

Y, frente a ellos, se abroquelarán los núcleos más concentrados del capitalismo salvaje —podríamos denominarlos ultraliberales— (13), que están muy lejos de la moralidad de los auténticos liberales (14). Así, los ultraliberales seguirán firmes en desarrollos semejantes a aquellos a los que estaban consagrados antes del 2020, sosteniendo, al fin de cuentas, que el consumo —que, si es desenfrenado, resulta mejor— es el auténtico motor del planeta. Con todo ello por delante, quizás se pueda decir que allí estará ese nuevo período de la historia, que será nombrado de diversas maneras; a nuestro parecer, es satisfactorio —para seguir con los modos historiográficos generales— llamarlo “período poscontemporáneo”.

En este orden, debemos señalar que no sería la primera ocasión en que una enfermedad con características de pandemia tiene la capacidad de señalar ya sea el inicio y/o la conclusión de un siglo o incluso cambios de períodos históricos. Basta con recordar que la epidemia de gripe de 1818-1820, injustamente nombrada como “Española” y que dejó el saldo trágico de al menos 50 millones de muertos, juntamente con la iniciación de la Primera Guerra Mundial en el año 1914, para muchos indican el comienzo del siglo XX. Por otra parte, también fue la “Gran Peste” o “Peste Negra” de 1346, que asoló a Europa y al resto del mundo en manera intermitente pero grave al menos hasta mediados del siglo XIX, la que, junto con otros acontecimientos significativos —por caso: descubrimiento de América en 1492, invención de la imprenta

1440, caída del Imperio Romano de Oriente en 1453— marcaría la finalización de la Edad Media y daría lugar al tránsito a la Modernidad, previo paso por el Renacimiento.

Es evidente que no participamos de ninguna tesis que asimile cada uno de los períodos de la historia con una división exacta o más o menos exacta de fechas y acontecimientos; en realidad, siempre es un archipiélago de sucesos y acontecimientos que se extienden en un período temporal, que solo cuando son mirados en conjunto permiten acercar un criterio de transformación; a esto también hay que agregar que no se nos escapa que ello nunca es sincrónico, sino —por defecto— asincrónico, esto es, la sociedad en general que vivencia los hechos no tiene clara conciencia de que ellos están insinuando un cambio de época. Sin embargo, la naturaleza de tal envergadura del hecho pandémico —que ha arrojado por la borda miles de vidas humanas, empresas, puestos de trabajo, relaciones humanas— nos permite salir del castigo de Sísifo en que coloca Pierre Bourdieu a los científicos sociales cuando tienen que reflexionar sobre acontecimientos que acaban de suceder (15).

Ello también debería tenerse suficientemente en cuenta cuando se estudien los efectos de la pandemia del COVID-19, que se habrán de extender por varios lustros después de su aparición; con lo cual, el propio paradigma que estará definiendo el cambio de época o período demandará una buena cantidad de años para terminar de ser asimilado globalmente.

Lo único cierto es que ningún otro suceso ha tenido la gravitación global en Oriente y Occidente, en el hemisferio sur o norte, en países desarrollados o en vías de desarrollo, y también en los intersticios más íntimos de las per-

(13) Anota André Comte-Sponville: “Se puede llamar liberal a todo pensamiento favorable a la libertad del mercado (liberalismo económico) y a las libertades individuales (liberalismo político). Esto no excluye, sino que supone, al contrario, algunas intervenciones del Estado, incluso, en este caso, en la esfera económica. Así en Adam Smith o Turgot. Y se puede llamar ultraliberal, por contraste, todo pensamiento que pretende reducir el papel del Estado al estricto mínimo (sus funciones reales: justicia, política y diplomacia), lo que implica que se abstenga de cualquier intervención en la economía. Así, en Frederic Bastiat o Milton Friedman” (COMTE-SPONVILLE, André, 2008, p. 148).

(14) BERKOWITZ, Peter, “El liberalismo y la virtud”, Ed. Andrés Bello, Barcelona, 2001.

(15) Señala el citado: “Una de las razones del retraso de las ciencias sociales, incesantemente expuestas a una regresión hacia el ensayismo, es que las oportunidades de obtener un éxito puramente mundano, ligado al interés de actualidad, disminuyen a medida que aumenta el tiempo invertido en el trabajo científico, condición necesaria, aunque no suficiente, de la calidad científica del producto. El investigador no consigue llegar sino después de la fiesta, cuando ya se han apagado las luminarias y se han retirado los caballetes, y con un producto que ya no tiene ninguno de los encantos del *impromptu*” (BOURDIEU, Pierre, 2014, p. 208).

sonas, como la producida por la pandemia del COVID-19. Una buena prueba de ello —y que es punto de anclaje de los ecologistas ya en este momento— es que durante los cinco meses que en términos generales lleva la enfermedad se han producido, como efectos no pretendidos, remediaciones ambientales extraordinarias, y que si bien no se trata de insinuar con ello que el mundo deba vivir globalmente en cuarentena para poder conservarlo en un rango similar, se lo advierte para señalar que es razonable suponer que se deberían tomar algunos criterios para no volver a destruir rápidamente lo alcanzado.

Lo cierto es que se ha producido inesperadamente un ejercicio del principio de responsabilidad, sin otra acción que el mismo desorden biológico-sanitario con el cual el hombre ha colaborado activamente (16), y parece demasiado tonto no intentar alguna práctica para conservarlo en cuanto sea posible, sin con ello entorpecer severamente un modo normal de vivir para una ciudadanía adulta del siglo XXI; por ello, poner en práctica algunas vías operativas no resulta cuestionable dentro del sentido común (17). Todo ello se resume, al fin de cuentas, en encontrar la manera de vivir en un planeta con comportamientos más razonables desde la perspectiva del consumo en general (18).

Está fuera de cualquier discusión que el consumo que en general todos hacemos de bienes y servicios nos proporciona, en buena medida,

---

(16) JONAS, Hans, “El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica”, Ed. Herder, Barcelona, 1995.

(17) En este orden, nos parecen muy disparadoras las consideraciones que Hans Küng realiza bajo el registro de “exigencias posmodernas”, que, combinadas con algunas virtudes clásicas y también con modernas consideraciones de un republicanismo bien comprendido, serían una orientación operativa muy atendible. Enumeramos las indicadas a título ilustrativo y sin desarrollar cada una de ellas: 1) no solo libertad, sino también justicia, 2) no solo igualdad, sino también pluralismo, 3) no solo fraternidad, sino también hermandad, 4) no solo coexistencia, sino también paz, 5) no solo productividad, sino también solidaridad con el medio ambiente, 6) no solo tolerancia, sino también ecumenismo (KÜNG, Hans, 1994, ps. 89-91).

(18) CORTINA, Adela, “Por una ética del consumo”, Ed. Taurus, Madrid, 2002, ps. 233 y ss.

inmensas satisfacciones y resuelve innumerables problemas; sin embargo, no se visualizan al mismo tiempo en manera clara e inequívoca los daños que también siembran muchas de las acciones que con tanta satisfacción realizamos. Por ello, promocionar como posible la merma en el consumo general, a la luz de lo que han demostrado fácticamente estos meses de cuarentena cuasi global, y sin ingresar en exigencias desmesuradas, ayudaría de buena manera a la sociedad mundial (19). Desearíamos, como proyectos de vida más razonables, que —concluida la pandemia y en igualdad de opciones— las personas, en vez de escapar a los *shopping centers* a pasear, fueran a un parque a caminar.

Con estas cuestiones como telón de fondo, concluida la pandemia e iniciado el camino reflexivo de algunos y la toma de posesión de las fuentes productivas de bienes y servicios de otros, es muy probable que la mayor centralidad de los conflictos quede exteriorizada en un innumerable conjunto de acontecimientos que, tarde o temprano, habrán de evidenciar en la discusión lo que está en el centro de ella y que es el verdadero desafío cultural de las próximas décadas, que pasará —en nuestro parecer— por la tensión permanente entre “ecologistas razonables *vs.* consumidores voraces”, o viceversa.

Dicho lo anterior, en modo general e introductorio para un tema tan extenso, nos ocuparemos ahora solo de dos cuestiones: i) la evolutiva del escenario desde donde se presenta la enfermedad; y ii) la responsabilidad que nos corresponde como especie humana por lo sucedido con el COVID-19.

## II. Una escena insospechada en un futuro desafiante

A los fines de embarcarnos en el camino de respuestas a los interrogantes formulados en el apartado anterior, partamos por reconocer que el hombre, como sujeto impersonal que atraviesa las fronteras del siglo XX al XXI, había logrado más que ningún otro en toda la historia de la humanidad ponerse cerca de un proyecto —que hoy bien podríamos nombrar— de natu-

---

(19) BAUMAN, Zygmunt, “Mundo consumo. Ética del individuo en la aldea global”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2010.

raleza biopolítica, que se había iniciado varios siglos atrás. El mencionado proyecto al cual nos estamos refiriendo fue postulado a inicios del siglo XVII (1620) por Francis Bacon en su obra *Novum Organum*; este, condensando algunas de sus tesis principales, afirma que el desafío es el de conocer la naturaleza para luego imitarla, gobernarla y —finalmente— superarla (20). Con el tiempo, la ciencia y la técnica vendrán a alcanzar esa síntesis conjuntiva en lo tecnológico, y cada cosa que de ella resulte tendrá la sonoridad de la composición que Bacon había postulado siglos atrás.

De tal forma, hasta el momento presente, detrás de toda acción de fabricación-creación que los hombres de ciencia hacen, siempre está el insospechado objetivo de la transformación y gobernanza de la naturaleza. Esa es la materialización profesional en la cual se desenvuelven la vida del científico y toda esa pléyade de investigaciones y realizaciones de bienes y servicios que produce (21). Con esto no atacamos en modo alguno dicho obrar del científico ni abrimos juicio acerca de la moralidad de sus desarrollos, puesto que estarán aquellos que lo hacen solo por más dinero u honores, y otros que efectuarán su labor disciplinaria con una inspiración claramente cooperativa con la sociedad en su conjunto. Naturalmente, en los tiempos de una pandemia como la actual, cuando no existe vacuna alguna y ella se está intentando desarrollar, el delicado tema al que acabamos de hacer mención pasará, sin duda, por su patentamiento

(20) Referencia a la obra en el trabajo introductorio de Risieri Frondizi: “Fija Bacon con claridad el objetivo de la investigación científica cuando escribe: ‘La meta verdadera y legítima de las ciencias no es otra que la de dotar a la vida humana de nuevos inventos y recursos’. Inventos y recursos que amplíen el dominio del hombre, no sobre los demás, desde luego, si no sobre la naturaleza. Pero a la naturaleza se la domina obediéndola y para obedecerla hay que conocer sus secretos [...]. Mas si descubrimos la intrincada legislación que regla los fenómenos de la naturaleza hallaremos en otras leyes los medios para evitar las que se oponen a nuestros deseos [...]. El rápido crecimiento de la ciencia y la técnica modernas han permitido realizar la predicción de Bacon: poner la naturaleza, cada vez más, al servicio del hombre” (FRONDIZI, Risieri, 2003, p. 15).

(21) HOTTOIS, Gilbert, “La ciencia entre valores modernos y posmodernidad”, Ed. Universidad del Bosque, Bogotá, 2007.

o liberación, cuando sea finalmente discutida. Se podrán —en el caso de que la patente sea liberada de *royalties*— explorar algunos caminos que permitan satisfacer los costos del desarrollo, que —es obvio— no son bajos, pero no formalizar el solo interés por el lucro del desarrollo de la medicación.

En términos generales, creemos que los científicos —en el sentido lato que le estamos dando a la categoría— aspiran a que su labor sea un buen canal para alcanzar una sociedad de mayor plenitud y bienestar, aunque —también hay que decirlo— no será para la satisfacción de todos quienes la componen, sino solo para quienes están en condiciones de financiar su propio bienestar, pero ese ya no es un problema de los científicos. La mayor tecnología, que posibilita vivir mejor, siempre excluye a una vasta parte de la población mundial, que objetivamente se comporta menesterosa de las economías generosas ajenas.

El laborioso camino desde el siglo XVII a nuestros días, como no podría ser de otro modo, está jalonado de grandes éxitos para la ciencia y también de profundas amarguras para la humanidad, y tanto las alegrías como las penurias han sido prolijadas por el mismo lecho científico (22). Mas, para posicionarnos en lo próximo a nuestro tiempo, corresponde señalar que la gran carrera del sueño disparado por Francis Bacon quizás se sintetice en su mayor y mejor representación: el descubrimiento que hicieron tres médicos, los doctores Maurice Wilkins, James Watson y Francis Crick en 1953, cuando encontraron el funcionamiento de la estructura de la doble hélice de ADN y, con ello, se adentraron en el fantástico mundo del código de la vida del ser humano, que —naturalmente— hasta ese momento era ignorado (23).

Con ello, el hombre pudo comprender cómo se leía el desarrollo genético de la especie humana y luego podría hacerlo con cada una de las criaturas humanas, individualmente consideradas. Así fue cómo, en menos de cincuenta años

(22) SEDGWICK, William — TYLER, Harry, “Breve historia de la ciencia”, Ed. Argos, Buenos Aires, 1950.

(23) En 1962, los tres investigadores, por los mencionados estudios, recibirían el Premio Nobel de Fisiología y Medicina.

desde aquel descubrimiento absolutamente trascendental, se habrá de alcanzar un avance en dicha línea por demás significativo y evidente, como fue el descifrado completo del genoma humano (24). Poco tiempo después, en el 2010, se llegaría a la misma creación artificial de vida de un microbio que contabiliza un total de 473 genes (25). De allí en más, se habrá de producir una carrera desenfrenada de laboratorios y científicos para avanzar en dichos desarrollos. Según las informaciones que tenemos, el grupo más avanzado es el de Jason Chin (26),

(24) KELLER, Evelyn, “El siglo del gen. Cien años de pensamiento genético”, Ed. Península, Barcelona, 2002.

(25) La información relata que se “llama *Mycoplasma mycoides* JCVI-syn1.0. Es la primera célula sintética, es decir, la primera forma de vida creada de manera artificial a partir de un genoma desarrollado en el laboratorio. Es el fruto de 15 años de trabajo a cargo de un equipo de científicos estadounidenses encabezado por Craig Venter, el ‘padre del genoma humano’. El descubrimiento, promete dar un vuelco no solo en el ámbito de la biología, sino también desde un punto de vista filosófico, porque cambia la definición de la vida y su funcionamiento...” Sin embargo, también se ha apuntado: “Al margen del debate bioético, hay científicos que han puesto en duda el verdadero alcance del anuncio a cargo del equipo encabezado por Craig Venter. Es el caso del biólogo molecular y Premio Nobel David Baltimore: ‘Venter no ha creado vida, solo la ha imitado’. Una afirmación con la que coincide el ingeniero biomédico James Collins, de la Universidad de Boston, en la revista *Nature*: ‘Francamente, los científicos no saben lo suficiente acerca de la biología como para crear vida. El trabajo publicado por Venter y su equipo es un importante avance en nuestra capacidad para hacer diseño o ingeniería de organismos, pero esto no significa que fabriquemos nueva vida desde cero’”. Disponible en <https://www.du.com/es/vida-sint%C3%A9tica-comienzo-de-un-viaje-hacia-lo-desconocido/a-5600419>, última visita: 02/05/2020.

(26) Un grupo de científicos de Cambridge, en Reino Unido, creó el primer organismo vivo del mundo con un código de ADN completamente sintético. La bacteria, denominada Syn61, es una versión artificial de la bacteria *E. coli* que vive en el intestino. Su código genético fue alterado y rediseñado. El líder del equipo, Jason Chin, tiene su asiento en el mundialmente famoso Laboratorio de Biología Molecular de Cambridge. Según el doctor Chin, podría fácilmente ampliarse a genomas más grandes en cualquier laboratorio bien equipado. Señala también que la estrategia fue más cautelosa que la utilizada por el bioempresario Craig Venter, quien en 2010 diseñó la bacteria parcialmente sintética *Mycoplasma laboratorium* basada en el pequeño organismo *Mycoplasma genitalium*. Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48314272>, última visita: 02/05/2020.

que parece haber superado al anterior equipo liderado por Floyd Romesberg, quien, en 2014, había alcanzado la generación de una bacteria sin ningún elemento existente en otra bacteria anterior (27).

Con ello, sin dudas, los científicos —en el caso, biólogos moleculares— habrían alcanzado, a su modo, el resultado fantástico que Gustav Meyrink, en 1915, postuló en su obra “El Golem” —literatura que es mezcla de cabalismo y fantasía (28)— y que, por su abordaje, parece inscribirse en los designios no siempre declarados —aunque permanentes— de los grandes científicos, esto es: crear la vida. Baste con recordar que, un siglo antes de la obra indicada, Mary Shelley propuso, en su “Doctor Frankenstein o el moderno Prometeo”, el mismo concepto: el monstruo creado con residuos humanos. Luego de las de Meyrink existen otras obras famosas que se inspiran en el mismo tópico: la vocación de muchos científicos de comportarse como dioses. Así, aquello que tanta literatura mayor ha inspirado en dichas obras ha sido po-

(27) “En la edición de la publicación *Nature* del 15/05/2014, el laboratorio químico de Floyd Romesberg del Instituto de Investigación Scripps de San Diego (EE. UU.) publicó un trabajo titulado ‘Un organismo semisintético con un alfabeto genético ampliado’. El equipo de Romesberg había creado una bacteria que incorporaba bloques de construcción química que, por lo que se sabe, nunca han formado parte de ningún ser vivo de la Tierra”. Disponible en <https://www.technologyreview.es/s/5121/los-humanos-crean-vida-sintetica-pero-aun-no-saben-para-que-usarla>, última visita: 02/05/2020.

(28) “En el s. XVI, en Praga, el sabio y rabino Maharal crea un Golem por medio de la magia de la Cábala. El material es el barro. El ritual de creación involucra recitar el Génesis y evocar los misterios transmitidos de generación en generación, desde la Señal. El ritual también incluye la repetición de los Nombres que todos temen pronunciar. Se trata, por tanto, de la repetición del propio acto creador de Dios, de la emulación de la creación de Adán, el primer hombre. Al Golem, son destinadas tareas heroicas. Después, cuando el hombre de barro comienza a demostrar señales de madurez espiritual, ha llegado la hora de deshacer la magia”. Corresponde al resumen que de su artículo ha efectuado JUDENSAIDER, Ivy, disponible en [https://www.researchgate.net/publication/277274811\\_El\\_Maharal\\_y\\_la\\_creacion\\_del\\_Golem](https://www.researchgate.net/publication/277274811_El_Maharal_y_la_creacion_del_Golem), última visita: 30/04/2020. No podemos sustraernos al apunte de nuestro mayor escritor Jorge Luis Borges, en un poema que lleva este nombre, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=XY11GZQnzTE>.

sible gracias a la biología, el genoma y su desciframiento.

Con los logros de los médicos galardonados con el Nobel de Fisiología todo parecía indicar la consolidación de una inquebrantable ley del progreso (científico) indefinido. Con ello, recordando aquella propuesta formulada tímidamente sobre el siglo XVII por Francis Bacon y fortalecida en el siglo siguiente —entre otros— por el mismo Immanuel Kant, y que vendrá a consolidarse en el siglo XX con los fabulosos avances científicos, especialmente los producidos por las ciencias médicas, a la par de los de la física y la química que se venían alcanzando, llegaríamos —entre otras definiciones— a que la misma medicina dijera que en el inicio del siglo XX se había alcanzado el máximo recorrido posible en cuanto a su desarrollo.

De todas formas, el acontecer de la realidad científico-médica dejó consolidado que aquellos médicos visionarios de comienzo del siglo pasado sin duda se habían equivocado, puesto que la medicina, la ciencia médica y la biomedicina —en rigor de verdad— todavía tenían un camino muy extenso por transitar, y es allí cuando se profundizó la idea tan añorada de que la medicina podía encontrar pocos límites en el mundo futuro o, en algunos casos, que la biomedicina no tenía límites científico-técnicos —huelga señalar que, para algunos de dichos profesionales, tampoco tenía aquellos otros éticos—.

Comprendió el médico de la segunda mitad del siglo XX que “lo imposible va entrando gradualmente en la región de lo realizable” (29), y tenía buenas razones para ello, puesto que muchas enfermedades desaparecerían completamente, y las que no, se volverían crónicas y, por tanto, tratables, y el morir no sería tampoco una batalla que gana la enfermedad a la ligera. Si bien la vida no sería eterna, puesto que ese es un proyecto de bastante pocos científicos, en lo que todos coinciden es en las posibilidades

(29) Dicho médico de la segunda mitad del siglo XX, en opinión de Bernard Häring, estaba orientado por tres principios, cargados de promesas: “a) Existe un principio de que no hay enfermedad mortal [...], b) En principio, no hay enfermedades que deban aparecer [...], c) En principio, no hay enfermedad incurable” (HÄRING, Bernard, 1972, ps. 34-35).

de ciertas de producir una fuerte desaceleración de los procesos de envejecimiento de las personas, manteniendo muy activas, completas y lúcidas sus funciones fisiológicas —o sea, con lo que podríamos definir como una razonable y adecuada calidad de vida— en una persona de unos 110 años de edad.

Además, también integra parte de los modernos análisis de los científicos —médicos, biólogos moleculares y demás— que la muerte de las personas cada vez tenderá a ser un espacio más controlado por la tecnología y por la propia voluntad del enfermo. Para ello, una buena orientación son los criterios del Hasting Center de los Estados Unidos, que, dentro de las metas de la medicina para el siglo XXI, se ocupó de aquella. Estos resultan completamente legítimos (30); sin embargo, no faltaron quienes, detrás de un noble objetivo, encontraron un camino apto para buscar un norte ya no igualmente noble, como fue gestionar los procesos de enmascaramiento del proceso de morir de las personas, para lo cual las promociones de prácticas eutanasias cada vez habrán de ser presentadas con mayor prolijidad y seducción, integrándolas a los campos autonómicos de la persona.

Con ello, la medicina, que con Hipócrates (460-370 a.C.) había dejado de ser “teúrgica” para ser “racional” (31), luego habrá de ser propiamente “experimental” con Claude Bernard

(30) Tradicionalmente, los fines de la medicina han sido: salvar y prolongar la vida; promover y conservar la salud, y aliviar el dolor y el sufrimiento. Sin embargo, a la luz del desarrollo tecnológico, se ha brindado importancia a la autonomía de la voluntad de las personas para tomar decisiones sobre su propio cuerpo y su atención sanitaria. Daniel Callahan, reconocido internacionalmente como uno de los más eximios bioeticistas del Hasting Center, del cual fuera cofundador, y que actualmente es un centro de referencia mundial en la materia, promovió una discusión sobre los clásicos fines de la medicina. De ello han resultado los que ahora se exponen, y queremos centrar especialmente la atención en la última de las metas, así: 1) La prevención de la enfermedad y de las lesiones, y la promoción y el mantenimiento de la salud. 2) El alivio del dolor y del sufrimiento causado por la enfermedad y las dolencias. 3) La asistencia y curación de los enfermos y el cuidado de los que no pueden ser curados. 4) Evitar la muerte prematura y velar por una muerte en paz.

(31) LAÍN ENTRALGO, Pedro, “Historia de la medicina”, Ed. Salvat, Barcelona, 1984, ps. 45 y ss.

(1813-1878), quien —para muchos— no solo fue un fisiólogo, sino que en él se sintetizaba la fisiología misma. Con su obra “Introducción al estudio de la medicina experimental” (1865) vendrá a consolidar una nueva medicina (32), que lo ubicará en aquella senda de Francis Bacon, en cuanto a que primero hay que conocer la naturaleza, y solo recién después aspirar a gobernarla, y nada se puede conocer —desde la lectura que hace el padre de la medicina experimental— sin tener por cumplidos los procesos metodológicos adecuados de experimentación. Con ello a la vista, Claude Bernard estaba abandonando aquellos conceptos que habían sostenido a la medicina por veinticinco siglos, como es *tekhne iatriké* para los griegos, o *ars medica* para los latinos. Luego, y en razón de los descubrimientos a los que nos hemos referido de Wilkins, Crick y Watson acerca de la base helicoidal del ADN, la medicina contemporánea finalmente alcanzará la última de sus vestiduras, bajo la denominación de “moderna”, con la cual se la nombra y bajo el modo en que se la enseña actualmente en el pregrado de las Facultades de Medicina, esto es, como “biomedicina” (33).

(32) La mencionada obra, sobre el fin del siglo XIX, instituye el canon metódico e intelectual del experimento fisiológico y de la medicina en general, y, con ello, el saber médico pasaría a convertirse en saber científico. Nos permitimos la transcripción de algunos párrafos de la Introducción de la obra citada, toda vez que allí se advierte que, pocos años después, se tendría el convencimiento de que la medicina había alcanzado su máximo esplendor. Se escribe: “En nuestro tiempo, gracias al desenvolvimiento considerable y a la poderosa ayuda de las ciencias físico-químicas, el estudio de los fenómenos de la vida, sea en estado normal, sea en estado patológico, ha realizado progresos sorprendentes, que se multiplican día a día. Es evidente entonces para todo espíritu no previsto, que la medicina se dirige hacia su vía científica definitiva. Por simple marcha natural de su evolución, abandona poco a poco la región de los sistemas para revestir cada vez más la forma analítica y entrar así gradualmente en el método de investigación común a las ciencias experimentales [...]. El método experimental, considerado en sí mismo, no es otra cosa, que un razonamiento con cuya ayuda sometemos metódicamente nuestras ideas a la experiencia de los hechos” (BERNARD, Claude, 1944, ps. 7 y 8, respectivamente).

(33) La biomedicina es el estudio de los aspectos biológicos de la medicina. Su objetivo fundamental es investigar los mecanismos moleculares, bioquímicos, celulares y genéticos de las enfermedades humanas. La investigación biomédica se centra en distintas áreas temáticas: la inmunología, la biología molecular, la biología celular, la

De cualquier modo, hay que señalar que, aun con la realización de la moderna biomedicina, la medicina clásica —racional y científica— no habrá de desaparecer, sino que seguirá teniendo vigencia —como es natural— en la mayoría de los supuestos en que el hombre sea atacado por alguna sustancia morbosa. Pero junto a ella coexistirán —y cada vez con mayor familiaridad— los modos medicalizantes que la biomedicina, que se construye sobre la base de la biología molecular, vaya permitiendo operativamente, que cada vez serán de mayor entidad y transformación. A tales efectos, baste con señalar todos los emplazamientos que podemos destacar comprendidos en un espacio clínico que ha comenzado a ser cada vez más transitado y que se vincula con la “medicina del deseo” —que no debe ser confundida con la “medicina estética”(34), por una parte, ni con la llamada “medicina predictiva”(35), por el otro—, con lo cual los proyectos de una salud total, a la que difícilmente alguien podría negarse, comienzan a ser cercanos.

Por la “medicina del deseo”, por ejemplo, un matrimonio de personas sordomudas —fundamentalistas del movimiento de “Orgullo sordo” y que consideran que la sordera es una identidad cultural, y no una discapacidad que debiera intentar curarse— buscó un donante de esperma con cinco generaciones de sordos en su familia (36), permitiendo lo que finalmente alcanzó: esto es, tener un hijo sordo. Natu-

farmacología molecular, etc. La biomedicina no solo tiene aplicaciones prácticas, sino que también redefine conceptos teóricos, como por ejemplo el concepto de gen. El objetivo de la biomedicina es el desarrollo de nuevos fármacos y de nuevas técnicas para ayudar al tratamiento de enfermedades. Todo ello a partir de la comprensión de las bases moleculares de las distintas patologías, como las enfermedades infecciosas, inmunes, neurodegenerativas, el cáncer, etcétera.

(34) ESCOBAR TRIANA, Jaime, “Bioética, cuerpo humano, biotecnología y medicina del deseo”, *Revista Colombiana de Bioética*, nro. 2, 2007, ps. 33-51.

(35) SFEZ, Lucien, “La salud perfecta”, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2008.

(36) DRISCOLL, Margarette, “Why we chose deafness for our children”, *Sunday Times* del 14/04/2002, Londres. También MUNDY, Liza, “A world of their own”, *Washington Post* del 31/03/2002, p. W-22. La cita en SANDEL, Michel, 2015, p. 41.

ralmente, otros preferirán tener hijos con otras condiciones y evaluarán la sordera justamente como una discapacidad; por ello, dicho logro está fuera de su deseo. Los deseos de unos no son los deseos de los otros; tal es —parece ser— a lo que se refiere el correspondido decir social: *de gustibus non est disputandum* (37).

Por la medicina predictiva, una mujer que tiene antecedentes familiares de cáncer mamario y a la cual se le han encontrado, en el mapeo de su genoma, elementos biológicos que la convierten en predisponente para desarrollar dicha enfermedad, pues bien, podrá requerir ser sometida a una mastectomía preventiva o profiláctica a los fines de que se le retire/n la/s glándula/s mamaria/s, y con ello evitar el riesgo futuro de producir dicho tumor. Tal como se advierte, la medicina predictiva permite que las personas puedan adelantarse al futuro a partir de estudios científicos confiables que las orientan a que puedan tomar decisiones en el ámbito de la salud con su mejor provecho.

La comunidad científica pudo incluso mirar preventivamente el futuro, y por ello se apronta a que en los próximos años se puedan mostrar los resultados efectivos de sus colosales avances relativos a las técnicas de convergencia para la mejora del desarrollo humano (38) a la luz de los vínculos desarrollados entre biomedicina, nanotecnología, ingeniería y neurociencias; con ello, no solo busca dotar individualmente a las personas de condiciones supranaturales en el ejercicio de alguno de sus sentidos, sino también encontrar —entre otras cuestiones— sustitutos que permitan que personas parapléjicas y que habían perdido la posibilidad de movilidad de diferentes partes de su cuerpo puedan recuperarla parcialmente (39) o

(37) Hay que decir que el mismo David Hume se preocupa por mostrar que esta cuestión no tiene la universalidad que se le quiere acordar (HUME, David, 2003, ps. 51 y ss.).

(38) ROMEO CASABONA, Carlos (ed.), “Tecnologías convergentes: desafíos éticos y jurídicos”, Ed. Comares, Bilbao — Granada, 2016.

(39) Ha indicado una de las profesionales a cargo del proyecto, Dra. Natasha van Zyl, del centro Austin Health, en Melbourne: “Creemos que la cirugía de transferencia de nervios es una emocionante nueva opción que ofrece a los individuos con parálisis la posibilidad de recuperar

que personas que han quedado ciegas por determinadas patologías puedan disfrutar nuevamente de la visión, aunque todavía con algunas imperfecciones (40). Todo ello generado a partir de interfaces cerebro-informáticas.

Nos aprestábamos a recibir casi con algarrabía —cuando la pandemia incursionó abruptamente en el ciclo de nuestras vidas— el inicio de una extravagante mestización de lo humano con lo no humano, a partir de la primera ola de *cyborgs*, que nos ayudarían a cumplir innumerables funciones laborales, profesionales y domésticas (41).

El científico, que ha podido hacer todo lo dicho y tanto más, ha sido también, muy probablemente por su misma codicia científica, quien ha desatendido de igual modo otras cuestiones que resultan tan valiosas como algunas de las que hemos enunciado ejemplificativamente; pero —en rigor de verdad—, sin haber solucionado las que fueron olvidadas, jamás debió avanzar sobre las siguientes. Ha descuidado —y para lo cual ha tenido alarmas suficientes al menos en los pasados treinta años— el concepto suficientemente conocido en biología de lo que implica el proceso de las unificaciones microbianas, el cual se encuentra completamente consolidado;

funciones del brazo y de la mano para realizar actividades cotidianas, darles mayor independencia y la habilidad de participar más fácilmente en la vida familiar y laboral”.

(40) “El ‘ojo biónico’ o ‘implante de retina’ proporciona la estimulación eléctrica de la retina para aumentar la percepción visual en personas ciegas. El implante consta de una parte interna, que es la pedicular e intraocular, y una externa que se basa en unas gafas que tienen una pequeña cámara en su parte frontal con la que pueden seguir las imágenes que se aparecen ante el paciente. Las gafas, que habrá llevado el paciente quince días después de la operación, capturarán, las imágenes y las enviará a un pequeño ordenador del tamaño de un teléfono móvil, donde se procesan y transforman en instrucciones, y se transmiten de forma inalámbrica a la antena del implante de retina. Los impulsos que recibe el paciente estimulan las células sanas que quedan en la retina y transmiten la información al cerebro a través del nervio óptico para crear la percepción de patrones de luz, que los pacientes aprenden a interpretar”. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20160209/302026266844/los-tres-primeros-implantados-con-ojo-bionico-muestran-avances-en-su-vision.html>, última visita: 03/05/2020.

(41) BRAIDOTTI, Rosi, “Lo posthumano”, Ed. Gedisa, Barcelona, 2015.

por ello, poder superarlo se presenta como un desafío de gran esfuerzo cuando se materializa como enfermedad. Así, la prevención, para que ello no ocurra, es una tarea de responsabilidad de la comunidad científica especializada. Ha fallado, sin duda alguna, una perspectiva dinámica del principio precautorio, que la comunidad científica conoce de sobra en su operatividad.

Para comprender en el foco ampliado los fenómenos epidemiológicos como al que asistimos y que también padecemos por este tiempo, no se puede ignorar que, en realidad, la globalización de bienes y servicios que hemos alcanzado en este siglo XXI es análoga a la que se ha producido a nivel de virus, bacterias, microbios, parásitos y priones, lo cual ya había permitido la consideración del afamado historiador de la medicina Henry Sigerist en 1943, quien señaló: “Desde que el mundo se volvió más pequeño como resultado de los actuales medios de comunicación [...] la solidaridad humana en el campo de la salud no puede ser pasada por alto impunemente”. Con ello, la globalización de los riesgos es también una evidencia empírica.

Este proceso —que según todos los estudios, comenzando muy probablemente por el ya citado de Emmanuel Le Roy Ladurie, se produjo entre los siglos XIV y XVII a la luz del proceso de colonización y mixtura étnica del Viejo Mundo con América, y que luego, por los procesos de comunicabilidad y traslación de las personas por las vías aéreas, se masificara y ampliara a los lugares más insospechados del planeta— es lo que ha permitido que en todos los lugares del mundo se comenzara a prestar atención a aquella unificación bacteriana que quizás para el siglo XVIII ya estaba consolidada y que, desde el siglo XIX en adelante, como problema cierto y claro, alcanzará sus logros más notables en el siglo XX. Dicha perspectiva exitista de los científicos y médicos del nombrado siglo llevaron a pronósticos por demás favorables a dicho respecto, como fuera, por caso, el juicio de Arnold Toynbee, quien afirmaba que dicho tiempo era, “no como una época de conflictos políticos y de intervenciones técnicas, sino como la época en la que la sociedad humana se atrevió a pensar en la salud de toda la especie huma-

na como en un objetivo práctico que se podía alcanzar” (42).

Sin embargo, la realidad demuestra que el juicio del magnífico historiador ha sido contradicho por lo fáctico en varias ocasiones, pues no se ha podido evitar que finalmente se produzcan epidemias o pandemias que tienen como soporte estos agentes microbianos con ciudadanía global, y que solamente necesitan el nuevo centinela que, como tal, los actualice para su funcionamiento y, así, se ponga en marcha su irrefrenable impulso endógeno para colonizar nuevos huéspedes (43); cuando dicha síntesis se presenta realizable —como bien puede ser el caso que nos tiene afectados del COVID-19—, no siempre es posible controlarla rápidamente.

La historia de la medicina ilustra con detalle los diferentes momentos en que esa disputa por la sobrevivencia del mundo bacteriano se materializa en el escenario social, a veces con armas irreductibles a corto-mediano plazo y, en otras ocasiones, con aquellas que resultan oportunas y eficaces en la batalla contra la enfermedad en modo muy próximo, porque los virus en cuestión son de menor entidad (44). Vacunas, sulfamidas y antibióticos ayudan a que nuestra vida pueda superar todo el arsenal microbiano que nos rodea —bacterias, virus, protozoarios, hongos y levaduras— (45); lo cierto es que será una

(42) BERLINGUER, Giovanni, “Bioética cotidiana”, Ed. Siglo XXI, México, 2002, ps. 181-190.

(43) “Por más que la vida civilizada pueda volverse segura y bien regulada, las bacterias, los protozoarios, los virus, las pulgas infectadas, los piojos, las garrapatas, los mosquitos y las chinches se encontrarán siempre al acecho en la sombra para volver a lanzarse sobre la presa cuando la negligencia, la pobreza, el hambre o la guerra hacen que las defensas bajen. Y también en tiempos normales hacen presa de los pobres, de los más jóvenes y de los más viejos, viviendo junto a nosotros en misteriosa oscuridad, esperando su oportunidad” (ZINSSER, 1934).

(44) BROHARD, Yvan, “Una historia de la medicina o el aliento de Hipócrates”, Ed. Lunweg, Barcelona, 2012, ps. 43 y ss.

(45) El comienzo del éxito contra ellos se fortalece con los estudios de Louis Pasteur cumplidos sobre 1877, aunque en realidad se logró con los de Paul Ehrlich, quien descubrió el agente causal de la sífilis en 1905, con su compuesto “salvarsán” y “neosalvarsán”; luego es continuado con los primeros medicamentos eficaces contra las enfermedades bacterianas, las sulfamidas, descubrier-

batalla a largo o corto plazo con dicho mundo microbiano, pero en ambos supuestos habrán de existir para la humanidad costos de todo tipo, que luego habrá que cancelar. A veces, ellos quedan localizados en determinados territorios y sociedades, y en otros casos, como ahora, son daños globales de magnitudes extraordinarias, posiblemente idénticos a la globalización que se había alcanzado antes.

Solo señalamos que los costos son siempre elevados, en cuanto existen vidas humanas de por medio, y hoy todavía no conocemos dicho guarismo y posiblemente no se termine de conocer con exactitud nunca. Sin embargo, no se puede desconocer que las vidas humanas fallecidas se habrán de multiplicar por otras tantas: si bien no son personas que morirán directamente por la enfermedad, son vidas que muy posiblemente quedarán expuestas a morir por las complicaciones de supervivencia posterior al pico de la enfermedad, cuando millones de personas de todo el planeta comprendan que habrá menos trabajo, menos alimentos, menos salud y más pobreza en sentido completo. Allí estarán los costos pospandémicos, que siempre han existido después de estos sucesos, y no hay razón alguna para pensar que ahora no ocurrirán con la forma igualmente severa con que se ha materializado la pandemia.

### III. ¿Cuánta responsabilidad nos cabe, como especie humana, por lo sucedido?

Bajo estas consideraciones basales, hay que volver a pensar el día cero de lo que nos atraviesa en este tiempo, como es la enfermedad del COVID-19, la cual ha demostrado tener más capacidad destructora que cualquiera de las otras formas imaginables que podríamos haber pensado y desarrollado hasta el momento presente, y ello es una cuestión que habilita la pregunta por la responsabilidad que nos corresponde a todos —o algunos— por lo acontecido.

Desde ya, también aclaramos que no estamos pensando, en forma unilateral, en la responsa-

tas en 1932 por Gerhard Domagk; esta línea de lo que hoy bien nombraríamos como quimioterapia sería coronada con los hallazgos de Alexander Fleming sobre la penicilina, en 1929, que deslumbró por su acción antibacteriana (LÓPEZ MUÑOZ, 2012, p. 550).

bilidad en sentido jurídico, que nos llevaría, por lo tanto, a concluir que existe alguien que debe responder resarcitoriamente por el daño social que al colectivo humano se ha producido; si acaso eso fuera posible, serían otros los argumentos de análisis que se podrían utilizar en dicha tarea.

Nos estamos refiriendo a la responsabilidad en el sentido moral; de ella cabe hablar en cuanto la responsabilidad “es una propiedad del ser libre en virtud de la cual debe responder, es decir dar cuenta de sus actos ante aquel de quien depende” (46); en rigor, dada la trascendencia que tiene la labor del científico —especialmente de los que se ocupan de cuestiones tan delicadas como esta, en donde se puede llegar a comprometer la salud y la vida de las personas y hasta del planeta completo—, en nuestro parecer, deberíamos poder pedir cuentas de su labor desde el colectivo especie humana que integramos. Ciertamente, nosotros —como ciudadanos del mundo— deberíamos pensar en todo momento que los científicos trabajan, en una buena parte, para que nuestras vidas sean mejores; si ello es así, cuál sería, desde este punto de vista, la imposibilidad de escuchar sus explicaciones y luego hacerles —o no— un reproche de responsabilidad.

En esta misma línea de reflexión, debe comprenderse la conocida distinción que Max Weber formula acerca de la ética de la responsabilidad y la ética de la convicción, lo cual naturalmente —y como tantas veces se ha señalado— no implica que dicotómicamente las cosas sean resueltas por una u otra; por ello, no se trata de que quien mira las consecuencias carezca de convicciones, o de que quien las tiene no atienda a las consecuencias. La mixtura es innegable, pero también es cierto que en casos extremos las personas se definirán por uno u otro modelo (47).

(46) JOLIVET, Régis, “Tratado de filosofía. Moral”, Ed. Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1959, p. 160.

(47) “Max Weber no quiere decir que el moralista de la responsabilidad no tenga convicciones, ni que el moralista de la convicción no tenga sentido de la responsabilidad. Lo que él sugiere es que, en condiciones extremas, ambas actitudes pueden contradecirse y que, en último análisis, uno prefiere al éxito la afirmación intransigente de sus principios y el otro sacrifica sus convicciones a las

Por ello, cuando hoy se pone la observación en el mundo de las ciencias, parece advertirse que son —en términos generales, y por ello las excepciones quedan contabilizadas— más las convicciones de los profesionales científicos las que mueven su acción —sea por la búsqueda de reconocimientos, honores, fama, dinero, vanidad, etc.— que la medición de las consecuencias que su acción puede tener, especialmente considerando este problema en todos aquellos científicos que tienen capacidad de que su experimento genere algún tipo de impacto y/o transformación sobre la misma especie; por ello, los que están vinculados con desarrollos biológicos o biotecnológicos son los que inicialmente se anotan en tal marco.

De cualquier modo, el concepto de mirar el problema desde la responsabilidad puede todavía tener varios espacios de fuga, y por ello, con buen criterio, ha sido Javier Echeverría quien ha intentado ampliar el problema de la responsabilidad, discutiendo las tesis del principio de responsabilidad de Hans Jonas y formulando así una cuestión axiológica —no meramente un principio ético—; con ello, a la luz de un sistema amplio de valores, se puede apreciar con mayor facilidad cuáles habrían sido, como tales, afectados por la gestión del científico, y así el reproche ético resultaría más evidente y sustantivo. Para hacer el mencionado ensanchamiento, dirá el autor que la actividad tecnocientífica no solo está regida por valores éticos, sino por un sistema de valores, donde se incorporan otros —por caso, los valores ecológicos, acorde a su trascendencia en lo que estamos desarrollando—, además de los éticos.

Nos permitimos, de acuerdo con la importancia del aporte del autor citado, transcribir un párrafo central de su tesis, donde se anota: “Decimos que una acción tecnocientífica X siempre es evaluada en función de un sistema de valores V. Lo importante es analizar X y V, precisando qué componentes tiene una acción y qué sistema de valores son relevantes para valorar la acción y sus componentes. Distinguimos en general doce componentes posibles de una acción tecnocientífica X, X= X1, X2, X3, X4,

X5, X6, X7, X8, X9, X10, X11, X12, donde X1 representa al agente (individual, colectivo), X2 la acción, X3 lo que se hace, X4 aquello a lo que se le hace (objeto, persona, animal, etc.), X5 los instrumentos con los que se hace, X6 el lugar o escenario donde se actúa, X7 las condiciones en las que se lleva a cabo la acción (iniciales, de contorno), X8 las intenciones o finalidades del agente, X9 las reglas conforme a las cuales se actúa, X10 los resultados de la acción, X11 las consecuencias que se derivan de la acción y X12 los riesgos que implica” (48).

Luego señala cuáles son los doce sistemas de valores, a saber: “valores básicos, ecológicos, económicos, epistémicos, estéticos, jurídicos, militares, morales, políticos, religiosos, sociales y tecnológicos [V1-V12]. Cada acción tecnocientífica concreta puede ser valorada por lo general teniendo en cuenta únicamente algunos de estos sistemas de valores, pero la axiología de la tecnociencia en su conjunto ha de distinguir el menos esos doce sistemas, puesto que la enorme diversidad de acciones tecnocientíficas pone en juego esa gran variedad de cuestiones axiológicas [...]. El acto de valorar una acción tecnocientífica consiste en aplicar el sistema V a una acción X” (49).

Concluimos, para esta síntesis de un denso artículo, que los problemas de responsabilidad surgen especialmente cuando valoramos resultados (X10), consecuencias (X11) y riesgos (X12), una vez realizada la acción X; también, que un científico, antes de llevar adelante sus acciones, ha de ser epistémicamente responsable, y ello es hacerse responsable técnicamente por la labor que cumple. Quedaría entonces, especialmente en nuestro juicio, por definir —para atribuir la responsabilidad al colectivo científico-técnico— si sus procederles han estado epistémicamente a la altura, como valor en sí mismo, a la hora de cumplir especialmente con las acciones que corresponden al alcance de resultados, consecuencias y riesgos.

(48) JONAS, Hans, “El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica”, Ed. Herder, Barcelona, 2007, ps. 260-261.

(49) ECHEVERRÍA, Javier, “El principio de responsabilidad: Ensayo de una axiología para la tecnociencia”, en ARAMAYO, Roberto, *Los laberintos de la responsabilidad*, Ed. Plaza y Valdés, Madrid, 2007, p. 262.

necesidades del triunfo, siendo morales tanto uno como otro dentro de una determinada concepción de la moralidad” (ARON, 1981, p. 59).

Si la respuesta fuera por la vía sencilla, se podría indicar que no es achacable responsabilidad alguna a la comunidad científica internacional por lo sucedido, puesto que no se trata de un evento que haya sido producido ni por la acción directa de científicos y/o países, ni por la misma negligencia —si acaso, en alguno de los tantos departamentos de desarrollo experimental en donde se trabaja diariamente con una innumerable cantidad de virus, bacterias, moléculas y desarrollos biotecnológicos, que se hacen para el mundo medicinal, farmacéutico, industrial y hogareño, se hubiera producido la siempre presente y riesgosa “fuga bacteriana” — (50).

Para qué decir, si se pudiera llegar a comprobar lo que en el universo de la *infoxicación* —intoxicación informativa— circula, que habría habido en China una producción deliberada del virus, para luego liberarlo y con ello hacer una prueba masiva del resultado químico y, en paralelo, lograr dicho país posicionarse de mejor modo en el mercado farmacéutico mundial, produciendo antes que cualquier otro

(50) Cabe señalar que ello sucede desde hace mucho tiempo a esta parte. En rigor, el primer evento que se ocupó de dicho problema fue la Conferencia de Asilomar, en la década del 70. En dicha ocasión —concretamente, el 18/07/1974—, un grupo de científicos liderados por el Prof. Berg, quien estaba trabajando en una síntesis humano-animal, atento a los posibles riesgos negativos asociados a la nueva tecnología del ADN<sub>r</sub>, realizó un llamamiento público para establecer una moratoria voluntaria sobre ciertas líneas de investigación ante los hipotéticos riesgos, en gran medida desconocidos, asociados a una fuga potencial de estos nuevos organismos. El resultado de ello fue una apertura a un análisis y atención más cuidada del problema, pero en realidad su impacto fue bajo. Vide LARRIÓN, Jósean, “Historia de las reuniones de Asilomar. Éxitos y fracasos de la autorregulación en las comunidades tecnocientíficas”, disponible en <https://miau-lario.unavarra.es/access/content/user/josean.larrion/Publicaciones/Historia%20de%20las%20reuniones%20de%20Asilomar.%20C3%89xitos%20y%20fracasos%20de%20la%20autorregulaci%C3%B3n%20en%20las%20comunidades%20tecnocient%C3%ADficas.pdf>, última visita: 02/05/2020. Solo queda por agregar que existen países que, si bien no están convencidos, tienen fuertes sospechas acerca de la posibilidad de una fuga involuntaria del virus en el importante laboratorio de virología de Wuhan. Disponible en <https://www.perfil.com/noticias/salud/coronavirus-covid-19-virus-laboratorio-china-eeuu-francia-reino-unido.phtml>, última visita: 03/05/2020.

la tan ansiada vacuna (51). Tal tesis parece exagerada, no la suscribimos; pero no podemos ignorar que hay intelectuales y científicos que dicen tener elementos de análisis concluyentes para ello (52).

Quizás, si fuera el supuesto de una perspectiva más jurídica que otra cosa, sabemos que ya hay estudios de abogados o representantes de Estados que han presentado demandas internacionales por montos fabulosos en contra de la República Popular de China (53), por no haber cuidado las condiciones de seguridad sanitaria en los mercados de abastecimiento de alimentos en general (54), especialmente el de Wuhan, en donde ha quedado acreditado que se ha producido el grado cero de iniciación de la transmisión del virus, que se correspondió con el entrecruzamiento bacteriano de ciertos animales salvajes entre sí o con otros más domésticos, y de allí su transferencia al cuerpo humano, con lo cual la unificación bacteriana vuelve a presentarse como promotora de una nueva crisis sanitaria mundial.

Tal tesis, igualmente, podría tener alguna estructura más sólida, si se contabilizan junto a ella las opiniones fundadas que sugieren que China, en lugar de denunciar inmediatamente el hallazgo de un tipo de influenza que no respondía a los tratamientos existentes, demoró algunos días para ello, lo cual trajo como consecuencia una expansión del virus a nivel intercontinental, que implicó que miles de vidas humanas quedaran tronchadas en Europa y también en América (55). Huelga señalar

(51) Disponible en <https://elpais.com/ciencia/2020-04-17/la-ciencia-responde-a-la-version-de-que-el-coronavirus-escapo-de-un-laboratorio.html>, última visita: 27/04/2020.

(52) Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52511480>, última visita: 04/05/2020.

(53) Entre los varios casos que se pueden señalar, se encuentra el correspondiente a la demanda promovida por Eric Scmitt, en su condición de fiscal general del Estado de Misuri (EE.UU.).

(54) BERGEL, Salvador, “El principio de precaución como criterio orientador y regulador de la bioseguridad”, en ROMEO CASABONA, Carlos, *Biotecnología, desarrollo y justicia*, Ed. Comares, Granada, 2008, ps. 1-22.

(55) Según estimaciones, se sugiere que se trata aproximadamente de seis días, los cuales fueron clave, toda

que el retiro de los importantes aportes que el gobierno de los Estados Unidos hace a la Organización Mundial de la Salud (OMS), como demostración irritada ante tal información, es también una destemplada reacción que, como tal, deviene afectatoria de toda la comunidad mundial (56), puesto que —con independencia de quién sea y de cuánto se trate el aporte económico que se retrae para el sostenimiento de la OMS— lo cierto es que con una cooperación menos eficaz a la institución sanitaria mundial —como consecuencia del menor dinero disponible para ello— serán más vidas las que se ponen en riesgo de morir, sin importar su nacionalidad.

Descartadas entonces estas consideraciones, corresponde tomar con mayor seriedad algunos desarrollos científicos que permiten concluir que, si existe una responsabilidad por lo que hoy tenemos como resultado, habría que ubicarla pues en una suerte de responsabilidad cuasi global de la comunidad científica en general —conocedora, además, en forma sobrada, de la unificación microbiana y de lo que ello importa (57)—, que fuera postulada otrora por Karl Popper, en el año 1968, diciendo que ella se corresponde, en principio, con los desarrollos aplicados a la guerra nuclear y biológica; sin embargo, por las mismas proyecciones que la ciencia había alcanzado, no se limita solo a aquellos ámbitos y, por lo tanto, bien se puede dejar atrapado en ello a lo biológico humano-animal (58).

vez que se festejaba el comienzo del nuevo año lunar y, con ello, era evidente que se producirían las concentraciones de personas y los contagios que se sucedieron desde ese momento. Disponible en [https://www.clarin.com/mundo/china-oculto-brote-coronavirus-dias-cruceles\\_0\\_KSy\\_BMXsz.html](https://www.clarin.com/mundo/china-oculto-brote-coronavirus-dias-cruceles_0_KSy_BMXsz.html), última visita: 20/04/2020.

(56) Disponible en <https://www.du.com/es/qu%C3%A9-influencia-tiene-china-sobre-las-oms-a-53168549>, última visita: 18/04/2020.

(57) Puede consultarse al respecto la entrevista del día 01/05/2020 realizada por la BBC a Peter Ratcliffe, Nobel de Medicina en 2019, quien certifica tal aspecto. Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52404784>, última visita: 01/05/2020.

(58) Dice el citado Karl Popper: “el problema se ha hecho más general en los últimos tiempos debido a que últimamente la ciencia y en verdad todo saber, ha tendido a ser potencialmente aplicable. Anteriormente, el científ-

Además, deberíamos agregar —por nuestra cuenta— que también los Estados han tenido una actitud poco firme ante las consecuencias ecológicas diversas que progresivamente se fueron desatendiendo y que concluyeran impactando con severidad en los intersticios de la biología molecular de diferentes bacterias, que, frente a la ausencia de los huéspedes físicos naturales, terminaron haciéndolo sobre el mismo cuerpo humano (59).

Ello es lo que ha señalado Frank Snowden, autoridad reconocida en la historia de la medicina, y en especial de las epidemias a lo largo de la historia, en una entrevista gráfica, en donde indica que han sido los hombres los que han creado “un nicho ecológico que permitió que el coronavirus fuera posible”. Sigue diciendo: “Recuerde lo que planteó el premio Nobel [de Medicina] de 1958, Joshua Lederberg. Dijo que hay diferencias entre los microbios y los humanos. Los microbios tienen la ventaja de ser más numerosos y contar con una capacidad increíblemente rápida para mutar, por lo que pueden evolucionar de un modo que los humanos jamás podríamos competirles. Pero contamos con algo que no tienen los microbios: nuestra

fico puro o el estudioso puro solo tenía una responsabilidad añadida a la de cualquier otra persona: esto es, la búsqueda de la verdad. Tenía que perseguir al máximo posible el crecimiento de su objeto [...]. Hoy, no solo toda ciencia pura puede convertirse en ciencia aplicada, sino también todo saber puro [...]; la responsabilidad moral de los científicos no se limita a su responsabilidad con relación a la guerra o el armamento” (POPPER, Karl, 1997, ps. 123 y ss.).

(59) A los fines de dejar mejor comprendida la disciplina de la biología molecular que está en el centro del problema, las palabras de Francis Crick resultan por demás atinadas: “La biología molecular, por el contrario, desde su comienzo mismo, es un enorme intento de unificación, en un cuadro coherente y heurísticamente fructífero, de un vasto conjunto de conocimientos sobre los mecanismos de la vida que era algo heterogéneo y estaba dotado de escaso potencial explicativo. Este cuadro coherente, no obstante, es el fruto de contribuciones totalmente diferentes, tanto en sus orígenes teóricos como en sus métodos, que tan solo después de muchos años serán objeto de síntesis”. Más adelante Bernardino Fantini explicará, en palabras de James Watson: “Que el objetivo de la biología molecular es comprender todas las características de los seres vivos como interacción coordinada de pequeñas y grandes moléculas” (1985, t. III, ps. 43 y 52, respectivamente).

inteligencia y nuestra capacidad de colaborar, si así lo deseamos” (60).

Seguimos ahora una tesis del destacado profesor Ernesto Garzón Valdés, quien diferencia cuidadosamente las catástrofes de las calamidades (61); atribuye a las primeras una condición de aparición completamente ajena a la voluntad individual o global de las personas, como podríamos indicar, en principio, que corresponde a fenómenos naturales tales como huracanes, terremotos, erupciones de volcanes; lo segundo corresponde a todas aquellas realizaciones que son fruto directo o indirecto de una acción donde hay un ejercicio de la voluntad de las personas en una determinada realización. Por ello, las catástrofes no son susceptibles de ser achacadas en responsabilidad a nadie, y las calamidades, al ser fruto de actos calamitosos de las personas, son imputables a quienes las produjeron.

La división dicotómica, sin embargo, no parece resultar del todo útil en la emergencia, puesto que indudablemente la pandemia que nos ocupa, si bien no es la primera que existe en la historia de la humanidad, sino una entre tantas, ha sido la más devastadora de todas —no por la cantidad de muertos que hasta el momento ha producido, si dicho guarismo es comparado con las cifras de la pandemia de 1346, que alcanzó la friolera de aproximadamente cien millones, o con la pandemia conocida malamente como “Española”, de comienzos del siglo pasado, que sumó la cantidad de 50 millones—, ha sido la primera pandemia producida en una sociedad globalizada; por ello, la totalidad del planeta Tierra sufre o habrá de sufrir algún efecto negativo directo. De esta forma, las muchas y propias acciones dañinas que una epidemia trae consigo se habrán de multiplicar exponencialmente por el fenómeno de la globalización, puesto que el virus se globaliza aún más dinámicamente que lo hacemos las personas o los servicios y los bienes.

(60) Puede consultarse *La Nación* del 29/03/2020, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/frank-snowden-las-epidemias-son-como-mirarse-al-espejo-de-la-humanidad-y-puedo-decir-que-no-todo-es-bello-nid2348455>, última visita: 26/04/2020.

(61) GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Calamidades”, Ed. Gedisa, Barcelona, 2004, ps. 11 y ss.

A modo ilustrativo, indicamos una por demás sintética referencia a las más severas epidemias sucedidas, que brindan crédito a la tesis de que ninguna de ellas es comparable a la actual, aun cuando en aquellas hayan muerto más personas que ahora, así: 1) La Peste de Atenas, en el año 430 a.C., de la cual Tucídides, en la “Historia de la guerra del Peloponeso” (Libro II), brinda relatos que —junto con los aportes de la paleopatología— han servido para hacer el cuadro patográfico relativamente completo (62). A tal punto ello es así que, en un conocido artículo de 1938, B. von Hagen tiente la afirmación de que la epidemia en realidad fue de viruela. Luego, otro estudio más exhaustivo, en 2006, destaca que se trató de una epidemia de fiebre tifoidea. 2) La Peste Antonina, en el año 166, se produjo inicialmente en Roma y de allí se extendió; conocemos de ella por los relatos que la han testimoniado, destacándose que en dicha ciudad morían por día unas dos mil personas, y se cree que fue viruela. 3) La Peste Justiniana, en el año 542, fue la que atacó la capital del Imperio Romano de Oriente, Bizancio; de esta epidemia se pueden encontrar diversas fuentes completas que la relatan, entre ellas la de Procopio de Cesarea y Gregorio, Obispo de Tours. El primero de los cronistas, biógrafo oficial del emperador Justiniano, habrá de señalar que en Bizancio llegaron a morir diariamente cinco mil personas, o quizás más; en este caso, todo parece indicar que se trató de peste bubónica. Esta peste tuvo permanencia, con intermitencias, hasta el año 767, cuando, como sucedía en el Medioevo, la peste desapareció. 4) La Gran Peste de 1346 recorrió el mundo en tres años y fue la más severa, en orden de mortandad, de todas las que se conocen. Se inició en China, donde dejó un saldo de 13 millones de muertos, y luego ella misma siguió el curso de las rutas comerciales que existían en la época, ingresando fundamentalmente por Constantinopla, que era la metrópolis del comercio de Europa, Asia y África, habiendo hecho sus mayores estragos en Florencia —que para el año 1338 contaba con 110.000 ha-

(62) “Lo peor de todo, en esa enfermedad, era el desaliento que se apoderaba del paciente tan pronto se daba cuenta de que había contraído el mal: inmediatamente entregaba su espíritu a la desesperación y abandonaba más fácilmente sin intentar ni siquiera resistir...” (TUCÍDIDES, 1976, L. II, 51, p. 77).

bitantes; para el 1351 solo serían 50.000— (63). Será un cronista ilustrado, Giovanni Boccaccio, quien, en el Prólogo a su famosa obra “Decamerón”, ilustrará en particular acerca de ella (64). 5) La Peste de Londres, en 1665, se estima que mató a un quinto de la población, esto es, unas setenta mil personas. Con posterioridad, volvió a mostrarse en 1720 en Marsella, matando a un tercio de su población, y luego en 1894 reapareció en China (65). De ella se conserva el relato también literario de Daniel Defoe, consignado en el “Diario del año de la peste” (1722). En este último momento, en China, el médico Alexandre Yersin —quien había trabajado en el Instituto Pasteur— fue el encargado de estudiar el fenómeno y quien alcanzara aislar el bacilo que era el agente causal de la enfermedad, comenzando así el desarrollo del suero para combatirla. Sin embargo, el mecanismo de propagación de la peste recién sería alcanzado unos años después (1898) por los estudios de Paul-Louis Simond, quien demuestra que el trasmisor al hombre es la rata, y luego se produce el contagio de hombre a hombre. 6) La Peste Española, en 1918, cuya etiología inicialmente fue atribuida al *Haemophilus influenzae*; sin embargo, recién en la década de 1930 se identificó su cepa causal, que era un subtipo H1. Ella fue extremada-

(63) Se ha indicado: “Al menos la tercera parte de la población europea había muerto. Vale decir que, considerando que en siglo XIV Europa contaba unos ciento diez millones de habitantes, la peste negra habría matado unos treinta y siete millones de europeos, además, de trece millones de chinos y veinticuatro millones de asiáticos, en general, y de africanos. Una cota inferior para la cantidad de muertos: setenta y cuatro millones de personas. Casi todas las fuentes hablan de cien millones de muertos” (ALINOVI, 2009, p. 38).

(64) PAPACCHINI, Ángelo, “El otoño de la concepción medieval del mundo”, *Revista de la Universidad Nacional de Colombia*, nro. 13, vol. 3, 1987, ps. 21-35.

(65) Para Frank Snowden —en su último libro, publicado en marzo del 2020, y por ello escrito antes del SARS-CoV-2— han existido tres pestes, sin perjuicio de sus períodos internos; así: la primera, en la era de Justiniano, que corre entre el 541 y el 755, ocasionando entre 20 y 50 millones de muertes; la segunda, que corre entre 1330 y el 1830, que globalmente mató a la mitad de la población mundial; y la tercera, que comienza en 1885 y concluye sobre 1920, cobrándose unos 20 millones de vidas (SNOWDEN, Frank, 2020).

mente virulenta, y por ello la altísima cantidad de muertos (66).

Omitimos las referencias historiográficas vinculadas con la sífilis, difteria, tuberculosis, paludismo, fiebre amarilla, lepra, cólera y otras —incluidas las que modernamente hemos tenido en el siglo pasado—, que podrían ser igualmente significativas, pero nunca como lo ha sido la peste bubónica(67).

Efectuado este registro histórico, queremos volver a posar nuestra atención en lo que hemos dicho acerca de la condición catastrófica o calamitosa que podemos atribuir a la sociedad en general y a las sociedades científicas en particular por las epidemias. Por de pronto, hay que señalar que un autor de máxima autoridad en la historia de las epidemias, como es Adrien Philippe (1853), en su libro clásico “Histoire de la peste noire”, ya destacaba que si le hubieran preguntado al hombre del siglo XIV por la causa de la peste, hubiera con certeza respondido que fue debido “a alguna influencia planetaria” (68).

(66) Dos destacadas profesoras, Jessica Belser y Terrence Tumpey, en un artículo firmado en la revista *Science* (19/01/2018, vol. 359, nro. 6373, p. 225), indican, luego de la afirmación copiada más arriba: “Como ahora sabemos, las aves silvestres son el reservorio natural de los virus de la influenza A. Con una amplia diversidad antigénica y genética inherente a las proteínas de la superficie del virus de la influenza, una cepa a la que los humanos son inmunológicamente ingenuos podría saltar la barrera de las especies en cualquier momento. Los virus A (H5N1) y más recientemente, los virus A (N7H9) son dos ejemplos. Sin embargo, los cerdos también se reconocen como un ‘recipiente de mezcla’ para los virus de la influenza, y en las últimas dos décadas, ha habido un aumento en los casos humanos después de la exposición a cerdos infectados. Existe clara y alarmantemente una gran diversidad de fuentes zoonóticas de virus de influenza A que podrían adquirir un fenotipo transmisible en humanos y causar una pandemia” Disponible en <https://science.sciencemag.org/content/359/6373/255?inicmp=trendmd-sci>, última visita: 18/05/2020.

(67) BURNET, Macfarlane, “Historia natural de la enfermedad infecciosa”, Ed. Alianza, Madrid, 1982; CARTWRIGHT, Frederick, “Grandes pestes de la historia”, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 2005.

(68) Un repaso completo de las transformaciones habidas en el tratamiento histórico del fenómeno epidémico puede ser consultado, con todo provecho y con una realización historiográfica acabada, desde la perspectiva tanto médica como social de Europa y la peste, en el denso artículo de José L. Betrán Moya (1994).

Pues bien, si de esa afirmación de “influencia planetaria” hacemos una interpretación extensa y la sostenemos con una narrativa más renacentista que medieval, bien se podría comprender que el sintagma “influencia planetaria” puede tener que ver también con el ámbito que hoy venimos a nombrar, en sentido lato, como lo “ecológico” —en tanto actuado por la categoría que más arriba atribuimos a los “ecologistas razonables”—. Así, George Tansley había desarrollado la idea de que el ser humano, como viviente, se integra al conjunto completo de los demás vivientes, conformando así la “biocenosis” (comunidades de organismos de distintas especies que se constituyen en unas condiciones ecológicas dadas y que se mantienen en un estado de equilibrio dinámico), que, junto con el “biotopo”, conforman el “ecosistema”, el cual entonces se integra con los factores abióticos del medio y la biocenosis. James Lovelock (69), tras la huella de aquel, sostuvo que toda la vida viviente es una sola unidad, y que la atmósfera es una continuidad de nuestro estar biológico.

Con ello a la vista, la zoonosis (70) que se podía producir devenía un dato totalmente previsible, agravado —si se quiere— por las condiciones de consumo y relacionamiento que en el mercado de Wuhan se producían y que —no dudamos— habrán de continuar produciéndose.

A partir de todo lo dicho, entonces, parece inevitable responder que la responsabilidad que le cabe a la especie humana es ineludible, pero muy especialmente la responsabilidad que pesa sobre el mundo científico, que se encuentra fundamentalmente abocado a este tipo de estudios; además, se ha convertido en una cuestión confusa determinar si se puede hacer ciencia pura sin, a la vez, estar haciendo aplicación de ella —esto es, la misma ciencia pura es también ciencia aplicada—. En realidad, hoy los científicos hacen ciencia y a la vez aplican desarrollos técnicos sobre ella, con lo cual el resul-

(69) LOVELOCK, James, “Homenaje a Gaia: La vida de un científico independiente”, Ed. Laetoli, Pamplona, 2005.

(70) Se define como “El estado morboso producido por parásitos animales / Enfermedad de los animales” (Mascaró y Porcar, 1971).

tado de su accionar es “tecno-ciencia”; por ello, no resulta posible un pensamiento que formule una abstracción del científico puro, escindiéndolo de aquel otro que hace desarrollos prácticos desde aquella (71). Durante un dilatado espacio de tiempo, esto es lo que ha permitido que los científicos se eximieran de responsabilidad, señalando que la ciencia es neutra y que la responsabilidad es de quienes se aprovechan de ella (72).

Desde este punto de vista, el Prof. Frank Snowden, en la entrevista concedida el 03/03/2020 a la revista *The New Yorker*, ha indicado: “Las enfermedades no afectan a las sociedades de manera aleatoria y caótica. Son eventos ordenados, porque los microbios se expanden y difunden selectivamente para explorar nichos ecológicos que los seres humanos han creado. Esos nichos muestran en gran medida quiénes somos: si, por ejemplo, en la Revolución Industrial, realmente nos importó lo que sucedió con los trabajadores y los pobres y la condición en que vivían las personas más vulnerables” (73).

Con esto no queremos decir que estemos frente a una lucha de especies (microbiana *vs.* humana), puesto que resulta completamente excesivo; sin embargo, no lo es si pensamos que hace cinco meses se ha disparado como tal la colonización bacteriana en los seres humanos y que, si bien hemos podido conocer rápidamente el genoma del enemigo y luego se lo ha catalogado dentro del género de los coronavirus atento a su misma morfología, no se lo ha vendido, estando de por medio toda la inteligencia biomédica, química y farmacéutica del planeta en dicho objetivo.

(71) En breves palabras, ha indicado a este respecto Gilbert Hottois: “La primera es el final de la separación de la ciencia y de la técnica por el reconocimiento de que la ciencia moderna, al ser causal es, al mismo tiempo y necesariamente, técnica, es decir, poder-saber-hacer. En lo sucesivo el desarrollo científico y el desarrollo técnico están indisolublemente vinculados en la compleja dinámica que constituye la IDTC (investigación y desarrollo tecnocientíficos)” (HOTTOIS, Gilbert, 1997, t. II, p. 1562).

(72) LÓPEZ CERREZO, José, “Ciencia y política del riesgo”, Ed. Paidós, Barcelona, 2000.

(73) Disponible en <https://www.newyorker.com/news/q-and-a/how-pandemics-change-history>, última visita: 18/05/2020.

De nuevo, penosamente —y para concluir provocativamente—, volvemos a la comparación con la Peste Negra, de siete siglos atrás; con ella, si bien se produjo algún adelanto en la medicina, este vino de la mano de la proliferación de una serie de obras llamadas *Tractatus de peste*, en las que se enseñaba a los médicos —aunque en modo alguno la etiología de la enfermedad, y mucho menos el tratamiento contra ella—, “al menos [se daban en tal lugar] importantes normas para el diagnóstico y la higiene

individual” (74). Con lo cual parece que hemos avanzado bastante poco, al menos en el capítulo desde el que estamos focalizando el problema.

Todo ello, como es obvio, es por demás preocupante, no solo por lo que significa en concreto, sino por el juicio proyectivo que de ello se puede hacer.

---

(74) GRACIA, Diego, “La medicina en la Baja Edad Media latina (siglos XIV y XV)”, en LAÍN ENTRALGO, Pedro, *Historia de la medicina*, Ed. Salvat, Madrid, 1972, p. 347.

# Los cuerpos heridos, imaginarios colectivos, zozobras y respuestas

## Las epidemias en la historia

Marcela Aspell (\*)

**Sumario:** I. Los cuerpos heridos.— II. El ataque.— III. La epidemia de fiebre amarilla o vómito negro de 1871.— IV. Y la epidemia llegó.— V. La gestión popular de la epidemia de fiebre amarilla de 1871.— VI. El fin de la muerte amarilla. Cuatro tesis y un monumento.— VII. Conclusiones.

### I. Los cuerpos heridos

Sufrimientos, infecciones, padecimientos y dolencias que en determinadas coyunturas se convertían en temibles epidemias azotaron siempre la historia de la humanidad y afectaron la construcción social colectiva del mundo.

*La peste era el caos, la anarquía, el desconcierto, el desorden.*

Una idea recurrente en estos tiempos de zozobra medieval fue la de considerar a la enfermedad como pecado, donde la putrefacción de la carne expresaba la propia podredumbre del alma que impactaba con ferocidad en el cuerpo del pecador.

Era menester entonces acudir a la salvación del alma, para luego atender el padecimiento corporal.

La labor del sacerdote precedía entonces a la del médico.

“La providencia divina era la que actuaba: el morbo surgía porque Dios así lo quería y para combatir el mal los cuidados espirituales eran

(\*) Vicepresidenta de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesora emérita de la Universidad Nacional de Córdoba. Investigadora principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

los fundamentales. Quitar los pecados mediante la confesión y recibir al Señor en la comunión pasaban a ser las medicinas más eficaces, y solo después de que el alma estuviese a salvo se podría ayudar a sanar la parte corporal de la persona doliente” (1).

Pero la enfermedad podía también originarse por la temida presencia del diablo. Embrujamiento, hechicerías y maleficios enfrentaban al hombre herido en su salud y lozanía con el diablo.

Satanás solo podía ser combatido eficazmente por la oración y la piedad del arrepentimiento de los pecados cometidos.

Enfrentados al cotidiano terror de males desconocidos, se busca el remedio de lo sobrenatural para restablecer el ansiado equilibrio de los “cuatro humores” (2).

(1) CARMONA, Juan I., “Enfermedad y sociedad en los primeros tiempos modernos”, Ed. Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2005, p. 11.

(2) Concebida por Hipócrates y desarrollada más tarde por Galeno, insiste en la indispensable armonía de los cuatro humores: bilis negra, bilis amarilla, flema y sangre, que se relacionaban estrechamente con los cuatro elementos: fuego, aire, agua y tierra, y con las calidades de caliente, frío, húmedo y seco. Los humores debían mantenerse armoniosamente, sorteando los peligrosos desajustes que provocaban la enfermedad física o espiritual.

Reliquias de santos, imágenes religiosas, agua bendecida, rezos, letanías, imprecaciones al cielo, procesiones y peregrinaciones, flagelaciones, cilicios, privaciones y castigos físicos públicos y privados eran ofrecidos en una atormentada epifanía, donde el martirio de los cuerpos procuraba desesperadamente la ansiada salvación de las almas.

Los relatos de la peste revelan el profundo sufrimiento físico y psíquico que abrumaba a quien transitaba la siniestra adversidad de la catástrofe.

En 1630, Fra Benedetto Cinquanta anotaba la “...confusión de los muertos, de los moribundos, del mal y de los gritos, los aullidos, el espanto, el dolor, las angustias, los miedos, la crueldad, los robos, los gestos de desesperación, las lágrimas, las llamadas, la pobreza, la miseria, el hambre, la sed, la soledad, las cárceles, las amenazas, los castigos, los lazaretos, los unguentos, las operaciones, los bubones, los carbuncos, las sospechas, los desmayos” (3).

En un mundo atravesado por una fuerte religiosidad, las prácticas médicas se teñían a su vez de un enérgico trasfondo proveniente de las devociones piadosas y de la magia.

En las experticias de la medicina popular se mezclaban remedios caseros, ejercitados por generaciones al calor de la lumbre del hogar, con el concurso de plantas medicinales, con terapias mágico-religiosas que acudían a ritos y conjuros.

Aparecen textos destinados al común, albergando indicaciones y observaciones médicas para cuidar la salud, proteger la buena fortuna y atraer los siempre esquivos riqueza y amor, muchos de ellos atravesados con barruntos y amonestaciones alumbradas con un potente pensamiento mágico.

---

(3) CINQUANTA, Benedetto, citado por DELUMEAU, Jean, “El miedo en Occidente (siglos XIV-XVIII). Una ciudad sitiada”, Ed. Taurus, Madrid, 2002, ps. 173-174.

Como alguien ha dicho: “no faltaban en las librerías del Siglo de Oro ‘tesoros’ que escardar” (4).

Entre ellos sobresale, con una titulación que replica la extravagancia de una paradoja, el “Tesoro de los pobres, por la qual todas las enfermedades que pueden ser en cuerpos de los hombres y de las mugeres puede haver remedio de salud”, vuelto a editar en el siglo XVII como “Libro de medicina llamado Tesoro de pobres [...] compuesto por el maestro Julián que lo recopiló de diversos autores. Con un Regimiento de Sanidad aora nuevamente corregido y emmendado por Arnaldo de Villanova, Madrid, Diego Díaz de la Carrera, 1644”, que Palau atribuye a Juan XXI, cuyo Prólogo amonestaba a sus lectores a buscar la cura de sus dolencias, desechando la tutela de los galenos:

“Aquí comienza un libro muy provechoso en Medicina llamado Tesoro de los pobres. El qual mandó hazer el Papa Juan a un médico suyo llamado Maestre Juliano, hombre muy sabio y experimentado en Medicina. El qual por servir a su Sanctidad y por servicio de Dios y por bien de los próximos, buscó quantos doctores y maestros havia en Medicina en aquel tiempo en que uvo LVI doctores que allegó para esta obra muy sabios. Para que los hombres se sepan curar sin médico donde no lo oviere y oviere mucha necesidad”.

El “Libro de San Cipriano”, un grimorio vastamente conocido en el mundo de habla hispana y portuguesa, también llamado “Gran Libro de San Cipriano”, “Libro Magno de San Cipriano” o simplemente “Ciprianillo”, alcanzó la oportunidad de numerosas ediciones, siendo la más conocida “El tesoro del hechicero”, que reunía un minucioso elenco de consejos y admoniciones sobre el cuidado de la salud asentados en prácticas de nigromancia y magia blanca.

En tiempos de abatimiento, la desesperación, el miedo y la zozobra empujaron a buscar como consuelo a los responsables de los considerados *castigos divinos*. Judíos y leprosos se convirtieron rápidamente en víctimas propiciatorias,

---

(4) RODRÍGUEZ CACHO, Lina, “Tesoros de frailes y tesoros laicos: notas para una tipología de los títulos en el Siglo de Oro”, Ed. Centro Virtual Cervantes.

contra los que se lanzó una despiadada persecución, contra estos hombres “que parecían los instrumentos de un Dios vengador que azotaba a sus criaturas” (5).

Era menester encontrar la coherencia que permitiera recomponer el mundo herido. Y el alivio principiaba por encontrar al culpable del desastre.

Los sacrificios humanos para apaciguar el ánimo de divinidades exasperadas se prolongaron en renovadas liturgias a lo largo de los siglos, que continuaron descargando su miedo y angustias en el “otro”, en el distinto, en el *dese-mejante, rechazado por temido y temido por rechazado*, que no había podido integrarse aún al núcleo social herido.

Largas y sangrientas procesiones de flagelantes, que embozan, en ocasiones, ritos de exorcismo, aúnan la desesperada súplica de toda una ciudad. En ellas participa toda la comunidad.

“No hay espectadores más forzados que aquellos que, bloqueados en sus casas miran por sus ventanas cerradas. Todos los demás, clérigos, laicos, magistrados y simples ciudadanos, religiosos y cofrades de todos los hábitos y todos los estandartes, masa anónima de habitantes, participan en la liturgia, rezan, suplican, cantan, se arrepienten y gimen” (6).

Pero este “desorden” del que hablábamos en los párrafos anteriores debe ser compensado por un modelo disciplinario que vigile y controle eficazmente el mundo de los vivos, los enfermos y los muertos.

Pero es muy difícil anudar esta caótica estructura... y sostenerla.

Veremos a continuación, en estas páginas, cómo aparecieron nuevos segmentos, desde las mismas bases sociales, que actuaron para contrarrestar la epidemia.

(5) DUBY, Georges, “Año 1000, año 2000. La huella de nuestros miedos”, Ed. Andrés Bello, Santiago de Chile, p. 89.

(6) DELUMEAU, Jean, “El miedo en Occidente...”, ob. cit., p. 219.

## II. El ataque

Lepra, cólera, peste negra, viruela, sífilis, tifus, fiebres malignas, todo en sucesivas oleadas:

“El fuego del mal ardiente quema a las poblaciones del año mil. Una enfermedad desconocida provoca un terror inmenso. Pero, aún no llega lo peor: la peste negra devasta Europa y liquida un tercio de su población durante el verano de 1348. Como el sida para algunos en los años 80, esta epidemia se vive como castigo del pecado. Se busca entonces víctimas propiciatorias y se encuentra a judíos y leprosos: se los acusa de envenenar los pozos. Las ciudades se repliegan, prohíben que ingrese el extranjero sospechoso de contagio. La muerte está en todas partes, en la vida, el arte, la literatura. Pero los hombres de la época temen otra enfermedad, la lepra, que se considera propia de la perversión sexual. Sobre el cuerpo de esos desgraciados se reflejaría la podredumbre de sus almas. Aíslan y encierran entonces a los leprosos, rechazo radical que recuerda algunas actitudes para con el sida” (7).

Cuando se cree haber identificado *al chivo expiatorio*, al que se supone culpable de la peste, se desata una cruda xenofobia que construye un imaginario pesimista y cruel, en ocasiones de incontenibles consecuencias.

Resurge el mundo de las mentalidades mágicas, se desconfiaba de la medicina científica, a la cual coyunturalmente se le atribuye incluso haber provocado la peste por el empleo de medicamentos y prácticas que son resistidas.

Curanderos y sanadores, con sus emplastos de polvos y yerbas naturales, sus conjuros y oraciones, inspiran mayor confianza “por el fortalecimiento del pensamiento mágico cuando la medicina tradicional no logra dar respuesta a la epidemia” (8).

En el Nuevo Mundo se desataron epidemias de sarampión, “modorra”, tifus, *plaga pulmonar*.

(7) *Idem*, ps. 78-79.

(8) TORTORELLO, Yesica, “La fiebre amarilla en Buenos Aires: la gran epidemia de 1871 y su imaginario”, en XVI Jornadas Interescuelas, Departamento de Historia, Facultad de Humanidades, Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata, 2017.

nar, gripe, malaria y “fiebres cuartanas”, disentería hemorrágica, difteria, fiebres palúdicas, fiebre amarilla, viruela, que los aztecas referenciaban como *buey zahuatl* o “gran erupción cutánea”, que atacó todo el continente en sucesivas oleadas, originando la célebre *Real Expedición Filantrópica de la Vacuna* o *Expedición Balmis*, sufragada por Carlos IV, que dio la vuelta al mundo entre los años 1803 y 1806, con el propósito de erradicar la viruela de todos los rincones del Imperio español.

En la segunda mitad del siglo XIX, el Río de la Plata sufrió brotes de fiebre amarilla, traída en 1857 desde Montevideo por barcos provenientes del Brasil, donde la enfermedad era endémica. Un año después, la enfermedad volvió a aparecer, causando 300 muertos en la ciudad de Buenos Aires, cifra que se duplicaría diez años más tarde con la epidemia de cólera de 1867.

Si bien la primera epidemia de cólera casi no registró víctimas, la segunda oleada en el verano de 1868 atacó gran parte de Buenos Aires y más de diez provincias argentinas.

La epidemia logró paralizar las operaciones militares, enfermando a 4000 soldados y matando a 2400.

“Entre vómitos y diarreas [...] exprimía los cuerpos de las víctimas hasta la última gota de agua, convirtiendo en pocas horas a un hombre joven y robusto en un pingajo arrugado, un tembloroso esqueleto, apenas recubierto por una piel reseca y quebradiza” (9).

Su virulencia se llevó incluso al vicepresidente de la Nación, Marcos Paz, que reemplazaba al general Mitre, ausente de la República por la dirección de la Guerra del Paraguay.

Esa misma contienda, iniciada en 1865, sería la causa de un nuevo brote de fiebre amarilla que cobraría la vida de alrededor de 14.000 personas en apenas cuatro meses.

Veremos a continuación cómo se desarrolló la epidemia de fiebre amarilla o *vómito negro* de 1871.

(9) SCENNA, Miguel Á., “Cuando murió Buenos Aires. 1871”, Ed. La Bastilla — Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 165.

### III. La epidemia de fiebre amarilla o vómito negro de 1871

“Quien se detuviera en el centro de la Buenos Aires de 1870, tendría como impresión fundamental la de haber entrado a una ciudad grande y pacífica. Una febril actividad se desarrollaba en la zona de los muelles y en algunas calles comerciales adyacentes, pero el resto de la ciudad se extendía en calles tranquilas; parecía reposar dentro de los patios y detrás de las paredes de ladrillos revocados de sus casas de una sola planta. Esta era la ciudad más populosa y el puerto más importante de la Argentina, el centro administrativo del gobierno nacional y la capital de la provincia más grande y más rica del país. No obstante, la vida transcurría con ritmo pausado” (10).

Xavier Marmier observaba:

“No conozco nada parecido a la de Buenos Aires. Cortada en líneas rectas y dividida en ‘manzanas’, iguales de 150 metros por lado. Cuando se averiguan las señas de alguna persona, aquí se responde siempre: vive a dos o tres cuadras y media; y ya tenéis, metro más, metro menos, la medida exacta. El mismo espíritu de uniformidad que ha inspirado el ancho de las calles preside la construcción de las casas” (11).

En el último cuarto del siglo XIX la ciudad de Buenos Aires, un geométrico damero que componía un verdadero tablero de ajedrez, afrontaba una paradoja cuya absurda incongruencia sellaría amargamente el destino de la epidemia de 1871: *la ciudad recostada sobre el gran río había crecido demográficamente en absoluta soledad con su estructura habitacional*.

Buenos Aires se encontraba habitada por casi 180.000 personas, con un altísimo porcentaje de población inmigrante alojada en condiciones paupérrimas.

Este crecimiento demográfico se robusteció con el considerable ingreso de población inmigrante.

(10) SCOBIE, James, “Buenos Aires del centro a las barrios. 1870-1910”, Ed. Hachette, Buenos Aires, 1977, p. 57.

(11) MARMIER, Xavier, “Buenos Aires y Montevideo en 1850”.

Alentada como un decidido motor de progreso económico, en toda la segunda mitad del siglo XIX se desarrollaron políticas de aliento a la inmigración, tarea que no tardó en cuajar con un altísimo ingreso de sectores empobrecidos de Europa, que huían desesperados de las pésimas condiciones de vida y trabajo.

El “Resumen estadístico del movimiento migratorio en la República Argentina años 1857-1924” arroja cifras elocuentes (12).

Entre 1857 y 1890 ingresaron al país 1.281.577 inmigrantes, distribuidos de este modo:

20.000 inmigrantes arribaron entre los años 1857 y 1860; 159.570 lo hicieron entre los años 1861 y 1870; 260.885 entre 1871 y 1880, y 841.122 entre los años 1881 y 1890, respectivamente.

Entre los días 15 y 17/09/1869, por especial gestión del presidente de la República, se llevó a cabo el Censo Nacional dirigido por el Dr. Diego T. De la Fuente.

Sus resultados apuntaron a que la población del territorio argentino ascendía a 1.830.214 habitantes, incluidos 93.138 indios que habitaban las regiones chaqueña, patagónica, fueguina y misionera. La distribución de esa cifra se desglosaba en el escenario provincial del siguiente modo: Buenos Aires, 495.107; Córdoba, 210.508; Entre Ríos, 134.271; Santiago del Estero, 132.898; Corrientes, 129.023; Tucumán, 108.953; Santa Fe, 89.117; Salta, 88.933; Catamarca, 79.962; Mendoza, 65.413; San Juan, 60.319; San Luis, 53.294; La Rioja, 48.746; Jujuy, 40.379; y los territorios nacionales, 93.291.

La población urbana agrupaba a 600.670 habitantes, y la rural, 1.136.406. Eran argentinos 1.526.784 pobladores, y extranjeros, 210.292. El 71% de las personas mayores de 6 años eran analfabetas.

La Ciudad de Buenos Aires, con altas tasas de natalidad, pero también de mortalidad, contaba

con 177.787 habitantes, entre los cuales moraban 88.126 extranjeros: 44.233 italianos y 14.609 españoles.

Sobre casi 19.000 viviendas urbanas, 2300 revestían una construcción primaria de madera o barro y paja.

Las cuatro ciudades más pobladas eran Córdoba, Rosario, San Miguel de Tucumán y Buenos Aires.

Lo que también reveló el Censo fue el exponencial crecimiento de la ciudad porteña. Horacio C. Rivarola destacaría en 1910 las características más enfatizadas del Censo de 1869: “La ciudad cabeza aumenta, crece desmesuradamente, y da motivo a la afirmación tantas veces traída y llevada del peligro e inconveniente de la cabeza enorme con cuerpo pequeño”.

Pero el desarrollo edilicio de la planta urbana de la ciudad no acompañaba la desbordada elocuencia de su despliegue demográfico. Las viviendas de locación múltiple —el clásico “conventillo” asentado en casonas que habían sido abandonadas por sus dueños originales, quienes, sin embargo, conservaban su propiedad y las rentaban por cuartos a los inmigrantes recién llegados, convirtiéndolas en un próspero negocio— no tardaron en erigirse en un peligroso foco de contaminación epidémica.

Asentados en espacios mezquinos, atestados de inmigrantes, con cocinas comunes u hornillos improvisados colocados en los mismos dormitorios, letrinas compartidas, “mezclados los olores a los alientos” (13) los conventillos fueron el primer y único refugio de las oleadas de inmigrantes que a diario vomitaban las panzas de los barcos.

Eduardo Wilde, un joven “médico de los pobres” que, a juicio de un testigo de la época, Paul Groussac, “se portó admirablemente durante la epidemia” (14), los conocía perfectamente por

(13) SCENNA, Miguel Á., “Cuando murió Buenos Aires”, ob. cit., p. 133.

(14) GROUSSAC, Paul, “Los que pasaban”, Estudio Preliminar de Alejandro Eujenian, Ed. Taurus, Colección Nueva Dimensión Argentina, dirigida por Gregorio Weinberg, Buenos Aires, 2001, p. 69.

(12) DIRECCIÓN GENERAL DE INMIGRACIONES, “Resumen estadístico del movimiento migratorio en la República Argentina años 1857-1924”, Ed. Talleres Gráficos del Ministerio de Agricultura de la Nación, Buenos Aires, 1925.

su ejercicio profesional, y sobre el particular confesaba:

“Yo por mi profesión me veo obligado muchísimas veces a penetrar y tener ocasión de observar lo que allí pasa. Un cuarto de conventillo como se llaman esas casas ómnibus que albergan desde el pordiosero hasta el pequeño industrial, tiene una puerta al patio y una ventana, cuanto más es una pieza cuadrada de cuatro varas por costado y sirve para todo lo siguiente: es la alcoba del marido, de la mujer y de la cría como dicen ellos en su lenguaje expresivo, la cría son cinco o seis chicos debidamente sucios, es el comedor, cocina y despensa, patio para que jueguen los niños, sitio donde se depositan los excrementos a lo menos temporalmente, depósito de basura, almacén de ropa sucia y limpia si la hay, morada del perro y del gato, depósito de agua, almacén de comestibles, sitio donde arde de noche un candil, una vela o una lámpara, en fin, cada cuarto de estos es un *pandemonium* donde respiran contra todas las prescripciones higiénicas, contra las leyes del sentido común y del buen gusto y hasta contra las exigencias del organismo mismo cuatro, cinco o más personas” (15).

Carente de servicios cloacales y de un adecuado suministro de agua potable, la contaminación de las napas de agua de donde se extraía el líquido vital, por la peligrosa vecindad con los pozos ciegos que recibían las aguas servidas, los desechos y las basuras de la ciudad, provocaba múltiples infecciones y severas enfermedades gastrointestinales.

Adam Altgelt, un hombre que vivía en la época, escribía: “Desde que fue construida nuestra ciudad, nunca se evacuó un excusado. Los pozos negros tienen una profundidad de 20 a 60 pies [...], no tienen revestimiento, carecen de caños de salida. Los líquidos son absorbidos por la tierra circundante, y cuando las partes sólidas se han acumulado, hasta llegar casi al inodoro, se hace un nuevo pozo al lado y se lo comunica con el viejo mediante una pequeña zanja. Va a parar allí también los residuos de la cocina. De modo que tenemos 30.000 pozos negros o ‘aguas de los mil olores’ llenos al tope y otros

(15) WILDE, Eduardo, “Arrendamiento de las obras de salubridad de la Capital”, Buenos Aires, 1887, p. 67.

15.000 hasta la mitad, que continuamente a través de todos los poros, transpiran sus miasmas, convirtiendo a la ciudad en los días sin viento, y con elevada humedad, en una verdadera cueva pestilente” (16).

La deficitaria recolección de la basura acumulaba los despojos en zonas periféricas de la ciudad, donde, con una piedra de considerables dimensiones, se aplanaban los residuos para utilizarlos luego como relleno de los terrenos bajos y para la nivelación de las calles que se pavimentaban “a bola”.

El calor del verano fermentaba los desechos enterrados, que despedían vapores insostenibles que se escapaban por las juntas del pavimento.

La recolección se llevaba a cabo en carros abiertos que levantaban los residuos amontonados en estado de putrefacción, que solían sobrepasar la capacidad del transporte “dejando al paso un reguero de residuos que ya nadie volvía a levantar” (17).

A su vez, saladeros, mataderos, graserías y otros establecimientos de una incipiente industria decimonónica arrojaban displicentemente sus desperdicios al Riachuelo o sus afluentes sin tratamiento alguno.

La sangre y las entrañas desechadas del sacrificio de los animales en los mataderos vecinos a las márgenes del Riachuelo terminaban en sus aguas, circunstancia que provocaba la infestación de las orillas, donde se criaban nubes de moscas y mosquitos, a la par que una marea de hedores repugnantes invadía la atmósfera de la ciudad.

Se había construido un verdadero *basurero líquido*, convertido en un foco infeccioso por la gran cantidad de materias orgánicas en esta-

(16) ALTGELT, Adam, “Los viejos Altgelt”, Buenos Aires, 1990, citado por HARISPURU, Adela, “Buenos Aires, 1871. Crónica de una epidemia”, *Así Hacíamos Historia*, vol. I-2, otoño de 2008.

(17) Pbro. GARCÍA CUERVA, Jorge I., “La Iglesia en Buenos Aires durante la epidemia de fiebre amarilla de 1781”, tesis de Licenciatura, Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de Buenos Aires, Buenos Aires, 2002, p. 20.

do de putrefacción que albergaban sus fétidas aguas, convertidas en el perfecto *caldo de cultivo* para la incubación de mosquitos.

*La Nación*, en su edición del día 15/02/1871, denunciaba:

“Parece que el lecho del Riachuelo es una inmensa capa de materias en putrefacción. Su corriente no tiene ni el color del agua. Unas veces sangrienta, otras verde y espesa, parece un torrente de pus que escapa a raudales de la herida abierta al seno gangrenado de la tierra. Un foco tal de infección puede ser la causa de todos los flagelos, el cólera y la fiebre. ¡Hasta cuándo respiraremos el aliento y beberemos la podredumbre de ese gran cadáver tendido a espaldas de nuestra ciudad!” (18).

“Solo faltaba una epidemia que pusiera a prueba las leyes del mercado” (19).

#### IV. Y la epidemia llegó

Probablemente en barcos provenientes de Asunción, en pleno desarrollo de la Guerra de la Triple Alianza, la enfermedad arribó a Buenos Aires en el mes de enero de 1871.

Previamente se registró un brote en Corrientes.

Exhausta por la larga guerra que mantenía con el Brasil desde 1864, y desde el 01/05/1865 con los países de la Triple Alianza, Paraguay atravesaba hacia finales de 1870 los estertores finales de la guerra.

Carente de estructura sanitaria, agotada, abatida y hambreada, Asunción sufrió en los últimos meses de 1870 un brote de fiebre amarilla originado por los contagios provocados por prisioneros paraguayos repatriados desde el Brasil, virus que rápidamente se trasladó a Corrientes, donde el primer caso fue diagnosticado el 14/12/1870.

“Ciudad pequeña, de calles arenosas sin empedrar, con pocas veredas y muchos aleros bus-

(18) *La Nación* del 15/02/1871.

(19) PIGNA, Felipe, “La fiebre amarilla en Buenos Aires”, <https://www.elhistoriador.com.ar>.

cando crear sombra, de casas chatas de un solo piso con gloriosos jardines interiores, arbolada con la sed de frescura de un clima tórrido en verano, poblada de iglesias de extraña construcción, llevaba desde siempre una vida calma de severas raíces, expresada en la serena pachorra de sus habitantes, bajo cuya parsimonia escondían una dureza de granito” (20).

La guerra la convirtió en el principal nudo de comunicaciones con el mando aliado y estratégica cabecera en el abastecimiento de las tropas en operación, con un puerto donde atracaban todos los navíos prestos al combate y un incesante traslado de tropas.

La peste cobró 2000 muertos en los primeros meses de 1871.

Era pues inevitable la infección de Buenos Aires, sede de las autoridades nacionales del país, de las provinciales y aun de las municipales.

La fiebre amarilla se desarrollaría con especial virulencia en las zonas más densamente pobladas de San Telmo, Montserrat, San Nicolás, San Miguel, Catedral al Sur y Balvanera.

El Censo Municipal de 1887 denunciaba el siguiente encadenamiento mensual de las 13.614 muertes ocurridas en el primer semestre de 1871:

Enero: 6.

Febrero: 298.

Marzo: 4895.

Abril: 7535.

Mayo: 842.

Junio: 38.

De esta cifra de 13.614 muertes ocurridas en el primer semestre de 1871, resulta significativo acotar que el 75% correspondía a extranjeros, totalizando 10.217 muertos, con alta incidencia en la población italiana, que vivía en barrios

(20) SCENNA, Miguel Á., “Cuando murió Buenos Aires”, ob. cit., ps. 183-184.

muy afectados por la epidemia y con mayor presencia en hombres.

La multiplicación de las defunciones, que alcanzaron su pico más dramático en el transcurso del mes de abril, no alteró empero la dinámica poblacional, que “se recuperó de inmediato” (21).

Pese a que las muertes en la ciudad se multiplicaban (22), los festejos de carnaval del mes de febrero de 1871 no fueron interrumpidos, porque “los cascabeles de Momo no lograron apagar los dobles de las campanas” (23).

Inexplicablemente, los periódicos incitaban a la población a sumarse a los festejos:

“Carnaval: Ya no hay duda de que este será espléndido en el presente año. ¡La cosa se ha formalizado! Hay un buen espíritu y se llevará a cabo, como no se ha visto hasta ahora en Buenos Aires. Será un carnaval de no te muevas. Aprontarse” (24).

Mientras, Mardoqueo Navarro anotaba: “Las fiestas arrecian y la fiebre se olvida. Los excesos rendirán sus frutos”; hombres y mujeres bailaban en un frenético *intermezzo* que muy pronto sería reemplazado por vómitos pestilentes y una montaña de cadáveres.

Y aun cuando se admitiera la presencia de la peste, todavía se intentaba borrar la sombra amenazante de una epidemia.

“Mucha alarma, grandes preparativos, para salvarse de una epidemia que aún no se ha iniciado con carácter epidémico [...]. Podemos garantizar al pueblo que la fiebre amarilla no tiene el carácter alarmante que se le atribuye, por algunos espíritus medrosos [...]. Lo que sucede hoy con la fiebre amarilla en la parroquia de San Telmo no tiene el carácter de an-

---

(21) MAGLIONI, Carolina — STRATTA, Fernando, “Impresiones profundas. Una mirada sobre la epidemia de fiebre amarilla en Buenos Aires”, *Población de Buenos Aires*, nro. 9, año 6.

(22) Febrero concluyó con 288 fallecidos.

(23) GROUSSAC, Paul, “Los que pasaban”, ob. cit., p. 69.

(24) *La Discusión* del 30/01/1871.

tes, pues los casos de hoy son raros y de carácter esporádicos” (25).

Ignorada por las autoridades, la fiebre avanzaba a pasos agigantados.

Las viviendas de locación múltiple radicadas en el barrio de San Telmo, Bolívar 392 y Cochabamba 113, constituyeron los primeros focos del contagio.

Bolívar 392 era un pequeño inquilinato de apenas ocho cuartos donde moraba el inmigrante italiano Ángel Bignollo, de 68 años de edad, quien murió junto a su nuera Colomba, de 18 años. La certificación de sus muertes, acreditada por el médico que los atendió, Juan A. Argerich, el 27/01/1871, indicaba —respectivamente— una *gastroenteritis* para el primero e *inflamación de los pulmones* para la segunda. Esta certificación, que ocultaba la verdadera causa de sus muertes para evitar el pánico de los restantes inquilinos del conventillo, fue comunicada en sus términos reales al comisario de la Sección 14, Filemón Naón, quien la elevó al jefe de Policía Enrique Gorman.

Sin embargo, la Comisión Municipal presidida por Narciso Martínez de Hoz no comunicó lo ocurrido, pese a las advertencias severas de los Dres. Luis Tamini, Santiago Larrosa y Leopoldo Montes de Oca.

Cuando se suponía localizado el brote epidémico en los barrios del sur se desencadenó otro foco de infección en un conventillo ubicado en la calle Paraguay entre Artes y Cerrito.

El desvinciado caserón, que poseía una capacidad para albergar 50 habitantes, estaba ocupado por 320 inmigrantes.

Una nota macabra precipitó el drama. El dueño del inmueble se había empeñado en acumular los desechos que los más de trescientos habitantes generaban diariamente en el patio trasero de la casa, donde conformaban una descomunal montaña de basura, que el tórrido verano de 1871 no cesaba de fermentar, preciado festín de ratas, roedores, moscas y mosquitos.

---

(25) *La Discusión* del 07/02/1871, citado por Pbro. GARCÍA CUERVA, Jorge I., “La Iglesia en Buenos Aires...”, ob. cit., p. 54.

En estas condiciones, el contagio se hallaba asegurado.

El relato de *La Nación* refiere cómo murieron el propietario, su esposa y sus hijos, y cuando las autoridades llegaron, precisaron diez carros de basura “para eliminar la montaña que, como monumento a la miseria y a la infamia se alzaba en los fondos de la casa”.

Entretanto, la peste ya había tomado la ciudad.

En esos días aciagos, un empresario catamarqueño afincado en Buenos Aires, vinculado a los periódicos de la ciudad, comenzó a trazar pinceladas certeras de la tragedia que se vivía en brevísimos desarrollos literarios, conformando un conjunto de observaciones con fuertes críticas a la gestión pública de la epidemia, que se apuntan entre los días 27/01 y 22/06/1871.

Cañido a una austera economía de palabras que no desdeñaba la precisión de la punzante denuncia, apuntaba vigorosamente a señalar la desidia de las autoridades.

El *Diario*, que anotaba los hechos más sobresalientes ocurridos en cada jornada, constituye un desnudo y vibrante *retrato vivo* y la primera bibliografía que se escribió sobre la epidemia, mientras esta se desencadenaba.

Tal es el *Diario de la Epidemia* (26), que logra ser publicado el 05 de julio por la imprenta del diario *La República*, acompañado de un cuadro cronológico ilustrativo de las defunciones ocurridas, clasificadas por nacionalidades.

El *Diario* denuncia la inicial actitud de ignorar la importancia de la epidemia, pese a los reclamos de *La República* requiriendo la urgente implementación de medidas sanitarias: 27 de enero: “Según las listas oficiales de la Municipalidad 4 de otras fiebres, ninguna de la amarilla”.

El 03 de febrero anotaba: “La fiebre no es asunto aún. Los municipales ni palabra a su respecto en su sesión de hoy que es de clausura”.

(26) NAVARRO, Mardoqueo, “El Diario de la Epidemia de 1871”, Ed. Imprenta y Fundición de Tipos de la Sociedad Anónima del Diario La República, Buenos Aires, 1871.

Pero los casos de fiebre amarilla comenzaron a recrudecer.

El 04 de febrero se estableció un cordón sanitario para aislar el barrio de San Telmo; el 07, Buenos Aires fue declarado *puerto infectado*.

Se recomendó que ante la aparición de una persona infectada todos los habitantes de la casa fueran trasladados e inmediatamente puestos en cuarentena.

Entonces, el presidente Sarmiento y el vicepresidente Adolfo Alsina abandonaron la ciudad.

Abordaron un tren acompañados de una extensa comitiva de setenta personas para intentar hallar seguro refugio en la ciudad de Mercedes, hija del antiguo *Fortín Mercedes*, distante a 100 kilómetros de Buenos Aires.

Sarmiento era el mismo hombre que al ascender a la primera magistratura de la República había dicho:

“Una mayoría me ha traído al poder, sin que lo haya yo solicitado, y tengo por lo tanto derecho para pedirle, al sentarme en la dura silla que me ha deparado, que se mantenga unida, y que no eche en adelante sobre mí solo las responsabilidades de su propio gobierno [...]. Teniendo por guía la Constitución Nacional, y como auxiliar la fuerza que ella pone en mis manos, alcanzaré a realizar algunas de las esperanzas que he bosquejado, entregando al que me suceda en este puesto, íntegra la República, prósperas las rentas, un mayor número de hombres felices y educados, la ley respetada, y acaso, aunque no lo espero, bendecido el gobierno” (27).

La actitud presidencial no pasó inadvertida.

*La Prensa*, en su ejemplar del 21/03/1871, denunciaba:

“Hay ciertos rasgos de cobardía que dan la medida de lo que es un magistrado y de lo que podrá dar de sí en adelante, en el alto ejercicio que le confiaron los pueblos [...]. El hombre que manda, el que por su alto carácter oficial tiene

(27) SARMIENTO, Domingo F., “Obras completas”, Buenos Aires, 1899, t. XXI, ps. 272-273.

que ser el ejemplo a imitar por todos los que exponen su vida y su fortuna en holocausto al bien público, y abandona el pueblo que gobierna en el momento en que la existencia de todo ese pueblo necesita el esfuerzo común y entusiasta de los que gobiernan para salvarlo, baja hasta el mismo grado de mediocridad y de pobreza de ánimo, de aquel general que formaba su línea y cuando la metralla hace pedazos a las filas incommovibles de sus heroicos soldados, da vuelta la espalda, aprieta las espuelas y huye víctima del terror para salvar del peligro contingente en que está colocado [...]. A ese general no se lo juzga, se le fusila por la espalda [...]. El señor Sarmiento ha abandonado inconstitucionalmente la ciudad que es el asiento de la autoridad nacional, de la que no puede separarse un solo momento sin autorización del Congreso; la ha abandonado en momentos en que el terror y el duelo extienden su manto fúnebre sobre esta población, que arranca fuerzas hasta de su mismo martirio y ese presidente huye a los pueblos del campo a gozar y ponerse en salvo [...]. ¿Es esta la conducta digna de un presidente argentino? ¿Es posible que haga tanto desprecio de este pueblo noble e ilustrado, que le veamos huir repatingado y lleno de comodidades en un tren oficial? [...]. ¿Por qué no toma esos setenta zánganos que forman su lujosa escolta causando gastos enormes a la Nación, y los manda como enfermeros a llenar el vacío que la caridad pública está hoy llenando?” (28).

Paul Groussac resumiría con firmeza el severo parecer de la ciudadanía:

“Cada día señalaba un nuevo paro. Siguiendo a las industrias se paralizaron las instituciones. En abril habían dejado de funcionar sucesivamente las escuelas y los colegios, los bancos, la Bolsa, los teatros, los tribunales, la aduana, etc. Los gobiernos nacional y provincial decretaban la feria de sus oficinas, fuera de no dar personalmente, el presidente y el gobernador, ejemplo de heroísmo” (29).

Mardoqueo Navarro no podía dejar de anotar en la jornada del 19 de marzo:

(28) *La Prensa* del 21/03/1871.

(29) GROUSSAC, Paul, “Los que pasaban”, ob. cit., p. 71.

“Médicos que recetan desde el estudio. El presidente huye, legisladores, jueces municipales etc. todos huyen cada día gratis”.

Aunque se desconocía la verdadera causa de la fiebre, atribuida a la pestilencia de las *miasmas* que atormentaban la ciudad, el tema estaba en la punta de los dedos.

Un artículo aparecido en la edición del 18/03/1871 en el diario *La Prensa* anunciaba el peligro acunado en los zanjones en la ciudad:

“Hay ciertas calles mal niveladas, como la de Perú, en que se ha notado la siguiente particularidad: la mayor parte de los casos de fiebre han tenido lugar en las casas que miran al oeste y muy raros en las que miran al este. Si se observa esa calle, tiene su declive sobre las manzanas que apoyan su fondo sobre la calle Bolívar y, por consiguiente, es sobre esas manzanas que tiene lugar el desagüe de la población. Se ha visto también que la fiebre, saltando desde la calle San Juan por encima de manzanas enteras, ha venido a posesionarse de las que quedan entre Chile, Méjico y Venezuela, próximas al desagüe del gran Tercero de la calle Chile y calles que se convierten en ríos durante las grandes lluvias. No están entonces fuera de camino los que creen que la epidemia sigue el curso de los desagües, hecho que viene a robustecer con la observación científica de que la fiebre busca y se desarrolla en las costas. Indudablemente el miasma de esta enfermedad necesita el vapor de agua y la humedad para su desarrollo...”

Porque en los zanjones de la ciudad se criaba el verdadero vector del contagio, la hembra del mosquito *Aedes aegypti*.

Faltarían aún algunos años para que el médico cubano Carlos J. Finlay descubriera el ciclo de contagio provocado por la hembra de la variedad del mosquito *Aedes aegypti*, que lograba nacer y vivir donde se acumulaban unos pocos milímetros de agua (30).

(30) Las conclusiones, elaboradas luego de pacientes investigaciones en áreas de propagación de la fiebre, fueron presentadas en 1881 a la Academia de Ciencias de La Habana, justificando al mosquito como agente trasmisor del virus que se adquiría picando a una persona enferma. En su honor, se consagró el día de su nacimiento, 03

La enfermedad transitaba un ciclo de rápida incubación, de dos a cuatro días; luego, "... el paciente pasa a tener una temperatura de 40 grados, acompañada de escalofríos, quebrantamiento general e intenso dolor de cabeza, vómitos, ligeras diarreas, cefalalgias violentísimas, dolores musculares, afectando también el sistema nervioso, que juntamente con el aparato digestivo, el aparato circulatorio y el hígado, participan activamente de este estado infeccioso; se establece una insuficiencia hepática y renal. Al cabo de este período el enfermo parece recuperarse. Remiten los síntomas, desaparecen los dolores, calman los vómitos. Este intervalo puede durar hasta 48 horas. Luego aparece el tercer momento de la enfermedad, el cuadro se torna grave, el enfermo cae presa del delirio, la temperatura desciende por debajo de lo normal, la respiración es lenta, el pulso acelerado, vuelven los vómitos cada vez más oscuros hasta llegar al color de la brea o alquitrán, con nauseabundo olor. Por eso a la fiebre amarilla también se la conoce como 'vómito negro'. También aparecen diarreas de color oscuro por la misma razón. Así el sujeto muere dentro de los ocho a diez días. Los pacientes que no siguen esta evolución, sino que, por el contrario, comienzan a mejorar, lo hacen lenta y progresivamente" (31).

El desconocimiento del período de contagio y de sus verdaderas causas impidió el hallazgo de la solución: la cura de los enfermos, la contención de la epidemia y el cuidado de la cuestión sanitaria de la ciudad.

Los criterios de la época atribuían a las "miasmas", es decir, a las emanaciones, efluvios y vapores provenientes del material orgánico en descomposición y las aguas estancadas, la verdadera causa de la epidemia.

Miguel S. Etchegaray, al presentar en la Facultad de Medicina de Buenos Aires su tesis "Fiebre amarilla del año 1871" con el patrocinio del Dr. Manuel A. Montes de Oca, sostenía que la fiebre amarilla era una enfermedad "miasmática endémica o epidémica que se desarrolla en

de diciembre, como el Día de la Medicina Americana o, como comúnmente se lo conoce, Día del Médico.

(31) SCENNA, Miguel Á., "Cuando murió Buenos Aires", ob. cit., ps. 120 y ss.

las islas o en las costas de América [...]. La combinación del calor con la humedad favorece la descomposición de las sustancias animales o vegetales, que exhaladas y puestas en tales o cuales condiciones, favorecidas por las variaciones de la atmósfera y los desequilibrios eléctricos, alteran el aire atmosférico y lo hacen nocivo para la salud. La generalidad de los autores, están acordes en admitir a estos miasmas pútridos como causas del tifus icterodes. La naturaleza de las causas productoras de la enfermedad y su forma remitente, con intermitencias a veces muy marcadas, hacen que se considere la fiebre amarilla como un envenenamiento miasmático que obra sobre la sangre y los centros nerviosos" (32).

Concluye el disertante:

"La naturaleza de las causas productoras de la enfermedad y su forma remitente, con intermitencias a veces muy marcadas, hacen que se considere la fiebre amarilla como un envenenamiento miasmático que obra sobre la sangre y los centros nerviosos".

Las familias se encerraban en sus casas, pero allí se refugiaba el peligroso enemigo que se reproducía en jarrones, vasijas y tachos de agua, charcos, macetas, aljibes y pozos, donde se depositaban los huevos y se criaban los transmisores del virus, que buscaban el ambiente caldeado de las habitaciones templadas.

"Nuestros abuelos hospedaban a sus verdugos en el seno de sus hogares, y a muchos no les alcanzó la vida para comprenderlo" (33).

El 08 de marzo anotaba en su diario Mardoqueo Navarro: "No hay hospitales, no hay sepulcros. Focos hay mil. Despoblación"; en tanto, el 09/04/1871 asentaba: "Los negocios cerrados, calles desiertas. Faltan médicos, muertos sin asistencia. Huye el que puede. Heroísmo de la Comisión Popular" (34).

(32) ECHEGARAY, Miguel S., "Fiebre amarilla del año 1871", Ed. Facultad de Medicina de Buenos Aires — Imprenta de Pablo Coni, 1871.

(33) Pbro. GARCÍA CUERVA, Jorge I., "La Iglesia en Buenos Aires...", ob. cit., p. 82.

(34) El *Diario de la Epidemia* de Mardoqueo NAVARRO fue luego publicado en el mes de abril de 1894 en *Anales*

Paul Groussac describía, por su parte, un panorama desolador de la ciudad inundada por las lluvias del verano:

“Durante una semana, las lluvias diluvianas acrecentaron las escenas del horror: los ‘terceros’ del sur, torrentes callejeros, nos enseñaban brutalmente las miserias de los suburbios inundados, arrastrando en su carrera airada por los barrios centrales, maderajes, muebles, detritos de toda clase, hasta cadáveres” (35).

Las Comisiones de Salubridad insistían en la muy necesaria observancia de estrictas medidas higiénicas, que comprendían la desinfección con cal de los espacios sanitarios de las viviendas de la ciudad, el blanqueo completo de sus edificios, el continuo hervido del agua utilizada para la preparación de los alimentos, la completa y minuciosa higiene de las casas y personas.

Asimismo, se redujeron las horas de velorios y honras fúnebres, se ordenó señalar las casas donde habían morado los fallecidos y se ordenó la completa quema de los vestidos, enseres personales y ropa de cama que habían utilizado los fallecidos por la fiebre.

El tema ocupó espacio en las páginas de la prensa periódica. El 10/02/1871, *La Prensa* alertaba:

“Sobre el flagelo: Para que se vea cuánto contribuye para la salud el aseo de las personas y la ventilación y limpieza en las viviendas, conviene hacer notar que la mayor parte de los que han muerto de la fiebre, son gente que por lo regular, ya sea por pobreza o economía o abandono, vive en medio de la más completa miseria y suciedad” (36).

Las quemas de enseres, ropa y muebles que habían sido parte del patrimonio de los enfermos descubrieron su faceta más dramática en el escenario de los conventillos atestados de inmigrantes, donde la pobreza alcanzaba sus cotas más gruesas.

---

*del Departamento Nacional de Higiene*, nro. 15, año IV, con el título de “Fiebre amarilla”, 10/04/1871.

(35) GROUSSAC, Paul, “Los que pasaban”, ob. cit., p. 72.

(36) *La Prensa* del 10/02/1871.

“Los conventillos de San Telmo acusaron el primer impacto de la psicosis colectiva: los inmigrantes, en su mayoría españoles e italianos, comenzaron a ser desalojados y echados a la calle. La propuesta era convertir esas viviendas en hospitales de campaña”.

Expulsados de sus habitaciones y despojados de sus escasas pertenencias, por las órdenes y los gritos formulados en una lengua extraña, que a veces casi no entendían, vagaban atónitos por la ciudad intentando alojarse en los apresurados albergues que las organizaciones de caridad intentaban establecer con premura. Templos cerrados para los oficios del culto se convirtieron, por la piedad de sacerdotes y religiosos, en albergues temporarios, también vagones ferroviarios y campamentos del Ejército. Algunos inmigrantes lograron gestionar ante el Consulado de Italia el regreso a su patria lejana, en un viaje azaroso donde muchos perecieron y fueron arrojados a las aguas del océano.

*¿Cuáles fueron los recursos médicos con que se intentaba afrontar la epidemia?*

Purgantes y vomitivos —que, aplicados en exceso, no hacían más que debilitar el extenuado organismo humano aquejado por la fiebre— constituyeron los remedios más comúnmente aplicados.

*La Revista Medico Quirúrgica de Buenos Aires*, en su ejemplar correspondiente al día 08/05/1871, aconsejaba:

“El tratamiento que más ha sido empleado y con algún suceso por muchos facultativos, ha sido durante el primer período: evacuantes suaves, quinina en altas dosis en lavativas, algunos diaforéticos, frío a la cabeza, bebidas gaseosas y revulsivos cutáneos. En el segundo período continuación de las bebidas gaseosas alcalinas, y si el estómago se manifiesta muy susceptible, revulsivos al epigastrio. En el tercer período los tónicos amargos y los hemostáticos contra las hemorragias, combatiendo al mismo tiempo las complicaciones” (37).

---

(37) Citado por Pbro. GARCÍA CUERVA, Jorge I., “La Iglesia en Buenos Aires...”, ob. cit., p. 87.

Tampoco faltó el ofrecimiento de “curas mágicas”, que embozaban la oportunidad de un fecundo negocio.

Circulaban en la ciudad pequeñas publicaciones en forma de folletos que describían y aconsejaban la adopción de terapias supuestamente consideradas *infalibles* para la derrota de la fiebre.

Entre ellas cabe citar: “Fiebre amarilla, curación, síntomas de supresión de orina, contagio, vómito negro, etc. Modo sencillo para curarse uno mismo”, cuyo autor, Ernesto Martín, mandó imprimirlo rápidamente en Buenos Aires en este mismo año de 1871, en 24 páginas (38).

Porque la epidemia también descubrió lo mejor y lo peor del alma humana: la excelsa solidaridad y bondad de quienes arriesgaban su vida para ayudar al prójimo, y la contracara de los que medraban con la catástrofe sanitaria.

“En la ciudad desierta, casi sin policía, la bestia humana suelta, rondaba las calles, husmeando la presa. A veces el crimen no esperaba la noche, su habitual cómplice: los diarios dieron cuenta de asaltos perpetrados en pleno día, en la calle Florida. Andaban bandidos disfrazados de enfermeros y se denunció con horror el caso de un médico extranjero que robó 9.000 pesos debajo de la almohada de un cliente agonizante” (39).

Casas vacías y comercios cerrados se convirtieron muy pronto en el fácil blanco del saqueo.

Mardoqueo dedicó también algunas lacónicas líneas al tema del delito en ocasión de la epidemia:

30 de marzo: “La caridad explotada por ladrones disfrazados de pobres”; 04 de abril: “En los conventillos mueren los vivos, esperando heredar o robar a los muertos”; 12 de abril: “Asesinatos. Salteos”; 13 de abril: “Crímenes, vicios, negocios”; 15 de abril: “ladrones con carros”; 16 de abril: “La explotación de la caridad. Robos”.

(38) Un ejemplar se encuentra en University of Texas Libraries, Austin, Texas, Estados Unidos.

(39) GROUSSAC, Paul, “Los que pasaban”, ob. cit., p. 72.

“Estamos en una batalla —anunciaba *La Nación*— [...] donde no hay tiempo para contar y casi ni para sentir nuestros muertos” (40).

Y esa batalla, el domingo 09 de abril de la Pascua de Resurrección de 1871, significó la culminación de una Semana Santa donde los oficios religiosos habían sido suspendidos y los templos cerrados. Ese domingo pascual se convirtió en el día más dramático de la ciudad, pues cobijó 501 fallecidos por vómito negro. La cota de mortalidad se radicó entre el 40 y el 90% de los infectados.

Fue el momento de mayor dramatismo y el más elevado epicentro de la tragedia que vivía la ciudad.

Absolutamente desbordada, la Comisión Popular de la ciudad no halló otro recurso que aconsejar la huida desesperada de la ciudad:

El 22 de marzo, nuestro escueto cronista de la tragedia anotaba: “La muerte. El espanto. La soledad. Los salteadores. 300 toneladas de basura diaria”, en tanto para el 10 de abril decía: “563 defunciones. Terror. Fuga”, y al día siguiente: “Reina el espanto”.

Años más tarde, el sanjuanino Guillermo Colesbery Rawson, primer profesor de la Cátedra de Higiene en la Universidad de Buenos Aires, expresaba haber sido testigo “del hijo abandonado por su padre [...], la esposa abandonada por el esposo [...], el hermano moribundo abandonado por el hermano [...]. Pero he visto también [...] en altas horas de la noche, en medio de aquella pavorosa soledad, a un hombre vestido de negro, caminando por aquellas desiertas calles. Era el sacerdote que iba a llevar la última palabra de consuelo al moribundo”.

En las páginas del diario *El Nacional* del 24/03/1871 se leía:

“¡Escapar! ¡Escapar! Se vende o se alquila una gran casa quinta, en uno de los pueblos de campaña que toca el ferrocarril del Oeste. Para tratar, a toda hora. Confitería de Rivadavia y Libertad”.

(40) *La Nación* del 12/04/1871.

Las poblaciones vecinas a la ciudad recibían aterradas, por el temor al contagio, al río de residentes porteños que, despavoridos, huían de la ciudad, porque la peste comenzó a extenderse por los asentamientos vecinos.

Afirma el ingeniero Bosio Moreno que 53.425 personas de un total poblacional de 198.500 se marcharon de la ciudad.

*Pero ¿quiénes podían huir?*

Indudablemente, las clases acomodadas que inicialmente habían abandonado las grandes casonas del barrio sur, foco de las primeras infecciones, para establecerse en la zona norte de la ciudad y en Belgrano, provocando la franca expansión de su planta urbana.

Ahora desertaban de sus nuevas y suntuosas mansiones, convertidas muy pronto en pasto del saqueo y el robo, para refugiarse en las quintas de veraneo o en estancias cercanas.

Paul Groussac evocaría la diáspora de los vecinos en una solitaria y abatida Buenos Aires sumida en la tristeza y en la desesperanza:

“Una de las tardes deliciosas y como irónicamente serenas de la semana lúgubre, cumplidos nuestros deberes humanitarios me propuso Lewis ir a visitar a José Manuel Estrada, que estaba veraneando en Belgrano. Acepté y realizamos el paseo, alquilando caballos en la calle Esmeralda [...], al caer la noche emprendimos la vuelta. Mientras cruzábamos el campo y las quintas veníamos conversando casi alegrementemente. Al acercarnos al Retiro, sin darnos cuenta de ello, la charla fue arrastrándose penosamente entre grandes intervalos de silencio. Al embarcar la calle Florida, muda, vacía, oscura, sin otra vida aparente, en algunas esquinas, que las fogatas de alquitrán, cuya llama ‘tinieblas visibles’ movía sombras fantásticas, me suena todavía en el oído la voz ahogada del buen inglés que minutos antes venía callado: ‘Esto es demasiado triste, galopemos’. Y entramos a todo galope en la inmensa necrópolis” (41).

Un testigo de la época confesaba:

(41) GROUSSAC, Paul, “Los que pasaban”, ob. cit., ps. 73-74.

“Vivíamos con una indiferencia a toda prueba encima de un volcán terrible, rodeado de charcos pestilenciales, envueltos en todas las emanaciones hediondas producidas por la incuria nuestra, erguíamos nuestros palacios en capas de inmundicias, que en el seno de la tierra destilaban lenta, pero seguramente, el veneno que debía transformar nuestras alcatifas en sudarios horrendos. Veíamos imposibles cambiarse nuestras calles en ríos fangosos, que, bajo las caricias demasiado ardientes de un sol incansable, en lugar de arterias de la vida, se hacían vehículos de la muerte. ¡Y, todos estos vapores mefíticos, acusadores elocuentes e implacables de la negligencia pública y privada, se hacinaban en columnas verdaderamente infernales, capaces de transformar el éter más puro en exhalaciones del valle de Upa! Apenas faltaba una chispa fatal para provocar la explosión [...] y esta chispa aún debe salir de nuestra incuria, de nuestra indiferencia homicida. El horrible azote de la fiebre amarilla, diezmaba las poblaciones de la Asunción y de Corrientes, y le dejamos puerta franca, y entró completándose en los elementos propicios que le habíamos amontonado [...]. La muerte ya extendía sus brazos descarnados hacia nosotros, aún nos divertíamos locamente en las delicias carnavalescas, y siquiera teníamos lazaretos, ni corporaciones capaces de atacar y combatir el mal, ni la conciencia de este mismo mal...” (42).

La vida de la ciudad entró en un cono de sombra; a duras penas, solo abrían los comercios de primera necesidad, escaseaban las provisiones y antes del atardecer las calles estaban desiertas y solo transitaban los carros abiertos que recogían los cadáveres de las calles y a veces hasta enfermos agonizantes.

El cronista de la tragedia Mardoqueo Navarro señalaba en su *Diario*: “Se entierran vivos”, en tanto en la anotación correspondiente al 16 de marzo apuntaba: “Un muerto salió vivo”.

Buenos Aires contaba con 40 carros fúnebres, pero la proliferación de los decesos obligó a transportar féretros en coches comunes de pla-

(42) “Recuerdos 1871 y esperanzas 1872”, en *El Plata Ilustrado. Semanario de Literatura, Artes, Modas y Ciencias*, nro. 13, 07/01/1872.

za y hasta en carros abiertos, donde se apilaban los cuerpos hallados en las calles.

Cuando se agotaron los ataúdes o su precio se disparó, los cuerpos eran envueltos en sábanas “y se los apilaba en los peores días de abril en carros de basura para su último traslado” (43).

El 20 de marzo Mardoqueo había escrito: “Antes: 40 coches para un muerto; ahora: un solo carro para muchos muertos”.

La multiplicación de las defunciones desbordó la capacidad del Cementerio del Sur y obligó a una apremiada compra de las primeras hectáreas de la Chacarita de los Colegiales, donde se instaló el nuevo cementerio (44).

La locomotora *La Porteña* (45) fue acondicionada para el transporte de los cadáveres, en dos viajes diarios, por un ramal de desvío del Ferrocarril Oeste de 6 kilómetros de extensión, que los conducía hasta su descanso final.

Cuadrillas de obreros bajo la dirección del Ingeniero Augusto Ringuet habían trabajado aceleradamente a marchas forzadas para cumplir su cometido en el exiguo plazo de tres semanas.

El nuevo tramo de este “Tren de la Muerte” partió por primera vez el 14 de abril del depósito de cadáveres instalado apresuradamente en la esquina de Corrientes y Pueyrredón, donde los cuerpos albergados en ataúdes miserables que desprendían fétidos olores esperaban el traslado en las vagonetas que conducía *La Por-*

(43) Pbro. GARCÍA CUERVA, Jorge I., “La Iglesia en Buenos Aires...”, ob. cit., p. 85.

(44) El Cementerio del Oeste debía su nombre “Chacarita de los Colegiales” al recuerdo de la chacra o chacrita del colegio que la Compañía de Jesús había erigido en las afueras de la ciudad de Buenos Aires hacia mediados del siglo XVIII.

(45) *La Porteña* había realizado su viaje inaugural el 29/08/1857, uniendo la estación Parque (solar hoy del Teatro Colón) con la estación Floresta. Circuló durante más de tres décadas, cubriendo para el “Ferro-Carril del Oeste” el trayecto entre Liniers y Plaza Miserere, hasta su retiro en 1890. Se encuentra hoy en el Museo del Transporte de Luján de la provincia de Buenos Aires.

*teña* accionada por John Allen, quien no tardó en caer víctima del contagio (46).

Ese día 14 de abril, iniciando su viaje inaugural, *La Porteña* transportó 345 féretros.

La utilización de fosas comunes, donde los cadáveres eran enterrados conforme al orden de su llegada, en sepulturas de dos metros de profundidad, cubiertas por una espesa capa de cal preparada en la misma necrópolis, sobre la cual se volcaba luego tierra apisonada, resultó la solución aplicada.

### V. La gestión popular de la epidemia de fiebre amarilla de 1871

Desde los primeros brotes epidémicos que había sufrido la ciudad se organizaron las iniciales disposiciones en resguardo de la salud pública.

En tal sentido, el Consejo de Higiene Pública intimó la adopción de algunas medidas, tales como el blanqueamiento de los edificios privados y públicos, la ampliación de los equipos de recolección de la basura y las visitas domiciliarias de inspección de salubridad de las viviendas.

Se crearon *Comisiones Parroquiales* integradas por los vecinos más respetables de cada parroquia, encargadas de la vigilancia de esta problemática, quienes debían a su vez nombrar los inspectores de manzanas, encargados de llevar a cabo visitas domiciliarias para controlar irregularidades y cursar las denuncias pertinentes.

La estrategia confiaba en el vecino la habilidad para prevenir y batallar contra los brotes epidémicos con el auxilio económico municipal, en una ciudad donde estallaban sus miserias: la carencia de sistemas correctos de eliminación de la basura, administración de excrementos, provisión de agua potable y enterramiento higiénico de sus cadáveres.

Pero en 1871, ante la ausencia del Estado, con el presidente y el vicepresidente huidos, el Congreso Nacional cerrado y la justicia ausente, la

(46) Pbro. GARCÍA CUERVA, Jorge I., “La Iglesia en Buenos Aires...”, ob. cit., p. 253.

ciudadanía se moviliza y el 13 de marzo, en un mitin popular, convocado desde las páginas de la prensa local, en la Plaza de la Victoria se conforma una *Comisión Popular* que intenta planificar y organizar los esfuerzos para combatir la epidemia.

Estaba presidida por el abogado cordobés José Roque Pérez e integrada por conocidos ciudadanos, entre los que se contaban: Héctor F. Varela, M. Billinghamurst, Juan C. Gómez, Manuel Bilbao, Manuel Argerich, José María Cantillo, Manuel Quintana, León Walls, Carlos Guido Spano, Carlos Paz, F. López Torres, A. Ebelot, Aristóbulo del Valle, Evaristo Carriego, Alejandro Korn, José C. Paz, C. Martiño, Lucio V. Mansilla, Bartolomé Mitre y Vedia, Emilio Onruvia, Menéndez Behety, Francisco Uzal, T. Armstrong (h.), B. Cittadini, César, José M. Lagos, F. Almonte, Gustavo Nessler, P. Ramalla, A. Giglio, Juan y Daniel Agentí, A. Larroque, P. Berbatti, Florencio Ballesteros, J. E. P. Dillón, Pablo Gowland, R. Viñas, F. S. Mayáns y F. Dupont.

Su domicilio se fijó primero en Bolívar 82 y más tarde en el edificio de la Universidad de Buenos Aires de la Manzana de las Luces.

Su creación evidencia la activa participación de la ciudadanía ante la ausencia del Estado, la huida de sus más altos funcionarios y la imposibilidad de ofrecer y gestionar una respuesta al flagelo que azotaba la ciudad, en un momento, además, en que se desconocían completamente las formas del contagio y el modo de atenderlo.

El abuelo de un futuro poeta, que nacería apenas dos años después de la tragedia, escribía en *La Tribuna*:

“No tengo millones que dar a los pobres, pero tengo un corazón que sabe asociarse siempre a todos los infortunios. Inicie Ud. que puede disponer de un órgano de publicidad, la idea de fundar una asociación humanitaria cuyo fin sea prestar asistencia y medios de curación a las personas indigentes atacadas por la epidemia reinante y cuénteme desde ya como miembro de ella” (47).

(47) Carta de Evaristo Carriego a Héctor Varela, citada por SCENNA, Miguel Á., “Cuando murió Buenos Aires”, ob. cit., p. 232.

La *Comisión Popular* se constituyó, pues, en un verdadero emergente social que intentó llevar adelante la gestión de la crisis, logrando amplia repercusión en las páginas de la prensa periódica local.

La *Comisión Popular* intentaba de este modo liderar el proceso de gestión de la epidemia por sobre otros órganos ya existentes, como las Comisiones Parroquiales estrechamente vinculadas a la Municipalidad y el Consejo de Higiene Pública.

En la segunda sesión de trabajo, la *Comisión* elaboró su reglamento de trabajo, que exigía reuniones diarias en asamblea general de sus miembros y turnos de guardia rotativos para atender las emergencias que se presentaran, debiendo elevar al presidente de la Comisión un parte diario de lo acontecido.

Para agilizar su labor se organizaron Comisiones de Trabajo en los temas de Higiene, Hacienda, Provisiones, Servicios, Médica y Asistencia, convocándose por medio de la prensa, su enorme aliado en esta tarea, a colectas públicas en dinero, ropa e insumos médicos para atender su cometido.

Las redacciones de los periódicos se convirtieron en receptorías de las donaciones, que llegaron a totalizar la suma de \$ 3.700.000.

El 16 de marzo se publicaba en las páginas de *La Nación* un *Manifiesto*, que constituía el verdadero programa de trabajo de la Comisión Popular:

“¡Pueblo de Buenos Aires!

”En nombre de la caridad, en nombre del amor al prójimo, primer consejo del Salvador del Mundo, en nombre de más santo y noble el corazón humano, venimos a pedirnos vuestro concurso para que nos ayudéis a cumplir debidamente la sagrada y ardua misión que nos hemos impuesto. El terrible flagelo que nos arrebató diariamente centenares de víctimas y que sume en la miseria y desolación a millares de hermanos, exige de nosotros un gran esfuerzo, pero para llevarlo a cabo y para que este no se esterilice necesitamos el apoyo moral y material de todos [...]. Familias enteras perecen por

falta de asistencia, por falta de médicos, por falta de medicinas, por falta de quien les alcance un vaso de agua, mueren muchísimos enfermos que salvarían si fueran atendidos a tiempo [...]. La acción de las autoridades no basta por desgracia para remediar los terribles males que pesan sobre nuestra sociedad, es por esto que le ofrecemos nuestros auxilios leal y desinteresadamente [...]. Las Comisiones Parroquiales que han trabajado y trabajan con un celo digno de todo encomio para alivio de los que sufren, no consiguen todos los buenos resultados que conseguirían si tuvieran lo que nosotros venimos a traerles, brazos, medios abundantes y cuanto pueda concurrir al noble fin que se tiene en vista. Aquí estamos nosotros para llenar este vacío. En la cabecera del enfermo, en la botica, en la casa del médico, en el cementerio mismo, nuestra acción se dejará, sentir eficaz y benéfica. Los focos de infección de toda especie que envenenan el aire que respiramos recibirán toda nuestra atención a fin de suprimirlos. Donde se eleve el lamento del doliente, allí estaremos para mitigar sus penas. Felices si con la ayuda que pedimos podemos vestir al desnudo, dar de beber al sediento, sepultar a los muertos” (48).

La *Comisión* debió afrontar múltiples tareas a través de una estrategia de provisión de alimentos y ropa, compra y distribución de medicamentos, organizando la asistencia médica a los enfermos con planteles de médicos cada vez más reducidos, puesto que ya estaban contratados por las Comisiones Parroquiales que dependían del Consejo de Higiene Pública y tenían prohibido recibir honorarios particulares, en tanto otros huían de la ciudad.

Con frecuentes enfrentamientos y conflictos con las Comisiones Municipales y el Consejo de Higiene Pública, la *Comisión Popular* también intervino en el control e inspección continua de las viviendas, labor que significaba ingresar en los domicilios considerados “focos” de infección y fiscalizar los hábitos y costumbres higiénicas de sus habitantes.

En el imaginario colectivo se abrió paso vigorosamente la percepción de una ciudad enferma, pútrida, corrupta, en contraste con los

espacios rurales sanos y diáfanos en los que había que buscar seguro refugio.

Dos tercios de la población de Buenos Aires adoptaron esta solución.

Su principal campo de acción se radicó en la zona de los *conventillos* de Buenos Aires y en toda suerte de vivienda de locación múltiple, donde las pésimas condiciones de habitabilidad, el hacinamiento y la falta de higiene favorecían el contagio.

Al mismo tiempo se comenzó a bregar por la relocalización de los cementerios, mataderos, saladeros, graserías y toda suerte de establecimientos de procesamiento de la carne, cuyos desechos orgánicos contaminaban los cursos de agua.

El 11 de abril, ante la ausencia de sepulcros, por su fallecimiento, los propios miembros de la *Comisión Popular* Carlos Guido Spano, Héctor F. Varela y Manuel Bilbao debieron afrontar ellos mismos la tarea de enterrar 40 cajones insepultos con la ayuda del jefe de Policía Enrique O’Gorman y piquetes de vigilantes que se ofrecieron a ayudar.

Su labor recibió aplausos, por la nobleza de sus intenciones y el trabajo llevado a cabo, y donaciones, al considerar que invadía espacios de gestión pública confiados a las Comisiones Municipales, pero claramente excedidos por la magnitud de la epidemia.

## VI. El fin de la muerte amarilla. Cuatro tesis y un monumento

El frío de junio del 71 arrinconó a la peste.

Los casi 900 muertos del mes de mayo se redujeron a 38.

El 21/06/1871 se declaró vencido el flagelo.

Sarmiento volvió a establecerse en la ciudad y el Congreso de la Nación se animó a abrir sus puertas, que había cerrado para proteger la salud de los legisladores, anunciando pomposamente “que la epidemia ha terminado felizmente, pero ello será siempre de tristes recuerdos para Buenos Aires y de funestas consecuencias para la República”.

(48) *La Nación* del 17/03/1871.

Mardoqueo anotaba en la jornada del 22 de junio: “La epidemia olvidada. El campo de los muertos de ayer es el escenario de los cuervos. Testamentos y concursos, edictos y remates son el asunto. ¡¡¡Ay de ti Jerusalén!!!”

Al abrir en el mes de julio las sesiones ordinarias del Congreso Nacional, el presidente dijo:

“La postergación inevitable que vuestra reunión ha experimentado, tiene por origen una calamidad pública cuyas víctimas han sido Buenos Aires y Corrientes. La epidemia que acaba de desolar estos centros de población ha adquirido por la intensidad de sus estragos y acaso por las consecuencias que traería su posible reaparición, la importancia de un hecho histórico [...]. La lección ha sido severa y debemos aprovecharla” (49).

La epidemia de fiebre amarilla o *vómito negro* se había llevado alrededor de 14.000 almas.

De las 13.614 muertes anunciadas en el *Diario* de Navarro, 10.217 correspondían a extranjeros, con una alta incidencia de italianos.

Entre los fallecidos se cuentan 50 sacerdotes, 12 médicos y 5 farmacéuticos.

El primer sacerdote en morir fue el padre Anthony Dominic Fahey, dominico pastor de la grey irlandesa católica, nacido en Loughrea, Baile Locha Riach, en 1805, que había ingresado al país en 1844, precedido como párroco de la comunidad por el padre Patrick Moran en 1829 y por el padre Patrick O’Gorman en 1830 (50).

La *Comisión Popular* solo registró 4 fallecidos.

Aunque el número de muertes difiere en los registros de la época (51), por las dificultades

---

(49) MABRAGAÑA, H., “Los mensajes. Historia del desenvolvimiento de la Nación Argentina redactada cronológicamente por sus gobernantes. 1810-1910”, publicación autorizada por la Comisión Nacional del Centenario, Ed. Talleres Gráficos de la Compañía General de Fósforos, Buenos Aires, 1910, t. III, p. 319.

(50) Falleció el 20/02/1871.

(51) El *Diario* de Mardoqueo Navarro los estima en 13.614; según el periódico *The Standard*, la cifra trepaba a 26.000 muertos; *El Nacional* aludía a 16.000 fallecidos; la

de acceso a documentación confiable y la razonable sospecha de que bien pudieron ser registrados decesos ocurridos en el período que no fueron originados exactamente por intervención de los contagios de fiebre amarilla.

Un monumento en mármol de Carrara, levantado en 1899, exquisita obra del escultor oriental Juan Manuel Ferrarri, en el Parque Ameghino, solar del antiguo Cementerio del Sur, recuerda a las víctimas de la tragedia y a los hombres y mujeres que lucharon con nobleza y tenacidad para ayudar a su prójimo.

El bellissimo mármol reproduce *en bulto* la escena del célebre cuadro de Juan Manuel Blanes, que refleja el momento en que el abogado Roque Pérez y el médico Manuel Argerich ingresan al mísero cuarto de un conventillo, donde un hombre yace muerto en su lecho revuelto arrinconado contra la pared, en tanto un niño pequeño intenta aún alimentarse de los pechos de su madre ya cadáver, derrumbada en el piso de toscos ladrillos (52).

Allí se lee:

---

*Revista Médico Quirúrgica*, de la Asociación Médica Bonaerense, ajustaba el total en 13.763 muertos. Las investigaciones del Dr. José Penna llevadas a cabo hacia finales del siglo XIX, condensadas luego en su “Estudio sobre las epidemias de fiebre amarilla en el Río de la Plata”, publicado en 1895 en *Anales del Departamento General de Higiene*, concluían en 14.467 víctimas.

(52) La escena recrea probablemente lo acontecido el 17/03/1871 en un conventillo de la calle Balcarce, en el barrio de San Telmo. La mujer muerta era Ana Bristiani. Los dos miembros de la Comisión Popular, incorporados en el cuadro por licencia del artista, fallecerían víctimas de la fiebre amarilla apenas a pocas semanas después. El 18/03/1871, *La Nación* publicaba: “A medida que la epidemia va azotando a la población, vamos conociendo cuadros desgarradores y tristísimos, principalmente entre la gente ajena a toda clase de recursos. Sabemos que anoche un sereno penetró en una casa de la calle Balcarce llamando la atención que la puerta estuviera abierta a altas horas y se encontró con el cadáver de una mujer y entre sus brazos una criatura de cuatro meses que mataba aún entre los pechos de aquella. Es de suponer que esta mujer ha sido atacada por la fiebre y ha muerto sin tener a nadie que le prestara el menor auxilio. La niña fue recogida y remitida a la Casa de Expósitos”. El cuadro original de Blanes se encuentra en exhibición en el Museo Nacional de Artes Visuales de Montevideo, República Oriental del Uruguay.

“El sacrificio del hombre por la humanidad es un deber y una virtud que los pueblos cultos estiman y agradecen. El Municipio de Buenos Aires a los que cayeron víctimas del deber en la epidemia de fiebre amarilla de 1871”.

Meses después, cuatro tesis doctorales presentadas en la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, por entonces bajo la presidencia del Dr. Juan José Montes de Oca y la vicepresidencia del Dr. Nicolás Albarellos, brindaban un elocuente testimonio de la catástrofe.

Correspondían a cuatro jóvenes médicos que prestaron servicios durante la epidemia y cuya esforzada labor les sirvió de sustento práctico para la reflexión académica.

Las tesis contienen breves desarrollos sobre las experiencias vividas.

Se exponen los registros sanitarios de los pacientes atendidos, sus historias clínicas y de vida, la sintomatología exhibida, la evolución de su estado, los cuadros observados, los remedios suministrados y el resultado de las necropsias efectuadas a los cadáveres.

Todas desconocen la causa de la infección.

Ellas fueron:

Jacobo Scherrer: “Estudios sobre la fiebre amarilla del año 1871”, Ed. Imprenta de Pablo Emilio Coni, Buenos Aires, 1872. Padrino de tesis: Dr. Pedro A. Mattos.

Miguel Echegaray: “Fiebre amarilla del año 1871”, Buenos Aires, 1872. Padrino de tesis: Dr. Manuel A. Montes de Oca.

Salvador Doncel: “La fiebre amarilla de 1871 observada en el Lazareto Municipal de San Roque”, Ed. Imprenta del Siglo y de la Verdad, Buenos Aires, 1873. Padrino de tesis: Dr. Pedro A. Mattos.

Jacobo de Tezanos Pintos: “Infección y contagio Buenos Aires”, Ed. Imprenta La Unión, 1872. Padrino de tesis: Dr. José María Bosch.

La epidemia aconsejó el diseño de nuevos espacios urbanos y las claves para la localización de cementerios, hospitales, mataderos, espacios

verdes de la ciudad, intentando un desarrollo urbanístico que se llamó “la ciudad nueva”.

Demostró los problemas que traían aparejados la deficiente recolección de los residuos y la equívoca rutina de acudir al relleno sanitario con basura, en terrenos bajos y en nivelación de las calles.

El higienismo (53) bregaba desde casi un siglo antes por la imperiosa necesidad de mantener buenas condiciones de salubridad en los escenarios urbanos, mediante la instalación de sistemas de agua corriente, cloacas, iluminación y control de las condiciones de habitabilidad en las viviendas obreras, donde el hacinamiento de las casas de locación múltiple —“conventillos”—, considerados “talleres de epidemias”, había estallado en la epidemia de 1871, problemas que, pese a su proclamada importancia, no lograron ser solucionados en los años que vendrían.

## VII. Conclusiones

Las epidemias determinaron una nueva construcción del espacio, el diseño de específicas secciones de poblaciones humanas, conforme a los particulares criterios adoptados, el establecimiento de las *zonas prohibidas*, el cierre y la clausura de determinadas áreas, la prohibición de circular, el sacrificio de bienes, la matanza de animales, etcétera.

Las epidemias fueron, asimismo, la espuela que en ocasiones aguijoneó la ampliación de la autoridad del Estado en plazas que no estaban inicialmente bajo su tutela.

Aun así, todos estos procesos de multiplicación de epidemias a lo largo de los siglos se encuentran atravesados por un patrón común: *el eclipse del Estado en la directa relación con el combate de la peste*.

Surgieron entonces organizaciones civiles, nuevos actores que lucharon desesperadamente

(53) En 1790, Johann P. Frank, director de la Escuela de Medicina de Pavía, en su discurso académico *De populorum miseria: morborum genetrice* (“La miseria del pueblo: madre de las enfermedades”), al finalizar los cursos de dicho año académico denunciaba la pobreza como causa directa de los problemas de salud del pueblo.

te por salvar las deficiencias institucionales y combatir la peste.

*¿Cómo se reacciona ante la presencia de la peste?*

Inicialmente se intentaba no verla, no admitirla, no aceptarla, negarla en su importancia, por los altos costos que implicaba.

La negligencia de las autoridades se explica porque toda peste significaba el inevitable paro económico, el hundimiento de la circulación de bienes y la parálisis de la producción, malestar en las calles y toda suerte de desórdenes sociales que no tardaban en brotar, así como la interrupción de las relaciones económicas y políticas con el mundo exterior.

Se especulaba que, aunque causara un número de muertos, pasado cierto tiempo retrocedería por sí misma.

Cuando aparecía en el horizonte de una ciudad la amenaza de una epidemia, las autoridades buscaban pareceres médicos tranquilizadores, que se acomodaran a sus propósitos políticos, tendientes a evitar la circulación del pánico, porque no hay nada más desestabilizador que el miedo.

Entonces se disminuye su importancia, se ridiculizan opiniones de científicos, se recomiendan soluciones baratas y rápidas.

La peste atesora la virtud de exponer, en todo su dramatismo, las penosas condiciones de vida, justamente en los sectores sociales donde la epidemia arrecia.

El recurso de la huida está siempre presente... pero *¿quiénes pueden huir?*

Solo aquellos que cuentan con medios suficientes para establecerse en una zona segura; el resto debe permanecer en la ciudad sitiada o vagar por los campos, intentando vanamente procurarse el alimento.

Se recurre a todas las formas del aislamiento social; quienes pueden acumular alimentos se quedan encerrados en sus casas.

“Separados del resto del mundo los habitantes se apartan unos de otros en el interior mismo de la ciudad maldita temiendo contaminarse mutuamente. Se evita abrir las ventanas de la propia casa y bajar a la calle. Se esfuerzan por aguantar encerrados en la casa con las reservas que han podido acumular” (54).

El silencio opresor amparaba la desconfianza y el recelo.

Al recrear en su célebre novela “Los novios” la peste italiana de 1630, Alejandro Manzoni confesaba:

“Mientras los cadáveres o los montones de cadáveres, siempre presentes y entre los pies, hacían de toda la ciudad un inmenso féretro, presentaba todavía mayor y más funesta deformidad el recíproco encarnizamiento, el desenfreno y la monstruosidad de las sospechas. No solo se desconfiaba del vecino, del amigo, del huésped, sino que infundían terror hasta los vínculos y nombres más sagrados para el hombre en sociedad, como son los de marido y mujer, de padre e hijo, de hermano y hermana y, causa horror, el decirlo, la mesa doméstica, el tálamo nupcial, se temían como sitios de asechanza o como escondrijos de veneno” (55).

Porque, en tiempos de la peste, el prójimo es peligroso y la soledad forzada constituye la mejor terapia para evitar el contagio.

Se cubren los rostros y las manos con máscaras y guantes, se rocían los vestidos con vinagre, las bendiciones y absoluciones se imparten desde la lejanía, se suspenden los servicios religiosos, las relaciones humanas entran en un cono de distancia que procura el aislamiento y el encierro.

La misma liturgia de la muerte, las solemnes celebraciones del paso a la eternidad: el aseo del cadáver, la puesta en un cajón con sus mejores galas, la preparación minuciosa de la cámara mortuoria, la convocatoria a la reunión familiar en torno a la capilla ardiente, las velas y los rezos

(54) DELUMEAU, Jean, “El miedo en Occidente...”, ob. cit., p. 179.

(55) MANZONI, Alejandro, “Los novios”, Ed. Sopena, Biblioteca Mundial Sopena, Buenos Aires, p. 250.

susurrados devotamente, eran hachadas en aras de un rápido enterratorio del cadáver envuelto miserablemente en trapos y arrojado a fosas comunes bajo capas de cal viva.

Y el *miedo*.

El miedo atroz y lacerante que paraliza y agarrota y que agujoneaba a Martín Lutero, cuando denunciaba la huida despavorida de los religiosos, mientras la peste de 1539 arreciaba en Wittenberg: “Huyen unos de otros y apenas si pueden encontrarse alguien para cuidar y consolar a los enfermos [...], ese miedo que el diablo pone en el corazón de las pobres gentes es la peste más temible” (56).

Había también quienes, en medio de la tragedia, medraban en las sombras: los saqueadores que asaltaban las propiedades abandonadas y robaban a los cadáveres o, guiados por la misma voracidad, apresuraban la muerte de los enfermos.

Mazoni retrataba a quienes, en plena epidemia, con la espantosa multiplicación de cadáveres que obligaban a su retiro en carros comunitarios, ingresaban a las casas exigiendo rescates para no apilar en los carros los cuerpos de los enfermos que aún vivían.

“Entraban como dueños o como enemigos en las casas y sin hablar del saqueo y del modo como trataban a los infelices que por la peste tenían que pasar por aquellas inmundas manos, las ponían sobre los sanos, sobre los hijos, los parientes, las mujeres y los maridos, amenazándolos con que los arrastrarían al lazareto si no los rescataban al precio que ellos mismos establecían” (57).

Por su parte, Daniel Defoe, en su relato sobre la gran plaga de Londres de 1665: “Diario del año de la peste”, publicada en 1722, detallaba: “Muchos robos y acciones perversas en ese tiempo terrible [...] porque la codicia era tan

(56) Citado por DELUMEAU, Jean, “El miedo en Occidente...”, ob. cit., p. 196.

(57) MANZONI, Alejandro, “Los novios”, ob. cit., p. 250.

fuerte en algunos que habrían corrido cualquier riesgo para saquear” (58).

También aparecen en el minucioso relato los que contagiaban a sabiendas, es decir, aquellos infectados que recorrían las calles y las plazas, ingresando a los templos, las posadas y las casas, bebiendo de fuentes comunes para contagiar al resto de sus semejantes, en la pertinaz creencia de que de este modo descargaban el veneno que recorría sus cuerpos.

Lutero los referenciaba:

“...[C]riminales mayores que sintiendo el germen de la enfermedad se mezclan sin decir nada a sus hermanos, como si esperaran descargar en ellos el veneno que los devora. Dominados por esta idea recorren las calles, penetran en las casas, llegan incluso a abrazar a sus hijos o a sus domésticos con la esperanza de salvarse ellos mismos. Quiero creer que el diablo inspira tales acciones y que solo a él debemos acusarle de esto, pero también me han dicho que una especie de desesperación envidiosa impulsa algunas veces a estos desventurados a propagar así la peste, porque no quieren ser los únicos en ser alcanzados [...]. Si el hecho es cierto o no, lo ignoro. Pero realmente, si las cosas son así, termino por preguntarme si nosotros, los alemanes, somos hombres o demonios” (59).

Daniel Defoe halla en el argumento la excusa perfecta que se buscaba para justificar la prohibición del ingreso de los extraños a las ciudades en peligro, achacándoles que solo buscaban el contagio, como lo hacían, en los imaginarios populares, las figuras demoníacas, con largos vestidos negros, que visitaban las aldeas en las noches sin luna (60).

Mazzoni relata en “Los novios” cómo, en pleno desarrollo de la epidemia del Milanésado, a los extranjeros “sospechosos ya por serlo y muy fácil de distinguirse por el traje se los

(58) DEFOE, Daniel, “Diario del año de la peste”, Ed. Biblioteca Virtual Universal.

(59) Citado por DELUMEAU, Jean, “El miedo en Occidente...”, ob. cit., p. 211.

(60) Conf. DEFOE, Daniel, “Diario del año de la peste”, ob. cit.

arrestaba en las calles por el pueblo y se los encarcelaba” (61).

Porque se perseguía con saña a todos aquellos que —se creía— podían contagiar. Las pestes lo gran incluso quebrar los oscuros silencios que habían sepultado crímenes y dolores del pasado.

La cercanía de la muerte lleva a la confesión y a la súplica del perdón.

Pero también están los héroes.

---

(61) MANZONI, Alejandro, “Los novios”, ob. cit., p. 243.

Los hombres y mujeres que vencen el miedo y se ponen de pie.

A lo largo de los siglos, sacerdotes, clérigos, hermanos, religiosas, funcionarios, laicos consagrados, médicos, enfermeros y practicantes, colegiales y simples vecinos de la comunidad con recursos económicos o sin ellos derrocharon bondad y amor por sus semejantes.

“Porque en las calamidades públicas y en los largos trastornos de cualquier orden de cosas se ve siempre un aumento, un exceso de virtud” (62).

---

(62) MANZONI, Alejandro, “Los novios”, ob. cit., p. 249.

# Digitalización de la justicia en tiempos de aislamiento

María Inés Bergoglio (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Distanciamiento social en los tribunales.— III. Los actores institucionales.— IV. Las respuestas de los abogados.— V. Experiencias innovadoras.— VI. Comentarios finales.

## I. Introducción

La irrupción del coronavirus ha desestructurado nuestra vida cotidiana, y lo mismo ha ocurrido en la administración de justicia. Las consecuencias del aislamiento social preventivo y obligatorio se extienden en diversos aspectos del quehacer judicial. En el campo penal, las cuestiones vinculadas a la situación carcelaria, desde el uso de teléfonos celulares hasta las posibilidades de prisión domiciliaria, y su lectura desde una perspectiva de derechos humanos, han sido parte central de los debates jurídicos generados durante la pandemia. Otro efecto notable ha sido el fuerte impulso de la digitalización de la justicia, cuestión que será el foco del presente análisis.

La tendencia hacia el teletrabajo, característica de esta etapa en el sector privado, ha estado igualmente presente en la administración de justicia, aunque con algunas características diferenciales. En esta nota se describen estos cambios, señalando el papel cumplido por diferentes actores dentro del mundo jurídico, utilizando como fuente los documentos por ellos emitidos e información de prensa. Se destacan las experiencias innovadoras y se realizan algunas recomendaciones para el manejo de estos cambios.

## II. Distanciamiento social en los tribunales

La actividad judicial supone múltiples contactos presenciales. La presencialidad puede ser un requerimiento normativo, orientado a garantizar la transparencia del proceso de toma de

decisiones, característica de una organización democrática, como en los actos procesales viciados de nulidad si no cuentan con la presencia de todas las partes.

Más allá de las exigencias normativas, lo cierto es que los contactos personales están incorporados a las costumbres del foro: encuentros casuales en los pasillos, cuya importancia se reconoce incluso en el diseño de la arquitectura judicial, como lo muestran los salones de los pasos perdidos de muchos de nuestros edificios judiciales, inspirados en el modelo francés. Aquí la presencialidad es valorada por su capacidad de facilitar el entendimiento mutuo entre quienes están involucrados en una disputa, así como por su capacidad de generar confianza interpersonal.

En las últimas décadas, los procesos de reforma judicial han revalorizado la presencialidad, por las posibilidades de reducir la distancia entre jueces y justiciables que ofrece, así como por su capacidad de descomprimir conflictos. El impulso a la oralización del proceso penal, así como la difusión de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, ponen de manifiesto este papel de la presencialidad en la actividad judicial.

La amplia valoración de la presencialidad en el mundo jurídico permite suponer que las medidas de reducción de la presencia humana en los tribunales de todo el país han producido efectos muy fuertes. Uno de los más significativos es el impulso hacia la digitalización de las actividades, objetivo planteado hace ya tiempo, que ha recibido considerables inversiones, pero que no había resultado sencillo de lograr. En la

(\*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

emergencia sanitaria, el teletrabajo ha sido una herramienta valiosa para evitar la paralización de la administración de justicia, y vale la pena observar cómo ha ocurrido este proceso.

### III. Los actores institucionales

#### III.1. El papel de la Corte Suprema en la primera etapa del aislamiento

Frente a la emergencia sanitaria, la Corte Suprema se planteó la necesidad de acompañar los esfuerzos desplegados desde otros poderes del Estado para evitar la propagación de la epidemia, disponiendo tempranamente una feria judicial extraordinaria, acompañada del teletrabajo para las actividades estimadas esenciales. La ac. 4/2020, del 16/03/2020, dispuso que, a partir del 18/03/2020, todas las presentaciones que se realicen en el ámbito de la justicia nacional y federal sean completamente en formato digital, con firma digital (1).

El documento señala igualmente que las presentaciones digitales serán autosuficientes, un avance decisivo en el proceso de despapelización de la administración de justicia. El temor al contagio permitió superar la exigencia de la doble presentación de los expedientes, en formato papel y digital, que ha generado múltiples inconvenientes en otros procesos de incorporación del expediente digital, como en el caso de San Luis (2).

(1) “Disponer que a partir del 18/03/2020 —con excepción de las presentaciones iniciales que no puedan ser objeto de ingreso digital—, todas las presentaciones que se realicen en el ámbito de la justicia nacional y federal serán completamente en formato digital a través del IEJ (Identificación Electrónica Judicial), registrada en cada una de las causas. Dichas presentaciones deberán estar firmadas electrónicamente por el presentante (arts. 5º y 6º de la ley 25.506, arts. 286 y 288 del Cód. Civ. y Com. y lo establecido por la ley 26.685). Tales presentaciones y su documentación asociada tendrán el valor de declaración jurada en cuanto a su autenticidad, serán autosuficientes y no deberá emitirse copia en formato papel” (Ac. CS 4/2020, del 18/03/2020).

(2) UCCELLO DE MELINO, María Claudia, “De la justicia cosida a mano al expediente digital”, en CHAYER, Héctor M. — MARCET, Juan P. (eds.) — CASA SALES, Paula (coord.), *Tecnología y oralidad civil. El caso de San Luis*, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2017, ps. 65-68.

La declaración inicial de la feria judicial extraordinaria en respuesta a la emergencia sanitaria establecía prestaciones mínimas del servicio de justicia durante el plazo establecido. Pocos días después, la Corte avanzó en la definición de las causas consideradas urgentes, a través de la Ac. 6/2020 (20/03/2020). Subrayó la importancia de atender a cuestiones penales, especialmente de orden sanitario, como delitos contra la salud pública, y también asuntos de familia urgentes, incluyendo el resguardo de los menores y la violencia de género.

La preocupación por los posibles efectos de la prolongación de la cuarentena se muestra en la caracterización del teletrabajo como una posibilidad abierta igualmente a magistrados, empleados y funcionarios no convocados a las guardias, así como en el paso a disponibilidad de todo el personal (Ac. 6/2020, puntos resolutivos 7 y 9). Esta flexibilidad en el planteamiento del teletrabajo —considerado una posibilidad y no una obligación— facilitó su aceptación.

En el campo penal, la acordada sugiere la utilización de videoconferencias para las jurisdicciones en que se aplica el régimen acusatorio oral, aprovechando la amplia infraestructura disponible en el país (3).

Los avances en la digitalización de la administración de justicia previstos en las Ac. 4/2020 y 6/2020 se completaron en los primeros días de abril con medidas de orden económico. En la ac. 9/2020, la Corte reconoció la necesidad de tomar medidas orientadas a asegurar los ingresos necesarios para su sustento diario a justiciables y abogados, tal como había sido solicitado por el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Para ello permitió a todos los juzgados con competencia nacional y federal el giro electrónico de los pagos por alimentos, indemnizaciones y honorarios profesionales. Ordenó igualmente al Banco Nación adoptar los recaudos para posibilitar estos pagos en forma digital.

(3) Según informe de JuFejus, el 78% de las jurisdicciones tenían ya en 2014 equipamientos para videoconferencia ([http://www.jufejus.org.ar/images/doc.ACTIVIDADES/Informatica/JUFEJUS\\_-\\_informe\\_videoconferencia\\_2013\\_-\\_final.pdf](http://www.jufejus.org.ar/images/doc.ACTIVIDADES/Informatica/JUFEJUS_-_informe_videoconferencia_2013_-_final.pdf)).

A mediados de abril, con la prolongación del período de aislamiento obligatorio, se profundizaron las transformaciones tecnológicas en el servicio de justicia. La Corte Suprema implementó la firma electrónica y digital en su ámbito y el de la justicia federal, y habilitó un mecanismo para la recepción de demandas, recursos directos y quejas por medios electrónicos (ac. 11/2020 y 12/2020). Igualmente admitió la posibilidad de que los tribunales celebren acuerdos por medios virtuales o remotos, pero restringió el uso de esta alternativa a los casos de emergencia. Enfatizó así la importancia de la presencialidad en los debates que acompañan el proceso de toma de decisiones judiciales de alto nivel.

### *III.2. Los avances de la digitalización en las justicias provinciales*

Las disposiciones de la Suprema Corte resultaron orientadoras e inspiraron a los Tribunales Superiores provinciales, que fueron adoptando ordenamientos similares, aunque a ritmos desiguales. De acuerdo con un informe publicado por la fundación Unidos por la Justicia, a mediados de abril, los Poderes Judiciales de las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Mendoza, Chubut y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el Ministerio Público de la Acusación de Santa Fe ya habían dado pasos decisivos en la digitalización de las tareas judiciales. Estas jurisdicciones habían instalado el trabajo judicial remoto, utilizaban mesa de entrada digital, así como firma digital, y habían llevado a cabo audiencias por videoconferencia (4).

Un ejemplo temprano de utilización de estas posibilidades para tareas consideradas menos urgentes lo brindó la Cámara Civil y Comercial de Morón, que el 02 de abril se encargó de llevar adelante un acuerdo de forma remota y suscribir un fallo con firma digital. De esa forma, resolvió un caso de accidente de tránsito sin que sus integrantes tuvieran que acercarse a la sede del tribunal (5).

(4) BENÍTEZ, Juan J., “El COVID-19 viralizó la modernización judicial”, Buenos Aires, 2020, <http://unidosjusticia.org/wp-content/uploads/2020/04/El-COVID-19-viralizó-la-modernización-judicial-PDF.pdf>.

(5) CCiv. y Com. Morón, 02/04/2020, “Roldón, Marcos A. y otra c. Maldonado, Pablo I. s/ daños y perjuicios”, LL

Un relevamiento realizado por el Instituto Federal de Innovación, Tecnología y Justicia de la Junta Federal de Cortes reveló la aceleración de la digitalización en las veintitrés jurisdicciones durante la pandemia. El informe consigna que, con anterioridad a la cuarentena, en los Poderes Judiciales nucleados en la JuFeJus estaban habilitadas 1662 terminales de trabajo remoto, cifra que al 20/04/2020 se había incrementado cinco veces, llegando a unos 9500 aproximadamente (6).

Las audiencias remotas se han utilizado ampliamente en las diversas jurisdicciones. El mecanismo ha sido aprovechado tanto por magistrados y funcionarios como por agentes judiciales, ya sea para formalizar instancias procesales como para organizar tareas y establecer un contacto dinámico y constante. Se han utilizado para ello plataformas virtuales diversas, así como herramientas tecnológicas de uso cotidiano, como la aplicación de mensajería WhatsApp (7). Un ejemplo interesante es el funcionamiento del nuevo Código Procesal Penal Federal en las provincias de Jujuy y Salta, donde se han celebrado audiencias por videoconferencia, coordinadas por la Oficina Judicial, en forma remota (8).

Este rápido avance de las tecnologías digitales durante la emergencia sanitaria sugiere algunas reflexiones. Resulta claro que la implementación de estos mecanismos de respuesta ante la crisis fue posible en tanto los Poderes Judiciales ya contaban con la infraestructura necesaria para ello. Tal como señalan (9), “los sistemas de

AR/JUR/6673/2020.

(6) “Justicia digital contra la pandemia”, *Diario Judicial* del 20/04/2020, accesible en <https://www.diariojudicial.com/nota/86201>.

(7) Ver “Plataformas virtuales para audiencias”, informe del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Universidad de Buenos Aires, accesible en <https://ialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/05/1.-Plataformas-virtuales-para-Audiencias.-Funcionalidades-y-privacidad.-Ecosistema-normativo-4.pdf>.

(8) Ver nota 4.

(9) BENÍTEZ, Juan J. — HOFFER, Eric, “Ideas para transitar la pandemia”, Buenos Aires, 2020, p. 10, <http://unidosjusticia.org/wp-content/uploads/2020/05/Ideas-para-transitar-la-pandemia.pdf>.

justicia disponían de los recursos para avanzar hacia la gestión digital del caso y que, si no ocurrió antes, fue debido a la falta de los consensos necesarios o de decisión institucional”.

### *III.3. Las respuestas a la prolongación del aislamiento*

En el ámbito de la justicia federal, la superación de las resistencias a la digitalización fue facilitada por el hecho de que, más allá de las actividades esenciales, el trabajo remoto fue planteado como una posibilidad abierta para quienes no estaban convocados a los turnos de guardia, más que como una obligación (Ac. 6/2020, punto resolutivo 7).

Con la prolongación del aislamiento, este carácter en buena medida voluntario del trabajo remoto comenzó a mostrar sus límites, en tanto el atraso en las tareas habituales de la administración de justicia generaba preocupación, especialmente en diversos ámbitos de la profesión jurídica, como se revisa en la sección siguiente.

En la Ac. 13/2020, el Máximo Tribunal reiteró la necesidad de habilitación del trabajo desde los lugares de aislamiento, para que los magistrados, funcionarios y empleados que no trabajen de manera presencial puedan seguir realizando tareas a distancia. Igualmente, recordó las facultades de los tribunales con tareas de superintendencia para tomar las medidas necesarias para garantizar la prestación del servicio de justicia, incluso mediante la realización de actos procesales válidos de forma remota, sin perjuicio de la vigencia de la feria extraordinaria.

Más adelante fue necesario readecuar las disposiciones derivadas del aislamiento obligatorio a la diversidad de la evolución epidemiológica en distintas regiones del país. En los considerandos de la Ac. 14/2020, del 11/05/2020, se plantea la necesidad de balancear el objetivo de preservar la salud ciudadana con la accesibilidad de la justicia, en estos términos: “lograr el mayor aumento de la prestación del servicio necesario para la comunidad compatible con la preservación de la salud de las personas que lo prestan y la de aquellos que concurren a recibirlo”.

Para ello, encomienda a los responsables de la superintendencia que designen las autoridades de feria en el ámbito de su jurisdicción para atender la mayor cantidad de asuntos posibles. Recomienda igualmente priorizar el empleo de las herramientas digitales disponibles que permitan la tramitación remota de las causas (ac. 14/2020, puntos resolutivos 4 y 6). Amplía las materias a ser consideradas durante la feria extraordinaria, abriendo la posibilidad de tratar amparos, temas de daños y perjuicios, cuestiones laborales y previsionales, sucesiones y concursos.

### **IV. Las respuestas de los abogados**

En el campo de la administración de justicia, al igual que en el ámbito del Ejecutivo, las medidas a tomar para enfrentar la emergencia sanitaria se decidieron en un marco de diálogo con otros actores sociales. En los documentos emitidos por la Suprema Corte se encuentran referencias a solicitudes de las asociaciones gremiales. Así, la Ac. 5/2020, que dispone la extensión del horario para dejar nota digital remota hasta las 20 horas, menciona en los considerandos “Que el Colegio Público de Capital Federal, la Unión de Empleados de Justicia de la Nación y la Cámara Federal de Posadas, solicitaron extender el horario para dejar nota hasta las 20 hs., los días martes y viernes”.

Vale la pena observar que esta medida, orientada a superar la congestión de los sistemas informáticos que venía motivando quejas desde antes de la cuarentena, es una ilustración del modo en que la incorporación de la tecnología digital modifica las costumbres, ya observada anteriormente en la estructuración social de las actividades en la profesión jurídica (10).

Como se indicó en la sección anterior, en el inicio de la cuarentena la actividad judicial se limitó a la atención de los expedientes urgentes, dejando solo guardias mínimas con juzgados de turno. Las causas que se encontraban en trámite quedaron virtualmente paralizadas y sin mo-

---

(10) BERGOGLIO, María Inés, “Cambios en la organización temporal del trabajo jurídico: la mirada de los abogados”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de Córdoba, nro. XII, 2010, ps. 553-68.

vimientos procesales, generando preocupación en el campo de la profesión jurídica.

En distintas jurisdicciones, los colegios profesionales reclamaron frente a esta situación y solicitaron acelerar los procesos de digitalización. El Tribunal Superior de Córdoba, donde la aplicación del expediente digital había comenzado en 2019, consigna en los considerandos del Ac. 1621/2020, del 31 de marzo: “Frente a las justificadas inquietudes formuladas por el Colegio de Abogados de Córdoba, así como por la Federación de Colegios de Abogados que este tribunal se encuentra trabajando con especial dedicación en el desarrollo de alternativas que mediante el uso de las tecnologías de la información y del expediente electrónico, provea de soluciones innovativas para garantizar la mayor provisión posible del servicio de justicia en el contexto que nos toca enfrentar”.

Los reclamos gremiales subieron de tono a medida que se prolongaba la cuarentena. A mediados de abril, el Colegio Profesional de la Provincia de Buenos Aires planteó en un comunicado que, dado el carácter esencial del servicio de justicia en el Estado de derecho, no puede prestarse parcialmente, sino que debe llevarse a cabo en forma total y completa (11). En consecuencia, reclamó la generalización del trabajo remoto de magistrados, funcionarios y empleados judiciales, indicando que el nivel de desarrollo digital que el sistema ha tenido en los últimos años les permite hacerlo de forma segura, posibilidad que se extiende también a los abogados. Incluso, un letrado platense presentó un amparo colectivo para que todos los juzgados funcionen con teletrabajo. Su presentación enfatiza las dificultades que enfrentan los abogados, cuyos gastos profesionales siguen fijos, mientras que el movimiento de expedientes del cual dependen sus ingresos está prácticamente detenido (12).

La prolongación de la cuarentena resultó especialmente preocupante en las jurisdicciones

(11) Ver texto del comunicado en <https://www.diariojudicial.com/public.documentos/000/089/426/000089426.pdf>.

(12) JCont. Adm. N° 1 La Plata, admitido el 12/04/2020, “Nieves, Román Federico c. Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires”.

donde el avance de la digitalización es menor. En Tucumán, accediendo a una solicitud del Colegio de Abogados, la Corte había prorrogado el comienzo de la aplicación gradual del expediente digital el 21/02/2020. Preocupado por el atraso judicial generado por el aislamiento social, el presidente del Colegio de Abogados de Tucumán instó a los magistrados a llevar los expedientes a sus casas, para adelantar todo el trabajo posible. Igualmente, pidió a la Corte local alentar la elaboración de sentencias para evitar las dilaciones, siguiendo el ejemplo de su par de la provincia de Buenos Aires (13). De acuerdo con informes periodísticos, la situación ha favorecido la aceptación de las tecnologías digitales entre los abogados tucumanos que las resistían (14).

El reclamo de los colegios profesionales pronto alcanzó dimensiones nacionales. La Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) dirigió una carta a la ministra de Justicia de la Nación solicitando medidas para el restablecimiento del servicio de justicia en todo el territorio nacional, servicio cuya restricción por la emergencia sanitaria “no puede extenderse ilimitadamente en el tiempo sin que sus consecuencias se tornen lesivas a valores fundamentales cuya protección también debe prodigarse en justa medida” (15).

A mediados de abril, cuando el gobierno nacional, atendiendo a la diversidad de situaciones epidemiológicas, habilitó el ejercicio de la abogacía en las provincias de Entre Ríos, Misiones, Salta, San Juan, Neuquén y Jujuy, la FACA reiteró sus reclamos. Denunció la situación de

(13) Ver BENITO, Irene, “Quieren que los jueces hagan sentencias desde casa”, *La Gaceta* del 02/04/2020, Tucumán, accesible en <https://www.lagaceta.com.ar/nota/839787/actualidad/quieren-jueces-hagan-sentencias-desde-casa.html>. La resolución de la Corte bonaerense aludida en las declaraciones es la 14/2020, del 30/03/2020.

(14) Ver BENITO, Irene, “Será justicia si el pueblo lo demanda”, *La Gaceta* del 06/04/2020, Tucumán, accesible en <https://www.lagaceta.com.ar/nota/840201/opinion/panorama-tucumano-sera-justicia-si-pueblo-lo-demanda.html>.

(15) Texto de la carta accesible en <http://www.faca.org.ar/f.a.c.a.---restablecimiento-del-servicio-de-justicia-07-04-2020.html>.

“estudios jurídicos cerrados, juzgados inactivos, prohibición de circular para los abogados e incluso de tomar contacto personal con los clientes”. Consideró que la abogacía es uno de los rubros más golpeados como consecuencia de la imposibilidad de ejercer la profesión, por lo que solicitó la inclusión inmediata de los servicios jurídicos en los beneficios impositivos previstos en el programa de emergencia nacional **(16)**.

Las negativas descripciones del estado del servicio de justicia presentes en los reclamos de los colegios profesionales motivaron respuestas desde el campo judicial. A fines de abril, la Junta de Presidentes de Cámaras Nacionales y Federales rechazó las afirmaciones respecto a la paralización de la administración de justicia. Justificó esta postura apelando a los avances logrados en el proceso de digitalización, tales como el trabajo remoto del personal judicial; la utilización de las firmas digital y electrónica; el avance en la digitalización de los expedientes judiciales, eximiéndose de la presentación del soporte papel; la autorización de acuerdos por medios remotos y el establecimiento de procedimientos para la recepción de demandas de manera totalmente virtual. Desde su perspectiva, estas herramientas permitieron que, “lejos de paralizar la justicia durante este tiempo, se exigiera un máximo esfuerzo y constante atención de todos aquellos casos que no admitían demoras” **(17)**. Los camaristas señalaron la variedad de materias atendidas durante la pandemia, que exceden claramente los casos urgentes, así como el desarrollo de audiencias a distancia, por videollamadas o videoconferencias. Destacaron el modo en que los magistrados han asumido el desafío de garantizar el ejercicio de los derechos de las partes en los procesos frente a estas nuevas tecnologías.

Las diferentes posturas puestas de manifiesto en estos debates no han impedido la cooperación de las organizaciones gremiales con las

(16) Ver “Abogacía en crisis”, *Diario Judicial* del 24/04/2020.

(17) “Los presidentes de las Cámaras Nacionales y Federales de todo el país advirtieron que la justicia no está paralizada”, *Infobae* del 30/04/2020, accesible en <https://www.infobae.com/politica/2020/04/30/los-presidentes-de-las-camaras-nacionales-y-federales-de-todo-el-pais-advirtieron-que-la-justicia-no-esta-paralizada/>.

autoridades judiciales, para proyectar la organización de las actividades tribunales después de la pandemia. Cuando el Consejo de la Magistratura y la Suprema Corte comenzaron a delinear las estrategias sanitarias a seguir en los edificios judiciales en la reapertura, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal elevó a la Corte un listado de propuestas para el levantamiento de la feria.

La entidad propuso que ningún trámite que pueda realizarse electrónicamente sea atendido en las mesas de entrada de los juzgados, y reclamó el completo retorno de la actividad de tribunales para todas las materias e instancias. Enfatizó la importancia de consolidar las medidas tomadas para la digitalización de la administración de justicia, más allá de la emergencia: “Es hora de que el Poder Judicial de la Nación cumpla integral y eficazmente con su tarea de administrar justicia, desplegando a tal fin todos los recursos a su alcance [...]. Ha finalizado la era del papel. El momento de la digitalización total de los expedientes es ahora, por lo cual, previa aprobación del protocolo consensuado propuesto, la feria judicial extraordinaria debe concluir” **(18)**.

## V. Experiencias innovadoras

Las dificultades de adaptación a las condiciones planteadas por la emergencia sanitaria, así como la flexibilidad en el planteamiento de las condiciones del trabajo remoto, han generado un campo propicio para las experiencias innovadoras. En muchos casos, esas prácticas se han basado en el uso de mecanismos sencillos, de bajo costo y uso cotidiano. Así, los Juzgados de Familia de Río Negro comenzaron a utilizar videollamadas grupales por WhatsApp para verificar el estado de los niños protegidos en procesos del fuero **(19)**, y en Tucumán, Facundo Maggio, juez de Instrucción en lo Penal N° 2, ha usado el mismo medio para controlar la situación de los presos con prisión preventiva **(20)**.

(18) Nota dirigida al presidente de la Suprema Corte, del 12/05/2020, expte. 1207/2020, accesible en <http://www.cpacf.org.ar/noticia.php?id=7522&sec=156>.

(19) “Controlados por pantalla”, *Diario Judicial* del 15/04/2020.

(20) Ver nota 14.

Por su parte, la Oficina de Medidas Alternativas del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos informó a principios de mayo que el área Mediación Penal había logrado 143 acuerdos durante la emergencia sanitaria, utilizando la aplicación Skype, así como un protocolo que asegura la confidencialidad, voluntariedad e imparcialidad de las actuaciones (21). Otras aplicaciones como Zoom, que permiten videoconferencias grupales, han sido aprovechadas de modo innovador. Así, el Consejo de la Magistratura de la provincia de Tucumán ha avanzado con los concursos judiciales tomando entrevistas a postulantes por este medio (22).

También se han desarrollado mecanismos específicos para su uso en el campo judicial. El Poder Judicial de Córdoba estrenó a mediados de mayo una aplicación de uso gratuito para teléfonos celulares, que permite la consulta pública de expedientes. La herramienta permite buscar causas de cualquier fuero, en toda la provincia, e informa los principales datos del proceso, la radicación y el estado del trámite (23).

En procesos de mayor complejidad, se utilizan generalmente aplicaciones específicas para usos judiciales, que dotan de mayor seguridad a las actuaciones. En Córdoba, el Superior Tribunal aprobó un protocolo que permite realizar los juicios abreviados por videoconferencia con el acuerdo de todas las partes. La Oficina de Gestión de Audiencias coordina estas actividades usando WhatsApp y asiste a los participantes en la instalación del *software* específico para intervenir en las audiencias (24). Por su parte,

(21) "Las consultas de mediación penal se atienden de manera remota", *Análisis Digital* del 07/05/2020, accesible en <https://www.analisisdigital.com.ar/judiciales/2020/05/07/las-consultas-de-mediacion-penal-se-atienden-de-manera-remota>.

(22) "Cinco aspirantes a juez inauguraron la entrevista virtual", *La Gaceta* del 08/05/2020, Tucumán, accesible en [lagaceta.com.ar/nota/843520/actualidad/cinco-aspirantes-juez-inauguraron-entrevista-virtual.html](http://lagaceta.com.ar/nota/843520/actualidad/cinco-aspirantes-juez-inauguraron-entrevista-virtual.html).

(23) "El Poder Judicial de Córdoba estrena su propia app para consultar expedientes", *Diario Judicial* del 14/05/2020.

(24) BAZTERRECHEA, Silvina, "EL TSJ autorizó juicios abreviados por videoconferencia", *Comercio y Justicia* del 06/04/2020, Córdoba, accesible en <https://comercioyjusticia.info/blog/justicia/el-tsj-autorizo-que-se-realicen-juicios-abreviados-por-videoconferencia/>.

la Cámara Federal de Casación Penal celebró el 14/05/2020 la primera audiencia oral bajo el sistema acusatorio durante la pandemia, desde los domicilios particulares de las partes y de los magistrados en Buenos Aires, Córdoba y Salta (25), conectados en simultáneo utilizando las plataformas informáticas Cisco Jabber/Polycom.

## VI. Comentarios finales

El aislamiento impuesto durante la emergencia sanitaria presentó un desafío importante para las actividades judiciales, que transcurren en buena medida a través de la interacción directa. Frente a esta situación, la Suprema Corte lideró la respuesta a la pandemia acelerando los procesos de digitalización, actitud que fue seguida por los Tribunales Superiores de la mayoría de las jurisdicciones. Los avances logrados en términos de trabajo remoto, expediente digital y firma digital en estos meses resultan sorprendentes comparados con el ritmo que llevaban estos procesos hasta 2019.

Resulta evidente que la infraestructura necesaria para esta transformación estaba ya instalada, y faltaban los consensos y la voluntad política necesarios para impulsarlo. La flexibilidad en el planteamiento normativo del trabajo remoto, considerado una posibilidad abierta a los magistrados y funcionarios más que una obligación, resultó adecuada para suavizar las resistencias al cambio en los medios tribunales. Al mismo tiempo, la fuerza con la que los colegios de abogados hicieron oír sus reclamos, y el debate público así suscitado, contribuyeron a acelerar las transformaciones.

Se han logrado avances significativos en el campo de la despapelización, que reducen los costos y los tiempos de la justicia. En una época en la que la tecnología digital ha ido acostumbrándonos a la inmediatez y la simultaneidad, la posibilidad de acortar la duración de los procesos resulta un logro valioso, tanto para los justiciables como para los letrados.

(25) BORINSKY, Mariano — GARAY, Juan M., "Casación y el nuevo Código Procesal Penal Federal", *Diario Judicial* del 18/05/2020.

El uso de videoconferencias en distintos fueros (Familia, Penal, medios alternativos) e instancias ha resultado particularmente exitoso, en tanto permite reconstruir los contactos personales en los tiempos de aislamiento. Si bien su aplicación en los procesos de toma de decisión judicial se ha limitado a condiciones excepcionales (Ac. CS 11/2020, punto resolutivo 4), sin duda continuará vigente en diferentes situaciones en que evitar los traslados innecesarios permite acelerar los procesos.

La consolidación de estas tendencias requerirá atender algunas cuestiones estratégicas, como la seguridad en el manejo de documentación delicada, ya que, como ha señalado Delgado, “irónicamente, el Estado deberá manejar información muy pero muy sensible a través de empresas privadas, ya que carecemos de un servidor nacional” (26). También será necesario asegurar la interoperabilidad de las herramientas tecnológicas usadas, un riesgo siempre presente en un país federal, con el objeto de evitar la duplicación de esfuerzos y facilitar las comunicaciones entre diversas jurisdicciones.

---

(26) DELGADO, Federico, “La justicia después del virus: el fin del expediente”, *Perfil* del 12/04/2020, Buenos Aires, <https://www.perfil.com/noticias/elobservador/la-justicia-despues-del-virus-el-fin-del-expediente.phtml?rd=>.

El entusiasmo por los avances logrados no debe hacer olvidar algunas de las cuestiones pendientes. La digitalización agudiza las diferencias sociales, ya que el acceso a las nuevas tecnologías no es el mismo en diferentes zonas geográficas y grupos sociales. Este riesgo es especialmente preocupante en la administración de justicia, comprometida constitucionalmente a brindar el acceso igualitario a sus servicios.

Por otra parte, las consecuencias de la pandemia sobre la economía resultan preocupantes (27). Afectan especialmente a quienes no tienen ingresos fijos y a quienes no pueden trabajar a distancia, tal como lo han hecho conocer las organizaciones de abogados. En el país, numerosos trabajadores informales experimentan penurias por estas mismas causas, lo que profundiza las desigualdades sociales. En este contexto de transformaciones, será necesario asumir colectivamente el desafío de asegurar especialmente el acceso a la justicia para todos, especialmente los más vulnerables.

---

(27) Ver BOTTAN, Nicolás — HOFFMANN, Bridget — VERA-COSSIO, Diego, “Resultados de encuesta sobre el coronavirus revelan importantes impactos, vínculos entre la desigualdad y los mercados laborales”, 08/05/2020, informe publicado por el Banco Interamericano de Desarrollo, accesible en <https://blogs.iadb.org/ideas-que-cuentan/es/resultados-de-encuesta-sobre-el-coronavirus-revelan-importantes-impactos-vinculos-entre-la-desigualdad-y-los-mercados-laborales/>.

# Desafíos y estrategias de la Universidad Nacional de Córdoba en tiempos de COVID-19

## Enseñanza y aprendizaje pospandemia

Ramón Pedro Yanzi Ferreira (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La educación superior en el contexto del COVID-19.— III. Desafíos y estrategias adoptadas por la Universidad Nacional de Córdoba.— IV. Conclusiones.— V. Apéndice documental: Compendio normativo UNC-COVID-19 (actualizado al 26/05/2020).

### I. Introducción

Frente a la emergencia sanitaria y epidemiológica, en los primeros días de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró como pandemia al COVID-19, generado por el virus SARS-CoV-2. La expansión de dicho virus no reconoció fronteras ni límites, extendiéndose a una enorme velocidad, con niveles alarmantes de propagación y gravedad en varios países de los distintos continentes, afectando a un gran número de personas. Es por ello que la emergencia en materia de salud pública ocupó predominantemente la agenda internacional de los diversos gobiernos desde comienzos del corriente año.

Como consecuencia de ello, el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) amplió por decreto de necesidad y urgencia (DNU) 260/2020, del 12/03/2020, la emergencia sanitaria establecida por ley 27.541 (1) y dispuso la adopción de medidas para contener la propagación del nue-

vo coronavirus. Por otra parte, el DNU 297/2020, del 19/03/2020, estableció la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, cuyo primer vencimiento operó el 31 de marzo del corriente año y que fue prorrogado, en sucesivas oportunidades, hasta el día 07 de junio, inclusive, del mismo año, mediante el DNU 493/2020. La Universidad Nacional de Córdoba (UNC) dictó la resolución rectoral (RR) 597/2020, disponiendo similar medida.

Sin duda alguna, ninguna de las instituciones de los diferentes niveles de enseñanza que comprende el sistema educativo argentino imaginó este escenario, uno de los mayores desafíos que puso en jaque los modos tradicionales de abordar los procesos de enseñanza-aprendizaje, que implicaría repensar la educación sin la presencialidad.

En este sentido, el Instituto Internacional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe (IESALC) (2) destacó las acciones de los distintos Consejos de Rectores de los países, y para el caso de la Argentina señaló el Consejo

(\*) Vicerrector de la Universidad Nacional de Córdoba.

(1) Publicada en el BO 34.268 del 21/12/2019., "Art. 1º.— Declárase la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social y deléganse en el Poder Ejecutivo Nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del art. 76 de la CN con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art. 2º hasta el 31/12/2020".

(2) Véase <https://www.iesalc.unesco.org/2020/04/03/acciones-de-las-redes-de-educacion-superior-ante-el-covid-19/>.

Interuniversitario Nacional (CIN), entre otras, lo siguiente:

“Suspensión de actividades presenciales hasta nuevo aviso, lanzamiento de campañas de prevención y contención del COVID-19, creación de comisión especial entre las instituciones universitarias públicas y las autoridades nacionales:

— Comunicado de suspensión de actividades presenciales hasta nuevo aviso.

— Campañas de prevención y contención del COVID-19.

— Creación de comisión especial entre las instituciones universitarias públicas y las autoridades nacionales.

— Tres universidades miembros del CIN desarrollan campañas de prevención y contención de la pandemia del COVID-19 en Argentina y, específicamente, en sus comunidades.

— El Sistema de Información Universitaria (SIU) del CIN puso en línea un catálogo colaborativo de recursos para la implementación de las clases virtuales en las instituciones universitarias públicas.

— El sitio *e-Virtual* ofrece recursos pedagógicos en cuanto a medios y procedimientos pensados para el desarrollo de la enseñanza a distancia. Además, cuenta con una sección de ayuda técnica para no expertos en sistemas, con tutoriales y descripciones, paso a paso, de las formas de operar con las herramientas tecnológicas hoy disponibles en internet.

— Cada institución evaluará la capacidad, el tiempo, la oportunidad y las formas de las respuestas, según sus fortalezas internas y las condiciones que le brinde el contexto”.

## II. La educación superior en el contexto del COVID-19

La UNC, en ejercicio de su autonomía, de conformidad con el art. 75, inc. 19, de la Carta Magna y el art. 59 de la ley 24.521 de Educación

Superior (3), adoptó una serie de medidas e implementó acciones sustanciales para velar por la protección de la salud de todos los miembros de la comunidad universitaria y de la ciudadanía en general, a fin de reducir la circulación de personas y los riesgos de contagio, evitando que el desarrollo del año lectivo para sus más de 100.000 alumnos resulte afectado.

Para ello, fue necesario e imprescindible articular con todas las unidades académicas y los colegios preuniversitarios los sistemas tendientes a la migración de las actividades áulicas al ámbito virtual, como así también la organización del trabajo remoto y la coordinación de dichas tareas con docentes, no docentes y estudiantes para mantener el normal funcionamiento de las actividades académicas y administrativas, a fin de asegurar su pleno desarrollo. Al respecto, se adecuó a la modalidad virtual la toma de los exámenes de tesis de grado y posgrado, garantizando el cumplimiento de los requisitos que establece la normativa vigente. Además, se flexibilizaron, excepcionalmente, las exigencias de los regímenes de enseñanza que resultan de cumplimiento materialmente imposible en el actual contexto, y en la medida en que ello sea estrictamente necesario para garantizar el derecho a la educación superior de calidad, gratuita y pública, sin desnaturalizar las normativas vigentes en la materia. También se adecuaron la organización, los procedimientos y los sistemas administrativos de registros de desempeño académico de los estudiantes. Todo ello con arreglo a las características propias de cada carrera de cada unidad académica y colegios preuniversitarios.

Las universidades públicas nacionales fueron reconocidas como Centros Regionales de Lucha contra la Pandemia del COVID-19. En ese sentido, la UNC adoptó la firme decisión de colaborar con las autoridades sanitarias en el marco de la emergencia sanitaria, poniendo a disposición todos los recursos necesarios y disponibles. Al respecto, se concretó una solicitud del gobierno de la provincia de Córdoba de poner a

---

(3) “Art. 59.— Las instituciones universitarias nacionales tienen autarquía económico-financiera que ejercerán dentro del régimen de la ley 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional...”

disposición dos tanques de acero inoxidable de 5000 litros cada uno, ubicados en el Laboratorio de Hemoderivados, para el almacenamiento de alcohol medicinal para elaborar en forma masiva solución y/o gel sanitizante a partir de etanol.

Al mismo tiempo, se regularon las circunstancias particulares del personal docente, no docente, personal de Gabinete, contratados, becarios y toda otra modalidad de vinculación jurídica de prestación de servicios de carácter laboral y/o personal, pertenecientes a los grupos de riesgo indicados por el Ministerio de Salud de la Nación, a fin de garantizar el uso y goce de una licencia especial y extraordinaria. Asimismo, se aseguraron las condiciones de higiene y seguridad establecidas por la autoridad de aplicación para preservar la salud de los/as trabajadores/as y de sus grupos familiares.

Otro aspecto que no se descuidó fue el de resguardar la tutela de los derechos y garantías de los interesados y posibilitar el cumplimiento de las obligaciones de concesionarios, permisionarios y/o todos aquellos que realizan explotaciones comerciales autorizadas en el ámbito sujeto a jurisdicción de la UNC. Por consiguiente, se suspendió el cómputo de todos los plazos administrativos, difiriéndose los cobros de contraprestaciones dinerarias.

El Comedor Universitario desarrolló una política inclusiva, al brindar un servicio básico esencial consistente en permitir el acceso a una alimentación saludable y equilibrada subsidiada por la UNC con sus recursos especiales. Es el encargado de efectivizar las becas de Fondo Único y Comedor Universitario aprobadas por el Honorable Consejo Superior. Estas becas resultan de suma importancia y son imprescindibles para la población estudiantil más vulnerable y, por tal motivo, se decidió adjudicar una canasta de productos alimenticios a los beneficiarios, en lugar del menú diario.

No obstante ello, la virtualización de la enseñanza universitaria trajo aparejado otro desafío: el del acceso a la conectividad a servicios de internet. La UNC es garante de la educación superior de calidad, pública y gratuita frente a sus estudiantes como sujetos titulares de este

derecho humano esencial (4). En consecuencia, debe realizar máximos esfuerzos para disponer de los recursos, adoptando las medidas tendientes al acceso igualitario de conectividad a internet a los fines del cursado de las carreras universitarias y preuniversitarias en modalidad virtual a través de un sistema de becas. Esta resolución tuvo en cuenta, entre otras necesidades, lo señalado por el IESALC (5) en el sentido de que “...Ningún estudiante debe ser dejado atrás por esta crisis. Confío en que este Informe será decisivo para que todos los interesados en la educación superior defiendan este principio y lo traduzcan en acciones significativas” (6).

La evolución de la situación epidemiológica exigió que se tomen medidas indispensables, rápidas, eficaces y urgentes. Los protocolos y recomendaciones tienen carácter dinámico, cambiante y extraordinario. Así, el uso de los denominados “tapabocas”, de ser una sugerencia, se convirtió en una medida preventiva de carácter obligatorio. La UNC, de ese modo, lo implementó.

Por otra parte, los hechos de violencia de género no cesaron durante la vigencia de la comúnmente llamada “cuarentena” —aunque está próxima a exceder los 80 días— impuesta en el marco de la pandemia; todo lo contrario: muchos especialistas y/o expertos en la materia indicaron que se dio la situación donde la víctima permanecía en el mismo ámbito físico que su agresor con motivo de la medida ordenada por el PEN. Por consiguiente, la Unidad Central de Políticas de Género de la UNC, en concordancia con lo resuelto por el Ministerio

(4) La Declaración de la Conferencia Regional de la Educación Superior en América Latina y el Caribe (CRES), celebrada en Cartagena de Indias (Colombia) en el año 2008, definió a la educación superior como un bien público y social, un derecho humano y universal y un deber del Estado.

(5) Véase <https://www.iesalc.unesco.org/2020/05/13/como-prepararse-para-la-reapertura-estas-son-las-recomendaciones-del-iesalc-para-planificar-la-transicion-hacia-la-nueva-normalidad/>.

(6) Palabras introductorias Stefania Giannini, subdirectora general de Educación de la UNESCO, en el informe “COVID-19 y educación superior: De los efectos inmediatos al día después. Análisis de impactos, respuestas políticas y recomendaciones”, IESALC, 2020.

de las Mujeres, Género y Diversidad de la Nación y la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación, continuó con la atención celosa y permanente de las víctimas de violencia de género. En igual sentido, el Ministerio de la Mujer de la provincia de Córdoba puso en marcha el Plan de Emergencia COVID-19 en Violencia de Género durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio. Al respecto, se aprobó el acto administrativo que estableció la flexibilización de las vías para la recepción de denuncias y gestión de diligencias posteriores, garantizándose su seguridad física y jurídica.

Por imperio de las normas de la ley 19.587 de Higiene y Seguridad en el Trabajo y la disp. SRT 5/2020, se aseguraron las intervenciones que debían realizar los servicios de higiene y seguridad y medicina laboral durante la actual pandemia, exceptuando de la prohibición de circular al personal especializado.

También se regularon las contrataciones de emergencia sanitaria con la finalidad de acelerar el proceso involucrado, profundizando la utilización del expediente electrónico, incorporando medios electrónicos para enviar, gestionar y recibir la documentación necesaria garantizando los principios de las contrataciones públicas, muy especialmente los de seguridad y transparencia. Dicha medida fue adoptada en el marco de la autonomía de las universidades nacionales que consagra el art. 75, inc. 19, de la CN y del reconocimiento de la autarquía económico-financiera contemplado en el art. 59 de la Ley de Educación Superior.

A continuación, se enumeran las acciones más relevantes de la UNC que fueron destacadas por el IESALC (7):

— Colación virtual de 100 estudiantes de la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la UNC, quienes prestaron juramento desde sus casas, acto académico que les confirió sus títulos de grado. Iniciativa inédita en las universidades públicas argentinas (8).

(7) Véase <https://www.iesalc.unesco.org/2020/05/05/acciones-de-las-universidades-ante-el-covid-19/>.

(8) Al día de la fecha se han llevado a cabo las colaciones virtuales de las unidades académicas de Ciencias Químicas, Ciencias de la Comunicación, Ciencias Médi-

— El rector, Hugo Juri, y el gobernador, Juan Schiaretti, firmaron convenios para producir un derivado de la sangre de pacientes que se recuperaron de la enfermedad. La UNC aportará el trabajo del Laboratorio de Hemoderivados, el Banco Central de Sangre y el Instituto de Virología “José María Vanella”, que articularán con el Laboratorio Central del gobierno provincial.

— La UNC y la provincia de Córdoba se unen para desarrollar un tratamiento contra el coronavirus.

— La UNC dispone del proyecto Campus Virtual, sin que ello suponga la disponibilidad de los contenidos curriculares de su oferta académica en línea (20 de pregrado, 90 de grado y 214 de posgrado).

En esta instancia, y teniendo en cuenta las recomendaciones del IESALC (9) para planificar la transición hacia la nueva normalidad, actualmente se debate a fin de “aplicar un modelo en tres fases: continuidad pedagógica a distancia, reanudación de las actividades pedagógicas presenciales en el marco de las medidas sanitarias, y reestructuración de los modelos de enseñanza hacia uno híbrido que incluya presencialidad y virtualidad”. En este sentido, la UNC aprobó un Protocolo Básico Preventivo de COVID-19 para evitar el contagio de personas por exposición al virus SARS-CoV-2 y así contener la propagación de la enfermedad infecto-contagiosa del COVID-19.

Las fases del proceso de transición son descriptas por el IESALC de la siguiente manera:

a) Una fase que contempla *el tránsito de la continuidad a la reapertura*, centrada, en primer lugar, en el apoyo *a estudiantes y profesorado para hacer posible la continuidad pedagógica con calidad y equidad, atendiendo las necesidades de equipamiento, conectividad, servicios para aplicaciones móviles*; y, en segundo lugar, en *planificar adecuadamente la reapertura pre-*

cas, Arquitectura, Diseño y Urbanismo, Derecho, Ciencias Económicas y Odontología.

(9) Véase <https://www.iesalc.unesco.org/2020/05/13/como-prepararse-para-la-reapertura-estas-son-las-recomendaciones-del-iesalc-para-planificar-la-transicion-hacia-la-nueva-normalidad/>.

*sencial de operaciones con planes sanitarios, organizativos, pedagógicos y financieros*, acciones que deben ser supervisadas por un gabinete de crisis que vele por la continuidad y la equidad formativa y por el cumplimiento de los protocolos sanitarios.

b) Una segunda fase, que marca *el tránsito de la reapertura a la reestructuración*, contempla la implementación de medidas compensatorias de apoyo al aprendizaje de los estudiantes en desventaja y el trasvase de contenidos curriculares a formatos digitales. Algunas estrategias incluyen tutorización individualizada; grupos reducidos de aprendizaje para la nivelación en materias críticas por su carácter instrumental; y escuelas de verano (o de invierno) que ofrezcan seminarios compensatorios.

c) En paralelo, se lleva a cabo la documentación de los cambios pedagógicos introducidos y sus impactos, la reflexión interna sobre la renovación del modelo de enseñanza y aprendizaje, el aprendizaje a partir de los errores y escalar la digitalización, la hibridación y el aprendizaje ubicuo, es decir, invertir en tecnologías, recursos didácticos y soportes al alcance de todos para mejorar la calidad de la docencia presencial y promover metodologías híbridas, a través del *rediseño de los procesos de enseñanza y aprendizaje*, es decir, que combinen lo mejor de la presencialidad con el potencial de las tecnologías. “Las IES habrán perdido una gran oportunidad si no se detienen a reflexionar internamente, con la participación de estudiantes y profesores, acerca de las lecciones aprendidas durante la crisis sobre los procesos de enseñanza y aprendizaje”, acota el documento (10).

### III. Desafíos y estrategias adoptadas por la Universidad Nacional de Córdoba

Toda universidad cumple un rol esencial y posee un papel protagónico en la sociedad en la que se encuentra inserta, en un determinado tiempo y espacio. Como tal, ella debe ser capaz de brindar respuestas y soluciones a la realidad imperante. Esta Casa de Trejo no ha sido aje-

(10) Véase <https://www.iesalc.unesco.org/2020/05/13/como-prepararse-para-la-reapertura-estas-son-las-recomendaciones-del-iesalc-para-planificar-la-transicion-hacia-la-nueva-normalidad/>.

na al contexto de emergencia sanitaria y social que atraviesa la República Argentina. La UNC es responsable de garantizar el derecho de acceder a la educación de calidad y gratuita de manera igualitaria a todas y todos los estudiantes, brindando la mayor solidaridad frente a las desigualdades sociales (11).

El actual escenario que estamos transitando nos llevó como comunidad universitaria a rediseñar los espacios de intercambio de diálogo e interacción entre docentes y alumnos a través de dispositivos móviles, computadoras o pantallas, a fin de sostener los procesos de enseñanza-aprendizaje, como así también para estrechar lazos en medio de tanto distanciamiento.

La UNC debió desarrollar e implementar, de manera muy rápida y efectiva, diversas estrategias para asegurar el pleno ejercicio y goce del derecho humano fundamental a la educación superior de calidad, pública y gratuita.

En este sentido, la Casa de Trejo realizó varias acciones simultáneas, que, entre otras, son las que a continuación se mencionan:

— *Evitar el ingreso al ámbito del espacio físico de la UNC de aquellas personas provenientes de zonas de riesgo:*

Por RR 334/2020: se decidió sugerir al personal docente, no docente, becarios, estudiantes y visitantes de la Casa de Trejo que hayan estado o permanecido en tránsito en zonas de riesgo que no ingresaran a jurisdicción de la UNC hasta transcurridos quince [15] días desde su arribo a la República Argentina, aunque no presentaran síntomas de estar afectados por COVID-19.

Para el caso de estudiantes del exterior, se dispuso que fueran derivados a la Secretaría de

(11) El art. 2º de los Estatutos de la UNC establece: “*Misión de la Universidad:* La Universidad, como institución rectora de los valores sustanciales de la sociedad y el pueblo a que pertenece, tiene los siguientes fines: [...] inc. d) Promover la actuación del universitario en el seno del pueblo al que pertenece, destacando su sensibilidad para los problemas de su época y las soluciones de los mismos; y e) Proyectar su atención permanente sobre los grandes problemas y necesidades de la vida nacional, colaborando desinteresadamente en su esclarecimiento y solución”.

Asuntos Estudiantiles a los efectos de su revisión médica correspondiente.

Por RR 337/2020 y RR 339/2020: se dispuso la obligatoriedad para todo el personal y visitantes de la UNC que hayan permanecido en el exterior del país en zonas de riesgo o en contacto con personas potencialmente en riesgo, que dieran cumplimiento a una cuarentena de catorce [14] días después del viaje y se recluyeran en soledad en su domicilio, aunque no presentaran síntomas de estar afectados por COVID-19.

— *La virtualización de la enseñanza en todos sus niveles, la implementación del trabajo remoto y la obligatoriedad de cumplir con el aislamiento social preventivo:*

Por RR 334/2020: se encomendó la intensificación de modalidades de enseñanza o trabajo a distancia, por un lado, y la reprogramación de las actividades de evaluación, por el otro.

Por RR 367/2020 y RR 387/2020: se pospuso el inicio del dictado de clases presenciales hasta el día 01/04/2020, a los efectos de realizar las tareas de migración de las actividades áulicas al ámbito virtual.

Por RR 389/2020 y RR 423/2020: se habilitó la posibilidad de asignar el régimen de trabajo de manera remota a los agentes, autorizando su inasistencia a los puestos de trabajo y garantizando la cobertura de guardias mínimas. El personal afectado a los servicios esenciales que se prestan en la universidad fue exceptuado de la prohibición de circular establecida por el DNU 297/2020.

Por RR 432/2020: se autorizó el cierre de actas de exámenes de manera virtual, se asignó al docente titular la responsabilidad de registrar las calificaciones de los exámenes, y se autorizó a las áreas de Oficialía a encuadernar dos copias de actas impresas, todo ello a través del Sistema Guaraní.

Por RR 433/2020: se autorizó a tomar los exámenes de tesis de grado y posgrado con la modalidad virtual.

Por RR 447/2020: se habilitó, de manera transitoria y excepcional, la posibilidad de adecuar y flexibilizar las exigencias de los regímenes de

enseñanza que resulten de cumplimiento materialmente imposible en el actual contexto, con carácter excepcional y en la medida en que ello sea estrictamente necesario para garantizar el derecho a la educación y sin desnaturalizar las normativas vigentes.

A través de la Prosecretaría de Informática se diseñó un sitio web donde se encuentran tutoriales, instructivos y otros materiales para desarrollar el trabajo en forma remota.

La Secretaría de Gestión Institucional continuó de manera ininterrumpida con el proceso de liquidación y acreditación de los salarios del personal universitario, gracias al trabajo realizado de manera remota con el compromiso, esfuerzo y dedicación de los trabajadores no docentes.

Por RR 556/2020: se habilitó la posibilidad de generar el alta provisoria del personal designado desde el 01/03/2020.

Por RR 585/2020: se amplió el plazo establecido en la res. RR-2020-537-E-UNCREC hasta el 01/03/2021 y, en consecuencia, se recomendó a las unidades académicas que permitan a los ingresantes 2020 rendir exámenes parciales y finales de las asignaturas correspondientes a las carreras.

— *Licencias excepcionales para el personal universitario y para los estudiantes:*

Por RR 334/2020 y RR 389/2020: se adhirió a la res. 2020-178-APN-MT del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, y no se computaron las inasistencias de las y los estudiantes y becarios. Asimismo, se autorizó la inasistencia a sus puestos de trabajo, a partir de la fecha y por el plazo de catorce [14] días corridos, a las personas que revistan como personal docente, no docente, personal de Gabinete, contratados, becarios y toda otra modalidad de vinculación jurídica de prestación de servicios de carácter laboral y/o personal que se encuentre comprendido en alguno de los grupos de riesgo indicados por el Ministerio de Salud de la Nación, y a los padres, madres o tutores a cargo de menores de edad que concurren a establecimientos de nivel inicial, primario, secundario y jardines maternos.

— *Medidas preventivas en los establecimientos de la universidad y para el personal universitario e implementación de protocolos de seguridad:*

Por RR 334/2020 y RR 337/2020: se recomendaron las medidas preventivas sanitarias siguientes: — Lavado de manos frecuente con agua y jabón; cubrirse la nariz y la boca con el pliegue del codo o usar un pañuelo descartable al toser o estornudar; usar el cesto de basura más cercano para desechar los pañuelos utilizados; ventilar los ambientes; y limpiar frecuentemente las superficies y los objetos que se usan con frecuencia. — Ante la presencia de fiebre y síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad para respirar) se recomienda no asistir al establecimiento educativo. — En caso de estudiantes o personal de los establecimientos que regresen de viaje desde áreas con circulación y transmisión de coronavirus, aunque no presenten síntomas, se sugiere que permanezcan en el domicilio sin concurrencia y evitar el contacto social por catorce [14] días. — Evitar el contacto directo con personas que padezcan infecciones respiratorias agudas. — Evitar el contacto sin protección con animales de granja o salvajes. — Las personas con síntomas de una infección respiratoria aguda deberán tomar las siguientes precauciones: mantener cierta distancia con los demás, cubrirse la nariz y la boca con pañuelos desechables o ropa al estornudar o toser y lavarse las manos. — Para los centros de atención sanitaria: mejorar las prácticas habituales de prevención y control de infecciones en hospitales, especialmente en las unidades de urgencias.

Por RR 483/2020: se dispuso el uso obligatorio de tapaboca para circular, ingresar o permanecer en todo espacio sujeto a jurisdicción de la UNC.

La UNC, la ADIUC y la DASPU (obra social universitaria) acordaron trabajar en forma coordinada durante la situación de emergencia sanitaria. Tanto en la obra social cuanto en el Hospital Nacional de Clínicas se adoptaron e implementaron protocolos de prevención y contención del coronavirus.

ADIUC puso a disposición la antigua sede gremial para la atención diferenciada de pacientes.

A su tiempo, el vicerrector de la UNC estableció un protocolo de aplicación obligatoria para el personal de limpieza que trabaja en las distintas dependencias de la Casa de Trejo. Dicho protocolo sigue las recomendaciones de prevención de infecciones respiratorias en empresas y organismos con atención al público elaboradas por el Ministerio de Salud de la Nación.

Por RR 562/2020 y RR 584/2020: se aprobó el Protocolo Básico Preventivo, de aplicación en los lugares y espacios públicos en el ámbito sujeto a jurisdicción de la UNC, a fin de evitar el contagio de personas por exposición al virus SARS-CoV-2 y así contener la propagación de la enfermedad infecto-contagiosa del COVID-19 y sus consecuencias sobre el estado de salud.

Por RR 596/2020: se aprobó el Procedimiento Operativo de Gestión y Control de Obras UNC COVID-19 en el ámbito sujeto a jurisdicción de la UNC con sus correspondientes anexos. Asimismo, se aprobaron los modelos de registros: a) de ingreso a obra; b) de limpieza y desinfección de obra; c) de entrega de ropa de trabajo y EPP; y d) de capacitación diaria.

— *Suspensión de actividades con masividad de personas:*

Por RR 387/2020: se dispuso suspender todo tipo de funcionamiento de extensión universitaria, incluyendo las deportivas.

— *Interacciones solidarias y recreativas con la comunidad:*

*#Activemos Córdoba Solidaria* es una propuesta de trabajo solidario que llevan adelante la Unión de Trabajadores de la Economía Popular (UTEPE), la Facultad de Ciencias Sociales, la Facultad de Ciencias Económicas y los Servicios de Radio y Televisión de la UNC (SRT).

La iniciativa pretende ayudar a que la red de UTEPE y la comunidad interactúen de manera solidaria a través de donaciones de órdenes de compra de alimentos de calidad nutricional, adquiridos directamente a sus productores y destinados a los comedores y merenderos de la ciudad de Córdoba que asisten a personas en situación de vulnerabilidad alimentaria. Se desarrolló una herramienta tecnológica que asegura

la transparencia en la gestión y destino de los fondos aportados solidariamente.

La Subsecretaría de Cultura de la UNC organizó y llevó adelante la iniciativa “Dibuje, Maestro” bajo modalidad virtual, que consistió en escuchar una pieza orquestal propuesta por el director de la Orquesta Sinfónica de la Casa de Trejo y expresarse a través del dibujo. En esta oportunidad, la pieza seleccionada fue “El carnaval de los animales”, de Camille Saint-Saëns. Posteriormente, los participantes compartieron sus dibujos a través del *hashtag* @culturaunc.

La Editorial de la UNC se suma a la campaña digital #YoMeQuedoEnCasaLeyendo y ofreció una selección de libros digitales de su catálogo, disponibles para descarga gratuita mientras dure la cuarentena.

Ahora, nos invita a participar de la primera edición del Concurso de Narrativas 2020: #Que-dateEnCasaEscribiendo.

La Red Alimentar es una iniciativa rectoral de la UNC lanzada en septiembre de 2019, que busca promover una nutrición saludable a valores accesibles para toda la comunidad, y tuvo que readecuar su propuesta y comenzar a relevar en supermercados e hipermercados de ocho diferentes zonas de la ciudad los mejores precios ofrecidos en productos de limpieza personal y doméstica. Debido al no funcionamiento de las ferias francas, presentó valores de referencia relevados de manera aleatoria en comercios de distintos barrios de la ciudad y recomendó alimentos que refuercen el sistema inmunológico, junto a sugerencias referidas a la compra, higiene, almacenamiento y conservación de los alimentos.

La Dirección de Deportes de la Secretaría de Asuntos Estudiantiles, a través de la Cátedra de Ajedrez, organiza todos los sábados torneos *online* gratuitos y abiertos en los que se puede competir en simultáneo y en tiempo real, independientemente del nivel, con personas de cualquier parte del mundo que en ese momento se encuentren conectados.

El Campus Virtual de la UNC sigue ofreciendo 28 cursos gratuitos y en línea. Se trata de capacitaciones abiertas a toda la población, ab-

solutamente virtuales, sin ninguna demanda presencial; y al finalizarlas cada estudiante puede descargar sin costo su Certificado de Honor otorgado por la UNC.

#HackCovid19AR se trató de una actividad impulsada en Córdoba por la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la UNC, la Facultad de Ciencias Económicas de la UNC, la incubadora de empresas Fide de la UNC, UTN-RC, la Municipalidad de Córdoba, el Centro de Innovación y Emprendimientos (CIE) de la Universidad ORT Uruguay, la incubadora daVinciLabs de la Fundación da Vinci y la Agencia Universitaria para la Gestión del Emprendimiento (AUGE) de Costa Rica, con la intención de encontrar soluciones que generen impacto social a los múltiples problemas que ocasiona el coronavirus (COVID-19) en la comunidad. La participación fue en equipos interdisciplinarios a través de un espacio virtual para participar y canalizar ideas. El resultado obtenido fue: a) 350 participantes; y b) 32 soluciones a problemáticas generadas por el coronavirus.

Por RR 560/2020: se aprobó el programa solidario Nos Ayudemos, organizado por Caritas Diocesana de Córdoba, Cadena 3 Argentina, y la UNC, a través de sus Facultades de Psicología y Derecho, cuyo objetivo es la tutela integral de la dignidad de la persona humana a través del fomento de la colaboración voluntaria y solidaria destinada a paliar las necesidades básicas insatisfechas de personas y grupos humanos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad socioeconómica, en especial quienes no pueden trabajar o tienen condiciones habitacionales deficitarias, agravadas por el aislamiento social, preventivo y obligatorio y por la situación epidemiológica imperante en nuestro país, especialmente en Córdoba.

— *Colaboración con autoridades nacionales, provinciales y municipales:*

Esta universidad se encuentra trabajando y colaborando activamente con el gobierno nacional, provincial y municipal en las diferentes iniciativas y planes de acción; para hacer frente a la situación social, en solidaridad con la comunidad, puso a disposición los distintos laboratorios universitarios, los hospitales, la cooperación de la labor de científicos, docen-

tes e investigadores en el proceso de estudio para la detección y posibles tratamientos del SARS-CoV-2, entre otros.

Además, el rector de la UNC, el decano de la Facultad de Ciencias Médicas y los directores de los dos hospitales universitarios se reunieron, de manera virtual, con autoridades del Ministerio de Salud de la Nación, los representantes de los siete hospitales universitarios de la Nación y de los centros de salud de las Fuerzas Armadas con la finalidad de relevar el número de camas críticas para internación.

El rector de la UNC es el nexo del Consejo Interuniversitario Nacional (CIN) con el Ministerio de Salud de la Nación. Esta tarea consiste en coordinar acciones y evaluar los potenciales recursos que tienen las universidades para contribuir en esta etapa de contención del coronavirus.

Por RR 424/2020: se pusieron a disposición del gobierno de la provincia de Córdoba dos tanques de acero inoxidable 316L de 5000 litros cada uno, ubicados en el Laboratorio de Hemoderivados, para el almacenamiento de alcohol medicinal para elaborar solución y/o gel sanitizante a partir de etanol.

Se colaboró con el Plan de Emergencia Sanitaria para Perros y Gatos que llevó a cabo la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba a través de su Secretaría de Gestión Ambiental y Sostenibilidad. Se donó una cantidad importante de alimento balanceado para los perros que transitan por la Ciudad Universitaria. El Plan estuvo coordinado por la Universidad Libre del Ambiente (ULA), dependiente de la Secretaría de Gestión Ambiental y Sostenibilidad de la Municipalidad de Córdoba.

La sede Cofico de DASPU (obra social universitaria), desde el miércoles 01 de abril, se convirtió en el centro especializado de atención para afiliados que presenten síndromes febriles con o sin síntomas respiratorios.

La Facultad de Ciencias Químicas coordina acciones con el Laboratorio Central del Ministerio de Salud de la provincia de Córdoba en la realización de testeos de coronavirus en la ciudad de Córdoba. Se ofreció personal técnico y

equipamiento para realizar las determinaciones para la detección del virus COVID-19, utilizando la misma técnica que se utiliza en el Instituto Malbrán. Funciona, de esta manera, como laboratorio de resguardo en la UNC.

La Facultad de Ciencias Médicas, a través de la farmacia del Hospital Nacional de Clínicas, está produciendo alcohol líquido y en gel, con una capacidad de producción de casi mil litros de alcohol y entre 30 y 40 kilos de alcohol en gel diarios.

Las Facultades de Psicología y Ciencias Médicas, en conjunto con el Ministerio de Salud de la provincia de Córdoba, conformaron un equipo de trabajo para acompañar a pacientes que hayan dado positivo y a sus familias. El servicio se integra con psicólogos, acompañantes terapéuticos y médicos que brindan asistencia y contención virtual a personas que hayan contraído el coronavirus o se encuentren en cuarentena por riesgo, así como a sus familias, para ayudarlos a sobrellevar el período de aislamiento.

El Centro de Computación de Alto Desempeño (CCAD) decidió dar uso prioritario a proyectos de investigación que traten de paliar el impacto de la pandemia del coronavirus utilizando procesamiento de datos o de cálculo y que requieren el uso del equipamiento con el que cuenta el Centro. Además, se dispuso dar prioridad a la instalación y puesta a punto de *software* específico para estas actividades.

El Laboratorio de Hemoderivados será el único centro del país en producir inmunoglobulinas enriquecidas a partir del plasma de personas recuperadas de la enfermedad del coronavirus (COVID-19).

— *Desarrollos de ciencia y técnica en beneficio de la sociedad:*

La Agencia Nacional de Promoción de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación seleccionó ocho proyectos de investigación de la UNC para brindarles financiamiento. Los proyectos seleccionados fueron:

1. Diagnóstico y cenotipificación rápida de SARS-CoV-2 mediante el uso de tecnología *nanopore*.

2. Desarrollo de inmunoensayos para la detección óptica, ultrasensible y específica de antígenos virales del SARS-CoV-2 (COVID-19) en muestras biológicas utilizando nanopartículas de plata.

3. Desarrollo y estandarización de una técnica de neutralización para la detección y cuantificación de anticuerpos neutralizantes específicos contra SARS-CoV-2.

4. Desarrollo e implementación de metodologías innovadoras para el diagnóstico y seguimiento de la infección por el nuevo coronavirus SARS-CoV-2.

5. Ventilador respirador para cuidados intensivos.

6. Identificación de determinantes inmunológicos predictores y marcadores de evolución de la patología en pacientes infectados con SARS-CoV-2.

7. Trazabilidad de contactos a través del contexto digital de los dispositivos móviles.

8. Desarrollo de máscaras faciales de protección de utilización universal con propiedades microbicidas para la desactivación del virus COVID-19.

— *Suspensión de plazos legales y administrativos:*

Por RR 425/2020, RR 428/2020, RR 436/2020, RR 504/2020 y RR 554/2020: se suspendió el cómputo de todos los plazos legales y administrativos en el ámbito de esta UNC desde el día 18 de marzo hasta el 24 de mayo inclusive del corriente año, todo ello sin perjuicio de la validez de los actos procesales que se hubieran cumplido.

La Secretaría de Ciencia y Tecnología resolvió prorrogar hasta nuevo aviso todas las rendiciones contables e informes académicos pendientes de los subsidios a proyectos y programas de investigación, desarrollo tecnológico y artístico que otorga esa Secretaría. Asimismo, tomó todas las medidas para que se abonen los estipendios a los becarios y becarias.

— *Diferimiento de contraprestaciones dinerarias:*

Por RR 427/2020: se habilitó la posibilidad de diferir el cobro de cánones y/o contraprestaciones dinerarias en concepto de concesiones, permisos y toda otra explotación comercial autorizada por parte de la universidad en sus respectivas dependencias.

— *Becas:*

Por RR 429/2020: se autorizó la adjudicación de la Beca de Fondo Único y Comedor Universitario 2020, reconvertidas a un conjunto de productos alimenticios.

Por RR 469/2020: se aprobó la Beca de Conectividad 2020. Tiene por finalidad permitir el acceso a internet a los estudiantes universitarios.

Por RR 543/2020: se autorizó la designación de becarios de iniciación de maestría, maestría, doctorado, finalización de doctorado y posdoctorales de SECYT-UNC.

— *Violencia de género:*

Por RR 484/2020: se aprobó el régimen provisorio de recepción de hechos comprendidos en la RHCS 1011/2015 —violencias de género—, manteniendo su vigencia mientras dure la emergencia sanitaria dispuesta por el PEN, en el marco de la pandemia relacionada con el virus COVID-19.

— *Higiene, seguridad y medioambiente laboral:*

Por RR 501/2020: se autorizó a los profesionales encargados de las Oficinas de Gestión de Higiene, Seguridad y Medio Ambiente Laboral, integrantes del Consejo de Prevención de la Seguridad de la UNC, a prestar la asistencia necesaria en materia de higiene y seguridad y de gestión de residuos peligrosos recomendada por la disp. SRT 5/2020, en aquellas actividades que, en su carácter de esenciales, se llevan adelante en las distintas dependencias de esta Casa de Altos Estudios mientras dure el aislamiento social preventivo y obligatorio.

Asimismo, se aseguró el cumplimiento de las condiciones de higiene y seguridad adoptando

todas las medidas preventivas y sanitarias establecidas por la autoridad de aplicación para preservar la salud de los/as profesionales, como así también la de sus grupos familiares a los que están vinculados.

— *Contrataciones de emergencia sanitaria:*

Por RR 505/2020: se autorizó la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la situación de emergencia declarada y mientras esta se mantenga, sin sujeción al régimen de contrataciones de la UNC. Además, se dejó establecido que en ningún caso se podrán adjudicar o abonar montos superiores a los precios máximos establecidos por la res. 100/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo o los que se dispongan en el futuro.

Se incorporaron medios electrónicos para enviar, gestionar y recibir la documentación necesaria para los procesos de contratación de bienes y servicios reglados por la ordenanza HCS 5/2013.

#### IV. Conclusiones

La UNC no se detuvo frente a la pandemia; no cerró las aulas, en defensa de la educación superior de calidad, pública y gratuita. Nos encontramos caminando con pasos firmes en tiempos difíciles, pero con el compromiso de no cerrar los espacios del conocimiento.

Se da lugar a la creatividad, a la innovación, a la investigación, a la extensión y a la transferencia de conocimientos. Sabemos que la función indeclinable del sistema educativo argentino es producir conocimiento que emancipe para garantizar la igualdad de oportunidades y la equivalencia de los resultados, más allá de las diferencias de origen.

Al respecto, toda la comunidad universitaria de esta querida Casa de Trejo decidió, con enorme esfuerzo y dedicación, continuar con el calendario académico del ciclo lectivo 2020 mediante la plataforma *online* y la virtualización de grado y de posgrado.

Es decir que los/as profesores/as, no docentes, alumnos/as de todos los niveles educativos

se vieron obligados a adaptarse a los medios informáticos y abrazar la era de la digitalidad en un nuevo marco educativo donde el total de las estrategias de enseñanza, las instancias evaluativas, los intercambios del conocimiento, se han realizado en forma virtual.

Todas las instituciones educativas realizan su mayor esfuerzo para adecuar las estrategias pedagógicas con nuevas herramientas, tales como las plataformas o aulas virtuales, la utilización de diferentes aplicaciones para darle espacio al encuentro inmediato y sincrónico, como las videollamadas por WhatsApp, Zoom, Skype, FaceTime, Google Meet, entre otras. Más allá de los desafíos que plantean los escenarios digitales, ellos son nuestros mayores aliados para mitigar y posibilitar el encuentro entre tanto desencuentro. Este cambio, sin duda alguna, invita a todos los actores educativos a redefinir el concepto de presencialidad en la educación y a reflexionar sobre aquellos aspectos que resultan controversiales e indispensables, tales como las instancias evaluativas.

En este sentido, la tecnología potencia a la educación con una constante diversidad de desarrollos e innovaciones que permiten un aprendizaje activo y significativo. La tecnología educativa es también tecnología didáctica, ya que implica el aprendizaje de nuevos métodos para que la transferencia del conocimiento sea realmente una construcción, donde el alumno pueda convertirse en un actor principal, que deje huellas y genere competencias más allá del contenido. Sin duda alguna, lo digital acorta distancias, nos permite generar comunidad, nos mantiene conectados, motivados y desafiados.

Asimismo, es de vital trascendencia destacar que el rol del docente es fundamental y fundacional para construir los cimientos de estos nuevos modelos. El profesor debe dejar de ser transmisor de contenido para entrar a un campo donde pueda enfocar al alumno mucho más en la acción y guiarlo en ese proceso de construcción conjunta. Por consiguiente, la docencia es uno de los trabajos del futuro, aunque para transitar esta evolución se requiere rediseñar el propósito, la forma y el mundo para el cual se está poniendo al servicio su talento, su compromiso y su pasión.

Aún transitamos el camino, por lo que no es momento de hacer balances. Con arrugas, con dobleces, con algunas imperfecciones, seguimos haciendo educación superior de calidad, pública y gratuita. En tiempos de zozobra, es inmenso seguir amparados en la función de todos los que nos educan y educamos.

Al respecto, reitero que tanto el aislamiento preventivo y obligatorio como el distanciamiento social aceleraron la utilización de diversas tecnologías. Sin embargo, también es de importancia resaltar que la gran demanda de servidores y un mayor tráfico en las redes demostraron que ellas, por el momento, no están preparadas. A ello se adiciona la necesidad esencial de garantizar la accesibilidad para todos los estudiantes e iguales condiciones de conexión de internet. La desigualdad, la falta de conectividad y la incertidumbre de no saber qué pasará mañana son lo que nos ha desnudado esta coyuntura.

La didáctica digital no podrá nunca reemplazar la transmisión auténtica del saber ni la formación que sí se da en los encuentros presenciales y en la interacción entre los profesores y los alumnos en las aulas. La virtualidad no

cambiará la vida de un estudiante; solo los profesores pueden hacerlo.

Nuestras formas de mirar, analizar y desarrollar la educación también tendrán un cambio exponencial si los actores educativos nos declaramos aprendices y complementamos los saberes, las experiencias y las políticas con un único objetivo: ciudadanos competentes aprendiendo con sentido social y conciencia del impacto de sus acciones. La educación, como servicio esencial, no se detiene. Una nueva educación acompaña a un nuevo mundo.

Por último, debo agradecer y reconocer a través de estas líneas a todas las autoridades de cada unidad académica y de los colegios preuniversitarios, a todos los/as docentes, investigadores/as, no docentes, funcionarios/as y personal de Gabinete, consiliarios/as, consejeros/as, becarios/as y contratados/as de la UNC por el compromiso y arduo esfuerzo realizado, y que aún continúan realizando, durante esta situación excepcional y extraordinaria generada por la pandemia de COVID-19.

**V. Apéndice documental: Compendio normativo UNC-COVID-19 (actualizado al 26/05/2020)**

Normativa	Asunto
<b>RR-2020-334-E-UNC-REC</b>	Adherir a la RESOL-2020-82-APN-ME del Ministerio de Educación de la Nación.  Sugiere el no ingreso al ámbito de jurisdicción de la Universidad Nacional de Córdoba de quienes hayan estado o permanecido en zonas de riesgo.
<b>RR-2020-337-E-UNC-REC</b>	Obligatoriedad de cumplimiento de cuarentena a quienes hayan estado o permanecido en zonas de riesgo según Min. de Salud. Dispone el no ingreso al ámbito sujeto a jurisdicción de la UNC
<b>RR-2020-339-E-UNC-REC</b>	Aclara la RR-2020-337-E-UNC-REC. Obligatoriedad para las autoridades y todo el personal docente, nodocente, becarios, estudiantes y visitantes de cumplimiento de cuarentena obligatoria que hayan estado o permanecido en zonas de riesgo.  Adhiere a los principios básicos para reducir el riesgo general de transmisión según OMS
<b>RR-2020-367-E-UNC-REC</b>	Pospone el inicio del dictado de clases presenciales en las distintas Unidades Académicas de la Universidad Nacional de Córdoba hasta el día 25 de marzo de 2020, a los efectos de realizar las tareas de migración de las actividades áulicas al ámbito virtual.

<b>RR-2020-387-E-UNC-REC</b>	Ampliar el artículo 1° de la RR-2020-367-E-UNC-REC, posponiendo el inicio del dictado de clases presenciales en las distintas Unidades Académicas y Colegios Preuniversitarios de la Universidad Nacional de Córdoba hasta el día 1 de abril de 2020, a fines de continuar realizando las tareas de migración de las actividades áulicas al ámbito virtual.
<b>RR-2020-389-E-UNC-REC</b>	Licencia para personal de la UNC comprendido en los grupos de riesgos según Min. de Salud de la Nación.
<b>RR-2020-423-E-UNC-REC</b>	Autorización excepcional y restrictiva a personal de revista que se desempeñe en servicios esenciales de la UNC durante la medida nacional de aislamiento social, preventivo y obligatorio (DNU 297/2020)
<b>RR-2020-424-E-UNC-REC</b>	Poner a disposición del Gobierno de la Provincia de Córdoba dos tanques de acero inoxidable ubicados en el Laboratorio de Hemoderivados para el almacenamiento de alcohol medicinal para elaborar solución y/o gel sanitizante.
<b>RR-2020-425-E-UNC-REC</b>	Suspender el cómputo de todos los plazos legales y administrativos en el ámbito de esta Universidad Nacional de Córdoba desde el día 18 de marzo hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica. Todo sin perjuicio de la validez los actos procesales que se hubieran cumplido.
<b>RR-2020-427-E-UNC-REC</b>	Delegase en los Decanos y Decanas de las Facultades, Directores/as de Colegios Preuniversitarios, Titulares de Área, Secretarios/as y Prosecretarios/as del Área Central, la facultad de diferir el cobro de cánones y/o contraprestaciones dinerarias desde el día 1° de abril y por el plazo máximo de 30 días corridos en concepto de concesiones, permisos y toda otra explotación comercial autorizada por parte de la Universidad en sus respectivas dependencias.
<b>RR-2020-428-E-UNC-REC</b>	Disponer la prórroga de la vigencia de todas las decisiones adoptadas en el marco de la emergencia sanitaria cuyo vencimiento operó el 31 de marzo de 2020 hasta el día 12 de abril del mismo año inclusive.
<b>RR-2020-429-E-UNC-REC</b>	Autorizar a la Secretaría de Asuntos Estudiantiles de la Universidad Nacional de Córdoba a adjudicar a quienes resulten beneficiarios/as de la Beca de Fondo Único y Comedor Universitario 2020 en virtud de la RHCS 113/2020 -en el período en que permanezcan cerradas las instalaciones del Comedor Universitario- un conjunto de productos alimenticios a los fines de dar respuesta a las necesidades que se presentan en virtud de la emergencia pública decretada en materia sanitaria a raíz de la pandemia ocasionada por el coronavirus (COVID-19), y las consecuentes medidas adoptadas por la Universidad Nacional de Córdoba.
<b>RR-2020-432-E-UNC-REC</b>	Autorizar, con carácter de excepción y mientras se mantenga el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Gobierno Nacional, al docente que cumpla la función de presidente del tribunal examinador realizar el cierre de actas de manera virtual a través del Sistema Guaraní, en un todo de acuerdo al instructivo que se adjunta como Anexo I y que forma parte integrante de la presente.
<b>RR-2020-433-E-UNC-REC</b>	Autorizar a las Unidades Académicas, con carácter de excepción y mientras se mantenga el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Gobierno Nacional, a tomar los exámenes de tesis de grado y posgrado con la modalidad virtual, bajo los lineamientos detallados en el ANEXO I que establece las pautas para el desarrollo de exámenes de tesis, el ANEXO II que fija el modelo de carta de autorización y el ANEXO III que define el modelo de informe de reconocimiento de identidad, los que se aprueban y como anexos forman parte integrante de la presente.

<b>RR-2020-436-E-UNC-REC</b>	Disponer la prórroga de la vigencia de todas las decisiones adoptadas por esta Universidad en el marco de la emergencia sanitaria entre los días 13 y 26 de abril inclusive de 2020, cuyo vencimiento operó el 31 de marzo del presente año y que fuera prorrogado oportunamente, hasta el día 12 de abril del mismo año inclusive mediante Resolución Rectoral 428/2020.
<b>RR-2020-447-E-UNC-REC</b>	Facultar a las Unidades Académicas y Colegios Preuniversitarios a tomar las medidas conducentes a la adecuación y flexibilización de las exigencias de los respectivos regímenes de enseñanza que resulten de cumplimiento materialmente imposible en el actual contexto con carácter excepcional y en la medida en que ello sea estrictamente necesario para garantizar el derecho a la educación.
<b>RR-2020-469-E-UNC-REC</b>	Aprobar la Beca de Conectividad 2020, en las condiciones previstas en el ANEXO I de esta Resolución.
<b>RR-2020-483-E-UNC-REC</b>	Establecer el uso obligatorio de elementos de protección que cubran nariz, boca y mentón, admitiéndose a tales efectos, barbijo casero o social, tapaboca, cobertor de tela, mascarilla o cualquier otro dispositivo de producción casera, para circular, ingresar o permanecer en todo espacio sujeto a jurisdicción de la Universidad Nacional de Córdoba.
<b>RR-2020-484-E-UNC-REC</b>	Apruébese el régimen provisorio de recepción de hechos comprendidos en la RHCS 1011/2015 -Violencias de Género-, el cual forma parte integrante de la presente como Anexo I, manteniendo su vigencia mientras dure la emergencia sanitaria dispuesta por el Poder Ejecutivo de la Nación, en el marco de la pandemia relacionada con el virus COVID-19.
<b>RR-2020-501-E-UNC-REC</b>	Autorizar a los profesionales encargados de las Oficinas de Gestión de Higiene, Seguridad y Medio Ambiente Laboral, integrantes del Consejo de Prevención de la Seguridad de la UNC, cuya individualización obra en el anexo que forma parte integrante de la presente, a prestar la asistencia necesaria en materia de Higiene y Seguridad y de gestión de Residuos Peligrosos recomendadas por la disp. SRT 5/2020, en aquellas actividades que, en su carácter de esenciales, se llevan adelante en las distintas dependencias de esta Casa de Altos Estudios mientras dure el aislamiento social preventivo y obligatorio.
<b>RR-2020-504-E-UNC-REC</b>	Disponer la prórroga de la vigencia de todas las decisiones adoptadas por esta Universidad en el marco de la emergencia sanitaria entre los días 27 de abril y 10 de mayo inclusive de 2020, cuyo vencimiento operó el 31 de marzo del corriente año y que fuera prorrogado, oportunamente, hasta el día 26 de abril del mismo año inclusive mediante res. rectoral N° 436/2020.
<b>RR-2020-505-E-UNC-REC</b>	Autorizar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la situación de emergencia declarada y mientras ésta se mantenga, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Universidad Nacional de Córdoba. En todos los casos deberá procederse a su publicación posterior. La difusión se efectuará a través del portal web de la UNC.
<b>RR-2020-537-E-UNC-REC</b>	Aconsejar a las unidades académicas la extensión del plazo de acreditación de haber finalizado los estudios de nivel medio, sin adeudar ninguna materia, al 31 de julio del año 2020, excepcionalmente.
<b>RR-2020-542-E-UNC-REC</b>	Disponer la prórroga de los mandatos de consejeros/as y consiliarios/as que vencen el 31 de Mayo de 2020 hasta que el Honorable Consejo Superior disponga un nuevo cronograma electoral y resulten electas las nuevas autoridades. Los consejeros/as y consiliarios/as electos/as asumirán sus funciones en la primera sesión del cuerpo correspondiente, posterior a la proclamación oficial de los mismos.

<b>RR-2020-543-E-UNC-REC</b>	Autorizar a la Secretaría de Ciencia y Tecnología a efectuar la designación de 39 (treinta y nueve) Becarios de Iniciación de Maestría, Maestría, Doctorado, Finalización de Doctorado y Posdoctorales.
<b>RR-2020-554-E-UNC-REC</b>	Disponer la prórroga de la vigencia de todas las decisiones adoptadas por esta Universidad en el marco de la emergencia sanitaria entre los días 11 y 24 de mayo inclusive de 2020, cuyo primer vencimiento operó el 31 de marzo del corriente año y que fuera prorrogado, sucesivamente, hasta el día 10 de mayo del mismo año inclusive mediante res. rectoral N° 504/2020.
<b>RR-2020-556-E-UNC-REC</b>	Autorizar, excepcionalmente, a efectuar el alta provisoria a todos/as los/as docentes y no docentes designados/as y contratados/as a partir del 1° de marzo del corriente año que no han podido cumplimentar los trámites y requisitos necesarios para efectuar el alta definitiva en sus respectivos cargos en virtud del aislamiento social, preventivo y obligatorio.
<b>RR-2020-560-E-UNC-REC</b>	Aprobar el programa NOS AYUDEMOS, cuyo objetivo es la tutela integral de la dignidad de la persona humana a través del fomento de la colaboración voluntaria y solidaria destinada a paliar las necesidades insatisfechas de personas y grupos humanos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad socioeconómica.
<b>RR-2020-562-E-UNC-REC</b>	Aprobar el Protocolo Básico Preventivo que como Anexo forma parte integrante de la presente, y que es de aplicación en los lugares y espacios públicos en el ámbito sujeto a jurisdicción de la Universidad Nacional de Córdoba, a fin de evitar el contagio de personas por exposición al virus SARS-CoV-2 y así contener la propagación de la enfermedad infectocontagiosa del COVID-19 y sus consecuencias sobre el estado de salud.
<b>RR-2020-563-E-UNC-REC</b>	Rectificar parcialmente el punto 6.12 del Anexo que forma parte integrante de la RR-2020-562-E-UNC-REC, donde dice: ... “prepara 1 parte de alcohol más 3 partes de agua”, debe decir ... “prepara 3 partes de alcohol más 1 parte de agua.”
<b>RR-2020-577-E-UNC-REC</b>	Otorgar el Aval Institucional de esta Universidad Nacional de Córdoba al Curso Virtual de Innovación Abierta “Herramientas para la transformación de la industria, la producción y las organizaciones”, presentado por la Subsecretaria de Economía del Conocimiento, Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación.
<b>RR-2020-584-E-UNC-REC</b>	Reemplazar el Anexo aprobado que forma parte integrante de la RR-2020-562-E-UNC-REC por el que se adjunta a la presente.
<b>RR-2020-585-E-UNC-REC</b>	Ampliar el plazo establecido en la Resolución RR-2020-537-E-UNCREC hasta el 1 de marzo de 2021 y en consecuencia recomendar a las Unidades Académicas que permitan a los ingresantes 2020 rendir exámenes parciales y finales de las asignaturas correspondientes a las carreras.
<b>RR-2020-586-E-UNC-REC</b>	Hacer lugar a lo solicitado por el Sr. Secretario de Asuntos Estudiantiles, y, en consecuencia, aprobar el informe y listado (ANEXO 1), elaborado por el equipo de profesionales del Departamento de Servicio Social de la Dirección de Inclusión Social de la mencionada Secretaría, quienes cumplieron con los requisitos establecidos en la convocatoria y enviaron la documentación requerida, como así también el listado (ANEXO 2) de postulantes que cumpliendo con los requisitos no enviaron documentación con motivo de estar atravesados por las dificultades de acceder a internet para cumplimentar el proceso, obrantes en el orden 3 (páginas 1 a 161), que se anexa a la presente, todo teniendo en cuenta lo dispuesto por la RR-2020-469-E-UNC-REC ad referendum del H. Consejo Superior.

<b>RR-2020-596-E-UNC-REC</b>	Aprobar el Procedimiento Operativo de Gestión y Control de Obras UNC COVID-19 en el ámbito sujeto a jurisdicción de la Universidad Nacional de Córdoba que como Anexo I forma parte integrante de la presente. Asimismo, aprobar los modelos de registros a) de ingreso a obra, b) de limpieza y desinfección de obra; c) de entrega de ropa de trabajo y EPP, y d) de capacitación diaria, que como Anexos II, III, IV y V forman parte integrante de la presente.
<b>RR-2020-597-E-UNC-REC</b>	Disponer la prórroga de la vigencia de todas las decisiones adoptadas por esta Universidad en el marco de la emergencia sanitaria entre los días 26 de mayo y 7 de junio inclusive de 2020, cuyo primer vencimiento operó el 31 de marzo del corriente año y que fuera prorrogado, sucesivamente, hasta el día 24 de mayo del mismo año inclusive mediante res. rectoral N° 554/2020.



www.thomsonreuters.com.ar



info!  
TR

En todo  
momento  
y lugar



Thomsonreuterslaley



TRLaLey



linkedin.com/  
showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



thomsonreuters.com.ar/es/  
soluciones-legales/blog-legal.html



Escanee  
el código  
QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO



the answer company™

THOMSON REUTERS®

CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:  
0810-266-4444