





LA CRISIS DEL CORONAVIRUS Y EL DERECHO ARGENTINO

DIRECTOR
DR. PASCUAL E. ALFERILLO

2020

 **EDITORES**
FONDO EDITORIAL

La crisis del Coronavirus y el derecho argentino / Pascual E. Alferillo...
[et al.]; compilado por Pascual E. Alferillo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma
de Buenos Aires: IJ Editores, 2020.

288 p.; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-8377-12-4

1. Derecho. I. Alferillo, Pascual E., comp.

CDD 340.0982

*Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos
aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores
y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial,
la Institución, el Director ni del Comité Editorial.*

Se prohíbe la reproducción total o parcial
de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

Impreso en Argentina

Derechos reservados por la Ley N° 11.723

Índice

Reflexiones preliminares

PASCUAL E. ALFERILLO.....7

La urgencia en el marco de las emergencias

ALEJANDRO PÉREZ HUALDE.....9

El poder de policía del Estado en la crisis sanitaria global

PASCUAL E. ALFERILLO.....27

Aproximaciones a las cuestiones de Responsabilidad por Contagio en la época del COVID-19

LIDIA M. ROSA GARRIDO CORDOBERA.....55

Pandemia y tareas de cuidado

Una oportunidad a la perspectiva de género

MARIEL F. MOLINA DE JUAN.....71

Algunas reflexiones provisorias sobre el COVID- 19 y su impacto en las relaciones jurídicas

RODRIGO PADILLA.....87

El impacto de la emergencia por pandemia en las relaciones de consumo

JOSÉ H. SAHIÁN.....93

Contagio culposo de Coronavirus y función resarcitoria de la responsabilidad civil. Consideraciones acerca de la dificultad probatoria

JULIÁN EMIL JALIL.....135

Pandemia COVID-19: Trascendencia de Los Deberes Secundarios de Conducta

MYRIAM I. COSTILLA DUYCK.....147

La teoría de la imprevisión frente a la crisis sanitaria global: en camino a las soluciones de equidad basadas en el esfuerzo compartido

PASCUAL E. ALFERILLO.....167

Coronavirus (COVID- 19): Cuestiones penales y procesales

PABLO GUIDO PEÑASCO.....183

El Derecho Internacional en tiempos de pandemia

ENZO FINOCCHIARO.....209

Algunas reflexiones desde el derecho internacional y el abordaje de grupos vulnerables en contextos de COVID 19

CHRISTIAN G. SOMMER.....229

El mundo suspendido

Un enfoque psicológico y social sobre la crisis 2020. Pandemia por COVID- 19

IRENE TALARICO PINTO.....243

El derecho ambiental frente al Coronavirus

¿El derecho ambiental subestimado y desestimado?

DINO LUIS BELLORIO CLABOT.....251

Reflexiones preliminares

PASCUAL E. ALFERILLO

El transitar por los senderos de la vida real, normalmente, es una actividad planificada por el hombre para satisfacer sus intereses sociales, económicos, culturales, etc. Y, para ello proyecta, planifica el mañana con la convicción de llegar a la meta que se propuso. Sin lugar a duda, el futuro le da sentido al presente. Es como dice Demis de Rougemont “no hay provisión de un futuro mejor que no pase por un hombre mejor. Porque ocurrirá (...) lo que nosotros somos”¹. Por cierto, que un futuro negativo, de igual modo, también pasa por el accionar del hombre, pero en este caso por su necesidad, por su insensatez para comprender la dimensión finita de su existencia.

Las terribles consecuencias que está produciendo la crisis sanitaria global, marca la precariedad de la vida del hombre en la tierra e impone a todos los seres humanos, a los que tienen el poder político decisional, a los industriales de la muerte (armas), a los acopiadores de la especulación financiera, como, así también, al hombre común, reflexionar seriamente sobre nuestro accionar futuro, porque de ello depende la subsistencia de la raza humana.

Ante este panorama de bifurcación de los senderos que conducen a puntos finales diametralmente distintos, cada uno debe adoptar una decisión para hacer de ello un estilo de vida. Al respecto creemos que hay futuro porque la mayoría silenciosa de los seres humanos tienen el corazón limpio y, merecen un futuro de bienestar.

Es por ello, y para ellos, que ante la inquietud de la editorial de proyectar un libro de juristas argentinos que, observando la dura realidad de la crisis sanitaria actual, examinen las figuras del derecho elaboradas para dirimir conflic-

¹ De Rougemont, Denis, *El porvenir es cosa nuestra*, traducción de Álvaro Torres de Tola, editorial Sur, Buenos Aires, 1980, 433. El autor señala: “que podemos esperar hoy del futuro, sino que dure, y eso depende de nosotros”.

tos producidos en tiempo normales procurando soluciones de equidad (*aequitas*) que permitan con la flexibilización de la norma escrita encontrar un punto de equilibrio que satisfaga a las partes, aun cuando fuere realizando un esfuerzo compartido.

Ante una pandemia, todos somos perdedores y el gran desafío es construir la sociedad del futuro y eso depende de cada uno de nosotros.

Este pequeño libro es un avance, una colaboración abierta, como otros que se elaboran, del sinnúmero de discusiones que sobrevendrán en el futuro para dirimir el nuevo orden de prelación de los intereses del ser humano a satisfacer y que constituirá un deber de la editorial receptor en otros números.

Estas son las razones por las cuales acepte colaborar activamente en este emprendimiento editorial.

La urgencia en el marco de las emergencias

ALEJANDRO PÉREZ HUALDE

I. Introducción: las crisis constitucionales

Nuestro país vive en estado de emergencia permanente desde mediados de junio de 1985 cuando fue necesario instrumentar el denominado “*Plan Austral*” (Dec. 1096/85). Sucesivas leyes de emergencia y decretos delegados y de necesidad y urgencia han caracterizado nuestra vida institucional desde el retorno de la democracia en diciembre de 1983.

La ciencia política, de la mano de Mario Justo López, describe estas situaciones como aquellas de crisis, es decir, cuando el sistema institucional se encuentra con la imposibilidad de enfrentar una situación grave, de amenaza de daños generalizados, inminente, frente al cuál carece de respuesta en el normal sistema de toma de decisiones que la Constitución ha previsto. Pero es muy válida la advertencia de Boaventura de Souza Santos cuando señala que

“la crisis es por naturaleza excepcional y pasajera y constituye una oportunidad para superarla y dar lugar a un estado de cosas mejor... cuando la crisis es transitoria, debe ser explicada por los factores que la provocan. Sin embargo, cuando se vuelve permanente, la crisis se convierte en la causa que explica todo lo demás”.

Pareciera nuestro caso institucional.

La Constitución contemplaba como situaciones institucionales excepcionales la posibilidad de la “*intervención federal*” (artículo 6 y 75.20 CN) en uno o todos los poderes de una provincia –cuando se trata de salvar situaciones de grave riesgo para el sistema federal–, o la declaración del “*estado de sitio*” en uno o varios puntos de la Nación en determinadas circunstancias que ella misma

describe como de “*conmoción interior... que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución o de las autoridades creadas por ella*” (artículo 23 y 75.29 CN).

Luego de la Reforma de 1994 la Constitución ha contemplado también la posibilidad de las situaciones de “*emergencia pública*”, como habilitante expreso y de excepción para la delegación de facultades legislativas del Congreso en el Poder Ejecutivo, y las “*razones de necesidad y urgencia*” que atribuyen al Presidente de la Nación la facultad, también excepcional, de dictar decretos de tal carácter, que denominamos Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU), cuando “*circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes*” (artículo 99.3 CN).

Podríamos afirmar, entonces, en los términos planteados por Mario Justo López, nuestra Constitución no está hoy técnicamente en “*crisis*” pues posee, y estaría empleando, los mecanismos jurídicos de respuesta institucional contemplados por la Constitución con este preciso fin. Pero tampoco olvidar la advertencia de Villalón:

“se ha puesto a la Constitución al servicio de la lucha contra la emergencia, lo cual es justo, pero con el riesgo de olvidar que la propia Constitución es también un valor básico en sí mismo considerado, y que también él puede salir dañado en la presente situación de emergencia”.

II. La emergencia y la urgencia

Es necesario distinguir con claridad los términos empleados: una cosa es la “*emergencia*” y otra distinta la “*urgencia*”, y ambos reciben tratamiento diferenciado, bajo las mismas reglas de excepcionalidad que implican, en la Constitución.

En ambos casos rige el principio constitucional que, como regla general, jurisprudencialmente confirmada (“*Verrocchi*” –reiterada luego en “*Colegio Público de Abogados*”–), niega expresamente al Poder Ejecutivo la posibilidad de “*emitir disposiciones de carácter legislativo*” (artículo 99.3 CN) y al Legislativo delegar atribuciones propias (artículo 76 CN). Cada norma prevé su expresa prohibición general y, también, las excepciones que deben ser interpretadas con extrema rigurosidad y carácter restrictivo.

En nuestro horizonte jurídico de estos días tenemos en plena vigencia ambos mecanismos y por circunstancias y causas distintas; pero convergentes.

a. Emergencia: delegación legislativa

Debido a la profunda crisis de fines de 2019 se dictó en noviembre la Ley N° 27519, denominada “*Ley de Emergencia Alimentaria Nacional*”, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2022; a pocas semanas, y luego de asumir el nuevo gobierno Nacional, se emitió la Ley N° 27541, llamada “*Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva*”, ésta con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020; en ambas se producen delegaciones legislativas expresas en favor del Presidente con fines de solucionar las crisis “*alimentaria*”, en el primer caso, y “*económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social*”, en el segundo.

Los requisitos constitucionales (artículo 76 CN) que debían cumplirse son: el establecimiento de un plazo determinado, que está claro, y las bases de la delegación, que –en este caso– lucen una amplitud e imprecisión dudosamente admisible desde el punto de vista jurídico (artículo 2° Ley N° 27541).

En la delegación de facultades legislativas las provincias son partícipes y se ven implicadas en su conformación ya que, de querer evitarlo, tienen el dominio absoluto del Senado de la Nación. Las provincias, sujetos de nuestro sistema federal, eligen voluntariamente quedar fuera del campo de decisiones fundamentales en estos momentos de gravedad institucional.

b. Urgencia: DNU

En atención a la crisis sanitaria desatada por la presencia del denominado virus “*Covid 19*” o “*coronavirus*” a nivel mundial, declarada ya pandemia por la Organización Mundial de la Salud, y para evitar su propagación en nuestro país, como está ocurriendo en Europa y en varios países de América toda, el Presidente de la Nación dictó primero el DNU 260/2020, precisando el concepto de “*emergencia*” invocado en la Ley N° 27541, convirtiéndolo –a efectos de la pandemia– en “*urgencia*” de tomar medidas de asilamiento y de adquisición de equipamiento para frenarla, y también –días después– el DNU 297/2020, mediante el que suma medidas de naturaleza legislativa necesarias para enfrentar

la crisis; a ellos le han seguido al menos un par más, expresando en todos los casos que lo hace en ejercicio de las facultades atribuidas por la CN (artículo 99.3 CN).

Los requisitos constitucionales que debían cumplirse son: la presencia de una circunstancia excepcional que hiciera imposible seguir los trámites ordinarios de sanción de las leyes y las razones de necesidad y urgencia de respuesta de ese carácter –legislativo– ante esa situación determinada. La norma incluye la veda material respecto de contenidos tributario, penal, electoral y de partidos políticos.

c. La materia a controlar

En ambos casos, es fundamental la efectiva verificación de la existencia de las circunstancias excepcionales que habilitan el ejercicio de las facultades legislativas por parte del Presidente –prohibidas en general por la misma CN–; y luego, también, el respeto a los límites que cada uno de los institutos impone: el plazo y las bases en la delegación legislativa (artículo 76 CN); y la veda sobre las materias penal, tributaria, electoral y de partidos políticos, en el DNU (artículo 99.3 CN).

1. El control del Decreto Delegado

Según la Constitución es esencialmente de carácter político a través de un instrumento también político: la Comisión Bicameral Permanente.

El artículo 100.12 CN establece que los decretos delegados “*estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente*”. No dice la norma que se le aplicarán los procedimientos que la misma Constitución como expresamente sí lo prevé para la promulgación parcial de leyes (artículo 80 CN); ni le impone el tratamiento de los DNU donde la CBP sólo dictamina y eleva su “*despacho*” a las Cámaras (artículo 99.3 CN).

El procedimiento constitucional guarda alguna lógica porque es el Congreso el que ya delegó previamente las funciones y le determinó el plazo y las bases para su ejercicio.

Pero la Ley “especial” N° 26122, prevista por el artículo 99 inc. 3 para los DNU, incluyendo obviamente a las promulgaciones parciales de leyes, alcanzó

inexplicablemente a los decretos delegados en la misma y los apartó del control efectivo y final, desde el punto de vista político, de la CBP. Es más, convirtió a esa comisión en algo prácticamente inútil ya que sólo emite dictámenes y de carácter ni siquiera necesario.

¿Quién determina la existencia de la emergencia?

El Congreso de la Nación en su declaración formal; así lo hizo en reiteradas leyes en los últimos 30 años, de las cuáles la más prolongada terminó su vigencia en el plano social el mismo 31/12/2019, fecha del dictado de la misma Ley N° 27.541 que ahora analizamos.

2. El control del DNU

También es, por atribución constitucional expresa, esencialmente de carácter político y a través de instrumentos institucionales también políticos: la Comisión Bicameral Permanente y luego las cámaras del Congreso de la Nación. Recordemos que en este caso el DNU está en plena vigencia y el Congreso no ha tenido intervención ni participación alguna previa; es más, es su teórica imposibilidad de legislar la que habilita la facultad presidencial.

Por el contrario, en el caso del DNU la CN es expresa y previó la Ley “especial” que fue dictada luego bajo nro. 26.122, doce años después y fruto de un proyecto del oficialismo del momento, donde se establece un procedimiento carente de plazos precisos para la decisión final y que exige la mayoría absoluta de las dos cámaras legislativas para poder derogar para el futuro la norma dictada por el Presidente según su propia iniciativa y apreciación política de las circunstancias determinantes y habilitantes de su ejercicio extraordinario.

¿Quién determina la existencia de las “*circunstancias excepcionales*” que impiden la actuación del Congreso de la Nación y habilitan el dictado de DNU? es el propio Presidente en acuerdo general de ministros con el Jefe de Gabinete; todos funcionarios designados por él mismo y a simple tiro de decreto para su inmediata remoción.

Cabe recordar que el Presidente es “*el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno, y responsable político de la administración general del país*” (artículo 99.1 CN); y no obstante ello, es el único caso en que la Constitución le impone el condicionamiento de tener que contar con el acuerdo general de ministros y del Jefe de Gabinete y que debe lograrlo en momentos de conmoción.

La “*emergencia*” la determina el Congreso Nacional.

La “*urgencia*” la determina el Presidente en acuerdo general de ministros con el Jefe de Gabinete.

En ambos casos las provincias quedan afuera; en la primera desde la delegación en adelante; en la segunda carecen de posibilidad de intervenir en el procedimiento de dictado, de apreciación y, lo que es fundamental, de decisión a menos que consigan reunir mayoría absoluta de ambas cámaras en un país donde el 48% del padrón electoral está en manos de la Provincia y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

d. El control judicial

Por principio general “*corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución*” (artículo 116 CN); se ha puesto énfasis especial desde la doctrina que siguió a Germán Bidart Campos, sobre la palabra “*todas las causas*”.

La misma Constitución atribuye esa facultad de control en forma expresa y primaria a otros organismos de naturaleza política en determinadas cuestiones; es el caso de los servicios públicos (artículo 42 CN), del Organismo Fiscal Federal (artículo 75.2 CN) y también en los de la determinación de la “*emergencia*” y de la “*urgencia*”.

El Poder Judicial podría actuar si hay “*causa*” en alguno de esos casos, pero no puede hacerlo, en principio, en forma y con alcance general.

Sostenía Pedro José Frías hace treinta años que: “*La emergencia es cruel porque altera los roles institucionales. Está hecha para el Ejecutivo, porque es el único que llega a tiempo. El Legislativo la refrenda. El Judicial, alguna vez, la corrige en sus efectos*”; párrafo donde el maestro cordobés, consideramos que se refiere a la “*urgencia*” determinada por el Presidente y su equipo.

Lamentablemente el mecanismo constitucional de control político se ha desvirtuado.

No hay control político; y el Poder Judicial logra controlar algunos efectos, a veces en forma pretendidamente general –por vía de la legitimación procesal activa en forma difusa (artículo 43 CN)– y lo ha hecho muy excepcionalmente. Muestra de ello es que no se ha pronunciado sobre DNU alguno en los catorce

años de vigencia de la Ley N° 26.122; sólo lo ha hecho sobre decretos delegados dictados por gobiernos anteriores a la misma “ley especial” y al que asumió en mayo de 2003, hace diecisiete años.

Está claro que los grupos políticos predominantes en la coyuntura han decidido que la Política (uso la mayúscula deliberadamente) quede excluida del control que le confió la Constitución; porque jamás rechazó ni derogó alguno de los decretos o promulgación parcial de leyes en estos mismos catorce años desde el dictado de la Ley N° 26.122.

El Congreso de la Nación en su “ley especial” (N° 26.122) se auto excluyó de mecanismos eficaces de control, descartando niveles escalonados posibles de verificación de requerimientos, previendo mayorías absolutas innecesarias en ambas cámaras, etc... que la misma Constitución habilitaba y –entre otras cosas– esterilizó cualquier posible accionar de la Comisión Bicameral Permanente (a la que integró como cualquiera otra de sus comisiones parlamentarias y no con la participación federal que la CN exige); no sólo en los mecanismos iniciales, que eran posibles, sino también –lo que es grave– de su facultad exclusiva de control atribuida por el texto constitucional de ser a quien están sujetos los decretos delegados.

Santiago (h), Veramendi, Castro Videla y D’Acunti han demostrado –en términos que no necesariamente coinciden con nosotros–, en una profunda y rigurosa investigación, la ineficacia y la –prácticamente– inexistencia de ese control constitucional que debieron ejercer la Comisión Bicameral Permanente y el Congreso de la Nación en sus casos.

Todos estos pasos han puesto en manos del Poder Judicial la única expectativa –limitada como vimos– de control sobre este accionar político. Lo que en palabras de Alberto Antonio Spota constituye una “*rémora de los tiempos de los procesos militares donde la única posibilidad de control quedaba en manos de algunos pocos jueces*”.

En ese rumbo, es la Corte Suprema la que ha sostenido que para dictar un DNU no se puede invocar la emergencia en el mismo marco de otra ya declarada por el Congreso (en “*San Luis c/EN*” –La Ley, t. 2003–B, pág. 537–), que debe respetarse el principio de que el Poder Ejecutivo no legisla (CS, 04/11/2008, “*Colegio Público de Abogados c/PEN*”, Fallos 331:2406, y CS, 19/05/2010, “*Consumidores Argentinos c/PEN*”, Fallos 333:633); que debe haber una demostración plena y convincente de que se trata de una medida insustituible y justa para

atender una necesidad cuya satisfacción es impostergable (CS, 27/12/2006, “*Massa, Juan Agustín c/PEN*”, Fallos 329:5913, voto Carmen Argibay) y fue una Cámara de feria la que privó de eficacia a la invocación de la imposibilidad de seguir el trámite de sanción de las leyes por el sólo hecho de estar el Congreso en receso exigiendo la necesaria y previa convocatoria a extraordinarias para demostrarla (caso “*Redrado*”).

III. La urgencia por el virus determinada en el marco de las emergencias ya declaradas

En el día 29 de marzo pasado han sido dictados dos nuevos DNU (319 y 320/2020) con la particularidad de en ellos se invoca

“el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley N° 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el Decreto 260/20 y su modificación, y el Decreto 297/20 que estableció la medida de ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, y sus normas complementarias”.

Este párrafo que transcribimos, contenido en el artículo 1ro de ambos DNUs, induce a confusión. El DNU 260/2020 no podía válidamente “*ampliar*” la emergencia declarada por el Congreso Nacional; porque eso implicaría modificar o –precisamente– “*ampliar*” las bases de la delegación que son su propio límite institucional. Sí podía invocar la “*urgencia*” de actuar frente a una situación sanitaria nueva, no incluida en la declaración del Congreso, pues no existía cuando aquél delegó. Tampoco ayuda en el caso, la invocación –ya destacada por Ramírez Calvo– de los incs. 1 y 3 del artículo 99 CN; es sólo el 3.

Del contexto normativo general delineado surgen las siguientes reflexiones que hacemos en un marco de respeto y con la debida precaución a la que estamos obligados cuando nuestra comunidad barrial, municipal, provincial, nacional, regional y mundial atraviesan momentos indudablemente sensibles y de gran preocupación.

Las diferencias y las críticas –aunque no dejaremos de formularlas desde el análisis jurídico– deben ser postergadas para cuando la situación se vea, al

menos, controlada si no en todos sus aspectos, en aquellos que se vinculan a la emotividad en el enfoque temeroso hoy generalizado; sobre todo en el plano de la profusa información “on line” que brinda una nota inédita superlativa en la caracterización del fenómeno que atravesamos.

No nos ayudan las fuentes de información históricamente desesperadas por la novedad y con basamentos inexplicables en fuentes inverificables de seriedad en su información como toda aquella que proviene de China, donde no existe sistema alguno de control político independiente ni de acceso a la información oficial ni organismo alguno, público o privado, en condiciones de verificar –ni siquiera de opinar– sobre la veracidad de cualquiera de los datos que se toman entre nosotros como fuente segura y parámetro de cálculo de la magnitud actual y futura de la pandemia.

Reflexionamos con el compromiso de volver después necesariamente sobre el tema porque compartimos con Milanovic su reciente afirmación de que “*como sucede con cualquier acontecimiento extremo, las epidemias (n. de r.: hoy pandemia) echan repentinamente luz sobre ciertos fenómenos sociales de los que sabemos poco, pero que a menudo tendemos a ignorar o en los que preferimos no pensar*”.

Pero si consideramos sobre la marcha que:

A) no parece discutible –en principio– la existencia de las circunstancias excepcionales que habilitaron las medidas de carácter legislativo tomadas por los DNUs 297/2020, 319/2020 y 320/2020; pero ya transcurrido un mes de dichas circunstancias podríamos comenzar a dudar de la permanencia de la imposibilidad de reunir, aún mediáticamente, al Congreso de la Nación;

B) no parecía posible una reunión física sin riesgos severos de salud, y posibilidades de movilidad, de todos los miembros del Congreso Nacional que deberían sancionar las leyes necesarias –y en forma temporalmente oportuna– frente a la indudable “urgencia”, pero hoy ya resulta insostenible la pretensión de reunión física porque todo el planeta se encuentra realizando reuniones por vías cibernéticas con todo éxito;

C) la “urgencia” invocada no es técnicamente subsumible en la “emergencia” amplia declarada por las dos leyes en vigencia sobre otras temáticas coyunturales y estructurales propias de la Nación y que no involucran específicamente la “pandemia” declarada por la Organización Mundial de la Salud;

D) un arbitrario y ostensible empleo abusivo de las facultades delegadas y asumidas podría habilitar alguna acción judicial que pretendiera dejar sin efecto

(o sustituir) esa determinación de carácter político que la Constitución ha colocado en el ámbito de la discreción política prudente del Presidente, sus ministros en acuerdo general y el Jefe de gabinete (todos fruto de un proceso electoral incuestionado llevado a cabo hace pocos meses y con mayoría discreta pero evidente) como es la determinación de la existencia de esas “*circunstancias excepcionales*”;

E) el DNU, que invoca al artículo 14 CN, podría haber incluido el artículo 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que impone el límite a los derechos fundamentales reconocidos por esa Convención frente a las “*justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”;

F) no pareciera que corresponda el dictado del “*estado de sitio*” (artículo 23 CN) porque no está “*en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella*”; que habilitarían las excepcionales atribuciones reconocidas al Presidente referidas a la libertad física o ambulatoria; de ahí que las limitaciones a la circulación por el espacio público y las detenciones de personas se pueden efectuar de todos modos con las leyes sanitarias en la mano (y del Código Penal como el artículo 205 que contempla la violación de “*las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia*”) y con órdenes del Ministerio Público bajo estricto control judicial; y no habría –por otra parte– posibilidad de optar por la salida del país (es un caso de pandemia); pues, entonces, consideramos que –por el momento– no es aplicable;

G) ese contexto normativo hace imprescindible la implementación de un eficaz y urgente control sumarísimo por parte del Poder Judicial y del Ministerio Público (artículo 120 CN), que rebasa el régimen de guardias en ferias judiciales habitual, para atender casos de detención y traslado o internación de personas y que debería actuar en turnos extraordinarios de 24x24 horas los siete días de la semana (recordar caso similar de Gran Bretaña durante los violentos días de agosto de 2011);

H) implica la inmediata construcción de un sistema de atención de emergencia que es incompatible con las previsiones de una mera guardia de “*feria*” judicial que se haga cargo de la excepcionalidad de la necesidad de su control de garantía efectivo de los derechos de los habitantes de la Nación (lo cual excede en su comprensión efectiva también al concepto de ciudadanos);

I) hay personas que a las 00:00 horas del 20/03/2020 (artículo 1° DNU 297/2020) estaban en lugares donde no podían ni pueden hoy permanecer; hay un alto grado de ignorancia y de desinformación sobre los contenidos de las normas en vigencia y de sus lógicas y necesarias excepciones (su apreciación está hoy en manos de oficiales policiales que pueden tener mayor o menor criterio razonable pero que no han sido capacitados para esa tarea específica de ponderación y sensibilidad humanística –ya difícil para los jueces que sí lo han sido–);

J) no aparece claro el encause y el procedimiento previsible de las denuncias (anónimas o no) sobre el cumplimiento de personas sujetas a obligación de confinamiento; aparecen más las respuestas mediáticas que institucionales, lo cual –en alguna medida– es inevitable; la asistencia extraordinaria Judicial puede atender también este aspecto;

K) sería aconsejable una inmediata derogación o –al menos– una modificación sustantiva de la Ley “especial” N° 26.122 –en los aspectos necesarios– de tal modo que permita la atribución de algunas facultades de verificación sumaria de plazo muy breve inicial –al menos de constitucionalidad de los requisitos elementales (que no sean materia penal, tributaria, electoral, de partidos políticos...)- a ser efectuado por parte de la Comisión Bicameral Permanente prevista por la Constitución pero rediseñada con criterio federal para un primer escalón de control; es imprescindible salir de la situación de parálisis actual donde ni siquiera se reúne la mencionada Comisión;

L) esa nueva Comisión Bicameral Permanente, que exige un acuerdo de Política de Estado (empleo nuevamente la mayúscula) de nuestros partidos políticos, podría ser el resorte de vigilancia sobre las facultades delegadas en las otras dos leyes de “*emergencia*” anteriores, que se encuentran en plena ejecución –severamente afectadas también por esta “*urgencia*”– ya mencionadas, y que hoy carecen de todo mecanismo de control;

M) es imprescindible una conducción atenta a la complejidad de la incidencia de ambas situaciones coincidentes en el tiempo y espacio: “*emergencias*” y la “*urgencia*”; es muy importante motivar los decretos dejando claro cuáles son dictados en uso de las facultades delegadas para atender la “*emergencia sanitaria*” (Ley N° 27541) y cuáles lo son para encarar la “*urgencia*” establecida por los sucesivos DNUs que se están dictando desde hace ya más de un mes;

N) pareciera que, por el momento, los afectados somos preponderantemente quienes hemos viajado al exterior, que transitamos aeropuertos o que frecuentamos personas que lo hacen con habitualidad (y de ahí las posibilidades de éxito de nuestro aislamiento); pero es fundamental evitar que la pandemia alcance a personas que no están en condiciones materiales de cumplir con las restricciones que las normas contemplan;

Ñ) en este rumbo es muy importante el llamado de atención de la Conferencia Episcopal Argentina quien, más allá de nuestras convicciones religiosas, formula una advertencia severa sobre

“nuestra capacidad de mirar la situación de tantos hermanos que están lejos de ciertos niveles de vida en la Argentina. En los más de 4.400 barrios carenciados del país viven varios millones de personas. A estas personas no les va a resultar muy fácil quedarse en sus casas ya que necesitan salir para ganar el pan para sus familias día por día” (párrafo 9°);

O) esta última apreciación es –quizás– la de mayor envergadura para la adecuada ponderación y toma de decisiones oficiales como las que estamos analizando; un blog brasilero nos alerta convenientemente sobre el riesgo: <https://joaoantonio.blog/2020/03/22/opiniaio-de-carol-proner-bolsonaro-e-a-responsabilidade-nos-crimes-de-guerra-contra-o-coronavirus/>.

IV. La respuesta institucional

El objetivo de nuestras reflexiones es el de provocar la toma de conciencia de la necesidad de producir respuestas desde los poderes institucionales que estén a la altura de la complejidad que las circunstancias imponen. No puede continuar la parálisis del Congreso Nacional.

Estamos en emergencia, nacional y regional, y, además, enfrentando una urgencia pandémica de carácter global; por ello las respuestas necesariamente deben comprender ambos campos abiertos formalmente por nuestros poderes constituidos.

Se han atribuido y asumido poderes extraordinarios por vía de delegación legislativa expresa, y por vía de aceptación de su ejercicio unilateral extraordinario de necesidad y urgencia, al Poder Ejecutivo Nacional. Se trata de poderes

inmensos que deben ir acompañados de los mecanismos de control adecuados y que no dificulten la gravísima tarea encomendada. A facultades extraordinarias deben corresponder controles también extraordinarios, según nos recomendaba Miguel Ekmekdjian.

Para ello debe haber una especial apertura de participación ciudadana y una comprensión especial de la complejidad de los campos de acción abiertos en estos tiempos particularmente complicados.

Los irresponsables pedidos apresurados de declaración del estado de sitio no son sino una pretensión de implantar una especie de dictadura, una entrega de la suma del poder público al Poder Ejecutivo –prohibida por el artículo 29 CN–, que luego será muy difícil de limitar; pues hemos demostrado que tenemos dificultades para controlar los mecanismos ya declarados y en pleno funcionamiento.

Es todo lo contrario de lo que las circunstancias aconsejan: no más poderes, que ni siquiera han sido solicitados por el Presidente, sino más y mejores controles responsables; más y mejor nivel de participación política; es inconcebible la ausencia institucional total del Congreso de la Nación –y de su Comisión Bicameral Permanente– y sólo guardias de “*feria*” del Poder Judicial de la Nación.

Menos aceptable es la “*acción declarativa de certeza*” demandada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJ 353/2020/CS1) por la presidenta del Senado a fin de verificar la constitucionalidad o no de sesionar a través de medios informáticos, como las plataformas en uso en las universidades para sus clases, por poderes judiciales de todo el país y por el Senado de la provincia de Mendoza. ¿Es posible una manifestación de la CS en el sentido de prohibir o de indicar al Senado cómo puede o debe deliberar? ¿Sin caso?

La urgente reunión del Congreso no puede ser sustituida por las consultas mediáticas a los gobernadores de provincias, más allá de su utilidad práctica política para determinar los cursos de acción del Ejecutivo; el Congreso debe cumplir con el deber constitucional de controlar, que no es el deber de los gobernadores.

No busquemos otra vez la respuesta del hombre providencial, el invento del líder, ungido por los tiempos, con sus manos libres y sin control; apostemos de una vez por todas a las instituciones que hoy están procurando brindar lo que de ellas se espera y para lo que fueron diseñadas. Aprovechemos para mejorarlas y darles mayor funcionalidad, participación y exijámosle responsabilidad en su marco de acción.

Prestemos atención a las advertencias que nos llegan de Zambrano en el sentido de prever la posibilidad de que se trate de

“imponer mecanismos de concentración del poder y de represión de manifestaciones legítimas de disenso político, sin olvidar la posible normalización, una vez superada la emergencia, de formas de biovigilancia y de monitoreo de la población que hoy nos resultan inconcebibles por fuera de la insólita situación en que nos encontramos”.

Construyamos la República que nos debemos desde el retorno de la democracia; llevamos 37 años de atraso en la tarea.

Bibliografía especial

- BARRA, Rodolfo Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, tomo 1, Ábaco, Buenos Aires, 2002, pág. 542.
- CIANCIARDO, Juan, El derecho de propiedad en la Constitución Argentina. Una aproximación desde la doctrina de la emergencia, en Ricardo Luis Lorenzetti, dir., *“Emergencia pública y reforma del régimen monetario”*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, pág. 3.
- COLAUTTI, Carlos E., La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la ley 25.414, en *La Ley*, 2001–D–1272.
- BOTANA, Natalio, 2019 y una paradoja inquietante, en diario Clarín del 23–12–2018, https://www.clarin.com/opinion/2019-paradoja-inquietante_0_0j4aHp7ae.html).
- DE RIZ, Liliana, Un simulacro de elección presidencial, en Clarín del 4/8/2019, en www.clarin.com/opinion/simulacro-eleccion-presidencial_0_fIIWTfj7L.html).
- DE SOUZA SANTOS, Boaventura, Virus: todo lo sólido se desvanece en el aire, 20/03/2020 en <https://rebellion.org/virus-todo-lo-solido-se-desvanece-en-el-aire/>.
- ELÍAS, Sebastián, Urgencia, necesidad, y decretos. Los DNU nuevamente sobre el tapete, publicado en <http://blogderecho.udesa.edu.ar/?p=24> de la Universidad San Andrés el 25–10–2010.

- FRÍAS, Pedro José, ¿Separación de poderes o qué?, en La Ley del 3 de noviembre de 1992.
- GARGARELLA, Roberto, El fantasma de la crisis democrática recorre el mundo, www.lanacion.com.ar/opinion/el-fantasma-de-la-crisis-democratica-recorre-el-mundo-nid2325742.
- GELLI, María Angélica, Impacto jurídico del caso “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, en La Ley, Suplemento especial “Tutela constitucional de los depósitos bancarios”, abril de 2003, pág. 34.
- GODOY, Horacio H., Agenda presidencial, Ediciones Oiel, Buenos Aires, 1982, pág. 33.
- GORDILLO, Agustín A., El estado de derecho en estado de emergencia, en Lorenzetti, dir., ob cit., pág. 53.
- KOVADLOFF, Santiago, Debemos sincerarnos: ¿en qué Argentina queremos vivir?, www.lanacion.com.ar/sociedad/debemos-sincerarnos-en-que-argentina-queremos-vivir-nid2311481.
- MAIRAL, Héctor, El efecto de la crisis económica en el Derecho, en Aniversario de la Revista de Administración Pública RAP, Buenos Aires, 23 de septiembre de 2004.
- MILANOVIC, Branko, El coronavirus igualador, en Revista Nueva Sociedad, MARZO 2020, https://nuso.org/articulo/un-gran-igualador/?utm_source=email&utm_medium=email.
- PADILLA, Miguel M., El Congreso ha renunciado a sus atribuciones constitucionales, en El Derecho, 18-02-2002, pág. 5.
- PALAZZO, Eugenio Luis, El amparo, los derechos de exportación y la delegación legislativa en ‘Camaronera Patagónica’, EDCO, t. 2014, pág. 93.
- RAMÍREZ CALVO, Ricardo, Constitución y emergencia. A propósito del Covid 19, en rev. Disidencia, <http://endisidencia.com/2020/03/constitucion-y-emergencia-a-proposito-del-covid-19/>.
- ROMERO, César Enrique, El liderazgo como realidad de poder (acentuación del presidencialismo en la Argentina), en Revista de Estudios Políticos, nº 195-196, Madrid, 1974, pág. 140.
- SALOMONI, Jorge Luis, Sistema jurídico, emergencia, conflicto de derechos y revisión de las tarifas de los servicios públicos, en Lorenzetti, dir., ob. cit., pág. 93.
-

- SANTIAGO (H), Alfonso y Valentín THURY CORNEJO, Tratado sobre la delegación legislativa. Régimen constitucional antes, durante y después de la reforma constitucional, prólogo de Alberto B. Bianchi, Universidad Austral, Ábaco, Buenos Aires, 2003.
- SANTIAGO (h), Alfonso, Enrique VERAMENDI, Santiago M. CASTRO VIDELA y Patricio D'ACUNTI, La nueva mirada sobre la Ley N° 26122: radiografía actual de una norma clave en nuestros sistema institucional y jurídico, en revistas El Derecho Constitucional EDCO, de los días martes 23/04/2019 y martes 21/05/2019, Universitas, Buenos Aires, 2019.
- VILLALÓN, Pedro Cruz, La Constitución bajo el estado de alarma, en diario "El País", 16 de abril de 2020, https://elpais.com/elpais/2020/04/16/opinion/1587025782_733659.html?event_log=oklogin&o=cerrado&prod=REGCRART.
- YLARRI, Juan Santiago, La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa, prólogo de Néstor Sagüés, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2019.
- ZAMBRANO, William, Cuarentena y estado de Derecho, en periódico El Nuevo Siglo, 18 de abril de 2020, Bogotá, <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/04-2020-cuarentena-y-estado-de-derecho>.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro, Decretos de necesidad y urgencia. Límites y control, prólogo de Miguel Ángel Ekmekdjian, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- La Corte Suprema y sus novedades en el tratamiento de la normativa de emergencia, en revista "JA-Lexis Nexis", 2003-IV-1405.
- Crisis jurídico política, emergencia económica y recurso extraordinario federal en el terreno tributario, en Suplemento Especial de la revista "La Ley", directora María Angélica Gelli, "Emergencia económica y Recurso extraordinario", diciembre de 2003, pág. 22 y sgs.
- "Cabrera": una advertencia política, en Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, revista "La Ley", Director Agustín A. Gordillo, Buenos Aires, 27 de agosto de 2004, pág.1.
- Amparo y control de constitucionalidad, en revista "La Ley", 24 de diciembre de 2004, pág. 1 y sgs.
- La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional, en Suplemento de Derecho Administrativo, Dir. Agustín A. Gordillo, "La Ley", 16 de diciembre de 2005, pág. 1 y La Ley Gran Cuyo, febrero de 2006, pág. 1.

- El error de incluir en el texto constitucional instrumentos excepcionales de legislación por el Poder Ejecutivo sin la correspondiente rigurosa reglamentación, ponencia presentada en las “*Jornadas Internacionales Encuentro de Asociaciones de Derecho Constitucional*” organizadas por la Asociación Peruana de Derecho Constitucional” en Lima, agosto de 2006.
- La postergación institucional, en Suplemento de Derecho Administrativo, Dir. Agustín A. Gordillo, revista “*La Ley*”, 13 de octubre de 2006, pág. 1.
- La comisión Bicameral Permanente y el sistema de control de la “*legislación del Poder Ejecutivo*”, en Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2009, pág. 821–848; también publicado en la www.federalismi.it revista telemática del “*Osservatorio sul federalismo e i processi di governo*”, de Roma, Italia, día 13 de enero de 2010.
- La reforma constitucional de 1994 y la falta de vocación federal de las provincias, en Suplemento de Derecho Constitucional, dir. María Angélica Gelli, revista “*La Ley*”, Buenos Aires, jueves 11 de febrero de 2010, pág. 13.



El poder de policía del Estado en la crisis sanitaria global

PASCUAL E. ALFERILLO

I. Introducción

La crisis sanitaria global que se encuentra en pleno desarrollo abre nuevamente el debate de muchos temas que habían quedado relegados en el arcón de los recuerdos, porque tocó vivir tiempos con una estabilidad socio económica y cultural normal, con los altibajos propios de la vida cotidiana.

Pero, una crisis severa de cualquier naturaleza, despierta automáticamente planteos relacionados con el alcance del actuar del Estado cuando interviene para paliar los efectos de los problemas generados por el fenómeno extraordinario e imprevisible que desequilibra en funcionamiento de las estructuras sociales y afecta las relaciones entre los componentes de la sociedad.

La experiencia acumulada en años permite, *ab initio*, aseverar como premisa que la dimensión de la crisis que se presenta en cada caso, tiene la virtualidad de marcar el límite del accionar paliativo del Estado.

Para precisar ello, en la vicisitud actual, será menester recorrer el fundamento del poder de policía del Estado y la naturaleza del ataque sanitario sobre la sociedad global que esta *in fiere*.

II. Poder de Policía

2.1. Concepto

La doctrina autoral nacional, cuando pretendió definir el concepto de “policía”, encontró que debía realizarlo desde la conceptualización misma, por cuanto la ley constitucional no había previsto en su normativa esta facultad del Estado.

En este sentido, Bielsa manifestó que el concepto de “policía”, en su acepción más amplia, significa ejercicio de poder público sobre los hombres y cosas. En cambio, en su concepto más restringido, designa el conjunto de servicios organizados por la administración pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física, y aún moral, de las personas mediante limitaciones impuestas a la actividad individual y colectiva de ellas. Mas precisamente, especifica el autor “la policía administrativa es la acción directiva que el Estado realiza para proteger, preventiva y represivamente la integridad física de las personas y de las cosas, en el orden moral y de la economía pública en lo que pueda afectar inmediatamente a las primeras”¹.

Por su parte, el estudioso alemán Mayer, citado por Canasi, expresa que “la policía es una especie particular de la actividad administrativa; el poder de policía es la manifestación del poder público propio de tal actividad”².

Esta distinción fue adaptada a nuestra dogmática normativa por Altamira, quien afirma que la “policía” es una función o tarea netamente administrativa, y “poder de policía” es una función legal. En sus palabras, “la policía es función administrativa y se nutre en la ley y en el reglamento; el poder de policía o derecho de policía es función legislativa, se objetiva y realiza en el Código de Faltas o derecho administrativo y en el poder disciplinario de naturaleza jurídico normal”³.

En función de estos precedentes Canasi manifestó que “la policía no es hoy en día una función pública independiente; es sencillamente, un sector determinado de la actividad de la Administración Pública, a saber, la actividad de la autoridad en el terreno de la actividad interior que impone coactivamente a la libertad natural de la persona y a la propiedad del ciudadano las restricciones necesarias para lograr el mantenimiento del Derecho, de la seguridad y del orden público”⁴.

¹ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, tomo V, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 1956, pág. 2.

² MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo II, citado por CANASI José, *Derecho Administrativo*, volumen III, *Parte Especial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976, pág. 10.

³ ALTAMIRA, Pedro Guillermo, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1963, pág.13.

⁴ CANASI José, *Derecho Administrativo*, volumen III, *Parte Especial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976, pág. 22.

Por su parte, Dromi conceptualiza las figuras en análisis desde la tesis amplia cuando expresa: “El Poder de Policía es la parte de la función legislativa, que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando a ese fin los derechos individuales, reconocidos expresa o implícitamente por la constitución; extendiéndose hasta donde la promoción del bienestar general lo haga conveniente o necesario dentro de los límites constitucionales (art. 19 y 28, Constitución Nacional). El poder de la policía se manifiesta a través de normas generales, abstractas, impersonales, objetivas, siendo su objeto más amplio que la policía, pues versa sobre la limitación de los derechos reconocidos a fin de promover el bienestar general”⁵.

Vázquez, en un estudio realizado en la década de los cincuenta, conceptualizaba, siguiendo la doctrina de los tribunales, que “el poder de Policía del Estado es la potestad de restringir la libertad de los individuos con el fin de conservar la armonía de todos, de establecer reglas de buena conducta, calculadas para evitar conflictos y de establecer normas tendientes a proteger la vida, la propiedad y la salud de los habitantes y del pueblo en general. El Poder de Policía, que significa al mismo tiempo, un poder y función de gobierno, un sistema de reglas y una nueva organización administrativa y coercitiva, busca y promueve el bienestar público y actúa como restricción y compulsión”⁶.

Como se infiere de las transcripciones del pensamiento de los autores el “Poder de Policía” es concebido como aquella potestad y función que tienen las autoridades constituidas por la Ley básica del Estado (Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Constituciones provinciales y Cartas orgánicas municipales) para dictar o crear normas reglamentarias de la libertad, propiedad y conducta de los individuos que la componen, tendientes a la obtención de los fines generales y especiales que se ha propuesto sostener como sociedad organizada.⁷

⁵ DROMI, José Roberto, *Derecho Administrativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 51

⁶ VÁZQUEZ, Ramón F., *Poder de Policía*, segunda edición (corregida y ampliada), Editor F. Díaz, Buenos Aires, 1957, pág. 34. El autor cita: *Jurisp. Argentina*, t. 45, pág. 41.

⁷ ALFERILLO, Pascual E., “El Poder de Policía y la desregulación”, trabajo elaborado para aprobar el “Curso de Post grado sobre Reforma del Estado”, dictado por la Facultad de Ciencias Económicas de la Univ. Nacional de Cuyo (U.N.C.), el Instituto Cuyano de Estudios Superiores (I.C.S.) y el Instituto de Estudio de Derecho Administrativo (I.D.E.A.), en Mendoza - Argentina - 1992. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-poder-de-policia-y-la-desregulacion>

2.2. El “Poder de Policía” como elemento integrante de la soberanía

2.2.1. Sociedad y Derecho

El hombre como ente está compuesto en su esencia por una parte material, finita y natural (animal racional) y por un componente espiritual, eterno y trascendente. A partir de ello, su existencia en soledad no le permite más que un desarrollo parcial de sus capacidades y están referidas a su evolución con relación a la naturaleza. Es decir, solo puede llegar a evolucionar en la satisfacción de sus necesidades fisiológicas propias no de relación ni en las culturales.

Es a partir de la convivencia con otros seres humanos que se inicia el verdadero y completo desarrollo de sus potencialidades; el hombre transita con los otros hombres el camino hacia su plenitud humana solamente en sociedad.

Por esta fundamentación pragmática los distintos autores que han tratado el tema coinciden en calificar al hombre como un ser con sociabilidad innata, emergente de su propia naturaleza. Sin ella, no existiría como tal porque se vería impedido de su proyección histórica dado que para subsistir como especie racional no basta la mera reproducción animal, sino que es necesario el complemento cultural para su desarrollo como ser humano. Ontológicamente, señala Vidal, “la naturaleza del hombre aparece necesitada de complemento; el hombre requiere para llegar a ser plenamente humano la unión íntima con la sociedad”⁸.

En esta línea de pensamiento, Maritain precisa que “la personalidad es un todo, pero no es un todo cerrado, es un todo abierto, no es un pequeño dios sin puertas ni ventanas como la mónada de Leibnitz, o un ídolo que no ve, no oye, no habla. Tiende por naturaleza a la vida social y a la comunión. Ello es así, no solamente a causa de las necesidades e indigencias de la naturaleza humana, en razón de las cuales cada uno tiene necesidad de los otros para su vida material, intelectual y moral sino, asimismo, a causa de la generosidad radical inscrita en el ser mismo de la persona, a causa de esa apertura a las comunicaciones de la inteligencia y el amor, propias del espíritu, y que exige que se entre en relación con otras personas”⁹.

⁸ VIDAL, Nicolás, “Individuo, Sociedad y Estado”, *Revista Notarial* del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 853, año 1980, pág. 1825.

⁹ MARITAIN; Jacques, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Ediciones Leviatán, Buenos Aires, Argentina, 1982, pág. 15.

Por ello, completa su pensamiento el autor citado afirmando que “la sociedad se forma como una cosa exigida por la naturaleza, y (porque esa naturaleza es la naturaleza humana), como una obra cumplida por un trabajo de razón y voluntad, y libremente consentida. El hombre es un animal político, es decir, que la persona humana reclama la vida política, la vida en sociedad, no solamente con respecto a la sociedad familiar, sino con respecto a la sociedad civil¹⁰”.

Ahora bien, cada hombre integrante de esa comunidad tiene una serie de especulaciones y necesidades que hacen a la expansión de su propia esfera de interés, por lo cual la organización social deberá, para ser tal, conciliar todas las aspiraciones individuales para conformar su voluntad. Por cuanto toda forma asociativa tiene fin propio independiente de sus componentes.

Es en este punto donde es menester resaltar el protagonismo de las normas reguladoras de las conductas de los miembros que participan de la sociedad. Sin esos preceptos que organicen el comportamiento de los individuos en la unidad organizativa, por elemental que ellos fueran, no existiría comunidad de intereses, ni orden social. Por ello, los seres humanos tienen necesidad natural de recurrir a las formas asociativas para su desarrollo, pero a su vez, estas organizaciones limitan o se contraponen con la libertad individual en procura de obtener sus propias metas.

La sociedad, sin suscribir ninguna teoría que las justifique, no es la sumatoria de las libertades individuales, sino por el contrario, el concepto mismo de organización social (familia, club, estado, etc.) impone la idea de límite. Es un requisito *sine que non* para su constitución. El hombre, como ser social, es un ente limitado. Por ello no existe ni puede existir tesis que sustente la libertad plena del individuo cuando convive organizadamente con sus semejantes.

Esta limitación de la libertad individual por la sociedad es lógica, forma parte de la esencia humana por cuanto al hombre no nació ni nunca fue absolutamente libre, siempre como ser material finito y dependiente tuvo limitaciones; primero naturales y luego sociales.

Los entes sociales en sus distintos tipos siempre debieron recurrir para darse un orden organizativo a la creación de normas destinadas a regir las conductas en sus interferencias intersubjetivas. Es decir, al Derecho.

¹⁰ MARITAIN; Jacques, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Ediciones Leviatán, Buenos Aires, Argentina, 1982, pág. 16.

Tanto es así, que autores adherentes a las ideas anarquistas, como Reas, han debido sostener que “el anarquismo significa literalmente una sociedad sin *ark-hos*, es decir, sin gobernantes. No significa una sociedad sin ley y por ello no significa tampoco sociedad sin orden. El anarquista acepta el contrato social, pero interpreta ese contrato en un modo particular, que según él es el modo más justificado por la razón¹¹”. Por ello, la creencia de que cualquier sociedad humana, en el nivel de organización en que se encontrare, pueda existir fundamentada en que cada hombre hiciera lo que su conciencia le dicte como bueno en cada circunstancia particular, es una quimera muy alejada de la realidad para tomarse en serio. Semejante sociedad no sería, como dice Read “una sociedad sin orden”, sino la negación misma de la sociedad en sí.

Por ello, para completar la organización, se debió determinar a los detentadores del poder del resto de los integrantes del grupo, o sea, a los destinatarios del poder.¹²

Para llegar a esta conclusión Ekmekdjian ilustra que “el poder ha existido desde el comienzo mismo de la humanidad. Cuando el hombre comenzó a reunirse con sus semejantes, para vencer a la naturaleza, para protegerse de los ataques, para luchar, para trabajar, etcétera. Tuvo que dejar a un lado la libertad absoluta que gozaba y, voluntariamente o por la fuerza, comenzó a integrarse en grupos, primero pequeños y luego más numerosos. Contemporáneamente con este hecho social aparecieron los líderes de esos grupos, elegidos de distintas formas, más o menos racionales, que tuvieron como principal función la de dirigir las acciones de los restantes integrantes¹³”.

Va de suyo, que la noción de Derecho y la de ejercicio del poder es más elemental en la medida que la sociedad sea más rudimentaria. Por ello, han constituido hitos trascendentales en esta evolución la transformación de norma oral a escrita, de costumbre a ley, de la regla “ojo por ojo diente por diente” a la aplicación monopólica de la coacción por el Estado, etcétera.

En éste proceso de evolución institucional, el Estado ocupa el último pelotazo de perfección. Es la más acabada organización social de los hombres, que se conforma de su aspecto material con población y territorio; y en su faceta

¹¹ READ, Herbert, *La paradoja de la historia, A Coat of many Colours*, 1947, pág. 59.

¹² EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993, pág. 2.

¹³ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993, pág. 3.

formal, bajo un sistema normativo que es la estructura donde se asienta y sostiene.

En este sentido, Bielsa conceptualiza al Estado como “la organización jurídica de la Nación, en cuanto es esta una entidad concreta, material, compuesta de personas y territorios (...) es el órgano jurídico de la sociedad (delimitada ésta por la estructura jurídica del mismo Estado); en otros términos, es la sociedad jurídicamente organizada. Por eso, la idea de Estado se expresa como un sistema compuesto por normas de derecho establecidas para asegurar las funciones, existencia y progreso de la sociedad”¹⁴.

Por su parte, Diez define al Estado con una visión influida por la sociología, diciendo que es un substrato social estructurado en forma de corporación, cuya actividad se realiza en interés de la comunidad que lo integra. Es decir, “como fenómeno social debe considerar la asociación de individuos que ocupa el territorio y que, en forma organizada y estable, tiende a un fin común”¹⁵.

En cambio, Canasi resalta el aspecto formal cuando enseña que “el Estado es una sociedad jurídicamente o legalmente organizada, es decir, ordenada y organizada en derecho. Responde al principio universal de solidaridad y de la asociación. Tiene por objeto satisfacer el fin humano del hombre, y requiere para ello el concurso de la fuerza y la distribución de la competencia, según la aptitud de cada uno, y elimina la lucha entre los individuos, propendiendo así al bien común, contra la fuerza externa y mantiene el orden interno (...). El Estado se caracteriza como poder jurídico, es el órgano jurídico de la sociedad”¹⁶.

En esta misma tesitura, Dromi sintetiza la posición expresando que “el Estado es la perfecta organización jurídico política de la comunidad que procura el bien común”¹⁷.

De los conceptos vertidos se colige que el Estado es una compleja organización compuesta por:

¹⁴ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, tomo V, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 1956, pág. 169/170.

¹⁵ DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, tomo I, Ed. Bibliográfica Omega, Buenos Aires, Argentina, 1.963, p. 9, PRÉLOT, Marcel, *La ciencia política*, Bibliográfica Cultural, Colección Cuadernos, Ed. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina, 1972, pág. 80.

¹⁶ CANASI José, *Derecho Administrativo*, volumen I, *Parte general*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1976, pág. 1.

¹⁷ DROMI, José Roberto, *Derecho Administrativo*, tomo 1, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 3.

a) elementos: población (nación para algunos autores) y territorio;
 b) fines: en general se acepta al “bien común” como propósito del Estado y;
 c) por un atributo esencial: el “poder” que es una cualidad propia de su razón de ser.

Esta propiedad ínsita en su formación ofrece tres grandes aspectos para el análisis:

- 1.) de dónde le viene o cuál es su génesis,
- 2.) qué le permite realizar y,
- 3.) a través de qué instrumentos se ejerce.

En nuestra búsqueda intentaremos introducirnos a conocer el segundo y tercer aspecto del atributo que tiene el Estado para comparar finalmente el comportamiento de la figura de la desregulación.

2.2.2. Poder estatal y derecho

A poco de investigar en la Ciencia Política el concepto liminar de poder, el mismo es definido como “la facultad de que tiene uno o un grupo de personas de obligar a otras a realizar una conducta. Si dicho poder no precisa de la ayuda de otro para imponerse llamase dominante, y el propio del Estado”¹⁸. En igual sentido, se pronuncia Ekmekdjian cuando señala que “en un concepto amplio es la capacidad de determinar la conducta de otros”¹⁹.

A partir de esta idea se infiere que, en toda forma de organización social, cualquiera sea su nivel de juridicidad, está presente el “poder” que faculta a quienes lo detentan para delimitar los comportamientos de los demás individuos pertenecientes al grupo.

El Estado, clasificado como sociedad política perfecta, no escapa a este axioma, sino por el contrario, el poder, más que un elemento componente, es una cualidad esencial, ínsita, de su razón de ser. Sin él sería inexistente, no se puede concebir al Estado sin capacidad para conducir el comportamiento de su población en la búsqueda del fin común autopropuesto por esa sociedad. El poder es premisa y requisito *sine qua non* para obtener el orden social.

¹⁸ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEGA, tomo XXII –Peni-Pres, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, pág. 406.

¹⁹ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993, pág. 2. 18 DIEZ; MANUEL MARIA, ob. cit., Tomo I, pág.36.

La posibilidad que tiene una o un conjunto de personas de imponer su voluntad para que las demás tengan un determinado comportamiento encuentra distintos límites, en primer lugar, la libertad de los individuos sometidos a la voluntad ajena. De allí que el concepto de poder y libertad individual sean inversamente proporcionales y se encuentren enfrentados en una puja social, económica y política de difícil equilibrio, que ha motorizado la elaboración de más de una teoría para su justificación; y su fijación en la construcción del Estado nacional democrático tal cual hoy se conoce, ha generado más de un conflicto armado (guerras civiles, golpes contra las autoridades constitucionales, etc.).

El segundo límite, está constituido por el poder que tenga otra persona o grupo de imponer, a su vez, su voluntad. En este grupo aparece un nuevo choque de intereses, en la terminología y concepto de Ihering, que si es el resuelto por otro individuo o grupo de personas estaremos en presencia de un poder de mayor jerarquía que el de los intervinientes en el conflicto. Y así sucesivamente hasta encontrar el poder soberano, clasificado *-ab initio-* de este modo en razón de no estar subordinado a otro.

Este poder soberano es facultad propia y exclusiva de la más perfecta organización política, el Estado.

Con precisión de maestro, Díez enseña que “el concepto de soberanía implica el de superioridad, vale decir, preeminencia jerárquica, lo que equivale al derecho de dar órdenes y al deber de obedecerlas. Es soberano un poder que está supra ordenado respecto de los demás. Por ellos se ha dicho que es soberanía, la superioridad absoluta de un poder del Estado con relación a todos los demás poderes del mismo. En consecuencia, puede decirse que existe una soberanía interna. La llamada soberanía externa es la independencia del Estado 18”²⁰.

La idea de diferenciar claramente entre la soberanía externa e interna es expuesta por Lloyd, para quien “la soberanía, es un desarrollo moderno, posee realmente dos aspectos distintos, uno interno y otro externo. Su aspecto interno, es el legislador nacional supremo. En su aspecto externo, por otra parte, la situación es mucho más similar a la de un monarca absoluto bajo un sistema consuetudinario de derecho, que no aspira tanto al poder para cambiar la ley, sino a la libertad total de acción para actuar según su voluntad o deseos puedan dirigir”.

²⁰ LLOYD; Dennis, *La idea del derecho ¿Perversidad represora o necesidad social?*, ed. Civitas s.a., Madrid, España, 1985, pág. 191

Referenciado comparativamente estos conceptos con la clásica definición de Estado como “la nación jurídicamente organizada y políticamente libre” se infiere que el primer aspecto pertenece a la soberanía interior y, el segundo, a la exterior.

La primera faceta está destinada a la organización de la estructura jurídica del Estado y a la sanción de sus leyes de comportamiento. En cambio, la segunda es de posicionamiento político con sus pares, que implica las relaciones de respeto y cooperación entre los Estados y, en su caso, la defensa de su integridad.

Por ello, en la ciencia política moderna la idea de soberanía se asocia con el poder supremo de hacer leyes más que con la autoridad suprema, por cuanto quien puede dictar la ley y sostenerla en su vigencia, es soberano.²¹

En el Estado moderno, concebido básicamente como organización jurídica, el atributo del poder para manifestarse adquiere necesariamente forma de derecho. Así, en primer lugar, encontramos al Poder Constituyente originario que ejerciendo la soberanía del pueblo decide a través de la norma constitucional, cuáles serán los principios básicos de su organización social, cuál será la forma de gobierno adoptada y las autoridades que tendrán bajo su responsabilidad el ejercicio de las tres funciones básicas del poder: legislar, ejecutar y jurisdiccionales.

En este punto es oportuno señalar la sabiduría de Alberdi cuando indicaba que la Constitución en sí misma no es más que la organización del gobierno considerado en los sujetos y cosas sobre que ha de recaer su acción, en la manera cómo ha de ser elegido, en los medios o facultades que ha de disponer y en las limitaciones que ha de respetar.²²

Ahora bien, recordando que el “Poder de Policía” es aquella potestad que tienen las autoridades constituidas por la ley básica del Estado para dictar o crear normas reglamentarias de la libertad y propiedad tendientes al fin último que se ha propuesto sostener como sociedad, podemos decir, que dicha función es parte integrante de la soberanía del Estado. Es la soberanía interior la cual se diferencia de la exterior porque es el poder que tiene el Estado para ser políticamente libre de otros Estados.

²¹ Debe quedar perfectamente en claro que con esta afirmación no se pretende justificar, de modo alguno, los regímenes autoritarios de facto que tienen la fuerza necesaria para crear e imponer leyes, pero jamás tendrán legitimación en derecho.

²² ALBERDI; Juan Bautista, *Bases*, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, 1984, pág.133.

Sin embargo, es dable observar que la facultad de dictar las normas no nació cuando se estructuró jurídicamente el Estado, sino por el contrario, es una capacidad que tienen los distintos grupos humanos aún en el nivel más primitivo de organización. Los detenedores del poder real eran los que tenían la capacidad para sancionar las normas venida de ese “poder”, como capacidad decisional para imponer su cumplimiento.

La evolución de las comunidades hasta constituir el Estado como máxima expresión organizativa social con poder soberano, autoridades institucionales y monopolio para el ejercicio de la coacción autorizada para sostener que una vez dictada la norma básica –la “Constitución” – el Poder de Policía es ejercido por quienes han recibido la atribución de la magna ley. Es decir, por los órganos con capacidad para sancionar, promulgar y reglamentar las normas reguladoras de la libertad de los ciudadanos.

2.2. El “Poder de Policía” como instrumento de las ideologías

El poder atribuido al Estado precedentemente, ha sido analizado desde su aspecto formal y estático, observándose como cualidad esencial de su razón de ser que le permite un ejercicio sin subordinación de sus facultades para cumplir con el objeto propuesto por la sociedad. Pero a partir de esta conceptualización, cuando se observa la fenomenológica del poder desde el punto de vista de la dinámica que su ejercicio se presenta la problemática de conocer el contenido de las ideologías políticas que lo sustentan, las cuales en su mayoría parten de establecer la naturaleza misma del Estado para llegar a la justificación axiológica de sus actos.

En este punto es oportuno dejar establecido por los límites de estas reflexiones que no se pretende agotar esta riquísima temática, pero si se trata de dilucidar el funcionamiento del “Poder de Policía” en algunas de las principales tesis políticas elaboradas.

Para los ideólogos del liberalismo, nacidos a la luz del pensamiento de la revolución francesa, el rol que le cabe al Estado es el de “dejar hacer, dejar pasar”, lo cual implica la utilización de su capacidad de dictar normas de control de la acción individual en su mínima expresión. Estos autores conceptualizaban que el Estado debía ser un mero administrador de las capacidades individuales de los ciudadanos que en su plena libertad se desarrollarían y coordinarían dentro del Estado.

En este marco de ideas Mill sostuvo que “el comercio es un acto social. Todo el que se dedique a vender al público, mercancías de cualquier clase hace algo que afecta a los intereses de otras personas y de la sociedad en general; y, por consiguiente, su conducta cae dentro de la jurisdicción de la sociedad; de acuerdo a esto, se sostuvo en un tiempo que era deber de los gobiernos fijar los precios y regular los procesos de fabricación en todos los casos que se considerasen de importancia. Mas ahora se reconoce, no sin haber sostenido una larga lucha que la baratura y buena calidad quedan más eficazmente asegurada dejando a productores y vendedores completamente libres, sin otra limitación que la de una igual libertad por parte de los compradores para proveerse donde les plazca”²³.

En la misma línea de pensamiento Ludwig von Mises explica que “el liberalismo es una teoría que exclusivamente se interesa por la terrenal actuación del hombre. Procura, en última instancia, el progreso externo, el bienestar material de los humanos y, directamente, desde luego, no se ocupa de sus necesidades metafísicas, espirituales o internas. No promete al hombre felicidad y contento; simplemente la satisfacción de aquellos deseos que, a través del mundo externo, cabe atender”²⁴.

Finalmente, se expresa que “la propiedad privada constituye, pues, la base de toda actividad individual independiente; es el terreno fecundo donde germinan las semillas de la libertad, donde echa raíces la autonomía personal y donde todo progreso, tanto espiritual como material, se genera. Hay quienes aseguran que la institución constituye ineludible presupuesto para el desarrollo del individuo”²⁵.

²³ MILL; John Stuart, *Sobre la libertad*, Alianza editorial, 8ª reimpresión, Madrid, España, 1992, pág. 180.

²⁴ VON MISES, Ludwig, *Liberalismo*, Editorial Planeta – De Agostini S.A., Barcelona, Buenos Aires, 1994, pág. 18. El autor completa su pensamiento expresando que “el liberalismo ha pugnado siempre por el bien de todos. Tal es el objetivo que los utilitaristas ingleses pretendían describir con su no muy acertada frase de “la máxima felicidad, para el mayor número posible”. Y que “desde un punto de vista histórico, el liberalismo fue el primer movimiento político que quiso promover no el bienestar de específicos grupos, sino el general. Difiere el liberalismo del socialismo –que igualmente proclama su deseo de beneficiar a todos- no en el objetivo perseguido, sino en los medios empleados”.

²⁵ VON MISES, Ludwig, *Liberalismo*, Editorial Planeta – De Agostini S.A., Barcelona, Buenos Aires, 1994, pág. 92. Ver también: CHAMBERLAIN, John, *Las raíces del capitalismo*, Biblioteca de Economía, Ediciones Folio, Barcelona, España, pág. 41, sostiene que

El liberalismo entiende que el progreso económico de las naciones debe fundamentarse en la consolidación de un mercado sin intromisión del Estado, para que la movilidad de la oferta y demanda procuren de un modo natural y libre, el equilibrio de los precios. Es la aplicación en la teoría económica del principio del Estado liberal: “*Laissez faire laissez passer*”.

Pero, ese no intervencionismo estatal, sin lugar a duda, frenó el desarrollo de una participación activa del Estado en la prestación de los servicios básicos requeridos para el funcionamiento de su estructura.

Sin embargo, el fenómeno de la revolución industrial con la introducción masiva de máquinas para la producción de bienes y prestación de servicios crearon un sinnúmero de desequilibrios sociales, en los cuales la libertad pura no bastaba para morigerar las evidentes injusticias económicas que provocaron la conmoción social.

Los propios pensadores liberales, como Tocqueville, ante estos movimientos sociales marcaron su preocupación expresando que “el Estado se ve obligado a intervenir en las relaciones entre ricos industriales y los pobres obreros de manera que en las relaciones sociales debe también intervenir en la construcción de las grandes obras publicas cuya necesidad se hace sentir cada vez con mayor fuerza y pesa enormemente en la actividad económica del país²⁶”.

Esta premonición de Tocqueville históricamente se vio absolutamente corroborada dentro del mundo occidental donde, como dice Miliband, “los países capitalistas avanzados poseen ahora un “sector público” que a menudo es muy grande a través del cual el Estado posee y administra una amplia gama de industrias y servicios que sobre todo, pero no exclusivamente pertenecen a la infraestructura y poseen una enorme importancia para su vida económica; y el estado desempeña también en todas las economías capitalistas un papel eco-

“el mercado, institución que caracteriza al capitalismo, expresa una relación de comprador y vendedor. Es, en efecto, lo que resulta cuando la libre elección se aplica a la disposición de la propiedad, o de lo que se hace con la propiedad, “mezclándola” con trabajo. Las comparaciones que posibilita el mercado conducen a la creación de valor, que es un compromiso de juicios individuales. El vendedor busca recuperar el trabajo y energía que ha invertido, además de una ganancia; el comprador desea ahorrarse trabajo y energía realizando un intercambio. Dos subjetividades se encuentran en un precio objetivo. Pero antes de la creación de valor debe haber propiedad entendida como derecho a disponer de un bien o servicio”.

²⁶ TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, citado por MILONE, Jorge E., *Política Contemporánea*, tomo I, *Desde la crisis del absolutismo hasta la primera guerra mundial*, Ghersi – Carozzo editores, Buenos Aires, Argentina, 1986, pág. 62.

nómico cada vez mayor a través de la regulación, control, coordinación, la planeación y si sucesivamente. Asimismo, el Estado, es como muchos, el cliente principal del “sector privado” y algunas de las industrias más importantes no podría sobrevivir en el sector privado sin las compras del Estado y sin los créditos, subsidios y beneficios que éste les dispensa²⁷.

Como es descrito por estos autores que coincide plenamente con el resto de la doctrina el intervencionismo en los países con economías capitalistas llegó a niveles superlativos; el Estado por sí o por medio de distintas formas empresariales participaba activamente en la producción y comercialización de bienes y servicios. Para conseguir ese fin debió ejercer a plenitud el poder de policía pues su actividad intervencionista abarcaba todas las facetas posibles, así no sólo era empresario, sino que determinaba las leyes laborales aplicables, comercializaba, establecía cupos de producción en determinados productos, subsidiaba precios., etc.

Este intervencionismo también se verifica en el mundo comunista donde se aspira teóricamente, según opinión de Johnson, a una sociedad donde no existirá Estado ni Derecho y el dominio sobre las personas sería sustituido por la administración de las cosas, sin explicar cómo se diferencia esta “administración” de lo que convencionalmente se entiende por Derecho²⁸.

Dentro de esta esfera ideológica Lenin fue más realista y aceptó que en el periodo inicial de la dictadura del proletariado exigiría la supresión de los capitalistas y otras clases explotadoras mediante la violencia. A este propósito sería necesario un Estado fuerte, aunque se tratarla de un Estado que se extinguiría gradualmente cuando se eliminará a los capitalistas y no hubiera necesidad de una fuerza coercitiva²⁹.

Esta posición doctrinaria encontró consagración legislativa en la Constitución de Cuba donde el art. 16 reglamenta que “el Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional de acuerdo con el Plan Único de Desarrollo Económico-Social, en cuya elaboración y ejecución participan activa y concientemente los trabajadores de todas las ramas de la economía y de las

²⁷ MILIBAND Ralph, *El estado en la sociedad capitalista*, Ed. Siglo XXI editores, México, 1.988, Primera edición 1969, pág. 20.

²⁸ JOHNSON E. L., *El sistema jurídico Soviético*, Ediciones península, Barcelona, España, 1974, pág. 96.

²⁹ JOHNSON E. L., *El sistema jurídico Soviético*, Ediciones península, Barcelona, España, 1974, pág. 98.

demás esferas de la vida social”. Como se infiere de su contenido el “Poder de Policía” del Estado, en el sistema comunista., es ejercido en su máxima expresión para la consecución de sus fines ideológicos más allá de negar paralelamente al propio Estado y al Derecho.³⁰

En una llamativa investigación, Oromi Escalada demuestra que el fuerte intervencionismo estatal en la esfera de la acción de los individuos impera en el Estado moderno más allá de la idea política que le dé base cuando observa, luego de transcribir las medidas de acción económicas que proponía Engels en su manifiesto comunista que “todas estas medidas recomendadas por el comunismo han sido aplicadas en la Argentina”³¹. Es decir, en un Estado organizado bajo la concepción capitalista.

De retorno a esta última idea de formación del Estado se coincide al precisar que a partir de la crisis de los años 1930 se buscan soluciones intervencionistas para recomponer la desestabilización de los mercados. Pero, según García Cotarelo “el modelo final que quedaría a partir de 1.945 y se consolidaría en el decenio del 1950, llegando a su plenitud en el de 1960, fue el del Estado intervencionista, que regula el mercado por los más diversos motivos: evitación de la crisis, legislación antimonopolista, controles de precios, políticas de salarios, inversiones, ampliación de la base fiscal, etc.”³².

En el Estado intervencionista que también se lo conoce con la denominación del “Estado de bienestar” o “Estado social” o “Welfare State”, la ley desarrolla un protagonismo especial en su formación y consolidación al punto de ser considerada por Reich un “instrumento de cambio”³³. En igual sentido se pronuncia Preuss quien explica que “si consideramos el desarrollo legal de los dos siglos últimos y distinguimos entre el primer periodo de “derecho liberador” –el derecho que constituyó la autonomía privada de la voluntad de los individuos y que liberó la dinámica capitalista del mercado- y el segundo periodo de “derecho

³⁰ En igual sentido los arts. 1º a 12º de la Constitución de 1.936 de la U.R.S.S., transcripta en libro *Legislación Soviética Moderna*, Ed. Unión tipográfica editorial hispano – americana, México, 1947, pág.3.

³¹ OROMI ESCALADA, Miguel de, *La reforma del Estado según la constitución nacional*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1982, pág. 34.

³² GARCIA CORATELO, Ramón, “Crisis y reformulación de Estado del bienestar” en libro *Derecho y Economía en el estado social*, Ed Tecnos, Madrid, España, 1988, pág. 22.

³³ REICH, Norbert, “Formas de socialización de la economía: reflexiones sobre el post-modernismo en la teoría jurídica”, en el libro cit. “Derecho y económica en el estado social”, pág. 117.

dominante y controlador” en el que la sociabilidad de los individuos y grupos se tenía que efectuar por medio de una regulación intervencionista y deliberada”³⁴.

El “Poder de Policía” como facultad del Estado para sancionar las leyes reglamentarias es utilizando como instrumento formal por las distintas ideologías políticas para diseñar, en primer lugar, la estructura y funcionamiento que poseerá el poder dentro del mismo Estado. En segundo lugar, para dictar –a través de las instituciones democráticas que poseen capacidad legisferante- las normas que establecerán los límites a la libertad y propiedad de los individuos.

Va de suyo, que los límites de la libertad no serán iguales en la democracia constitucional que en el fascismo o en el sistema comunista. De igual modo dentro del Estado capitalista no es idéntico el límite impuesto por la doctrina del “dejar pasar dejar hacer” del liberalismo clásico que en el “Estado Bienestar”. Ello también acontece con el concepto de derecho de propiedad y sus limitaciones sociales.

Por cierto, la ortodoxia formal del Derecho se pone en dificultades profundas cuando el Estado debe enfrentar situaciones crisis dado que el intervencionismo de su actuación en el problema será guiado por las doctrinas que inspiren a sus gobernantes que brevemente se han referenciado *up supra*. A partir de ello, las soluciones que proponga el Estado en ejercicio de su “poder de policía” en la emergencia deberán ser definidas en normas jurídicas, las cuales en una situación de normalidad deberían superar el test de constitucionalidad y convencionalidad, pero ello sin duda puede flexibilizarse en algunas circunstancias atendiendo a la naturaleza del peligro que acecha a uno de los elementos estructurales del Estado.

III. El “poder de policía” del Estado en las emergencias

En los párrafos precedentes se abordó el tema del “poder de policía” del Estado en épocas normales, que permiten adoptar medidas de gobiernos que canalicen las conductas de sus ciudadanos conformes a los conflictos de interés que se vayan suscitando, los cuales tendrán las vicisitudes propias de cada tema sin llegar a comprometer la estabilidad de parte o de toda la sociedad.

³⁴ PREUSS, Ulrich K., *La crisis del mercado de Estado y las economías en el Estado Social*, pág. 91.

Pero, sin embargo, la historia del Estado muestra que en innumerables oportunidades son acechados por peligros externos e internos que poner en riesgo el equilibrio socioeconómico y cultural de la población que lo integra llegando en algunas circunstancias a poner en riesgo su estructura institucional o, en algunos casos extremos, hasta su propia integridad.

Para comprender el problema y justificar normativamente las soluciones que se pueden dar en este proceso de crisis sanitaria global que esta *in fieri*, en pleno desarrollo, resulta relevante conocer cuál ha sido el pensamiento de la Corte de Justicia de la Nación porque es la interpretación señera que la sociedad dio en cada tiempo.

Antes de avanzar, se puede esbozar una breve clasificación de las emergencias por las cuales puede pasar o pasó el Estado Argentino. Así de nuestra observación y experiencia, se puede diferenciar por el origen:

- a) externa, cuando el Estado se compromete en situaciones de guerra propia o como aliado.
- b) de génesis interna, cuando la emergencia aparece dentro del marco territorial del Estado.

Estas últimas, pueden ser calificadas:

- a) de origen económico producido por el desfinanciamiento del propio Estado o de particulares³⁵; o, por situaciones que se presentan a un sector de la economía³⁶ en un determinado territorio.

- b) De origen social cuando se vislumbra la emergencia de un sector de personas en estado de vulnerabilidad³⁷ y se debe dar respuestas perentorias sosla-

³⁵ Ver: SCJN, “Cía. Azucarera Tucumana SA. c/ Estado Nacional s/ expropiación indirecta”, C. 876. XX.21/09/1989, Fallos: 312:1725. En el fallo se consideró que “cuando media una situación de emergencia la actuación del Estado encuentra apoyo en el poder de policía, cuyos objetivos se extienden a la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad y a su bienestar”. (Disidencia del Dr. Augusto César Belluscio).

³⁶ Ver: CSJN, “D’ Aste, Héctor c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado”, 1967. Fallos: 269:416. En este fallo se juzgó que “la ley 16.931 reviste carácter de emergencia y ha sido dictada en ejercicio del poder de policía que compete al Estado, a fin de prevenir graves situaciones de orden económico, con repercusión en el patrimonio de las Cajas, impedidas de cumplir sus obligaciones respecto de vastos sectores de la comunidad”.

³⁷ Ver: CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación C/ Estado Nacional y Otro S/ Proceso de Conocimiento”, D. 587. XLIII. ORI18/09/2007, Fallos: 330:4134. En este fallo se expresó que “La gravedad y urgencia de los hechos atribuidos a la inacción del Estado Nacional y provincial -vinculados a la situación de emergencia extrema de los habitantes pertenecientes a la etnia Toba- exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado

yando hasta decisiones presupuestadas en las normas o, por cuestiones contractuales, como es el arrendamiento de vivienda³⁸, etc.

Esta brevísima clasificación tiene la intención de llamar la atención que la actual crisis sanitaria global provocada por un virus que tuvo su origen en un país asiático situado a muchos kilómetros de distancia, no tiene precedente y resulta de difícil prevención y curación por el desconocimiento científico actual de las características que la identifican y cuál es su vulnerabilidad para combatirla.

La característica principal de la emergencia es que es sanitaria proveniente del exterior del país que impone a la autoridad gubernamental que tiene el ejercicio del poder de policía a adoptar decisiones que pueden vulnerar derechos de los particulares consagrados en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos, justamente para salvaguardar derechos liminares de los integrantes de la propia sociedad como es la salud y la vida. Este es el dilema, la disyuntiva, la opción a definir que tienen los detentadores del poder.

Por ello, más allá de pensar *a priori* que la vida de los hombres y la subsistencia de la raza humana es el bien prioritario a tutelar y que las medidas que

a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional, más allá de la decisión que pueda recaer en el momento que se expida sobre su competencia para entender en el caso por vía de la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional". También se dijo que "Corresponde que la Corte Suprema, como custodio de las garantías constitucionales, ante la gravedad y urgencia de los hechos atribuidos a la inacción del Estado Nacional y provincial -vinculados a la situación de emergencia extrema de los habitantes pertenecientes a la etnia Toba- requiera a las demandadas las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito y disponga la comparecencia de las partes a una audiencia".

³⁸ Ver: CSJN, "Nadur Amar c/ Borelli, Francisco", 1959, Fallos: 243:449. En este pronunciamiento se ponderó que "siendo indiscutible que subsiste en el país el estado de emergencia en materia de locaciones, de suerte que no aparece posible volver súbita y totalmente al régimen ordinario del Código Civil, y dadas las circunstancias en que la ley 14.438 y las que la prorrogan (14.556 y 14.775) fueron dictadas -después de un período revolucionario y en un momento caracterizado por numerosos y complejos problemas económicos y sociales, es razonable que el Congreso dispusiera de un tiempo prudente "para realizar el estudio exhaustivo y serio que el problema (de las locaciones) merece" y que suspendiera, también, durante él, la iniciación o la prosecución de juicios que podrían después quedar sin eficacia en virtud de la nueva legislación" (Voto del Doctor Alfredo Orgaz).

con ese fin se tomen tienen justificación en la propia naturaleza de la agresión, es importante porque vivimos en un estado democrático conocer cuál fue en líneas generales el pensamiento de la doctrina judicial emitido por la Corte de Justicia de la Nación.

3.1. Fundamentos para dictar la normativa de emergencia

El derecho judicial argentino, reconoce una larga trayectoria en el tratamiento de situaciones de emergencia que reconoce, en la época contemporánea, con un fallo dictado en el año 1945 como consecuencia de la declaración de guerra contra Alemania y Japón (Decreto PEN N° 6945/45). Como se colige, una situación de guerra como esa y la vivida en el año 1978 y 1982, es de extrema gravedad que pone en juego la subsistencia misma del Estado.

En función de esa enseñanza primera, se fueron dando distintos pronunciamientos en los cuales se procuraba definir el fundamento o la *ratio legi*, para la declaración de la emergencia y a partir de ello, adoptar las medidas conducentes para paliar la misma.

Así, la Corte Federal dijo que “en tiempos de grave trastorno económico social, el mayor peligro que se cierne sobre la seguridad jurídica no es el comparativamente pequeño que deriva de una transitoria postergación de las más estrictas formas legales, sino el que sobrevendría si se las mantuviera con absoluta rigidez, por cuanto ellas, que han sido pensadas para épocas de normalidad y sosiego suelen adolecer de patética ineficacia frente a la crisis. En un estado de emergencia lo que el derecho premiosamente exige es que, respecto de las limitaciones constitucionales, se ponga fin a ese estado, cuya prolongación representa, en sí misma, el mayor atentado contra la seguridad jurídico”³⁹.

Ello por cuanto, “si bien, en rigor, la emergencia no crea poderes inexistentes, ni disminuye las restricciones impuestas a los atribuidos anteriormente, permite encontrar una razón para ejercer aquellos existentes de modo tal que, ante acontecimientos extraordinarios, el ejercicio del poder de policía atribuido constitucionalmente al Congreso permita satisfacer las necesidades de una comunidad hondamente perturbada y que, en caso de no ser atendidas, comprometerían la

³⁹ CSJN, “Nadur Amar c/ Borelli, Francisco”, 1959, Fallos: 243:449. (Voto de los Doctores Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte). En el mismo sentido: “Videla Cuello, Marcelo suc. de c/ La Rioja, Prov. de s/ daños y perjuicios”, V. 61. XX.27/12/1990, Fallos: 313:1638. (Voto de los Dres. Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra)

paz social y el interés general cuya custodia constituye uno de los fines esenciales del Estado moderno⁴⁰.

Todo ello, porque reconoce que “como principio, el Congreso está facultado por el art. 67, inc. 28 de la Constitución Nacional para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes atribuidos al Gobierno de la Nación. En correspondencia con los fines enunciados en el Preámbulo de la Constitución, el Congreso cuenta con las facultades constitucionales necesarias para satisfacer los requerimientos de la sociedad, poner fin a los estados de emergencia y conjurar cuanto ponga en peligro la subsistencia del Estado⁴¹.”

En otras palabras, “cuando se configura una situación de grave perturbación económica, social o política que representa máximo peligro para el país, el Estado democrático tiene la potestad y aun el imperioso deber de poner en vigencia un derecho excepcional o sea un conjunto de remedios extraordinarios destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político de la Constitución requiere⁴².” Es decir, “cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos. No se trata de reconocer grados de omnipotencia al legislador ni de excluirlo del control de constitucionalidad, sino de no privar al Estado de las medidas de gobierno que considere útiles para llevar un alivio a la comunidad⁴³.”

⁴⁰ CSJN, “Videla Cuello, Marcelo suc. de c/ La Rioja, Prov. de s/ daños y perjuicios”, V. 61. XX.27/12/1990, Fallos: 313:1638. (Voto del Dr. Augusto César Belluscio).

⁴¹ CSJN, “Videla Cuello, Marcelo suc. de c/ La Rioja, Prov. de s/ daños y perjuicios”, V. 61. XX.27/12/1990, Fallos: 313:1638. (Voto de los doctores. Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra)

⁴² CSJN, “Videla Cuello, Marcelo suc. de c/ La Rioja, Prov. de s/ daños y perjuicios”, V. 61. XX.27/12/1990, Fallos: 313:1638.

⁴³ CSJN, “Avalos Hugo Mariano C/ Czumadewski Alejandro S/ Ejecución De Sentencia-Incidente Civil”, A. 1125. XL. REX11/07/2007, Fallos: 330:2981, –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

3.2. Se reconoce la existencia de un “poder de policía” de emergencia

Como se expresó precedentemente, en la primera parte, se había dado tratamiento al tema del poder de policía del Estado en un marco de normalidad socio-económica, pero sin duda que las situaciones de emergencia ameritan para paliar la situación la aceptación de un “poder de policía” especial, con otras atribuciones de carácter extraordinarias y temporales.

Ello, fue reconocido por la Corte de Justicia cuando precisó que “la doctrina exageradamente individualista mediante la cual se entendió el ejercicio de los derechos individuales prescindiéndose de los principios que regulan la interdependencia social, ha sido encauzada por el poder de policía que la Constitución, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido como existente entre los poderes implícitos, con el fin de que el Estado disponga de una fuerza de coerción y contención bastante para que, dentro del orden público argentino basamentado sobre el concepto de libertad jurídica, sean salvaguardados aquellos principios, entre ellos el bienestar económico y el justo equilibrio entre la producción, industrialización y distribución, todo en defensa de la solidaridad social y la grandeza de la Nación. Para que no pueda discutirse si la solidaridad social sólo admite el ejercicio del poder de policía en casos de exclusiva emergencia o si autoriza a legislar en forma permanente y no pueda declararse por los jueces la invalidez de normas como la impugnada en el caso de autos, la reforma constitucional de 1949 ha establecido las garantías económicas junto a las de carácter individual político”⁴⁴

En otros términos, “la Corte Suprema ha aceptado una noción amplia y plena del poder de policía, entre cuyas manifestaciones está incluida la policía de emergencia. Ella supone una situación de emergencia, es decir la existencia de una crisis o bien de un grave trastorno social originado por acontecimientos físicos, políticos, económicos, etc. Ante la imperiosa necesidad de afrontar los daños o riesgos creados por esa situación de emergencia y borrar o mitigar sus efectos, la potestad reglamentaria del Congreso, a que se refiere el art. 14 de la Constitución Nacional, se hace más amplia y profunda y, por lógica derivación, da origen a una mayor injerencia del Estado en el régimen de los derechos humanos”⁴⁵.

⁴⁴ CSJN, “Corporación Industrial de Productores Oleaginosas Cipo S.A. C Nación”, 1953, Fallos: 226:453.

⁴⁵ CSJN, “Russo, Ángel, y otra c/ C. de Delle Donne, E.”, 1959, Fallos: 243:467. (Voto de los doctores Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte).

En síntesis, existe un poder de Policía del Estado de emergencia, para enfrentar las crisis cuando exista una situación extraordinaria de cualquier tipo que ponga en peligro cualquier elemento componente de la estructura del Estado.

3.3. *Modo de interpretar los hechos de la crisis*

En el caso Merk Química Argentina, la Corte Suprema dejó un claro concepto de cómo debe ser la interpretación de la norma en general. En ese fallo expresó que “la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera o no enfrentaba peligros de efectos catastróficos; regla de hermenéutica a la que no escapa la Constitución Argentina y que no implica destruir las bases del orden interno preestablecido, sino defender la Constitución en el plano superior de su perdurabilidad y de la del Estado para cuyo gobierno pacífico ha sido instituída”⁴⁶.

Completó la idea sentenciando que “tratándose de disposiciones que –como los incs. 21, 22 y 23 del art. 67 de la Constitución Nacional y los incs. 15, 16, 17 y 18 del art. 86 han sido trasladados casi al pie de la letra o por lo menos con identidad de propósitos, de análogas normas de la constitución de los Estados Unidos de América, no sería prudente subestimar los valiosos elementos de interpretación y aplicación que allí sirvieron para aquilatar el alcance de dichos preceptos, con mayor razón frente al silencio de las actas del Congreso General Constituyente de 1853, al laconismo de los textos constitucionales y a la inadecuada jurisprudencia federal argentina. A ello se agrega, con respecto a los poderes de guerra, que las sucesivas contiendas en que estuvo envuelto dicho país le han permitido elaborar una doctrina adaptable a las naciones americanas que en esa parte siguieron casi exclusivamente aquel modelo y que, en ausencia de una doctrina estable condicionada a las necesidades de la guerra moderna, en-

⁴⁶ CSJN, Merk Química Argentina S.A., 1945, Fallos: 203:72. En este fallo se precisó: “Los decretos 6945/45, que declaró el estado de guerra con Alemania y Japón, 7032/45 y 11.599/46, referentes al régimen de la propiedad enemiga, son constitucionalmente válidos y constituyen, lo mismo que los tratados internacionales ratificados como aquéllos y relativos al mismo asunto, ley suprema de la Nación a tenor de lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución”.

cuentran en aquellos antecedentes una guía inapreciable para resolver sus propios y casi novedosos problemas bélicos⁴⁷.

Por ello, posteriormente aseveró que “en situaciones de emergencia, la Constitución Nacional debe ser interpretada de modo tal que no trabe el eficaz y justo desempeño de los poderes atribuidos a los órganos del Estado al efecto del cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad en su conjunto⁴⁸”.

3.4. Finalidad de la declaración del estado de emergencia

En cuanto a la finalidad de la declaración del estado de emergencia, dijo que “la legislación de emergencia responde al intento de conjurar o atenuar los efectos de situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza, y constituye la expresión jurídica de un estado de necesidad generalizado, cuya existencia y gravedad corresponde apreciar al legislador sin que los órganos judiciales puedan revisar su decisión ni la oportunidad de las medidas que escoja para remediar aquellas circunstancias, siempre que los medios arbitrados resulten razonables y no respondan a móviles discriminatorios o de persecución contra grupos o individuos⁴⁹”.

3.5. Características que debe tener la emergencia

Uno de los puntos centrales a tener en cuenta es la característica que debe tener la situación de emergencia para ser válidamente clasificada como tal, por cuanto si así no fuere, existiría un abuso legislativo que puede traer severas consecuencias.

Al respecto se coincidió que “para que la sanción de una ley de emergencia esté justificada es necesario:

1) que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad;

⁴⁷ CSJN, Merk Química Argentina S.A., 1945, Fallos: 203:72.

⁴⁸ CSJN, “Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca “Las Pavas” s/ expropiación”, S 591 XXV05/04/1995, Fallos: 318:445. (Disidencia del doctor Carlos S. Fayt)

⁴⁹ CSJN, “Bankboston N.A. C/ Jane Javier Esteban S/ Ejecución Hipotecaria”, B. 1888. XLI. REX10/11/2009, Fallos: 332:2468.

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 moratoria 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 hicieron necesaria la moratoria⁵⁰.

La claridad conceptual de la enumeración de los requisitos para la validez de la declaración de emergencia, eximen de otros comentarios.

3.6. Facultades que puede ejercer el Estado en para morigerar el estado de emergencia

La Corte de Justicia, de igual modo, se preocupó en sus pronunciamientos respecto del modo como se debían ejercer las facultades extraordinarias que deben tener la finalidad de eliminar la situación excepcional.

Al respecto, sentenció que “el Estado puede reglamentar el ejercicio de las industrias y actividades de los particulares en cuanto lo requieran la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral, el bienestar general y aún el interés económico de la comunidad, en la medida que resulte de la necesidad de respetar su substancia y de adecuar las restricciones que se impongan a los fines públicos que las justifican, de manera que no aparezcan como infundadas o arbitrarias sino que sean razonables, es decir, proporcionadas a las circunstancias que las originan y a los fines que se procura alcanzar con ellas; facultad que en los momentos excepcionales de perturbación social y económico o en otras situaciones semejantes de emergencia y urgencia en atender la solución de los problemas que crean, puede ser más enérgicamente ejercida que en los períodos de sosiego

⁵⁰ CSJN, “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo”, P. 137. XXIII.27/12/1990, Fallos: 313:1513. En el mismo sentido: “Videla Cuello, Marcelo suc. de c/ La Rioja, Prov. de s/ daños y perjuicios”, V. 61. XX.27/12/1990, Fallos: 313:1638, (voto doctores Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra), “Tisera, Horacio Fernando c/ Banco Central de la República Argentina s/ amparo”, T 51 XXIII30/05/1996, Fallos: 319:925, “Banco de Galicia y Buenos Aires S/ Solicita Intervención urgente En autos: “Smith, Carlos Antonio C/ Poder Ejecutivo Nacional O Estado Nacional S/ Sumarísimo”, B. 32. XXXVIII. PVA01/02/2002, Fallos: 325:28; “Colina, René Roberto - Yapura, Sergio Daniel - Vargas, César Eduardo y otros c/ Estado Nacional”, C. 2530 XXXIX.02/12/2004, Fallos: 327:5318, (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Augusto César Belluscio) –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió el voto-, entre otros pronunciamientos similares.

y normalidad, con tal que se trate de medidas razonables, justas y de carácter transitorio como la emergencia cuyos efectos están destinados a atemperar⁵¹.

Con relación al estado de sitio, considero que “es un arma de defensa extraordinaria que la Constitución ha puesto en manos de los poderes políticos de la Nación para que en épocas también extraordinarias puedan defenderse de los peligros que la amenazan tanto a ella como a los poderes que crea. Consiste en una legislación especial establecida en tiempos de paz para ser aplicada en los momentos de conmociones políticas y sociales o de ataque exterior como medio de asegurar el orden y la disciplina colectiva en resguardo del imperio de la Constitución y con ella el de la libertad y de las garantías individuales. Ello determina la necesidad de dar carácter excluyente al juicio del Poder Legislativo, o del Ejecutivo en su caso, respecto del grado real de riesgo que importen las situaciones de emergencia que determinen tal declaración⁵².”

Por su parte, en varios fallos se coincide en expresar que “en momentos de perturbación social y económica, y en otras situaciones semejantes de emergencia y ante la urgencia en atender a la solución de los problemas que crean, es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad⁵³.”

En palabras de cierre del apartado, “el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, siempre que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución, pues no debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado, toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios⁵⁴.”

⁵¹ CSJN, “Vicente Martini e hijos S.R.L.”, 1944, Fallos: 200:450. En igual sentido: “Cacace, Josefa Erminda c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ accidente - ley 9688”, C 572 XXVII19/10/1995, Fallos: 318:1887.

⁵² CSJN, “Granada, Jorge Horacio. Rodríguez, Horacio Daniel”, 1985, Fallos: 307:2284.

⁵³ CSJN, “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo”, pág. 137. XXIII.27/12/1990, Fallos: 313:1513. En idéntico sentido: “Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ empleo público”, G 304 XXXIII02/06/2000, Fallos: 323:1566; “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional”, S. 173. XXXVIII.05/03/2003, Fallos: 326:417; “Bustos, Alberto Roque y otros c/ E.N. y otros s/ amparo”, B. 139. XXXIX.26/10/2004, Fallos: 327:4495 (Voto de la doctora Elena I. Highton de Nolasco), entre otros pronunciamientos.

⁵⁴ CSJN, “Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN -ley 25.561- dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561”, G. 2181. XXXIX.05/04/2005, Fallos: 328:690. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

3.7. Razonabilidad de las soluciones

En función de ser una facultad extraordinaria y temporal que se le concede al Estado cuando se declara la emergencia, en varios proloquios se ha tenido cuidado de destacar el principio de razonabilidad que debe imperar tanto para el dictado de la medida, como para la ejecución de sus soluciones.

Así, se dijo que “la restricción al ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, 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”⁵⁵.

3.8. Límites a la normativa de emergencia

Como regla elemental las facultades excepcionales siempre deben ser temporales y razonables, pues de otro modo, pueden perder su esencia y agredir los cimientos del Estado democrático.

Ello fue tenido muy en cuenta en los pronunciamientos por la Corte Federal. En esa dirección proclamó que “las leyes de emergencia no pueden escapar a las garantías y normas señaladas por la Constitución Nacional y provincial, ni suprimir o alterar en favor del Estado las reglas creadas por la doctrina y la jurisprudencia para la interpretación de las leyes cuando de la aplicación de éstas surgen conflictos con los derechos de los particulares”⁵⁶.

Con idéntico razonamiento se aseveró que “si bien la Ley N° 12.830 es una ley de emergencia, fundada en el poder de policía del Estado, ello no significa que la propiedad no esté garantizada en los supuestos de expropiación por los principios fundamentales que la tutelan y exigen para la privación de la misma una justa indemnización. La emergencia está sujeta en un estado de derecho a los mismos principios que amparan la propiedad en épocas normales”⁵⁷.

⁵⁵ CSJN, “Videla Cuello, Marcelo suc. de c/ La Rioja, Prov. de s/ daños y perjuicios”, V. 61. XX.27/12/1990, Fallos: 313:1638. (Voto de los doctores Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra)

⁵⁶ CSJN, “Compañía Azucarera de Tucumana c/ Provincia de Tucumán”, 1927, Fallos: 150:150.

⁵⁷ CSJN, “Nación c/ Lausen, Valdemar Düring”, 1957, Fallos: 237:38. En similar sentido

La idea la reiteró cuando ponderó que “si bien la declaración del estado de sitio por las causales del art. 23 de la Constitución Nacional es irrevisable por los jueces en cuanto cuestión política en que el juicio prudencial del Congreso y del Ejecutivo es necesario y final para implementar los objetivos de la Ley Fundamental, sí está sujeta al control jurisdiccional la aplicación concreta de esos poderes de excepción del Presidente sobre las libertades constitucionales, control que lejos de retrotraerse en la emergencia debe desarrollarse hasta donde convergen sus competencias y los valores de la sociedad argentina confiados a su custodia”⁵⁸.

Es decir, “en situaciones de grave perturbación económica, social o política el Estado puede valerse, lícitamente, de todos los medios que le permitan combatirlas con éxito y vencerlas. Sus poderes no son ilimitados y han de ser utilizados, siempre, dentro del marco del art. 28 de la Constitución y bajo el control de jueces independientes, quienes, ante el riesgo al menos teórico de extralimitación de los órganos políticos de gobierno, tienen que desempeñar con cuidadoso empeño su función de custodios de la libertad de las personas”⁵⁹.

Con un criterio con mayor amplitud se consideró que “no debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado, toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios. (...) “el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin”⁶⁰.

en “Muñiz Barreto de Alzaga, Juana Magdalena y otros c/ Destefanis, Antonio”, 1968, Fallos: 270:374, se dijo que “si bien la Corte Suprema ha aceptado un criterio amplio respecto del poder de policía del Estado cuando median circunstancias excepcionales y transitorias que configuran la emergencia, ello no autoriza el ejercicio por el gobierno de poderes que la Constitución no le acuerda”.

⁵⁸ CSJN, “Zamorano, Carlos Mariano”, 1977, Fallos: 298:441. En sentido similar: CSJN, “Canovi, Ricardo Alberto”, 1970, Fallos: 278:337. (voto Dres. Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas); “Moya, Benito Alberto”, 1981, Fallos: 303:696; “Gordillo Arroyo, Silvia Juana”, 1981, Fallos: 303:397; “Marino, Celia Adriana”, 1982, Fallos: 304:1027; “Puccio, Carlos Ernesto”, 1982, Fallos: 304:1210; “Solari Yrigoyen, Hipólito”, 1983, Fallos: 305:269, entre otros.

⁵⁹ CSJN, “Videla Cuello, Marcelo suc. de c/ La Rioja, Prov. de s/ daños y perjuicios”, V. 61. XX.27/12/1990, Fallos: 313:1638.

⁶⁰ CSJN, “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.)

IV. A modo de simples y transitorias reflexiones

La gravedad de la crisis sanitaria global que ha invadido nuestro territorio, para los hombres que hemos hecho de la Ciencias Jurídicas nuestra profesión y estilo de vida, nos induce a la necesidad de reflexionar sobre temas que, si bien tienen un alto grado de juridicidad, deben ser tratado no con la óptica formal y de exquisita semántica de los gabinetes, sino con los ojos mirando a la realidad que muestra a una sociedad vulnerable ante cualquier agresión general a su salud o a su escaso patrimonio, nacido de las ideologías de la exclusión social pregonadas para salvar algún porcentaje del todo.

Ante ello, el Estado no puede permanecer impasible, dejando hacer y dejando pasar, sino por el contrario, con una conceptualización humanista debe intervenir en la situación de emergencia con la energía necesaria que las circunstancias requieran para un *statu quo* en el mal menor, en el menor daño posible a la sociedad.

La razonabilidad de las medidas que adopte tiene un parámetro muy simple y está vinculado a la gravedad de la agresión sanitaria que padecemos. A mayor peligro irreversible para la sociedad y el Estado más enérgicas deben ser las medidas que se adopten en la emergencia, tal cual lo ha pregonado la doctrina judicial. Y, para ello, existe, es una facultad de quienes detentan el poder real para gobernar, el “poder de policía” excepcional para la emergencia.

Primero hay que morigerar la pandemia a su mínima expresión y luego preocuparse por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, que señalan, sin lugar a hesitación, que antes que ellos esta, el ser humano reclamando atención y tutela.

s/ amparo”, pág. 137. XXIII.27/12/1990, Fallos: 313:1513.

Aproximaciones a las cuestiones de Responsabilidad por Contagio en la época del COVID-19

DRA. LIDIA M. ROSA GARRIDO CORDOBERA*

I. Complejidad y ubicación del tema

El derecho a la salud como derecho constitucional y humano, con apoyatura en los pactos Internacionales se conjuga con el derecho a no ser dañado reconocido muchas veces por nuestra Corte Suprema desde Santa Coloma¹ y hoy explícitamente en el Código Civil y Comercial.

La situación particular que analizaremos de contagio o posibilidad de contagio del Covid 19 nos enfrenta no solo a las medidas de prevención de daño desde el derecho común sino a las facultades legítimas del Poder de Policía del Estado al requerirse un aislamiento social decretado en virtud de la necesidad de evitar o bajar los niveles de contagio y de adecuar el servicio asistencial a ser prestado por un servicio de salud tanto privado como público.

Desde el 20 de marzo del 2020 rige en Argentina el Decreto N° 297 que regula el "Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio" que en 14 artículos establece las restricciones que implican las de transitar y de acudir a los trabajos salvo las excepciones previstas en diferentes incisos y normativa aplicable.

En este tema se entrecruzan entonces cuestiones médicas, técnicas, sociales y jurídicas que necesariamente influyen en la solución que se sostenga frente al daño producido o a producirse².

* Titular de Contratos Civiles y Comerciales de la Universidad de Buenos Aires Privado, Prof. del Doctorado Intensivo de la Universidad de Buenos Aires, Prof. de Doctorado Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales. lgarrido@derecho.uba.ar

¹ CSJN 05-08-1986 - Fallos 308:1160 – Cita Lejister: IJ-XXI-690.

² Garrido Cordobera, Lidia MR, Los daños colectivos, Ed Javeriana

II. El ámbito que nos era conocido y lo no tanto

Básicamente solíamos hacer referencia a ciertas enfermedades como las enfermedades infectocontagiosas trasmisibles, a saber SIDA, Chagas, Hepatitis (C), brucelosis y según Seuba Torreblanca, encefalopatía espongiiforme (Vaca Loca) y a las Infecciones hospitalarias o intrahospitalarias, y si tenemos en cuenta las personas susceptibles de ser dañadas tendremos al sujeto que se daña, la familia o allegados que están en contacto, personal del cuerpo de la salud, a los pacientes y hoy frente a la situación de pandemia a la comunidad toda.

Decíamos que nadie concurre a un centro asistencial o se somete a una práctica médica consistiendo o asumiendo riesgos que no son los propios del acto médico o del tratamiento al que se somete. Hoy en estado de pandemia la pregunta es si frente a la necesidad de una intervención quirúrgica o por ejemplo de concurrir a enyesarme y salgo contagiado asumo la posibilidad de contagio, considero que no. Existe una obligación de seguridad y si bien el virus es en teoría un caso fortuito o reviste la característica de inevitable (pero previsible) no configuraría un casus extraño a la actividad.

Nuestro núcleo seguirá estando compuesto por daños personales a la salud y a la vida, que pueden tener la característica de ser permanentes o temporales y se pueden manifestar en daños patrimoniales bajo los rubros de los daños emergentes y el lucro cesante como así también en algunos supuestos cabría la indemnización por pérdida de la chance, pero ya adelantamos que deberá resolverse caso a caso por la situación de excepción y el carácter de Caso Fortuito Natural que presenta esta enfermedad

Un rubro sin ninguna duda muy importante es el de los daños extrapatrimoniales³ que revisten una entidad propia, ya que nadie puede negar la situación de impacto emocional que se suscita con estos casos en las víctimas y en sus allegados, el temor al estar contagiados o al devenir del proceso que conlleva la infección.

Hemos sostenido muchas veces que los daños generalmente son individuales, pero también podrían ser masivos o colectivos⁴ cuando se afecta a la comu-

³ Pizarro Ramón Daniel, Daño moral, Ed. Hammurabi.

Cornet Manuel, Vigencia y caracterización del daño extrapatrimonial en el derecho contemporáneo, en Tendencias de la responsabilidad civil en el SXXI, Ed. Javeriana.

⁴ Garrido Cordobera, Lidia MR, Daño ambiental individual y colectivo, LL 5 y 6 de enero 2007.

nidad, a una clase de sujetos, por ejemplo, a los inmune deprimidos, veremos situaciones que frente a esta pandemia se generalizan y tienen como cara vulnerable a los mayores de 60 o a aquellos que tienen una afección preexistente⁵. Por ello sostenemos que se configura un daño colectivo o un daño de incidencia colectiva a la par de un daño individual.

En materia de causalidad suele plantearse la cuestión de saber si en la infección tuvo algo que ver el estado patológico del enfermo y si ello implica ruptura de la relación de causalidad o al menos tiene el carácter de concausa⁶. Creemos que frente a la pandemia muchas veces es más una excusa que una verdadera razón jurídica de exclusión.

Hemos llamado la atención en varios trabajos sobre la aplicación del principio precautorio en muchos países el siglo pasado en materia de transfusiones frente a la encefalopatía espongiforme, pero en caso de Covid 19 se está pidiendo expresamente que los que se hayan sanado donen sangre para poder con sus antígenos tratar de avanzar en la vacuna, si me pregunto sobre los dadores comunes y el periodo ventana de este virus⁷.

Recordemos que el HIV⁸ fue el tercer retrovirus linfotrópico humano descubierto⁹, es un virus de inmunodeficiencia humano que ataca a los linfocitos T permitiendo la aparición de enfermedades oportunistas, la definición de SIDA

⁵ Seuba Torreblanca Joan, Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas Públicas, Ed. Civitas.

⁶ La situación de paciente debe constar en la historia clínica.

⁷ Actualmente se sabe que la sangre presenta riesgo de posibles contagios de algunas enfermedades y la seguridad de la sangre y de los hemoderivados viene garantizada por una pluralidad de sujetos que asumiendo diferentes funciones se encuentran involucrados en lo que denominamos "cadena transfusional".

La Encefalopatía espongiforme conocida como el virus de la vaca loca, es una enfermedad degenerativa causada por un prion que provoca demencia progresiva y disfunciones neuromusculares.

En la variante que nos interesa nvcJD anunciada en marzo de 1996 por el Ministerio de Salud Británico, al no existir consenso sobre la transmisión por sangre y hemoderivados hay países que han utilizado medidas de precaución, se enrolan en esta línea Gran Bretaña, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Irlanda, Francia, Alemania.

⁸ Kemelmajer de Carlucci, El sida en la jurisprudencia, Academia Nacional de Derecho 1999.

⁹ La atribución del descubrimiento del HIV y por ende de las patentes no fue pacífica y concluye con un acuerdo firmado en la Casa banca frente a los presidentes Regan y Chirac. Los involucrados eran Gallo y su equipo de Maryland y Montagnier y el Inst Pasteur.

como enfermedad ha ido variando¹⁰ teniendo un criterio clínico y uno de laboratorio para su diagnóstico. Estamos frente a un agente infeccioso que desarrolla su actividad parasitaria en las células que contagia, no tiene vida independiente. Recordemos los test de detección que permiten acortar los tiempos del período ventana. En el supuesto del virus Covid 19 también los muertos en definitiva lo son por una enfermedad oportunista que en este caso se vincula a los pulmones, por eso la necesidad de asistencia mecánico-respiratoria para los casos graves, pero presenta una capacidad de propagación y de reproducción aun mayor lo cual en caso de personas infectadas asintomáticas triplica el riesgo de propagación.

Esto último y la defensa de la Salud Pública convalida el rol del Estado en materia de Prevención de Daños en virtud del Poder de Policía dictando los Decretos de Necesidad para enfrentar la crisis sanitaria en Argentina con restricción a las libertades individuales.

Veremos que podemos encontrarnos en la situación de pluralidad de agentes intervinientes, responsabilidad anónima, responsabilidad grupal y también a posteriori la responsabilidad del Estado en virtud del Poder de Policía como así también la responsabilidad directa e individual de un agente como autor de daño de contagio o propagación por culpa o dolo eventual y hasta no debemos descartar dolo directo.

No olvidemos lo dicho de la responsabilidad del ente asistencial es generalmente objetiva¹¹ y deberemos volver a reflexionar si podrá eximirse demostrando una causa ajena, caso fortuito o fuerza mayor.

III. La Pandemia y la globalización

El Covid 19 conocido vulgarmente como coronavirus ha sido declarado finalmente como Pandemia, considerándose de este modo como un flagelo a enfrentar por todos los países.

Con la globalización y entre otras características la de acortar las distancias mediante los vuelos, los cambios la sociedad hemos impactado al ambiente, pero

¹⁰ Seuba Torreblanca Joan, Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas Públicas Ed. Civitas.

¹¹ Bustamante Alsina Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Ed. Abeledo Perrot.

no solo a la naturaleza sino a nosotros, se produjo un cambio social, se influyó en la política y hasta en el paradigma sanitario. Surge así el concepto de Global Health, que podríamos traducir como “salud y globalización” o la nueva Salud Pública.

Decía Ragazzoni que la globalización como destino humano tecnológico acentuará la interdependencia de los Estados y de los individuos y tendrá impensadas repercusiones en la salud poblacional y en la política dirigida a ello¹².

Las razones para tener una actitud proactiva es por un lado moral ya que Nadie puede ignorar las desigualdades en salud y el sufrimiento de otros seres humanos, de orden práctico ya que los problemas ambientales, los efectos de las migraciones, las regulaciones internacionales, las reglas del mercado y la economía, reclaman acciones coordinadas y de cooperación internacional y la estratégica la cual define el estatus moral de un país, sus gobernantes y de otros actores de poder, como también de sus habitantes.

Ciertas pandemias han amenazado hace décadas al mundo, el Sida, la malaria, la gripe, el dengue y ahora el Covid 19. La Gripe (influenza) es una enfermedad infecciosa aguda causada por los virus influenza A, B, o C, muy contagiosa, en los inviernos afecta anualmente a un quinto de la población mundial. El virus A presenta dos subtipos en humanos (H1N1 y H3N2). Son virus de alta transmisibilidad, que durante las epidemias pueden afectar al 10 o al 20 % de la población y ocasionar la muerte por neumonía y otras complicaciones.

En 1997, la cepa A/H5N1 comenzó a pasar de aves a humanos, la primera epidemia ocurrió en China y en Hong Kong A mediados de 2003 el virus comenzó a circular ampliamente en la población de aves de corral del Sudeste Asiática y La Organización Mundial de la Salud (OMS) alertó en 2009 sobre centenares de casos humanos en México y los Estados Unidos, con muertes, luego, la epidemia se mundializó con grados variables de letalidad.

El Covid 19 es un virus, esto significa que no tiene vida propia, sino que debe ingresar a las células que infecta vía mucosas sea ocular, nasal o bucal, fuera del cuerpo tiene una sobrevivencia que varía según el material y la temperatura ambiente sobre el que se deposita y presenta un alto índice de contagio que conlleva en los casos graves a complicaciones pulmonares y muerte y en los leves a ser portador asintomático. De repetirse lo que ocurrió en 1918, con la gripe española, las muertes podrían llegar a los 90 millones.

¹² Ragazzoni, Carlos, Salud y Conciencia Pública, pág. 16 Fundacion Guemes.

IV. El derecho Humano a la salud, la economía y el rol del estado

El concepto de bien público global (Global Public Goods) se ha convertido en una piedra angular de la visión contemporánea de la medicina. Estos bienes públicos globales no pueden ser satisfechos adecuadamente por las fuerzas del mercado y requieren la intervención del Estado para su consecución. Dos bienes públicos globales fundamentales, relacionados con la salud, son la investigación y el desarrollo en salud y el control de enfermedades contagiosas.

Decíamos que el Estado debe respetar, proteger y realizar la salud; es un compromiso fuerte ya que salud no solo es asistencia médica ante la enfermedad, sino también mantener el estado de salud mediante la prevención, el acceso al alimento y controlar y cuidar los factores ambientales que puedan deteriorarla¹³. El Estado debería tener siempre presente que la inversión en salud mediante campañas de vacunación, de control y educación para la salud implica bajar el costo social a largo plazo, que además debe realizar actualización y compra de equipos, la capacitación del personal y la provisión adecuada de insumos. En materia de salud no hay que mirar afanes políticos coyunturales o solo cuestiones económicas, lo decimos pues que el colectivo “enfermos” generalmente no vota y el de los “niños” tampoco, pero estos últimos de sobrevivir serán los ciudadanos del mañana y las carencias o efectos colaterales que presenten harán sin duda su impacto en el sistema de salud, además de considerar que es esencial el respeto a la dignidad del ser humano sea este anciano o niño, ya que jamás debe ser tomado como una unidad de medida puramente económica sino el eje y razón de ser de todo el sistema.

No es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente jurídicos, sino que es necesario contar con el contenido económico, pero también con los elementos sociales ya que es imprescindible tener en cuenta los efectos que tales instituciones tendrán sobre la sociedad y sobre los individuos para preservar en este caso de la Salud Pública su rol social y no solamente su faz individual.

El rol del análisis económico del Derecho juega en el área de prevención de daños ha de notarse en que se utilizará el criterio de la eficacia al dictar determinada regulación y se ponderarán otros criterios para lograr un efecto determinado en la sociedad sin abandonar el pilar fundamental del bien común.

¹³ Garrido Cordobera, Lidia *Virtualidades de la salud como Derecho Humano, Salud y Conciencia pública*, pág. 43 Ed. Fundacion Guemes.

Nosotros siempre hemos sido partidarios de las interrelaciones y los enfoques abarcativos siendo aplicable aquí a las gestiones o medidas de resguardo, prevención, contención establecidas por el Poder Ejecutivo mediante decretos en virtud de la emergencia que afrontamos, debiendo ser acatadas con el fin de prevenir el daño o su agravamiento en la sociedad.

Consideramos cierta la afirmación de que la institución del Estado se asienta en la creencia de que la calidad de vida bajo su organización y sus restricciones es superior a la que pueda realizarse individualmente, y que se debe tender al imperio del “estado de derecho” y a lograr el bienestar general, como lo expresa nuestra Constitución Nacional.

Marienhoff dice que “policía” sería una función o actividad administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad o salubridad pública y de la economía pública en cuanto afecte a la primera) y que “poder de policía”, en cambio, es una potestad atribuida por la Constitución Nacional al órgano legislativo a fin de que éste reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los individuos.

Por su parte, Bielsa expresa que el concepto de “poder de policía” sería el conjunto de servicios organizados por la administración pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física y aún moral de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad personal (individual y colectiva), y que “policía” significa, en su aceptación más amplia, el ejercicio del poder público sobre hombres y cosas.

En nuestro país, el contenido que se le asigna es amplísimo, de contornos difíciles de establecer, y si se suma la noción de “emergencia” para justificar la validez de su ejercicio, como a la noción de “prosperidad” aún más.

Nuestros autores siempre han enfatizado la vulnerabilidad del hombre frente a las direcciones, cada vez más sutiles, con las que el Estado despliega su “Poder de Policía”, ya que a todos nos alcanza (de seguridad, salubridad, moralidad, financiero, profesional y ecológico). López Cabana reflexionaba hace muchos años y no en este contexto sobre la posibilidad de elegir los riesgos que queremos correr con nuestras propias vidas, reaccionando contra el avance incesante del Estado; en un trabajo nosotros opinábamos que debemos evaluar quién de nosotros está en condiciones de comprender la complejidad de nuestras realidades y asumirlas y hoy debería agregar la inquietud de si al estar en

juego el interés general es válida mi asunción¹⁴. No puede dejar de señalar que toda vez que la administración debe ejercer su poder de policía en los ámbitos establecidos, y siendo su ejercicio irregular, excesivo, insuficiente, o aparece omitido, se planteara el tema de su posible responsabilidad.

En el caso de la pandemia que nos aqueja, si no cuida la cuarentena de los ingresantes vía Ezeiza o por Tierra o agua luego de establecido por decreto el aislamiento social.

V. Prevención y responsabilidad. Gastos. Los contagios

Creemos que el evitar la consolidación de los daños debe ser la guía en el actual Derecho de Daños¹⁵, y ello no debe ser meramente una declaración de principios vacía de contenidos u operatividad¹⁶.

De Cupis ya señalaba que entre los fenómenos jurídicos que se unen al daño podíamos encontrar a la prevención¹⁷ pero podemos decir que en los últimos tiempos se le ha reconocido su real importancia en el Derecho de Daños como derivación del principio *alterum non laedere*. Este autor destaca que desde el punto de vista de la víctima no puede negarse que la prevención del daño sea preferible, ya que a través del resarcimiento el daño no se elimina del mundo de los hechos, sino que se busca solo restaurar el equilibrio de intereses comprometidos.

En este terreno es sumamente importante el rol que debe cumplir el Estado en virtud del poder de policía conforme lo hemos venido sosteniendo¹⁸, sobre todo en una sociedad como la actual y frente a la crisis de la pandemia. Morello

¹⁴ Lopez Cabana, Roberto M., Responsabilidad Civil del Estado en virtud del Poder de Policía, pág. 747 en Derecho de Daños. Ed. La Rocca.

Garrido Cordobera, Lidia M R, El rol del estado en el Derecho de daños, Revista de UCES. 2005.

¹⁵ Para algunos autores no es una función propia de la responsabilidad civil pero si del derecho de daños.

¹⁶ Podemos citar en esta línea Aguiar, Enoch, Hechos y Actos jurídicos, T IV, Ed Tea, pág. 172 y ss.

¹⁷ De Cupis, Adriano, El Daño, pág. 572 y ss., Ed. Bosch.

¹⁸ Garrido Cordobera, Lidia M R, El rol del estado en el Derecho de daños, Revista de UCES. 2005.

Es importante todas las normas y reglamentaciones que el estado dicta en materia de seguridad alimentaria y de los productos.

señalaba con agudeza que el enlace interdisciplinario de lo social y lo económico con lo jurídico, necesariamente debe ensamblarse en una técnica preventiva del daño¹⁹. Sostiene entre otras ideas que hay que prevenir, impedir o hacer cesar la existencia o el acrecentamiento de perjuicios, buscando preservar siempre al dañado en su persona.

El Código Civil y Comercial, lo va a establecer expresamente como una de las funciones de la responsabilidad civil y la prevención de daños se encuentra integrada por una serie de herramientas legales orientadas a la evitación de la causación de los daños, de su agravación o a disminuir su magnitud. Se trata de impedir que los daños acontezcan, adoptándose todas las medidas que sean razonablemente necesarias para ello²⁰.

Se puede decir que la regla genérica se consagra en el art. 1710 CCC como deber la prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella, es decir, la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o de no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa. El Código Civil y Comercial en los artículos siguientes regula la acción, la legitimación y las facultades judiciales en la función preventiva.

La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes.

El art. 1711 CCC nos señala que la acción procede tanto frente a la previsibilidad de la producción de daños, como su continuación o agravamiento y originarse en una acción u omisión antijurídica.

¹⁹ Morello Augusto M, El Derecho de daños en la actual dimensión social, en Derecho de Daños T1, Ed. la Rocca, pág. 218.

²⁰ Ossola, Federico, Responsabilidad Civil, pág. 170 y ss, Ed. Abeledo- Perrot 2016.

No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir. Se reconoce legitimación sustancial para peticionar judicialmente por la prevención a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado.

Para Ossola se ha producido una notable expansión de la responsabilidad por omisión, pues se ha consagrado el deber genérico de actuar, extendiéndose a toda persona, incluyendo la víctima, y no solo a aquellas sobre las que pesa un deber jurídico específico²¹.

Apunta acertadamente que la clave está en las posibilidades materiales y jurídicas de la persona, no consideramos aquí que se impongan conductas heroicas o de abnegación, son aquellas medidas razonables conforme a la buena fe y a las circunstancias del caso las que nos indicaran la posibilidad de prevenir o aminorar el daño.

Para Zavala de González, no solo hay un deber de prevenir daños, sino que, cuando no es ejercido, considera que se erige en una obligación indemnizatoria, así no se demuestre alguna culpa precisa en la omisión de medidas de seguridad, ni concurra el riesgo creado y se configura un factor de atribución objetivo, autónomo o siquiera complementario de otros factores objetivos consagrados²².

Veremos que en el tema del Covic 19 la prevención tiene un carácter no solo trascendente sino también esencial para lograr la finalidad perseguida por el Estado en su Tutela a la Salud Pública.

Consideramos que estos intereses plantean en nuestra sociedad el tema del compromiso y la responsabilidad de los Jueces, como lo señalaba Mauro Cappelletti, y por supuesto del mismo Estado como custodios tanto de los derechos individuales como de los de incidencia colectiva y con ello estamos diciendo justamente lo primordial en la actuación en la faz preventiva y en el cumplimiento de la normativa

La última parte de este art. 14 CCC expresa que ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general, tomando posición por la preeminencia de los intereses colectivos en caso de colación entre ambos tipos

²¹ Ossola, Federico, Responsabilidad Civil, pág. 175, Ed Abeledo Perrot, 2016.

²² Zavala de Gonzales, Matilde, La responsabilidad Civil en el nuevo Código, T 1, pág. 191 y ss, Ed. Alveroni, 2015.

de derechos, la salud pública o salud de la comunidad es un interés de incidencia colectiva además de derecho humano.

En los derechos de incidencia colectiva el bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo y no un individuo en particular y en ellos puede existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo) o del Estado (interés público²³).

En la Secc. 3 se regulan los presupuestos necesarios para la existencia de la responsabilidad: la antijuridicidad, el daño, el nexo causal y los factores de atribución.

El art. 1716 CCC establece que el deber de reparar surge de la violación del deber de no dañar a otro o del incumplimiento de una obligación, es el *Alterum non laedere* con base constitucional y se configura mediante la acción u omisión salvo que se pruebe que está justificada²⁴. Vemos que este requisito se cumple al violar el Decreto N° 297 de aislamiento social con conductas sin importar que se sepa o no que uno es portador del Covid 19, esto da lugar también al doble juego de normas penales como también a la aplicación de multas u otras sanciones además de poder permitir el reembolso de gastos realizados en un operativo contra el infractor puesto que policías, ambulancias, hoteles, etc. son pagados desde nuestros impuestos

Me permito una referencia al art. 1719 CCC, supuesto de asunción de riesgos, que no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad, a menos que, por las circunstancias del caso, pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal y a que se prevé el caso de quien se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro, reconociendo su derecho a ser indemnizado por quien creó la situación

²³ Garrido Cordobera, Lidia M R, Derechos individuales y de incidencia Colectiva en el Código Civil y Comercial, Revista Jurídica La Ley, 2015 A 835.

Lorenzetti, Ricardo L, Código Civil y Comercial, T 1, pág. 74, Ed. Rubinzal-Culzoni.

²⁴ En cuanto a las causales de justificación, se admite el ejercicio regular de un derecho, supuesto en sobre el cual no hay controversias, la legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena. En el tercer inciso se admite el estado de necesidad que se encuentra justificado solo si el daño que se origina es menor que el mal que se evita, y da lugar a una indemnización en equidad (art. 1718 CCC).

de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación y al consentimiento libre e informado del damnificado, que, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles (art. 1720 CCC).

Recordemos que el art. 1743, regula la dispensa anticipada de la responsabilidad estableciendo que son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas y que también son inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.

Vemos conforme a la Secc. 4 del Código Civil y Comercial que hay daño cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento y que comprende: a) el interés individual del legitimado sobre su persona o su patrimonio; b) el interés respecto de los derechos de incidencia colectiva y la indemnización es una consecuencia de la lesión²⁵[25]. En materia de contagio por Covid 19 ambos tipos de daños se configuran y pueden lograr ser reparados en nuestra legislación, no son excluyentes entre sí, tal como lo dijimos ut supra y deberemos analizar la disposición de la indemnización colectiva por ejemplo con destino a investigación o insumos.

Conforme al Código Civil Comercial la indemnización podría comprender la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida²⁶.

²⁵ Artículo 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

²⁶ En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño, aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada, procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado (art. 1746 CCC).

La legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, si del hecho resulta la muerte o una gran discapacidad también tendrán legitimación a título personal los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible (teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia).

Con respecto al Estado el código en sus arts. 1764 y 1765 CCC dispone la inaplicabilidad de las normas. a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Estableciendo que se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda²⁷. La Ley N° 26.944 (Promulgada el 7/8/2014) regula la responsabilidad directa y objetiva del Estado Nacional y la de los funcionarios basada en la culpa y fue duramente criticada por la Doctrina Argentina especializada en daños que la ha denominado muchas veces de la irresponsabilidad del Estado por el sistema que articula y de aplicarse a la situación de emergencia por la pandemia nos llevaría justamente a la irresponsabilidad salvo que planteáramos primero su inconstitucionalidad y luego con base en la igualdad frente a las cargas publicas aplicáramos la teoría de García de Entrerria sobre todo frente a situaciones como la ocurrida el viernes de pago de los jubilados y de asistencia social donde se sacó a la calle al grupo de riesgo ancianos mezclándolo con los jóvenes que reciben un plan asistencial.

Siempre se ha sostenido que debe existir un lazo o vínculo de unión material entre el daño sufrido y la conducta antijurídica, aunque se regula la relación de causalidad, esta dista mucho de ser solo la que se da en el plano físico, sino que es una construcción jurídica, nosotros hablamos de causalidad adecuada (art. 1726 CCC) y la doctrina habla de presunciones de responsabilidad y presunciones de causalidad. Vemos que en caso de contagio por este virus la inversión de la carga probatoria dispuesta en el art. 1735 CCC es de gran ayuda como el sentido común en las presunciones de que, si un sujeto estaba sano y mantuvo contacto por ejemplo en un viaje por buque con un enfermo positivo y desarrollo la enfermedad en la cuarentena, esta se deberá al haber este sujeto positivo transmitido el virus.

²⁷ El art. 1766. CCC establece lo propio respecto los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Recordemos que los eximentes comunes son el hecho del damnificado art. 1729 CCC, caso fortuito o fuerza mayor art. 1730 (a lo que sumamos el Hecho del Príncipe), hecho de un tercero art. 1731 e imposibilidad de cumplimiento art. 1732 y que en el art. 1733 se sistematizan todos los supuestos en los cuales pese a existir imposibilidad de cumplimiento o caso fortuito se responde²⁸.

Vinculado con el otro elemento de los factores vemos que las diferencias entre la imputación objetiva y subjetiva son claras: en la primera, el deudor o responsable solo se exime demostrando el caso fortuito, el hecho de un tercero, o el hecho de la víctima, o sea sólo puede invocar la ruptura del nexo causal, en la segunda, aún en los supuestos en los que la ley presume la culpa, el deudor o responsable se exime mediante la demostración de su falta de culpa (ausencia de culpa).

Con respecto a los factores de atribución en nuestro sistema, en materia de responsabilidad se señala en el art. 1721 CCC que pueden ser tanto objetivos como subjetivos, pero en el supuesto en que no hubiera ninguna previsión legal de carácter objetivo se aplica la culpa como norma de clausura del sistema, hemos criticado esta solución pues creemos que no se puede ignorar la práctica jurisprudencial y doctrinaria Argentina, que revela que la mayoría de los casos tiene relación con factores objetivos lo cual es un signo claro del cambio de los tiempos.

En cuanto a los factores subjetivos, se define a la culpa en el art. 1724 CCC como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar y comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión, manteniendo la definición conocida y aplicada por la doctrina y la jurisprudencia. Con respecto

²⁸ Artículo 1728.- Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

Artículo 1728.- supuestos en los cuales pese a existir imposibilidad de cumplimiento o caso fortuito se responde a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito.

al Dolo, este se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, comprendiendo dolo directo y el dolo eventual. Vemos y sostenemos que un contagio puede provenir tanto de las caras de la culpa como de ambos tipos de Dolo, creemos que la ignorancia de mi estado de portador no valida al daño y no me exime de indemnizar conforme a las circunstancias del caso

En cuanto a la valoración de la conducta se establece que, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la diligencia exigible al agente y la valoración de las consecuencias²⁹. De esta manera, se asigna a esta regla un doble campo de aplicación: en la culpa y en la causalidad.

También se señala que cuando exista una confianza especial, se deberá tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes; para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes y en estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

En relación a la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, conforme al art. 1735 como ya dijimos el Juez puede ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla, se recepta la regla general de la carga dinámica de y debe la prueba. debe comunicarlo a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio

Ya hemos dicho que también habrá supuestos en los cuales se podrá aplicar obligación de seguridad, el art. 1757 y casos en los que estaremos frente a una responsabilidad grupal arts. 1761 y 1762, otras verdaderamente anónima debido al contagio comunitario o autóctono sin sujeto de referencia, en otros supuestos a una responsabilidad de los agentes, lo que no creemos es que deban quedar daños sin ser reparados, aunque tal vez no de un modo total por la excepciona-

²⁹ Artículo 1725.- Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes.

Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

lidad de la situación, ni que deba el Estado hacer frente a costos que sujetos sin respeto por el otro o por la cosa común han generado, debe cobrarse los gastos de los operativos y cabe la acción de repetición en cabeza del Estado representando a la Comunidad.

VI. Reflexión final

Frente a los daños que vulneran la salud y la vida de los habitantes, los jueces deben apreciar adecuadamente las circunstancias del caso, a fin de establecer en el caso concreto, y conforme a derecho a quien le es atribuible la carga de soportar el daño, aplicando para ello todo el plexo normativo que dimana desde nuestra Constitución Nacional, los principios generales del derecho, los Pactos de Derechos Humanos y nuestro Código Civil y Comercial, recordando el interés superior del Bienestar General, la importancia de la Prevención y la coexistencia de los intereses colectivos.

Pandemia y tareas de cuidado

Una oportunidad a la perspectiva de género

MARIEL F. MOLINA DE JUAN*

I. Crisis y oportunidades

Cuenta la historia que la temporada de aislamiento de Isaac Newton durante la peste de 1665, trajo consigo el mayor regalo que una catástrofe pudo hacer al avance del conocimiento. Entonces, cuando la Universidad de Cambridge cerró sus puertas ante aquella amenaza mortal, este joven recién licenciado tuvo que volverse a su pueblo natal, Woolsthorpe (Reino Unido). Habría sido durante ese largo confinamiento cuando se sentaron las bases de las leyes físicas que fundaron la ciencia moderna¹.

Sea o no cierta esta anécdota, un viejo proverbio chino dice, no sin una buena dosis de optimismo: “crisis son oportunidades”. Esta gigantesca emergencia sanitaria, que de manera brutal nos recuerda nuestra vulnerabilidad como especie y nos plantea importantísimos desafíos, también ofrece una inesperada oportunidad para repensar ciertas dinámicas relacionales que impactan en forma decidida en la vida personal y familiar. El paréntesis en el que nos encontramos vino a proporcionarnos un tiempo “extra” para rescatar algunos valores intrínsecamente humanos, que subyacen en las estructuras de nuestra organización jurídica.

El 31 de diciembre de 2019, las autoridades de la República Popular China comunicaron a la OMS varios casos de neumonía de etiología desconocida en

* *Abogada y Doctora en Derecho. + Docente de Doctorado en Derecho, de la Universidad Nacional de Cuyo. + Miembro de la Subcomisión que colaboró en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, Libro II.*

¹ <https://elpais.com/ciencia/2020-03-21/un-confinamiento-productivo.html> (Compulsa 10/04/2020).

Wuhan, una ciudad situada en la provincia china de Hubei. Una semana más tarde confirmaron que se trataba de un nuevo coronavirus que ha sido denominado SARS-CoV-2. Este virus causa diversas manifestaciones clínicas englobadas bajo el término COVID-19, que incluyen cuadros respiratorios. Los síntomas varían desde tos, malestar general y fiebre, hasta cuadros de neumonía grave con síndrome de distrés respiratorio agudo, shock séptico y fallo multiorgánico.

Poco menos de cuatro meses después, el mundo descubrió que no hay estrato social que sirva de escudo protector.² Las estadísticas son abrumadoras; la propagación superó rápidamente los pronósticos; los infectados se cuentan por millones, y aunque se diga que el índice de letalidad no sería tan alto como el de otros virus, lo cierto es que alrededor de doscientas mil personas ya han fallecido³.

Desde entonces, el fenómeno que quizás sea una bisagra en la historia de la humanidad viene siendo estudiado por investigadores de todas las disciplinas⁴.

² Sin perjuicio de reconocer la mayor vulnerabilidad de los estratos sociales más bajos quienes, aun queriendo no pueden cumplir con el aislamiento obligatorio en sus hogares simplemente porque no tienen hogar (LOVECE, Graciela, "Algunas reflexiones sobre la crisis sanitaria y la trascendencia del rol del Estado", Cita Online: AR/DOC/909/2020).

³ La cifra negra de la mortalidad parece indicar que no todos los países relevan de la misma manera este dato, existiendo una concreta posibilidad que los números sean aún mayores <https://elpais.com/sociedad/2020-03-29/cada-pais-cuenta-los-muertos-su-metodologia-y-ningun-los-hace-bien.html> <https://www.informacion.com/america/mundo/2020/04/17/china-reconoce-que-tiene-muertes-por-coronavirus-el-regimen-detecta-un-error-en-el-censo-y-agrega-casi-1300-fallecidos-al-balance-total/>.

⁴ Para el Derecho de las familias, ver, entre otros: HERRERA, Marisa, "Las relaciones de familias detrás de un vidrio. Coronavirus y aislamiento social/familiar". LA LEY 02/04/2020, 1 Cita Online: AR/DOC/837/202 y Aislamiento social y violencia de género - Una revisión crítica a la luz de las Recomendaciones Generales del Comité de la CEDAW Cita: RC D 1524/2020, MEDINA, Graciela, "El coronavirus y el derecho de familia": LA LEY 30/03/2020, 1 • DFyP 2020 (abril), 5 MIGUEZ, María Soledad, GIANNI, Paula, "Aislamiento Social, Preventivo y obligatorio. Los desafíos que representa para la problemática de violencia familiar y de género": LA LEY 13/04/2020, 11 Cita Online: AR/DOC/1019/2020, PERES, Agustín, Tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en momentos de pandemia (COVID-19). Implicancias en el derecho de las familias. LA LEY 13/04/2020, 17 Cita Online: AR/DOC/1017/2020. Ver también POLO BUDZWOSKY, Lourdes, Emergencia Sanitaria y violencias de Género: La otra cara de la pandemia: el crecimiento de las violencias de género. Protocolo de Contingencia Víctimo Asistencial. Para prevenir, controlar y minimizar riesgos en casos de violencias en razón de género en el marco del aislamiento social, preventivo y obligatorio

Muy probablemente en los próximos años se publiquen cientos de artículos científicos que analicen sus consecuencias económicas, políticas, psicológicas, así como también las modificaciones en el comportamiento humano y en las relaciones familiares y sociales. Dejando de lado las urgencias y prioridades que demandan la medicina y la salud pública, de inmediato surgen interrogantes de orden sociológico, ético⁵ y jurídico que invitan a la reflexión.

Al respecto, me he preguntado sobre la pertinencia (y la prudencia) de los estudios jurídicos contemporáneos a semejante emergencia; ¿es posible detectar, en medio de la marea de información y la zozobra emocional comunitaria, claves significativas del momento actual en términos jurídicos? Ante el dinamismo inusitado, la catarata de decisiones políticas y normativas, y la imprevisibilidad del porvenir, aún el más próximo, ¿es viable, aunque sea provisoriamente, trazar algunas conclusiones contrastables más allá de la coyuntura, que sean útiles para nuestra ciencia?

Detenerse a pensar las controversias de Derecho que el fenómeno provoca en la vida familiar de los ciudadanos y ciudadanas puede ser útil para orientar las decisiones políticas y/o jurisdiccionales del momento. Así sucedió con las cuestiones urgentes propias del derecho de las familias: el incremento exponencial de la violencia de género⁶ condujo a la necesidad de activar canales ágiles para su denuncia y la necesidad de prorrogar los plazos de las medidas de protección dispuestas,⁷ la consabida lucha por la asistencia alimentaria para los

Contexto, Chaco, 2020.

⁵ Entre otros ver las Recomendaciones para la toma de decisiones éticas sobre el acceso de pacientes a unidad de cuidados especiales en situaciones de pandemia, 27/03/2020, Documento de consenso del OBD, Cátedra Unesco de Bioética. Universidad de Barcelona. <http://www.bioteicayderecho.ub.edu/es/el-obd-presenta-sus-recomendaciones-para-la-toma-de-decisiones-eticas-sobre-el-acceso-de-pacientes>.

⁶ Al parecer, la combinación de una serie de factores funciona como olla presión que agudiza el riesgo de las mujeres. Al agobio económico y social provocado por la pandemia, se suman las restricciones de movimiento que las dejan atrapadas con sus victimarios.

⁷ Por ejemplo, la Suprema Corte de Buenos Aires el 20 de marzo dictó la Resolución 12/2020 que, entre otras cuestiones, dispuso la prórroga de cautelares en familia (exclusión de hogar, prohibición de acercamiento, y cualquier medida de protección de personas por situaciones de violencia familiar, de género o protección de adultos mayores) y autorizó canales telemáticos para la recepción de denuncias de violencia de género, incluso mensajería por WhatsApp (artículo 3). Esta resolución fue sucesivamente prorrogada. En Mendoza, la Suprema Corte de Justicia hizo lo propio mediante la acordada 29.505 del 27 de marzo, y organizó un sistema de abordaje y atención de las situaciones

hijos, a admitir la habilitación de la feria judicial para reclamar alimentos provisorios, o ejecutar las cuotas impagas⁸.

Pero, más allá de esas respuestas, que por haberse instalado en la conciencia social surgen de modo casi automático, es una oportunidad propicia para poner sobre la mesa otro efecto diferencial de la pandemia, que todavía permanece en las sombras. En estos días se observa hasta qué punto el aislamiento social preventivo y obligatorio⁹ revela la (in)equidad en la distribución de las responsabilidades del hogar (cuidado y educación de los hijos, atención de los adultos mayores, tareas domésticas, etc.).

Si bien en países como el nuestro, el mayor componente de la “economía del cuidado” está a cargo de las familias, y, en su interior, son las mujeres quienes históricamente asumieron esas tareas en forma no remunerada, lo cierto es que, de ordinario, esa carga se complementa con los servicios provistos por el sector público y privado, que componen la economía del cuidado remunerada, así como también, con las redes informales que proporciona la familia extensa o la comunidad.¹⁰ Sucede que, en tiempos de pandemia, todas esas redes han desaparecido. No hay a quién ni adonde recurrir fuera de las paredes del hogar. Ninguno de estos servicios públicos o privados funciona; no hay colegios, ni clubes, ni vecinos o vecinas solidarios, ni abuelos con los que contar para alivianar la carga¹¹.

de violencia familiar específico para la crisis. <http://www.jus.mendoza.gov.ar/coronavirus>.

⁸ Así lo dispuso el anexo 3 de la Acordada 29511 del 12/04/2020, de la Suprema Corte de Mendoza <http://www.jus.mendoza.gov.ar>.

⁹ Dispuesto por DNU 297/2020 -2020-297-APN-PTE del 19/03/2020 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320>, y sus prórrogas, Decreto 325/2020 y 355/2020.

¹⁰ Para un estudio regional sobre la economía del cuidado, puede compulsarse SALVADOR, Soledad, Comercio, Género y Equidad en América Latina: generando conocimiento para la acción política, Estudio comparativo de la “economía del cuidado” en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Uruguay. Octubre 2007 (IGTN/CIEDUR).

¹¹ El 17 de marzo, ONU Mujeres emitió un oportuno documento sobre la igualdad de género en la gestión de la respuesta a la crisis. El documento examina de qué modo el virus impacta en la vida de las mujeres más que en la de los varones, y expone las razones de esta consecuencia diferencial. Entre otros factores, señala la sobrecarga de tareas de cuidado de los otros COVID-19 en América Latina y el Caribe: Cómo incorporar a las mujeres y la igualdad de género en la gestión de la respuesta a la crisis (BRIEF v 1.1. 17.03.2020) <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2020/03/covid-como-incorporar-a-las-mujeres-y-la-igualdad-de-genero-en-la-gestion-de-respuesta> (consulta 10/04/2020).

En verdad, el problema no es nuevo, sea que se trate de hogares monoparentales o biparentales, lo cierto es que, en buena parte de las familias argentinas, los estereotipos de género vigentes determinan que el peso de las funciones relativas a la economía del cuidado de los hijos recaiga mayormente sobre las mujeres. Lo que sí es nuevo es que, en tiempos de pandemia, se suprimieron todos los mecanismos de apoyo formal e informal disponibles (comunitarios, educativos, formales o informales), y entonces las madres, además de “teletrabajadoras”, han devenido en servidoras domésticas sin relevo y exigidas gestoras de la educación escolar, con independencia de los pocos o muchos recursos con los que cuenten. Y, si no conviven con el padre de sus hijos, en sus exclusivas cuidadoras 24x7, debido a la supresión de los planes de parentalidad compartidos y los regímenes de comunicación.

II. Las premisas del análisis

1. El aislamiento social, preventivo y obligatorio

El aislamiento preventivo a que se somete durante un período de tiempo a determinadas personas por razones sanitarias es una de las más antiguas medidas de salud pública que fue empleada para mitigar la propagación de enfermedades, y se aplicó mucho tiempo antes de haberse comprendido que los agentes microscópicos eran el origen del contagio¹². Así, como sucedió en otras épocas, en pleno Siglo XXI la naturaleza nos puso en aprietos y nuevamente tenemos la obligación y la responsabilidad de mantenernos replegados.

A partir del 20 de marzo pasado, cuando se dispuso en la Argentina el aislamiento social, preventivo y obligatorio por DNU 297/20, se han dictado una importante cantidad de normas que reglamentan o limitan el ejercicio de ciertos derechos con miras a la preservación de la salud pública. La producción casi diaria de resoluciones, disposiciones o decisiones, así como su variedad temática han llevado a elaborar digestos o compendios en un intento de sistematización¹³.

¹² WIERZBA, Sandra M. El Derecho como herramienta para el adecuado manejo de situaciones críticas asociadas a grandes epidemias y pandemias. Análisis del modelo canadiense. Su aporte a la realidad argentina, La Ley Cita Online: 0003/013641.

¹³ Ver el Digesto de Emergencia Sanitaria Coronavirus COVID- 19 Ediciones SAIJ Normativa actualizada al 16/04/2020. Contiene la normativa que ha sido publicada en el Bo-

En lo que aquí nos ocupa, interesan especialmente las Resoluciones dictadas por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, quién definió el alcance de ciertas excepciones al ASPO, así como también las resoluciones y reglamentaciones emanadas de los máximos tribunales provinciales destinadas a organizar la actividad judicial¹⁴.

La prórroga dispuesta el 11 de abril (DNU 355/2020) recuerda que la aplicación de las normas que se han dictado con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 pretenden proteger la salud pública, adoptándose en tal sentido medidas proporcionadas a la amenaza que se enfrenta, en forma razonable y temporaria.

“La restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es el derecho colectivo a la salud pública. En efecto, no se trata solo de la salud de cada una de las personas obligadas a cumplir la medida de aislamiento dispuesta, sino de todas y todos los habitantes en su conjunto, ya que la salud pública, por las características de contagio de COVID-19, depende de que cada una y cada uno de nosotros cumpla con su aislamiento, como la forma más eficaz para cuidarnos como sociedad”.

Las limitaciones se justifican también en el ámbito de sociedades libres y democráticas, en la medida en que los derechos reconocidos a las personas no son absolutos, sino que quedan sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio (artículo 14 CN.), debiendo intentarse siempre un balance entre la salud pública y las libertades individuales.

Una de las primeras decisiones judiciales sobre el tema, dejó en claro que

“... la situación de excepcionalidad da cuenta de la legitimidad de los fines buscados que se pretenden preservar, por lo cual desde este prisma la norma tiene pleno sustento. En cuanto al medio utilizado y las restricciones dispuestas que limitan la posibilidad de

letín Oficial de la Nación, en su versión actualizada. Además, suma normativa de carácter oficial no publicada, enviada por los organismos emisores. http://www.saij.gob.ar/docs-f/generales/digesto_emergencia_sanitaria_coronavirus.pdf (Fecha de consulta, 18/04/2020).

¹⁴ <http://www.saij.gob.ar/mapa-acordadas.jsp> (25/04/2020).

reunirse y circular, han sido dispuestas también en forma razonable (...). En cuanto a la proporcionalidad de la medida, también se ajusta a los parámetros constitucionales en tanto se han previsto distintos supuestos que permiten la circulación de personas con tareas esenciales, como la asistencia a niños, niñas y adolescentes, a personas mayores y a quienes lo requieran”¹⁵.

Dentro del marco de la excepcionalidad, la jurisdicción de San Isidro rechazó la habilitación de la feria judicial para tramitar la ejecución de un régimen de comunicación establecido, con la finalidad de fortalecer la prevención y la salud como bien fundamental de la comunidad, mientras dure la vigencia de las medidas de aislamiento dictadas tendientes a la permanencia de los niños en sus hogares, evitando todo tipo de traslado de los mismos¹⁶. De igual modo la Cámara Nacional Civil Sala C confirmó el rechazo de la habilitación de la feria judicial para avanzar con un proceso de revinculación del progenitor hacia la hija, por entender que no existía urgencia¹⁷. Y el Juzgado Nacional Civil Nro. 12 hizo lo propio cuando debió atender a la petición del progenitor de retirar a sus hijos de la casa materna para que permanezcan con él durante la cuarentena, atento que la entrada en vigencia de la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio se produjo cuando los niños estaban en la casa materna, que era su lugar de residencia habitual¹⁸. También con fundamento en la pandemia un Juzgado de la localidad de Arroyito (Córdoba) rechazó el pedido de un hombre de presenciar el nacimiento de su hija. Se lee en el fallo:

“En estos momentos donde ambos padres deben extremar los recaudos y cumplir todas las medidas sanitarias preventivas impues-

¹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Sala Integrada de habeas corpus, 22/03/2020, 19.200/2020 – KINGSTON, Patricio s/ Habeas corpus. Interloc. 14/143”, en: <https://class.actionsa.rgentina.files.wordpress.com/2020/03/2020-03-19-salauni-f-hc-kingston-d-nu-covid-19-r-echaza.pdf>.

¹⁶ Juzgado de Familia de San Isidro Nro. 4, 19/03/2020, elDial.com - AABAE7 Publicado el 25/03/2020 Ver nota Pittier, Lautaro E. Rincón, Ricardo G. Publicado en: LA LEY 03/04/2020, 9 Cita Online: AR/DOC/821/2020.

¹⁷ Cámara Nacional Civil Sala C, 26/03/2020, Autos: Z., A. c/ M., P. E. s/Denuncia por Violencia Familiar IJ-CMXIV-533.

¹⁸ Juzgado Nacional Civil Nro. 12, 08/04/2020, “S., S. c/ L., M. C. s/divorcio” elDial.com - AAB33 Publicado el 14/04/2020.

tas por la autoridad a fin de resguardar la integridad de la madre y en especial de esta la nueva personita que vendrá al mundo, totalmente indefensa, y en un escenario de salud pública que le resulta adverso y hostil. Una vez producido el nacimiento y ambas obtengan el alta médica, el Sr. M. R. podrá comunicarse, a través de la intermediaria, madre de la Sra. N. M., a fin de que, por medio de videoconferencia, en horarios diurnos y prudentiales, pueda conocer a su hija, y tomar conocimiento de estado de salud, desarrollo y evolución”¹⁹.

O sea, de un lado tenemos una emergencia sanitaria de alcance fenomenal. Del otro un cúmulo de derechos afectados o restringidos. La tensión entre intereses y derechos del máximo rango, es evidente.

2. Tareas de cuidado, coparentalidad y estereotipos

(i) Economía del cuidado

La llamada “economía del cuidado” se define como el trabajo realizado, primordialmente en la esfera doméstica, que se complementa con trabajo asalariado en el hogar, trabajo asalariado en los servicios públicos y privados y trabajo social voluntario. Su estudio enfoca la distribución de roles y responsabilidades entre el Estado, el mercado, las familias y la comunidad. Existe, por lo tanto, una esfera de esa actividad que es remunerada y otra que no lo es²⁰.

En la Argentina, la faz no remunerada familiar mantiene un rol preponderante²¹ y está mayoritariamente a cargo de las mujeres. Incluye todas aquellas

¹⁹ Juzgado de Competencia Múltiple de la ciudad de Arroyito, Córdoba, 08/04/2020, “R., M. - Denuncia por violencia familiar” 08/04/2020 elDial.com - AAB52 Publicado el 17/04/2020.

²⁰ PICCIO, Antonella, “Visibilidad analítica y política del trabajo de reproducción social” en Carrasco, Cristina Mujeres y economía. Nuevas perspectivas para viejos y nuevos problemas Icaria. 1999 pág. 201 y ss.

²¹ Cabe recordar, además, que conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 CDN, los Estados tienen obligación de prestar asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

actividades que importan una contribución al desarrollo físico, cognitivo y emocional de los miembros del grupo, que involucran la cocina y limpieza, mantenimiento general del hogar y cuidado de los hijos e hijas, de las personas enfermas y con discapacidad. Se trata de un trabajo experto, responsable y cualificado en su dimensión emocional que tiene un gran impacto sobre la socialización de sus integrantes. Así las cosas, representa una suerte de “economía oculta” de producción de bienes necesarios para la subsistencia y salud de las personas (alimentación, higiene, etc.), además de la gestión de los afectos. Cuando esas mujeres se incorporan al trabajo remunerado, la fusión suele traer consigo una doble jornada laboral.

Quizás una de las aportaciones más significativas que ayuden a comprender la dimensión ética de esta función social, sea la realizada a partir de los desarrollos de las teorías éticas, en especial la que nos habla de una ética del cuidado²². La tesis de Carol Gilligan es que las teorías psicológicas del desarrollo y las teorías éticas no han escuchado la voz de las mujeres sobre la moralidad. Sostiene que se trata de una voz diferente, que parte de la responsabilidad hacia los otros, que prioriza el rol o función relacional, arraigado en la experiencia y en la educación²³. Pone el acento en las necesidades ajenas con un sentido de justicia peculiar y de responsabilidad impulsada por la cooperación. Nociones de empatía, comunidad, cuidado, respuesta activa al problema del otro, le son inherentes.²⁴ Sin embargo, estos valores que resalta la ética del cuidado no solo deben quedar en cabeza de las mujeres.

En la Argentina, esta economía del cuidado estuvo prácticamente silenciada por el Derecho hasta el año 2015, cuando se introdujeron al Cód. Civ. y Com. normas que asignan valor económico a las tareas de cuidado de los hijos y al trabajo doméstico. Las primeras se computan como contribución a su sostenimiento (artículo 660 Cód. Civ. y Com.). Las segundas se contabilizan como

²² JUAN, Gabriel, Reflexiones desde el punto de vista del derecho en la literatura. Las tareas de cuidado, RDF: 90, 333, Cita Online: AR/DOC/1703/2019.

²³ GILLIGAN, Carol, In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development, Thirty-eighth printing, Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, 2003.

²⁴ KOHEN, Beatriz, “Ciudadanía y ética del cuidado”, en: Búsquedas de sentido para una nueva política, CARRIO, Elisa Carrió y MAFIA, Diana (comps.), Paidós, Buenos Aires, 2005, págs. 175/188. Artículo reproducido en Revista Word, n°11, año 2016, págs. 35-41, Acceso público en: <http://campusward.edu.ar/files/default/pdf/netward11/modulo-12.pdf>.

aporte a las cargas del hogar matrimonial (artículo 455 Cód. Civ. y Com.) o convivencial (artículo 521 Cód. Civ. y Com.) Aquí aparecen los primeros indicadores de su reconocimiento formal en los textos legales.

Sin embargo, este importante avance, que rompe con el estereotipo del deber moral asociado al género y naturalizado como contraprestación debida por la provisión de recursos económicos por parte del varón, no significa que se haya modificado la distribución de los roles institucionalizados. La división sexual del trabajo permanece casi inamovible.²⁵ Y las injusticias que origina este desequilibrio, demandan una transformación profunda de los patrones culturales dominantes²⁶. Por eso aún está pendiente concretar uno de principales desafíos de los Estados trazados por el Consenso de Quito en el marco de la X Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe (2007): encontrar la forma de compartir entre mujeres y hombres las responsabilidades domésticas del cuidado²⁷.

(ii) Coparentalidad

Una manera posible para contribuir al logro de este impostergable objetivo reside en diseñar un sistema jurídico de responsabilidad parental acorde. Así las cosas, la noción de coparentalidad incorporada al Cód. Civ. y Com (artículo 638, 641 y conc. Cód. Civ. y Com.) no solo indica que ambos padres comparten su ejercicio, en el sentido de detentar la representación legal de sus hijos, sino, lo que es más importante: ambos comparten las tareas cotidianas de cuidado.

²⁵ RUIZ BRAVO, Patricia, Prólogo, en PEREZ, Leda (ed.) La economía del cuidado, mujeres y desarrollo. Perspectivas desde el mundo y América Latina. Fondo Editorial. Universidad del Pacífico, 2020.

²⁶ FRASER, Nancy, “La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, Revista de Trabajo, N° 6, agosto-setiembre, 2008 http://www.trabajo.gov.ar/downloads/cegiot/08_ago-dic_fraser.pdf.

²⁷ X Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe realizada en Quito (2007) “El aporte de las mujeres a la igualdad de América Latina y el Caribe” En el Consenso de Quito se acordó: Formular y aplicar políticas de Estado que favorezcan la responsabilidad compartida equitativamente entre mujeres y hombres en el ámbito familiar, superando los estereotipos de género, y reconociendo la importancia del cuidado y del trabajo doméstico para la reproducción económica y el bienestar de la sociedad como una de las formas de superar la división sexual del trabajo (XX) http://www.feim.org.ar/pdf/conferencias/quito/con_senso_quito.pdf.

Esta regla de oro trasunta la idea de un sistema familiar democrático en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol sobre la base de la igualdad y el respeto recíproco. Hemos dicho que uno de los desafíos que enfrentan los padres y madres de este siglo es aprender a compartir el cuidado de sus hijos e hijas. Compartir implica colaborar, participar, comunicar, acompañar la crianza. En una palabra, cooperar con el otro en un esfuerzo conjunto para que niños, niñas y adolescentes crezcan en forma saludable y alcancen un desarrollo pleno²⁸.

El anclaje constitucional convencional de este paradigma es sólido. Del lado de los niños y las niñas, el artículo 18 CDN impone a los Estados el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de sus hijos e hijas. Incumbe a los padres y las madres la responsabilidad primordial de su crianza y desarrollo. Del lado de las mujeres, el artículo 16 de la CEDAW representa el compromiso de adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, según el inc. d) asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos e hijas.

Durante los primeros años de vigencia del Cód. Civ. y Com., el principio de coparentalidad en la Argentina parece haber impactado de modo diverso según que los padres convivan o no convivan. En los casos en que conviven, es posible que las estructuras colaborativas sigan siendo bastante endebles de modo que la aportación de las mujeres a las tareas de cuidado, se mantengan como preponderantes en buena parte de los hogares. En cambio, entre los padres separados, las reglas del cuidado compartido, sea alternado o indistinto, estarían contribuyendo a modificar ciertos estándares, con un progresivo involucramiento del varón en la crianza de los hijos e hijas. Lo que, de alguna manera, viene siendo asumido como un alivio por muchas mujeres, que han comenzado a percibir las bondades de la crianza compartida.

²⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Mariel, “Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir”, LA LEY 2015-E-1137.

III. Las sombras de la pandemia. La triple (o cuádruple) jornada laboral

Los sucesos de la emergencia sanitaria son dinámicos; día a día se evalúan los índices de contagio y los gobernantes ajustan sus decisiones. Fue así como a mediados de marzo, en el marco del shock inicial, parecía razonable abordar la cuestión casi como si se tratara de “un estado de guerra”. Y entonces, no había más margen que pensar que, tratándose de un tema de salud pública, los niños no debían moverse del lugar donde se encontraban el día uno del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

En esta línea, y luego de una polémica reflejada en diferentes medios de prensa,²⁹ el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación dictó la Resolución 132 (BO 21/03/2020) que reglamentó varias cuestiones relativas al cuidado de los hijos e interpretó restrictivamente las excepciones al ASPO. Allí se determinó que el cuidado de los hijos debía ser unipersonal, debiendo el progenitor conviviente llevar adelante todo lo que esté a su alcance para que los/las hijos/as mantengan una fluida comunicación con el progenitor no conviviente, tal como lo disponen los artículos 652 y 653 del Código Civil y Comercial de la Nación. En este contexto excepcional, tal fluidez implicaría profundizar los medios tecnológicos. Solo se habilitaron los traslados: a) Cuando al momento de entrar en vigencia la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio el niño, niña o adolescente se encontrase en un domicilio distinto al de su centro de vida, o al más adecuado al interés superior del niño, niña o adolescente para cumplir el aislamiento social mencionado. Este traslado debe ser realizado por única vez; b) Cuando uno de los progenitores, por razones laborales que se inscriban en alguno de los incisos del artículo 6° del Decreto N° 297/20, de asistencia a terceros u otras causas de fuerza mayor, deba ausentarse del hogar en el que se encuentra el niño, niña o adolescente; pueda trasladarlo al domicilio del otro progenitor, familiar o referente afectivo; y c) Cuando por razones de salud y siempre en beneficio del interés superior del niño/a, pueda trasladar al hijo/a al domicilio del otro progenitor.

²⁹ Varias notas aparecieron en los portales del 20 y 21 de marzo 2020, https://www.clarin.com/sociedad/coronavirus-argentina-dilema-padres-madres-separados-casa-que-dan-chicos-_0_oLv-EyvCe.html, <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/cuarentena-con-qui-en-se-quedan-chicos-tienen-nid2345576>, <https://www.pagina12.com.ar/254279-cuarentena-que-pasa-con-las-visitadas-a-hijos-de-padres-y-madr>.

Poco más de un mes después, sin abandonar el objetivo prioritario de preservar la salud, es preciso encontrar la forma de comenzar a compartir las responsabilidades de cuidado, de lo contrario es probable que el agobio en el que se encuentran muchas mujeres que han duplicado, triplicado, hasta cuadruplicado su jornada laboral, termine agotándolas.

Como anticipamos, a la ya conocida sobrecarga de funciones, vino a sumarse la ausencia de recursos públicos o rentados colaborativos. Además de cumplir su trabajo remunerado, si se encuentra dentro del margen de quienes pueden implementar el denominado “Teletrabajo” o más precisamente, Home Office con horarios descontrolados, o sin horarios y con los niños alrededor en razón de la suspensión de los cuidados compartidos, se han intensificado las funciones domésticas, pues las autoridades sanitarias insisten en la higiene del hogar y las tareas de limpieza son un mecanismo preventivo del contagio. Pero para ellas no cuenta con ninguna asistencia externa.

Se suma también el deber de mediar la educación formal, con nuevas exigencias que vienen de la mano del uso de las tecnologías, siempre que la brecha digital no haya dejado fuera a esa familia. De ordinario, las trayectorias educativas de niñas, niños y adolescentes transcurren principalmente en las escuelas, y las familias cumplen un rol importante pero subsidiario en la formación curricular. De este modo, aunque el proceso de acompañamiento de hijas e hijos en edad escolar resulta fundamental a la hora de asimilar contenidos, el espacio áulico delimita el escenario donde niños, niñas y adolescentes se forman y aprenden. Pero el brote de COVID-19, que obligó a suspender las clases, cambió las reglas de juego.³⁰ Ahora las familias asumen esa prioridad y en los hogares donde la división del sexual del trabajo se mantiene, son las madres quienes también conducen el proceso de formación pedagógica y curricular de sus hijas e hijos.

³⁰ Aunque la modalidad de formación a distancia a través medios digitales constituye una práctica cada vez más frecuente, lo cierto es que sólo está disponible en sociedades con alto desarrollo tecnológico, que cuentan con instituciones educativas de avanzada, generalmente de carácter privado, y, en la mayor parte de los casos, accesible a una minoría social que dispone de altos recursos. (Salvia, Agustín, Infancia, educación y asistencia social en tiempos de COVID, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (SG/OEA). Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad (SARE): Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y con Enfoque de Derechos ante el COVID-19 en las Américas. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.D/XXVI.16) - http://www.oa.s.org/es/sa/dye/publicaciones/GUIA_SPA.pdf.

Y, como si todo esto fuera poco, es posible que se les agregue la responsabilidad de atender a los adultos mayores (padres, suegros), que, por su edad (o enfermedades preexistentes), se encuentran dentro del segmento de alto riesgo.

IV. Luces para la sombra. El enfoque de género en las respuestas a la emergencia

La Guía Práctica de Respuestas inclusivas y con Enfoque de Derechos ante el COVID -19 en las Américas (OEA), destaca la importancia de incorporar la igualdad de género en las respuestas a emergencias, desastres y cualquier otro tipo de crisis. Es esencial que el distanciamiento y el aislamiento como medidas públicas consideren la conciliación de la familia y el trabajo para aquellas personas que deben continuar atendiendo sus responsabilidades profesionales y laborales, particularmente en el caso de hogares monoparentales, y a la luz del cierre de centros educativos y de cuidado de niños/as. Es importante que se promuevan políticas sobre la corresponsabilidad y la distribución equitativa del trabajo doméstico y del cuidado, para que las mujeres puedan seguir participando de sus actividades productivas, aún con el incremento en el trabajo del hogar debido a la pandemia.

En orden a las políticas públicas, urge revisar la situación de las mujeres madres de hogares monoparentales, donde no hay un “otro” a quien recurrir. La absoluta imposibilidad de buscar ayuda en las redes de colaboración empleadas en tiempos “normales” (informales gratuitas, asistencia rentada, o formales e institucionalizadas como jardines, colegios, clubes, etc.) las coloca en una situación de vulnerabilidad tal, que hasta encuentran dificultades para aprovisionarse de alimentos (no pueden salir con los niños, ni dejarlos solos si son pequeños, las compras por internet requieren contar con tecnología que no siempre existe, los servicios de delivery funcionan irregularmente y las esperas son eternas).

Por otra parte, sin descuidar la prevención, a esta altura parece necesario incluir dentro de las excepciones, el traslado de los niños, niñas y adolescentes y sus progenitores y cuidadores principales para garantizar además del contacto con ambos padres, la dinámica cooperativa en las tareas de cuidado³¹.

³¹ Salvia, Agustín, “Infancia, educación y asistencia social en tiempos de COVID”, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (SG/OEA). Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad (SARE): Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y con Enfoque de Derechos ante el COVID-19 en las Américas. (OAS. Documentos oficiales;

La responsabilidad del Poder Jurisdiccional no es menor. Urge encontrar los mecanismos indispensables para asegurar el acceso a la justicia, pues una intervención eficaz podría servir para garantizar ciertos estándares de cooperación que eviten o disminuyan estas otras formas explícitas o implícitas de violencia de género.

Hemos visto que al comienzo de la alarma las respuestas fueron absolutamente excepcionales y que los tribunales atendieron casi exclusivamente denuncias de violencia familiar³² o cuestiones alimentarias urgentes. Sin embargo, un Juzgado de Paz de la localidad de Coronel Pringles (Buenos Aires), asumió la intervención y proporcionó una solución más acorde con la idea de corresponsabilidad que vengo señalando. En el caso, la mujer, cuidadora del hijo que contaba con un permiso de trabajo y debía ausentarse del hogar, interpuso una medida cautelar para que se cumpla el régimen establecido (sábado y domingo) y que el progenitor cuide del hijo durante el tiempo asignado. El hombre se opuso alegando razones de emergencia sanitaria; invocó el riesgo que podría representar para su otra hija, aunque se ofreció a trasladarse a cuidar al niño al hogar materno, condicionado a que esos días, él no tenga que trabajar. El juez rechazó los argumentos del progenitor resaltando la irrazonabilidad de la propuesta de trasladarse a cuidarlo al domicilio materno, para no poner en riesgo la salud de los otros miembros de su familia. Luego de analizar la situación especial en la que se encontraba la progenitora, quien contaba con permiso de trabajo, admitió la demanda³³.

V. Conclusiones muy provisionales

Vivimos tiempos paradójicos, para conservar nuestra salud y la de otros, nos encerramos. Estamos como en un paréntesis en el que migramos del lugar de trabajo y nos refugiamos en el hogar.

OEA/Ser.D/XXVI.16) pág. 85 http://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/GUIA_SPA.pdf.

³² Ver, por ejemplo, Juzgado de Paz de Berisso, 29/03/2020, Registro interlocutorio n° 236/ 2020 - EXCLUSION; PROHIBICION DE ACERCAMIENTO / PERIMETRO y OTRA MEDIDA URGENTE VTO. MEDIDA Citar: elDial.com - AABB1A Publicado el 06/04/2020.

³³ Juzgado de Paz de Coronel Pringles, 08/04/2020, autos Nro. 15.804/16 “M., A. M. C/ A. V. S/ INCIDENTE Mod. Derecho de comunicación” Citar: elDial.com - AABB32 Publicado el 13/04/2020.

La historia enseña que hay ciertos acontecimientos que cambian la forma de vivir; no sabemos si eso pasará definitivamente con esta pandemia. Pero de ninguna manera podemos asumir que la capacidad de las mujeres de realizar todo el trabajo adicional que requiere este difícil momento sea infinitamente elástica. Si no cuidamos a las que cuidan, el punto de quiebre de su salud no quedará tan lejos.

No hay dudas que, en el juicio de ponderación de los derechos hoy en juego, la salud pública es prioritaria. Y por eso no se cuestiona el cierre de los colegios, clubes, plazas, lugares de esparcimiento, ni las restricciones a la circulación de las personas.

Lo que sí se cuestiona, aprovechando la visibilidad que la crisis vino a dar a esta realidad que, día a día agobia a muchas mujeres, es la débil conciencia social sobre los persistentes patrones culturales de asignación de roles en la sociedad argentina. Nombrar las situaciones injustas ayuda a quebrar los estereotipos que reproducen esa desigualdad, tarea ardua, pero necesaria. Y detectar la incidencia consciente o inconsciente que tienen las reglas del Derecho de las familias, así como la responsabilidad de los operadores jurídicos en la reproducción o el replanteo de uno y otro modelo, es una obligación moral de toda persona comprometida con los derechos humanos de las mujeres.

Algunas reflexiones provisorias sobre el COVID-19 y su impacto en las relaciones jurídicas

RODRIGO PADILLA

I. Introito

En este breve trabajo no se intenta constatar más de lo que su título anuncia: en efecto, voy a tratar de exponer, someramente, algunas cuestiones jurídicas que puede generar (o generó, o generará) el virus denominado COVID-19.

Es claro que el efecto principal, los infectados y las muertes que traerá esta terrible pandemia, no será objeto de tratamiento. Como así tampoco los daños colaterales a la economía mundial, ni sus consecuencias sociales. Solo trataré algunas cuestiones jurídicas, a las cuales, dado que el espantoso fenómeno lo estamos viviendo, solo les daré un tratamiento provisorio.

En efecto, es de público conocimiento que el COVID-19 se encuentra en pleno desarrollo, *-in fieri* o en formación- y mal haría si acaso me atreviera a dar por sentado alguna reflexión jurídica sobre el mismo. Es que de los hechos nace el derecho, y no al revés (*ex facto oritur ius*). De allí que lo que hoy sostengo, y para la Argentina, lo sea solo en forma somera y provisorio.

II. Teoría de la imprevisión, lesión, imposibilidad de pago, mora, cláusula penal, obligaciones de dar sumas de dinero.

Así las cosas, con la delimitación y aclaración ya realizadas, me propondré reflexionar sobre algunos aspectos jurídicos.

Antes que nada, me animo a sostener que este desgraciado fenómeno debe ser caratulado como un auténtico *casus*. Vale decir, que se trata de un caso fortuito o fuerza mayor y como tal debe ser tratado. Lógicamente para las relaciones

nacidas con posterioridad a tal *casus* pongo en duda si debe o no debe ser considerado como tal (en algún aspecto sí, en otro no, podría sostener).

También debe tenerse presente que, en el contrato, por ejemplo, una de las partes haya asumido expresamente responder incluso ante la presencia del mentado *casus*, o así resulte de la ley, o haya estado ya constituido en mora, por ejemplo (ver artículos 1733 del nuevo Código Civil y Comercial, en adelante CCC). Por otro lado, no se olvide que el caso fortuito o la fuerza mayor es el típico hecho que exime de responsabilidad, sea la misma basada en criterios objetivos de atribución (vg. riesgo o vicio de la cosa) ya en factores subjetivos (culpa o dolo) al interrumpir o cortar la concatenación causal que debe existir entre el hecho antijurídico y el daño ocasionado (doctrina de la causalidad adecuada).

Por otro lado, no debe perderse de vista lo que el Gobierno está haciendo, con repercusiones jurídicas, con este asunto a través de los distintos decretos de necesidad y urgencia (DNU) dictados. Y ello tendrá su impacto en materias tales como las hipotecas, locaciones, desalojos, control de precios máximos, congelamiento de tarifas, intereses derivados de la falta de pago de tarjetas de crédito o préstamos, etc. Sobre esas cuestiones no ahondaré.

Sí me detendré brevemente en otros tópicos. Va de suyo que el ropaje jurídico por excelencia que le cuadra a esta situación es la **teoría de la imprevisión o lesión sobreviniente**. En efecto, es evidente que se podrá pedir (sea como acción o excepción, sea en sede extrajudicial cuanto judicial), la “resolución total o parcial del contrato, o su adecuación”, cuando, en los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torne 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.

También en los contratos “aleatorios” se podrá solicitar dicha resolución o adecuación, si la excesiva onerosidad se debe a causas extrañas a su propia aleatoriedad. Igual facultad radicará en cabeza de un tercero si, lógicamente, les han sido conferidos los derechos o asignadas obligaciones resultantes del contrato –vg. por medio de una cesión de la posición contractual-. Todo ello según lo determina con claridad el artículo 1091 del nuevo CCC.

Tal es el instituto, casi calcado, para situaciones como la pandemia que estamos atravesando. Claro que bajo los parámetros que allí se fijan: que la prestación (contraprestación, en puridad) se torne excesivamente onerosa por tal

alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración. Obviamente no podrá ser operativo el mismo, si estamos tratando de contratos surgidos con posterioridad al COVID-19 y tal riesgo o circunstancia está específicamente asumido por las partes o alguna de ellas.

Ahora bien, sobre el tema de la imprevisión ya muchos autores han escrito a propósito de la pandemia que nos convoca. Pero no hemos visto aún cómo pueden aplicarse o tornarse operativos otros institutos jurídicos que pueden servir como herramientas a los operadores del Derecho para buscar el típico valor al cual todos aspiramos: dar a cada uno lo suyo (Justicia).

Pues bien, es posible que en medio de la pandemia –o como consecuencia de la misma– una persona haya celebrado un acto jurídico por necesidad, como, por ejemplo, la venta de una propiedad a un precio muy menor al del mercado y la otra parte haya explotado tal situación para comprarle dicha propiedad a un precio muy bajo, cuando no vil. En tales casos, se podrá pedir la nulidad o la modificación (reajuste equitativo) de tal contrato de compraventa acudiendo al instituto de la **lesión** que prevé el art. 332 del CCC.

Vale decir, cuando alguien explotando la necesidad (también la debilidad psíquica o inexperiencia) de la otra parte obtiene una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Por ello este instituto se denomina lesión subjetiva (en cuanto requiere la explotación de la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia) y objetiva (que deriva de la notable desigualdad de las contraprestaciones).

Debo aclarar que los cálculos de la desproporción de las contraprestaciones deben hacerse al tiempo de la celebración del acto y la desproporción debe existir al tiempo de la demanda, acción que pueden entablar solo el lesionado o sus herederos en un plazo máximo de dos años (conf. arts. 332 y 2563, inc. e. del CCC).

Otro tema a tener en consideración en estas primeras reflexiones es el de la **imposibilidad de pago**. Es obvio que tal instituto puede ser tenido como principio general en estas situaciones generadas por el COVID-19. Pero también debo detenerme en su aplicación específica. Pues bien, señala el nuevo CCC que, si existe imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y “definitiva” de la prestación, producida por el mentado *casus*, se extinguirá la obligación sin responsabilidad. Obviamente tal imposibilidad no debe ser imputable al deudor, tal como lo es la mentada pandemia (conf. art. 955 CCC).

También quiero recalcar que, si la imposibilidad antedicha es solo “temporaria” y no definitiva, pero estamos en presencia de un plazo “esencial” (vg. la compraventa de cosas perecederas con motivo de las Pascuas), o se frustra el interés del acreedor de modo irreversible, también dicha situación extinguirá la obligación (conf. art. 956 CCC).

Es obvio que, ante tales situaciones, si una de las partes hubiese ya recibido la contraprestación, por más que se extinga la obligación y que no exista responsabilidad alguna, pues deberá devolver lo recibido por carecer de causa y por el enriquecimiento indebido a su favor y consecuente empobrecimiento de la contraparte. Ello deriva de una simple aplicación de principios generales en materia de Obligaciones.

Seguiré con el desarrollo de estos temas en forma elemental. Pues entre el incumplimiento (que otorga las facultades enumeradas en el art. 730 del CCC, a saber:

- a) emplear los medios legales para que el deudor cumpla;
- b) obtener el cumplimiento por un tercero a costa del deudor;

c) solicitar los daños y perjuicios pertinentes) y el cumplimiento (*solutio* o pago en sentido amplio), existen básicamente tres situaciones intermedias: el cumplimiento parcial (sólo se paga una parte de la obligación), defectuoso (se entrega algo distinto o deteriorado) y tardío. En esta última situación podemos hablar de **mora**.

Es evidente que la mora debe tratarse de un incumplimiento imputable del que resulte daños a la otra parte, pues si bien como regla se habla de mora del deudor (*mora debitoris*), es perfectamente posible que sea el acreedor el que incurra en mora (*mora credendi* o *creditoris*). Ello sucede cuando el deudor efectúa una “oferta de pago” y el acreedor se rehúsa injustificadamente a recibirlo (art. 886 *in fine* del CCC). Lógicamente que la mora del acreedor tiene menos efectos perjudiciales para el mismo que la mora del deudor, pues este último tiene siempre la posibilidad de desobligarse realizando un pago por consignación, sea judicial, sea extrajudicial (ello merced a que goza de un derecho al pago o *ius solvendi*).

Pues bien, dicho ello es claro que la regla en nuestro Derecho, cuando estamos en presencia de un plazo determinado, es la mora automática al no haber cumplido el deudor su obligación en el tiempo fijado para tal cumplimiento (art. 886 del CCC). Solo se determinan dos excepciones a tal regla: en las obligaciones

sujetas a un plazo tácito (en cuyo caso hace falta la “interpelación” al deudor para constituirlo en mora –por más que en nuevo Código no lo diga expresamente)- y en las obligaciones sujetas a un plazo indeterminado propiamente dicho (en cuyo caso deberá determinarse dicho plazo en forma judicial, por el procedimiento más breve posible). Ver, en tal sentido, el artículo 887 del CCC.

Ahora bien, como dije con antelación, para hablar genuinamente de “mora”, amén de tratarse de una obligación exigible, la misma debe ser atribuible o imputable al deudor. Y en esta situación de excepcionalidad que produjo el COVID-19, es claro que no podrá imputársele al deudor los efectos de su morosidad. Además, tal demostración surge de los propios hechos –*in re ipsa* o *ipsa re loquitur*-, siendo mucho más fácil su acreditación (conf. art. 888 del CCC).

Es factible, siguiendo con este breve comentario, que las partes antes de la producción de esta pandemia, hayan estipulado en su contrato una pena o multa ante el incumplimiento o retraso –mora- de algunas de ellas. Aquí estaremos en presencia de una **cláusula penal**, que es muy práctica en situaciones regulares, pues tiende a asegurar el cumplimiento de la obligación y a prefijar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento o de la mora, y el acreedor no está obligado a demostrar que sufrió tales o cuales perjuicios pues la multa o pena se pagará de todas formas (ver arts. 790 y s.s. del CCC).

Ahora bien, como primera medida el juez tiene a su alcance la posibilidad de reducir el monto resultante de tal cláusula penal cuando la misma resulte abusiva (conf. art. 794). Pero ante esta situación excepcional que se está viviendo aún, es obvio que además de aquella facultad para reducir la pena, habrá que plantearse si la misma es operativa o no, pues en principio este *casus* liberaría al deudor a cumplir su obligación en el término estipulado. Claro que ello deberá analizarse en cada situación en especial y si después el deudor puede cumplir y al acreedor le resulta útil todavía tal cumplimiento, pues si no lo hace será perfectamente posible que incurra en la mentada pena. Así que habrá que analizar cada situación en particular para darle una solución también particular.

Dicho sea de paso, si acaso alguien no cumplió con los deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial (astreintes, art. 804 del CCC), va de suyo que no podrá computarse a tales efectos las demoras incurridas mientras dure la “cuarentena” dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional. Como tampoco será posible imponer las mentadas astreintes por el simple hecho que también el Poder Judicial dictaminó una suerte de mini-feria o asueto con suspensión de

los plazos judiciales (así debería entenderse más allá de los términos usados en las respectivas acordadas).

En cuanto a las **obligaciones de dar sumas de dinero**, solo pretendo en este trabajo provisorio dejar planteado que si bien existe cierta contradicción entre los artículos 765 *in fine* y 766 del nuevo CCC, en su momento dije que debería de respetarse la voluntad de las partes (si no está en juego el orden público, la moral y las buenas costumbres), y si ellas habían pactado pagar en moneda extranjera (vg. en dólares estadounidenses) y no en moneda de curso legal, pues debería de entregarse en pago la cantidad correspondiente de la especie designada (art. 766 del CCC que respeta el principio básico del *pacta sunt servanda*).

Ahora bien, también señalé hace poco tiempo que si existen circunstancias extraordinarias que imposibilitan al deudor a conseguir la cantidad de moneda pactada, veía con buenos ojos la teoría del esfuerzo compartido (que de hecho se debería aplicar a múltiples situaciones). Pues me pregunto si, ya sea por obra del “hecho del príncipe o soberano” (hoy, Poder Ejecutivo que limita la adquisición de dólares a 200 mensuales en el circuito legal) o por el *casus* que deriva de esta terrible pandemia, habrá que esperar para ver si es factible al deudor conseguir, aunque sea en mercados informales o paralelos, la moneda pactada. Pero si la misma es muy elevada acorde al equilibrio de debe mediar entre las contraprestaciones entonces, como dije, será factible hacer uso de la doctrina del esfuerzo compartido para no perjudicar a ninguna de las partes o perjudicarla en lo menos posible y en forma equitativa.

Dicho esto, y sin siquiera tratar cuestiones sobre derechos del consumidor, cláusulas abusivas, o responsabilidad civil (que obviamente resultan impactadas de lleno por esta pandemia, pero que delego a otros especialistas), daré por terminadas estas brevísimas “reflexiones provisorias” que están más destinadas a un público lego que a especialistas en la materia. La idea central está en exponer unos tópicos jurídicos generales y dotar a las posibles soluciones de conflictos de una cuota de medida o moderación dada las terribles consecuencias que aún no se pueden dimensionar derivadas del COVID-19.

El impacto de la emergencia por pandemia en las relaciones de consumo

JOSÉ H. SAHÍAN*

I. Introducción

El presente trabajo consiste en un provisorio estudio del actual impacto y de las potenciales secuelas, en las relaciones contractuales en general y en las de consumo¹ en particular, que puede ocasionar la crisis global consecuencia del denominado coronavirus o COVID-19, que diera lugar en nuestro país a la declaración de emergencia pública en materia sanitaria, dispuesta por Decreto N° 260².

II. Marco regulatorio proteccionista de emergencia

Existe un anchuroso plexo de normas nacionales y provinciales para hacer frente a esta pandemia. La disposición central es el Decreto N° 297 del 20/03/2020 por el que se instaló el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”³; cuya constitu-

* *Doctor en Derecho (U. Complutense de Madrid). Post Doctor (U. de Zaragoza). Master Derecho Privado (U.N. de Rosario). Especialista en Derecho de Daños (U.N. del Litoral). Profesor Adjunto de Derecho del Consumidor, Profesor Encargado de la Cátedra de Defensa de la Competencia, Co Director de la Especialización en Derecho de Daños (U.N. de Tucumán). Relator (Civil) Corte Suprema de Justicia de Tucumán.*

¹ Se utilizará indistintamente los términos “consumidores” o “usuarios”.

² Por Decreto N° 260 del 12/03/2020 se amplió por 1 año, desde su entrada en vigencia, la emergencia declarada por Ley N° 27.541 (BO 23/12/2019). Sobre las medidas de prevención puede verse: Gavaldá, Juan M., (2020), “Coronavirus. Análisis de las restricciones por emergencia sanitaria ¿Es necesario declarar el estado de sitio?”, Revista Argentina de Justicia Constitucional, Número 9, Lejister, Cita: IJ-CMXIV-830.

³ Dicha medida, originariamente fijada desde el 20/03 hasta el 31/03, fue prorrogada por Decreto N° 325 del 31/03 2020 hasta el 12/04/2020, inclusive; mientras que por Decreto N° 355 del 11/04/2020 se prorrogó hasta el 26/04 inclusive.

cionalidad, hasta ahora, ha sido controvertida infructuosamente. Calificada doctrina como Gil Domínguez⁴ y Marisa Herrera⁵ y jurisprudencia⁶ han juzgado la “razonabilidad” de la regulación. Es que dificultosamente pueda descubrirse un caso que, con tanta certeza, amerite la declaración de emergencia y la consiguiente restricción de ciertos derechos⁷.

En ese escenario, se dictaron otros tantos dispositivos de defensa de los intereses de los consumidores (que son los que nos conciernen a los fines de esta publicación), y especialmente del acceso al consumo.

1. Acceso al consumo

El derecho de “acceso al consumo” encarna la aptitud que posee una persona de exigir su participación real en el mercado⁸. Desde el plano social, representa la posibilidad que deben tener todos los sectores de la población de llegar a consumir⁹. Este derecho de “entrada” al sistema constituye una prerrogativa de in-

⁴ Gil Domínguez, Andrés, “Una emergencia que garantiza derechos”, <http://underconstitucional.blogspot.com/>, del 20/3/2020.

⁵ Herrera, Marisa, “Las relaciones de familia detrás de un vidrio. Coronavirus y aislamiento social/ familiar”, diario La Ley del 2/4/2020.

⁶ CNCrim. y Correc., Sala de hábeas corpus, 21/03/2020, “Kingston, Patricio s/ Hábeas corpus”. En ese fallo se dijo: “... Si bien implica una severa restricción a la libertad ambulatoria tiende a la preservación del orden público, en cuanto el bien jurídico tutelado es la salud pública...”. Con comentario de: italiano, Matías A., “De la constitucionalidad del aislamiento social, preventivo y obligatorio”, diario La Ley del 02/04/2020, págs. 7–10. En cambio, en “Asociación de Clínicas y Sanatorios y Federación Médica del Chaco c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Corrientes y/o Poder Ejecutivo de la Prov. de Corrientes s/Medida cautelar”, del 29/03/2020, el Juzgado Federal de Resistencia N° 1, en sentido parcialmente disímil, ordenó al Poder Ejecutivo provincial a arbitrar las medidas necesarias para permitir a los profesionales médicos la libre circulación hacia esa provincia.

⁷ “... importante es saber qué derechos se pueden suspender y que derechos humanos no se pueden limitar...” (Graciela Medina y Gabriela Yuba, “Derecho comparado y coronavirus”, Derecho de Familia y Coronavirus – II, diario La Ley del 13/04/2020, pág. 5).

⁸ Stiglitz, Gabriel A., (2013), “Los avances del Derecho del Consumidor”, Suplemento Actualización, diario La Ley del 05/03/2013, págs. 1 y siguientes.

⁹ Tambussi, Carlos E., (2014), “Los derechos de usuarios y consumidores y el derecho a la salud”, Revista de Derecho Privado, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, año III, núm. 9, pág. 215. Ídem Tambussi, Carlos E., (2014), “Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos”, Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, Universidad de Alas Pe-

clusión de todo persona humana, que permita un estándar de vida digno, de modo de cubrir sus necesidades indispensables, garantizándose una pauta razonable de calidad de vida para sí y su familia; ello como elementos imprescindibles de la autonomía individual para alcanzar el desarrollo humano, entendido como el perfeccionamiento de la plena potencialidad del ser¹⁰.

A. Salud

El derecho a la salud ha quedado consolidado como derecho humano¹¹ de carácter social¹², vinculado al interés de todo ser humano al acceso a las condiciones que garanticen una vida digna¹³; a la vez que bien público global (Global Public Goods)¹⁴.

Obviamente el grueso de la legislación de emergencia está encausado a la protección de la salud. Por ejemplo, la Resolución (Res.) N° 101/2020 de la Secretaría de Comercio Interior (SCI), en su artículo 1, prescribe que los establecimientos comerciales definidos en artículo 1° de la Ley N° 18.425¹⁵ deberán

ruanas, Lima, núm. 13, año XII, págs. 99–100.

¹⁰ Barocelli, Sergio S., (2015), “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, DCCyE, La Ley, 2015, Buenos Aires, págs. 63 y siguientes. En idéntica orientación: Rusconi, Dante, “Los derechos de los consumidores y usuarios”, en Rusconi, Dante –Dir.–, Manual de Derecho del Consumidor, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2° ed., pág. 83. Y Pérez Bustamante, Laura, Derecho Social de Consumo, Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 100.

¹¹ Corte IDH, 08/03/2018, “Poblete Vilches y Otros vs. Chile” (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 116.

¹² Hersalis, Marcelo, (2012), “La discapacidad y el trato digno”, La Ley Buenos Aires, La Ley, págs. 1175 y siguientes. Ídem Ghersi, Carlos A., “Reglamentación de la ley de medicina prepaga”, La Ley, t. A, 2012, págs. 516 y siguientes; Luft, Marcelo E., “Multas impuestas a una obra social en defensa del consumidor”, La Ley, t. F, 2011, págs. 613 y siguientes.

¹³ CSJN, 04/09/2007, “R. A., D. c. Estado Nacional”, Fallo R.350.XLI. Vid. Chartzman Birebaum, Alberto, (2007), “Una visión holística del derecho a la salud y la política de gestión”, Hologramática, Facultad de Ciencias Sociales – Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires, año VI, núm. 7, vol. 5, pág. 71. Sobre el deber del Estado de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna: Corte IDH, 17/06/2005, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”; 19/11/1999, “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala – (Niños de la calle)”.

¹⁴ Cfr. Garrido Cordobera, Lidia M R., “Aproximaciones a las cuestiones de responsabilidad por contagio en la época del COVID 19”, trabajo inédito cedido generosamente por la autora.

¹⁵ Esto es: supermercados totales, supermercados, supertiendas, autoservicios de pro-

cumplir con una serie de medidas tales como: implementar un horario de atención al público de al menos 13 horas diarias en función de los flujos de la demanda y a fin de evitar las concentraciones de los clientes; evitar aglomeraciones en los locales de venta; señalar los lugares de espera, de manera de mantener una distancia de 1,5 m.; disponer de banners, audios y materiales de prevención para clientes.

Por Res. N° 281 del 01/04/2020 de la Superintendencia de Servicios de Salud se decidió que, por el plazo que dure el aislamiento, las Obras Sociales y entidades de Medicina Prepaga deberán asegurar la provisión de medicamentos para el tratamiento de enfermedades crónicas.

Jurisprudencialmente, ya hay varios pronunciamientos en materia de salud, donde el eje de la motivación estuvo puesto en el COVID-19.

Así se hizo lugar a una acción de amparo, tras el riesgo que corría la hija de la actora ante la pandemia del coronavirus (COVID-19), por ser una paciente con enfermedades respiratorias (Síndrome del Wolf). En consecuencia se ordenó a la obra social que provea a la menor la cobertura integral de enfermería domiciliaria las 24 horas del día, en tanto “la acción de la demandada de reducirle las horas de la enfermería domiciliaria sería considerado como condenarla a la muerte, ya que se trata de una paciente que depende del oxígeno las 24 horas”¹⁶.

En otro caso se dispuso que la autoridad pública competente extienda para el menor solicitante –quien padece síndrome de autismo severo– un salvoconducto que le permitiera desplazarse –junto a un adulto responsable y nunca a menor distancia de 2 metros de cualquier persona– en las cercanías de su domicilio, en el horario de 10 a 12 hs. y pese al aislamiento social, preventivo y obligatorio, “pues el menor –al no salir– tendría tendencia a la autolesión y también podría lastimar a su entorno familiar”¹⁷.

También se hizo lugar a una cautelar planteada por una persona con Alzheimer, a la que la obra social le había ofrecido una serie de instituciones donde podía ser internado. A través de la cautelar logró la cobertura pretendida de “in-

ductos alimenticios, autoservicios de productos no alimenticios, cadenas de negocios minoristas, organizaciones mayoristas de abastecimientos, tipificadores–empacadores de productos perecederos, centros de compras.

¹⁶ Juzgado Federal de San Martín, 02/04/2020, “F. M. S. c/Obra Social del Personal de la Construcción s/Prestaciones Médicas”.

¹⁷ Juzgado de 1ª Instancia Contencioso Administrativo y Tributario de CABA, 22/03/2020, “Asesoría Tutelar CAYT N° 2 c/GCBA s/Medida Cautelar Autónoma”.

ternación domiciliaria” con supervisión médica permanente y asistencia de enfermería especializada al 100%¹⁸.

B. Alimentación y bienes esenciales

Ziegler define el derecho a la alimentación como:

“El derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra por dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y garantice una vida síquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna”¹⁹.

Se viene erigiendo la idea de un derecho a la seguridad alimentaria, entendida como prerrogativa de todas las personas al acceso de alimentos suficientes, inocuos, nutritivos, culturalmente aceptables y, en lo que más nos concierne en este escenario de pandemia, a un precio accesible²⁰.

En nuestro país se persigue combatir las ramificaciones de la crisis, situando el énfasis en el control de precios. El 12/03/2020, la SCI dictó la Res. 86/2020, por medio de la cual se estableció, por 90 días, un congelamiento generalizado de precios para el alcohol en gel, retrotrayéndolo a aquellos vigentes al 15 de febrero pasado. En igual fecha el artículo 6 del Decreto 260/2020 facultó a los Ministerios de Salud y Desarrollo Productivo para que, conjuntamente, puedan fijar precios máximos para el alcohol en gel, los barbijos y otros insumos críticos, además de adoptar las medidas necesarias para prevenir su desabastecimiento²¹.

¹⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 16/03/2020, “M., I. S. c. OSDE s/ sumarísimo de salud”.

¹⁹ Informe del Relator Especial Jean Ziegler, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, doc. A/HRC/7/5, de 10 de enero de 2008, párrafo 17.

²⁰ De León Arce, Alicia, “La protección del consumidor global ante la alimentación”, en Tomillo Urbina, Jorge –Dir.–, *El Futuro de la Protección Jurídica de los Consumidores*, Navarra, Aranzadi, 2008, pág. 480.

²¹ Vid. Del Pino, Miguel – Schiariti, María Lorena, “Coronavirus: Renace la aplicación de la Ley de Abastecimiento para congelar el precio del alcohol en gel”, *La Ley Online*

El 20/03/2020, el Ministerio de Salud y el de Desarrollo Productivo emitieron la Res. Conjunta 1/2020, por la cual se definieron una serie de “insumos críticos sanitarios” (artículo 1º) y se intimó a los productores, distribuidores y comercializadores de los mismos a incrementar su actividad al máximo de la capacidad instalada (artículo 4º). El 18/03/2020, la SCI había dictado la Res. N° 98/2020, en la cual se hizo saber que se aplicará la Ley N° 20.680²².

A su turno, el Reg. Interno N° 100 del 19/03/2020 de la SCI prescribe que se deberán informar los productos incluidos en el Anexo I de la Disposición N° 55/16 de la ex SubSecretaría de Comercio Interior, con sus precio al día 6 de marzo de 2020²³.

Dicho reglamento originariamente se fijó por un plazo de 30 días; se amplió por 30 días más por Resolución 117 del 17/04/2020. Y por Res. N° 118 del mismo día se modificó el Anexo I de la Disposición N° 55/16, modificando los productos en venta cuyos precios se deben informar de modo obligatorio a través del Sistema Electrónico de Publicidad de Precios Argentinos (SEPA). Por Resolución N° 114 del 15/04/2020 SIC se había precisado la retrocesión al 06 de marzo, del precio de los termómetros (artículo 1) y barbijos (artículo 2).

También cabe agregar que, en fecha 19/03/2020, la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores emitió la Disposición N° 3/2020, mediante la cual se creó el “régimen informativo exclusivo de publicación de precios máximos de referencia para una canasta básica de productos de consumo discriminada para cada provincia”²⁴.

Ya se hizo lugar a una medida autosatisfactiva promovida por la Defensoría del Pueblo de Formosa, para que se ordene a titulares de tres comercios que den estricto cumplimiento a lo dispuesto por la Resolución 100/2020 de la SCI; respetando los precios máximos de venta al consumidor final²⁵. Así las cosas, se AR/DOC/753/2020.

²² Vid. Castro Videla, Santiago M. y Maqueda Fourcade, Santiago, “Procedimientos de imposición y de revisión de sanciones bajo la Ley de Abastecimiento. Comentario y análisis de las implicancias de los DNU 260/2020 y 297/2020 y los recientes controles de precios y producción adoptados ante la pandemia por coronavirus (COVID-19)”. Diario La Ley del 03/04/2020, págs. 1 a 7.

²³ Complementada por Res. N° 102/2020 de la SCI del 27/03/2020, por la que se resuelve que, en los comercios, debe haber un listado de precios vigentes para cada comercio en particular, no bastando un listado genérico.

²⁴ Disponible en la página web www.preciosmaximos.produccion.gob.

²⁵ Juzg. Civ. Com. N° 6, Formosa, 29/03/2020, “Defensoría del Pueblo de la Provincia de Formosa vs. El Pajarito S.A. y/u otros s. Medida autosatisfactiva”.

verifica un justificado uso de la Ley de Abastecimiento²⁶, mediante fijación de precios máximos y a través de la exigencia de cantidad de producción.

C. Servicios públicos

Cuando aludimos a servicios públicos, como categoría del acceso al consumo, no debemos confinarnos al tradicional concepto administrativista. Por el contrario, corresponde entender la noción, desde otra lógica, comprensiva de toda prestación que merezca satisfacerse para contribuir a la dignidad de la vida de la persona. Desde esta última perspectiva, el acceso a internet bien debería ser estimado como un servicio público²⁷ o, al menos, como cierta jurisprudencia ya lo ha reconocido en el marco de una relación de consumo, “una actividad asimilable a un servicio público”²⁸, y que, por tanto, merezca tutela agravada. Algo semejante cabe predicar de la telefonía celular y de ciertos servicios televisivos.

En este marco, la Ley N° 27.541 en su artículo 2.b. regló “la reestructuración tarifaria del sistema energético con criterios de equidad distributiva y sustentabilidad productiva”.

A su turno, por Decreto N° 311/2020 se dispuso que:

“Las empresas prestadoras de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV

²⁶ El artículo 2 de la Ley N° 20.680 fija entre sus potestades más relevantes, a los fines que nos ocupa, las siguientes: “a) Establecer, para cualquier etapa del proceso económico, márgenes de utilidad, precios de referencia, niveles máximos y mínimos de precios, o todas o algunas de estas medidas; b) Dictar normas reglamentarias que rijan la comercialización, intermediación, distribución y/o producción... c) Disponer la continuidad en la producción, industrialización, comercialización, transporte, distribución o prestación de servicios, como también en la fabricación de determinados productos, dentro de los niveles o cuotas mínimas que estableciere la autoridad de aplicación.... d) Acordar subsidios, cuando ello sea necesario para asegurar el abastecimiento y/o la prestación de servicios; e) Requerir toda documentación relativa al giro comercial de la empresa o agente económico... Asimismo, podrá requerir información sobre los precios de venta de los bienes o servicios producidos y prestados, como así también su disponibilidad de venta”.

²⁷ Vid. Lynn, Virginia, “El acceso al servicio de internet como servicio público”, La Ley, Cita Online: AR/DOC/2728/2010.

²⁸ Juzgado Federal N° 3 de Mar del Plata, 27/08/2010, “Asociación de consumidores s/amparo (Exp. N° 50000)”. Vid. Rosales Cuello, Ramiro y Guiridlian Larosa, Javier D., “Acciones colectivas y derechos del consumidor”, La Ley, t. A, 2011, pág. 460.

por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital, no podrán disponer la suspensión o el corte de los respectivos servicios a los usuarios y las usuarias... en caso de mora o falta de pago de hasta TRES (3) facturas consecutivas o alternas, con vencimientos desde el 1° de marzo de 2020. Quedan comprendidos los usuarios con aviso de corte en curso” (artículo 1).

El inc. 1 del artículo 3 enuncia cuáles son los usuarios residenciales beneficiados.

Algunas provincias, como Buenos Aires, adhirieron al Decreto 311/2020, y expresamente legislaron que los prestadores de los servicios públicos locales, como los de distribución de energía eléctrica y de agua potable y desagües cloacales, no puedan suspender servicios a los usuarios²⁹.

Es dable encontrar normas proteccionistas semejantes en el derecho comparado. En Guatemala, con destino a todos los usuarios, se decidió la prohibición de cortes por pagos atrasados por 90 días, de los servicios de agua, energía eléctrica, telefonía domiciliar y celular e internet³⁰.

En Portugal, el Reglamento ERSE N° 255-A/2020 regla que un usuario doméstico de electricidad o gas natural no puede ser interrumpido en la prestación del servicio antes de que se envíe un aviso por escrito con al menos 50 días de anticipación. El artículo 4-1 de tal Reglamento prescribe que los consumidores tendrán derecho al pago fraccionado del monto de la factura, sin intereses de demora por los 30 días agregados según los términos del Reglamento. Asimismo, el 8 de abril pasado se aprobó una ley en la Asamblea de Portugal que prohíbe la interrupción del suministro de servicios públicos esenciales de electricidad, gas, agua y comunicaciones electrónicas e impone la elaboración de un plan de pago por los montos adeudados por estos servicios.

En España, el Real Decreto-Ley N° 11/2020 de 31 de marzo también prohíbe la suspensión de la prestación de servicios para la prestación de servicios públicos esenciales, como electricidad, gas natural o agua, en la residencia habitual de consumidores (artículo 29).

El artículo 2 de la Ley N° 1294 de Bolivia del 01/04/2020 instituye que, entre tanto dure la declaratoria de emergencia por la pandemia del Coronavirus, todas las empresas públicas, privadas y cooperativas que presten servicios básicos, deben

²⁹ Decreto N° 194/2020 del 02/04/2020 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Bs. As.

³⁰ Ley N° 5716 del 17/03/2020.

garantizar la continuidad de sus servicios. Asimismo, se establece que los pagos por los servicios de los usuarios deben ser diferidos sin multas ni sanciones, por el tiempo que dure la declaratoria de emergencia por la pandemia del Coronavirus, no debiendo realizarse el corte del servicio por falta de pago. Se reduce en un 50%, el pago mensual de la facturación de las tarifas de los servicios básicos de agua potable, electricidad y gas domiciliario mientras dure la declaratoria de emergencia por la pandemia, otorgándose un lapso de 3 meses posteriores al levantamiento de la emergencia para la regularización de los pagos correspondientes.

Así, la lógica de prohibición de interrupción de servicios esenciales es el denominador común en las políticas de emergencia consecuencia de la pandemia.

D. Vivienda

Preliminarmente cabe tener presente que se ha llegado a asentir que el derecho al acceso a una vivienda digna tiene fundamento en el artículo 42 de la Constitución³¹. Consecuentemente, atenuar los efectos nocivos de la crisis sobre la vivienda se muestra como una precaución central en la legislación de emergencia promovida.

Ley N° 27.541 en su artículo 60 prescribía que el BCRA evaluaría las consecuencias del sistema de préstamos UVA para la adquisición de viviendas y los sistemas de planes de ahorro para la adquisición de vehículos automotor, y sus consecuencias sociales y económicas. Lo más llamativo es la postulación legislativa de que: “(se) estudiará mecanismos para mitigar sus efectos negativos atendiendo al criterio del esfuerzo compartido entre acreedor y deudor”.

Ya se verificaban precedentes que se venían orientando hacia la adecuación contractual. Una medida cautelar innovativa dispuso que las partes renegocien los términos de un crédito UVA, para que pueda ser abonado por el deudor. El fallo resolvió que el monto de la cuota no podía tener una incidencia superior al 20% del salario bruto que el moroso percibe³².

³¹ Fernández, Pablo D., (2015), “El acceso a la vivienda social como base de tutela consumeril. ¿El pre – adjudicatario de una vivienda social es un consumidor tutelado por el microsistema implementado por la Ley N° 24.240?”, La Ley Litoral, Buenos Aires, La Ley, págs. 483 y siguientes.

³² Juzgado en lo Civil y Comercial n° 4 de Dolores, 16/12/2019, “Pieron Oscar Ebert c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires (Sucursal General Lavalle) s/ Medidas cautelares (Traba/levantamiento)”.

Indudablemente, las dos normas de mayor impacto en la temática que nos ocupa son los Decretos N° 319 y 320 ambos del 29/03/2020.

i). El primero se orienta a la protección de la vivienda, pero incluye también a ciertas herramientas de trabajo. Implanta el congelamiento del valor de la cuota de los créditos hipotecarios UVA. El artículo 2 expresa que:

“... hasta el día 30 de septiembre del año en curso, la cuota mensual de los créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino por la parte deudora o quienes la sucedan a título singular o universal, no podrá superar el importe de la cuota correspondiente, por el mismo concepto, al mes de marzo del corriente año”.

Como se verá, no garantiza la ausencia de pago. Prescribe que la diferencia entre el precio “congelado” y el “contractual” corre por cuenta del usuario, pero el artículo 6 aclara que:

“La diferencia entre la suma de dinero que hubiere debido abonarse según las cláusulas contractuales y la suma de dinero que efectivamente corresponda abonar por aplicación del congelamiento del monto de las cuotas... podrán abonarse en, al menos, TRES (3) cuotas sin intereses, mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas, en la misma fecha del vencimiento de la cuota del crédito que contractualmente correspondiere al mes de octubre del corriente año”.

Luego añade que no se aplicarán intereses moratorios, compensatorios, ni punitivos ni otras penalidades previstas en el contrato. Y faculta a que las partes pacten una forma de pago distinta, pero en ningún caso más gravosa que la descripta.

En cuanto a las deudas por falta de pago generadas desde la fecha de entrada en vigencia del Decreto 319/2020 y hasta el 30 de septiembre del año en curso, originadas en la falta de pago, en pagos realizados fuera de los plazos contractuales pactados, o en pagos parciales, podrán abonarse en, al menos, 3 cuotas mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas, en la

misma fecha del vencimiento de la cuota del crédito que contractualmente correspondiere al mes de octubre del corriente año. En este caso, podrán aplicarse intereses compensatorios, los que no deberán exceder la tasa de interés para plazos fijos en pesos a 30 días, que paga el BNA; pero no se reclamarán intereses moratorios, punitivos ni ninguna otra penalidad.

Lo relatado se complementa con la suspensión, hasta el 30 de septiembre del año en curso, de las ejecuciones hipotecarias, judiciales o extrajudiciales, en las que el derecho real de garantía recaiga sobre los inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino por la parte deudora o quienes la sucedan a título singular o universal. Asimismo, se suspenden los lanzamientos ya ordenados, que no se hubieran realizado a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto (artículo 3).

Igual temperamento se adopta para las ejecuciones correspondientes a créditos prendarios actualizados por UVA.

Metodologías proteccionistas semejantes se han expandido en el derecho comparado.

En Portugal por Decreto-Ley N° 10-J/2020 del 26 de marzo de 2020, en el artículo 4.º-1-c), se dispusieron medidas excepcionales en los créditos adquiridos para viviendas. Se suspendieron los pagos del capital y todos los demás cargos. Sin embargo, la suspensión no es total, ya que, según los términos del artículo 4-3-c), la prórroga no da lugar a ninguna “suspensión de intereses adeudados durante el período de prórroga, que se capitalizará en el monto del préstamo con referencia al momento en que vencen a la tasa del contrato vigente”. Por lo tanto, el consumidor puede no pagar las cuotas durante el período previsto, pero los intereses se deben para este período, incluidos los intereses sobre intereses.

En España, el Real Decreto-Ley N° 11/2020 de 31 de marzo contiene diversas normas para la protección de los consumidores vulnerables con respecto a los préstamos hipotecarios y no hipotecarios (artículos 16 y ss.).

ii). Por su parte, el anticipado Decreto N° 320/2020 instituye una serie de medidas de asistencia en el ámbito de las locaciones.

Preliminarmente, es dable recordar que las leyes de emergencia en relación con la locación no es una temática nueva. Desde la década del 20º del siglo pasado se deliberó la constitucionalidad de leyes semejantes. La Ley N° 11.157 cuyo texto disponía la prohibición de cobrar por dos años, contados desde su

promulgación, un precio mayor al que se pagaba en enero de 1920. La CSJN en el conocido “Ercolano c. Lanteri de Renshaw” del 28/4/1922³³ juzgó la constitucionalidad del congelamiento de los alquileres. Ese discernimiento también fue expuesto en “Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.” del 7/12/1934³⁴. Allí las circunstancias en controversia eran semejantes a las impuestas por el Decreto bajo estudio. En tal pronunciamiento, la Corte sostuvo que la moratoria dispuesta mediante la Ley N° 11.741, para el pago del capital y los intereses en obligaciones garantizadas con hipoteca, tanto como la limitación a la tasa de interés aplicable, era justa y razonable como reglamentación de los derechos contractuales.

En materia de desalojos, el criterio se mantuvo. El Cívero Tribunal Federal, en el caso “Nadur, Amar c/ Borelli Francisco” del 15/05/1959³⁵, confirmó la paralización de un procedimiento de desalojo, en tanto se encontraba vigente la Ley de emergencia N° 14.438, que así lo ordenaba.

El Decreto sub examen, por el término de 6 meses y hasta el 30 de septiembre prorrogable, regló la suspensión de desalojo de inmuebles (artículo 2) aunque la norma no lo diga por falta de pago; la prórroga de pleno derecho de la vigencia de ciertos contratos en curso de ejecución, a opción del locatario (artículo 3); el congelamiento del precio de los alquileres, tomando como precio el monto del alquiler de marzo (artículo 4). No se trata de una reducción del precio contractual, sino que las diferencias del “congelamiento” de los alquileres, esto es, la diferencia entre el monto convencional y el precio de marzo 2020, deben ser abonadas, por lo menos, en tres cuotas (o sea, diciembre) y como máximo seis cuotas (o sea, marzo de 2021), mensuales, iguales y consecutivas. La primera vencería junto con el alquiler de octubre, y no podrán aplicarse intereses (moratorios, compensatorios, punitivos) ni otras penalidades previstas en el contrato (artículo 6).

En cuanto a las deudas por falta de pago (por ejemplo, pagos realizados fuera de término o pagos parciales) que se generen desde la vigencia del Decreto y hasta el 30 de septiembre, se adopta un mecanismo semejante. Deben abonarse por lo menos en tres y como máximo seis cuotas, mensuales, iguales y consecutivas. La primera cuota vencería con el alquiler de octubre, y a diferencia del

³³ Fallos: 136:170.

³⁴ Fallos: 172:21.

³⁵ Fallos: 243:449.

caso anterior, podrán aplicarse intereses compensatorios pero no punitivos, moratorios ni ninguna otra penalidad (artículo 7). En consecuencia, la deuda no devenga penalidades pactadas en el contrato, ni intereses de ningún tipo (con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 7), ni cláusula penal, Aunque sí devengará en caso de falta de pago a partir de su mora (v.gr., desde octubre, noviembre o diciembre). Y ahí sí pareciera que debe aplicarse lo pactado en el contrato originario³⁶.

Explica Trivisonno que los supuestos contemplados en el Decreto 320/2020 pueden agruparse en 3 grandes grupos: 1) Locaciones inmobiliarias con destino habitacional. Se tratan no solo de locaciones de inmuebles íntegros, sino también de habitaciones o partes de inmuebles, siempre que el destino sea vivienda. 2) Locaciones de inmuebles destinados a actividades culturales o comunitarias. 3) Locaciones de inmuebles con destino económico³⁷. Los incisos 1 y 2 del artículo 9 dan cuenta, con mayor claridad, de contratos de locación “de consumo”.

Para que sea viable el beneficio, deben tratarse de vencimiento posterior al 20 de marzo del corriente. Pero también se subsume en el régimen de excepción, si el contrato venció antes del 20 de marzo de 2020, pero se produjo el supuesto previsto en el artículo 1218 del CCyC³⁸.

Además, es necesario que la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la locataria, sus continuadores/as, sus sucesores/as por causa de muerte o bien de sublocatarios/as, si los hubiere.

Pero la norma no es tan gravosa para el locador. Primero, no se trata de una condonación. Y expresamente se instala que la extensión del plazo contractual implicará la prórroga, por el mismo período, de las obligaciones de la parte fiadora (artículo 3), las que permanecerán vigentes hasta la total cancelación de la deuda (artículos 6 y 7). Compartimos el razonamiento de Leiva Fernández que

³⁶ Leiva Fernández, Luis F. P., “Annus horribilis: la emergencia locativa en 2020 (La historia no se repite)”, Suplemento Alquileres y Coronavirus, diario La Ley del 14/04/2020, pág. 5.

³⁷ Trivisonno, Julieta B., “Primeras aproximaciones acerca del DNU 320/2020. Las locaciones inmobiliarias en el marco de la emergencia sanitaria”, El Derecho, 17 de abril de 2020, año LVIII, ED 287, pág. 2.

³⁸ “Continuación de la locación concluida. Si vence el plazo convenido o el plazo mínimo legal en ausencia de convención, y el locatario continúa en la tenencia de la cosa, no hay tácita reconducción, sino la continuación de la locación en los mismos términos contratados, hasta que cualquiera de las partes dé por concluido el contrato mediante comunicación fehaciente”.

propone repensar sobre el nuevo alcance asignado a las obligaciones del fiador, a la luz del artículo 7 del CCyC y la protección del artículo 17 del CN³⁹.

La concesión del artículo 4, en el sentido que el congelamiento no se aplicará si el locador se encontrara en un grupo vulnerable (artículo 10), constituye una atípica contemplación de la vulnerabilidad de la parte fuerte en abstracto en la relación contractual, bajo el presupuesto de que existe un segmento de locadores a los que el sacrificio les resultará excesivamente gravoso. Es plausible esta novedosa legislación de la noción de vulnerabilidad, que invita a progresar en una mirada –de las relaciones contractuales– construida a partir de la búsqueda de igualdad real. Ahora bien, opinamos que el diseño de la excepción es perfectible, en tanto que la simple idea de dependencia –del locador– del canon convenido “para cubrir sus necesidades básicas” resulta una locución demasiado vaga, y tal laxitud tiene la potencia de hacer peligrar toda la loable construcción protectoria del Decreto. Por lo que estimamos, de lege ferenda, que hubiera sido preferible la sujeción a algunos parámetros más objetivos (vgr. que el locador solo posea un inmueble en locación). Si bien, somos conscientes que precisamente en la flexibilidad radica la riqueza normativa que permite contemplar las variabilidades de la debilidad contractual, tamaño indeterminación puede beneficiar el ejercicio abusivo del derecho. Ante ello, el artículo 10 deberá merecer una hermenéutica restrictiva.

Ahora bien, nos preguntamos si la vulnerabilidad reglada en el artículo 10 puede invocarse frente a un locatario también en situación de debilidad, como lo es el consumidor, de modo estructural. Entendemos que la excepción prevista en el artículo 10 debe ponderarse con el derecho fundamental y humano a la vivienda y los principios que emergen de tales microsistemas protectorios de los consumidores y de los derechos humanos, lo que arrojará una contestación negativa al interrogante, a fortiori en casos de consumidores hipervulnerables.

2. Regulación de otros intereses

E. Educación

La educación privada constituye uno de los ejes cardinales del debate sobre las consecuencias negativas en relaciones de usuarios.

³⁹ Leiva Fernández, Luis F. P., “Annus horribilis: la emergencia locativa en 2020 (La historia no se repite)”, Suplemento Alquileres y Coronavirus, diario La Ley del 14/04/2020, pág. 3.

Tal vez por ello, los colegios privados en convenio con el Ejecutivo Nacional acordaron congelar el valor de los aranceles hasta que concluyan las medidas de aislamiento social y preventivo obligatorio; y retrotraer los aumentos que se hubieren producido con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto N° 260/2020. Asimismo se han comprometido a flexibilizar, reprogramar o extender las fechas de vencimientos de pago de cuotas o aranceles, restringir los recargos financieros por mora en el pago (intereses), y suprimir las multas y otras penalidades o accesorias durante un plazo no menor al del aislamiento social y preventivo obligatorio⁴⁰. Aunque parecería que estas medidas son exiguas a la par del restante plexo normativo de emergencia.

F. Intereses económicos (créditos)

Las medidas adoptadas para combatir la pandemia innegablemente generarán un enérgico impacto nocivo en el sistema financiero, afectándose los intereses económicos de los consumidores, que también gozan de “fundamentalidad” (artículo 42 CN).

A través de la Comunicación A 6949 del 01/04/2020, el BCRA decidió postergar los vencimientos de las tarjetas de crédito hasta el 13 de abril, fecha en que finalizaba la segunda etapa de la cuarentena obligatoria. También se recortó la tasa de interés para los saldos de financiaciones vinculadas a tarjetas de crédito del 55% al 49% para los resúmenes que reciban los usuarios con consumos que venzan a partir del 1 de abril.

Luego, mediante Comunicación A 6964 del 10/04/2020, se resolvió que las entidades financieras deberán refinanciar en forma automática los vencimientos de tarjetas de crédito ocurridos entre el 13 de abril y hasta el 30 de abril. Los saldos impagos se abonarán a un año, con un plazo de gracia de 3 meses y 9 cuotas a partir del cuarto, con lo que las cuotas comenzarán a pagarse en agosto. También se bajó la tasa que se cobra por ese financiamiento, del 49% al 43% por interés compensatorio (que no es el Costo Financiero Total, el que será mayor), y se eliminó el punitivo. Los saldos refinanciados podrán ser pre cancelados total o parcialmente en cualquier momento y sin costo, excepto el interés compensatorio devengado hasta la pre cancelación cuando el cliente lo requiera.

⁴⁰ <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/coronavirus-gobierno-recomienda-colegios-privados-congelar-cuotas-nid2350190>.

Otra norma interesante prevé que el rechazo de cheques por falta de fondos puede deberse a la situación de pandemia y no necesariamente a un inadecuado uso del instrumento por parte de los libradores, por lo que el Decreto 312/2020 suspende la obligación de proceder al cierre de cuentas e inhabilitación que determina el artículo 1 de la Ley N° 25.730 y la aplicación de las multas allí contempladas, al menos hasta el 30 de abril del corriente.

También se destaca la Res. General 14 de IGJ del 10/04/2020, que resuelve:

“Las entidades administradoras de planes de ahorro bajo modalidad de ‘grupos cerrados’, deberán ofrecer a los suscriptores ahorristas y adjudicados titulares de contratos cuyo agrupamiento se haya producido con anterioridad al 30 de septiembre de 2019, la opción de diferir la alícuota y las cargas administrativas... El diferimiento podrá hacerse sobre hasta un máximo de doce (12) cuotas consecutivas por vencer al momento de ejercerse la opción...” (artículo 1).

El diferimiento deberá ser ofrecido a partir de la fecha de vigencia de esta resolución y mantenerse por un plazo que vencerá el 30 de agosto de 2020. Todo ello de conformidad con el procedimiento fijado en el artículo 3⁴¹; y para los sujetos mencionados en el artículo 2, que incluye a los

“suscriptores con contratos vigentes, en período de ahorro y adjudicados, y en este caso hayan o no recibido el vehículo, y también aquellos cuyos contratos a la fecha de vigencia de la presente y desde el 1° de abril de 2018, se hallen extinguidos por renuncia, rescisión o resolución, los cuales deberán al momento de ser adjudicados cancelar el importe de las cuotas en mora”.

Se descarta a los suscriptores que hayan promovido causas judiciales y obtenido medidas cautelares con incidencia sobre el pago de sus cuotas y que se mantengan en tal situación a la fecha de vencimiento del plazo para ejercer la opción.

⁴¹ “De las doce (12) o menor cantidad de cuotas consecutivas por vencer sobre las que podrá ejercerse la opción, se diferirán los porcentajes siguientes: a) de las últimas cuatro (4) o menor cantidad se diferirá un diez por ciento (10%); b) de las cuatro (4) anteriores o menor cantidad, un veinte por ciento (20%); c) de las cuatro (4) primeras o menor cantidad, un treinta por ciento (30%)...”.

Nada dice sobre los suscriptores en mora, por lo que podría deducirse que se encuentran incluidos entre los beneficiarios.

En Bolivia, la Ley N° 1294 del 01/04/2020 también resolvió enérgicas medidas tendientes a aliviar el sistema financiero. El artículo 1 ordena que las entidades de intermediación financieras deben realizar el diferimiento automático del pago de las amortizaciones de crédito a capital e intereses, y otro tipo de gravámenes del sistema crediticio, por el tiempo que dure la emergencia y otorgando un lapso máximo de hasta 6 meses posteriores al levantamiento de la declaración de emergencia; no pudiendo incrementarse la tasa de interés ni la ejecución de sanciones y penalizaciones por mora.

Normas intervencionistas como las descriptas devienen indispensables para evitar que la crisis en el sistema financiero arroje, como esperable secuela, una probablemente alta cantidad de situaciones de sobreendeudamiento de consumidores⁴², y con ello de posibles “quiebras de consumidores”, con el corolario dañino que ello conlleva para todos los actores del mercado.

G. Turismo

Indubitablemente el mercado del turismo, hotelería y viajes es uno de los que mayor impacto recibió como consecuencia de la pandemia.

Los usuarios se encontraron en una situación de incertidumbre que buscó despejarse con la Res. N° 131/2020 del 17/03/2020 que prescribió que “los Agentes de Viaje y los establecimientos hoteleros de la Argentina deberán devolver a los turistas usuarios toda suma de dinero que hubieren percibido en concepto de reserva por alojamientos a ser usufructuados durante el período comprendido entre la fecha de entrada en vigencia de la presente medida (18 de marzo) y el 31 de marzo del año en curso”. La norma incluye los servicios de hotelería, excursión, crucero, etc. radicados en el exterior, en la medida en que hayan sido contratados a través de intermediarios locales. Inclusive cierta doctrina expande la solución a cualquier alojamiento o servicio contratado dentro de este periodo, sin mayores distingos⁴³.

Por su parte, el artículo 9 del Decreto N° 260/20 había suspendido los vuelos

⁴² Sobre el particular, remitimos al exhaustivo trabajo sobre el particular: Japaze, Belén, (2017), *Sobreendeudamiento del Consumidor*, Bibliotex, Tucumán.

⁴³ Así Matteri, Juan I. C. y Riccardi, Gisela, “El Contrato de Turismo y el COVID-209 ¿Cómo hacer respetar nuestros derechos como consumidores frente a la pandemia?”, *IJ Editores*, 30-03-2020, Cita: *IJ-CMXIV-717*.

internacionales de pasajeros provenientes de las “zonas afectadas”, durante el plazo de treinta días prorrogables. Los consumidores –que se encuentran en el exterior– tendrán que debatir si este supuesto encuadra en la imposibilidad o en la suspensión de cumplimiento, a los que referiremos infra.

En el ámbito del turismo, la única novedad de la Unión Europea, durante la pandemia, ha sido la Comunicación de la Comisión del 18 de marzo de 2020, con directrices interpretativas sobre los derechos de los pasajeros en el contexto de la pandemia. En este documento se argumenta que la cancelación resultante de las medidas restrictivas se debió a circunstancias extraordinarias, a los efectos del artículo 5.3 del Reglamento 261/2004, que establece que la compañía aérea no está obligada a pagar una indemnización a los pasajeros. Naturalmente, el consumidor goza del derecho al reembolso del precio total, previsto en los artículos 5-1-a) y 8-1-a) de dicho Reglamento. Ese reembolso, según la legislación de la Unión Europea, debe hacerse dentro de un período máximo de siete días, “en efectivo, mediante transferencia bancaria electrónica, órdenes de pago bancarias, cheques o, con el acuerdo por escrito del pasajero, a través de vales de viaje y / u otros servicios”. Por lo tanto, el pasajero no tiene que aceptar ninguna solución que implique reprogramar el viaje o asignar un cupón para su uso posterior.

En cambio, el apartado 4 del artículo 36 del Real Decreto–Ley N° 11/2020, de 31 de marzo de España, permite, en el caso de viajes cancelados, que el profesional asigne un comprobante al consumidor, para ser utilizado dentro de un año después del final del estado de emergencia. El consumidor puede exigir el reembolso total de la cantidad pagada si no ha utilizado, lo que significa que solo podrá recibir la cantidad en cuestión al menos un año después del final del estado de emergencia (el comerciante aún tendrá 60 días para reembolso). Se trata de un régimen, a diferencia del comunitario, que pone el énfasis en la protección del empresario⁴⁴.

Semejante legislación han sancionada Italia (dec.–Ley N° 18, de 17/03/2020) y Francia modificando su Código de Turismo (18 meses)⁴⁵.

⁴⁴ Morais Carvalho, Jorge, “Direito do Consumo em tempos de pandemia – O efeito das crises no nível de protecao dos consumidores”, Observatorio.almedina.net, www.almedina.net.

⁴⁵ Arcos Valcárcel, Sandra S., “Contratos turísticos y COVID-19: principios generales para la adecuada renegociación de los contratos de prestaciones turísticas. Una mirada superadora”, Suplemento Contratos y Coronavirus, diario La Ley del 22/04/2020, pág. 17.

En Portugal, el artículo 11 del Decreto Ley N° 10-A/2020 de 13 de marzo, ratificado por la Ley N° 1-A/2020 de 19 de marzo, determina que las agencias u otras entidades que organizan viajes están obligados a reprogramarlos, a menos que las partes acuerden lo contrario. No está claro el alcance de este régimen, ya que la legislación portuguesa ordinaria⁴⁶ permitiría al viajero a rescindir el contrato y a un reembolso completo de los pagos realizados (25 párrafos 4 y 5).

En nuestro país ya median precedentes sobre el tópico. Se admitió una medida cautelar que procura la reprogramación del viaje a Europa contratado, sin penalidad o “costos adicionales”, pues los lugares de destino se encuentran seriamente comprometidos por la pandemia⁴⁷. Ello obedeció a un contexto social donde, ante el reclamo de los consumidores por la devolución del dinero o la subsidiaria posibilidad de cambiar las fechas de su viaje, las primeras respuestas de las empresas aéreas exigían penalidades contractuales.

En ese marco, cabe anticiparse a las posibles problemáticas que se suscitarán. En caso de cancelación de un vuelo, un paquete turístico o una estadía hotelera, a priori las empresas no serían responsables de los daños provocados por dichos incumplimientos, perviviendo indiscutiblemente su obligación de devolver al usuario la contraprestación en dinero recibida. Del mismo modo, los usuarios tampoco serán responsables ante las empresas por las cancelaciones efectuadas, por lo que no deberán soportar penalidades o multas por cancelación. Tampoco deberían sufrir la aplicación de “diferencias tarifarias”, las que normalmente son impuestas sin la información adecuada. Y es del caso recordar que la información constituye uno de los más trascendentales derechos fundamentales de los consumidores (artículo 42 CN); y que no cualquier información satisface el recaudo⁴⁸. Se reclama que sea adecuada, veraz, cierta, clara, detallada, gratuita, de fácil comprensión, pertinente, completa, suficiente, eficaz, objetiva, absoluta, oportuna, transparente, por medios apropiados, entre otras características⁴⁹.

⁴⁶ Decreto-Ley N° 17/2018, de 8 de marzo.

⁴⁷ Juzgado Contencioso Administrativo de San Juan, 12/03/2020, “Ibáñez, Mariela y otros c/Falabella Viajes y Latam Airlines Group s/amparo”.

⁴⁸ Para un tratamiento exhaustivo del derecho a la información, recomendamos Chamatropulos, Demetrio A., Estatuto del Consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2da ed., 2019, págs. 303 a 369.

⁴⁹ Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia del 17/01/2005, “Agua Pura Rovic S.A.C.”, expte. 3315-2004-AA/TC, por ejemplo: f) 9, f (principio de veracidad), f) 9, e (principio de transparencia).

Ahora bien, subyace en el pensamiento de un sector de la doctrina que, antes que acceder a la devolución requerida por todos los consumidores, convalidaría buscar otro tipo de equilibrio entre la protección de los pasajeros y las realidades de las aerolíneas, para evitar la quiebra de estas⁵⁰. No podemos dejar de advertir que esa búsqueda de equilibrio, ejercida abusivamente, fácilmente se trasladará en costos para el consumidor y, con bastante simpleza, puede traducirse en corolarios lesivos de los derechos fundamentales que derivan del artículo 42 CN, y de los derechos humanos con los que se solapan⁵¹.

Una cuestión que ya se encuentra en debate es qué acontece cuando, ante un pedido de devolución por parte de un consumidor, la compañía aérea desestima expresamente la pretensión u ofrece otra alternativa no accedida por el consumidor (como por ejemplo la reprogramación del viaje). Ante ello, le corresponde o no a las agencias o intermediarias proceder a la devolución de las sumas abonadas. El artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) impone una responsabilidad objetiva y solidaria –salvo comprobación de ajenaidad– a la agencia intermediaria, organizadora y prestadora de servicios⁵². Tal discernimiento debería extrapolarse a la relación entre hoteles y propietarios de departamentos e intermediarios (tales como Booking y Airbnb).

No obstante, algunas voces, con disímil alcance, rechazan la atribución de solidaridad a la agencia. Hay quienes rechazan que la agencia sea responsable solidaria⁵³; otros lo reconocen, pero lo exceptúan en el caso concreto por el caso fortuito que implica la pandemia⁵⁴.

Por su parte, no puede dudarse de la prevalencia de la LDC sobre la Con-

⁵⁰ Así Barreiro, Karina M., “Coronavirus y la mayor crisis del turismo. Cancelaciones y responsabilidad de las empresas”, *Turismo y Coronavirus, La Ley*, Buenos Aires, T. 2020–B, pág. 2. En igual sentido: Koulinka, Andrea L., “El impacto del COVID–19 en el turismo”, *Turismo y Coronavirus, La Ley*, Buenos Aires, T. 2020–B, pág. 4.

⁵¹ Sahián, José H., (2018), *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores. Diálogo con los derechos humanos*, La Ley, Buenos Aires, págs. 442–465.

⁵² Cruz Matteri, Juan I. y Brandone, María M., “Lo que nos va a dejar el COVID–19: demandas por incumplimiento de contratos de servicios de turismo”, *Turismo y Coronavirus, La Ley*, Buenos Aires, T. 2020–B, pág. 6.

⁵³ Así: Barreiro, Karina M., “Coronavirus y la mayor crisis del turismo. Cancelaciones y responsabilidad de las empresas”, *Turismo y Coronavirus, La Ley*, Buenos Aires, T. 2020–B, pág. 2.

⁵⁴ Así: Koulinka, Andrea L., “El impacto del COVID–19 en el turismo”, *Turismo y Coronavirus, La Ley*, Buenos Aires, T. 2020–B, pág. 5.

vención Internacional de Bruselas de 1970 (Ley N° 19.918), normativa de agencias de viaje⁵⁵ o de navegación⁵⁶.

Finalmente cabe subrayar que, en algunos contratos, el derecho a la información de los consumidores se expande, hasta exigir un derecho al consejo, de advertencia, llegando incluso la “obligación de informar el riesgo” a confundirse con el alea propia de algunos contratos complejos⁵⁷; lo que bien podría ser predicado respecto de ciertas contrataciones vinculadas al turismo, donde el deber de información no se agotaría en la simple transferencia de datos, sino que requeriría ese plus subjetivo que supone el consejo y la advertencia. Tal ausencia de información generaría la activación de todo el plexo de mecanismos de la LDC. Así cabe recordar que ya se ha juzgado que:

“Las empresas que actuaron como organizadora y operadora de un viaje a Egipto que, ante un estado de guerra civil de público conocimiento que se vivía en el lugar de destino, optaron por ejecutar mecánicamente el plan prestacional en lugar de informar a los viajeros el real estado de cosas y ofrecerles suspender o reprogramar el viaje deben responder por las consecuencias dañosas derivadas de esa conducta...”⁵⁸.

3. Hipervulnerables

El derecho de acceso al consumo debe robustecerse ante situaciones de agravada inferioridad, subordinación o indefensión. El tratamiento de la problemática de los denominados consumidores hipervulnerables ha cobrado especial trascendencia en los últimos años, habiendo gozado en algunos casos de recepción legislativa⁵⁹. La inferioridad agudizada del hipervulnerable puede residir en ciertas

⁵⁵ Echevesti, Carlos y Silvestre, Norma, (2006), Responsabilidad civil de las agencias de viajes, La Ley, Bs. As., pág. 39.

⁵⁶ CNCiv. y Com. Fed., sala III, “Meraviglia, Graciela R. c. Costa Cruceros SA s/lesión y/o muerte de pasajero”.

⁵⁷ Vid. Sahián, José H., (2018), “Dimensión constitucional y convencional del derecho a la información”, Revista de Direito do Consumidor, Número 119, Septiembre–Octubre, Revista dos Tribunais – Thomson Reuters, San Pablo, págs. 311–348.

⁵⁸ CNCiv., sala A, 24/08/2015, “M. V. T., B. y otro c. Julia Tours SA y otros/ daños y perjuicios”.

⁵⁹ Tal el caso del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, cuyo artículo 39, pará-

condiciones físicas o personales, como ocurre con los niños, niñas y adolescentes, las personas con alguna discapacidad⁶⁰, las personas ancianas⁶¹, en situación de pobreza⁶² o socialmente desfavorecidas⁶³ y quienes carecen de la necesaria dotación cultural, sea estructural (analfabetos o analfabetos relativos) o coyuntural (emigrantes o turistas)⁶⁴, entre otros.

Esta especial condición de los consumidores ha sido tenida en cuenta por la legislación de emergencia que nos ocupa. La Ley N° 27.541 en su artículo 2.º prescribe que se debe “procurar el suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social...”.

El artículo 37 del Real Decreto–Ley N° 11/2020, de 31 de marzo de España tiene como objetivo implícito proteger a los consumidores hipervulnerables por adicción a juegos y apuestas, en la época de aislamiento que implica la pandemia. Para ello, se prohíbe la publicidad que se refiera expresa o tácitamente a “la situación excepcional resultante de la enfermedad de COVID-19 o que atraiga el consumo de actividades de juego en este contexto”.

En este sentido, la Corte Interamericana, en un comunicado del 14 de abril pasado manifestó que:

grafo IV, regla como práctica abusiva el hecho de prevalerse de la ignorancia, edad, salud o condición social del consumidor, para imponerle sus productos o servicios. En las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor de 2015 se verifican diversas referencias a los consumidores en situación vulnerable y de desventaja (artículos 5º apart. B, 11 apart. A, 42, 77). El Código de Consumo Francés alude a este concepto en su artículo 121-1; y el Digesto italiano hace lo propio en los artículos 4 y 20.

⁶⁰ CSJN, 22/4/2008, “Ledesma, María Leonor c. Metrovías SA”, Fallos: 331:819, considerando 9.

⁶¹ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 26/07/2002, “Bloise de Tucci, Cristina c. Supermercado Makro S.A.”.

⁶² Conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, Argentina – 2011), Comisión 8: Categoría jurídica de los consumidores: “... 1) Tratándose de consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales tales como la minoridad, la ancianidad, la pobreza o la marginalidad, entre otras, debería acentuarse el principio protectorio...”.

⁶³ Cavanillas Múgica, Santiago, (1990), “La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos”, Estudios sobre Consumo, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo, núm. 18, págs. 44–45.

⁶⁴ Garrido Cordobera, Lidia M. R., “La protección del consumidor turista”, La Ley, t. C, 2012, pág. 1337.

“Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia”.

III. Tutela de las consecuencias de la emergencia sobre las relaciones contractuales y de consumo

1. *Diálogo de fuentes*

Las estrategias de defensa de los intereses de los consumidores deben construirse en clave de diálogo de fuentes. La solución debe buscarse en el microsistema de Derecho del Consumidor, pero en comunicación horizontal con el sistema civil y comercial. Asimismo, por mandato expreso del artículo 3 de la LDC, debe mediar una especial vinculación con las leyes del mercado: N° 27.442 de defensa de la competencia, Decreto 274/2019 de competencia desleal y la Ley N° 20.680 de abastecimiento.

La solución debe involucrar indefectiblemente un diálogo vertical, para no perder de vista el fortalecimiento de los derechos fundamentales de los consumidores (artículo 42 de la CN) y derechos humanos⁶⁵ con los que se yuxtaponen⁶⁶.

2. *Herramientas sistémicas*

⁶⁵ Fantini, Nicolás, (2020), “El desafío del Estado de derecho frente a la pandemia. Democracia global y estado de excepción”, *El Derecho y el Coronavirus*, 01-04-2020, *Lejister*, Cita: IJ-CMXIV-785.

⁶⁶ Sahián, José H., (2018), *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores. Diálogo con los derechos humanos*, op. cit., 442-465.

A. Prevención

El régimen de prevención inserto en los conocidos artículos 1710 a 1713 del CCyC, se perfeccionan, en materia contractual, con el artículo 1032 del CCyC al que se hará infra referencia.

En nuestra doctrina se han postulado diversas exégesis acerca de los supuestos previstos en el artículo 1710⁶⁷. Galdós, con toda su autoridad en el tema, distingue tres acciones: evitar la producción del daño (inc. a); evitarlo o disminuirlo adoptando un comportamiento más exigente (inc. b); no agravarlo (inc. c)⁶⁸.

Los dispositivos proporcionan un andamiaje normativo, a partir del cual se puede justificar que la pretensión preventiva de los consumidores pueda encarilarse mediante: medidas cautelares clásicas, tutela anticipada autónoma, autosatisfactivas, mandatos preventivos, sentencia anticipada despachada como cautelar innovativa, medidas preventivas genéricas y específicas de derecho sustancial.

B. Caso fortuito o fuerza mayor

Pacíficamente se admite que esta pandemia encuadra en la clásicas figura del caso fortuito o fuerza mayor⁶⁹, en tanto se trata de un acontecimiento imprevisible o irresistible⁷⁰. Su principal efecto es la exoneración de la responsabilidad

⁶⁷ “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

⁶⁸ Galdós, Jorge M. “La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Diario La Ley del 07/04/2020, pág. 4.

⁶⁹ Así: Massa, Héctor R., (2020), “Pandemia mundial y medidas adoptadas por el Estado. Fuerza mayor laboral. Imperiosa necesidad de mantener la fuente laboral. Rol del Ministerio de Trabajo”, El Derecho y el Coronavirus, 01-04-2020, Lejister, Cita: IJ-CMXIV-793. Ídem: Viale, Claudio M., (2020), “Estado de derecho, estado de excepción y fuerza mayor”, El Derecho y el Coronavirus, 01-04-2020, Lejister, Cita: IJ-CMXIV-787.

⁷⁰ Ambas nociones han sido estimadas como sinónimos en el último párrafo del artículo 1730 del CCyC.

por los daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento o por el cumplimiento tardío.

Por Res. N° 886, de 31 de marzo de 2020, de Chile, se dispuso la suspensión de plazos, procedimientos y otras medidas “por causa de la fuerza mayor” del coronavirus, o sea haciéndose una calificación legal de la pandemia.

La jurisprudencia francesa ya le asignó naturaleza de casus al COVID 19⁷¹; aunque no por ello toda epidemia necesariamente merezca igual juzgamiento⁷².

C. Imposibilidad de cumplimiento

Íntimamente conectado con el casus se encuentra la reglamentación de la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento. Tanto así que algunos autores cuestionan la autonomía de esta regulación⁷³ en los artículos 955⁷⁴ y 956⁷⁵ del CCyC.

En general, el deudor está constreñido a cumplir con la prestación prometida; de no cumplirse ello, el deudor estará obligado a resarcir los daños provocados por su incumplimiento, a no ser que éste haya sido provocado por una causa que no le sea imputable. Aquí es donde se torna relevante el instituto de la imposibilidad de pago, como se la denominaba antes. El efecto principal de la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida de la obligación es su extinción y la consecuente liberación

⁷¹ El 6° Tribunal de Apelaciones de Colmar acaba de pronunciarse sobre la clasificación de “fuerza mayor” para la epidemia COVID-19, el 12 de marzo de 2020, con cita del nuevo artículo 1218 del Código Civil francés, que entró en vigencia el 01/10/2016.

⁷² Con respecto a la epidemia de dengue en 2007, el Tribunal de Apelaciones de Nancy (Francia) señaló que no era impredecible porque ocurría regularmente y que la posibilidad de medidas de protección individual contra las picaduras de mosquitos era posible (Nancy, 1 ch. Civ., 22 de noviembre de 2010, N° 09/00003). De la misma manera que la aparición de un brote de peste en una región vecina de una parada de crucero no justificaba la anulación de las líneas de cruceros de fuerza mayor su reserva. La epidemia no tenía certeza ni gravedad (París, 25, sección B, 25 de septiembre de 1998, N° Juris-Data 1998-024244).

⁷³ Conforme se describe en Carestia, Federico, (2016), “Comentario al Capítulo 5. Otros modos de extinción”, Código Civil y Comercial Comentado, Curá, José M. (director), 2 ed. Actualizada, La Ley, Buenos Aires, pág. 338.

⁷⁴ “Definición. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados”.

⁷⁵ “Imposibilidad temporaria. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible”.

del deudor, siempre que la imposibilidad sea producida por un caso fortuito o fuerza mayor y resulte totalmente ajena a la conducta de aquél⁷⁶. Solo debe devolver el precio pagado por el consumidor, con menos los gastos realizados.

Para que sea efectivo el instituto y la obligación se extinga sin responsabilidad: a) la prestación debe ser efectivamente imposible de manera total, definitiva y absoluta; b) la imposibilidad debe ser sobrevenida, es decir, debe ser posterior al acto que ha generado la obligación; c) el deudor no debe haber obrado con culpa o dolo; d) el caso fortuito o la fuerza mayor no le debe ser imputable y no lo debe haber asumido. De verificarse todos los extremos, las partes deben devolver lo recibido. Si hay culpa, la obligación debe ser sustituida por la de indemnización por los daños ocasionados por el incumplimiento⁷⁷.

Lo dicho tiene su correlato en el artículo 1732 que regula con mayor laxitud la exculpación de la responsabilidad por incumplimiento, aunque a ello deben añadirse las 6 excepciones previstas en el artículo 1733⁷⁸ del CCyC, que imponen responsabilidad aun ante la imposibilidad de cumplimiento. En el escenario de pandemia, la conducta de las partes difícilmente pueda llegar a subsumirse en alguna de las hipótesis legales del artículo 1733; que no sea la de mora (inc. c), que en este caso debería ser relevante.

Sin perjuicio de ello, ya hay opiniones doctrinales que estiman que el incumplimiento de los proveedores, en algunas relaciones de consumo, podría encuadrar en el artículo 1733. Paula Arias razona que los microcortes constantes, la disminución considerable y persistente de las velocidades contratadas y la dificultad o imposibilidad de conectarse constituyen un incumplimiento con-

⁷⁶ Hersalis, Marcelo J., “Los impactos del COVID-19 sobre la contratación en el marco de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales”, Suplemento Alquileres y Coronavirus, diario La Ley del 14/04/2020, págs. 16-17.

⁷⁷ Trigo Represas, Félix A., (2016), “Comentario a los artículos 865 a 956”, Código Civil y Comercial Comentado, t. IV, Alterini, Jorge H. (director), 2 ed. Actualizada, La Ley, Buenos Aires, págs. 479-480.

⁷⁸ “Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito”.

tractual por parte de las prestadoras del servicio de internet, generadora de responsabilidad civil que no podrá eximirse invocando el *casus*, por aplicación del inc. e) del artículo 1733, en la medida que la especulación –de los proveedores del servicio de internet– de que los usuarios de una determinada zona no estarían conectados todos a la vez y por un tiempo prolongado, no puede sino ser entendido como “un riesgo asumido por ellos respecto del cual deben responder”. Sostiene la autora citada que, en estos casos, podría reclamarse el reembolso proporcional del pago de precio por los períodos de falta de servicio o de servicio defectuosamente prestado y los daños susceptibles de ser acreditados⁷⁹.

La excepción al efecto extintivo del artículo 955 viene dada –en el dispositivo siguiente– por la imposibilidad solo temporal, en cuyo caso la prestación deberá cumplirse, vencido el tiempo correspondiente, pudiendo liberarse de los intereses por mora. Ello en la medida que la imposibilidad no perdure hasta la frustración irreversible del interés del acreedor (vgr. imposibilidad transitoria de transportar determinada mercadería a raíz de la pandemia) o que el plazo no sea esencial (vgr. postergación de un viaje a un lugar, en una temporada que impide el disfrute del mismo).

Si la prestación se ha hecho imposible en parte, el deudor se libera ejecutando la fracción de posible de cumplimiento.

Una solución sugestiva para las hipótesis de incumplimiento, como consecuencia de la emergencia, en los contratos de consumo emerge del apart. 1 del artículo 36 del Real Decreto–Ley N° 11/2020, de 31 de marzo de España. Se estipula que si, como resultado de las medidas tomadas durante el estado de emergencia, los contratos celebrados por los consumidores resultan imposibles de cumplir, el consumidor tiene derecho a rescindir el contrato por un período de tiempo 14 días. Eso sí, la pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta de revisión ofrecida por cada una de las partes, sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. En los supuestos en los que el cumplimiento del contrato resulte imposible, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor, salvo gastos incurridos (apart. 2). El apart. 3 del artículo 36 aludido reza:

⁷⁹ Arias, María P., “La tutela del consumidor en tiempos de pandemia”, *Revista de Derecho del Consumidor* – Número 8 – abril 2020, 15–04–2020, IJ–CMXV–217.

“Respecto de los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, la empresa prestadora de servicios podrá ofrecer opciones de recuperación del servicio a posteriori y sólo si el consumidor no pudiera o no aceptara dicha recuperación entonces se procedería a la devolución de los importes ya abonados en la parte correspondiente al periodo del servicio no prestado por dicha causa o, bajo la aceptación del consumidor, a minorar la cuantía que resulte de las futuras cuotas a imputar por la prestación del servicio. Asimismo, la empresa prestadora de servicios se abstendrá de presentar a cobro nuevas mensualidades hasta que el servicio pueda prestarse con normalidad, sin que ello dé lugar a la rescisión del contrato, salvo por la voluntad de ambas partes”.

Esta norma parece ser innovadora con respecto a la protección del consumidor, prohibiendo, desde el principio, la facturación mensual en el período en que no se brinda el servicio.

Este tipo de solución podría devenir atrayente para ciertas realidades donde el proveedor intentará cobrarle al consumidor aunque no le preste el servicio, por ejemplo, las guarderías de autos mensualizadas en el lugar de trabajo; los colegios privados que brindan un servicio parcial; los seguros de automotores que, ante la imposibilidad de conducir, solo están proveyendo garantías accesorias. Ello es muy relevante, porque la imposibilidad “material” (también existen legales y personales) de cumplimiento no podrá ser argüida por un consumidor, en tanto la entrega de dinero (por su fungibilidad) no podría ser negada⁸⁰.

Finalmente, deviene atractivo el pensamiento de Walter Krieger que postula que la aplicación del instituto sub examen debería armonizarse con el principio del enriquecimiento sin causa (artículos 1794 a 1796)⁸¹.

D. Suspensión del cumplimiento

⁸⁰ Medina, Graciela, “Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19. Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de Derecho comparado”, Suplemento Contratos y Coronavirus, diario La Ley del 22/04/2020, pág. 4. Sin perjuicio de aquellos otros diseños retóricos más complejos, donde en realidad lo que se alegue sea falta de solvencia.

⁸¹ Krieger, Walter, “Las relaciones de consumo después de la pandemia. Herramientas del CCyCN que aportan soluciones al problema”, Revista de Derecho del Consumidor – Número 8 – abril 2020, 15-04-2020. Cita: IJ-CMXV-240.

Para completar el esquema de los ítems anteriores, debe contemplarse la hipótesis de suspensión del cumplimiento del artículo 1031⁸² y la ut supra aludida tutela preventiva del 1032⁸³ del CCyC, cuando media fuerza mayor; aunque no hay referencia, en el contenido de tales dispositivos, a los conceptos de fuerza mayor o caso fortuito.

La gran novedad viene dada por esta tutela preventiva del artículo 1032 del CCyC, que habilita, por acción o excepción, la suspensión de la prestación propia, no frente al incumplimiento, sino ante el peligro de ello (en los términos empleados en el derecho comparado) o, en rigor, ante la grave amenaza de daños (como reza el artículo 1032). La distinción terminológica deviene pertinente, puesto que un sector de la doctrina advierte que puede haber “peligro de incumplimiento” sin “grave amenaza de daño” y viceversa⁸⁴.

Mientras para la *exceptio non adimpleti contractus* es requisito de procedencia el incumplimiento de quien acciona, ello no es requerido en esta tutela preventiva contractual (artículo 1032)⁸⁵. No persigue asegurar el cumplimiento ajeno, sino, por el contrario, diferir el pago propio⁸⁶.

⁸² “Suspensión del cumplimiento. En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación”.

⁸³ “Tutela preventiva. 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”.

⁸⁴ Fernández, Leonardo F., “Coronavirus y tutela preventiva en los contratos. Artículo 1032 del Código Civil y Comercial”, Suplemento Contratos y Coronavirus, diario La Ley del 22/04/2020, págs. 19–20.

⁸⁵ Leiva Fernández, Luis F. P., (2017), Tratado de los Contratos, t. II, La Ley, Buenos Aires, pág. 473.

⁸⁶ Explica Fernández que el modelo argentino sigue el esquema acogido por la CISG aplicable a las compraventas internacionales de mercaderías (artículo 71), “... esta norma no reconoce una pretensión de aseguramiento del cumplimiento, sino una facultad de diferimiento en el cumplimiento de sus prestaciones cuando se reúnan las condiciones de aplicación del precepto. Será la contraparte quien, si tiene el propósito de levantar la suspensión, podrá dar ‘seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones’...” (Fernández, Leonardo F., “Coronavirus y tutela preventiva en los contratos. Artículo 1032 del Código Civil y Comercial”, op. cit., pág. 18).

Los antecedentes de esta figura⁸⁷ esencialmente comprenden hipótesis de insolvencia y de disminución de la aptitud para cumplir, en un sentido economicista. Ciertamente, en la mayoría de los dispositivos que sirven de base del artículo 1032 del CCyC, el énfasis está puesto en el peligro de incumplimiento por riesgo o falta de capacidad económica de pago. El § 321. 1 del BGB alemán emplea la locución “falta de capacidad de cumplir de la otra parte”; el artículo 477 del Código Civil brasileño subordina el mecanismo a “una disminución del patrimonio tal que pueda comprometer o hacer dudosa la prestación a la cual se obligó”.

El artículo 992 del Proyecto de 1998 propuso, en cambio, tres tipos diferentes de suspensión del contrato: a) la suspensión pedida por una parte cuando la otra tiene imposibilidad temporaria de cumplir por causas ajenas; b) cuando fuera previsible que la otra parte no fuera a cumplir, por menoscabo en su aptitud de hacerlo y c) la parte que pedía la suspensión fundada en su propia imposibilidad de cumplimiento, por causas ajenas a su voluntad.

La letra de la norma actual y su ubicación metodológica bajo la figura de la fuerza mayor, permitirían una hermenéutica más dilatada, que sus orígenes en el derecho comparado. Ante la forma vasta de legislación de este instituto, no parecería que medien obstáculos para alcanzar otros casos de imposibilidad momentánea de cumplir. El uso del vocablo “aptitud para cumplir” no impone una exegesis que confine la procedencia de esta herramienta a dificultades fatalmente vinculadas a la solvencia ajena.

Esto se confirma, a poco que nos preguntamos si el propio deudor puede suspender su cumplimiento por sufrir un impedimento absoluto pero temporario. La solución positiva impera, a partir de una hermenéutica sistemática con los artículos 955 y 956 ya aludidos y la conjugación con el principio de conservación. Es que, como dice Leiva Fernández, si el deudor afectado en el cumpli-

⁸⁷ El Fundamento 175 del Proyecto de 1998 citaba como antecedentes: “Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 – Ley N° 22.765 (artículos 71 y 73.2), Código Civil brasileño (artículo 1092), Código Civil alemán (§ 321), Código suizo de las obligaciones (artículo 83), Código Civil de Louisiana de 1984 (artículo 2023), Código Civil holandés de 1992 (artículo 6.263), Restatement of contracts 2nd. (§ 251), Uniform Commercial Code (secs. 2-609 y 2-610), Principios de UNIDROIT (artículos 7.3.3 y 7.3.4), Contract Code (artículos 303 y 304), Anteproyecto de BIBILONI (artículo 1330), Proyecto de 1936 (artículo 827), Anteproyecto de 1954 (artículo 1023), Proyecto de Código Único de 1987 (artículo 1201), Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (artículo 901)”.

miento de su prestación por el caso fortuito sin que le sea imputable, no responde, y se extingue la obligación; y si concurre una imposibilidad sobrevenida, objetiva absoluta y temporaria también se extingue si el plazo es esencial o la dilación frustra el interés del acreedor de modo irreversible; no se advierte inconveniente en que mientras el caso fortuito no le sea imputable al deudor, este pueda suspender la prestación sin incurrir en responsabilidad⁸⁸.

Mucho más clara aparece la respuesta amplia propuesta si se hace dialogar esta regla con los principios del microsistema de protección de los consumidores, en clave de satisfacción de mandatos constitucionales y convencionales. Una exegesis extensa del artículo 1032 permite acceder a más eficientes soluciones en las relaciones de consumo.

E. Frustración del fin del contrato

Dicha novedosa regla, de especial interés para los consumidores, ya era aceptada por la doctrina y la jurisprudencia sobre la base de diversas disposiciones del Código Civil velezano: la buena fe, la teoría de la causa⁸⁹ (artículos 500 a 502), los artículos 1604 inc. 4 y especialmente el 1522⁹⁰.

Así, en un ya clásico ejemplo, un tribunal de La Plata resolvió que el desistimiento de la boda era una razón que deja sin sentido la contratación de la fiesta de boda y sin causa la retención del precio adelantado⁹¹. Rivera se opone a dicha exégesis, enfatizando la necesidad de frustración de la causa final objetiva o la causa final subjetiva pero siempre que ella sea común a las partes⁹².

⁸⁸ Leiva Fernández, Luis F. P., (2017), Tratado de los Contratos, t. II, op. cit, pág. 478.

⁸⁹ En el Fundamento 259 del Proyecto de 1998, bajo la denominación “Frustración de la causa (fin)”, se explicaba que: “La causa debe existir en la formación del acto jurídico durante su celebración, y subsistir durante su ejercicio”.

⁹⁰ La nota del artículo 1522 ejemplificaba: “... cuando en tiempo de guerra el locatario es obligado a dejar su habitación, o si en tiempo de peste no puede ocupar la cosa que tenga alquilada porque la policía sanitaria no lo permitiese, el locatario, según las circunstancias, podrá, o hacer rescindir el contrato, u obtener la disminución del precio, o la cesación momentánea de pago del alquiler...”. En sentido equivalente, el artículo 1722 del Código Francés reza: “Si, durante el arrendamiento, la cosa arrendada se destruyese en su totalidad por caso fortuito, el arrendamiento se resolverá de pleno derecho; si sólo resultara destruida en parte, el arrendatario podrá pedir, según las circunstancias, una rebaja del precio e incluso la resolución del arrendamiento. En ningún caso procederá la indemnización”.

⁹¹ CCiv. y Com. La Plata, sala III, 30/07/1987, citado por Stiglitz, Rubén, “Frustración del fin del contrato”, JA del 17/06/1998.

⁹² Rivera, Julio C., “Los contratos frente a la pandemia”, Suplemento Contratos y Coro-

La teoría de la frustration of purpose proviene del derecho inglés, a partir del leading case *Krell v Henry* de 1903, uno de los conocidos casos de la coronación⁹³. El origen anglosajón de la figura de la conspiró con su reconocimiento expreso en las codificaciones civiles menos modernas. Sin perjuicio de la existencia de figuras afines, como la causa (cause), la base del negocio (Geschäftsgrundlage), la excesiva onerosidad (envilecimiento de la contraprestación), la imposibilidad parcial o temporal (cuando es mirada desde la perspectiva del interés del acreedor)⁹⁴, o la “imposibilidad de uso” (en el sentido francés).⁹⁵

La frustración de la “causa fin” del contrato actualmente está expresamente consagrada en el artículo 1090⁹⁶ del CCyC⁹⁷, y se conecta con el artículo 1013⁹⁸.

El instituto persigue la ineficacia funcional del contrato, pero no desencadenará la responsabilidad civil, en la medida que actúa de modo semejante a una causal de exoneración del incumplimiento. Las prestaciones ya cumplidas quedarán firmes. Las prestaciones pendientes no deberán cumplirse, si cuentan

navirus, diario *La Ley* del 22/04/2020, pág. 10

⁹³ En el caso, el demandado alquiló un piso con el propósito de ver la procesión de coronación de Eduardo VII programada para el 26 y 27 de junio de 1902. Las partes acordaron un precio de £ 75. Henry pagó un depósito de £ 25 a Krell por el uso del piso, pero cuando la procesión no tuvo lugar en los días establecidos originalmente, debido a la enfermedad del Rey, Henry se negó a pagar los £ 50 restantes. Krell presentó una demanda contra Henry para recuperar el saldo restante de £ 50, y Henry respondió para recuperar su depósito por un monto de £ 25.

⁹⁴ Vid. García Long, Sergio, (2020), “Contratos en cuarentena. Coronavirus y cambio de circunstancias”, *Implicancias del Coronavirus en el Derecho Peruano*, 26-03-2020, *Lejister*, Cita: IJ-CMXIV-403.

⁹⁵ Sería el caso de un acreedor no hubiera podido usar la ventana de la habitación locada, para ver el desfile, porque el edificio hubiese sido clausurado por la autoridad sanitaria. Vid. Matteri, Juan I. C. – Riccardi, Gisela, “El Contrato de Turismo y el COVID-209 ¿Cómo hacer respetar nuestros derechos como consumidores frente a la pandemia?”, *IJ Editores*, 30-03-2020, Cita: IJ-CMXIV-717.

⁹⁶ “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 sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

⁹⁷ Encuentra fuente en el artículo 1059 del Proyecto de 1998.

⁹⁸ “Necesidad. La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato”.

con contraprestación. Si ya se pagó, se requerirá la devolución. Si medió gasto en el cumplimiento, deberá restituirse lo gastado⁹⁹.

Esta regla puede solaparse con otras herramientas, más en modelos como el inglés que no contiene previsiones generales sobre caso fortuito o de fuerza mayor. Pero guarda autonomía conceptual, a partir de tres requisitos característicos. Primero, que la frustración se origine en un hecho ajeno a las partes. Se exige la “ajenidad” en la producción del evento frustrante. Es decir, que haya una desnaturalización de la base objetiva del contrato, no imputable a las partes. Si fuera atribuible al deudor sería incumplimiento (para que sea causal de resolución debe ser esencial¹⁰⁰). Y si lo fuera al acreedor, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Segundo, que la frustración sea definitiva o temporal pero con afectación a un plazo esencial (como acontece en la lógica del artículo 956 primera hipótesis). Tercero, que no medie imposibilidad de cumplimiento, porque estaríamos ante casos, y con ello nos aproximaríamos a lo dispuesto en los artículos 955 y 956 del CCyC.

F. Teoría de la imprevisión

Otra tecnología es la ya conocida excesiva onerosidad sobreviniente¹⁰¹, teoría de la imprevisión o *hardship* (cuando es convencional). No cabe duda que la pandemia del COVID-19 califica como acontecimiento extraordinario e imprevisto que incide en la eficacia de los contratos¹⁰². Pero sugiere Rivera que lo que se debe analizar, a los fines del encuadramiento en la figura, es la existencia de una imprevisibilidad concreta¹⁰³ que cause una excesiva onerosidad, en el sen-

⁹⁹ Leiva Fernández, Luis F. P., (2016), “Comentario a los artículos 957 a 1122”, Código Civil y Comercial Comentado, t. V, Alterini, Jorge H. (director), 2 ed. Actualizada, La Ley, Buenos Aires, pág. 550.

¹⁰⁰ Artículo 1084 del CCyC: “Configuración del incumplimiento. A los fines de la resolución, el incumplimiento debe Ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando: a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato; b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor; c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar; d) el incumplimiento es intencional; e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”.

¹⁰¹ Artículos 1160 a 1162 del Proyecto de 1998.

¹⁰² Ninamanco Córdova, Fort, (2020), “El caso «Canal de Craponne» y el COVID-19 (el cumplimiento de los contratos en el aislamiento social obligatorio)”, Implicancias del Coronavirus en el Derecho Peruano, 26-03-2020, Lejister, Cita: IJ-CMXIV-408.

¹⁰³ Rivera, Julio C., “Los contratos frente a la pandemia”, op. cit., pág. 10. Agrega el autor:

tido de ausencia de “correlatividad” de las prestaciones derivadas del contrato, esto es, una desmesura en la onerosidad, en tanto medida racionalmente con la otra prestación¹⁰⁴.

La excesiva onerosidad no se encuentra regulada uniformemente en el derecho comparado. El legislador italiano regula un procedimiento con una demanda de resolución del contrato, otorgándole al demandado la posibilidad de oponer la adaptación. En cambio, el legislador peruano reguló el procedimiento inverso. A su turno, el modelo francés consiste en iniciar el procedimiento con una etapa de renegociación para que las partes sean quienes decidan sobre el futuro del contrato, caso contrario, intervendrá el juez ante la falta de acuerdo¹⁰⁵. Más allá de ello se encuentra universalmente aceptada, con pocas excepciones¹⁰⁶.

La regulación del artículo 1091 del CCyC¹⁰⁷, con una atinada amplitud, permite pedir la resolución total o parcial o adecuación (reajuste)¹⁰⁸, como acción

“...el tema no radica en la ‘prestación’ que se torna materialmente imposible —como sucede en el caso fortuito y la fuerza mayor— ni en la previsibilidad en abstracto, sino en la conmutatividad del contrato que se ha perdido por un acontecimiento ajeno a las partes cuyo riesgo no fue asumido pero que pudo perfectamente ser previsible aunque en los hechos y en el caso resultara imprevisto. De allí que parte de la doctrina considera hoy prescindible que el contrato se haya distorsionado por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles...”. Agrega el jurista que se debe juzgar la imprevisión rechazando el sesgo retrospectivo por el que: “nuestro conocimiento de los acontecimientos posteriores nos engaña y nos hace creer que eran previsible e inevitables”.

¹⁰⁴ Rivera, Julio C., “Los contratos frente a la pandemia”, op. cit., pág. 10. Agrega con cita de Lorenzetti que: “En definitiva, lo que cuenta no es la prestación en sí misma, sino en su relación de equivalencia con la prestación a cargo del otro contratante, cuyo desajuste produce una alteración fundamental de la base económica del negocio”.

¹⁰⁵ Vid. García Long, Sergio, (2020), “Contratos en cuarentena. Coronavirus y cambio de circunstancias”, *Implicancias del Coronavirus en el Derecho Peruano*, 26-03-2020, Lejister, Cita: IJ-CMXIV-403.

¹⁰⁶ Chile y Uruguay, según Rivera, Julio C., “Los contratos frente a la pandemia”, op. cit., pág. 13.

¹⁰⁷ “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, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta 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”.

¹⁰⁸ Enseña, con destacada profundidad Leiva Fernández, que la posibilidad de accionar por adecuación surge de diversos antecedentes: Código Civil portugués de 1967, artículo

o defensa. En el sistema derogado, la temática fue largamente debatida. En una de las interpretaciones que mereció el derogado artículo 1198, con asiento en significativa jurisprudencia, la revisión del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente era sólo una posibilidad otorgada a la parte que no se consideraba perjudicada, pero no un derecho de aquella que entendía que su prestación se había vuelto excesivamente onerosa, puesto que esta última sólo podía demandar su resolución.¹⁰⁹

Nuestro país tiene una larga trayectoria de aplicación de teoría de imprevisión ante distintas crisis¹¹⁰.

Ni el Código de Vélez Sarsfield ni el CCyC resuelven explícitamente el tema de la renuncia a la imprevisión. Pocos digestos lo hacen, entre ellos el Código Civil del Perú en su artículo 1444¹¹¹. La doctrina viene conteniendo sobre la validez de esta abdicación¹¹², imponiéndose “mayoritariamente”¹¹³ la eficacia del pacto de dimisión, aunque la solución dista de ser pacífica¹¹⁴. Si el artículo 1733 inc. a permite que el deudor asuma la responsabilidad del caso fortuito, es difícil argumentar en contra de la validez de la resignación de la imprevisión. Ahora bien, tal conclusión muta sustancialmente cuando se trata de un contrato de consumo¹¹⁵ o de adhesión, donde la renuncia debe ser examinada bajo un rigu-

437, inc. 1º; Código Civil peruano de 1984, artículo 1440; Proyecto de Código Único de 1987, artículo 1198; Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, artículo 1199; Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, artículo 899 (Leiva Fernández, Luis F. P., (2016), “Comentario a los artículos 957 a 1122”, op. cit., pág. 550).

¹⁰⁹ Hersalis, Marcelo J., “Los impactos del COVID-19 sobre la contratación en el marco de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales”, op. cit., págs. 16-17.

¹¹⁰ Graciela Medina pasa revista de distintas crisis: 1975, el Rodrigazo; 1981, la “tablita”; Crisis de 1989: hiperinflación; Crisis del 2001: pesificación (Medina, Graciela, “Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19. Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de Derecho comparado”, Suplemento Contratos y Coronavirus, diario La Ley del 22/04/2020, págs. 5-6).

¹¹¹ “Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación”.

¹¹² Ver Cornet, Manuel, (1017), “La renuncia a la teoría de la imprevisión”, Revista Iberoamericana de Derecho Privado, Número 5, 31-05-2017, Lejister, Cita: IJ-CCCLXXII-535.

¹¹³ Esa mayoría quedó reconocida en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 27/05/2002, “Bordeu, Martin J y otros c. Tarzetti, Fernando R. y otros”.

¹¹⁴ En el despacho “a” de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se concluyó: “La renuncia anticipada a las acciones por excesiva onerosidad sobreviniente no es válida cuando se trata de hechos imprevisibles que han desquiciado la armonía negocial”.

¹¹⁵ Álvarez Larrondo, Federico M., “La renuncia a la teoría de la imprevisión como cláu-

roso escrutinio de abusividad (artículos 37 inc. a y b LDC y 1117 y 988 inc. a y b del CCyC).

De la acción de adecuación se desprende la atractiva obligación de renegociación, que no debe ser entendida como una mera expresión de deseos, sino una auténtica obligación de concretar una proposición alternativa seria y viable. Una hermenéutica de la imprevisión en conjunto con el principio general de buena fe, el rechazo del abuso de derecho, el deber de colaboración que rige toda la materia contractual, y de lo dispuesto en el atrayente artículo 1011 segundo y tercer párrafo¹¹⁶ para los contratos de larga duración (y según cierta doctrina exportable a todos los contratos de ejecución diferida¹¹⁷), no puede sino arrojar como corolario un compromiso de proponer opciones de solución específica. Es que, en una crisis de la envergadura de la que nos toca en desgracia, no es posible concebir un derecho de ganadores y perdedores. La lógica de principios y dialogo de fuentes impone el esfuerzo para arribar a soluciones win-win. La doctrina del “esfuerzo compartido”, nacida también de una crisis (del 2001), seguramente será tenida especialmente en cuenta por los operadores jurídicos.

Y esto último cobra radical significación, en el presente escenario de emergencia, donde no podemos estar seguros si los aparatos judiciales alcanzarán a dar respuesta, en tiempo oportuno, a todos los planteos que se promuevan¹¹⁸; de allí la especial relevancia de procurar negociaciones.

Es que, ni las tutelas procesales diferenciadas de los consumidores¹¹⁹ serán

sula abusiva”, La Ley 2004-D-1090.

¹¹⁶ “... Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. 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”.

¹¹⁷ Arias postula la “aplicación analógica” del artículo 1011 CCyC a los contratos de ejecución diferida: Arias, María P., “La tutela del consumidor en tiempos de pandemia”, *Revista de Derecho del Consumidor* – Número 8 – abril 2020, 15-04-2020, IJ-CMXV-217. Fulvio Santarelli, sin admitir analogía, también razona que el artículo 1011 podría formar parte de una interpretación sistemática que expanda sus efectos más allá de los contratos de larga duración, tendiendo a la “obligación de renegociación como una directiva razonable de prevención de conflicto”: en disertación del institutocasi, instagram del 30/04/2020.

¹¹⁸ Viale, Claudio M., (2020), “Algunas cuestiones relacionadas con el coronavirus”, *El Derecho y el Coronavirus*, 01-04-2020, Lejister, Cita: IJ-CMXIV-784.

¹¹⁹ Sahián, José H., (2018), “Dimensión constitucional de la tutela judicial efectiva de los consumidores”, *SJA* 07/02/2018, 173 – La Ley, Cita Online: AR/DOC/4317/2017; Sahián, José H., (2018), “Tutela diferenciada de los consumidores”, *Revista de Derecho del Con-*

del todo suficientes para contrarrestar la saturación que puede producirse en nuestros tribunales, consecuencia de esta situación inédita.

G. Otros remedios

Por supuesto que otros elementos también devendrán útiles en el juzgamiento del impacto de la pandemia en las relaciones contractuales en general, y en las de consumo en particular.

Rodrigo Padilla enseña que habrá que atender especialmente a la aplicación de los institutos de la lesión, la mora, la cláusula penal y las obligaciones de dar suma de dinero¹²⁰.

3. Principios

Como vimos, el sistema civil y comercial nos propone un “arsenal” de herramientas, al decir de Gabriel Stiglitz¹²¹, para hacer frente a las consecuencias de la emergencia, en las relaciones de consumo.

Y tales mecanismos deben emplearse, pero bajo el filtro de los principios generales. Como explica Pascual Alferillo, el análisis de los principios adquiere una dimensión especial en el plexo normativo argentino, por el artículo 2 del Cód. Civ. y Com.; incorporándose a los principios jurídicos como fuente a ser tenida en cuenta para interpretar la ley nacional¹²².

Ahora bien, cuando se tratan de relaciones de consumo, merecen tomarse en especial contemplación aquellos específicos principios del microsistema protectorio, que se activan bajo una lógica de defensa de la parte vulnerable.

Entre los principios generales del sistema que, probablemente, tendrán más empleo en la problemática que nos atañe, podemos mencionar: la buena fe, el abuso de derecho, el abuso de posición dominante (artículos 9, 10, 11 del CCyC).

sumidor – Número 4, IJ Editores, Cita: IJ-DXXXIII-664.

¹²⁰ Padilla, Rodrigo, “Algunas reflexiones provisorias sobre el COVID-19 y su impacto en las relaciones jurídicas”, trabajo contenido en esta misma publicación, al que tuvimos previo acceso por gentileza del autor.

¹²¹ Expresión utilizada en disertación online el 07/04/2020 “Emergencia, contratos y consumidores”, del Colegio de Abogados de La Plata.

¹²² Alferillo, Pascual E., “Los vulnerables y el principio pro homine”, Ponencia expuesta en el marco del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Privado 3 y 4 octubre 2019 Asunción – Paraguay organizado por la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP), inédito.

Ahora bien, el microsistema de defensa del consumidor no contiene una sistematización de sus principios. De hecho, no es una técnica usual. Pero deviene muy útil una reciente Resolución MERCOSUR/GMC/RES N° 36/19 que formula, en su artículo 1, una inédita delineación de los principios de esta área del conocimiento jurídico.

A saber: progresividad y no regresión¹²³; orden público de protección; acceso al consumo; transparencia de los mercados; consumo sustentable¹²⁴; protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja; respeto de la dignidad de la persona humana¹²⁵; prevención de riesgos; antidiscriminatorio¹²⁶; buena fe; información; armonización; reparación integral; equiparación de derechos.

El documento sintetizado nos sirve de base para la representación de los principios más relevantes del microsistema¹²⁷. También se han añadido los principios de integración, primacía de la realidad condicionada, configuración genérica, comunicabilidad, economía¹²⁸.

Todos esos principios se integran en el “pro consumidor” en materia contractual y normativa (artículo 3 y 37 LDC, 1094 y 1095 del CCyC), que no es sino una especificidad microsistémica del pro homine¹²⁹.

¹²³ Sobre este principio: Sahián, José H., “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, LA LEY 2018-A, 545. Y Sahián, José H., (2019), “Principios de progresividad y no regresión en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, La Ley, págs. 111 y ss.

¹²⁴ Sobre el concepto de sustentabilidad: Sahián, José H., (2018), “Nuevo desafío de la tutela al consumidor. El derecho de acceso al consumo o mercado”, RDCO 292, La Ley, págs. 201 y ss.

¹²⁵ Sobre este principio: Sahián, José H., “Derecho a un trato equitativo y digno”, Diario DPI – Derecho Privado – Consumidor Fecha:27-02-2018 Cita: IJ-DXLVI-548.

¹²⁶ Sobre este principio: Sahián, José H., “El principio antidiscriminatorio en la relación de consumo”, SJA, 18/09/2019, 59, La Ley, Buenos Aires, Cita Online: AR/DOC/2635/2019.

¹²⁷ Tiene como sustento el artículo 5 del Proyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, realizado por una Comisión de prestigiosos juristas en la materia: Stiglitz, Blanco Muíño, D’archivio, Japaze, Lepíscopo, Ossola, Picasso, Sozzo, Tambussi, Vázquez Ferreyra, Wajntraub, y bajo la coordinación de Carlos Hernández. La resolución regional adoptó 9 de los 10 principios enunciados en el artículo 5 del Proyecto, con la sola excepción del precautorio.

¹²⁸ Según Condomí, Alfredo M., “Primeros Pasos en el Derecho del Consumo. Segunda Parte”, en www.infojus.gov.ar, del 25 de octubre de 2013, Id Infojus: DACF130328.

¹²⁹ Sahián, José H., (2018), Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores.

Aquella resolución del Mercosur debería haberse integrado nuestro ordenamiento desde el 15 de enero del corriente año. No habiendo acontecido ese acto, se trata de soft law, pero no por ello merece ser subestimada. Como agudamente postula Barocelli¹³⁰, aunque soft law, estas disposiciones alcanzan acentuada preponderancia en el marco del diálogo de fuentes al que ahora invitan los modernos sistemas jurídicos, entre ellos el CCyC¹³¹.

La adecuada ponderación de los principios en el Derecho del Consumidor es una necesidad del operador jurídico, consecuencia del dinamismo del mercado y de la tecnología, causas de la vertiginosa obsolescencia de las reglas jurídicas de la relación de consumo, que tienen una mutabilidad mayor que las que componen el sistema civil y comercial. Tanto las reglas como los principios representan enunciados deónticos que mandan, prohíben o permiten algo; pero mientras las reglas configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, los principios conforman de manera abierta esas condiciones¹³². Es por ello que, en una situación de emergencia extraña como la que nos atañe y frente a circunstancias jurídicas tan mudables como la de los consumidores, fatalmente debe recurrirse a estas “normas abiertas”¹³³.

Además de lo dicho, los principios del microsistema de defensa del consumidor lo vinculan con otros. Así, por ejemplo, los principios de consumo sustentable, prevención de riesgos y precaución conectan la tutela de los consumidores con el ambiente. El acceso al consumo y la transparencia de los mercados explicitan la yuxtaposición con la defensa de la libre y leal competencia, y que no son sino res-

Diálogo con los derechos humanos, op. cit., págs. 233–236.

¹³⁰ Barocelli, Sebastián, (2016), “El derecho del consumidor y el nuevo código civil y comercial”, en Krieger y Barocelli, Derecho del consumidor, El Derecho, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 15.

¹³¹ Sahián, José H., (2019), “Dimensión constitucional y convencional del derecho a la información de los consumidores y usuarios”, Estudios de Derecho Público, UCSE – Universidad de Zaragoza, Santiago del Estero, pág. 365.

¹³² Cidoncha Martín, Antonio, (2011), “La posición constitucional de los consumidores”, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, núm. 153, págs. 127 y 135, especialmente nota al pie 35.

¹³³ Sobre los principios y las normas abiertas: Vid. Dworkin, Ronald, (1993), Los derechos en serio, Guastavino, Marta –trad.–, Barcelona, Planeta–Agostini, pág. 75. Sobre la diferencia entre principios y reglas: Vid. García Figueroa, A., (2009), “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el estado constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy”, en García Manrique, Ricardo –ed.–, Derechos Sociales y Ponderación, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2º ed., págs. 333–370.

puesta legislativa al mandato constitucional de los artículos 42 y 43¹³⁴. Dicho diálogo se patentiza más vigorosamente con relación al Derecho de los Derechos Humanos, como lo demuestra la recepción de la protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad, el respeto de la dignidad de la persona humana, la antidiscriminación y el principio de progresividad y no regresión.

4. Abusividad

Obviamente la existencia de prácticas o cláusulas abusivas puede ser, lamentablemente, común, en tiempos de crisis. En estos casos, se activarán todos los mecanismos previstos en la LDC. Así se podrá pedir la nulidad de los contratos (artículo 37 LDC y 1117 CCyC), reparación de daños y perjuicios (artículo 40), daños punitivos (artículo 52 bis), sanciones administrativas (artículo 47), daño directo (artículo 40 bis); sin perjuicio de la aplicación del artículo 10 bis¹³⁵ si correspondiera.

Y asimismo concurrirá la normativa del CCyC, que también regula el régimen de cláusulas abusivas para los contratos de adhesión, aunque no sean de consumo (artículos 985 a 988).

IV. A modo de conclusión

Esta pandemia pone en jaque nuestras construcciones jurídicas e interpela nuestra capacidad de dar respuesta a una problemática inédita, lo que nos impone repensar los mecanismos jurídicos a emplearse.

El “marco regulatorio de emergencia” dictado por el Estado para mitigar los efectos perjudiciales de la pandemia y el sistema civil y comercial sustantivo brindan diversas técnicas para hacer frente a estas situaciones impensadas, hasta hace semanas atrás. Pero tales reglas deben irreparablemente complementarse, para el caso de que se encuentren en juego derechos de consumidores, con la aplicación de “principios” generales y específicos, bajo la tecnología del dialogo de fuentes.

¹³⁴ Sahián, José H., (2018), “Tutela colectiva de la libre competencia”, Suplemento Especial Com. Ley de Defensa, La Ley, págs. 497 y ss.

¹³⁵ a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

Enseña Carlos Hernández que hasta la emergencia siempre deberá “ponderarse” con los “derechos humanos” o “fundamentales” impactados, dado que no existe un derecho de la emergencia ajeno a la Constitución Nacional¹³⁶.

Aquí reside la clave de bóveda, porque hasta las más loables reglas, como la que proviene del artículo 1011 del CCyC que impone el deber de negociación antes que la resolución, con base en el deber de colaboración y en la propia buena fe, si se ejercen sin proporcionalidad, pueden eruirse en un utensilio de asfixia al vulnerable, en una eficiente excusa del incumplidor para dilatar la devolución de precio al consumidor.

E, inclusive, aquello puede resultar insuficiente si los remedios tradicionales no pasan también bajo el tamiz de ciertos valores, como los de flexibilidad, creatividad, tolerancia y razonabilidad; como señala el Director Nacional de Defensa del Consumidor Sebastián Barocelli¹³⁷, en palabras que hacemos nuestras.

¹³⁶ Hernández, Carlos A., “La emergencia en alquileres derivada del coronavirus. A propósito de las locaciones inmobiliarias. Pasado, presente y futuro”, Suplemento Alquileres y Coronavirus, diario La Ley del 14/04/2020, pág. 13.

¹³⁷ Barocelli, Sebastián, “La protección de los consumidores en tiempos del coronavirus”, disertación online de la Facultad de Derecho de la UBA, del 03/04/2020.



Contagio culposo de Coronavirus y función resarcitoria de la responsabilidad civil. Consideraciones acerca de la dificultad probatoria

JULIÁN EMIL JALIL*

*“...No hay que temer nada en la vida, solo hay que entenderlo.
Ahora es el momento de entender más, para que podamos temer menos...”*

MARIE CURIE

I. A modo de introducción: sobre que es el coronavirus

El virus no es un organismo vivo, sino una molécula de material genético (ARN-ácido ribonucleico o ADN-ácido desoxirribonucleico) cubierta por una capa protectora de lípido (grasa) y proteína. Cuando el material genético del virus ingresa a las células que infecta (células de las mucosas ocular, nasal o bucal) cambia su código genético (el de células) provocando mutaciones que las convierten en células agresoras y multiplicadoras.

Como el virus no es un organismo vivo, no muere sino que es desintegrado. Por sí mismo, en ese caso, el tiempo de desintegración depende de la temperatura, humedad y tipo de material donde reposa, o mediante cualquier jabón o detergente o alcohol, ya que disuelven la capa de grasa que protege al virus. También el calor derrite la grasa.

* Juez de Cámara. Ex Juez Civil y Comercial de 1ra Instancia. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Civil (U. de Salamanca, España). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Posgraduado en Derecho Continental (En la U. de Paris-Francia). Posgraduado en Derecho de los Contratos (UBA). Posgraduado en Derecho de la Salud (UBA). Profesor de grado y Posgrado. Investigador. Autor de 9 obras jurídicas y de más de 100 artículos de Doctrina.

II. La función preventiva y resarcitoria de la responsabilidad civil

Como primera consideración debo señalar que hemos circunscripto nuestro trabajo a la función resarcitoria de la responsabilidad civil, pero la *función preventiva* también constituye una herramienta útil en estos casos. Así, si se conoce que una persona posee la enfermedad y que asiste a lugares públicos, cualquier persona podría requerir ante la justicia una acción preventiva para evitar que se causen daños en la salud de terceros. (artículo 1710 y sgtes. del CCyC), pues existe un interés razonable basado en la salud pública (artículo 1712 del CCyC).

Con relación a la *función resarcitoria* debemos señalar que el contagio de una enfermedad provoca indudablemente un daño en la salud del otro. Ahora bien, desde este panorama, parecería que la idea de responsabilidad civil se circunscribe a la de indemnización por el daño causado, la cual tendría como fin último compensar el dolor o el menoscabo.

Si ello fuera así, probada que fuera la existencia del daño (contagio de la enfermedad), y la relación de causalidad, bastaría para atribuir responsabilidad civil y el tema no presentaría inconvenientes.

Nuestro ordenamiento positivo y la doctrina han establecido reglas que van a determinar la imputabilidad y la aplicación de los principios generales de responsabilidad civil para el caso, los cuales vamos a desarrollar.

Resulta de cabal trascendencia establecer la imputación del hecho al sujeto transmisor, tarea nada fácil. No obstante ello, en el desarrollo de este esquema recurriremos a premisas procesales que sirvan como herramientas válidas para ese fin. (vg. inversión de la carga de la prueba, indicios y presunciones).

III. El daño injustamente padecido: antijuridicidad

Explica Santos Briz que la indemnización del daño implica, por regla general, no una desaparición del mismo sino solamente su desplazamiento a otro patrimonio, autorizado por una norma jurídica. Parangonando la norma o principio *nullum crimen sine lege*, puede decirse que no puede haber indemnización sin una base jurídica legitimadora¹. Esta cuestión se vincula estrictamente con la

¹ SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad Civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*. Editorial Montecorvo S. A. Segunda edición. Madrid. Pág. 276.

antijuridicidad. Desde el día 20 de marzo de 2020 rige en argentina el decreto 297/2020 de “Aislamiento social preventivo y obligatorio” que contiene 14 artículos donde se marcan las restricciones que implican la prohibición de transitar y de asistir a los trabajos no esenciales por la cuarentena total.

En este marco, no presenta problemas afirmar que quien transmite el Covid 19 en violación al mencionado decreto provoca un daño y viola la norma general del artículo 1717 del CCyC. Ello, a todas luces, constituye un incumplimiento objetivo, cuyo daño no halla justificación en ninguna de las causales del artículo 1718 del CCyC.

Como conclusión de lo expuesto la antijuridicidad se torna evidente al trasgredir la conducta lo dispuesto en el mencionado decreto y causar un daño injusto en la persona, el cual no encuentra justificación normativa. El interés existe y merece protección jurídica.

IV. El menoscabo a la salud

La existencia del daño, menoscabo o perjuicio es un presupuesto esencial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil (artículos 1716 y sgtes del CCyC), su ausencia excluye la atribución de responsabilidad y no obliga a la reparación material porque justamente no existe nada que subsanar.

El concepto jurídico de daño, salvo restricciones queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley. Comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecta en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, sus derechos o facultades².

Este es el alcance que le ha dado el artículo 1737 del Código Civil y Comercial, el cual dispone que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

En estos casos el daño que se configura al contraer una enfermedad de transmisión viral, consiste precisamente en el menoscabo a la salud, que en algunos casos tendrá reparación por tratamiento médico y en otros puede llegar

² SANTOS CIFUENTES, SAGARNA, Fernando Alfredo. *Código Civil. Comentario y Anotado*. Editorial La Ley. Buenos Aires. 2003. Pág. 776. En igual sentido CNCiv. Sala D, 1997/05/14, La Ley, 1997-E,54).

a ser terminal, pero que en todos los supuestos provoca una disminución en la integridad física³.

Asevera Josserand que el daño material puede alcanzar a la víctima tanto en su patrimonio como en su persona física y entre los casos que menciona dentro de este supuesto hace especial hincapié en el “contagio de una enfermedad”.⁴

En el caso del contagio de CoVID 19, el daño debe ser probado por la víctima. (artículo 1744 del CCyC). Si ésta ha desarrollado la enfermedad (sintomática o asintomática), un certificado médico que así lo acredite constituye una prueba irrefutable del daño a la salud.

Acreditado ello, el *daño extrapatrimonial* se hace manifiesto ante el dolor y la pena de padecer la enfermedad, como también el *daño patrimonial*, derivado de los gastos de asistencia médica, pérdida del salario por falta de producción, etc.

En este supuesto, el perjuicio es evidente, habida cuenta que el contagio de esta enfermedad produce un daño que, –a su vez–, puede ser actual o futuro. Es decir, puede consistir el mismo, en secuelas o daños biológicos, fisiológicos o corporales, o bien estar sujetos al curso del tiempo, como el caso de aquellos daños que indefectiblemente se producirán. En definitiva como dice Puig Peña, el resultado es el daño causado, o sea la modificación que en la armonía del mundo perteneciente al damnificado se produce a consecuencia de aquella acción u omisión⁵.

V. El daño extrapatrimonial

Como venimos explicando, las víctimas portadoras del virus, también pueden demandar daño *extrapatrimonial*, pues la enfermedad aparece como una bomba de tiempo que causa problemas psicosociales.⁶ Creemos incluso, que éste repre-

³ MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana. “Responsabilidad por Transmisión de enfermedades”. En *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XIX. Homenaje al profesor Roberto M. LOPEZ CABANA*. AMEAL, Oscar (Director), J. y TANZY, Silvia (Coordinadora) Abeledo - Perrot. Buenos Aires. Pág. 260.

⁴ JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*. Ob. Cit. Pág. 330.

⁵ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo IV. Obligaciones y Contratos. Vol. II. 2ª Edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1957. Pág. 678.

⁶ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Novena Edición. Editorial AbeledoPerrot. Buenos Aires. 1998. Pág. 640. Además de afectar la salud de un individuo, la enfermedad ha sido considerada un estigma y a pesar de que con el correr del tiempo se está abandonando ese concepto, subsiste en algunos ámbitos.

senta el menoscabo más trascendente. Es decir, el daño provocado no consiste solo en la privación de la salud sino en la lesión o pérdida de un bien, en sentido amplio, que irroga una lesión a un interés amparado por el derecho, de naturaleza extramatrimonial. (artículos 51, 52 y 1741 del CCyC).

Hacemos principal hincapié en este menoscabo, porque entendemos que el supuesto de responsabilidad que se analiza tiene una poderosa lesión moral, arraigada en los difíciles momentos que deberá atravesar la persona mientras padezca la dolencia, que entre otras afecciones resulta estigmatizante.

VI. La imputación subjetiva

La persona imputada pudo haber actuado intencionalmente, o sea con dolo, es decir con intención de causar el contagio o con absoluta indiferencia por la salud ajena, o bien por ignorancia de su estado, aunque presentase un comportamiento riesgoso o síntomas de la enfermedad, por lo cual su actuar resulta negligente, es decir: culposo. (artículo 1724 del CCyC)⁷.

En este sentido, el accionar no sería culposo si el imputado ignoraba su estado y no podía conocerlo por la inexistencia de síntomas, el daño deviene imprevisible y por lo tanto no habría responsabilidad de quien, -en esas condiciones-, transmitió la enfermedad⁸.

Hay que acreditar que el sujeto desarrolla su accionar o conducta de una manera menos diligente a lo esperado por los demás. Lo cual indica o advierte la presencia del elemento subjetivo culposo. Dicho accionar, -como dice De CUPIS-, configura una omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuyo empleo podría haberse evitado un resultado no querido, la realización no querida del supuesto de hecho legal⁹.

MINYERRSKY, Nelly - LAMBOIS, Susana. "Responsabilidad por Transmisión de enfermedades". En *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XIX*. Ob. Cit. Pág. 260. En igual sentido léase el despacho suscripto por el Dr. Alberto BUERES en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil.

⁷ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Ob. Cit. Pág. 639.

⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Ob. Cit. Pág. 640.

⁹ DE CUPIS, Adriano. *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad*. Traducción de Ángel MARTÍNEZ SARRIÓ. Editorial Bosch S. A. Barcelona. 1975. Pág. 45.

Entonces, la cuestión se circunscribe a considerar si ha mediado negligencia en el deber de conocer el estado de salud para evitar perjudicar a terceros.

Expresa Mosset Iturraspe que existe culpa consciente, –denominada por algunos “culpa con previsión”–, cuando el agente se representa la posibilidad del resultado pero confía o espera que no se produzca, a diferencia de lo que acontece con el dolo eventual, en el cual la representación lejos de detener al agente lo ratifica en su proceder: la representación de la posibilidad del resultado.

Calificamos a la culpa de inconsciente cuando existe la posibilidad de representación del resultado pero no la representación real, es una culpa sin representación o previsión efectiva¹⁰.

Entonces la cuestión de la responsabilidad debe dilucidarse en el plano de la exigencia de previsibilidad del agente analizada en concreto (culpa) y en abstracto (relación de causalidad). Así, por ejemplo, una persona que sabiendo de la posibilidad de poseer la enfermedad (por venir de algunos de los países con circulación activa del virus) no toma los recaudos o concurre a eventos donde hay público, la negligencia se hace evidente. Como explicaremos más adelante, todo ello será materia de prueba en un eventual proceso civil.

VII. El vínculo causal

Distintos son los casos en los cuales un accionar humano puede determinar el resultado dañoso.

Por un lado aparece la *comisión* de un hecho propiamente dicho, en este caso basta con determinar que la conducta positiva del agente gesta la consecuencia negativa que se le atribuye.

Otro supuesto es el de *comisión por omisión* donde se infringe una norma negativa (prohibición), y la omisión es medio para violar el precepto y obtener un resultado dañoso.

No es así en los de *simple omisión*, en los cuales la omisión por sí misma es punible con presidencia del propósito del agente¹¹.

¹⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños*. Ob. Cit. Pág. 66. Dice el autor que el agente, en la denominada culpa simple o inconsciente, sea que obre voluntaria o involuntariamente, no tuvo conciencia de la posibilidad del daño, pero pudo tenerla si hubiera puesto mayor atención.

¹¹ BREBBIA, Roberto. *“Hechos y actos jurídicos. Comentario de los artículos 896 a 943*

En el supuesto especial que analizamos, es decir, el caso de la persona que transmite un mal a otro, podemos sostener que la conducta del transmisor es una comisión por omisión. Una omisión culposa o dolosa de informarse acerca del estado de salud para no transgredir la prohibición de causar daños a terceros. (artículo 1716 del CCyC).

De esta manera se configura un caso de *omisión* en donde el accionar del sujeto constituye una abstención, o traducido en los términos que se mencionaron con anterioridad, *una falta de previsión de las consecuencias* que dicho accionar podría traer aparejadas.

La previsibilidad de esas consecuencias debe ser analizada de conformidad al principio de normalidad (artículos 1726 y 1727 del CCyC). Así las cosas, una persona que estuvo expuesta al contacto de otra infectada con el virus, tendrá mayor deber de previsibilidad de su estado de salud que aquella que no lo estuvo.

VIII. Acerca de la dificultad de la prueba

La información en relación al estado de salud de una persona es fundamental para evitar la propagación de males infecto-contagiosos. Este conocimiento acerca del estado de salud, como se ha visto, es una cuestión de prueba¹².

Como el derecho no debe quedarse en las meras intenciones, sino que debe contemplar las realidades ejecutadas, es menester señalar que, en muchos casos, es realmente difícil comprobar el contagio subjetivo,¹³ mucho más difícil es probar que la persona sabía de la enfermedad que padecía o bien que actuó con negligencia.

del Código Civil". Doctrina y Jurisprudencia. Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1979. Pág. 103 y sgts. JALIL, Julián E. "Responsabilidad civil deviniente del contagio de VIH entre parejas, convivientes o cónyuges", Ed. La Ley, DFyP 2019 (junio), 164, AR/DOC/327/2019.

¹² Ver el desarrollo completo de estas ideas en: JALIL, Julián Emil. "La carga de la prueba en la acción de daños ante el contagio de HIV producido en el ámbito matrimonial o fuera de este". En DIAZ SOLIMINE, Omar L. (Dir.). *La prueba en el proceso civil*. Ed. La ley. Buenos Aires. 2013. Págs. 401 y sgtes.

¹³ Es sabido que en la mayoría de los casos en donde se configura la causal subjetiva de divorcio del adulterio, los abogados demandan por otra causal subjetiva como son las injurias graves, y ello es así no por la inexistencia del *casus* sino por la dificultad en la prueba.

Nosotros entendemos que se puede recurrir dentro del proceso, a dos mecanismos a tales fines: a la inversión de la carga de la prueba al momento de la interposición de la demanda, y a la posibilidad de recurrir a indicios y presunciones al momento de fallar.

8.1. *La inversión de la carga de la prueba al momento de la interposición de la demanda*

Hemos dicho que los Jueces pueden, al momento de interposición de la demanda, determinar qué parte se halla en *mejores condiciones de probar el factor de atribución*¹⁴, en este caso, quién no padecía la enfermedad o quién no sabía que la padecía por no tener ningún motivo para saberlo. (Vg. No tuvo contacto con personas de riesgo).

Entendemos que quien indica a alguien como portador del virus debe acreditar que ese último padeció la enfermedad, y una vez probado ello, se invierte la carga de la prueba en cuanto a la culpa.

Entonces, la prueba de la diligencia ante la enfermedad viral contagiosa debe ser soportada por el agente demandado, en consonancia con la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Recordemos que el artículo 1735 del CCyC estipula que el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

9.2. *La posibilidad de recurrir a indicios y presunciones al momento de fallar*

Como primera consideración debemos señalar que las presunciones legales establecidas por el legislador tienen como finalidad la aplicación de ciertos efectos con relación a situaciones o relaciones jurídicas extra procesales, sea que admitan prueba en contrario (*iuris tantum*) o que la impidan (*iuris et de iure*), ya que

¹⁴ JALIL, Julián Emil. *Cuantificación del daño. Región Patagonia*. Ed. La Ley. 2017. Pág. 80. Decimos que ese es el momento procesal oportuno, en razón de evitar lesionar el derecho de defensa en juicio. (artículo 18 de la CN).

ellas no se dirigen a la demostración de un hecho, a su prueba, sino que afirman o niegan la existencia de un hecho en razón de determinadas circunstancias vinculadas a él.

Como explica Chioyenda, el Juez durante la *litis* debe servirse de las presunciones para formarse su convencimiento, de modo análogo a como haría cualquier razonador fuera del proceso¹⁵.

Así, una conducta omisiva del demandado puede lesionar los umbrales en los que reposa la buena fe procesal, y debe ser considerada, junto con los demás elementos probatorios, para arribar a la solución del caso.

En concordancia con lo expuesto, ha dicho el maestro Coture que la parte tiene los deberes jurídicos de lealtad, probidad y buena fe. En nombre de esos deberes presta su colaboración a la demostración de la verdad. Es la contribución que, como litigante, debe a la obra de la justicia¹⁶.

La *presunción judicial*, simple u *hominis* (del hombre), es el juicio lógico que el Juez extrae de los hechos probados, que no constituyen la representación de lo que se conceptúan o se establecen como objeto de la prueba, sino que permiten, en todo caso, su deducción, con un variable grado de probabilidad o certeza. No encuadran pues, dentro de este concepto, las presunciones legales simplemente establecidas por el legislador para la aplicación de ciertos efectos con relación a situaciones o relaciones jurídicas, ya que ellas no se dirigen a la demostración de un hecho, a su prueba, sino que, afirman o niegan la existencia de un hecho en razón de determinadas circunstancias vinculadas a él¹⁷.

La orfandad probatoria que se puede presentar en estos casos amerita bucear en la *prueba indiciaria* a los efectos de extraer conclusiones lógicas partiendo de premisas probadas, las cuales, al cotejarlas con las leyes de la experiencia, permitan obtener una *presunción hominis*.

¹⁵ CHIOYENDA, José. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Ed. Reus. Madrid. Pág. 143.

¹⁶ COUTURE, Eduardo. J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Ed. Ediar. Buenos Aires. 1949. Pág. 137. La prueba indiciaria debe hallarse integrada por una serie de elementos que, por su número, trascendencia, univocidad, concordancia, etc., permitan que la inferencia presuncional (esto es, el paso reductivo que va desde los indicios al hecho que se admite) resulte ágil, espontánea o intuitiva. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Jara, Juan Ramón y otra v. San Nicolás S.R.L. s/ Daños y perjuicios, 15/10/2008, 14/149519.

¹⁷ Ver: ESPÍNOLA, María Julieta. "Prueba de presunciones e indicios" Publicado en: Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (julio), 1. AR/DOC/1691/2014.

Como explica Carnelutti, el indicio no es algo que exista objetivamente, en el hecho o fuera de él, sino que expresa la reasunción de éste en la regla de la experiencia a fin de extraer su deducción¹⁸.

Con claridad meridiana la CSJBA ha explicado que la palabra indicio viene de la voz latina *indicium* que es una derivación de *indicere* que significa indicar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que existe entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de éste (ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes y sonidos). De acuerdo con esto se entiende por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos¹⁹.

De esta manera, el indicio representa toda y cualquier circunstancia que tiene conexión con el hecho más o menos incierto, que se procura probar.

La convicción indiciaria se funda en un silogismo lógico compuesto por una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión. La premisa mayor o absoluta la constituyen las leyes de causalidad aceptadas por la razón en virtud de la experiencia, la premisa menor consiste en un hecho concreto, conocido y que tiene relación con la regla genérica y abstracta de la premisa mayor, la conclusión que surge de la relación entre ambas premisas, la cual le otorga fuerza probatoria al indicio.

La prueba indiciaria debe valorarse en forma general y no aislada, y de manera conjunta. Esto ocurrirá cuando la incidencia de unos indicios sobre otros, elimine la posibilidad de duda, según las reglas de la sana crítica.

Aplicando éste método hipotético deductivo, se podría utilizar una serie de indicios de los cuales se derive una presunción judicial certera: *a) La premisa mayor o absoluta*: Si una persona ha vuelto de cualquier país de circulación del virus COVID 19 o estuvo en contacto con alguien que haya regresado de allí, o que padece la enfermedad. *b) Premisa menor*: Esa persona debía saber que podría estar infectada del virus. *c) La conclusión*: Su vínculo con las demás personas a partir de ese hecho constituye una falta de diligencia (artículo 1724 del CCyC).

¹⁸ CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo. II. Ed. UTHEA, Argentina. Pág. 407).

¹⁹ (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Fasanelli, Sandra Beatriz v. Gastaldello, Gustavo Daniel s/ Filiación, 27/08/2008, 14/148147).

La persona debía haber previsto que podía contagiar. Esta conclusión que surge de la relación entre ambas premisas, la cual le otorga fuerza probatoria al indicio.

Las presunciones indiciarias que emergen del punto precedente generan una presunción *hominis* de la cual se puede extraer que la persona debía prever o haber previsto la posibilidad de padecer el COVID 19 y poder transmitirlo a la otra persona con la que se vincule.

IX. Colofón

No podemos soslayar que existieron varios trabajos científicos acerca de los virus conocidos como SARS (*Severe Acute Respiratory Syndrome*), uno de ellos, –escrito por científicos de la Universidad de Hong Kong–, posee 3 contundentes frases que podrían haber evitado tantas muertes:

Los coronavirus son bien conocidos por sufrir recombinación genética, lo que puede conducir a nuevos genotipos y brotes.

La presencia de un gran reservorio de virus similares al SARS-COV en murciélagos, junto con la cultura de comer mamíferos exóticos en el sur de China, es una bomba de tiempo.

La posibilidad de la reaparición del SARS y otros virus nuevos de animales o laboratorios y, por lo tanto, la necesidad de propagación no debe ignorarse²⁰.

Realmente una pena que no se haya considerado tan importante descubrimiento y predicción derivada del plano científico. Lo cierto es que el COVID-19 ha sido declarado por la OMS como una *pandemia*, lo que implica un compromiso global de todos los países para tratar los temas sobre la enfermedad.

En este tópico, –el de las ciencias jurídicas–, nos toca dejar sentados los cimientos de la responsabilidad civil para los casos de contagio.

En cuanto a la *antijuridicidad*, debemos precisar que quien transmite el Covid 19 en violación al decreto 297/2020 provoca un daño y viola la norma

²⁰ CHENG, Vicent C. C. - LAU, Susana K. P. - WOO, KwokYung - YUEN. “SevereAcuteRespiratorySyndrome (SARS) Coronavirus as anagent of emerging and Reemergin-gInfection”, publicado en octubre del 2007. Es un artículo del tipo que se conoce comúnmente como un *review* ya que compendia 434 artículos científicos publicados sobre la epidemia ocurrida por el SARS-COV en el 2003-2004, cuyo foco de inicio fue en China.

general del artículo 1717 del CCyC. Ello, a todas luces, constituye un incumplimiento objetivo, cuyo daño no halla justificación en ninguna de las causales del artículo 1718 del CCyC.

En cuanto a la *culpa* (factor de atribución) y la relación de causalidad, la cuestión debe dilucidarse en el plano de la exigencia de previsibilidad del agente analizada en concreto (culpa) y en abstracto (relación de causalidad). Así, por ejemplo, una persona que sabiendo de la posibilidad de poseer la enfermedad (por venir de algunos de los países con circulación activa de virus) no toma los recaudos o concurre a eventos donde hay público, la negligencia se hace evidente.

De esta manera, se configura un caso de *omisión* en donde el accionar del sujeto constituye una abstención, o traducido en los términos que se mencionaron con anterioridad, *una falta de previsión de las consecuencias* que dicho accionar podría traer aparejadas.

En cuanto a la *prueba*, sabemos que resulta difícil probar que la persona sabía de la enfermedad que padecía o bien que actuó con negligencia.

Para ello el Juez puede recurrir a dos recursos dentro del proceso:

La inversión de la carga de la prueba en cuanto a la diligencia al momento de la interposición de la demanda.

La posibilidad de recurrir a indicios y presunciones al momento de fallar.

Estas herramientas, –con los alcances que ya hemos desarrollado–, representan elementos jurídicos eficientes para la imputación de la responsabilidad ante el contagio de la enfermedad coronavirus, siempre que se cumplan con los presupuestos que hemos desarrollado.

Pandemia COVID-19: Trascendencia de Los Deberes Secundarios de Conducta

MYRIAM I. COSTILLA DUYCK

“(...) un diálogo (...) muchas cosas comienzan así, con el empujón de un diálogo que nos mueve hacia un nuevo desafío”.

FACUNDO MANES*

I. Introducción

El DNU 297/2020 dictado por el Presidente de los Argentinos Dr. Alberto Fernández, nos encontró a cada uno haciendo las cosas de la vida normal sin que tomáramos razón de verdad de lo que atravesábamos. Nos sorprendió y todavía no salimos del asombro por lo vivido.

Todos los canales y redes sociales nos ponían en conocimiento sobre el fenómeno de la naturaleza que colocaba a nuestra salud en una etapa de real peligro y por ello debíamos someternos a un estado de “aislamiento social” y “cuarentena”, único remedio posible para enfrentar la “guerra” y ganar la batalla, contra un enemigo invisible al asecho.

Este acontecimiento sacudió al Estado Argentino en todas sus dimensiones. La manera de ir conduciendo políticamente la crisis fue por medio de ordenes presidenciales plasmadas en Decretos de Necesidad y Urgencia, –que no son otra cosa que normas creadas en la situación extraordinaria–, para afrontar la batalla contra el mal amenazante a la salud pública. Significó en los hechos que el Estado de Derecho imperante se encontrara conmutado, por razones justificadas en la fuerza mayor.

En medio de la pandemia, nace este trabajo, con la intención de realizar un abordaje del fenómeno del COVID-19 y sus impactos en la sociedad, desde una

* *Manes Facundo* Cuidar el Cerebro Ed. *Planeta*. Bs As Arg. 2014. pág. 17.

mirada jurídica. El estudio también se nutre de enfoques sociológico-políticos en el universo de las problemáticas relevantes surgidas en momentos de pandemia. Entre los temas destacados podemos mencionar, los Decretos de Necesidad y Urgencia y su repercusión en las relaciones privadas y públicas, personales e institucionales, oportunidad y rol protagónico del Buen Ciudadano en la puesta en práctica de los “Deberes Secundarios de Conducta”, considerando que las peores epidemias no son biológicas, sino morales y que en situaciones extraordinarias, puede salir a la luz ya sea lo peor de la sociedad, –como ser la insolidaridad, falta de confianza, abuso de la buena fe, mala intención–, o al contrario, florecer todo lo bueno.

Vamos a destacar la figura del “Buen Ciudadano” quien con noble desinterés, acompaña las acciones del Poder del Príncipe, quien ante el hecho de la “anomia”, –en cuanto fatalidad jurídica provocada por la pandemia–, se mantiene alerta, expectante e indómito. Así, el rol del “Buen Ciudadano” y las Fuerzas Vivas, pasan a un plano fundamental, ya que ejercen control sobre las acciones del Poder Político y llenan vacíos, con peticiones oportunas y compensando el avance impetuoso del Estado, evitando abusos, coadyuvando a llevar la crisis sanitaria de la manera más pactada y beneficiosa posible para la sociedad.

También destacamos que conforme datos objetivos de la realidad, vivimos en una sociedad con excesiva “judicialización” de los asuntos de la vida cotidiana. Naturalmente tendemos a someter todos nuestros conflictos a control jurisdiccional. Esta costumbre tan enraizada en los argentinos, –complejizar todo asunto–, también ingresa al circuito de la parálisis y el colapso, consecuencia inmediata de las decisiones adoptadas en la lucha contra el COVID-19. ¿Cómo readecuarse ante fenómenos naturales que colapsan nuestro Estado de Derecho? ¿Cómo accionar ante la parálisis jurisdiccional? ¿Cómo interpretar el tráfico de las relaciones contractuales, públicas y privadas en el contexto de incertidumbre y fuerza mayor en este “Nuevo Mundo”? La situación por la que atravesamos exige una reconsideración, un *stop and go*, un parar, reflexionar, renegociar y resurgir. Las respuestas no resultan fáciles, pero el sentido común en pos del valor justicia nos conducen al retorno del restablecimiento del equilibrio, la proporcionalidad y la reconducción. Las relaciones deberán ajustarse a la nueva realidad, flexibilizando las reglas de conducta establecidas con anterioridad al inicio de la catástrofe, ya que la pandemia –que ubicó a la Salud en el lugar pri-

mordial en cuanto Bien Social a proteger– cambió todos los escenarios a los que acostumbrábamos acudir. En este contexto fáctico, los Principios Generales del Derecho, la Buena Fe, las Buenas Costumbres, los “Deberes secundarios de conducta”, serán el remedio a los vacíos legales ocasionados por la emergencia.

Afirmamos que el “Mañana”, –etapa pos pandemia–, tendrá como protagonista al “Buen Ciudadano”, las Fuerzas Vivas principalmente representadas por las organizaciones civiles y las empresas, asumirán la responsabilidad de ejercer contención ciudadana, control político-institucional participando con nobleza y legalidad en el juego de la democracia, fortalecimiento un Nuevo Estado, transformado por un Buen Gobierno que de nacimiento a un modelo de Nueva Gestión Administrativa.

II. COVID-19: Nueva Gestión. Principio *Rebus Sic Stantibus*

Vivir el inicio de una pandemia, merece ser descrito cual capítulo de novela de ciencia ficción, sin embargo fue un baño de realidad mundial que nos introducía en situación de crisis. Aquella noche, todas las placas informativas y redes sociales en simultaneo transmitían la orden presidencial de guarecernos –hasta que se nos comunicara lo contrario–, a las 0 hs. del 20M se había declarado el “inicio oficial de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio”, modo de la campaña Argentina de lucha contra el COVID-19 en estado de expansión mundial, –pandemia–. A partir de ese momento se generó una disyunción temporal –un antes y un después–, con consecuencias en todos los órdenes de la sociedad argentina, cuyas proyecciones políticas y jurídicas merecen disímiles análisis.

El 20M marco el inicio de una carrera contra el tiempo. El Planeta Tierra se había detenido, el mundo entero estaba parado y el gran tormento de los países se redujo al conocimiento “del nivel de la curva de infectados y muertos por un virus” y análisis permanentes e informes comparativos, sobre tiempo, modo y lugar de evolución de la gran peste internacional.

Argentina como el resto de los países, inmersa en zona de afectación y desastre internacional, puso en acción el Poder del Príncipe imponiendo medidas de contingencia por medio de Decretos de Necesidad y Urgencia.

A la luz de los sucesos, el buen ciudadano acudía absorto a dar cumplimiento con la orden de cuarentena a razón del peligro que el COVID-19 signi-

ficaba para la salud. El estado de shock emocional ante la real situación de ataque biológico “aterrizaba” en una Argentina en pleno “training” de crisis económico-social, y tal vez por ello los políticos adoptaran medidas de contingencia –a través de Decretos de Necesidad y Urgencia–, tal vez, las más atinadas del mundo, pero que implicaron en los hechos un avance del Estado sobre la economía y la vida privada de las personas, lo que impone –en el futuro post-pandemia–, la necesidad de concretar reformas institucionales profundas tendientes a la creación de Nuevo Estado.

El avance del Poder del Príncipe por sobre el desarrollo de la vida normal pública-privada, y el Estado colapsó ante el fenómeno de los requerimientos de una sociedad que frente a los hechos adopto un estado de vigilia, ejerciendo un rol de control. Las Fuerzas Vivas efectuaban demandas que ponían al descubierto una Administración del Estado y gestión de los servicios públicos vetustos desde su médula, cuyo punto más laxo era el sistema sanitario ya que el modelo de administración burocrática Argentino era copia fiel del arquetipo internacional de lo que se denominó reforma de los años 50-60, –post guerras mundiales–, y que durante algunas décadas funcionó y no porque

“(…) fuera eficiente, sino porque solucionó los problemas básicos que la gente quería resolver: proporcionó seguridad contra el desempleo y en la vejez. Proporcionó estabilidad (...) Proporcionó un sentido básico de la justicia y la equidad (las burocracias como señaló Weber están diseñadas para tratar a todo el mundo igual). Proporcionó empleos. Y prestó servicios básicos, sobrios e igualitarios que la gente necesitaba y esperaba durante la era industrial: caminos, autopistas, cloacas, escuelas”. (Osborne y Gaebler)¹.

Este modelo de burocracia aquejado por males tales como, anacronismo, sobredimensionamiento de su planta de empleados, ineficiencia, corrupción, etc. colocaba al sistema estadual en agonía endémica al que la pandemia asestaba un golpe mortal. Lo único verdadero resultaba ser que surgía la necesidad de esperar la superación de la tempestad e imponer un profundas modificaciones

¹ OSBORNE, David y GAEBLER, Tedr: “La reinención del Gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público”. Traducción de Marco Aurelio Galmarini y Fernando Pardo Gella. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. Barcelona, 1994,494 págs. 42.

en la forma de gestionar el Estado, con el objetivo de impulsar un gobierno que ponga a la gente en primer lugar, creando un claro sentido de misión, delegando autoridad, sustituyendo normas y regulaciones por incentivos. De este modo, seríamos testigos de la creación de una sociedad moderna basada en la transformación de su base administrativa pública, en un modelo acorde a la era de la información y las ciber comunicaciones, pasando el Estado a ser expresión de menos avance sobre los particulares y gestión eficiente.

En este contexto de medidas adoptadas ante el avance del COVID-19, destacamos la orden de la suspensión del servicio normal y habitual de la administración pública de cuyo universo, solo trataremos el caso del Poder judicial. La decisión de inicio de cuarentena, por tiempo indeterminado, reducía el servicio de justicia y sus funciones a casos de emergencia, en un país con un índice de judicialización enorme. Permanecer en los espacios públicos de los tribunales resultaba insalubre, para empelados, profesionales y justiciables. Al no existir el expediente digitalizado se hacía imposible proseguir con cualquier trámite judicial. Así, cerrados los tribunales –reducidos solo a atención de emergencias– más las restricciones que el Gobierno dispuso con impacto directo en la mano de obra, insumos y servicios necesarios, fueron mezcla letal del colapso del Servicio Jurisdiccional.

El enfoque político del abordaje de la pandemia montado en la ponderación de “salvar vidas” generó un panorama incierto en el tráfico de las relaciones contractuales.

Entonces corresponde hacer un desdoblamiento para dejar aclarado que existen dos niveles de análisis, por un lado la situación institucional y la suspensión de la gestión judicial en un Estado sumamente litigioso y por otro los particulares, el justiciable, con necesidad de uso del servicio, acompañados por los letrados y los estudiosos del derecho.

Desde el punto de vista de los juristas de manera unívoca acudieron a la figura de la “Fuerza Mayor” útil para justificar la ruptura, el quiebre, la falta de cumplimiento de obligaciones que el caos generado por el COVID-19 volvieron al objeto de los contratos de cumplimiento imposible. Los particulares inmersos en un sin número de situaciones complejas surgidas a partir de la declaración de cuarentena comenzaron a demandar el servicio de los letrados quienes de manera unívoca acudieron a la figura de la “Fuerza Mayor”, instituto útil para justificar la ruptura, el quiebre, la falta de cumplimiento de obligaciones que el

caos generado por el COVID-19 volvieron el objeto de los contratos de cumplimiento imposible.

Así, presenciábamos el desarreglo de la Autonomía de la Voluntad. Dicho instituto identificado con la libertad, en cuanto

“(...) la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, (...) derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana”. (Corte IDH, “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, 28/11/2012.),

de conocimiento público y notorio, la pandemia dejaba a la Autonomía en estado desuetudo, ya que por las circunstancias, su aplicación resultaba compleja y nula, encontrando su reemplazo inmediato en el principio jurisprudencial *Rebus Sic Stantibus*, que

“(...) posibilita la suspensión, modificación o resolución del contrato por la alteración sobrevenida de las circunstancias concurrentes o la rotura del equilibrio económico del contrato, cuando a una de las partes le resulte imposible o muy gravoso su cumplimiento (...) La actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido”. (Citas de Sala Primera del Tribunal Supremo en numerosas sentencias (STS 2823/2014 de 30 de junio, STS 5090/2014 de 15 de octubre y STS 1698/2015 de 24 de febrero) (ante los múltiples conflictos contractuales consecuencia de la crisis económica de 2008)).

Este principio, supone una excepción al art. 1258 CC, por el cual los contratos vinculan y obligan a las partes y los jueces determinan los cuatro requisitos de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*:

1°- alteración sobrevenida de las circunstancias de cumplimiento.

2°- onerosidad excesiva para una de las partes como consecuencia de dicha alteración.

3°- imprevisibilidad del acontecimiento (no previsto en el contrato).

4°- duración del mismo (no es meramente transitorio sino que existen expectativas razonables de duración).

Cabe destacar que antes de la pandemia la jurisprudencia, con ánimo de mantener el normal funcionamiento del tráfico mercantil, optó en los supuestos enumerados, la modificación del contrato, ante el desequilibrio de las contraprestaciones de las partes, y no por su suspensión o terminación.

Como es sabido, las medidas sanitarias adoptadas por el Poder Ejecutivo, a través de Decretos de Necesidad y Urgencia, en medio de una tragedia de dimensiones descomunales, dio nacimiento a una complejidad de conflictos en los vínculos jurídicos existentes y nuevas problemáticas para el tráfico relacional. Es cierto, que el Estado al ejercer el Imperio del Príncipe ha sido cuidadoso en el cumplimiento de la función de mantener presente y operativa la idea de justicia manteniendo las practicas forenses reducidas a una gestión judicial solo para casos de emergencia. Pero la avalancha de asuntos jurídicos que surgen a una pos pandemia que va a innovando hechos nuevos, conjugan la combinación perfecta para el colapsado del sistema judicial que, –se verá irremediamente y por mucho tiempo–, perjudicado en su funcionamiento con el consecuente perjuicio al justiciable. A la cantidad de casos que quedaron pendientes, –antes del confinamiento–, se añaden los derivados directamente del impacto del COVID-19. Recordemos, la amplia mayoría de sectores sociales, laborales y productivos afectados por las medidas impuestas por el Poder del Príncipe que son requirentes permanentes del servicio judicial. No avizoramos otra solución que de manera urgente sea aprobado un plan de Nueva Gestión Judicial –para agilizar la actividad tribunalicia cuando la misma se reanude con normalidad– e ingrese la justicia en el Plan Integral de Nueva Gestión de Administración del Nuevo Estado.

Finalmente destaco expresiones vertidas las cuales hago propias que expresan

“(...) las medidas que se adoptan en una emergencia están justificadas, siempre que respeten ciertos límites del Estado de de-

recho, y, sobre todo, que sean limitadas en el tiempo, como lo ha señalado la Corte Suprema argentina. Priorizar la vida, la salud, proteger a los vulnerables y hacerlo dentro de un sistema democrático eficaz es el gran desafío que nos ha tocado en esta época. Es difícil, pero es en esos momentos donde se demuestra hasta qué punto estamos dispuestos a defender los principios y valores". *Ricardo Luis Lorenzetti*²

III. Pandemia y Jerarquización de los Deberes Secundarios

La situación de indefensión social obliga a buscar soluciones jurídicas ante el estado de anomia generado por la influencia del COVID-19. Entendemos por "anomia" la desorganización social o aislamiento del individuo como consecuencia de la falta o la incongruencia de las normas sociales y nos genera la pregunta sobre cuál es la salida posible ante este fenómeno que nos sobrepasa. La respuesta es encauzarnos una vez más por los Principios Generales del Derecho. En medio del caos, surge el "Buen Ciudadano" que desea obrar de "buena fe", basando su conducta en valores tales como lo son la confianza y la solidaridad (esta última distinguida entre la del derecho Privado y público, diferenciada del altruismo y benevolencia), entre otros valores que conforman los "Deberes Secundarios de conducta".

Desde un punto de vista de la sociología, afirmamos que todos los deberes son primarios, porque los "deberes" en esencia tienen importancia primaria en la eficacia de las relaciones que enlazan la vida individual con la social. No obstante lo expresado, hay deberes que mantienen una relación auxiliar en conjunción a otros en su función moral, los completan, los facilitan y operan o pueden operar como medio mecánico, o mejor diremos, como medio funcional, para establecer la costumbre del deber, entonces el derecho incorpora esta interpretación del fenómeno del "deber" y aprovecha las distinciones objetivas para una mejor interpretación, aplicación y ejecución de los deberes en el tráfico de las relaciones. En consecuencia, en su amplia mayoría son denominados los Deberes secundarios y solo algunos autores prefieren llamarlos "deberes complementarios".

² LORENZETTI, RICARDO LUIS, "La pandemia y el Estado de Derecho" https://www.clarin.com/opinion/pandemia-derecho_0_Cn2vdqRV9.html - 27/03/2020.

Dice Ricardo Lorenzetti, que los Deberes Secundarios no son obligaciones en sentido técnico, sino deberes derivados de la buena fe y su existencia abarca el periodo precontractual, contractual y pos contractual y luego asevera “(...) **las partes tienen deberes secundarios de conducta de información, custodia, colaboración, todos derivados del deber de cumplir de buena fe**” y con posterioridad señala que “(...) **los deberes colaterales nacen con la idea de ensanchar el plexo obligacional**”³ LORENZETTI, Ricardo Luis.

Así concebidos “Los Deberes Secundarios” tienen su fuente en el proceso de integración del vínculo negocial, enraizado con el principio de la buena fe en su vertiente objetiva, por lo que su reconocimiento opera *ipso iure*, esto es, sin requerir de pacto expreso entre las partes. Esta situación es extraña a las obligaciones que surgen del negocio jurídico, pues la razón central de esta fuente es que los sujetos resulten vinculados por lo que han convenido entre sí de forma inequívoca.

Los referidos Deberes Secundarios tampoco pueden traducirse en cargas específicas ex-ante a la celebración del negocio, sino que son aleatorias y dependen de circunstancias de los hechos circundantes y del vínculo, –por ejemplo consecuencias jurídicas ante la situación extraordinaria de pandemia– y finalmente del rol de las partes en la relación jurídica.

Saber si estamos frente a la aplicación de la derivación del principio de la Buena Fe solo resultara del análisis caso por caso y derivadas de situaciones posteriores a la ejecución del vínculo.

Finalmente, es destacado por la doctrina el hecho que los deberes secundarios normalmente tienen vigencia durante todo el iter contractual, esto es, en la etapa precontractual, contractual y pos contractual, y su propósito es contribuir el logro de la finalidad socioeconómica del vínculo o del interés negocial de la contraparte, diferente a las obligaciones, las cuales constituyen gravámenes que se tornan vinculantes una vez el negocio nace a la vida jurídica. Detenernos a observar la realidad deriva en una serie de limitaciones e impedimentos, pero he aquí un punto de partida y respuesta jurídica en el tráfico de sus relaciones, mientras se desarrolla la pandemia.

³ LORENZETTI, Ricardo Luis. “Esquema de una teoría sistemática del contrato”. En : ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto. Instituciones del derecho privado. Contratación contemporánea. Perú y Colombia : Palestra y Temis, 2001, pág. 21.

IV. COVID-19: La Buena Fe, Confianza y Solidaridad:

Como venimos expresando, no hay soluciones quiméricas ante situaciones tan extremas como el suceso una calamidad inconmensurable, no obstante el derecho es tan profuso que nos brinda auxilio con herramientas y soluciones jurídicas aplicables, durante y con posterioridad a la pandemia. El recurso histórico que nos remonta a los orígenes del orden social son los Principios Generales del Derecho, remedio normativo ante el avance del universo de acontecimientos capaces de producir efectos jurídicos.

Mientras tanto, en este mundo de las incertidumbres, con una justicia valorada pero semi paralizada en su modo operativo a razón de la pandemia, una sociedad afectada en sus legítimos derechos por una anomia inevitable, nos obliga a detenernos a reflexionar en el Principio de la Buena Fe.

La Buena Fe se avizora como principio ordenador de reglas de conducta y del proceder del Buen Ciudadano, poniendo orden donde hay caos, valor donde hay disvalor, desechando pre-juicios, quitando los prefijos negativos (anti), por ser: fuente de interpretación, fuente de derechos, correctivo de ejercicios de derechos y eximente de responsabilidad. La Buena Fe en cuanto “deber primario” interrelacionado con otros “valor-deber”, como son, la “Confianza” y “Solidaridad”, adquiere un lugar de suma importancia en épocas del COVID-19 y con posterioridad a la pandemia.

En épocas de pandemia, ponderar los “principio-valor-deber”, como el caso de la “Confianza” y “Solidaridad”, –previos a la norma–, surgen como facilitadores sociales en las múltiples maneras de relacionarse los Buenos Ciudadanos. El Interprete Jurídico, los fedatarios, los auxiliares y mediadores del dialogo, fundados en estos “principio-valor-deber”, verán facilitada su tarea y con arreglo a los mandatos de la justicia, según los hechos restablecerán, restauraran, enmendaran, repararan o remediaran, –según el caso–, un orden justo que finalmente logre un equilibrio que encumbra la Autonomía de la Voluntad.

Los valores a los que nos referimos, Confianza y Solidaridad merecen un estudio especial por ello se analizan en acápite separados.

a. *Confianza:*

La palabra Confianza proviene del latín *confidentia*, y en donde el prefijo “con” significa “junto”, “todo”, “con”, y en donde el término latino *fides*, significa “fe”. Significa tanto como “con toda la fe”, “con absoluta convicción”. Como se advierte, desde su etimología, Confianza es integrativo del deber de Buena Fe en toda clase de relación que se mantenga. Según los sociólogos, la confianza comienza en la persona misma, en el Buen Padre de familia, el Buen Ciudadano y se extiende entre las personas, entre las personas y las organizaciones sociales y entre Estas y las instituciones. Este orden social se ve totalmente modificado en momentos históricos de desgracia fenomenal, una guerra, una catástrofe o como es el caso una pandemia, hechos transitorios que una fenecidos exigen un esfuerzo póstumo de reconstrucción social, cuya materia prima está en el “debervalor” que es máximo capital humano. El valor confianza, se asoma nuevamente, como el sol naciente que impulsa el renacimiento del nuevo día, un nuevo ser, una nueva convivencia social y por medio de consensos basados en la Buena FE, puestos en práctica por el Buen Ciudadano que recupera con ímpetu su protagonismo.

Un Nuevo Estado surgirá. La construcción de un ambiente de confianza y credibilidad será el mensaje frente al Poder del Príncipe; razonablemente el único posible; única manera de propender a la unidad; mensajes y discursos claros, actitudes unívocas, dictado de normas adecuadas a partir de los planteos y necesidades sociales adecuadas, socialmente remitidas e institucionalmente receptadas.

Hilando más fino aun, en este camino del regreso a la Confianza, hay que recuperar el valor de lo que históricamente significo la “palabra de honor”, acto natural de la persona en alteridad proactiva, consolidando un acto jurídico, un trato, un negocio, cuyo sello consistía en estrechar las manos de los involucrados.

La “palabra” de “honor” según la RAE, es el “(...) **empeño que hace alguien de su fe**”. Volver a la Confianza y Buena Fe, regresar sobre el respeto por “la palabra” empeñada, en esos simples hechos se basara toda construcción del porvenir. En un mundo donde se privilegian los intereses sectoriales, la puja por el poder que agrieta y destruye, el Buen Ciudadano que observa y practica la “palabra de honor”, “Confianza” y “Buena Fe” es el arquitecto de la obra de

contención de los demás actores sociales, artífice de la restauración de las piezas separadas, del fortaleciendo el consenso social con visión de grandeza, capital espiritual y material, “deber-valores” tanto hacia adentro como hacia fuera, responsables de permitir producir éxitos y afrontar los fracasos, hacedores del Nuevo Estado.

En este punto hacemos propio este pensamiento simple, sencillo y certero porque creemos que todo puede cambiar con una palabra significada, conjugando un verbo, en alteridad, generando el acto humano de la comunicación “(...) *un diálogo (...) muchas cosas comienzan así, con el empujón de un diálogo que nos mueve hacia un nuevo desafío*”.

b. Solidaridad:

La solidaridad y voluntariado, son cualidades culturales resilientes positivas enraizadas en la conducta social más plausible del ser Argentino, a lo que, —en oportunidad de la pandemia—, se adiciona el surgimiento del interés y el compromiso por la cosa pública plasmado en un sinnúmero de iniciativas. La solidaridad encerrando un valor moral elevado en la sociedad argentina.

¿Qué significa “Solidaridad”? La instrumentación de la solidaridad nace a partir del Derecho Romano palabra que encuentra su raíz en el étimo romano *solidarium*, que se enlaza con las expresiones *solidum*, *soldum*, y que significa “entero” y de ahí la figura jurídica de la *obligatio in solidum*, en la que cada uno de los codeudores asume la totalidad de la obligación contraída, y cada uno de los coacreedores dispone del derecho de exigir el cumplimiento de la obligación en su totalidad.

Partiendo de esta base de antecedentes del Derecho Romano, la única referencia a la solidaridad en la estructura jurídica argentina del derecho privado es en cuanto género compuesto por dos especies: la solidaridad espontánea, —comportamiento positivo de las personas sin que exista exigibilidad de ese comportamiento—, es decir, es el que se comporta adecuadamente sin necesidad de que exista nada que pueda obligarlo a ello; y la solidaridad jurídica, que a su vez podría subclasificarse, —debido a que está compuesta por la solidaridad exigible—, en otros términos, aquella a la cual las normas del Derecho Positivo otorgan acción al sujeto que con ella se beneficie, y finalmente la siendo jurídica no posee acción, —tal el caso de los Deberes Secundarios de Conducta—, si bien

producen consecuencias establecidas por el plexo legal y se da el caso cuando la norma intenta provocar el comportamiento a través de una sanción positiva y de un reconocimiento de un beneficio a quien así se comporta.

Continuando con este análisis la Constitución Argentina, refiere dos menciones a la solidaridad: una respecto de la relación entre ministros, y la otra sobre distribución de la recaudación entre las provincias y la Nación. La Constitución Nacional no ha incorporado la noción de solidaridad como un principio y debido a ello no existe norma general que imponga un comportamiento solidario con garantías judiciales eficaces, de obligaciones y deberes exigibles.

Por lo expresado surge a todas luces la indudable necesidad de consagrar la solidaridad como Principio General del Derecho e impulsar una dinámica legal que regenere su entorno. Mencionamos que hay quienes pretenden desconocer su valor y minimizar su esfera de acción considerando que el Derecho no es el ámbito propio de la solidaridad por ser un valor incompatible con la coacción jurídica, argumentando que cualquier intento de sujetar consecuencias jurídicas a la solidaridad –así, por ejemplo, extraer de ella deberes exigibles en último término mediante la coacción jurídica–, significaría tanto como la destrucción de la noción misma de solidaridad, posición que no compartimos por considerar que un Nuevo Estado deberá impulsar las iniciativas ante los órganos correspondientes para consagrar este Deber de Conducta en toda su amplitud y en un lugar de primer orden.

c. Insolidaridad:

Es necesario hacer acápite por separado ante la necesidad de destacar, la relación y las consecuencias de la tensión existente entre solidaridad e insolidaridad.

Venimos de expresar que la consagración del Principio de Solidaridad resulta ser una aspiración, no obstante ello su concreción debería estar dirigida a articular ciertas categorías de sujetos en situación de vulnerabilidad y a impulsar relaciones igualitarias, no jerarquizadas, en distintas esferas sociales, del derecho público y privado. También debe adquirir sentido compensatorio y de armonía de las desigualdades existentes.

Así entendida la Solidaridad ayudaría a diseñar políticas públicas sociales y ambientales, participación ciudadana, deberes ciudadanos, pedagogía del buen ciudadano, promoción de la actividad económica, desarrollo productivo, segu-

ridad. El panorama actual hace necesario generar un Nuevo Estado capaz de hacer frente a los cambios estructurales y tecnológicos generados por la globalización y motorizar la armonización y el compromiso de los diversos factores en una nueva manera de gestionar y administrar.

La pandemia ha puesto al descubierto una mayoría significativa de la ciudadanía que vive de relaciones cooperativas, de vecindad, en régimen economía informal y las condiciones impiden que el emprendedor y la empresa estén al margen de cualquier vía de desarrollo y por otra parte una administración vetusta a niveles tan extremos que no puede dar respuestas.

Estos problemas de la Argentina Profunda, requieren un Estado comprometido, fuerzas vivas activas y buenos ciudadanos trabajando con espíritu constituyente junto al Nuevo Estado y la Nueva Gestión Administrativa, única manera de generar el desarrollo necesario para generar la provisión de bienes y servicios y lograr una sociedad de buen vivir.

d. Pos pandemia. Protagonismo de las Fuerzas Vivas.

La pos epidemia y la necesidad de superar los daños económicos ocasionados por el COVID-19 va a centrar toda la energía y atención en las Fuerzas Vivas, como socios del desarrollo de un Nuevo Estado y promotores de la cultura del deber ser un Buen Ciudadano comprometido en la germinación de la Nueva Gestión Administrativa.

Las Fuerzas vivas, conformadas esencialmente por los ciudadanos organizados a todos los niveles y que constituyen la voz o expresión más auténtica de la sociedad, –los gremios, a los empresarios, comerciantes, universidades, profesionales, religiosos, los que por un mandato legal, –beneficiarios de lo que en derecho se conoce como “personería jurídica” permitiendo a cada organización o grupo, su accionar actúan en idénticas condiciones en que lo hacen las personas físicas o ciudadanos comunes–, serán los impulsores de los cambios.

Desde las estrategias corporativas, las organizaciones son y serán las mejor preparadas, –tal vez mejor que una institución educativa– para asumir el compromiso de promover una “educación práctica” orientada en la formación del ser un Buen Ciudadano, en la promoción del bien, del bienestar, otorgando a la sociedad un valor agregado y con el compromiso que los beneficios perduren en el tiempo.

Las organizaciones reúnen personas con intereses similares y son ámbitos propicios para generar una filosofía y practicar una pedagogía del Buen Ciudadano porque

“(...) Las personas son razonables en un espacio básico, cuando, estando, digamos, entre iguales, se muestran dispuestas a proponer principios y criterios en calidad de términos equitativos de cooperación, y a aceptarlos de buena gana siempre que se les asegure que los demás harán lo mismo. Las personas entienden que aceptar esas normas es razonable para todo el mundo y, por consecuencia, que son justificables ante todos, y están dispuestas a discutir los términos equitativos que otras propongan. Lo razonable es un elemento de la idea de sociedad como sistema de cooperación equitativa, y que los términos equitativos de ésta sean razonables para todos es parte de su noción de reciprocidad”⁴

En el caso de las empresas, han venido actuando en las sucesivas crisis, ajustando su conducta a las acciones de un Buen Ciudadano que interactúa en su amplio entorno social: socios, grupos interesados como ser directivos y empleados, productores, promotores, proveedores, distribuidores, consumidores, acreedores y comunidades locales, instando a involucrarlos en la necesidad de trabajar de manera conjunta en las diversas acciones para superar la crisis.

La profunda crisis económica derivada de los efectos de la parálisis económica provocada por la pandemia ocasiona altos niveles de desempleo y pobreza, produce la necesidad en el Estado de buscar socios para superar el descalabro económico y afrontar la asistencia social con eficiencia. Destacándose las empresas y asociaciones civiles como las más competitivas para monumental tarea, adquiriendo un rol protagónico de socios del nuevo desarrollo económico, la reconstrucción, fortalecimiento del Nuevo Estado y generación de una Nueva Gestión Administrativa.

⁴ John Rawls, “El liberalismo político”, Crítica, Barcelona, 1996, pág., 180.

V. Conclusión

A modo de conclusión expresamos, que si bien en este trabajo se ha intentado relatar lo sucedido el 20 M en Argentina con enfoque jurídico, efectuando un análisis del impacto del COVID-19 en la manera de relacionarnos, la situación de Fuerza Mayor y el colapso de la justicia, el justiciable en su búsqueda de solución a los nuevos conflictos, letrados y juristas rescatando Principios como *rebus sic stantibus*, –ante la crisis de la Autonomía de la Voluntad–, el Buen Ciudadano practicando los Deberes Secundarios del conducta, el Principio General de la Buena a Fe y su relación con los Valor-Deber de Solidaridad y Confianza y finalmente las Fuerzas Vivas principalmente representadas por las asociaciones civiles y las empresas asociadas al estado en pos del desarrollo, trabajando por un Estado Nuevo y la Nueva Gestión de Administración.

Más allá de lo analizado, indefectiblemente la realidad nos sobrepasa y obliga a introducirnos en un plano de análisis metafísico. Hay que efectuar replanteos sobre la propia existencia humana, surgiendo la ineludible pregunta por el ser. Inquirir el ¿por qué a nosotros nos ocurre esto? ¿Estamos autodestruyándonos como seres humanos? ¿Estamos en vías de extinción? ¿Estamos destruyendo el planeta? ¿Queremos ser post-humano? ¿La cibernética a dónde nos conduce? ¿Nos gustaría un mundo de ciencia ficción? ¿Reduciríamos la vida humana a una mera lucha por la supervivencia?

Todas estas preguntas merecen nuestra más profunda meditación ya que nunca antes en la historia de la humanidad habíamos tenido tantos recursos científicos que frente al avance de un fenómeno de la naturaleza como el COVID-19, resultarían inútiles. No sabemos la respuesta a tantos interrogantes, pero es posible afirmar que debido a nuestra dimensión humana, no somos un pedazo de carne que se descompone, somos “algo más”, somos personas que por esencia estamos cuanto menos obligados a descifrar el mensaje que nos envía nuestro propio mundo. La tarea pendiente será recuperar la dignidad humana, esa es una verdadera batalla contra nosotros mismos. “Ser o no ser” no debe ser dilema, solo debemos elevarnos como personas.

El mundo se ha frenado. El mundo nos llama, tal vez nos implora. Dejemos de lado la soberbia, detengámonos, escuchemos e intentemos descifrar el mensaje. Salvemos al hombre en su más profundo sentido. Seamos humanos.

VI. Bibliografía

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “*El Juez, sus deberes y facultades*”, Ed. Depalma.
- BERIZONCE, Roberto Omar; Recientes Tendencias en la posición del Juez. En INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO PROCESAL; EL JUEZ Y LA MAGISTRATURA Tendencias en los albores del siglo XXI). Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.
- BIDART CAMPOS “TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO T II. Editorial Ediar, Bs. As. 1995.
- BOURGUIGNON Marcelo y PERAL Juan Carlos, Directores : “*Código procesal Civil y Comercial*”, comentado y anotado Ed. Bibliotex S.R.L. , Tucumán 2008.
- CALAMANDREI, Piero: “*Instituciones de Derecho Procesal Civil*”, 3 tomos, Ed. E.J.E.A., 1962.
- CALAMANDREI, P.: “Elogio de los Jueces escrito por un Abogado”. Traducción de Santiago Sentís y de Isaac J. Medina. Prólogo de Diego Medina. Madrid, 1936.
- CARNOTA, Walter: “Meditaciones sobre gestión judicial”, Revista la ley 1/10/2007. LL-2007-E-1376.
- http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf
- CONSTITUCION NACIONAL, Victor P. de Zavalía S.A. Bs. As. año 2000
- COUTURE, Eduardo J., “*Fundamentos de Derecho Procesal Civil*”, Ed. Aniceto Lopez - Ed. Depalma.
- COUTURE, Eduardo J.: “*Estudios de Derecho Procesal Civil*”, 3 Tomos. Ed. EDIAR, 1948.
- COUTURE, Eduardo J. “Oralidad y regla moral en el proceso civil”, en la ley, T. 11, sec. Doctrina pág. 85.
- COUTURE, Eduardo J.: “*Estudios del Derecho Procesal Civil*”, Ed. Ediar 1949, Ed. Depalma 1979.
- COUTURE, E., *Los mandamientos del abogado*, Depalma, Bs. As., 1999
- CUETO RÚA, Julio César, “Una visión realista del Derecho – Los jueces y los abogados”, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires 2000, I.S.B.N. 950-20-1246-1.

- CHAYER, Hector Mario “El sistema judicial argentino y las tecnologías de la información” artículo publicado el 5/10/2000 en El derecho , N° 10.104, año XXXVIII, Bs. As. y Revista Electrónica de Derecho informático (R.E.D.I.) N° 29, diciembre de 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe: “*Instituciones de Derecho Procesal Civil*”, 3 volúmenes. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.
- CHIOVENDA, JOSÉ: Principios del Derecho Procesal Civil.
- DA SILVEIRA PABLO “Como ganar discusiones (o al menos como evitar perderlas” Ed. Taurus. Arg. 2004.
- De la FUENTE, “Cinco años de oralidad en el Procedimiento Judicial de La Rioja”, en J. A., 1956-I, doct. 88;
- DIAZ DE VIVAR, E. “*Afianzar la justicia a través de una adecuada gestión judicial*”, Revista El Derecho del 5/9/2007, n° 11.834, ED 224-721.
- FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce: “*Getting to Yes*”, Boston, 1981, en castellano: “*Sí...de Acuerdo. Como Negociar sin Ceder*”, Colombia, 1985, Editorial Norma.
- GORE, A. (1993): *Creating a Government That Works Better and Cost Less*. Washington DC, Government Printing Office.
- HIGHTON, Elena I., ÁLVAREZ, Gladis S., “*Mediación para resolver conflictos*”, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- KAMINKER, Mario E. Jurisprudencia Argentina. “Algunas ideas sobre implementación de las reformas procesales. Hacia un ejemplo práctico”. 1998. Doctrina. JA: 1998-I-661.
- LONDOÑO JARAMILLO, Mabel “La congestión y la mora judicial: el juez ¿su único responsable?”. Revista Facultad de derecho y Ciencias Políticas Vol. 38. N° 109 (2008) – Medellín Colombia. Julio- Diciembre 2008 , ISSN 0120-3886.
- LORENZETTI, RICARDO LUIS, “La pandemia y el Estado de Derecho” https://www.clarin.com/opinion/pandemia-derecho_0_Cn2vdqRV9.html – 27/03/2020.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoría sistemática del contrato. En: ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis y SOTO, Carlos Alberto. *Instituciones del derecho privado. Contratación contemporánea*. Perú y Colombia: Palestra y Temis, 2001, pág. 21.
- MANES, Facundo “Cuidar el Cerebro” Ed Planeta. Bs As Arg. 2014.

- MINTZBERG, Henry. “Diseño de Organizaciones eficientes”. Editorial El Ateneo 2004. ISBN: 950-02-3640-0.
- MORELLO, Augusto M. “*Rasgos defnitorios del moderno modelo de justicia. La importancia de la persona y sus garantías*”, El Derecho del 8/4/99, n° 9727).
- NIETO ROMERO, “*Oralidad en el Proceso Civil*”, en La Ley del 27-2-65
- NINO, Carlos Santiago. “*La constitución de la democracia deliberativa*”, ed. Grijalbo, Barcelona.
- ONG, Walter “*Oralidad y escritura. Tecnologías de la palabra*”. 1994 www.razonypalabra.org.mx/N/N75/...75/14_Dominguez_M75.pdf
- OSBORNE, David y GAEBLER, Tedr: *La reinención del Gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*. Traducción de Marco Aurelio Galmarini y Fernando Pardo Gella. Ediciones Paidós Ibérica, S.A. Barcelona, 1994,494 págs.
- Ossorio y Florit Manuel, Cabanellas de las Cuevas Guillermo: “*Diccionario de derecho*” T- 1 y 2 Ed. Heliasta SRL ano 2007 - Bs. As. T.1 y 2.
- RABBIBALDI CABANILLAS, Renato: *Dimensión filosófica de la labor interpretativa*, La Ley, Buenos Aires, 17/10/08, págs. 1-4.
- John Rawls, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996, pg., 180.
- SCHAFFROTH, Alfredo “*El deber de obrar con prudencia*” J.A. 1956 - I. - Doctrina Pág. 47.
- VERLY HERNAN: “EL ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO. Justificación del control judicial de constitucionalidad”. Publicación: El Derecho – Diario del 1/10/91



La teoría de la imprevisión frente a la crisis sanitaria global: en camino a las soluciones de equidad basadas en el esfuerzo compartido

DR. PASCUAL E. ALFERILLO

I. Introducción

Ante una crisis sanitaria global *in fiere*, en proceso de desarrollo, como es la que atraviesa nuestro país, quienes hacemos del Derecho nuestra vocación de vida solo podemos aportar algunas ideas para comprender el impacto social y económico que tendrá en el porvenir, con la aspiración de deseo que los conflictos de intereses que se generaran tengan soluciones de equidad dentro del marco de la realidad que impere en esos momentos.

Esta tarea no será sencilla para los jueces que tendrán el deber de resolver los planteos litigiosos, pues se enfrentarán a situaciones que no tienen precedente, razón por la cual la norma vigente puede resultar insuficiente para dirimir los casos y es allí donde jugará el noble sentido de Justicia de los magistrados para interpretar la norma, como decíamos en el marco de la realidad imperante para dar el veredicto final.

En esta oportunidad se ha seleccionado para formular algunas reflexiones que por cierto pueden y deben ser revisadas permanentemente, a la teoría de la imprevisión que fuere incorporada al art. 1198 del Código Civil por la Ley N° 17.711 (B.O. 26/4/1968) y mantenida en su vigencia en el art. 1091 del Código Civil y Comercial, vigente desde el 1 de agosto de 2015.

La elección de la figura obedece a que la misma prevé el desequilibrio del sinalagma contractual por razones ajenas a las partes y cómo superar esa diferencia prestacional para reestablecer el equilibrio.

Va de suyo, que la figura fue regulada para tiempos relativamente normales y no de riesgo extremo, razón por la cual se debe investigar el grado de viabilidad de su aplicación en la crisis pandémica actual.

II. Alcance actual de la teoría de la imprevisión

2.1. *Imprevisión y buena fe*

No es un dato menor que la reforma introducida al art. 1198 del Cód. Civil por la Ley N° 17.711, incorporara conjuntamente, el principio de la buena fe en los contratos con la teoría de la imprevisión.

En esa decisión evidente existe un claro mensaje en la norma de que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe conforme con lo que las parte entendieron o pudieron entender estaban acordando¹. El Derecho no acepta, ni permite conductas contractuales de mala fe.²

De igual modo, este encabezamiento general de la norma define que el contrato cumple una función social, tiene por objetivo facilitar el intercambio de bienes y servicios entre los seres humanos, descartando, por cierto, la idea de que sea una herramienta para explotar y favorecerse de las necesidades de los otros congéneres.

En ese contexto normativo, el reformador introdujo la Teoría de la imprevisión, como una herramienta para remediar las inequidades contractuales sobrevinientes.

2.2. *Precedente: Art. 1198 Código Civil*

2.2.1. *Cuestiones generales*

El Código Civil, actualmente derogado, reguló la figura en el art. 1198 cuando previó que “en los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales one-

¹ Ver: En *Tratado de la Buena Fe – Doctrina Nacional*, Marcos M. Córdoba (Director) Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger (Coordinadoras), Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004 a Wayar, Ernesto C., “Mora y buena fe. Su implicancia en la responsabilidad por incumplimiento”, pág. 265; Bueres, Alberto J., “La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual”; Gastaldi, José María, “La buena fe en el derecho de los contratos. Su consagración desde el Código Civil de Vélez Sársfield”; Nicolau, Noemí Lidia, “El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato”; Garrido Cordobera, Lidia María Rosa, “La buena fe como pauta de interpretación de los contratos”; Casiello, Juan José, “La buena fe y la revisión del contrato”; entre otros.

² Ver: Alferillo, Pascual E., “La mala fe en la celebración de los contratos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Privado - Número 1 - mayo 2015 - Buena Fe Contractual*, 13-05-2015, cita: IJ-LXXVII-786.

rosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

Esta norma, junto con otras figuras, introduce una profunda modificación de la rigidez del principio *pacta sunt servanda* reglado en el art. 1197 del derogado Código Civil donde se estipulaba que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, permitiendo la revisión judicial del contenido de los contratos.³

Spota, con su maestría, precisaba las condiciones de su aplicación cuando enumeraba que:

- “a) importa abuso de derecho (art. 1071) pretender un contratante hacer valer la convención – ley (art. 1197), pese a la excesiva onerosidad de la prestación del otro contratante, por circunstancias extraordinarias e imprevisibles (art. 1198).
- b) Lo exige la buena fe, siempre que se obre con cuidado y previsión (art. 1198 1ª parte).
- c) El objeto-fin social del acto jurídico (art. 953 y 1067) no se satisface, si no se restablece el equilibrio contractual;

³ Moisset de Espanés, Luis, “Imprevisión. Legislación de América del Sur”, web Academia Nac. Derecho y C.S. de Córdoba. El profesor recordaba que “en la Edad Media, mientras el Derecho romano todavía se aplicaba y evolucionaba en Bizancio, en Occidente, con el redescubrimiento del *Corpus Iuris* por la escuela de Bolonia, se produce un renacimiento de sus estudios y florecen las escuelas de los glosadores, de los doctores y de los posglosadores, que trabajan activamente sobre los textos del Digesto. En ese momento, y especialmente por la tarea de Bartolo, aparece lo que podemos considerar el antecedente más antiguo de la imprevisión, con la formulación de la llamada cláusula “*rebus sic stantibus*”, que se consideraba implícita, y exigía el mantenimiento del contrato mientras “las cosas (rebus) siguieran siendo lo que eran al contratar (sic stantibus)”.

- d) la moral y las buenas costumbres (art. 21, 953, 1067) requieren limitar, en el caso, el funcionamiento del *pacta sunt servanda*;
- e) se debe conservar el equilibrio en la reciprocidad de las prestaciones de los contratos bilaterales y conmutativos (art. 1138) y mantener el equilibrio con respecto a la prestación cumplida en los contratos unilaterales onerosos y conmutativos”⁴.

En la doctrina judicial se encontró fundamento para la aplicación de la figura en “la seguridad jurídica constituye uno de los valores que permite resguardar idóneamente los derechos y obligaciones emergentes de los contratos y resulta un elemento vital para la existencia de una economía de mercado, pero cuando circunstancias sobrevinientes producen el desquiciamiento del contrato, su revisión resulta viable tanto por la acción basada en la imprevisión contractual, como por la frustración de su finalidad o el uso abusivo del derecho”⁵.

A partir de esta idea, en otro pronunciamiento se precisó, que “la “teoría de la imprevisión”, aun cuando por aplicación del art. 1198 del Código Civil se considera implícita en todo contrato, incluso los administrativos, (conf. LS 253-76), exige una serie de requisitos entre los cuales se menciona:

- a) debe tratarse de una circunstancia extraña a las partes,
- b) que produzca una mayor onerosidad o un quebranto económico,
- c) que sea sobreviniente y temporaria,
- d) que sea anormal, extraordinaria,
- e) que sea imprevisible,
- f) que el contrato se encuentre en ejecución,
- g) ausencia de culpa empresaria, y
- h) demostración efectiva del perjuicio”⁶.

La posibilidad de invocar la aplicación de la teoría de la imprevisión “no resulta admisible en los contratos donde concurre un “alea”. Sólo se aplica por excepción, cuando la excesiva onerosidad se produzca por circunstancias ajenas

⁴ Spota, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Vol. III, 2ª reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 580/581.

⁵ CSJN, “Fecred Sa C/ Mazzei Osvaldo Daniel y Otro S/ Ejecución Hipotecaria”, F. 1074. XLI. REX06/05/2008, Fallos: 331:1040. (Voto del doctor E. Raúl Zaffaroni).

⁶ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1, Expte.: 10.4281 – “Servin Seguridad S.A. C/ O.S.E.P. S/ A.P.A.”, 10/06/2013 – Sentencia. En igual sentido: Sala 2, Expte.: 59099 – “Francisco Mazzoni I.P.V. Acción Procesal Administrativa”, 14/09/2000 – Sentencia, Ubicación: LS297-190.

al riesgo propio del contrato (art. 1198 “in fine” Cód. Civ.). La sequía –como circunstancia de riesgo para la siembra- constituye un “alea” propia del negocio concertado, lo que hace improcedente la aplicación de esta teoría⁷.

De igual modo se entendió que “no existen razones que impidan la aplicación de la teoría de la imprevisión en contratos de prestación única, pues lo trascendente es que están en curso al momento de producirse el evento dañoso⁸.

Por otra parte, se debe tener en cuenta en esta breve reseña introductoria que “es principio generalmente aceptado que el deudor puede renunciar a la teoría de la imprevisión y que puede eventualmente hacerse cargo de la contingencia de los negocios, siendo la situación asimilable a la que se suscita cuando el deudor toma a su cargo las consecuencias del caso fortuito⁹.

Finalmente, traer a colación la importancia de la acreditación de los presupuesto de procedencia de la teoría de la imprevisión tal cual quedó plasmado en el pronunciamiento judicial el cual juzgó que “debe confirmarse la sentencia que rechaza la aplicación del instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente prevista en el art. 1198 del Código Civil al no haberse acreditado que el desfasaje en las prestaciones tuviera lugar con posterioridad a la celebración del negocio ni que el hecho que lo genero fuera de carácter imprevisible¹⁰.

⁷ CC0101 MP 113742 RSD-490-00 S 28/12/2000, “Cereal Sud c/Estrada, Elida s/Cobro de pesos”, JUBA, Civil y Comercial B1352293.

⁸ SCBA LP B 52880 S 02/03/1999, “Sisteco Sistemas de Computación S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Demanda contencioso administrativa”, JUBA Contencioso Administrativa B87546, AyS 1999 I, 473; LLBA 1999, 457. SCBA LP B 55786 S 15/09/1998, “Tidelco S.A. c/ Municipalidad de Pergamino s/ Demanda contencioso administrativa”, JUBA Contencioso Administrativa B87142; AyS 1998 V, 120, DJBA 155, 393. En este fallo se ponderó que “la aplicación de la teoría de la imprevisión requiere la alegación y prueba de que el quebranto o trastorno ocasionado por el alza de precios haya superado el álea “normal” del negocio y que haya sido razonablemente imprevisible”.

⁹ CC0103 LP 245526 RSD-171-5 S 09/08/2005, “Vidal, Haydee Elisa c/Lima, Silvia s/Cancelación de hipoteca”, Civil y Comercial B202414. En los considerandos del fallo se estableció, que “si hubo previsión de que el dólar variara su relación con el valor del peso y el actor asumió ese riesgo hay necesidad de respetar la autonomía de la voluntad contractual, no quedando pues margen alguno para el reajuste equitativo, máxime cuando en la cláusula de la hipoteca el deudor ha hecho renuncia expresa a la teoría de la imprevisión y ha asumido las contingencias del caso fortuito, por lo que los jueces no pueden ordenar de oficio el reajuste equitativo”.

¹⁰ Suprema Corte de Justicia Mendoza, Sala N° 1, expte. 13.02146811-2/1 “Zapiain Verónica en J° 49948/51475 Zapiain Verónica c/ Alaya Nanci Mariana c/ Ordinario p/ REc. Ext. De Inconstit-Casación”, 01/06/2016 – Sentencia.

2.2.2. Primer presupuesto: onerosidad excesiva sobreviniente

De los puntos de interés para la presente investigación, interesa examinar brevemente, el requisito inicial de que la prestación a cargo de una de las partes se torne excesivamente onerosa.

De las prestaciones que puede contener el contrato bilateral conmutativo o unilateral oneroso y conmutativo, una de ellas como consecuencia del acaecimiento de un hecho extraordinario, se transforma en excesivamente onerosa. Es decir, la ley establece como métrica un calificativo abierto para determinar cuando la prestación hace perder totalmente el equilibrio contractual.

Conforme a la Real Academia Española de la Lengua, “excesiva” es cuando, algo, en este caso la prestación adeudada, “excede y sale de la regla”. Por cierto, que el parámetro continúa siendo abierto sujeto a la interpretación de las partes y de la jurisdicción. Como dice Llavalle Cobo: “El artículo no proporciona ninguna pauta para establecer cuando existe la excesiva onerosidad; en consecuencia, esta cuestión queda librada al criterio judicial”¹¹.

En otras palabras, no se establece que será excesivamente onerosa la prestación cuando se encarezca en el doble o el triple del valor original. No hay referencia de medición objetiva para definir la onerosidad sobreviniente.

Por cierto, en el punto de partida de la celebración del contrato las prestaciones eran económicamente onerosas para ambas partes pues significaba el desplazamiento de una porción del patrimonio hacia el del otro contratante y, este a su vez, transfería parte del suyo en compensación por lo recibido. El intercambio económico contractual, normalmente, tiene la virtud de ser equilibrado conforme a la cotización normal de los bienes y servicios que surgen de la comercialización en plaza.

Cuando éste equilibrio se quiebra por el acontecimiento extraordinario, surge el problema de determinar si el mismo llega a ser excesivo que genere un encarecimiento notable de la prestación en favor de una de las partes. Por cierto, que un encarecimiento leve y hasta cierto punto medianamente importante, puede que no configure uno “excesivo” de acuerdo a las vicisitudes propias del contrato que por cierto deben estar dentro de las previsiones que diligentemente deben tomar las partes al celebrar el contrato.

¹¹ Llavalle Cobo, Jorge E., comentario al art. 1198 en Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Tomo 5, Augusto C. Belluscio (Director) – Eduardo A. Zannoni (Coordinador), editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, §39, pág. 930.

López de Zavalía, con su particular sabiduría, enseñaba que “un contrato es oneroso cuando da lugar a ventajas para ambas partes, o lo que es lo mismo, a sacrificios a cargo de ambas, pues lo que es ventaja para un lado, es sacrificio para el otro. El ideal es la equivalencia; y cuando ello no acontece, hay un beneficiado y un perjudicado. Para determinar si una parte se beneficia o no, hay que poner en relación la ventaja que recibe con el sacrificio que experimenta, medidos los valores de cada uno según un común denominador.

Bajo este punto de vista podemos decir que una prestación (que implica un sacrificio para quién la realiza) es más o menos onerosa, según que ella supere en mucho o en poco el valor de la ventaja. Los grados de onerosidad (sacrificio mayor que la ventaja) son variados, hasta llegar a uno tan intenso que puede calificarse de “excesivamente oneroso”¹².

Esta exigencia fue recepcionada por la doctrina de los tribunales cuando se estimó que “la doctrina de la imprevisión exige un grave desequilibrio de las contraprestaciones sobrevenido por efecto de acontecimientos imprevisibles y extraordinarios posteriores al contrato”¹³.

La idea de buscar una métrica objetiva y de aplicación general, para calcular cuando se tipifica una onerosidad excesiva tiene como obstáculo la naturaleza propia de cada contrato, de la prestación debida, de las circunstancias de tiempo y lugar de celebración y ejecución.

A pesar de ello, Zavalía marcaba que “para medir los grados de onerosidad hay que poner en relación los sacrificios con las ventajas, medidos en sus respectivos valores según un denominador común y hemos adoptado como denominador, la moneda en curso. Pero cuando una de las prestaciones consiste en dinero, el denominador común no puede consistir en ese dinero, cuando es el valor mismo de éste el que se encuentra en tela de juicio. Habrá que recurrir en-

¹² López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Tomo 1 – Parte General, tercera edición, Zavalía Editor, Buenos aires, 1984, pág. 462. El autor completa su idea expresando que “no basta con que una prestación sea excesivamente onerosa. Es preciso que se haya tornado tal: a) si ab initio la prestación era excesivamente onerosa, y no aumentó el grado de onerosidad, no corresponde la aplicación del instituto. El remedio contra esta situación no viene concedido por el art. 1198 sino por el art. 954 que prevé una institución distinta y siempre que concurren los requisitos de ella. b) Como consecuencia de lo dicho, y de la esfera distinta en que funcionan los arts. 1198 y 954, para apreciar la excesiva onerosidad sobreviniente hay que descontar el grado de onerosidad originario”.

¹³ CSJN, “Dulcamara SA. c/ ENTel. s/ cobro de pesos”, D. 245. XXII.29/03/1990, Fallos: 313:376. (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

tonces a otro denominador, que por hipótesis haya permanecido inalterado en su valor. A tal denominador hipotético podemos llamarlo “moneda ideal”, denominando al dinero corriente cuyo poder adquisitivo fluctúa, “moneda real”.¹⁴

Teniendo en cuenta las dos alternativas que puede presentar la onerosidad excesiva, positiva cuando se incrementa la erogación para satisfacer el interés de la contraparte, o, negativa cuando a consecuencia de fenómeno el crédito de la parte quedó menguado a un extremo irracional que no mantiene equilibrio alguno con la prestación que el brinda.

Esta última hipótesis fue juzgada por el tribunal señero federal cuando consideró que “corresponde dejar sin efecto el fallo que rechazó la resolución del contrato de locación fundada en la teoría de la imprevisión, prescindiendo de examinar concretamente si el precio, acordado para un plazo de diez años y con un aumento del 10% anual desde enero de 1973, se convirtió en exiguo en razón de los acontecimientos alegados por el recurrente, y por la inflación desencadenada en el año 1975 lo que era necesario para precisar la razonabilidad de la pretensión posteriormente planteada”¹⁵.

Para cerrar este apartado, resaltar la importancia que tiene la producción de prueba conducente para acreditar la onerosidad excesiva sobreviniente que permita a la jurisdicción comparar el desequilibrio de las prestaciones producido desde la celebración del contrato (punto de partida para la comparación) y la situación actual que se debe mantener hasta el dictado de la sentencia, para tener convicción de que el desajuste económico es exorbitante y, a partir de ello, adoptar la decisión para remediar la diferencia.

La jurisprudencia es clara en exigir que “para aplicar la teoría de la imprevisión resulta imprescindible probarse la magnitud del desfasaje del cálculo de mayores costos capaz de producir una alteración sustancial de la economía del contrato que justifique el apartamiento de lo expresamente acordado”¹⁶.

¹⁴ López de Zavalía, Fernando J., Teoría de los contratos, Tomo 1 – Parte General, tercera edición, Zavalía Editor, Buenos aires, 1984, pág. 465.

¹⁵ CSJN, “Lafontaine; Oscar Rodolfo c/ Lafonataine de Minteguiaga, Elsa Esther y otro”, L. 114. XXIII.10/06/1992, Fallos: 315:1247.

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala N°1, Expte.: 43281 – “Base S.R.L. y Fibroeste S.R.L. Provincia de Mendoza Acción Procesal Administrativa”, 13/02/1995 – Sentencia, LS253-076; En sentido similar: Sala N° 2, Expte.: 52751 – “P.V.G. Montajes Ind. S.R.L. En J: Jorge Mónico y Ot. P.V.G. Montajes Ind. S.R.L. Ordinario – Inconstitucionalidad”, 20/04/1994 – Sentencia, LS244-380, se dijo que “para aplicar la teoría de la imprevisión, la equivalencia de las prestaciones debe evaluarse no sólo a la época de la

2.2.3. Segundo presupuesto: acontecimiento extraordinario e imprevisible

El segundo punto de interés se focaliza en el acontecimiento generador del desequilibrio económico del contrato debe ser extraordinario e imprevisible. A ello, se le debe adicionar que el mismo debe ser ajeno totalmente a la voluntad de las partes.

La ley conjuga la concurrencia de las dos cualidades que tiene que tener el acontecimiento: estar fuera del orden o regla natural o común¹⁷ y, a la par, que las partes no hayan podido ver con anticipación o conocer, conjeturar por alguna señal o indicio alguno lo que iba a suceder¹⁸ actuando con la diligencia exigida a un hombre común.

La doctrina de los autores asimila el “caso imprevisible” al “caso fortuito” cuando señala en la palabra de Lavallo Cobo que “el acontecimiento extraordinario e imprevisible, al que se refiere el artículo, es equivalente al *caso fortuito o fuerza mayor*, definido en el art. 514 del Código como aquel que no ha podido preverse, o que, previsto, no ha podido evitarse. En el artículo comentado se pone énfasis en el factor “imprevisibilidad”¹⁹.

Pero, se han preocupado de especificar que “existe un evidente paralelismo entre las nociones de caso fortuito y de caso imprevisible. Pero las diferencias son sustanciales: a) El caso fortuito es valorable porque produce la imposibilidad de la prestación. El caso imprevisible acarrea la excesiva onerosidad”²⁰.

demanda, sino también a la fecha de la sentencia que otorga el reajuste; de lo contrario puede arribarse a consagrar soluciones inequitativas o contrarias a la pretensión misma”.

¹⁷ <https://dle.rae.es/?w=extraordinario>

¹⁸ <https://dle.rae.es/imprevisible?m=form>

¹⁹ Lavallo Cobo, Jorge E., comentario al art. 1198 en Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Tomo 5, Augusto C. Belluscio (Director) – Eduardo A. Zannoni (Coordinador), editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, §34, pág. 926.

²⁰ López de Zavalía, Fernando J., Teoría de los contratos, Tomo 1 – Parte General, tercera edición, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1984, p. 468. En igual sentido: Lavallo Cobo, Jorge E., comentario al art. 1198 en Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Tomo 5, Augusto C. Belluscio (Director) – Eduardo A. Zannoni (Coordinador), editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, §34, pág. 926. Este autor reseña que “no se debe confundir, sin embargo, el caso fortuito, que produce la imposibilidad de cumplimiento, con el imprevisible, que provoca la excesiva onerosidad. Además, se diferencian en que la imposibilidad de cumplimiento puede referirse a una circunstancia personal del deudor, mientras que la excesiva onerosidad es general, en el sentido de que afecta a todos los que se hallen en la misma situación, y cualquiera que sea su solvencia”.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que “la lesión sobreviniente, producto de un hecho extraordinario e imprevisible, hace aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*, considerada implícita en todo contrato, aun en los administrativos, por aplicación del art. 1198 del Código Civil” y que “es preciso que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones”²¹.

Finalmente, recordar que, en la República Argentina, el golpe inflacionario del año 1975 conocido como el “Rodrigazo” generó una serie de problemáticas en la doctrina jurídica que se fue potenciando con otros fenómenos similares de distintas dimensiones que incluye hasta una ley de desindexación. Ello generó la polémica de conocer cuando un proceso inflacionario era previsible o extraordinario e imprevisible, pues la tutela a la onerosidad sobreviniente era diferenciada.

Recrear la historia de este proceso inflacionario excede largamente los propósitos del presente trabajo, razón por la cual al solo efecto de ilustrar aquellas discusiones se puede citar el sumario que especifica: “si bien, como principio celebrado el contrato en épocas de inflación, el deterioro de los precios no puede considerarse imprevisible ni autoriza el juego de la teoría de la imprevisión, cuando la curva inflacionaria se altera de modo brusco, repentino o inesperado, los hechos que trastornan sustancialmente la ecuación del contrato caen en el ámbito de la mencionada teoría, cuyas soluciones se imponen para expurgar a ese convenio de la grave injusticia que las nuevas circunstancias han venido a comunicarle”²². Es decir, se diferenciaba entre la inflación previsible que era la estructural, la esperada conforme la situación económica del momento y la extraordinaria e imprevisible, la que el hombre común no podía conocer de antemano que acontecería.

²¹ CSJN, “Dulcamara SA. c/ ENTel. s/ cobro de pesos”, D. 245. XXII.29/03/1990, Fallos: 313:376. (Voto del Dr. Carlos S. Fayt). En sentido similar: CSJN, “Mackentor S. A. C. C. I. A. I. F. / Y. P. F. s/ contrato de obra pública”, M 798 XXXIII08/09/1998, Fallos: 321:2473. En este pronunciamiento dijo: “no corresponde hacer lugar a la invocación de la teoría de la imprevisión, si el recurrente no indicó el acontecimiento que, por su carácter imprevisible y sobreviniente a la celebración del contrato, torne aplicable dicha teoría”.

²² CSJN, “Vialco S.A. c/ Agua y Energía Eléctrica”, 1982, Fallos: 304:919.

2.3. Normativa actual: Art. 1091 Código Civil y Comercial

2.3.1. Aspectos generales

El Código Civil y Comercial regula la revisión del contrato por imprevisión en el art. 1091 cuando precisa que “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, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta 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 álea propia”.

Como se infiere en una primera aproximación al contenido normativo del art. 1091 Cód. Civ. y Com., hace referencia a la imprevisión en el marco de la teoría general de los contratos.

A partir de ello expresa que se podrá pedir la resolución o revisión, por regla general, de los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente. Es decir, a *prima facie*, por imperio del contenido del art. 968 Cód. Civ. y Com., podrían ser revisado por imprevisión “los contratos a título oneroso” porque ellos pueden ser conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas. De igual modo, los pactos aleatorios cuando la onerosidad surja de una causa extraña su propia aleatoriedad.²³

Esta remisión viene a colación por cuanto la doctrina de los autores entiende que existe una omisión en la norma al no referirse, como su precedente, expresamente a los contratos “unilaterales onerosos” a partir de lo cual entienden,

²³ Stiglitz, Rubén S. comentario art. 967 en *Código Civil y Comercial Comentado*, Tº V, Ricardo L. Lorenzetti – Director, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2015, p. 583. El autor señala que “dentro de la categoría de los contratos a título oneroso, que surge de la distinción contenida en el artículo anterior, se diferencian los contratos conmutativos – identificándolos como aquellos en los que las obligaciones a cargo de cada una de las partes pueden ser determinadas con cierto grado de certeza cualitativa y cuantitativa al tiempo del perfeccionamiento del consentimiento- de los aleatorios, caracterizados como aquellos en los que las pérdidas o las ventajas para una o para todas las partes involucradas dependen de un acontecimiento incierto”.

con distintos fundamentos, que si la ley no discrimina el intérprete no debe excluir al contrato unilateral.

En ese sentido, Leiva Fernández entiende que “a diferencia del Código derogado el vigente no exige que el contrato sea oneroso, de modo que ante esa omisión queda habilitada la aplicación del instituto también para los contratos gratuitos”. En ese sentido, recuerda que anteriormente había expresado que “es irrelevante que el contrato sea oneroso o gratuito, porque es tan injusto que quién deseó efectuar una donación deba cumplirla a un valor excesivo, como si se trata de un contrato oneroso (conf. Art. 1468 del Código Civil italiano)”. Para aseverar que “el art. 1091 ha zanjado esta cuestión con justicia y buen criterio”.²⁴

Por su parte, Sánchez Herrero luego de un pormenorizado estudio señala que “el panorama normativo no es terminante. Sin duda, en su sentido nuclear, la norma se refiere a los contratos onerosos, pero ¿cabe considerar que en su periferia tienen cabida también los contratos gratuitos o que al menos la cuestión ha quedado abierta? Por las razones expuestas entiendo que sí. Y ante ese panorama, cobra protagonismo una consideración que ya he referido: hay consenso en que es injusto que se prive del beneficio del régimen de la imprevisión a los contratos gratuitos y sí se lo aplique a los onerosos. En esto coinciden incluso quienes consideran que, según la norma aplicable, los contratos gratuitos han quedado excluidos de este régimen. Así las cosas, y teniendo en cuenta que uno de los resultados interpretativos aceptables a partir de la normativa vigente es que el régimen de la imprevisión se aplica a los contratos gratuitos, me decanto por esta alternativa, apelando a una interpretación extensiva”²⁵.

Para Stiglitz, “el instituto de la imprevisión (art. 1091) resulta aplicable a los vínculos contractuales celebrados a título oneroso, en lo que de tales pueden tener, como ocurre, por ejemplo, en una donación con cargo cuando la excesiva onerosidad incide en la posibilidad de cumplimiento del cargo (art. 1564)”²⁶.

²⁴ Leiva Fernández, Luis F. P., comentario art. 1091 en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3ª edición actualizada y aumentada, Jorge H. Alterini (Director General) – Ignacio E. Alterini (Coordinador), Tomo V/arts. 957 a 1122 Luis P. Leiva Fernández (Director de tomo), Thomsom Reuters La Ley, Buenos Aires, 2019, pág. 816/817.

²⁵ Sánchez Herrero, Andrés en *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV, *Contratos. Parte General*, 2ª edición, Andrés Sánchez Herrero (Director) Pedro Sánchez Herrero (Coordinador), Thomsom Reuters La Ley, Buenos Aires, 2018, pág. 1206.

²⁶ Stiglitz, Rubén S. comentario art. 968 en *Código Civil y Comercial Comentado*, T° V, Ricardo L. Lorenzetti – Director, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2015, p. 583. El autor señala que “dentro de la categoría de los contratos a título oneroso, que surge de la

En la misma obra, Hernández reflexiona expresando que “indirectamente, se busca terminar el debate habido en orden a la aplicación de la figura a los contratos gratuitos, que siguen excluidos del ámbito de aplicación de la figura. La cuestión es dudosa por cuanto como reconoce Rubén Stiglitz dicha limitación “...trae aparejada la incongruencia de tratar con mayor rigor a quien hace una liberalidad que a quien obtiene una contraprestación a cambio del cumplimiento de una prestación a su cargo”²⁷.

Estos autores no están plenamente convencidos de que el art. 1091 haya incorporado expresamente a los contratos a título gratuito, pero propician su incorporación a través de una hermenéutica amplia.

Más allá de la literalidad de la norma, la teoría de la imprevisión tiene como presupuesto básico un acontecimiento imprevisible y extraordinario que afecta a los contratos provocando una onerosidad sobreviniente de una de sus prestaciones. A partir de ello, reglamenta las acciones y las medidas paliativas para superar el desequilibrio. Por ello, aun cuando se hubiera omitido su incorporación expresa o implícita al art. 1091 Cód. Civ. y Com., la revisión del contrato sería viable por la aplicación del contenido del arts. 960 que le otorga, excepcionalmente, la facultad a los jueces para actuar de oficio cuando se vulnera de un modo manifiesto el orden público y por aplicación del principio de buena fe reglado en el art. 961 que exige que la ejecución de los contratos debe ser realizada con el alcance que razonablemente se había obligado el contratante actuando con cuidado y previsión. Por ello, de modo alguno le puede ser exigido el cumplimiento de la prestación debida en un contrato a título gratuito cuando la misma se ha transformado en excesivamente onerosa por una causa extraordinaria que no pudo ser prevista ni ser evitado o, como indica el art. 1091, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su

distinción contenida en el artículo anterior, se diferencian los contratos conmutativos – identificándolos como aquellos en los que las obligaciones a cargo de cada una de las partes pueden ser determinadas con cierto grado de certeza cualitativa y cuantitativa al tiempo del perfeccionamiento del consentimiento- de los aleatorios, caracterizados como aquellos en los que las pérdidas o las ventajas para una o para todas las partes involucradas dependen de un acontecimiento incierto”.

²⁷ Hernández, Carlos H., comentario art. 1091 en *Código Civil y Comercial Comentado*, Tº VI, Ricardo L. Lorenzetti – Director, Rubinzal – Culzoni editores, Santa Fe, 2015, p. 224. Ver: Barocelli, Sergio Sebastián, comentario al art. 1091 en *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y Concordado*, Lidia Garrido Córdoba, Alejandro Borda y Pascual E. Alferillo (Directores), tomo 2 – *Derechos personales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, pág. 355. Este autor no incluye a los contratos a título gratuitos.

celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada. Por ello, debe entenderse que están incluidos en el art. 1091 Cód. Civ. y Com., los contratos a título gratuito cuando son afectados por una onerosidad excesiva sobrevinientes por acontecimiento imprevisible.

2.3.2. *El detalle común*

El breve repaso la denominada teoría de la imprevisión en los contratos en su versión actual del art. 1091 Cód. Civ. y Com. como en la derogada redacción del art. 1198 Cód. Civ., se verifica que más allá de los términos empleados que procuran dar mayor precisión a su alcance y la expresa inclusión de los contratos aleatorios como la posibilidad para ambas partes de accionar o excepcionar, no existe un cambio sustancial en su régimen.

Este *statu quo* normativo que mantiene la tradición de la figura, tiene como detalle de interés para esta investigación que siempre se refiere a que el acontecimiento extraordinario e imprevisible afecta “la prestación a cargo de una de las partes” porque la misma se torna excesivamente onerosa.

Tal cual, lo aseveramos precedentemente para incluir a los contratos a título gratuito cabe interrogarse si, se puede limitar la teoría de la imprevisión a la estrechez de las hipótesis contempladas en el art. 1901 Cód. Civ. y Com., o su ideario en mucho más amplio y permite en el marco conceptual de los principios contractuales abarcar a otros supuestos.

Estimo que la evolución de los acontecimientos permite mirar con los ojos de la buena fe que siempre debe acompañar toda reflexión jurídica que la teoría de la imprevisión en la actualidad tiene un marco mayor de aplicación que permite reglar nuevas problemáticas con soluciones de equidad.

Esa circunstancia se presenta el acontecimiento extraordinario e imprevisto no solo afecta a uno de los contratantes, sino a todos los contratantes produciendo desequilibrios económicos entre las prestaciones e incumplimientos de distintos niveles que exigen buscar respuestas de equidad.

III. Su aplicación en la crisis sanitaria global

3.1. *La simiente jurídica*

Puede que existan o se descubran otros orígenes, pero nuestra limitación nos permite remontar para encontrar la simiente del vínculo entre crisis generalizada extraordinaria que llega a ser calificada de circunstancia imprevisible y el esfuerzo compartido, se encuentra en la crisis económica del año 2001/2002, cuando no solo se decidió modificar el signo monetaria pasando del peso convertible al sin equivalencia, sino que el poder administrativo, el que ejerce la soberanía interior, definió los términos del intercambio entre los particulares y con las entidades financieras, como se hiciera con el dictado de las Leyes N° 25.561, N° 25.820, Dec. PEN N° 214/2002, entre otros instrumentos legales. En ellos se reconoció que podían presentarse situaciones de injusticia y se previó que se pudiesen revisar las mismas, pero lo más importante fue que se acuñó el concepto de “esfuerzo compartido”.²⁸

Esta idea es crucial cuando la gravedad del acontecimiento extraordinario supera todos los niveles del interés personal porque pone en juego el interés general, cuando el fenómeno no solo daña a una de las partes contratantes sino a todos los contratantes. Allí, las reglas establecidas para los tiempos normales, en la mayoría de los casos no tienen la capacidad para dar soluciones porque están encorsetadas en estructuras formales para dar respuestas de justicia de igual tenor.

Debe confiar la sociedad en el buen tino del arbitrio judicial que luego de ponderar con mucha cautela los hechos acontecidos, los menoscabos padecidos por las partes, las posibilidades reales de remediación, proponer una solución de equidad.

²⁸ Ver: CC0001 ME 108764 RSD-171-4 S 03/06/2004 “Compañía Industrial Cervecera S.A. c/ Latasa, Nora Silvia s/Cobro ejecutivo”, JUBA Civil y Comercial B600036. En este fallo se dijo: “La última y más importante habilitación legislativa a las facultades de los jueces ha sido por la vía del art. 11 de la ley 25.561 tanto en su redacción originaria como en la de la ley 25.820, con directivas como la de que debe procurarse la continuidad de la relación contractual de modo equitativo para las partes, y la expresa alusión a la teoría de la imprevisión y del esfuerzo compartido. Igualmente, la atribución de las partes de pedir el reajuste equitativo es una habilitación a los jueces a revisar los contratos”. De igual modo ver: Cornet, Manuel, “La aplicación de la teoría de la imprevisión y la emergencia económica”, Anuario de Derecho Civil, Universidad Católica de Córdoba, T. VII (año Académico 2002), pág. 77.

3.2. La crisis sanitaria global. Su problemática

Tradicionalmente el legislador corre detrás de los hechos para dictar las normas reguladoras para dirimir las pujas de interés que se van produciendo en la sociedad. Y más atrás, los jueces padeciendo los hechos reales en procura de dar una respuesta de justicia. Y, a unos pasos, los juristas comentando las virtudes y errores de la reglamentación.

Pero con la osadía de colaborar en la reconstrucción de un mundo mejor para los humanos, en un proceso de emergencia *in fieri*, en pleno desarrollo estimamos que es conveniente expresar los pensamientos.

En este sentido, la crisis sanitaria global que nos afecta tiene la característica de ser extraordinaria e imprevisible. Es, pensando sin maldad ni especulativamente, un hecho de la naturaleza ajeno a la voluntad del hombre.

Pero, por sus particularidades de tener un alto índice de contagio por su facilidad para transmitirse y de mortalidad, que impone a los responsables de conducir el Estado nacional, la adopción de medidas extraordinarias que también son imprevisibles para morigerar los efectos de la pandemia en la sociedad.

Así tenemos que sobre los contratos influyen un fenómeno natural y otros producidos por las decisiones de quienes detentan el poder que le confiere la soberanía interior para gobernar que evidentemente, en muchos casos, afectará con onerosidad sobreviniente a todas las partes del contrato. Será difícil, no imposible, encontrar enriquecimientos a costa del empobrecimiento de la otra parte, que permita aplicar el art. 1091 Cód. Civ. y Com, en su literalidad.

Por ello, y como se sostuvo al principio *la teoría de la imprevisión* va siempre ligada con la norma imperativa que impone la ejecución del contrato de buena fe, se debe entender que el Cód. Civ. y Com., como reglamentación de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos, *tiene abierto el camino para revisar los contratos de cualquier naturaleza para procurar soluciones de equidad basadas en la teoría del esfuerzo compartido cuando haya empobrecimiento mutuo de los contratantes.*

No es abandonar la normatividad, es recurrir a sus principios liminares en busca de una justa solución del caso concreto en la medida de lo jurídica y fácticamente, posible.

Coronavirus (COVID-19): Cuestiones penales y procesales

MAGISTER PABLO GUIDO PEÑASCO

I. Nociones básicas de la temática

¿Qué es coronavirus? El sitio Web de la Organización Mundial de la Salud¹ informa que los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS).

El coronavirus que se ha descubierto más recientemente causa la enfermedad por coronavirus COVID-19.

Tanto el nuevo virus como la enfermedad eran desconocidos antes de que estallara el brote en Wuhan (China), en diciembre de 2019.

Los síntomas frecuentes de la COVID-19 son fiebre, cansancio y tos seca. Algunos pacientes pueden presentar dolores, congestión nasal, rinorrea, dolor de garganta o diarrea. Estos síntomas suelen ser leves y aparecen de forma gradual. Algunas personas se infectan pero no desarrollan ningún síntoma y no se encuentran mal. La mayoría de las personas (alrededor del 80 %) se recupera de la enfermedad sin necesidad de realizar ningún tratamiento especial. Alrededor de una de cada seis personas que contraen la COVID-19 desarrolla una enfermedad grave y tiene dificultad para respirar. Las personas mayores y las que padecen afecciones médicas subyacentes, como hipertensión arterial, problemas cardíacos o diabetes, tienen más probabilidades de desarrollar una enfermedad grave. En torno al 2 % de las personas que han contraído la enfermedad han

¹ <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

muerto. Las personas que tengan fiebre, tos y dificultad para respirar deben buscar atención médica.

¿Cuáles son las formas de propagación del coronavirus (COVID-19)?

Una persona puede contraer la COVID-19 por contacto con otra que esté infectada por el virus. La enfermedad puede propagarse de persona a persona a través de las gotículas procedentes de la nariz o la boca que salen despedidas cuando una persona infectada tose o exhala. Estas gotículas caen sobre los objetos y superficies que rodean a la persona, de modo que otras personas pueden contraer la COVID-19 si tocan estos objetos o superficies y luego se tocan los ojos, la nariz o la boca. También pueden contagiarse si inhalan las gotículas que haya esparcido una persona con COVID-19 al toser o exhalar. Por eso es importante mantenerse a más de un metro (3 pies) de distancia de una persona que se encuentre enferma².

¿Qué es una pandemia y por qué fue declarada con motivo de la propagación del Coronavirus?

Pandemia y epidemia: La Organización Mundial de la Salud (OMS) consideró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia. “Hemos evaluado que el COVID-19 puede caracterizarse como una pandemia”, dijo Tedros Adhanom, director de la OMS, el 11 de marzo del 2020.

Con pandemia, un término que la OMS procuraba no usar hasta ahora para referirse al nuevo coronavirus, se refiere a una enfermedad epidémica que se extiende **en varios países del mundo** de manera simultánea.

Según la OMS, hasta el 11 de marzo se habían reportado **118.000 casos de infectados** en 114 países y la muerte de 4291 personas (aunque 57 países han reportado diez casos o menos y más del 90 % de casos está en solo cuatro países; en dos de ellos, China y Corea del Sur, el número disminuye significativamente).

“En los próximos días y semanas, esperamos ver que la cantidad de casos, muertes y países afectados aumente aún más”, advirtió Adhanom³, lo que efectivamente ha ocurrido si se verifican las cifras actuales de contagios y muertes por este virus. Las cifras actuales de contagiados y fallecidos se han multiplicado exponencialmente.

² O.M.S. <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

³ <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51842708>

Según documentos oficiales de la OMS, el término **pandemia refiere a las enfermedades que se propagan a través de las fronteras y que llegan a afectar a varios continentes con transmisión sostenida**. La pandemia es declarada cuando hay “propagación mundial de una nueva enfermedad. Se produce una pandemia **cuando surge un nuevo virus que se propaga por el mundo y la mayoría de las personas no tienen inmunidad contra él**”. La diferencia con la epidemia, como hasta el momento era catalogado el brote de coronavirus, **no está dada por la gravedad de la enfermedad sino por su expansión territorial**, ya que una epidemia se define como “la ocurrencia **en una comunidad o región** de casos de una enfermedad”.

La declaración de pandemia por parte de la OMS es la segunda en lo que va del siglo XXI: **la última vez que la Organización tomó una decisión similar fue en 2009 con el brote mundial de gripe A**. Según Gustavo Lopardo, ex presidente de la Sociedad Argentina de Infectología (SADI), “**los virus y las epidemias seguirán surgiendo** y acompañarán a la humanidad en el transcurso de su historia, pero **el hombre seguirá poniendo sus esfuerzos para ir superándolas**, basta recordar a la *peste negra* del siglo XIV, que devastó una tercera parte de Europa; o la viruela, que provocó más muertos que las guerras mundiales” (ver fuentes citadas).

En tanto, se entiende por EPIDEMIA, “la enfermedad que, a través del contagio, ha afectado a un número significativo de habitantes de una comunidad y cuya propagación amenaza a un número indeterminado de personas”.⁴ Con respecto a la tipicidad, tiene relevancia el hecho que la epidemia comprometa la salud de las personas.

II. Delitos relacionados

Las distintas medidas implementadas especialmente por el Poder Ejecutivo Nacional mediante Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 260 y 297/2020 (y las normas nacionales, provinciales y municipales que se dictaron en su consecuencia), decretos que se analizarán a continuación, pueden suscitar acciones que tengan encuadramiento legal en distintos tipos penales que seguidamente se mencionan:

⁴ Estrella, Oscar y Godoy Lemos, R., Código Penal, Parte Especial, Ed. Hammurabi 2007, T. 3, pág. 223, Buenos Aires, Argentina.

2.1. Violación de medidas antiepidémicas: acción prevista por el art. 205 del C.P. Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia.

Señala Núñez⁵ que el art. proviene del Proyecto de 1891 y del Código de 1886, que reprimía la **violación de la cuarentena**. El antecedente tiene plena vigencia al tema que tratamos, porque se relaciona con la imposición del aislamiento preventivo, social y obligatorio establecido por el DNU 297/2020, obligación que ha sido llamada popularmente como cuarentena, aunque para nuestro caso se trató de períodos de 14 días impuestos a partir del 20 de marzo del año 2020 y reiterado luego por un período igual hasta el domingo de Pascua inclusive (12-4-2020).

2.1.1. Bien jurídico tutelado

Es la **salud de las personas en general** frente a las epidemias (en este caso, frente a la pandemia). La norma penal tiene como finalidad autorizar el poder punitivo del Estado para **resguardar la salud de la población argentina** cuando se violaren las medidas adoptadas por las autoridades competentes dictadas con la finalidad de impedir la introducción o propagación de la pandemia. Si bien la existencia de este delito no constituye una solución ante el gravísimo problema del COVID-19, lo que se pretende con la legislación penal es dar una respuesta sancionatoria a todas aquellas personas que pongan en peligro abstracto la salud de la población, justamente para proteger la vida, salud e integridad de los seres humanos.

Lo que el ordenamiento pretende es **evitar la vulneración de medidas diseñadas** por la autoridad de aplicación para prevenir y combatir las epidemias y, así, resguardar a la comunidad de los riesgos que aquellas acarrear.⁶

⁵ Núñez, Ricardo: Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Vol. I, Ed. Marcos Lerner, Córdoba 1982.

⁶ Parma, Mangiafico, Álvarez: Derecho Penal parte especial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires 2019, pág. 535

2.1.2. Acción típica

Es violar las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia. Por lo tanto, el autor del delito incurrirá en el mismo si realiza (lleva a cabo, despliega), las acciones prohibidas (acciones positivas, comportamientos de hacer u obrar), u omite (no hace, no lleva a cabo las acciones a que estaba obligado), que fueron impuestas con carácter de obligatorias por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de la pandemia del COVID-19.

La acción típica será NO CUMPLIR con lo mandado, con lo ordenado o trasgredir o quebrantar las prohibiciones impuestas.

Es un delito de acción u omisión, según las leyes que completan el tipo penal (en este caso DNU 260 y 297/2020), que impongan una prohibición u obliguen a una acción.⁷

“La acción típica, por tanto, puede perpetrarse ejecutando un acto prohibido” (por ejemplo, violando la cuarentena) o no realizando el acto mandado por la autoridad (por ejemplo, omitiendo la obligación de reportar síntomas compatibles con el COVID-19 a los prestadores de salud, art. 8 DNU 260).

Como puede advertirse, se trata de un **tipo penal en blanco**, porque el encuadramiento jurídico de la acción o comportamiento humano se constituirá cuando se verifique la violación (por acción u omisión) de las medidas adoptadas por las autoridades competentes. Se trata de mandatos o prohibiciones de carácter general (por ejemplo, cierre de las fronteras nacionales para impedir el ingreso de personas extranjeras; controles y cierres de las fronteras interprovinciales para acentuar los controles de tráfico de personas para evitar la propagación del virus y que se incumplan las mismas), o medidas de carácter particular (por ejemplo, la obligación de las personas posiblemente enfermas de reportar los síntomas de la enfermedad de inmediato a los prestadores de salud, art. 8 DNU 260-2020); todas medidas tendientes a evitar que se propague o se extienda en mayor número la pandemia en el país o en determinada provincia, partido o departamento. Sujetos obligados al cumplimiento son todos los habitantes, porque las mismas fueron dictadas en un pie de igualdad para la población, previendo las excepciones contempladas expresamente por el art. 6 del DNU 297/2020.

⁷ Creus, Carlos; Buompadre, Jorge: Derecho Penal Parte Especial, ed. Astrea, Buenos Aires 2007, t. 2 pág. 96

2.1.3. *Relativo a las medidas adoptadas por la autoridad*

Estas son el objeto de la infracción penal, deben ser de carácter obligatorio, tal cual han sido establecidas en el caso en análisis por los DNU 260 (arts. 22 y 24) y DNU 297/2020 (arts. 1,2,4,10), pues como surge con claridad de sus textos, no se trata de meros consejos, recomendaciones o sugerencias, sino de verdaderos mandatos de carácter general nacional cuando nos referimos a los decretos citados y de carácter general provincial o municipal, para las medidas que cada gobierno de las provincias argentinas y sus respectivos municipios hubieren dictado.

2.1.4. *Quiénes pueden ser autoridad competente para el dictado de las medidas*

Las medidas nacionales mencionadas provienen de autoridad competente. En el caso, el Poder Ejecutivo Nacional en uso de las facultades constitucionales de dictar Decretos de Necesidad y Urgencia, que luego son remitidos a los organismos autorizados del Congreso Nacional para su ratificación. Sin embargo, como la República Argentina en la CN ha establecido el sistema representativo, republicano y federal de gobierno, la emergencia sanitaria abre la puerta de situaciones muy características o propias de cada región y provincias, lo que autoriza a cada Gobierno local a dictar leyes, decretos, resoluciones que también impongan medidas que establezcan prohibiciones o mandatos que pueden tener consecuencias penales conforme art. 205 del C.P.

La doctrina en tal sentido es clara, al indicar que “Debe tratarse de medidas tomadas por autoridad competente. Esa competencia puede ser tanto nacional como provincial o municipal. Basta que se trate de un poder con las facultades necesarias para emitir disposiciones de carácter normativo por modesta que sea su jerarquía.⁸ Por ello entendemos que la autoridad competente es aquella que no solamente tiene facultades para dictar las medidas de carácter general que completan el tipo penal del art. 205, sino también que es aquella que puede obligar particularmente para el cumplimiento de las mismas a la población en general.

⁸ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Ed. Tea, t. IV, pág. 682, Buenos Aires 1992. En la misma dirección todos los autores citados anteriormente (Núñez, Creus, Buompadre).

Como vemos que ocurre en la República Argentina, además de los decretos y decisiones administrativas nacionales, cada gobierno provincial y municipios han adoptado otras medidas en función de tales DNU, que tienen como finalidad impedir, minimizar, desalentar, combatir, evitar el avance, aplanar la curva de crecimiento del coronavirus o demorar la introducción y propagación de la pandemia causada por el COVID-19 en cada uno de los rincones de nuestro país y en cada zona o ámbito geográfico de provincias o municipios; razones por las cuales dichas medidas también pueden tener el carácter de aquellas adoptadas por autoridad competente a los términos del art. 205 del C.P., para servir de complemento al tipo penal en blanco citado.

2.1.5. Características del tipo y consumación

El delito previsto por el art. 205 C.P. es de **peligro abstracto**, lo que permite sostener que con la sola infracción mediante la realización del acto prohibido o la omisión del mandado se consuma el delito. No se necesita la creación de un peligro concreto o real acerca de la introducción o propagación de la pandemia por coronavirus.

La ley no exige la demostración que se introdujo o se propagó la pandemia, ni comprobar resultado perjudicial alguno o que existieron los peligros que se pretenden evitar, tampoco se exige la verificación de contagios causados con las acciones típicas.

El delito, entonces, se consuma con la acción u omisión que implique la violación a las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de la pandemia causada por el COVID-19.

2.1.6. Acciones típicas que surgen del art. 205 (u otros delitos) en función del DNU N° 260-2020

i. Declaración jurada: En el artículo 2 inc.13 del decreto citado, se facultó como autoridad de aplicación al Ministerio de Salud de la Nación, y en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria, dispuso “Establecer la **declaración jurada de estado de salud** como medida de control sanitario obligatorio para viajeros y otras que se estimen necesarias, incluso al momento de la partida, antes o durante su arribo al país”.

Como es de conocimiento general, dicha medida fue implementada como obligatoria, por lo cual toda persona comprendida como viajero u otras que se estimen necesarias (tripulación de aeronave, por ejemplo), deben presentar dicha declaración jurada, completando los formularios e instrumentos que a tal efecto fueron habilitados por la autoridad mencionada.

La razón de ser de esta medida es la prevención, porque toda aquella persona VIAJERA que tenga los síntomas del coronavirus (COVID-19) o que haya transitado por las zonas o países de riesgo mencionados expresamente por el decreto, o que hubiere estado en contacto estrecho con personas infectadas, tiene la obligación de **informarlo al momento de su ingreso al territorio nacional e incluso al momento de su partida**, para que las autoridades sanitarias puedan llevar a cabo medidas de control, investigación, seguimiento, tratamiento, prevención y todas aquellas necesarias para neutralizar el ingreso o la propagación de la pandemia en el país.

Acerca de la obligación de completar y presentar la declaración jurada, desde el punto de vista penal, podrían suscitarse distintas situaciones:

a. Primera situación: Que el viajero se negare a completarla. En este caso se violarían expresamente las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de la epidemia, toda vez que se impuso como medio de control sanitario obligatorio para viajeros, lo que en principio habilitaría la imputación por el art. 205 del C.P. Vale destacar que otra interpretación puede sostener que la negativa a suscribir la declaración jurada se encuadraría en el delito de desobediencia a la autoridad, porque en el caso, el sujeto es debidamente impuesto de la orden de completar el instrumento, orden emanada por las autoridades respectivas (de Salud, Migraciones o Policía Aeroportuaria, etc) y la acción de no hacerlo constituiría un delito de propia mano como persona singular y específico destinatario de esa orden. Sin embargo, propicio el encuadramiento por el art. 205 porque éste último es un delito específico y la finalidad de la presentación de la declaración jurada tiene relación directa con impedir la introducción o propagación de una epidemia. Estimo que se presenta en esta hipótesis un concurso aparente de leyes penales, donde el tipo penal del art. 205 desplaza por especificidad, al del art. 239 del mismo cuerpo legal.

Otra posición sostiene que existiría un concurso ideal de delitos entre los arts. 205 y el 239 del C.P.

b. Segunda situación: Que la declaración jurada fuera completada con falsedad. La declaración jurada en análisis, es, según destacada doctrina, un INSTRUMENTO PÚBLICO, porque se trata de aquellos previstos por el art. 289 del C.C.C.N., ya que es impuesto por la autoridad sanitaria de control y con fines de resguardo de la salud pública, “cuya falsedad en sus datos (los datos exigibles que suministra el pasajero) acarrea la comisión del delito de falsedad ideológica”⁹ de instrumento público previsto por el art. 293 del C.P. En apoyo de esta posición, la jurisprudencia dice que “Constituye el delito de falsedad ideológica de documento público la conducta de quien hace insertar declaraciones falsas en los permisos de ingreso, y otros documentos públicos emitidos por la Dirección Nacional de Migraciones, puesto que ello constituye documento público concerniente a un hecho que éste debe probar, de modo que puede causar perjuicio, en la modalidad de autoría mediata, ya que los actos del organismo hallan sus antecedentes y respaldo en los documentos incorporados a los respectivos expedientes por los interesados y cuya falsedad, más allá de su calificación como pública o privada, se halla acreditada”.¹⁰

Sin embargo, esta posición no es unánime porque se cuestiona que las declaraciones juradas confeccionadas por particulares, sin perjuicio de la intervención posterior del funcionario, sean instrumentos públicos. La postura sostiene que son documentos privados. En tal sentido, la jurisprudencia dice: “La inserción de un dato falso en una declaración jurada, no constituye el delito de falsedad ideológica, puesto que solo sobre aquello que el documento prueba con efectos jurídicamente propios de un documento público, puede considerarse la falsedad ideológica punible. En consecuencia, si se pretendiera encontrar una falsedad documental en instrumentos públicos en tales declaraciones juradas, solo podrá considerarse valedera la hipótesis con respecto a los datos certificados por funcionarios públicos, el resto del formulario, no certificado en realidad por funcionario alguno, únicamente tiene categoría de instrumento privado”.¹¹

⁹ Buompadre, Jorge Eduardo: Reflexiones de Derecho Penal en tiempo de Coronavirus. Violación de la cuarentena y otras medidas. Revista de pensamiento penal: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48653-reflexiones-derecho-penal-tiempo-coronavirus-violacion-cuarentena-y-otras-medidas>

¹⁰ C.N.C.C.F. Sala 2, 27-4-1999 Berstein, L., citado por Horacio Romero Villanueva en Código Penal de la Nación Argentina, comentado, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2008, pág. 1167

¹¹ C.N.C.C.F. Sala 2, 27-12-1995 Secretaría de la Población y Relaciones con la Comunidad, ídem, Sala 1 23-3-1985 Overweg de Hilding O, J.J.A. 1985-IV, síntesis, ambos ci-

En función de lo expuesto y si partimos de considerar que la declaración jurada en estudio es completada por el viajero, sin intervención del Funcionario Público, salvo cuando es entregada por el particular al mismo, ya sea al ingreso o salida del país o de una provincia en caso de vuelos de cabotaje, entiendo que se trata de un instrumento privado y la acción de insertar datos falsos en la misma se ajusta al art. 292 del C.P. delito de falsedad documental que concurre en forma ideal con el previsto por el art. 205 del mismo cuerpo legal, en el contexto de la pandemia por COVID-19 (coronavirus), toda vez que además de la falsedad documental, el autor infringe las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de la pandemia.

ii. Incumplimiento del aislamiento obligatorio establecido por DNU 260/2020 publicado en B.O. a partir del 13-3-2020

La normativa dispuso en el art. 7 que: 1. Deberán permanecer aisladas durante 14 días, plazo que podrá ser modificado por la autoridad de aplicación según la evolución epidemiológica, las siguientes personas:

a) quienes revistan la condición de “casos sospechosos”. A los fines del presente Decreto, se considera “caso sospechoso” a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que además, en los últimos días, tenga historial de viaje a “zonas afectadas” o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. La definición podrá ser actualizada por la autoridad sanitaria, en función de la evolución epidemiológica.

b) Quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID- 19.

c) Los “contactos estrechos” de las personas comprendidas en los apartados a) y b) precedentes en los términos en que lo establece la autoridad de aplicación.

d) Quienes arriben al país habiendo transitado por “zonas afectadas”. Estas personas deberán también brindar información sobre su itinerario, declarar su domicilio en el país y someterse a un examen médico lo menos invasivo posible para determinar el potencial riesgo de contagio y las acciones preventivas a adoptar que deberán ser cumplidas, sin excepción.

En consecuencia incurrirán en el delito quienes sean sospechosos como se ha definido arriba y violen la cuarentena (14 días) impuesta; quienes padezcan de la infección del coronavirus –COVID-19- porque recibieron la confirmación

tados por Romero Villanueva, O, en obra citada, pág. 1169.

médica de la enfermedad e incumplan la cuarentena; las personas que han tenido contactos estrechos con los dos supuestos anteriores y todos los que arribaron al país y transitaron antes algunas de las zonas afectadas, que deberán cumplir con los protocolos previstos que se detallaron y con el aislamiento por 14 días. De lo contrario podrían ser imputados en infracción al art. 205 del C.P.

iii. Prohibición de ingreso y de permanencia de extranjeros que incumplan las medidas - expulsión: a continuación del inc. d) del art. 7, el decreto dice: No podrán ingresar ni permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.

e) Quienes hayan arribado al país en los últimos 14 días, habiendo transitado por “zonas afectadas”. No podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.

iv. Obligación administrativa de denunciar casos de incumplimiento. En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.

Se trata de la imposición de una obligación de carácter funcional que les ha sido atribuida a las personas que revistan el carácter de funcionarios y personal de la salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que hubieren tomado conocimiento de violaciones a las disposiciones del DNU 260/2020 y que consiste en que deberán radicar la denuncia penal por esta situación. Las personas a quienes la norma le impone esta obligación y que no cumplan, quedarán sujetos a las responsabilidades administrativas correspondientes según su estado, pero, como lo dice el doctor Buompadre, no están comprendidos por el art. 277 (inc. d), ni por el art. 274 del C.P., los que se refieren a quienes se encuentren obligados a promover la persecución y represión

de los delinquentes (art. 274), o promover la persecución penal de un delito de esa índole.

v. Obligación de la población de reportar síntomas – Acción típica de quien lo omite. El ARTÍCULO 8° del DNU 260/2020 establece que “Las personas que presenten síntomas compatibles con COVID-19 deberán reportar de inmediato dicha situación a los prestadores de salud, con la modalidad establecida en las recomendaciones sanitarias vigentes en cada jurisdicción”.

Se trata de un mandato legal con consecuencias penales, cuyo incumplimiento implica la comisión de la infracción a las medidas previstas por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación de la pandemia. El DNU 260 en esta parte, hace responsable a cada persona que presente los síntomas compatibles con el COVID-19, a dar aviso de inmediato a su prestador de salud. Recordemos que el art. 7 al hablar de casos sospechosos, detallaba los síntomas de la enfermedad: **persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que además, en los últimos días, tenga historial de viaje a “zonas afectadas” o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19.**

El mandato es claro porque se pretende con esta acción ordenada a quienes tengan los síntomas, impedir la propagación de la pandemia, tomando conocimiento los prestadores de salud para aislar a la persona, efectuarle los tests correspondientes, confirmar o descartar el caso y de esa forma aplanar la curva de crecimiento de infectados, de víctimas y combatir la enfermedad tanto en el plano individual del sujeto como en el plano social con las acciones señaladas.

Considerando lo establecido por el 22 que dice que la infracción a las medidas previstas en este Decreto dará lugar a las sanciones que resulten aplicables según la normativa vigente, sin perjuicio de las denuncias penales que corresponda efectuar para determinar la eventual comisión de delitos de acción pública, conforme lo previsto en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal, entiendo que la omisión de dar aviso a la autoridad sanitaria sobre el padecimiento de los síntomas, cae bajo la órbita del art. 205, porque en el caso en estudio está en peligro la salud pública como bien jurídico tutelado, más allá de la salud del enfermo individualmente considerado.

Esta persona, posiblemente infectada debe comunicar los síntomas porque el contacto que seguramente ha tenido con otros permitirá la investigación y el

seguimiento de la enfermedad hacia los demás pobladores con los que estuvo cerca. No solo está en crisis el estado de salud individual sino la de un número indeterminado de personal, de allí la importancia y gravedad del tema, al ser el Coronavirus (COVID-19) una enfermedad de muy fácil transmisión y contagio.

2.1.7. Acciones típicas que surgen del art. 205 (u otros delitos) en función del DNU N° 297/2020:

Incumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Se trata de una medida establecida por el art. 1 del DNU 297/2020 que establece: ARTÍCULO 1º. “A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en los términos indicados en el presente decreto. La misma **regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario** en atención a la situación epidemiológica”.

El aislamiento ha sido prorrogado por el PEN hasta el día 12 de abril del 2020 inclusive.

Como complemento de lo impuesto en el art. 1, el siguiente se ocupa de aclarar cómo debe ser cumplida la medida, al establecer:

“ARTÍCULO 2º.- Durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1º, solo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos.

Por su parte, se ordena a los demás estados que conforman la República, a dictar las medidas necesarias de implementación del aislamiento. Así lo dispone el art. 10, que dice: Las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias.

En función de lo expuesto, toda persona que no cumpla e infrinja la obligación del aislamiento social, preventivo y obligatorio, será responsable por la violación de las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la propagación de la pandemia (art. 205 C.P.), además de las sanciones o medidas de coerción autorizadas por el DNU 297/2020.

En punto a lo previsto por los arts. 1 y 2 de dicha norma, la infracción hace operativo el art. 205 del C.P., la acción típica consiste en romper el aislamiento ordenado, mediante el abandono del lugar de residencia habitual del autor o de la residencia en que se encuentre a las cero horas del día 20 de marzo del 2020, fecha de inicio de la medida. La acción típica será consumada si salen o abandonan dichos lugares sin que él o los autores se encuentren contemplados en las situaciones excepcionales autorizadas.

Están obligadas todas las personas, quienes deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse.

El propio decreto 297 se ocupa de especificar que el fin de la medida es prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados tales como la vida y la integridad física de las personas. (Ver art. 2).

Se encuentran exceptuados en forma temporaria de incumplir el aislamiento, quienes realicen desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos. (Ver art. 2 in fine). Es decir, todos los habitantes que salgan del lugar de residencia lo justo y necesario para adquirir alimentos, medicación o elementos de limpieza.

Asimismo, el art. 6 del decreto 297 establece: ARTÍCULO 6º.- Quedan exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, según se detalla a continuación, y sus

desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios:

1. Personal de Salud, Fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo.

2. Autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Trabajadores y trabajadoras del sector público nacional, provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, convocados para garantizar actividades esenciales requeridas por las respectivas autoridades.

3. Personal de los servicios de justicia de turno, conforme establezcan las autoridades competentes. Personal diplomático y consular extranjero acreditado ante el gobierno argentino, en el marco de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares y al personal de los organismos internacionales acreditados ante el gobierno argentino, de la Cruz Roja y Cascos Blancos.

5. Personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes.

6. Personas que deban atender una situación de fuerza mayor.

7. Personas afectadas a la realización de servicios funerarios, entierros y cremaciones. En tal marco, no se autorizan actividades que signifiquen reunión de personas.

8. Personas afectadas a la atención de comedores escolares, comunitarios y merenderos.

9. Personal que se desempeña en los servicios de comunicación audiovisuales, radiales y gráficos.

10. Personal afectado a obra pública.

11. Supermercados mayoristas y minoristas y comercios minoristas de proximidad. Farmacias. Ferreterías. Veterinarias. Provisión de garrafas.

12. Industrias de alimentación, su cadena productiva e insumos; de higiene personal y limpieza; de equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios.

13. Actividades vinculadas con la producción, distribución y comercialización agropecuaria y de pesca.

14. Actividades de telecomunicaciones, internet fija y móvil y servicios digitales.

15. Actividades impostergables vinculadas con el comercio exterior.
16. Recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos urbanos, peligrosos y patogénicos.
17. Mantenimiento de los servicios básicos (agua, electricidad, gas, comunicaciones, etc.) y atención de emergencias.
18. Transporte público de pasajeros, transporte de mercaderías, petróleo, combustibles y GLP.
19. Reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, de limpieza y otros insumos de necesidad.
20. Servicios de lavandería.
21. Servicios postales y de distribución de paquetería.
22. Servicios esenciales de vigilancia, limpieza y guardia.
23. Guardias mínimas que aseguren la operación y mantenimiento de Yacimientos de Petróleo y Gas, plantas de tratamiento y/o refinación de Petróleo y gas, transporte y distribución de energía eléctrica, combustibles líquidos, petróleo y gas, estaciones expendedoras de combustibles y generadores de energía eléctrica.
24. S.E. Casa de Moneda, servicios de cajeros automáticos, transporte de caudales y todas aquellas actividades que el BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA disponga imprescindibles para garantizar el funcionamiento del sistema de pagos.

Además de las personas autorizadas en el art. 22, por Decisión Administrativa N° 429/2020 se ampliaron las actividades exceptuadas porque se consideraron esenciales en la emergencia.¹²

¹² ARTÍCULO 1º.- Incorporase al listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, exceptuadas del cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, a las personas afectadas a las actividades y servicios que se detallan a continuación: 1. Industrias que realicen procesos continuos cuya interrupción implique daños estructurales en las líneas de producción y/o maquinarias podrán solicitar autorización a la Secretaría de Industria, Economía del Conocimiento y Gestión Comercial Externa, para no discontinuar su producción, reduciendo al mínimo su actividad y dotación de personal.
2. Producción y distribución de biocombustibles.
3. Operación de centrales nucleares.
4. Hoteles afectados al servicio de emergencia sanitaria. También deberán garantizar las prestaciones a las personas que se hallaren alojadas en los mismos a la fecha del dictado del Decreto N° 297/20.
5. Dotación de personal mínima necesaria para la operación de la Fábrica Argentina de

Sujetos obligados al cumplimiento de la medida de aislamiento son todas las personas humanas residentes en el país, ya sea nacionales o extranjeros.

En razón que se han previsto expresamente las actividades y personas que están exceptuadas del cumplimiento total de la medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio, todo ser humano que fuere controlado por los integrantes de las fuerzas públicas de seguridad, fuera de su lugar habitual de residencia y justificare estar encuadrado en alguna de las situaciones exceptuadas, no comete la acción típica ya que está justificado por la misma legislación, su conducta no es antijurídica.

III. Otros delitos que pueden presentarse ante la situación provocada por el Coronavirus (COVID-19)

3.1. *Propagación de enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas*

Figura penal contenida por el art. 202 del C.P. que dice: “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”.

Aviones Brig. San Martín S.A.

6. Las autoridades de la Comisión Nacional de Valores podrán autorizar la actividad de una dotación mínima de personal y de la de sus regulados, en caso de resultar necesario.

7. Operación de aeropuertos. Operaciones de garages y estacionamientos, con dotaciones mínimas.

8. Sosténimiento de actividades vinculadas a la protección ambiental minera.

9. Curtiembres, con dotación mínima, para la recepción de cuero proveniente de la actividad frigorífica.

10. Los restaurantes, locales de comidas preparadas y locales de comidas rápidas, podrán vender sus productos a través de servicios de reparto domiciliario, con sujeción al protocolo específico establecido por la autoridad sanitaria.

En ningún caso podrán brindar servicios con atención al público en forma personal. Los desplazamientos de las personas alcanzadas por el presente artículo deberán limitarse al estricto cumplimiento de las actividades y servicios considerados esenciales.

ARTÍCULO 2º.- Se permitirá la circulación de los ministros de los diferentes cultos a los efectos de brindar asistencia espiritual, debiendo los templos ajustarse en su funcionamiento a lo estipulado en el primer párrafo del artículo 5º del Decreto N° 297/20.

ARTÍCULO 3º.- Aclárase que en el inciso 12 del artículo 6º del Decreto N° 297/20 cuando se refiere a las Industrias de alimentación se entenderá a las que integran la cadena de valor e insumos de los sectores productivos de alimentación y bebidas, higiene personal y limpieza, equipamiento médico, medicamentos, vacunas y otros insumos sanitarios”.

Acción típica: la propagación de enfermedad. Propagar significa multiplicar, reproducir, extender, difundir, diseminar.¹³ No obstante se han expuesto distintos criterios sobre el punto, dado que autores de importancia afirman que la propagación requiere la transmisión plural de la enfermedad, la multiplicidad de afectados (Gómez, Creus); en tanto que el doctor Soler, por ejemplo explica que estamos frente a esas figuras penales construidas sobre la base de un daño y por lo tanto requiere que al menos una persona se contagie.¹⁴

Desde otra perspectiva, otros autores entienden que no es necesario verificar que exista el contagio. En tal sentido, se ha pronunciado el doctor Ricardo Núñez al definir la acción de “propagar” como aquella causada por el que realiza actos idóneos para transmitir la enfermedad o mediante la difusión de gérmenes patógenos, **crea el peligro de que la enfermedad se disemine**. No es necesario que se enfermen varias personas ni que por lo menos, se enferme una, porque la ley no reprime el hecho de andar enfermado a la gente, sino el de andar diseminando o esparciendo la enfermedad que padece el autor o que existe en los gérmenes, dice el ilustre jurista Cordobés¹⁵.

Considerando el contenido de este artículo, lo que tiene pleno asidero en la situación causada por la propagación del Coronavirus (COVID-19), la posición del doctor Ricardo Núñez adquiere mayor fuerza y sentido común en cuanto a la interpretación de la norma. En la misma dirección, autores más recientes como Carlos Parma¹⁶, Mangiafico, Álvarez, Ricardo Vasilico, Jorge L. Villada, Patricia Mallo, Ricardo Lombardo, exponen una postura semejante al indicar que la conducta típica consiste en propagar (que no necesariamente es sinónimo de contagiar) la enfermedad. Basta llevar a cabo actos idóneos para la efectiva transmisión de cualquier tipo de enfermedad a sabiendas de su carácter contagioso y riesgoso. Se crea el peligro abstracto de una diseminación indeterminada.¹⁷

Es que propagar una enfermedad no implica contagiarla, sino transmitirla por cualquier medio realmente posible (idóneo) para que esa enfermedad al-

¹³ Estrella, Godoy Lemos, ob. Cit., pág. 174.

¹⁴ Soler, ob. Cit., págs. 660, 661.

¹⁵ Núñez, Ricardo, obra citada, págs. 122, 123.

¹⁶ Parma, Carlos; Mangiafico, Álvarez: Derecho Penal Parte Especial, Ed. Hammurabi, ob. Cit., pág. 529

¹⁷ Buompadre, Derecho Penal Parte Especial, T. II, pág. 343 y Basílico y otros, Derecho Penal - Libro de Estudio, Parte Especial, Ed. Cathedra Jurídica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, pág. 710.

cance a otras personas (determinadas o indeterminadas). Puesto que el art. 202 no establece la diferencia si la acción de propagación pueda ser de persona a persona o genérica, de una persona a varias indeterminadas o mediante el uso de otros elementos que al emplearlos pueden transmitir la enfermedad, por ejemplo, infectando elementos de uso o de consumo masivo, frecuente e incluso mediante la infección de alimentos a sabiendas de su consumo posterior por seres humanos, o infectando mercaderías, materiales que con el contacto pueden propagar la enfermedad. Hay organismos como el Coronavirus que, liberados al aire por una escupida, tos, un estornudo del portador, por medio del habla expulsando microgotas de saliva, etc., pueden entrar en contacto con personas determinadas o indeterminadas y cuando la propagación lo es a sabiendas de estar infectado y con dolo (conocimiento e intención de propagarlo), la acción típica se habrá consumado.

La figura exige que la enfermedad debe ser peligrosa y contagiosa para las personas y es, justamente el caso del COVID-19 (coronavirus), que se puede propagar en las formas señaladas y que, además, causa una enfermedad que ha provocado miles de muertes. Una enfermedad es peligrosa cuando es susceptible de producir un grave daño para la vida o la salud de las personas en general; y es contagiosa cuando puede transmitirse a otro, de cualquier forma y por cualquier medio (Hepatitis B, Sida, Sífilis, etc.)¹⁸, elementos del tipo penal que encuadran respecto del delito a cometerse con motivo de la pandemia provocada por el coronavirus, que se está analizando (art. 202 CP).

Cabe agregar que la acción típica se consuma mediante la ejecución de actos idóneos que sirvan para la propagación (exponerse voluntariamente en público o en lugar con muchas personas cerca, para salivar o expeler el virus sin tomar los mínimos recaudos de cuidado, por ejemplo), sin necesidad que se demuestre la existencia posterior de un daño efectivo en la salud o que se compruebe que se desató la epidemia, o que se causen contagios, enfermos graves o muertes, porque el delito del art. 202 es de peligro abstracto.

Recordemos que propagar implica ayudar o contribuir a que el virus transite y que esté expuesto para que otra u otras personas se infecten.

¹⁸ Parma, Carlos; Mangiafico y Álvarez: Derecho Penal Parte Especial, ob. Cit. pág. 530

Delito de peligro abstracto

Como fue señalado antes, se trata, para algunos autores (Núñez), de un delito de peligro abstracto, no es necesaria la demostración o verificación que se causare un daño concreto ni sus resultados, ni que se contagie, solo es necesario con que se propague, en tanto que Carlos Parma sostiene que se trata de una estructura de peligro concreto cuya consumación tiene lugar cuando el sujeto activo despliega la conducta consistente en la propagación de la enfermedad peligrosa y contagiosa, al margen de que se produzca efectivamente el contagio de alguna persona, lo que no es exigido por la figura.

Tentativa

Podrán presentarse casos excepcionales de tentativa cuando el autor lleve a cabo actos de comienzo de ejecución del delito para propagar una enfermedad peligrosa y contagiosa para salud, como pueden ser las provocadas por el Corvid-19, cuando por ejemplo un sujeto traslada a lugar público elementos para diseminar y sembrar el virus u otros gérmenes patógenos y ello es advertido, detectado a tiempo y remediado inmediatamente por Organismos de Seguridad Pública y Privada debidamente capacitados o por autoridades sanitarias, sin riesgo para la población.

Culpabilidad

Se requiere que el sujeto activo del delito tenga conocimiento que con las acciones que lleva a cabo, propaga el coronavirus, al mismo tiempo que manifieste por sus actos y acciones, su voluntad de propagarlo (dolo directo), también admite el dolo eventual, es decir que con las acciones típicas surja claramente la indiferencia o menosprecio por el cuidado de la salud pública y el menoscabo de la salud, vida e integridad de los demás. El doctor Núñez¹⁹ pone como ejemplo el caso del enfermo de cólera o de fiebre amarilla que, a sabiendas de su mal o teniendo dudas al respecto, desaprensivamente entra en contacto con múltiples personas (situación que puede presentarse con enfermos de coronavirus); o el

¹⁹ Núñez, Ricardo: Tratado de Derecho Penal, Marcos Lerner, Editora Córdoba, 1992 t. V, I, pág. 124.

caso del individuo que advirtiendo peligro de propagación, pero con desprecio, cultiva el virus (o bacterias), sin los menores resguardos para la salud de terceros y así propaga la enfermedad a pesar que no tuviere la intención directa de hacerlo, pero por el conocimiento específico que normalmente se requiere para estas maniobras, el dolo eventual propio de la indiferencia hacia la salud pública aparece notorio.

Concurrencia con delitos más graves.

“Debe estar ausente el dolo homicida, ya que, si la propagación de la enfermedad fue el medio escogido para matar, la figura que estudiamos resulta desplazada por la del homicidio agravado previsto por el art. 80 incs. 2 y 5²⁰ del C.P.P.

3.2. Propagación culposa de enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas

Delito previsto por el art. 203 del CP, que establece entre otras situaciones que cuando el delito de propagación de enfermedad peligrosa y contagiosa fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de pesos cinco mil a pesos cien mil; si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de seis meses a cinco años.

La redacción de este artículo permite confirmar la posición sustentada por Núñez, Parma y otros autores en cuanto al alcance del verbo “propagar”, al entender que no era necesario demostrar un daño efectivo, porque la forma culposa del delito distingue los casos que produjeren enfermedad o muerte con una sanción más grave, respecto de los que no tuvieron esos resultados.

Doctrina y jurisprudencia refieren que este artículo puede comprometer las actividades relacionadas con bancos de sangre y servicios de hemoterapia, donde se trabaja con sangre humana y sus derivados (plasma, glóbulos, plaquetas) y para el caso que se encuentren contaminados y empleados en transfusiones, este material puede ser la vía que propague enfermedades peligrosas y contagiosas para la salud humana. De tal forma que omitir, incumplir los deberes de cuidados que requieren estas actividades y servicios o desconocer las medidas de seguridad y salubridad exigidas para ello, como por ejemplo no hacer los análisis

²⁰ Estrella y Godoy Lemos, ob. Cit. P. 134 t. III ed. Año 2000.

de seguridad pertinentes a la sangre donada previo a su transfusión, puede implicar que otras personas padezcan de la enfermedad si posteriormente reciben toda o parte de la sangre contaminada.²¹

IV. Cuestiones Procesales

4.1.- Medidas de coerción que autoriza el DNU 260/2020

Expulsión de extranjeros incumplidores al aislamiento:

El art. 7 inc. e) autoriza la aplicación de medidas de coerción administrativas que pueden adoptar las Fuerzas de Seguridad que tienen poder de policía para el resguardo de salud pública, al establecer que **no podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes**, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria. Lo que implica que se impone la expulsión de todos aquellos ciudadanos EXTRANJEROS que ingresaron al país y no dan cumplimiento a la medida de aislamiento que originalmente estableció el decreto 260/2020. Se trata de una medida excepcional autorizada por la normativa con motivo de la situación pandémica declarada por la OMS, que ha sido adoptada no solo por nuestro país, sino por la mayoría de los países afectados.

4.2. Medidas previstas por el D.N.U. 297/2020.

Cese de los efectos del delito.

El art. 4 de este decreto ordena que se adopten las medidas necesarias para hacer cesar la conducta infractora al cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio u otras normas dispuestas en protección de la salud pública y en el marco de la emergencia sanitaria.

Si bien los C.P.P. de distintas jurisdicciones del país contienen expresas autorizaciones u órdenes para que se disponga el cese de los delitos verificados

²¹ Ver (CNCCF, sala I, 18-1-2005 Lunardon y O. en Lexis 1/1008850 y 8851 y en J.A. 2006-I-1449; Cámara Federal de San Martín 26-8-1992, Contaminación Río Reconquista, L.L. 1993-E-338 entre otros).

provisoriamente en general, lo previsto por el artículo 4 del decreto 297 es mucho más contundente porque impone dicha medida para que se haga cesar la infracción al aislamiento, en el acto, sin mayores diligencias que constatar fehacientemente la situación por medio de una simple acta de procedimiento policial que solo ha de requerir los datos indispensables para dejar constancia de las circunstancias de día, hora y lugar del hecho, situación del infractor, personas y funcionarios intervinientes.

Téngase en cuenta que el párrafo dice: "...se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente..."

Conducción, Aprehensión y detención – Secuestro de bienes

Cuando los funcionarios integrantes de las fuerzas de seguridad públicas que lleven a cabo tareas de control constaten que una o más personas han violado la obligación del aislamiento, procederán a labrar las actuaciones correspondientes por infracción a alguno de los delitos que se analizaron precedentemente y los que sean de aplicación a cada caso concreto. Para que se haga cesar la situación, a priori delictiva, podrán trasladar aprehendido al infractor a las sedes policiales, del Ministerio Público Fiscal o judiciales según corresponda, para que sea debidamente imputado o, en su caso, estarán sujetos a las directivas que les imparta el magistrado competente. Una vez cumplidas las respectivas actuaciones, el mismo deberá ser conducido hasta su domicilio (lugar de residencia habitual), para que se haga efectivo el cese de la infracción del aislamiento.

Puede ocurrir que el presunto autor del delito se resista, en cuyo caso será necesario el ejercicio de la fuerza pública y su aprehensión por los funcionarios autorizados, para que se cumplan las actuaciones de referencia.

En los casos de reiteración de infracciones o de evidente actitud infractora, donde el imputado no se someta a las órdenes de la autoridad para lograr el efectivo cese del delito con el consecuente aislamiento, corresponderá disponer su detención por parte del Magistrado que fuere competente.

El segundo párrafo del decreto 297 ordena que El MINISTERIO DE SEGURIDAD deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus.

La medida de coerción personal se extiende a los vehículos empleados por los presuntos infractores, en cuanto autoriza que los rodados sean detenidos, medida que es de aplicación para que pueda identificarse a los presuntos infractores de la obligación de aislamiento. Además, se ordena que el Ministerio de Seguridad procederá a su retención preventiva siempre con el mismo fin, es decir evitar el desplazamiento para que las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio sean cumplidas. El decreto establece que estas medidas tienen como fin tutelar la salud pública y evitar la propagación del virus COVID-19.

Del texto en estudio puede colegirse que los funcionarios de las fuerzas de seguridad intervinientes en los operativos de control implementados, tienen facultades para la retención preventiva de vehículos que utilicen las personas para circular, en contra de la obligación de aislamiento. Esta retención preventiva se proyecta como una medida de secuestro a la luz del derecho procesal penal, porque los efectos retenidos constituirán una prueba material pertinente a los efectos del proceso iniciado a partir de la violación al art. 205 del C.P. y/o del delito que corresponda según los casos. Asimismo, se trata de una medida autorizada en procura de lograr un efectivo cese de los efectos del delito y de la situación de infracción del aislamiento obligatorio.

Para aquellos casos en que los automotores fueren empleados como instrumentos del delito, quedarán sujetos a decomiso previsto por el art. 23 del C.P. En tal sentido, el Procurador General de la Nación interino emitió una instrucción general de fecha 26-3-2020 para los fiscales federales con competencia penal, que soliciten las medidas cautelares que aseguren el decomiso de los vehículos utilizados en infracción a las normas destinadas a proteger a la salud pública en relación al COVID-19, como así también para que velen por su guarda y conservación. Se trata de la resolución PGN 27-2020, para los que infringen el deber de cumplir el aislamiento establecido por el DNU 297-2020, toda vez que gran parte de las infracciones del art. 205 del C.P. se cumplen por el empleo de vehículos que agravan los riesgos de propagación del virus. Se sostiene que en ciertos casos puede ser procedente el decomiso a favor del Estado Nacional o estados Provinciales, según corresponda y ponderando, además, la cantidad de erogaciones y gastos originados con motivos de los controles necesarios para evitar las infracciones legales a las normas en juego.

Organismos Competentes: el art. 3 del DNU 297-2020 atribuye competencia en materia de medidas de control al Ministerio de Seguridad de la Nación al indicar que dispondrá los controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Luego, en el segundo párrafo del artículo vuelve a repetir que las autoridades nacionales en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y CABA, dispondrán de procedimientos de fiscalización.

El art. 10, se ocupa de confirmar esta especie de competencia concurrente al establecer: Las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias como la ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias.

Por lo tanto, el Poder Ejecutivo Nacional ha involucrado a todos los estados del país (Nacional, Provinciales y Municipales), con el objetivo de lograr la plena efectividad de las medidas ordenadas en el DNU 297/2020, lo que autoriza a sostener que la competencia en el orden judicial, podrá ser ejercida por la Justicia Federal, Nacional o Provincial, según cada caso concreto y en particular.

Además, es importante destacar que en atención a las modalidades de comienzo de ejecución y consumación de los delitos previstos por el art. 205 u otros relacionados con motivo de la infracción del aislamiento social, preventivo y obligatorio, la cantidad de hechos y procesos penales iniciados, el interés manifiesto por preservar la salud pública, vida e integridad de los argentinos, no existe en este caso una competencia exclusiva de la Justicia Federal/Nacional en tales causas. La intervención legítima de los magistrados provinciales es, a su vez necesaria en atención a los bienes jurídicos tutelados.

Téngase en cuenta que el art. 33 del C.P.P.N. no menciona expresamente como de competencia federal las infracciones al art. 205 del C.P., sin dejar de desconocer el marcado interés plenamente útil que ha manifestado el Poder Ejecutivo Nacional en la problemática del COVID-19 y que la propagación de la pandemia podría causar una numerosa pérdida de vidas humanas en el país, lo que sin dudas justifica la competencia de excepción, pero el problema no solo es nacional, sino que compete a todos los estados tal cual lo dice el mismo de-

creto 297/2020, toda vez que los gobiernos y jurisdicciones locales deben concurrir con la Nación al ejercicio de todas las medidas necesarias, incluyendo las jurisdiccionales, para evitar la propagación y contagio del coronavirus.

El Derecho Internacional en tiempos de pandemia

ENZO FINOCCHIARO

“Lo peor de la peste no es que mata a los cuerpos,
sino que desnuda las almas y ese espectáculo suele ser horroroso”.

La Peste, ALBERT CAMUS

I. Introducción

En tiempos convulsionados, donde el mundo se encuentra virtualmente paralizado por obra y gracia de una pandemia, cobran relevancia todo tipo de estudios relativos a la vida de las personas en tiempos de crisis sanitaria. En el saber popular se suele sostener que el ser humano no suele valorar lo que posee, sino hasta que corre el riesgo de perderlo o, directamente, lo pierde. Compartida o no esta afirmación, la histeria colectiva suele llevar a expertos, medios masivos de comunicación, comunicadores de todo tipo y color y analistas de la realidad social –en sus diferentes campos– a centrarse casi exclusivamente en estas temáticas, dejando de lado discusiones centrales y quizás más importantes. Naturalmente, el Derecho, en cuanto ciencia social, no puede estar ajeno a estas discusiones. Veamos.

Harari¹ nos cuenta que la peste ocupó siempre los primeros puestos en la lista de problemas que acuciaron a la especie humana. Entre 1330 y 1351, la *Yersinia Pestis*, una bacteria genéticamente muy simple y que habitaba en las pulgas, mató a entre 75 y 200 millones de personas. En Eurasia, por ejemplo, la denominada “*peste negra*” mató a casi un tercio de la población. Florencia, ciudad cuna del Renacimiento medieval, perdió a la mitad de su población (cincuenta de sus cien mil habitantes). Aun así, la peste negra no fue ni por lejos

¹ HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Debate, 2019, pp.16-29.

la peor peste de la historia, sino que lo que la resaltó fue en dónde hizo estragos, algo parecido a lo que sucede hoy.

En 1520 la viruela llegaba a la azteca Tenochtitlán, en el cuerpo del africano Francisco de Eguía. Para 1580, la población mexicana se había reducido de 22 millones de habitantes a 2 millones, siendo que los muertos, en su mayoría, eran enfermos de viruela. Algo similar le sucedió a las Islas de Hawaii, que pasaron, entre 1778 y 1853, de quinientos mil habitantes, a sólo setenta mil, muertos en su inmensa mayoría por gripe, tuberculosis y sífilis, todos agentes patógenos europeos, desconocidos –al igual que la viruela– en aquellas tierras.

En 1918, en las trincheras –fin de una enorme red de aprovisionamiento mundial– de la Primera Guerra Mundial apareció una cepa virulenta de la gripe, que terminó enfermando a más de quinientos millones de personas, muriendo más de cincuenta millones de personas (esto es, entre el diez y el veinte por ciento). La “gripe española”, así, mató diez millones de personas más –cuanto menos– de las que perecieron a consecuencia de la Gran Guerra -.

Casos más recientes, como el SARS de 2002, la gripe aviar de 2005, la gripe porcina de 2009 o el ébola de 2014 nos muestran que los agentes infecciosos se transformaron en la amenaza moderna contra la que deberán luchar los seres humanos, sin dejar de lado las cuestiones habitacionales y medioambientales. Cada vez somos más, y el planeta sigue siendo del mismo tamaño.

En la actualidad, el mundo global se enfrenta a un virus desconocido (los *orthocoronavirinae*, comúnmente conocidos como *coronavirus*, son una familia de virus del tipo ARN, que infectan a ciertas especies de animales, y que, a la fecha, tienen treinta y nueve especies conocidas, muchas de las cuales aún no están debidamente investigadas, entre ellas, el COVID-19).

Claramente y siguiendo la línea de lo que hemos dicho en relación al Derecho, y más precisamente en torno al Derecho Internacional en cuanto expresión jurídica de la Comunidad internacional, sus operadores no podemos ni debemos estar ajenos a las derivaciones de esta crisis sanitaria global que indudablemente ha de cambiar el paradigma socioeconómico vigente. Asimismo, dado que una pandemia implica una probable muerte global allende las fronteras, y cierta eliminación poblacional, también surgen algunos puntos que es necesario analizar desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional.

II. La reacción ante el virus. La responsabilidad de los Estados

Como sabemos, el pasado 11 de marzo, el Director General de la Organización Mundial de la Salud declaró la crisis sanitaria global, catalogando a la diseminación del COVID-19 como una “pandemia” e instó a todos los Estados y organizaciones no gubernamentales a tomar las acciones positivas urgentes que resulten de utilidad para detener e impedir el avance del agente patógeno, así como paliar sus nefastas consecuencias y ayudar a quienes lo necesiten, en una afectación directa con éstas²

Una primera discusión nos lleva al origen mismo del virus y a la responsabilidad que podría caberle a la República Popular de China por el violento esparcimiento del agente patógeno, ante la sospecha de una tardía notificación al mundo de lo que sucedía, con el consecuente daño económico y poblacional que ello está causando. Analicemos el marco jurídico³.

La Organización Mundial de la Salud (OMS/WHO) es el organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención a nivel mundial en la salud, conforme lo establece en su propia Constitución. Si bien sus primeras reuniones y estatutos se dictaron al amparo del Consejo Económico y Social, hoy es un organismo autónomo del sistema ONU, con su propia Asamblea de Estados Partes –denominada “Asamblea Mundial de la Salud”– y sus regulaciones e institutos⁴.

Hoy en día integran la OMS ciento noventa y seis estados parte, superando en número de miembros incluso a las Naciones Unidas⁵. En cuanto integrantes de la OMS y siguiendo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados –luego nos dedicaremos en concreto a este punto–, los Estados parte están jurídicamente obligados a cumplir con el mandato que dicta la Constitución de

² Conferencia de prensa del Sr. Tedros Ghebreyesus. Ver en <https://elpais.com/sociedad/2020-03-11/la-oms-declara-el-brote-de-coronavirus-pandemia-global.html>

³ Recomendamos el excelente trabajo de Peter Tzeng, publicado en el blog de la Revista Europea de Derecho Internacional. <https://www.ejiltalk.org/taking-china-to-the-international-court-of-justice-over-covid-19/> (consultado el 09/4/20)

⁴ <https://www.who.int/es/about/who-we-are>

⁵ La OMS está constituida por 196 Estados Miembros, incluyendo todos los Estados Miembros de la ONU, excepto Liechtenstein, y dos territorios no miembros de la ONU: Niue y las Islas Cook. A la fecha, Puerto Rico y Tokelau se convertirían en miembros asociados. El Vaticano integra la OMS como “observador”, al igual que Taiwán, dado que ante la oposición de China, no puede incorporarse plenamente.

la OMS⁶. Asimismo, según surge de la lectura de los Arts. 21 y 22 de la Constitución de la OMS (en adelante, la “COMS”), los Estados parte están obligados a acatar las reglamentaciones y normas que surjan a partir de la Asamblea. En esto, pacíficamente estatuido hace más de setenta años, no existe controversia alguna.

Siguiendo la línea expuesta, y según lo establece la propia OMS, una responsabilidad fundamental e histórica de la Organización ha sido la gestión de la acción mundial contra la propagación internacional de las enfermedades. A consecuencia de ello, en el año 1969 y luego de una reunión de la Asamblea, se adoptó el Reglamento Sanitario Internacional (en adelante, “RSI”) tomando como antecedente al Reglamento Sanitario Internacional adoptado por la Cuarta Asamblea Mundial de la Salud en 1951. El Reglamento de 1969, que inicialmente abarcaba seis «enfermedades cuarentenables», fue modificado en 1973 y en 1981, fundamentalmente para reducir de seis a tres el número de enfermedades comprendidas (fiebre amarilla, peste y cólera) y para reflejar la erradicación mundial de la viruela. Más allá de los datos cronológicos, los Estados, no cabe duda, están obligados, en función de las normas reseñadas, a acatar el RSI.

Así, el RSI se erige como el documento normativo al que deben ajustarse las políticas públicas de salud estatal de los diferentes estados miembros, sin por ello morigerar sus derechos soberanos. Es claro el Art. 3 inc.4° al respecto:

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de legislar y aplicar leyes en cumplimiento de sus políticas de salud. Al hacerlo, respetarán la finalidad del presente Reglamento”.

Siguiendo, el Art. 6 dice claramente:

“1. Cada Estado Parte evaluará los eventos que se produzcan en su territorio valiéndose del instrumento de decisión a que hace referencia el anexo 2. Cada Estado Parte notificará a la OMS por el medio de comunicación más eficiente de que disponga, a través del

⁶ La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, el 22 de julio de 1946, por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Las reformas adoptadas por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud, entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005 respectivamente.

Centro Nacional de Enlace para el RSI, y antes de que transcurran 24 horas desde que se haya evaluado la información concerniente a la salud pública, todos los eventos que ocurran en su territorio y que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional de conformidad con el instrumento de decisión, así como toda medida sanitaria aplicada en respuesta a esos eventos. Si la notificación recibida por la OMS comprende algo que sea de la competencia del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), la OMS notificará inmediatamente al OIEA.

2. Una vez cursada la notificación, el Estado Parte seguirá comunicando a la OMS información oportuna, exacta y suficientemente detallada sobre la salud pública de que disponga relativa al evento notificado, con inclusión, en lo posible, de definiciones de los casos, resultados de laboratorio, origen y tipo del riesgo, número de casos y defunciones, condiciones que influyen en la propagación de la enfermedad y las medidas sanitarias aplicadas; y notificará, cuando sea necesario, las dificultades surgidas y el apoyo necesario en la respuesta a la posible emergencia de salud pública de importancia internacional.

A su tiempo, también dice el Art. 7 del RSI:

“Si un Estado Parte tiene pruebas de que se ha producido un evento imprevisto o inusual, cualquiera que sea su origen o procedencia, que podría constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional, facilitará a la Organización Mundial de la Salud toda la información concerniente a la salud pública. En esos casos, se aplicarán en su totalidad las disposiciones previstas en el artículo 6”.

Del atento seguimiento de los acontecimientos, parecería que algunas autoridades gubernamentales no han cumplido cabalmente con su deber de notificación e información inmediata de lo que ocurría, sino más bien, todo lo contrario. Es notable el costo en vidas humanas que esto causó. A esto debe sumarse la actitud de varios mandatarios de países centrales que han desoído a la OMS, desafiado su mandato e incluso considerado al COVID-19 como “una fantasía”.

Ahora bien, surge la cuestión de cuál sería el camino a seguir. En primer lugar, y ante el esparcimiento del agente viral, debería determinarse qué grado

de responsabilidad gubernamental concreta existe y en su caso si estamos ante impericia, imprudencia, negligencia o, incluso, una intención deliberada de que la enfermedad se propague.

Respecto a cuál sería la base jurídica para señalar que algunos países han incumplido con sus deberes respecto a la OMS, el Art. 75 de la COMS dice:

“Toda divergencia o disputa respecto a la interpretación o aplicación de esta Constitución que no sea resuelta por negociaciones o por la Asamblea de la Salud será sometida a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el Estatuto de la Corte, a menos que las partes interesadas acuerden otro medio de solucionarla”.

De la atenta lectura, es claro que aquí tenemos un fundamento jurídico sólido como para hacer exigible el incumplimiento del Tratado. Asimismo, surge como necesario que, previamente a la instancia jurisdiccional internacional, se agote una instancia de negociación o arbitraje, o que directamente la cuestión sea remitida por la Asamblea Mundial de la Salud. Respecto al primer camino, en atención al carácter voluntario que tienen dichos procedimientos de solución de conflicto, resulta difícil pensar que los países se sometan a ello cuando existe un incumplimiento que denota cierta intencionalidad, pero es un requisito previo el intentarlo, aunque más no sea formalmente.

Una cuestión que es necesario advertir en este punto, es que la Constitución de la OMS es un tratado multilateral marco sin implicancias sancionatorias directas, esto es, que no está pensado para imponer sanciones o establecer obligaciones con sanciones punitivas, sino que trata de establecer pautas, nexos comunes y dotar a la comunidad internacional de una institucionalidad supranacional en cuestiones salud pública. Es decir, sólo establece un marco internacional adecuado. Cabe aclararle al lector que aquí no analizaremos la temática de una probable infracción al Derecho a la Salud de la Comunidad Internacional como reclamo a efectuar ante los tribunales, aunque bien podría ser ello un escenario a plantear.

De poder superarse la anterior discusión, y considerando que el Art. 75 de la COMS nos concede un marco jurídico válido para la disputa del incumplimiento internacional, debería analizarse el camino que luego ha de seguirse. Algunos autores sugieren que podría argüirse un incumplimiento a los ya señalados Arts. 21 y 22 de la COMS, que dicen lo siguiente:

Art. 21: “La Asamblea de la Salud tendrá autoridad para adoptar reglamentos referentes a: a) requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades; b) nomenclaturas de enfermedades, causas de muerte y prácticas de salubridad pública; c) normas uniformes sobre procedimientos de diagnóstico de uso internacional; d) normas uniformes sobre la seguridad, pureza y potencia de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional; e) propaganda y rotulación de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional”.

Art. 22: “Estas reglamentaciones entrarán en vigor para todos los Miembros después de que se haya dado el debido aviso de su adopción por la Asamblea de la Salud, excepto para aquellos Miembros que comuniquen al Director General que las rechazan o hacen reservas dentro del periodo fijado en el aviso”.

Nuevamente, recordamos que la COMS no tiene carácter sancionatorio o siquiera obligatorio desde el punto de vista punitivo, sino que se trata de un Tratado marco que procura establecer nexos internacionales en materia de salud pública global. Así, bien podría sostenerse que los gobiernos se obligan a sancionar normas, aunque nada se dice sobre su incumplimiento y cuál sería el efecto jurídico y la sanción de ese incumplimiento desde el punto de vista del Derecho Internacional. Es claro que, a la luz de los acontecimientos, esto deberá ser urgentemente revisado y discutido en el seno de la Asamblea Mundial de la Salud.

Otro camino posible es a través de afirmar una violación al Art. 64 de la COMS, que dice lo siguiente:

“Cada Miembro transmitirá informes estadísticos y epidemiológicos en la forma que determine la Asamblea de la Salud”.

Es claro que, en el caso particular de China, ello parece no haber sucedido en tiempo y forma, aunque bien podría escudarse en la falta de una debida reglamentación derivada al respecto por parte de la Asamblea. Es decir, que si bien la Asamblea ha

determinado que las estadísticas deben efectuarse de acuerdo a las Regulaciones de 1967⁷, aun así queda cierto vacío respecto a los plazos y los efectos derivados del incumplimiento.

De la misma forma, el Art. 63 de la COMS reza:

“Cada Miembro transmitirá sin demora a la Organización las leyes, los reglamentos, los informes y las estadísticas oficiales de importancia, pertinentes a la salubridad, que hayan sido publicados en el Estado”.

Nuevamente, ¿cuál es la demora tolerable? Si un Estado está colapsado por la muerte epidémica, ¿qué puede exigirse? ¿En qué plazos? ¿Qué ocurre si demoran minutos, horas o días? Estas son preguntas de difícil respuesta o al menos que admiten una variedad de alternativas posibles y en esa variedad está la salida ante una virtual demanda internacional. Lo que sí surge con claridad es que, ante la toma de conocimiento de la existencia de un agente patógeno de alto contagio, ello debe ser puesto inmediatamente en conocimiento de las autoridades de salud global y de la comunidad toda, y ello parece no haber acontecido.

Un cuarto camino posible es recurrir al Art. 37 de la COMS. Dicha norma sostiene:

“En el cumplimiento de sus deberes, el Director General y el personal no solicitarán ni recibirán instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna autoridad ajena a la Organización. Se abstendrán de actuar en forma alguna que sea incompatible con su condición de funcionarios internacionales. Cada uno de los Miembros de la Organización se compromete, por su parte, a respetar el carácter exclusivamente internacional del Director General y del personal y a no tratar de influir sobre ellos”.

Aquí, también cabe señalar que algunos gobiernos han intentado influir sobre la OMS y su personal, utilizando los multimedios y los medios masivos de comunicación informal –redes sociales– intentando desviar sus propias

⁷ https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/89478/WHA20.18_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y

responsabilidades. De esta forma, ningún gobierno puede instruir o influir en las decisiones soberanas que en materia de salud pública mundial toma la Organización, e intentar hacerlo o hacerlo implica un incumplimiento a la norma anotada, y ello merece la respectiva sanción. Nuevamente, estamos ante una norma que no tiene cláusula penal alguna que prevea qué tipo de sanción ha de caerle a quien la infringe y por ello entendemos que debería resolverse en el seno de la Corte Internacional de Justicia.

Finalmente, creemos que un camino alternativo que bien puede utilizarse es quizás la solución que la mayoría de los internacionalistas podrían propugnar, y es recurrir a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁸. Dicho tratado dice en su Art. 18:

Art. 18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor.

Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

a) Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o

b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.

De la lectura de lo anterior, es claro que algunos países no han cumplido cabalmente con varias de las obligaciones que hemos señalado en los párrafos anteriores. Más allá de que de dicho incumplimiento no surja directamente cuál ha de ser la sanción contra ello, es claro que, veladamente, se ha incumplido el mandato establecido en el Art. 18 que hemos anotado *supra*. De suyo va que aquellos países que han violentado la Constitución de la Organización Mundial de la Salud y de la reglamentación surgida de su seno bien podrían ser denunciados internacionalmente ante la Corte Internacional de Justicia y/o ser

⁸ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue firmada en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el 27 de enero de 1980. Fue el resultado de la Conferencia sobre Derecho Internacional convocada a instancias de la CDI, con el objeto de codificar el hasta entonces consuetudinario Derecho Internacional de los Tratados.

sancionados por la propia Organización de las Naciones Unidas, aunque aquí se dé algo paradójico. El COVID-19 se ha esparcido por el mundo, aparentemente y según surge de la propia realidad, a culpa y consecuencia de la inacción –culposa o dolosa– de varias naciones centrales, algunas de las cuales incluso integran el Consejo de Seguridad de la ONU y que poseen derecho a vetar las resoluciones de éste que bien podrían perjudicarlas. Nuevamente, y al igual que ha sucedido en varios puntos focales de la historia, la Comunidad Internacional tiene la oportunidad de mostrar que está por encima de los intereses nacionales.

III. Cuestiones penales internacionales derivadas de la pandemia

Dado que algunas voces se han alzado al respecto durante los tiempos turbulentos que vive el Mundo en relación a la pandemia provocada por el esparcimiento del COVID-19, queríamos dedicar un espacio de reflexión para analizar la posibilidad de llevar adelante un genocidio o un exterminio como forma comisiva del crimen de lesa humanidad, a través de la diseminación intencional de un agente patógeno. Claramente, esto supone un ejercicio intelectual en respuesta a las diversas inquietudes que nos han ido planteando los lectores y no implica atribución alguna sobre la realidad que en estos momentos vive la Humanidad.

Como bien sabe el lector, esta rama autónoma del Derecho, que tiene como función la protección de los bienes jurídicos más importantes para la Comunidad Internacional, y que surge como una reacción necesaria frente a formas de agresión que trascienden los tradicionales principios de nacionalidad y jurisdicción, se codifica hoy en el Estatuto de Roma y la normativa derivada de éste, aunque también tiene asidero en aquellas normas consuetudinarias –*Ius Cogens*– y convencionales destinadas a prevenir y sancionar los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión⁹. Si bien el esquema íntegro

⁹ Al respecto, en el Art. 21 del Estatuto de Roma se especifica cuál es el Derecho aplicable en la materia. Así, se aplica, en tanto Ley Penal Internacional, el Estatuto de Roma, los Elementos de los crímenes, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional - incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados, y los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos -.

del Derecho Penal Internacional se pensó inicialmente como reacción a la guerra y a la infracción consecuyente a las normas de Derecho Internacional Humanitario¹⁰, debería repensarse urgentemente una evolución hacia nuevas formas de agresión contra la comunidad global. Una posibilidad es la utilización de agentes patógenos como forma de dañarla.

La utilización de agentes patógenos como forma de matar no es algo novedoso¹¹ y no es éste el espacio para efectuar dicho análisis histórico, pudiendo recurrir el lector a las grandes obras –que hoy en día han retomado inusual vuelo– sobre la materia¹². Sea que el agente patógeno se haya originado sintéticamente en un laboratorio –lo cual sería ciertamente el peor escenario posible, pues demostraría cierta intencionalidad previa y lo cual tampoco es novedoso pues conocemos que las principales potencias experimentan diariamente en este sentido, con las mejores intenciones de encontrar alternativas y curas a enfermedades existentes y posibles¹³– o sea que se haya originado naturalmente y ello ocultado y aprovechado por la autoridad del lugar de origen, corresponde analizar qué ocurriría si a causa de la diseminación se produjera un gran número de muertes y daños a la salud pública.

Dado que no nos hallamos, en principio, en el marco de un conflicto bélico¹⁴, de los cuatro crímenes internacionales que prevé el Estatuto de Roma, nuestro análisis debería ceñirse a aquellos dos relativos a la muerte numerosa

Asimismo, se podrán aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

¹⁰ Al respecto, ver con mayor detalle en FINOCCHIARO, Enzo, *El Derecho penal Internacional*. Hammurabi, Buenos Aires, 2016; ZUPPI, Alberto L., *Derecho Penal Internacional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013; STAHN, Carsten, *A Critical introduction to international criminal Law*, CUP, Londres, 2020.

¹¹ Los persas, griegos y romanos envenenaban los pozos y fuentes de agua con cuerpos de personas y animales muertos por enfermedades contagiosas para erradicar la población de una zona, práctica utilizada muchos años después en la Guerra Civil Norteamericana y en la de los Boers.

¹² 3 J. MILLER, S. ENGELBERG y W. BROAD, *Guerra bacteriológica, las armas biológicas y la amenaza terrorista*, Ediciones B, Barcelona, 2003.

¹³ Un uso muy extendido de los virus en el laboratorio es para buscar curas contra enfermedades terminales, como el cáncer.

https://www.elconfidencial.com/tecnologia/ciencia/2019-11-11/virus-diseno-matar-tipos-de-cancer-681_2331463/ (accedido el 10/04/20).

¹⁴ Como el lector conoce, la utilización de agentes patógenos ha sido utilizada como arma de destrucción a lo largo de varios conflictos bélicos. En virtud de ello, se han sancionado varios instrumentos internacionales, como el Protocolo de Ginebra de 1925 o la BWC.

como resultado disvalioso: el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Ello, claramente, no impide destacar el mandato de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su destrucción (generalmente conocida por sus siglas como BWC o CABT), que en su artículo 1 prevé que:

“Cada Estado parte en esta Convención se compromete a nunca desarrollar, producir, almacenar o lo contrario adquirir o conservar:

- (1) Microbianos u otros agentes biológicos o toxinas cualquiera que sea su origen o método de producción, de tipos y en cantidades que no tengan una justificación para la profilaxis, protección u otros fines pacíficos.
- (2) Armas, equipos o vectores diseñados para utilizar dichos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados”.

Lamentablemente, el hecho de no haber previsto qué sucedía ante un virtual incumplimiento a los postulados señalados, limitó la capacidad operativa real de este instrumento, sin perjuicio de lo ya señalado respecto a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados o de poder imponerse una sanción por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o de la propia Asamblea General, según sea el caso y el procedimiento.

Retomando, dice el Art. 6 del Estatuto de Roma:

“Se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Así, para configurarse un genocidio¹⁵, con el escenario planteado del agente patógeno, debería acreditarse la responsabilidad individual de una persona física¹⁶ –generalmente, por el tipo de crimen, son varios y forman parte de un aparato gubernamental u organizacional amparado, tolerado o no combatido por el Estado– que haya mostrado con algún acto cierto la intención genocida (esa ultra intencionalidad presente en este crimen, que va más allá del *actus reus* y el *mens rea* ordinario en un crimen internacional) y dicha intención se dirija contra alguno de los cuatro tipos de grupo protegido¹⁷.

Esto es, el destinatario cierto tiene que ser miembro –sin importar su identidad individual– de un grupo nacional, un grupo étnico, un grupo racial o un grupo religioso. Claramente, se plantean dificultades probatorias (en ello radica quizás el mayor desafío del Derecho Penal Internacional en sí, ya que las pruebas suelen estar a disposición de quien comete los crímenes).

En este punto, cabe preguntarse si la comunidad internacional, o varios grupos nacionales, puede considerarse dentro de los grupos protegidos y enumerados por la norma. Creemos que, sin necesidad de recurrir a una analogía, bien podría concluirse en la afirmativa. Destruir a uno o varios grupos nacionales claramente entra dentro del Art. 6 del Estatuto.

Luego de acreditada la intención genocida contra un grupo protegido, deberá acreditarse el *actus reus* requerido, esto es, la presencia física y objetiva de los elementos que el Estatuto requiere para configurar un genocidio. En nuestro caso pandémico, bien podría tratarse de la matanza del primer inciso o de la causación de lesiones graves (aquellas secuelas que deja el virus en los enfermos), lo cual, habida cuenta de los resultados que la pandemia está evidenciando en el mundo, parece lo menos difícil de acreditar.

Ahora bien, ante la imposibilidad de acreditar la ultra intencionalidad específica que requiere el genocidio –quizás es su punto más saliente, diferenciándolo del resto de los crímenes– bien podría darse el escenario de la comisión de un crimen contra la humanidad. En este sentido, dice el Art. 7 del Estatuto:

¹⁵ Sobre el genocidio en particular como crimen internacional, sin perjuicio de las obras generales referenciadas, recomendamos JONES, Adam, *Genocide: A Comprehensive Introduction*, Routledge, 2012.

¹⁶ Dice el Art. 25.1 del Estatuto: “*De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales*”.

¹⁷ Sobre los conceptos de *actus reus* y *mens rea*, ver en ZUPPI, A., Ob. Cit.

“A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

Asimismo, aclara luego el párrafo siguiente, respecto al concepto de “exterminio”:

“(…) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población (...).

En relación al crimen de lesa humanidad, diremos muy sintéticamente –remitimos al lector a las obras específicas que hemos señalado a pie de página¹⁸– que se trata de un crimen internacional que se configura, como todo crimen, con una faz objetiva (*actus reus*) y una faz subjetiva (*mens rea*). En primer lugar, debe acreditarse que el acto criminal en cuestión –crear un virus o diseminarlo entre la población– debe formar parte de un plan (sistemático) o de un ataque generalizado contra población civil. Parecería que, de lograr probarse que un gobierno tomó conocimiento de la existencia del virus e hizo lo posible para que el virus se propague, acallando voces de alarma, confundiendo a la población con noticias falsas, fallando denodadamente en la estrategia de combate o directamente creando el virus con intención de diseminarlo, el primer punto estaría probado. Luego, debe acreditarse el medio comisivo en sí. En el caso de un agente patógeno, el medio comisivo podría ser el asesinato a través de la infección patógena o bien el exterminio individual que hemos señalado y tal como lo define el propio Estatuto.

En ambos casos, tanto a nivel de genocidio como de crimen contra la humanidad, debe acreditarse la intención dolosa de cometer o intentar cometer los crímenes. Cabe señalar, conforme la jurisprudencia y el propio Estatuto lo reconocen, que no es posible la comisión culposa de crímenes internacionales. Cabe recordar lo que reza el Art. 30.1 del Estatuto:

“Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen”.

Ahora bien, de lograr sostenerse que puede estarse ante un crimen internacional, queda por delante el arduo camino de lograr someterlo a un tribunal. Existen dos posibilidades: enjuiciarlo en los tribunales nacionales o enjuiciarlo ante la Corte Penal Internacional. Tomando a este último supuesto, diremos que existen una serie de escollos que dificultan que una potencia (hoy por hoy, parece difícil que una nación sin poderío pueda desarrollar, sintetizar o diseminar un agente

¹⁸ ROBERTSON, Geoffrey, *Crímenes contra la Humanidad*, Siglo XXI, 2009; BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes against humanity*, CUP, 2003, entre muchísimos otros de excelencia.

patógeno global) pueda ser enjuiciada ante la CPI. Claro está, ello no es imposible, como bien lo han demostrado los recientes avances del Tribunal en la situación de Palestina o en la situación de Afganistán, donde los posibles acusados son ciudadanos de Israel, Reino Unido y Estados Unidos. No es posible olvidar que uno de los puntos cardinales del Derecho Internacional es que todos los países son iguales y ninguno tiene privilegios por sobre otro a la hora de enfrentar a la Justicia, a lo que se suma el principio cardinal de la igualdad ante la Ley, presente en el propio Estatuto¹⁹, según el cual no tiene asidero sostener que sólo pueden ser enjuiciados ante la CPI los líderes y jefes militares de países en vías de desarrollo o que en nada puedan afectar las decisiones globales²⁰.

El acceso a la Corte Penal Internacional tiene tres caminos posibles. Esto lo explica el propio Estatuto en el Art. 13:

“La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

- a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
- b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o
- c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15”.

Así, se requiere un pedido de un Estado, un pedido del Consejo de Seguridad formulado a la Fiscalía, o una investigación iniciada desde la propia Fiscalía.

¹⁹ Art. 27: “1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. 2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

²⁰ FINOCCHIARO, Enzo. Brevisima introducción crítica al Derecho Penal Internacional, en DPyC 2017 (mayo), 101.

Conforme lo establece el Art. 14, todo Estado Parte podrá remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas. Esto mismo puede ser hecho por el propio CS (algo improbable como se ha explicitado más arriba e incluso hasta podría temerse su “clausura” del Art. 16²¹) o *ex officio* por la propia Fiscalía.

Una segunda posibilidad es enjuiciar el presunto crimen en los tribunales locales de algún Estado que, habiendo tomado los postulados del Derecho Penal Internacional en su normativa interna, decida aplicar la norma, ya sea porque uno de sus nacionales se enfermó por la pandemia (algo muy probable atento la globalidad del fenómeno) o porque se sienta agraviado por la conducta del país que ha desarrollado y/o diseminado el virus, en una posible aplicación del principio de jurisdicción universal²².

El enjuiciamiento de un crimen internacional por un tribunal nacional no es sino el ejercicio del principio de complementariedad que rige en materia de Justicia Penal Internacional, mediante el cual son los países en donde se cometen los crímenes aquellos que primero deben enjuiciarlos, y recién en caso de imposibilidad o negativa, remitirlo a otro foro nacional (*aut dedere aut iudicare*)²³ o al propio foro internacional, como el propio Estatuto de Roma lo prevé, en su Art. 20.3, que dice:

“La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 y 8 bis a menos que el proceso en el otro tribunal:

²¹ Dice el Art. 16 del Estatuto: “En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones”.

²² Sobre el principio de jurisdicción universal, ver BAILONE, Matías, Genocidio, jurisdicción universal y criminología cautelar • Bailone, Matías • DPyC 2016 (junio) , 63.

²³ Sobre la aplicación de este principio en materia penal internacional, remitimos al excelente artículo del Profesor Zuppi. ZUPPI, Alberto L., Inmunidad vs. jurisdicción universal. La decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso Yerodia Ndombasi, La Ley 2003-A , 1130.

- a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o
- b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia”.

IV. Coronavirus y puntos focales de crisis internacional

Amén de lo que hemos ido exponiendo en el presente trabajo, no es de soslayar que, como toda crisis internacional, la pandemia del COVID-19 ha provocado enormes daños políticos, sociales, económicos y de diversa otra índole, y que esto se siente aún con más fuerza en aquellos lugares en donde no existe la fortaleza y la presencia institucional que permite sobrellevar sus efectos nocivos. Más precisamente, en lugares en donde antes del virus existían tensiones y conflictos entre grupos desaventajados y las autoridades, ello no hace más que exacerbar los peligros y los resultados dañosos para los más vulnerables.

Es claro que los aparatos de poder gubernamentales y paraestatales bien pueden utilizar a la pandemia como forma de intensificar el debilitamiento –cuando no la erradicación– de grupos opositores, antagónicos o perseguidos (evitando o dificultando la ayuda que debe llegarle, negándole asistencia sanitaria o económica)²⁴, aumentando el rigor países con los cuales existen focos de tensión (p.e., China, Irán, Cuba, Venezuela).

En lugares donde las tensiones políticas se unen a las necesidades de asistencia sanitaria, los resultados pueden ser catastróficos y allí es donde la Comunidad Internacional debe mirar con particular celo. Indudablemente, la crisis sanitaria global desembocará en un notable aumento del desempleo, la pobreza, el hambre, la inviabilidad económica de emprendimientos pequeños y personales y otros resultados similares. El aislamiento político (mayormente injustificado) se sumará al aislamiento sanitario (mayormente justificado) y ello conllevará consecuencias desastrosas para países que necesitan de los lazos humanitarios y la asistencia externa para sobrevivir.

²⁴ Se nos viene a la mente, por ejemplo, la persecución contra los rohingyas a manos de Myanmar.

Así, la Comunidad internacional debe focalizarse en: a) la vulnerabilidad de los grupos poblacionales afectados por conflictos preexistentes (particularmente en aquellos países donde las instituciones no son lo fuertes que deberían); b) el funcionamiento en épocas de crisis sanitaria global de los mecanismos internacionales de solución de conflictos y de manejo de crisis, atendiendo a la necesidad de que continúen funcionando y supervisando aquellas zonas donde el conflicto destruye a buena parte del tejido socioeconómico; c) el riesgo de ruptura del orden social en aquellos lugares de tensión interna (cabe destacar que, justo antes de la irrupción del virus en la agenda global, se desarrollaban movimientos sociales de importancia en las principales capitales del mundo, varios de ellos incluso encabezados por una adolescente); d) la explotación política que se hace de la crisis, en muchos casos sobre dimensionándola o sub dimensionándola, a conveniencia de los gobiernos; e) la posibilidad de estar ante un quiebre en la forma de pensar al mundo y sus relaciones políticas actuales; f) la necesidad de apelar al diálogo intergubernamental y a la redefinición del rol de los líderes políticos como necesidad de encontrar medidas alternativas y que ayuden en la mitigación del dolor que seguramente causará esta crisis global, probablemente de las peores que haya visto este Siglo XXI. Las variables enumeradas son simplemente algunas a título ilustrativo.

V. La parálisis del sistema de justicia internacional. Propuestas superadoras

Como ha estado ocurriendo en la mayoría de los tribunales ordinarios, la Corte Penal Internacional también ha sentido el cimbronazo del distanciamiento social y el aislamiento preventivo que ha recomendado la OMS. Ello, sin lugar a dudas, afecta el sistema de justicia penal internacional, que ya de por sí sufre notables atrasos, por los ya remanidos efectos de una estructura de funcionamiento muy compleja, lenta y poco ágil.

Sin perjuicio de lo expuesto, en la misma senda que lo que hemos expuesto en el punto anterior, este quizás sea un momento propicio para repensar algunos esquemas. La posibilidad de hacer audiencias a distancia, situando a las partes remotamente y comunicándose por audio y video a través de un sistema de videoconferencia es algo que ya de por sí viene utilizándose a menudo por la CPI y ha sido vedette en varios sistemas judiciales del Globo. Asimismo, la despapelización, el uso del expediente digital, la utilización de sistemas integrados de gestión de casos, trámites y

audiencias, son todas herramientas multimediales que deben necesariamente estar en la cotidianeidad de la Corte, y de todos los sistemas de administración de Justicia. Ello coadyuva a la descentralización, a descongestionar edificios, a reasignar recursos humanos y a agilizar procesos en busca de celeridad, eficiencia y eficacia.

Como corolario de este artículo, entendemos que hoy el Derecho Internacional tiene tres preocupaciones: La primera de ellas es, sin lugar a dudas, lograr un respeto irrestricto por parte de todos los Estados de las obligaciones internacionales que surgen de los Tratados Internacionales y del Derecho Internacional consuetudinario. En segundo lugar, el Derecho Internacional debe preservar los bienes jurídicos para los cuales fue creado; esto es, el bienestar, la seguridad y la paz de la Humanidad, y en particular atender a aquellos que menos tienen, que menos pueden y que a menudo son invisibilizados detrás de grandes aparatos de poder; por último, debe lograr una administración de justicia eficaz, moderna, ágil y que permita hacer frente a la cruenta batalla que se libra contra el aislamiento y la parálisis pandémica.

Algunas reflexiones desde el derecho internacional y el abordaje de grupos vulnerables en contextos de COVID 19

DR. CHRISTIAN G. SOMMER*

La expansión de la pandemia del virus COVID 19 ha puesto a los Estados y otros sujetos internacionales en una situación de emergencia de salud global, que posteriormente ha generado otras repercusiones en los social, económico y las perspectivas del abordaje de las restricciones de algunas libertades y respeto de derechos humanos.

Esta pandemia está impactando en la gestión de crisis de los Estados, pero también en cómo se han venido efectuando las relaciones internacionales entre éstos y los procesos de cooperación internacional. Hasta esta reciente realidad de crisis internacional, las normas internacionales existentes en la gestión de pandemias no conllevaban gran atención de la comunidad internacional y se reducían más bien al seno del trabajo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de órganos regionales como la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

Cuando el proceso de expansión del virus se volvió pandemia, las primeras reflexiones sobre el origen y el manejo de la contención del virus se volcaron al país de su origen, China. Y con ellos las reflexiones sobre la posible responsabilidad internacional del Estado en los daños ocasionados y a ocasionarse en el resto del mundo¹.

* *Abogado y Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor e investigador de Derecho Internacional Público. Universidad Católica de Córdoba y Universidad Nacional de Córdoba.*

¹ PADDEU, Federica – JEP COTT, Freya. “COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility”. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>.

La parálisis de las organizaciones internacionales, fruto de las disputas geopolíticas de los actuales actores internacionales más relevantes, (Estados Unidos, China, La Unión Europea, y en menor medida Rusia) no han posibilitado medidas acciones rápidas y coordinadas entre los Estados al momento de abordar en sus estados o regiones esta pandemia. Más bien, primó el criterio de soberanía y el cierre de fronteras y la imposibilidad de movilidad humana para permitir la asistencia humanitaria y el derecho de retornos de millones de personas a sus lugares de origen.

Muestra de ello ha sido la inactividad del Consejo de Seguridad de la ONU, órgano que en anteriores crisis humanitarias ha tomado diversas medidas para paliar sus efectos y contribuir a la cooperación entre los Estados. Como se ha señalado, (...) *las Naciones Unidas todavía continúan empantanadas con las rivalidades en el Consejo de Seguridad, los desacuerdos y su capacidad relativa para solucionar problemas. La confianza total de algunos Estados en su poder e influencia, con su tendencia a actuar unilateralmente, es otra evidencia de la debilidad del orden internacional liberal. Esta pandemia ha dejado claramente sentado que el fracaso de estas políticas unilaterales*².

Esto ha llevado también a plantearse la responsabilidad nacional e internacionales a que pueden ser sometidos los Estados por el manejo inadecuado o no fijar políticas de salud y asistencia oportuna en sus territorios. Para esto, cabe preguntarse si los Estados podrían alegar eximiciones a la responsabilidad internacional como es el requisito del Estado de necesidad según lo que postulado en la costumbre internacional y en diversos instrumentos internacionales bilaterales o multilaterales.

Un aspecto de relevancia en el abordaje del derecho internacional, son las normas que los Estados ha asumido a través de tratados y acuerdos en el respeto de los derechos humanos.

En ese sentido, ninguna ley o política para combatir epidemias o pandemias puede ir en contra de los derechos de los ciudadanos o grupos vulnerables. El respeto de la dignidad inherente de las personas en la lucha contra el COVID-19 y de los derechos a la salud en condiciones de igualdad para todos, la no discriminación y las normas de la dignidad humana refuerzan aún más la responsabilidad y la transparencia del Estado y de otros agentes sociales.

² ARREDONDO, Ricardo. La ausencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Disponible en: https://www.clarin.com/opinion/ausencia-consejo-seguridad-naciones-unidas_0_0XiPREUyg.html.

La crisis sanitaria por el virus no solo ha puesto en evidencia los débiles sistemas de salud y gestión de riesgos de los Estados, sino también ha puesto en relieve la vulnerabilidad de muchos sectores de la sociedad. Si bien es cierto, existen grupos de personas que podrían verse más afectados, como son los adultos mayores; lo cierto es que los grupos llamados población de riesgo son mucho más extensos, como los migrantes, refugiados y apátridas, los pueblos indígenas, las mujeres en situaciones de violencia, minorías sexuales y el personal de la salud, entre otros.

Entre los instrumentos a nivel internacional, el sistema de ONU cuenta con normas que los Estados deben respetar atento los compromisos internacionales frente a estos grupos. Por una parte, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de ONU (PIDCyP), regula el estándar de protección al derecho a la vida y con ello, una interrelación con otros derechos humanos de carácter global. Cabe señalar los alcances de la Observación General N° 6 y las propuestas de Observación N° 36 del Comité de Derechos Humanos sobre los alcances del artículo 6³.

La pandemia del COVID 19 no solo implica una amenaza a la vida de las personas físicas, sino conlleva el riesgo y la pérdida de otros derechos a los cuales los Estados deben bregar por proteger, como los vinculados a los riesgos en las condiciones de la salud, el mantenimiento de la actividad laboral de las personas, la falta de vivienda diga que permita un mejor resguardo frente al virus, los efectos económicos que está produciendo, las posibles restricciones a la libertad de expresión en cuando a poder difundir verazmente las acciones de los Estados y los datos de personas afectadas; la situación de vulnerabilidad.

³ Observación General núm. 6, sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida. 16° período de sesiones (1982) y su actual proceso de actualización interpretativo mediante propuesta de Observación General n° 36, (Proyecto aprobado en primera lectura en el 120° período de sesiones (3 a 28 de julio de 2017), donde se señalada que: *El deber de proteger la vida también implica que los Estados partes deben adoptar medidas adecuadas para abordar las condiciones generales en la sociedad que podrían terminar por suponer amenazas directas a la vida o impedir a las personas disfrutar de su derecho a la vida con dignidad (...). Entre las medidas requeridas para asegurar unas condiciones adecuadas que permitan proteger el derecho a la vida figuran, cuando fuere necesario, medidas a corto plazo destinadas a garantizar el acceso de las personas a bienes y servicios esenciales como la alimentación, el agua, el cobijo, la atención de la salud, la electricidad y el saneamiento, y medidas a largo plazo destinadas a promover y propiciar unas condiciones generales adecuadas, como el fortalecimiento de servicios de salud eficaces en casos de emergencia y operaciones de respuesta a emergencias* (párr. 30).

En suma, esta pandemia pone en evidencia la potencialidad de las posibles violaciones a derechos que podrían ampliarse si los Estados y otros actores claves de la sociedad no contribuyen en forma cooperativa. Como lo señalara la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, la pandemia atenta contra el desarrollo de los Estados y genera situaciones de potenciales conflictos marcando una brecha entre países desarrollados y países en vías de desarrollo⁴. En igual sentido, otras posiciones de necesidad de resguardo de los impactos económicos en las personas y el desarrollo de los Estados fueron planteado por expertos independientes de la ONU ante el efecto de la pandemia, como es el ámbito de los compromisos de los Estados en el uso de recursos financieros que estaban destinados a pago de deuda externa⁵. Los posibles efectos dañinos sobre los derechos humanos son analizados como el impacto de las crisis en la desigualdad y los derechos humanos depende, en gran medida, del sistema de protección social existente, así como del nivel de gasto público –que sirve como estabilizador durante las recesiones–, incluyendo la manera en la que este gasto público es financiado. Como señalara el experto, se espera que las consecuencias de la crisis que se avecina sean particularmente devastadoras desde una perspectiva de derechos humanos, si no se adoptan medidas especiales con urgencia para compensar las deficiencias del pasado y proteger a la población, prestando especial atención a lo/as más marginado/as y que viven en condiciones de vulnerabilidad⁶.

En lo que respecta al derecho a la salud, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de ONU (PIDESC), establece en su artículo 12, los derechos esenciales de la persona en el goce del más alto nivel posible de salud. En ese alcance, el Comité del Pacto ya ha fijado en diversas oportunidades las interpretaciones del artículo 12 tanto en su Observación General N° 14⁷,

⁴ ACNUDH. La pandemia del COVID-19 – Informe oficioso al Consejo de Derechos Humanos. Discurso de Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 9 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25785&LangID=S>.

⁵ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. “COVID-19: Llamamiento urgente para una respuesta a la recesión económica desde los derechos humanos”. Informe independiente. 15 de abril de 2020. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/20200414_IEDebt_urgent_appeal_COVID19_sp.pdf.

⁶ *Ibidem*, pág. 6.

⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 14, párrafo 16, sobre El derecho a la prevención y el tratamiento de enfermedades, y la lucha

como en los alcances de las obligaciones generales de los Estados en el marco del PDESC (Observación General N° 3)⁸. En ese contexto la Observación General 14 indica la relevancia de un acceso igualitario a la atención de salud sin contextos de discriminación. Los Estados deben adoptar medidas y legislaciones acordes a unas adecuadas políticas públicas sanitarias, pero son que ello conlleve obstáculos de índole programático de acceso al goce del derecho. El derecho a la salud en cuanto al alcance de no discriminación, trato igualitario, la obligación del Estado de tomar medidas específicas de acceso a la salud, no conllevan tipo alguno de programatividad. Y en el caso de aquellas obligaciones estatales de índole programado, no deberían ser incompatible con estándares de plazo razonables.

Además de los alcances del artículo 12 del PDESC, otros ámbitos de ONU, como los lineamientos del Mecanismo Especial para el “goce del más alto nivel posible de salud”, aportan sus consideraciones. Tanto desde lo previsto desde 2002, este mecanismo especial, a través de una serie de Resoluciones (6/29 del 2007; 15/22 del 2010; 24/6 del 2013 y 33/9 del 2016) de su Relator, nos indican la necesidad de prácticas estatales en línea de garantía de derecho a la salud de carácter inclusivo, en el sentido de un cuidado oportuno y apropiado. Entendiendo ese goce de derecho a la salud, como el acceso al agua potable, infraestructura básica de saneamiento cloacal, condiciones laborales dignas y seguras, acceso a la educación e información y de gozar de un ambiente sano.

En aspectos propios del derecho a la salud, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos,*

contra ellas, E/C.12/2000/4, CDESCR. 11 de agosto de 2000.

La Observación general N° 14, párrafo 43, literal f, sobre El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), referente a Obligaciones básicas, expresa que los Estados están obligados a: “f) *Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población*”.

⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación Gral. n° 3: “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art. 2 del Pacto): 14/12/90”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 11: “[...] *aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aun, de ninguna manera se elimina, como resultado de la limitación de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción*”.

Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) consagra expresamente este derecho en su artículo 10 por lo que los Estados deben reconocer a la salud como un bien público y adoptar medidas para garantizar este derecho. Estas medidas van desde la garantía de atención primaria de salud al alcance de todas las personas, la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado, la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, así como la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables. A su vez como ha sido señalado en un documento reciente de la Secretaría General de la OEA, conjuntamente con los derechos consagrados en los Tratados americanos de derechos humanos, cabe recordar lo previsto por la *Carta Social de las Américas* y su *Plan de Acción*. Estos documentos reafirman que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin discriminación. En ambos documentos, los Estados miembros de la OEA reconocen que el derecho a la salud es una condición fundamental para la inclusión y cohesión social, el desarrollo integral, y el crecimiento económico con equidad, por un lado, pero priorizan la integralidad al abordar las otras facetas de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, tales como el derecho a la alimentación, a la vivienda, al empleo y seguridad social, entre otros derechos que también se han visto afectados en el marco de esta pandemia⁹. A la vez, los Estados americanos, están obligados jurídicamente, a adoptar medidas económicas y técnicas (obligación de hacer) por “todos los medios apropiados” para lograr “en forma progresiva” la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

Las normas de derechos humanos también reconocen que en el contexto de serias amenazas a la salud pública y emergencias públicas que pongan en peligro la vida de una nación, las restricciones a algunos derechos pueden justificarse siempre y cuando tengan una base legal, sean estrictamente necesarias según evidencias científicas y no sean arbitrarias ni discriminatorias en su aplicación, sean de duración limitada, respeten la dignidad humana, estén sujetas a revisión y sean proporcionales para lograr su objetivo.

⁹ OEA. “Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el Covid 19 en las Américas”. Disponible en:

http://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/GUIA_SPA.pdf.

De acuerdo con el PIDCP, los Estados podrían aplicar restricciones en contextos de situaciones de emergencias. El artículo 4 del Pacto especifica una serie de circunstancias para su aplicación¹⁰. Los *Principios de Siracusa sobre la Limitación y Excepción de las Disposiciones en el PIDCP*¹¹, prescriben que dichas limitaciones conllevan algunas condiciones: (i) Ninguna limitación a un derecho reconocido por el Pacto será discriminatoria; (ii) cualquier limitación debe responder a una necesidad pública o social apremiante, perseguir un objetivo legítimo y ser proporcional a ese objetivo; (iii) los estados no deben utilizar medios más restrictivos que los necesarios para lograr el propósito de la limitación (iv) la carga de justificar una limitación sobre un derecho garantizado bajo el Pacto recae en el estado; y (v) toda limitación impuesta estará sujeta a la posibilidad de impugnar y corregir su aplicación abusiva. En el contexto de las limitaciones de los derechos para proteger la salud pública, los Principios de Siracusa reiteran que estas “medidas deben estar dirigidas específicamente a prevenir enfermedades o lesiones o brindar atención a los enfermos y heridos”. Dichas restricciones de derechos en contextos de emergencia, deben ser de duración limitada, sujetos a revisión, y se debe adoptar la alternativa menos restrictiva cuando haya varios tipos de limitaciones disponibles. Cuando se implementen medidas de cuarentena y aislamiento, deben realizarse de manera segura y respetuosa, y teniendo en cuenta los riesgos que plantean para el pleno disfrute de los derechos humanos. Para mejorar la confianza y la cooperación de las personas, respetar el derecho a la dignidad y darles el mayor control posible sobre sus vidas, cualquier medida que restrinja la libertad de movimiento debe ser voluntaria siempre que sea posible. Si es necesario imponer un sistema de cuarentena, el gobierno tiene la obligación de proporcionarlo y llevarlo a cabo de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos pertinentes, en particular para garantizar condi-

¹⁰ Artículo 4.1: En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

¹¹ *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nota verbal de fecha 24 de agosto de 1984 enviada al Secretario General por el Representante Permanente de los Países Bajos ante la oficina de Naciones Unidas en Ginebra.

ciones humanas para las personas sujetas a tales medidas, e instalar una evaluación efectiva y sistemas de revisión. Deben respetarse y protegerse los derechos de las personas en cuarentena, y deben satisfacerse las necesidades básicas de las personas, incluido el alojamiento adecuado, alimentos, agua y saneamiento. Estos principios deben aplicarse a todas las decisiones de los estados de imponer cuarentenas y otras limitaciones a la libertad de movimiento, en respuesta a la propagación de COVID-19.

Por su parte en el sistema interamericano, las restricciones de derecho, (como podría ser en el marco de situaciones de emergencia) están plasmada en los alcances del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que (...) el análisis jurídico del citado artículo 27 y de la función que cumple debe partir de la consideración de que es un precepto concebido sólo para situaciones excepcionales. Se aplica únicamente “*en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte*”. Aun entonces, autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y ello “*en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación*”. Las disposiciones que se adopten, además, no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social¹².

Un particular comentario conlleva el abordaje de los procesos para evitar situaciones de vulnerabilidad en contextos de medidas de emergencias. El ACNUDH¹³ ha tomado postura sobre las situaciones de emergencia al señalar que: “Las declaraciones de estados de emergencia, ya sea por razones de salud o seguridad, tienen una guía clara del derecho internacional, aclararon los expertos de la ONU. “*El uso de los poderes de emergencia debe declararse públicamente y debe notificarse a los órganos de tratados pertinentes cuando los derechos fundamentales, incluidos el movimiento, la vida familiar y la reunión se ven significativamente limitados*”. Algunos estados e instituciones de seguridad pueden encontrar atractivo el uso de poderes de emergencia porque ofrece atajos, dije-

¹² Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. Párr. 18.

¹³ ACNUDH. <https://acnuhd.org/covid-19-estados-no-deberian-abusar-de-medidas-de-emergencia-para-suprimir-derechos-expertos-onu/>.

ron los expertos. “*Para evitar que tales poderes excesivos se conecten a los sistemas legales y políticos, las restricciones deben ser adaptados estrechamente y ser el medio menos intrusivo para proteger la salud pública*”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, cuya mayor virtud es el carácter convencional para la protección de los derechos en el continente americano, además de reconocerlos, en su artículo 27.1 fija las condiciones para la declaración del estado de emergencia, estableciendo supuestos tácticos de situaciones extraordinarias. Cabe señalar que la normativa internacional tiene como pauta de aplicación las obligaciones asumidas por los Estados en el respeto de la dignidad de la persona, (sean nacionales o extranjeros y dentro de éstos, aunque se encuentren en situación irregular en el territorio). En recientes declaraciones, la Comisión IDH ha señalado que, respecto a los estados de excepción, ha sostenido en diversas oportunidades que los Estados no pueden utilizar esta figura de manera genérica, sin antes justificar de manera estricta la existencia de una situación de emergencia excepcional. Por ende, la declaración de estado de emergencia excepcional para hacer frente a la dispersión de la pandemia del coronavirus, no debe utilizarse para suprimir un catálogo indeterminado de derechos o ad infinitum, ni para justificar actuaciones contrarias al derecho internacional por parte de agentes estatales, por ejemplo, el uso arbitrario de la fuerza o la supresión del derecho de acceso a la justicia para personas que sean víctimas de violaciones a derechos humanos en el contexto actual¹⁴.

Uno de los ámbitos sobre situaciones de vulnerabilidad lo puede constituir las situaciones de movilidad humana y las restricciones impuestas por los Estados a salir y retornar a sus países. Y particularmente los grupos migrantes y desplazados. En sentido, bajo los estándares internacionales fijados por la Comisión IDH sobre personas en contexto de movilidad humana, el organismo regional ha instado a los Estados a observar rigurosamente las necesidades de protección especial de las poblaciones que se ven forzadas a desplazarse a raíz de la violencia, persecución y grave amenaza a sus vidas e integridad personal, respetar el principio de no-devolución y a preservar el superior interés de niños, niñas y adolescentes y la unidad familiar de las personas en situación de movilidad. Asimismo, instó a los Estado a garantizar el derecho de regreso de sus nacionales

¹⁴ Comisión IDH. Resolución 1/20 denominada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”. Adoptada el 10 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.

que lo deseen, ante las barreras sanitarias y acciones de cierre de fronteras tomadas.

La gestión y protección de la migración y el desplazamiento imponen un mayor riesgo e impactos desproporcionados durante una emergencia internacional en salud, debido a asimetrías sociales y económicas, la existencia de barreras lingüísticas, así como de acceso a servicios de salud, incluyendo el temor de acceder a estos servicios por la incidencia de controles migratorios. Tales factores producen patrones de exclusión y vulneración de derechos que ameritan la atención especial de los Estados. Al respecto, la Comisión IDH ha sostenido que, de acuerdo a lo establecido en sus *Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas*, los Estados deben proporcionarles condiciones para un nivel de vida adecuado y compatible con la dignidad de la persona humana, y prevenir aquellas que dificulten o impidan el goce de los derechos a la salud, al saneamiento ambiental, así como a los servicios sociales básicos, como parte de su derecho inherente a la vida, incluido el respeto de su dignidad y su integridad sexual, psíquica y moral, cualquiera que sea su situación migratoria o lugar de origen. Además, incumbe a los Estados, como parte de sus obligaciones de protección de los derechos humanos de todas las personas en su territorio y bajo su jurisdicción, proveer las condiciones para que puedan disfrutar de los más altos niveles posibles de salud física y mental, proporcionados por la misma atención médica brindada a sus nacionales, así como los bonos, ayuda financiera y otros mecanismos de protección interna.

Por su parte, el órgano jurisdiccional del sistema interamericano ha indicado las obligaciones de los Estados en situaciones de vulnerabilidad en contexto de migración y sus afectaciones al derecho igualitario a la salud básica, sin discriminación en razón de su estatus migratorio. La Corte IDH ha señalado oportunamente que la atención médica en casos de emergencias debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación irregular, por lo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables. En este sentido, el Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos, en especial a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación por las condiciones prohibidas en el artículo 1.1 de la Convención¹⁵. Es decir, los Esta-

¹⁵ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparación

dos comprometidos con el Estado de Derecho y sus compromisos internacionales deben velar por tales responsabilidades.

Un aspecto que también debe señalarse en el marco de los estándares internacionales a ser considerados en las limitaciones de derechos en contextos de emergencia, es en lo relativo al derecho de retorno. La libertad de movimiento en virtud del derecho internacional de los derechos humanos protege, es un derecho de todas las personas a abandonar cualquier país, a ingresar en su propio país de nacionalidad, así como el derecho de todas las personas legítimamente en un país a moverse libremente en todo su territorio. Las restricciones a estos derechos solo pueden imponerse cuando sean legales, tengan un propósito legítimo y cuando las restricciones sean proporcionales, incluso tras la evaluación de su impacto. Como ha sido indicado por Observación General N° 29 del PIDCyP, (...) *La proporcionalidad de las medidas guarda una relación directa con la duración, el ámbito geográfico y alcance material del estado de excepción. La obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación de los derechos*¹⁶. Las prohibiciones de viaje y las restricciones a la libertad de movimiento no pueden ser discriminatorias ni tener el efecto de negar a las personas el derecho a solicitar asilo ni violar la prohibición absoluta de ser devueltas a un lugar donde corran el riesgo de ser blanco de persecución o tortura. Los gobiernos tienen una amplia autoridad en virtud del derecho internacional para prohibir la entrada de los visitantes e inmigrantes de otros países. Sin embargo, las prohibiciones de viajes nacionales e internacionales históricamente a menudo han tenido una eficacia limitada para prevenir la transmisión, y de hecho pueden acelerar la propagación de enfermedades si las personas huyen de las zonas de cuarentena antes de su imposición.

Varios países han cerrado sus fronteras, o han impuesto prohibiciones de viajar hacia y desde áreas con un alto número de casos de COVID-19, a menudo impactando a las personas que intentan llegar a sus hogares y familias, realizando sus negocios habituales, o acceder a la educación en escuelas y universidades. Según el PIDCP, se pueden imponer restricciones a la libertad de circulación, en circunstancias limitadas y sujetas a justificaciones específicas, si

ciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251. Párr. 108.

¹⁶ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No. 29, adoptada durante la 1950ª reunión, el 24 de julio de 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11, 31 de agosto de 2001, párr. 4

son previstas por una ley y necesarias para proteger la salud pública. Cuando se imponen, las restricciones y las prohibiciones de viaje deben ser consistentes con las obligaciones contenidas en el PIDCP, según lo interpretado por los Principios de Siracusa descritos anteriormente, incluyendo ser una medida no discriminatoria, legítima, necesaria y proporcionada, es decir, ser la alternativa menos restrictiva disponible.

Cabe recordar que el PIDCyP establece en su artículo 12.1, el derecho de circulación de las personas y el apartado 3 de dicho artículo expresa que los derechos allí consagrados, no podrían ser objeto de restricciones a no ser que éstas se encuentren establecidas por una ley nacional y sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público. La salud o la moral pública o los derechos y libertades de terceros y sean compatibles con los demás derechos del Pacto.

En sentido concordante con estas prescripciones, en el sistema interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, garantiza el derecho de circulación en su artículo 22, y en igual sentido que el ordenamiento del Pacto, fija restricciones en su artículo 22.3 al considerar que los *derechos de circulación no poder ser limitados sino a través de ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional (...) o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás*¹⁷. Pero como ha sido oportunamente señalado, la suspensión de garantías constituye una situación excepcional donde los Estados pueden establecer restricciones lícitas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Sin embargo, la suspensión de garantías no implica la suspensión temporal del Estado de Derecho¹⁸.

¹⁷ Como lo señalara la Corte IDH. “dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del ‘ejercicio efectivo de la democracia representativa’ a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona. Cf. Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*” (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. Párr. 20.

¹⁸ Cfr. Corte IDH. *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86. Serie A No. 6. Párr. 32

En este aspecto, cabe señalar los alcances fijados por el Decreto del Poder Ejecutivo argentino 297/2020¹⁹, en por el cual se declaró el aislamiento social y obligatorio en todo el territorio nacional y con el cual se cerraron las fronteras del país, restringiendo el derecho de retorno de nacionales y extranjeros residentes en el país, como la prohibición de migrantes, refugiados o apátridas. En forma paralela, se establecieron también otras normas como el Decreto 313/2020²⁰ que fijó una limitación al derecho de retorno de nacionales al país, por lo que llevó a la Cancillería Argentina a implementar el Programa de Asistencia de Argentinos en el Exterior²¹, con el objetivo de prestar asistencia a las ciudadanas y ciudadanos argentinos o residentes en el país que no pudieran ingresar al territorio nacional y que encontraran en situaciones de vulnerabilidad y adoptar las medidas que resulten convenientes a los fines de garantizar el hospedaje, la alimentación, la asistencia sanitaria y toda otra necesidad básica.

Ante tales circunstancias, se parecía en la prensa, diversas manifestaciones de reclamos de miles de nacionales que han quedado en otros territorios impedidos de ingresar al territorio nacional ante las limitaciones vigentes que el Estado fijo. Cabe señalar acá la necesidad de compatibilizar los derechos consagrados por los tratados internacionales y las disposiciones fijadas por el Estado argentino.

Para ello, es dable señalar que existen criterios interpretativos y líneas de criterios que los Estados deberían aplicar para ponderar entre los derechos consagrados a las personas y las medidas de excepcionalidad impuestas. Sería apropiado en este contexto efectuar un “test de vulnerabilidad” entre los impedidos de derecho de retorno para considerar algunas situaciones sobre otras.

En aspectos generales, más allá de cada caso, como se indicara, estas restricciones debieran efectuarse por ley del congreso Nacional y, en su defecto, todo acto legislativo del Poder Ejecutivo, ser validado por la Comisión Bicameral que controla la aplicación de los Decretos del PEN. Cabe recordar que los alcances de la Ley N° 26.122, obliga al Poder Legislativo a revisar los decretos en un plazo de 1° días. La falta de funcionamiento del Parlamento nacional por más de mes, conforma una situación de ilegalidad en las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional.

¹⁹ Decreto 297/2020 del 19 de marzo de 2020.

²⁰ Decreto 313/2020 del 26 de marzo de 2020.

²¹ <https://cancilleria.gob.ar/es/actualidad/noticias/coronavirus-cancilleria-ya-implementa-un-plan-de-asistencia-para-los-argentinos>.

Fuera de esta apreciación legal, lo cierto es que toda restricción deber ser no discriminatoria entre los destinatarios del derecho de retorno. Cabe señalar que la Observación General 27²² a los contenidos del artículo 12 del PIDCyP, señala en su punto 19 que, en el ejercicio del derecho de entrar legalmente a un territorio, el Pacto se refiere a que “nadie” puede ser privado y en tal sentido no debería discriminarse entre nacionales y extranjeros residentes en el país. Pero a la vez, debe considerarse el derecho de retorno, en aquellos casos de grave peligro o riesgo inminente a la salud de las personas, debiendo tener el Estado de criterios amplios en cuanto a las circunstancias de abordaje de situaciones de vulnerabilidad y riesgo.

Las obligaciones de los Estados también pueden ser analizadas en razón de los compromisos previstos en la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* de 1963²³, aspecto que en su artículo 5.a consagra el derecho a una debida asistencia consular de los nacionales del Estado. Es decir, el derecho de recibir información veraz sobre el estado de programas de repatriación a la vez de poder acceder en iguales condiciones a asistencia humanitaria mientras se mantengan las restricciones de retorno. En el caso de Argentina, a la vez, la ley 26.338 obliga al Ministerio de Relaciones Exteriores a una proyección y asistencia de los nacionales argentinos en el extranjero.

Las situaciones de emergencia internacional que se encuentra gran parte del planeta, conlleva a que los Estados cooperen entre sí para lograr a menor tiempo una eficaz cura contra la pandemia del COVID-19. Pero en su proceso de gestión y resguardo de la seguridad de los Estados frente a situaciones de fuerza mayor, es imperioso el respeto de los derechos fundamentales de las personas, sin miramientos a su origen nacional o el grupo social, étnico o religioso al que pertenezcan. Para ello, el derecho internacional brinda herramientas y guías de comportamiento para que los Estados lleven adelante sus acciones de gestión de crisis, pero a la vez de comportamiento de los compromisos asumidos en sus obligaciones internacionales como sujetos partes de tratados o de organismos internacionales de cooperación.

²² Comité de Derechos Humanos. OG 27. *La libertad de circulación* (artículo 12). 67º período de sesiones (1999).

²³ BOE. Ley N° 17081, 23 de diciembre de 1966.

El mundo suspendido

Un enfoque psicológico y social sobre la crisis 2020. Pandemia por COVID- 19

IRENE TALARICO PINTO*

En la era de la movilidad global y de la intensa interacción social, esta nueva década ha comenzado con un cambio profundo e inesperado, no planificado, que ha detenido al mundo, literalmente ha puesto al planeta en pausa. Suspendido y no sabemos aun si va a ser reemplazado.

La aparición de un agente nocivo para la salud, desconocido para la mayoría de los habitantes, un virus que podría pertenecer a los ya conocidos por la medicina, ataca con ferocidad mortal.

Así como la inmediatez es otro de los rasgos del siglo XXI, la existencia de esta arma virus, se conoció súbitamente en forma simultánea. Pasando de una ciudad china, al resto del país y a otros europeos, y de oriente medio. La aceleración de la dispersión del contagio, produjo efectos de temor y pánico en el planeta.

El mundo había sido globalizado, y este virus nos convenció de ello. Nunca antes una pandemia había sido transmitida en tan corto tiempo.

La comunicación en red, la información simultánea, millones de vuelos diarios que forman una madeja de rutas transportan no solo los contactos físicos, la cultura, los negocios. Esta vez transportaron un agente patógeno que deja consecuencias múltiples.

El virus y la amenaza de contagio y muerte han producido una crisis social y económica tan profunda, cuya gravedad supera las anteriores crisis, ocurriendo todo durante los tres primeros meses de esta década.

Una sucesión acelerada de eventos y de efectos produjo un detenimiento de los habitantes.

* *Psicóloga especializada en Neuropsicología. Perito Judicial.*

Conviene destacar antes que la suspensión y confinamiento se hacen más notorios en los grandes centros urbanos, donde la aglomeración cotidiana de las horas pico se agrava, por la cantidad de personas sumadas a los medios de transporte.

El mundo se ha detenido, semejando una fantasía frente a la época de la hipermovilidad, donde funcionan drones, o robots que reemplazan al trabajo humano.

El virus y la amenaza de contagio y muerte han creado una situación psicológica y social única. La necesidad de la inmediatez y el acortamiento de distancias se suspende y detiene, también en forma inmediata. Se produce un *repliegue, un ensimismamiento* involuntario. Se pasa de una actitud enfocada hacia lo externo, hacia otra que mira hacia el interior, no solo del cuerpo, sino de los límites de una vivienda.

El confinamiento por seguridad puede compararse a las situaciones económicas en épocas de guerra. Se reducen las actividades de intercambio, los vuelos desaparecen, los gobiernos privilegian los recursos a solventar y proteger la asistencia a los afectados, además de proveer insumos y prevenir mediante la investigación. La población se “esconde” atrincherada. No existen armas de destrucción de guerra, pero sí elementos de combate en los laboratorios y barreras de defensa contra la invasión.

¿Qué ha sucedido primero?

El virus se hace conocer

Etapas

1. Sorpresa y descreimiento

La noticia de un virus que apareció en el país de mayor población del mundo, y cuyos productos son conocidos mundialmente, fue reconocida, aunque no con la gravedad que luego demostró tener. Los virus de la gripe suelen ser combatidos con algunas vacunas. Al comienzo se creía que era un nuevo virus de gripe, con las características anteriores.

2. Alarma, Consternación

La propagación del contagio y de los casos de muerte comenzó a producir la primera reacción básica ante un peligro que, aunque lejano era amenazante. Esto significó el surgimiento de un estado de incertidumbre y temor a lo desconocido y de angustia por el posible contagio.

3. Temor, incertidumbre, ansiedad

La primera etapa ha sido el virus, un ente mínimo solo visto en laboratorios, que produce temor extremo, El miedo a lo desconocido no es ahora el virus, porque, aunque no podemos verlo, sabemos los no científicos que existe. Lo incierto y lo ansiógeno es no saber qué persona en las proximidades, pueda portarlo y transmitirlo.

El virus se ha convertido en el enemigo común de los humanos, pero ahora somos nosotros los representantes de lo incierto. El probable enemigo que puede contagiarnos. El poseedor del mal oculto se convierte en amenaza. Nos aislamos tratando de evitar la cercanía y aún menos, el contacto. Hay que mantener distancia, no acercarse, como en las aglomeraciones anteriores.

El mundo y sus costumbres deben cambiar imprevistamente. Aceptar las consecuencias del mundo al instante.

La cuarentena, el confinamiento. El aislamiento

La segunda etapa comienza cuando ante las apariciones inmediatas y sucesivas de los casos de infectados en distintos países de Europa y los Estados Unidos, los gobiernos ordenan la cuarentena a medida que el contagio se propaga por el planeta.

Explicación de la palabra y sus orígenes

La cuarentena representa la suspensión, la imposibilidad de mantener la movilidad exterior. Tiene sus orígenes en los siglos XVI y XVII cuando los barcos debían ser detenidos en los puertos para evitar el contagio de las pestes.

En sí misma, es una disposición que proviene de una autoridad para protegerse de una enfermedad fácilmente transmisible.

Obligatoriedad

Puede haber un aislamiento voluntario en el caso de pocos individuos. En cambio, en centros urbanos, es necesaria la obligatoriedad debido a la aglomeración y al transporte público y particular.

Las reuniones de eventos artísticos, las clases en colegios u universidades, las agrupaciones que son la trama de la vida de una ciudad, el pulso a cuyo ritmo se mueven los habitantes, quedan detenidos, prohibidos y suspendidos sin un fin determinado. Es obligatorio y su incumplimiento genera una sanción.

Etapas y reacciones

Sorpresa, descreimiento, aceptación. Enojo. Resignación

El rigor de una orden provoca en sí misma una reacción que, aunque aceptada, genera un rechazo por ser impuesta inesperadamente. Puede cumplirse con resignación siempre y cuando el prójimo, el vecino, también lo haga pues se espera que el sacrificio sea para todos.

Es una internación, un confinamiento dentro de los límites del hogar, y restringidas las salidas a suplirse con artículos de primera necesidad.

La falta de movilidad en el exterior es tal vez la restricción más impactante para el hombre de la ciudad, quien tiene el sostén de su vida fuera del hogar. A pesar de que existen trabajos de tiempo parcial que pueden hacerse –en tiempos pasados normales- desde el hogar, son minoría en relación al entretreído social de instituciones que requieren el trabajo presencial.

Desconcierto, confusión

Incertidumbre, temor, obsesión, ansiedad, pánico

Luego de la primera reacción de sorpresa, seguida de cierto descreimiento y pensamiento mágico de que se resolverá rápidamente, surge el enojo, la consternación ante la evidencia que se aproxima. Luego aparece el desconcierto o confusión. No saber cómo actuar, desconocer la realidad que se nos está ofreciendo.

Cuando el peligro toma forma concreta, esa confusión se torna en angustia incrementada, que pasa a ser temor a un virus. Se le llama Corona por su forma, pero su relación formal es opuesta al poder terriblemente contagioso que posee. De allí que el miedo puede estar acompañado de una obsesión por cuidarse y desinfectarse, evitar el contacto. Puede llegar a la angustia y el pánico si se rompe el esquema de asepsia que se pretende mantener.

Cuando los medios de comunicación descargan sus informes como ametralladoras sin discriminar horarios ni fuentes informativas, aumentan la posibilidad de ansiedad por la excesiva información que se convierte en estímulo constante, ofreciendo modelos estadísticos, desconociendo las fuentes y las posibilidades de fallas posibles de dichos resultados.

Las reacciones más frecuentes que se producen en la población, son las siguientes:

A medida que transcurre el tiempo, puede agudizarse la incertidumbre.

- a. Temor y pánico por quedarse sin alimentos o necesidades.
- b. Compulsión y acaparamiento de productos básicos.
- c. Aceptación y obediencia ante las primeras medidas de control.
- d. Adaptación a no salir.
- e. Adaptación gradual de horarios.

f. Incremento del uso de internet, mediante computadoras y tabletas además de celulares. Se incrementan las redes sociales y los medios de video llamadas. Se intenta mantener los contactos sociales, pero de manera virtual.

g. Las personas que mantienen sus trabajos, pueden tener una rutina.

h. Las personas que han perdido su trabajo o tienen licencia obligada, buscan mantener distintas rutinas.

- i. Se produce una aceptación por acostumbramiento.
- j. Aparecen nuevas costumbres y actividades generadas por la falta de horarios y por la necesidad de recrear nuevas actividades que den sentido cada día.

Procesos grupales de relación de convivencia durante los largos días de la cuarentena

Así como en las épocas pasadas no existía la protección contra muchas enfermedades, las llamadas pestes, luego epidemias y aun después, pandemias, la población tenía un sentido más cercano o probable sobre la muerte o la enfermedad.

Durante el siglo pasado y el actual, con el avance tecnológico más acelerado, el sentido de la posibilidad de una pandemia, no ha sido considerado tan probable, debido al enfoque médico y científico sobre la prevención.

Suspender las salidas diarias a infinidad de destinos, y obligar a permanecer dentro de su propia casa significa un cambio tan drástico, profundo, súbito e inédito. La misma obligación para todo el planeta.

Dónde depositar esa energía diaria, actividades con objetivos y fines específicos, con ilusiones, planes y esperanzas de logros a cumplir.

Cuarentena significa suspender toda esa trama de destinos, de objetivos activos, de compromisos y acciones, que dan a la persona el beneficio de sentirse útil y de sostener y percibir una remuneración.

Otra consecuencia que se prolonga en la cuarentena es la imposibilidad de mantener los contactos sociales, el encuentro vívido corpóreo con otros seres humanos. Todos los sentidos, la percepción del otro frente a uno. No una imagen digital, ni 3D ni holográfica.

La prolongación no anunciada previamente

Es decir que cada país ha reaccionado según el criterio de su gobierno y de la situación en la crisis de la pandemia. El incremento de los días obligados a permanecer encerrado va dando lugar a nuevas situaciones intrafamiliares y del entorno. Es decir, se convive de manera permanente, varios miembros de una familia o de amigos comienzan a compartir las horas del día, en algunos casos

con actividades pautadas por el trabajo *on line*, y en otros, recreando actividades artísticas o de esparcimiento, las comidas y su preparación. Pero siempre juntos.

Una situación de encierro y de encuentro obligado que produce fricción y puede dar lugar a shocks emocionales, agresión y hasta depresión y desesperación.

En términos generales, los efectos psicológicos y emocionales llegan a todos. Según la estructura familiar y de acuerdo a los recursos cognitivos y psicológicos que se posea, este cambio de sistema, de orden vital, es una situación traumática. Es así por su característica súbita, por el cambio drástico que se produce al aparecer el mundo exterior, las calles, los transportes, los paseos, las oficinas y escuelas, como lugares absolutamente riesgosos y peligrosos. No solo ahora hay que cuidarse de inseguridad vial o de los delitos, sino que todo el espacio se torna inseguro, con posibilidad de muerte. No solo es la franja etaria, sino que depende del organismo y estado de salud individual.

El trauma es doblemente causado, pues la crisis sobreviene luego del primer agente mortífero, el COVID 19, productor de la detención del ritmo global, de la mayor obediencia generalizada. En segundo lugar, la reacción de defensa a este enemigo, el encierro de la sobrepoblación en cada apartamento, casa, o refugio, para los que los poseen.

La sorpresa y el desconcierto, la incertidumbre hacia lo que pasara son las primeras reacciones psicológicas, seguidas por el temor a enfermarse, a no poder recibir ayuda sanitaria, terror a morir. El pánico por el riesgo, la incertidumbre y la falta de protección segura.

Las consecuencias cognitivas se relacionan a la dificultad de proyectar, de planificar, de ordenar la vida propia y la de los hijos. Esto lleva a una difícil situación porque se pueden perder estructuras y categorías que ya estaban establecidas, lo cual afecta aspectos mentales, funciones cerebrales que estimulan el pensamiento hacia el futuro.

Incertidumbre y angustia por la crisis económica

La inseguridad por mantener los puestos de trabajo, o la pérdida de trabajos en relación de dependencia, trabajos parciales, o trabajos por cuenta propia, pro-

duce un incremento de la angustia a medida que se prolonga la cuarentena y caen los niveles de reservas económicas. Se profundiza la angustia por saber cuándo y cómo. La incertidumbre puede vencer recursos psicológicos y económicos.

Súbitamente el mundo es otro.

El planeta se despobló

Es seguro que el retorno a la actividad llegara, pero encontrara un mundo diferente, la mente traumatizada por el miedo, las largas convivencias y la supresión de actividades, despertaran emociones y reacciones que se adaptaran al nuevo mundo de manera diferente.

Habrá que asistir a los más afectados, a los que perdieron seres queridos, a los que perdieron trabajos, y aquellos a quienes las situaciones traumáticas de cambios súbitos, les deja huellas más profundas.

Digo de mención como apéndice:

Prueba de la presión crítica de los habitantes del planeta en su permanente movilización por todo el globo han sido los fenómenos aislados de aparición de animales en lugares insólitos, desconocidos como su hábitat.

Se han visto imágenes de tortugas en playas del norte de Brasil, delfines en costas del mar Tirreno, cabras en Gales invadiendo parques. El silencio de las calles y costas, el descenso del nivel de polución en amplias partes del planeta, y la menor vibración sísmica registrada por los geólogos, invito a estos animales a acercarse a lugares antes híper poblados y ruidosos. El mundo parece ser de ellos nuevamente,

Que sociedad reaparecerá ¿Quiénes podrán aprender del confinamiento sin huellas o resentimientos ¿Quiénes necesitarán ayuda para recomponer su vida laboral y su mente afectada por la ansiedad?

La percepción del tiempo sin obligaciones ha cambiado, subjetivamente, cada uno responde de acuerdo a su estructura psico física, emocional, y cognitiva. De allí que cuando salgamos de este túnel de un tiempo incierto, sabremos quienes no estaban formados para los cambios y quienes pudieron ejercer más voluntad y control durante el tiempo latente.

El derecho ambiental frente al Coronavirus

¿El derecho ambiental subestimado y desestimado?

DINO LUIS BELLORIO CLABOT

En memoria de Eduardo A. Pigretti

I. Nuevas relaciones humanas

La irrupción de fenómenos globales impensados en la dimensión en que aparecen, ha llevado a la totalidad de las ciencias a tratar de entender **una nueva cultura ambiental, social, humanista, política, jurídica, económica y cultural** que se proyecta a partir de los mismos, capaz de hacerse cargo de hechos y relaciones que no habían tenido oportunidad de manifestarse y conocerse hasta hoy.

Más allá del superindustrialismo, los desarrollos tecnológicos crecientes, la evidencia de las nuevas megatendencias ambientales, como la urbanización, el cambio demográfico, el consumismo, el cambio climático, la globalización, factores de indudable origen antrópico, aparecen ahora las pandemias, posiblemente del mismo origen, pero de una magnitud fuera de toda escala.

Se plantean nuevas relaciones humanas y se pone en cuestionamiento la relación del hombre con la Naturaleza (tal como se la conoció hasta el presente) y el destino terrenal y extraterrenal del hombre, en una sociedad en constantes transformaciones y cambios, estilos y de creencias, pero comienza a advertir que TODO puede cambiar.

¿Seremos capaces de lograr respuestas? ¿Deberá pensarse en un orden global universal que, respetando a las naciones, nos pueda proponer y conducir a un acuerdo hacia un nuevo orden social y ambiental más justo, a una suerte de nueva ecología humana?

El decidido abordaje de las cuestiones que implican la relación “Hombre, Ambiente y Sociedad” que asumió el derecho ambiental de nuestros días, viene a conmover precisamente el análisis profundo de la interrelación entre estas nociones cuyo planteo permitió humanizar y comprender el valor jurídico y social de la misma y proyectar nociones y propuestas superadoras de enfoques parciales o sectoriales, **distanciados de las vivencias de mundo de la realidad.**

En otras palabras, la relación Sociedad Naturaleza constituye un aspecto importante de debate en los diferentes escenarios políticos, académicos y cotidianos, entre otros, debido a las múltiples problemáticas resultantes hoy en día de las acciones del hombre y en las interacciones que desarrolló en su entorno.

El antagonismo de la relación naturaleza-sociedad, las tendencias que surgen a partir de esta y los nuevos enfoques que buscan integrar y asociar estos dos componentes fundamentales para el desarrollo social y la preservación del ambiente, han merecido la revisión y reflexión acerca de la evolución de esos vínculos incluyendo sus tendencias (naturalista, ecologista y ambiental y su paso a la propuesta de desarrollo sostenible.

A partir de la Pandemia del COVID- 19 se plantea un mundo distinto que afecta ya el análisis profundo de tales interrelaciones e incide sobre las propuestas que tienen en cuenta -más que nunca- el mundo real. Están interpeladas ahora todas las ciencias.

II. El derecho ambiental subestimado

Seguramente deberemos considerar seriamente los postulados que desde la ciencia del derecho aporta el **derecho ambiental, hoy aparentemente subestimado.**

El derecho a vivir en un ambiente, sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano y la obligación de preservarlo, proclama constitucional de la Argentina, deberá ser leído, profundizado, interpretado, creído y aplicado en la simpleza y contundencia de su afirmación.

Bien se ha dicho en estos días que “el derecho ambiental no es un convidado de piedra” ante el flagelo mundial que nos azota.¹

¹ N. Cafferatta: Coronavirus y ambiente. Fundación Expoterra, 8 de abril de 2020. <https://www.instagram.com/tv/B-sbdZKD5Qh/?igshid=4ldidir4rwj>

Derecho humano

El derecho ambiental es un derecho humano. El reconocer el derecho de los seres humanos a un medio ambiente sano es un pedido concreto ante la ONU de distintos ámbitos y organizaciones de la sociedad mundial que aspiran a la inclusión de un nuevo artículo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) que implica “el derecho a vivir en un entorno natural sano”. Se trata de una ampliación de dicha Declaración, largamente justificada, añadiendo un nuevo artículo 31, que reconozca el derecho a un medio ambiente sano “garantizado por políticas públicas regidas por la sostenibilidad, considerando el mejor conocimiento científico y la sabiduría tradicional”: nunca antes se ha añadido un artículo a la DUDH desde su proclamación en 1948.

Como en el caso de la crisis climática y de la biodiversidad, **la COVID-19 puso de relieve una vez más la necesidad y la posibilidad de que la humanidad tome efectiva conciencia del trabajo unido y coordinado que se requiere para dar respuesta urgente a este flagelo.**

Fuera de estos pedidos y del reconocimiento expreso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que se verá mas adelante, es indudable que tenemos el derecho humano a un ambiente saludable.

El ambiente como un bien jurídico fundamental tiene un papel indiscutible en la realización de un plan de vida digno, a través del aseguramiento de las condiciones óptimas del entorno y la naturaleza. La protección de este derecho humano constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos, atendiendo al principio de interdependencia, ya que el ser humano se encuentra en una relación indisoluble con su entorno y la naturaleza, por lo que nuestra calidad de vida, presente y futura, nuestra salud e incluso nuestros patrimonios material y cultural están vinculados con la biosfera; en este sentido, la dignidad, la autonomía y la inviolabilidad de la persona dependen de su efectiva defensa. Nuestra vida depende de la vida del planeta, sus recursos y sus especies. En este sentido, el ambiente es nuestro entorno y su bienestar es vital para subsistir.

Aun así, pese a la autoridad que surge de declaraciones, mandas constitucionales y legislación específica e integrada con la totalidad del ordenamiento jurídico, los principios e instituciones del derecho ambiental aparecen como de bajo cumplimiento (el conocido término de “raquitismo de eficiencia”), que en

circunstancias actuales se agrava en la mirada retrospectiva de “lo que no hicimos” y en el “por qué no lo hicimos”. Si hemos podido prever algo, o un poco, o debimos parar por precaución, aun en ausencia de certeza científica o falta de información... o aún más con la mirada actual, si actuamos o dejamos de actuar cumpliendo requerimientos y mandas, como puede acontecer en el presente. mostrando así la realidad de un derecho con cierta frecuencia subestimado y probablemente desestimado. La justicia ambiental tampoco se ha podido instalar en la medida requerida.

Se trata, sin embargo, de un derecho generoso, integrador e integrado, abierto e interdisciplinario, que comparte principios e instituciones, pero que tiene una identidad propia relacionada con la defensa de la vida y de la Naturaleza y la preservación, conservación y mejoramiento del ambiente. Un derecho expansivo, que ha penetrado el mundo jurídico y de otras disciplinas y saberes.

Decíamos de un derecho que nos involucra en la frescura de sus renovadas propuestas, consecuente con la permanente inquietud y mejor actitud de creación y transformación adecuados al cambio global; es un derecho innovador y solidario y así se lo ha caracterizado sin discusiones, rechazando la idea de concebir al hombre como un ser desarraigado e inmune a la suerte del ente Naturaleza, sino antes bien, comprende que necesita de ella para poder sobrevivir y en consecuencia, los valores tutelados por la ciencia del derecho y su objeto se extienden a un nuevo tipo de modalidad biológica y no biológica (entorno), reconociendo el valor intrínseco de la naturaleza como una entidad que debe ser protegida y por consiguiente, objeto de regulación jurídica.²

III. Los responsables de la ecología

Enseñaba Pigretti en 1986 en la obra “La Responsabilidad por Daño Ambiental”³ de la que participara el autor de este artículo, que “las reglas clásicas de responsabilidad, contenidas en la legislación civil, no brindan en la actualidad suficiente protección a quienes resultan víctimas de daños ambientales”. Así como en un

² Bellorio Clabot, Dino Luis: Derecho Ambiental Innovativo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2017.

³ Pigretti, Eduardo, Krom, Beatriz S., Bellorio Clabot, Dino Luis, Clerc Carlos María, Bazex, Michel, Laciari Mirta, Talon, Graciela: La Responsabilidad por Daño Ambiental”, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, febrero, Buenos Aires, 1986.

pasado reciente, aparece en el mundo jurídico la idea del riesgo creado por el crecimiento de los accidentes provocados por el maquinismo y los vehículos de transporte modernos, en el momento actual –sostenía– se está produciendo un fenómeno novedoso como consecuencia del crecimiento de la noción moral y legal del respeto a la vida, en general, y al ambiente en particular. Y proseguía: “las formas con las que se puede perturbar la vida en la actualidad, no pudieron ser consideradas en los códigos del pasado, en razón de que recién ahora se toma conciencia y es posible medir las alteraciones de todo tipo que pueden originarse en las condiciones provocadas por el moderno accionar humano... (¿la pandemia Coronavirus como manipulación o accidente?)”.

Sostenía allí las diferencias en materia de responsabilidad: “la responsabilidad civil es patrimonial, de hombre a hombre. Por tal razón es difícil concebir la existencia de los denominados intereses difusos, acciones de clases o acciones ecológicas, que suponen una interrelación del hombre con el grupo social y que, en consecuencia, superan la relación patrimonial individual. También explicaba “...a nuestro juicio, la ecología no puede ser responsabilidad exclusiva de la administración pública, ni en forma total ni en forma parcial”. Cuando no desarrollamos los principios civiles, creemos que damos paso al ámbito administrativo. Esto no es posible. La administración no puede ser el reservorio final de resolución de cuestiones. Decía entonces: “Creemos que se perfila una relación hombre-grupo que aún no tiene recepción adecuada del derecho (año 1985) y que será el reto pendiente para los juristas.” Decía también que “la consideración del ambiente nos lleva de la mano a una noción holística y totalizadora. No puede concebirse el ambiente sin considerar una totalidad, una integralidad. Las divisiones tradicionales de lo jurídico no son válidas para normar estas cuestiones.”

Reiteraba el Maestro: un globalismo es indispensable. Sin él, el ambiente resultará una parcialidad imposible de regular... “Otro tipo de normas, con otro tipo de precisiones y preocupaciones, empiezan a plantear cuestiones sobre cuya resolución no parece posible acercar soluciones tradicionales”. Se pregunta a continuación, “¿no estaremos en presencia de un territorio mayor de la responsabilidad, que requiere definiciones jurídicas de otro alcance?” ¿No serán necesarios –observa– otros parámetros que los actuales para resolver problemas de daño ambiental aun no aceptados ni descriptos suficientemente por la realidad de nuestro derecho? Creemos que sí, y por ello reuníamos en este libro (la obra

citada) diversos aspectos y cuestiones que tienden a delimitar un nuevo ámbito de responsabilidad”.

Se identifican entonces “nuevos criterios y nuevos principios de la nueva disciplina ambiental”. Persigue acreditar las diversas formas de considerar el hecho ambiental, sea en sí mismo o de una manera genérica. Este enfoque encubre las formas diferentes del obrar jurídico anglosajón (sistema casuístico) del régimen continental de identificación de principios. A esa breve observación sigue la mención de criterios preexistentes, también tradicionales, que se enfrentan a los más nuevos de nuestro tiempo, de manera de no caer en el equívoco de creer que la preocupación ambientalista era inexistente en el pasado.

IV. La proyección al futuro

En la citada obra, Pigretti afirma que “hablar del ambiente hoy, es como introducirse en escatología”. “Las aguas inundan los territorios, las enfermedades infecciosas se expanden sin control, los casquetes polares se derriten al igual que los glaciares, la inversión del magnetismo terrestre anuncia la inversión del norte y del sur, confundiendo las migraciones de las aves y afectando sus condiciones de vida naturales, con posible extinción de muchas especies aún no afectadas. Si tal cosa sucede, se incrementarán los efectos que los ambientalistas señalan como negativos, incrementándolos de manera exponencial.”

Se mencionan también los “macroproblemas”. “La ciencia ficción se tornará verdadera; el eje de la tierra se modificará y empeorará la vida en el Planeta”. “El 3 % del agua posible de consumir, dedicada al riego y otros aprovechamientos podrá volverse irrecuperable. El objetivo de mantener calidad de la vida, podrá resultar necesariamente afectado, y no dejaríamos a nuestros descendientes ninguna herencia ventajosa para ellos. La ciencia y la tecnología podrían resultar incapaces de resolver los problemas que se presentan. No se trata de anuncios proféticos o satisfactorios. La ciencia desde hoy nos señala evoluciones como posibles y no son necesarias premoniciones extraordinarias para entender que el futuro puede presentar estas características.”

“El Hombre debe relacionar las ciencias que tiene a su disposición con toda intensidad para evitar un futuro indeseable”. De allí la necesidad inexcusable de “la integración de los saberes”, idea que hemos ido desarrollando desde la Cáte-

dra a partir de esas valiosas definiciones para entender y atender la problemática del ambiente y del desarrollo humano. Las enseñanzas apuntaban ya al necesario “humanismo ambiental”. “Todas las disciplinas deberán contribuir para lograr un sistema económico social equilibrado que no privilegie exclusivamente el lucro como esquema del desarrollo de las naciones. No parece que lo ambiental deba quedar limitado a lo ambiental. Es frecuente ahora escuchar la “frase reflexión” de que “todo va con todo”. Las relaciones de todo con todo deben perfeccionarse y relacionarse no sólo en lo formal sino en las líneas profundas. Política, economía, ciencias naturales y sociales, más una forma de espiritualismo, “deben asociarse para superar las ideologías en cuanto no sean útiles ni resulten valederas”.

V. El Derecho de la biosfera

Desde la cátedra y a partir de su doctrina fundacional, Pigretti planteaba el objeto de estudio de la materia proponiendo el “Derecho de la Biosfera”⁴ en base al análisis de criterios, principios e instituciones reconocidos en el derecho desde hace casi 50 años.

Dentro del desarrollo de los “principios” plantea la necesidad de referir algunos aspectos que requieren mayor precisión a los fines de su consideración puntual y específica. Allí menciona el “eticismo y la solidaridad humana” que ya han sido incorporados al derecho positivo; también de allí surge en las cartas constitucionales de la mayoría de los países, la “obligación tanto del Estado como de los ciudadanos, de proteger la Naturaleza y vivir en un ambiente saludable”. Sigue a continuación con el “enfoque sistémico de la biosfera” asegurando el estudio del comportamiento de la biosfera y del derecho que la regula, de manera que a partir del enfoque sistémico sea sencillo diseñar nuevas instituciones y fijar el límite de libertad que le es consecuente. Continúa luego el “principio de protección, mejora, defensa y restauración de la biosfera”. Estos principios comprenderían el control, reducción y eventual eliminación de las actividades que ocasionen perjuicios a la salud y a la vida del hombre y su ambiente, incluyendo la posibilidad de prohibirlas. El término “biosfera” incluiría desde esta perspectiva, “todo quehacer que se vincule a la capa oxigenada de vida en la que le toca

⁴ Pigretti, Eduardo A. y otros, Ob. cit., págs. 28, 38.

vivir al hombre en el planeta”. A continuación, sigue el “principio de coordinación de actuaciones”, señalando que cualquier actividad o actuación humana, fuera o dentro de la organización social (preferentemente en el último supuesto) guarde debido respeto al conjunto de prescripciones que la ciencia ha adoptado o señalado, como de cumplimiento obligatorio, si se trata de defender la supervivencia de la especie y la forma de vida que conocemos.

Asimismo, la noción de “calidad de vida”, sostenida entre estos principios, debe subsumir o dejar paso sin más a la noción de Vida misma –como hoy es aceptado- como criterio y postulado superior a partir del cual la concepción ética encuentra su máxima justificación.

Participa también de esta enumeración no exhaustiva el “principio de cooperación internacional”, principio hoy aceptado en las leyes, pero de compleja y dudosa implementación. Dentro del listado de “instituciones” correspondientes al “almacén jurídico” atribuible al derecho ambiental iberoamericano, en esos momentos, se incluye la responsabilidad ecológica-penal, civil, administrativa, con nuevas formas sancionatorias, restricciones a los derechos y control de actividades, procedimientos y punición; contemplando la evolución probable hacia el desarrollo **de defensa de la Vida (biósfera)** a través de instituciones existentes o de nuevo diseño (incluye la protección de la integridad física y moral del individuo y la sociedad; los derechos sobre la salud y enfermedades contagiosas, trasplantes, regímenes medicinales, protección de los enfermos, control de especialidades medicinales; alimentación, calidad y estado sanitario; vivienda social; descanso, creación intelectual, derechos culturales y a la información. Todo lo cual implicaba desde entonces analizar una suerte de “ecología humana” donde encontramos principios que se encontrarían situados también en otros territorios de la ciencia y que hoy, sin embargo, han llegado a confluir hacia nuevos espacios integrativos.

Se observa que los principios e instituciones enumerados respondían ya a propuestas innovadoras en el surgimiento de nuestra disciplina allá por 1985, que adelantaba en la consideración de fenómenos y eventualidades de amplio espectro, para prever y resolver situaciones de futuro (de necesaria atención interdisciplinaria), como la que hoy debemos enfrentar (Coronavirus).

VI. Nos interpelamos como sociedad. El acceso a la información

La evolución del derecho ambiental y de sus instituciones nos pone, sin embargo, en la necesidad, en nuestro caso, de interpelarnos cómo sociedad sobre la falta de aplicación (y aún de conocimiento) de estas reglas, como de las otras innumerables aportaciones de de otras disciplinas jurídicas, de las ciencias médicas y de los otros saberes y ciencias que se ocupan del ambiente, de la salud, la seguridad y del bienestar humano.

En el sentido indicado, el acceso a la información ambiental muchas veces aparece desdibujado, retaceado o bien negado, fenómeno que se advierte en numerosas ocasiones y en una gran mayoría de países y a nivel mundial (el caso de China) en violación de sus propias leyes y del “Principio 10” de la Declaración de Río de 1992, que establece que toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el ambiente de que dispongan las autoridades públicas, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Como se ha dicho antes de ahora, “Conocer” resulta necesario para “Proteger”. Algo indispensable, no solo para la calidad de vida de sus actuales habitantes, sino también para las generaciones futuras en nuestro Planeta –la Casa Común-. El Acuerdo de Escazú (Costa Rica 2018) avanzó decididamente para la institucionalización de este principio en América latina. Bastante tiempo antes, en 1998, la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa adoptó en Aarhus (Dinamarca) la Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en temas ambientales (Convenio de Aarhus, en vigencia desde 2001). Su objetivo central principal ha sido contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar y a garantizar los derechos de acceso a la información sobre el ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia ambiental. Hacia allí se orientó Escazú, el acuerdo regional posterior para América Latina y el Caribe, que también prevé los acuerdos colaborativos participativos y de diálogo frente a temas controversiales de interés social y democrático⁵

También las leyes argentinas han consagrado este principio.

⁵ Conf. Bellorio Clabot, Dino Luis y Neve, Juan Pablo: El Acuerdo de Escazú, políticas públicas sostenibles y democratización ambiental para los países de Latinoamérica y el Caribe, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, N° 33, octubre de 2019.

Es bien evidente que hay versiones encontradas sobre el origen del COVID-19, que en las primeras versiones del contagio remitían a un murciélago comido en un “mercado húmedo” de animales de Wuhan, para luego dar paso a la hipótesis del origen del coronavirus en el laboratorio del Instituto de Virología de esa ciudad, como parte de un programa de investigación viral chino.

El paciente cero habría trabajado en el laboratorio ingresando luego a la población de Wuhan, donde comenzó el brote. También se agregan fuertes denuncias sobre ocultamiento de informes preliminares, supresión de datos y de artículos académicos y, en general, una falta de información sobre el evento atribuible al régimen chino que, de todas formas, por la causa que fuere, tornó imposible el abordaje preventivo y reactivo frente a lo que se tradujera en una pandemia de enorme expansión mundial.

También otra versión reciente afirma que el COVID-19 no es un virus sino un exosoma influido por la contaminación electromagnética. Por otro lado, existen ahora distintas especulaciones sobre el fin de la pandemia. Personalidades de diverso origen la predecían en 2015 cuando se advertía que la humanidad no estaba preparada para una pandemia (“enfermedad epidémica que se extiende a muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región”) y para la actualidad también predicen que la crisis provocada por el Coronavirus no tendrá una solución pronta y posiblemente impedirá retomar la vida normal hasta los finales del 2021.

El desarrollo de la vacuna y su aplicación llevará todo ese tiempo, destacando los riesgos de un rebrote hasta que tengamos una vacunación muy amplia (Bill Gates).

Lo cierto es que no será del todo probable que la vida para nuestras generaciones sea como hasta el presente y seguramente estaremos abocados a la tarea de asegurar el futuro de nuestros hijos, las generaciones futuras, empeñados en no dejar en el “debe” de nuestras vidas, las nefastas consecuencias de un cierto destino fatal y una culpa de imprevisiones deplorables.

VII. El reconocimiento de la dignidad de la persona

Una de las más importantes conquistas de la humanidad ha sido la consagración del estado de Derecho como modelo de organización de los países, conseguido

con la evolución del ser humano y de sus acciones e ideas a lo largo de los siglos, En nuestro país, que adoptó la forma republicana y representativa de gobierno la Constitución reconoce nuestros principales derechos y garantías entre los cuales están el derecho a la vida, a un ambiente sano y equilibrado, a la libertad de expresión, de reunión, de circulación, de propiedad, trabajo, y de muchos más.⁶

En nuestro sistema constitucional y en sus leyes se encuentra plenamente vigente el reconocimiento de la dignidad de la persona, que constituye la fuente central de todos los principios y derechos que la CN reconoce.

En las actuales circunstancias de pandemia este derecho adquiere una centralidad inexcusable.

Precisamente, en el Libro Primero Parte General, Título – Persona humana - Capítulo 3, del Código Civil y Comercial, sobre “Derechos y actos personalísimos” el artículo 51 estatuye que “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad (Inviolabilidad de la persona humana).

Y por su parte, el artículo 41 de la Constitución Nacional asegura nuestro “derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano... “en el que puedan reconocerse las condiciones para una vida digna, saludable y productiva, que permite su bienestar personal, intelectual y material, el desenvolvimiento de los valores del espíritu, de sus creencias y convicciones, junto con el deber de preservarlo. Que ese desarrollo hace a la paz, la integridad, el derecho al ocio y a la recreación, la intimidad, la vivienda, la alimentación sana, todos derechos personalísimos.

Esta consagración constitucional guarda estricta relación con principios ya reconocidos ampliamente por la comunidad internacional. La “dignidad humana” es un valor, un derecho, inviolable de la persona, consagrado en numerosos documentos y declaraciones vinculados al hombre, a la naturaleza y aún a la creación divina (expresión reiterada en nuestra obra). La dignidad humana es el derecho que tiene cada ser humano por el solo hecho de ser persona.

Se ha dicho con razón que, cualquiera sea la naturaleza de este derecho, no cabe dudas respecto del carácter de derecho fundamental, esencial para la vida humana, y de los seres vivientes en general.

⁶ Cassagne, Ezequiel: Coronavirus. El rol del Estado en tiempos de COVID-19, www.infobae.com, 17 de abril, 2020.

VIII. El Estado de Derecho en la Argentina y el rol del Estado

El rol del Estado también está claramente definido en la Carta fundamental, como garante de nuestros derechos y garantías y debe promover el bienestar nacional y la prosperidad del país. La CN también contempló la suspensión de las garantías constitucionales en el caso del estado de sitio.

La Argentina ha vivido en **estado de emergencia en múltiples oportunidades**, aunque el declarado en marzo refiere a otras circunstancias, enfrentando un fenómeno global como no se había conocido al presente durante décadas (situación muy grave e inédita a raíz de los hechos y la propia declaración de la OMS). Con ello aparece un evidente fortalecimiento del rol del Estado y la consecuente limitación de las garantías individuales⁷ Tema de aceptaciones mayoritarias en las primeras medidas, expuestas luego a situaciones de debate y contradicciones, sin ley que declare la emergencia por el COVID- 19 (cuestión administrada con decretos de necesidad y urgencia) e, imponiendo en principio serias restricciones a los habitantes.

La cuestión del rol del Estado aparece recientemente en la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), las que reconocieron la complejidad que enfrentan los Estados y las sociedades del hemisferio debido a las medidas excepcionales que requiere la pandemia global ocasionada por el coronavirus COVID-19.

En su **Declaración sobre la “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, Resolución 1/2020, del 10 de abril de 2020**, señala que las medidas que los Estados adopten, en particular aquellas que resulten en restricciones de derechos y garantías deben ajustarse a los principios “pro persona”, de proporcionalidad, sanidad, temporalidad y deben tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada.

Todo lo cual supone desafíos extraordinarios desde el punto de vista de los sistemas sanitarios, la vida cotidiana de las personas y para la vigencia de los derechos humanos en el marco de sistemas democráticos. La Comisión **observa que los Estados de la región están realizando importantes esfuerzos en las**

⁷ Cassagne, Ezequiel: Coronavirus. El rol del Estado. art. cit.

medidas dirigidas tanto a la atención y tratamiento de las personas afectadas por el COVID-19, como a la contención de la pandemia (cuarentena, distanciamiento o aislamiento social, limitaciones de circulación a nivel nacional e internacional, como orientaciones preventivas de higiene personal y comunitaria).

La CIDH y su REDESCA refuerzan el llamado de las organizaciones internacionales especializadas para que la adopción y la implementación de dichas medidas se ajusten a los estándares de protección de los derechos humanos. Dichos estándares se verifican a través del respeto a las garantías y libertades fundamentales, la plena información a las poblaciones sobre las medidas y políticas implementadas en sus territorios, como a través de los recursos disponibles para estos efectos.

La Comisión recuerda a los Estados que el derecho a la salud se debe garantizar a todas las personas dentro de su jurisdicción, sin ningún tipo de discriminación, de conformidad con los estándares e instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos. En virtud de este derecho los Estados deben brindar una atención y tratamiento de salud oportuna y apropiada; destacándose que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles sin discriminación alguna, y adaptarse en función de circunstancias como las que la presente pandemia plantea con apego al principio «pro persona», a fin de que prevalezca el debido y oportuno cuidado a la población por sobre cualquier otra pauta o interés de naturaleza pública o privada. La atención de la salud mental de la población debe merecer una particular atención.

En relación con las medidas de contención, la CIDH urge a los Estados que observen, en cualquier acción dirigida a la reducción de los factores de contagio, el estricto respeto a los tratados y estándares internacionales en materia de derechos humanos, las garantías del Estado de Derecho y el cumplimiento de la obligación de cooperación de buena fe, particularmente en contextos transnacionales de alto riesgo para la salud pública y la vida de las personas. En ese sentido, la REDESCA **observa que los Estados** deben valorar de manera urgente, tanto nacional como regionalmente, dar respuestas eficaces para mitigar los impactos de la pandemia sobre los derechos humanos, mediante la adopción de una combinación adecuada de marcos normativos y políticas públicas efectivas a corto y mediano plazo.

No hay dudas por lo visto y considerado supra, que el medio ambiente sano es un derecho humano, habiéndose trabajado infatigablemente por tal reconocimiento desde mucho antes de que estallara la pandemia del Coronavirus.

IX. Otros antecedentes internacionales a favor del reconocimiento del derecho humano al ambiente

En 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, un documento que establecía que todo ser humano, sin importar su color, sexo, raza, opinión política o etnicidad debía gozar de un ambiente sano, respeto, libertad, igualdad y dignidad que garanticen una vida plena y en armonía.

Este importante documento fue redactado por diferentes representantes de los gobiernos de los Estados firmantes. Las superpotencias de aquella época se comprometieron a respetar los valores y principios que se establecen en la declaración.

Bien se ha dicho que el objetivo de reconocer y respetar los derechos humanos es garantizar que cada persona pueda llevar una existencia pacífica con el resto de los seres vivos que le rodean. Debido a que todas las actividades que realizamos día a día dependen de que podamos salir a la calle, alimentarnos sanamente, relacionarnos con otras personas, etc. es indispensable un medio ambiente sano que permita el bienestar y desarrollo.⁸

La naturaleza y sus recursos deben ser protegidos por ser el único hogar de nuestra especie. Los ecosistemas, por otro lado, tienen un valor incalculable en sí mismos, de modo que cuando se afecta su situación de delicado equilibrio perturbado por la actividad humana, se ponen en peligro las condiciones que originaron la vida de los seres humanos y de millones de animales y plantas. Proteger el planeta y nuestros derechos humanos son parte de una misma causa. Cuando empresas, sector productivo, autoridades, gobiernos u otros organismos atentan contra los recursos naturales y las especies animales, están amenazando también nuestro derecho a un ambiente sano.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas establecía en marzo de 2012 un mandato para estudiar las obligaciones de derechos humanos relativas al disfrute de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible.⁹

El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP) trabajó de allí en adelante en estrecha colaboración con el Relator Especial sobre

⁸ Ana Azuela Greenpeace, México, diciembre 2018.

⁹ ONU Programa para el Medio Ambiente UNEP, 10 diciembre 2019/Reportaje/AIR

los Derechos Humanos y el Medio Ambiente. La aspiración crecía fuertemente para que el medio ambiente saludable fuera reconocido como un derecho humano fundamental.

Debía destacarse, además, que la UNEP y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos firmaron recientemente un memorando de entendimiento para cooperar en materia de medio ambiente y derechos humanos, y promover una mayor protección para las personas que defienden estos derechos.

Colocar los derechos humanos en el centro de la acción ambiental es, por tanto, crucial.

El relator especial de la ONU sobre el medio ambiente y los derechos humanos ha pedido a la Asamblea General **que reconozca formalmente el derecho a un medio ambiente sano** para combatir los flagelos del cambio climático, la pérdida de la biodiversidad y la contaminación, que matan a más de ocho millones de personas cada año. David R. Boyd presentó un informe ante los Estados en la sede de la Organización en Nueva York y afirmó que “ha llegado el momento” de que las Naciones Unidas se movilicen para reconocer esta garantía a nivel mundial.¹⁰

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre medio ambiente y derechos humanos

A raíz de una solicitud formulada por el Estado de Colombia el 14 de marzo de 2016, por primera vez la Corte Interamericana desarrolló el contenido del derecho al medio ambiente sano en su Opinión Consultiva OC-23/17 sobre “Medio Ambiente y Derechos Humanos”, notificada el pasado 7 de febrero de 2018.

En dicho documento el Tribunal reconoció “*la relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos*”, destacando la interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible. Por lo tanto, entiende que todos los derechos son vulnerables a la degradación ambiental, y su pleno disfrute depende de un medio propicio.

¹⁰ Noticias ONU Derechos Humanos, octubre de 2018.

En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano está consagrado expresamente en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, que establece el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, y la consecuente obligación de los Estados de promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente. Además, este derecho también se considera incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana.

La Corte aclaró que *“el derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, [...] constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, [...] también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.”*

La Opinión Consultiva también determinó **las obligaciones estatales para protección del medio ambiente.**

A efectos de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad, se determinó que los Estados tienen que cumplir con las siguientes obligaciones y principios:

Obligación de prevención: significa prevenir los daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, lo cual implica que deban regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción, realizar estudios de impacto ambiental, establecer planes de contingencia y mitigar los daños ocurridos. Por el **principio de precaución** los Estados deben actuar conforme al mismo frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, que afecten los derechos a la vida y a la integridad personal, aún en ausencia de certeza científica.

La **Obligación de cooperación** implica cooperar con otros Estados de buena fe para la protección contra daños ambientales significativos. De esta se derivan la obligación de notificar a los Estados potencialmente afectados por posibles daños significativos al medio ambiente; el deber de consultar y negociar

con los Estados potencialmente afectados; el deber de asegurar el intercambio de información entre Estados:

- A ello se suman las **Obligaciones de procedimiento**, que son obligaciones que respaldan una mejor formulación de las políticas ambientales. Entre ellas, los Estados tienen que asegurar el acceso a la información sobre posibles afectaciones al ambiente; garantizar el derecho a la participación pública de las personas, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente; asimismo, garantizar el acceso a la justicia en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente (todo ello en sintonía **con el Principio 10 de la Declaración de Río**).¹¹

Destaquemos aquí el fallo de la CIDH en el caso “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina”

De acuerdo con la sentencia notificada el 2 de abril de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró al Estado de Argentina responsable internacionalmente por la violación de los derechos a la propiedad comunitaria, a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua de las comunidades indígenas.

Por primera vez en un caso contencioso, la Corte analizó **los derechos a un medio ambiente sano**, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana, ordenando medidas de reparación específicas para la restitución de esos derechos, incluyendo acciones para el acceso al agua y a la alimentación, para la recuperación de recursos forestales y para la recuperación de la cultura indígena.

X. El ordenamiento jurídico argentino

a) *El Código Civil y Comercial*

La Constitución Nacional y los tratados internacionales. En el artículo 1º del Código reformado en 2015 –Fuentes y aplicación, de especial importancia para la materia ambiental, se expresa que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la CN y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. Y que la “ley debe

¹¹ Mayca Balaguer, maycabalaguer@fundeps.

ser interpretada teniendo en cuenta... las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos... de modo coherente con todo el ordenamiento” (art. 2°).

Más allá de toda la enorme riqueza de conceptos y relaciones que puedan desarrollarse a partir de estos primeros artículos del Código, resulta claro que nos encontramos en 2015 con un gran cambio en la filosofía legal con la llamada “constitucionalización del derecho privado” tan difundida actualmente (“neo-constitucionalismo”), por la cual, constituyendo el Código un sistema de normas, las mismas deben ser interpretadas según la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos.

Como se advierte, el Código toma muy en cuenta, como lo remarcaba Ricardo Lorenzetti en épocas del “Anteproyecto”, “los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad”, integrando de este modo el derecho privado a la Constitución y a los tratados internacionales en especial los referidos a los derechos humanos, estrechamente vinculados a la esencia y desarrollo del derecho ambiental. Como señala Aída Kemelmajer de Carlucci, “ningún artículo puede restringir derechos humanos y constitucionales”, comprendidos los derechos del ambiente.

Armónicamente, en materia interpretativa, el artículo 2° del Código nos dice que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta... las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos...”, con lo cual nuevamente remite a la validez y vigencia de dichos tratados y los principios que inspiran e informan la ley, revalidando una de las funciones –la interpretativa– asignadas a los principios del derecho ambiental (o principios de política ambiental en la acepción del art. 4° de la Ley N° 25.675 General del Ambiente). Dispone también que la interpretación debe ser realizada “de modo coherente con todo el ordenamiento”, alejado aquí de la división tajante entre derecho público y privado, e integrado a todo el saber jurídico.

b) Legislación ambiental

Se ha citado precedentemente legislación local e internacional que resulta necesario traer a consideración en momentos que la población mundial está expuesta a una de las mayores pandemias conocidas en muchos años que ha

resultado en una emergencia sanitaria y ambiental extendida y expansiva. Desde las ciencias ambientales y la visión jurídico ambiental debemos reconocer la multiplicidad de enfoques que requiere el abordaje de este flagelo y los importantes cambios que origina para la sociedad actual y del futuro.

Se trata sin duda de un nuevo paradigma que nos pone frente a opciones de las que disponíamos, pero no atendíamos seriamente. Los pronósticos que se escribieron en largos textos de doctrina, las advertencias surgidas de los informes de organizaciones, foros y paneles de expertos, las contundentes evidencias sociales también económicas y culturales, la evidencia científica, las fórmulas normativas de leyes, pactos y tratados, fueron regularmente desconocidos particularmente en los niveles de decisión desde donde tampoco se oriento convenientemente los postulados educativos y formativos que alentaran una mayor sensibilidad sobre las cuestiones del ambiente y el desarrollo. De otro modo no se entiende la desatención de los factores de riesgo originados en actividades del hombre en sus comportamientos con la naturaleza e incluso con sus semejantes, La falta de políticas públicas, el incumplimiento y bajo acatamiento a las normas, las limitaciones de la responsabilidad social empresaria y corporativa, entre otras, se aluden con frecuencia a nivel local como responsables de la cierta falta de equilibrio para lograr el bienestar de la comunidad y el progreso social, No obstante, la cuestión a debatir debe situarnos en las raíces del problema y enfocarnos en lo que hemos llamado antes de ahora la compleja relación del hombre con la Naturaleza y su medio social y que diera lugar en los años setenta a la formulación de la teoría jurídica de los recursos naturales, prolegómeno del derecho ambiental tal como ahora se lo conoce. Desde ese punto de análisis es posible visualizar y apreciar la finitud de los recursos naturales disponibles y de los no probados y advertir los resultados de su uso irracional e insustentable y la propagación de sus consecuencias no queridas, que terminan por enfermar a la naturaleza y a la sociedad misma.

Los principios de política ambiental consagrados en la normativa de los países y a nivel internacional aparecen notoriamente y a menudo solo en el recuerdo de las urgencias cuando en realidad expresan normas basadas en las ciencias y saberes.

En nuestra Ley General del Ambiente (Ley N° 25.675) el principio de prevención expresamente que las causas y las fuentes de los problemas ambientales deben atenderse en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efec-

tos negativos que sobre el ambiente se pueden producir; en tanto que el precautorio refiere a los casos (tan frecuentes) de peligro de daño grave o irreversible, respecto de los cuales la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. La enumeración del art. 4° de la ley agrega principios tan caros a la problemática que enfrentamos, tales como los de solidaridad, cooperación, subsidiariedad, responsabilidad, sustentabilidad y equidad intergeneracional. La norma establece que la interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los dichos principios.

Recordemos por pertinente, que ley General del ambiente estatuye los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (art. 1°). También determina los instrumentos de política y gestión, el ordenamiento ambiental, la evaluación de impacto ambiental; la educación ambiental y el sistema de diagnóstico e información ambiental (art.8) e incluye las normas que rigen los hechos que causen daño ambiental de incidencia colectiva.

Esta ley establece la política ambiental nacional y fija entre sus **objetivos** los procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental. Le ley también se propone asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas. Se propone promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales y mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos.

Asimismo, debe asegurar la conservación de la diversidad biológica; prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo. También forma parte de sus el promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable a través de la educación ambiental.

La simple lectura de estos Objetivos nos proyecta una realidad deseable.

Consejo Federal de Medio Ambiente

Desde la política ambiental es interesante señalar que el Anexo I de la ley incorpora el **Acta Constitutiva del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) por el cual** las altas partes signatarias declaran reconocer “que la preservación y conservación del ambiente en el territorio del país requiere para el mejoramiento de la calidad de vida una política coordinada y participativa, en virtud de que el sistema ambiental es una complejidad que trasciende las fronteras políticas provinciales”; y “que el federalismo es un sistema político de distribución territorial de las competencias que puede resolver con eficacia la administración local de los problemas ambientales”... **“Que nos hallamos frente a un problema de carácter universal que constituye uno de los grandes desafíos que enfrenta la comunidad internacional.** Considerando: Que el ambiente es un patrimonio común de la sociedad y que de su equilibrio depende la vida y las posibilidades de desarrollo del país. Que la coordinación entre los distintos niveles gubernativos y sociales son indispensables para la eficacia de las acciones ambientales... Que la difusión de tecnologías apropiadas para el manejo del medio ambiente, la información ambiental y la formación de una conciencia pública sobre la preservación del entorno son esenciales en la formulación de la política ambiental. Y teniendo en cuenta lo expuesto, los Estados signatarios dispusieron la creación del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) como organismo permanente para la concertación y elaboración de una política ambiental coordinada entre los Estados miembros. Entre sus objetivos, se encuentra precisamente, el de formular una política ambiental integral, tanto en lo preventivo como en lo correctivo, en base a los diagnósticos correspondientes, teniendo en consideración las escales locales, provinciales, regionales, nacionales e internacionales.

El COFEMA es una persona jurídica de derecho público constituida por los Estados provinciales, el Gobierno federal y la Ciudad de Buenos Aires.

Nuestra CN de 1994 (Artículo 41, cláusula constitucional ambiental) y las constituciones provinciales consagran nuestro derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano; y el deber de preservarlo y de igual modo debemos considerar los distintos tratados y pactos internacionales que el país ha ratificado y que impactan en el ambiente.

La legislación de presupuestos mínimos de protección ambiental surgida de la reforma constitucional de 1994, incluye como sabemos, la mentada Ley

General del Ambiente, las leyes sobre gestión integral de residuos industriales, de gestión de residuos domiciliarios, de gestión y eliminación de PCBs, de gestión ambiental de aguas, de libre acceso a la información pública ambiental, de protección ambiental de bosques nativos, de protección ambiental para control de actividades de quema, la ley para la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial, la ley para el Manejo del Fuego, la ley de protección ambiental para la gestión de los envases vacíos de fitosanitarios y la ley de adaptación y mitigación al cambio climático global.

c) Otras normas

Leyes a las que se suman todas las normas del derecho ambiental argentino y la totalidad del ordenamiento jurídico nacional y provincial en lo aplicable, pactos y tratados donde le país es parte y la vastísima jurisprudencia de nuestros tribunales.

Desde el derecho penal, a modo de cita, la penalización de la pandemia por el brote de coronavirus, ha merecido sus estudios y reflexiones por los autores¹². El artículo 205 del Código Penal dispone que “será reprimido con prisión...el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o propagación de una epidemia”. El Estado Argentino mediante el decreto 260/2020 (B.O. 12 de marzo) dispuso el aislamiento obligatorio como acción preventiva. “La decisión apunta a que la enfermedad no se propague y busca evitarlo mediante la figura penal principal”. Bien se señala que el bien jurídico que se busca proteger en estos delitos es la “salud pública”, la que se vería seriamente menoscabada mediante la propagación de una enfermedad que afecte a personas de manera indeterminada, por lo cual se faculta a la autoridad competente (Ministerio de Salud) a tomar las medidas del caso para que se cumpla con el aislamiento, En el supuesto del art. 205 estamos frente a un tipo penal en blanco, ya que la norma se completa con una disposición de la autoridad competente para actuar frente a la epidemia. Este delito puede admitir la tentativa en los casos en que la violación a la norma se lleva a cabo mediante la realización de una conducta, no en cambio cuando se trate de una omisión. El decreto no abarca los casos en que una persona afectada o no de coronavirus pueda propagarlo. Empero, en esa hipótesis, esa conducta podrá encuadrar en

¹² Asturias, Miguel. Perfil, marzo 17, 2020.

la prevista en el artículo 202 del C.P: que “reprime con reclusión o prisión ... al que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”. Existe en las figuras citadas una sanción complementaria, prevista en el artículo 207 del C.P., cuando el culpable sea un “funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte”. Sufrirá, además, “inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena...”.

d) Visión panorámica

No es propósito de este trabajo realizar una cita exhaustiva de la copiosa normativa ambiental argentina sino el de describir un panorama que refleje por lo menos en parte, la contundencia de sus propuestas, que prevén, alertan, describen y asumen distintas problemáticas ambientales, las situaciones de riesgo, sus causas y consecuencias, mandatos legales y responsabilidades, en distintos ordenamientos y mecanismos instituidos, para hacer posible la vida gozando de un ambiente sano y equilibrado donde sea posible el desarrollo humano, como lo hemos señalado ut supra.

Al mismo tiempo, el mismo panorama advierte, más allá de las propuestas, mandatos y fortaleza de los enunciados (incluidos programas educativos), sobre la debilidad en su acatamiento, por las razones que fuere, sujetos en muchos casos a análisis y revisiones o postergaciones del día de mañana... ¡Cuando el mañana llegó HOY...!

XI. La protección ambiental internacional

Desde la visión del derecho ambiental internacional, que también nutre nuestro sistema de normas de protección ambiental y del desarrollo sostenible, el objetivo de dicha protección involucra al mundo entero.

Se trata de la defensa del ambiente (nuestro bien común) y de los derechos humanos fundamentales que de él dependen. Encontramos un notable compendio de declaraciones, tratados y normas –vinculantes y voluntarias- que se han desarrollado a la par del conocimiento científico y la toma de conciencia del estado actual de nuestro mundo natural.

a) Hitos del derecho ambiental internacional su proyección al tiempo pandémico

De aquella época de 1972 con la Conferencia de Estocolmo, pasando por 20 años para llegar a la Conferencia de Río sobre Ambiente y Desarrollo de 1992 (con su Declaración de Río y los Convenios sobre Cambio Climático y Diversidad Biológica), cinco años después el Protocolo de Kioto, la Cumbre de Río + 20 (2012) y el Acuerdo de París (2015) llegamos al desafío de la grave emergencia climática y a la dramática emergencia sanitaria y ambiental de la Pandemia.

Siendo que a mediados del siglo pasado había una casi nula **conciencia** ambiental y escasa normativa de una problemática aun no identificada como tal, a pesar de eventos e iniciativas, fueron llegando a la sociedad señales y noticias de los peligros que amenazaban al planeta. Así Estocolmo dio lugar a su Declaración que fe el primer documento internacional en reconocer el **derecho a un ambiente sano a través de** 26 principios, que han sido la base de desarrollos legislativos posteriores (Principios de responsabilidad de los Estados y el de Cooperación -los **países debían unir esfuerzos** para hacer frente a los desafíos globales de nuestro entorno común- entre otros. Allí también se creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

Pasan por este breve paneo, **el informe Nuestro Futuro Común (1987)** elaborado por la Comisión Brundtland, que acuñó el concepto de desarrollo sostenible, la época del Protocolo de Montreal para combatir el agotamiento de la capa de ozono; **luego la** Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, ya citada, con su Declaración y tres principios que hoy concitan nuestra máxima atención: los principios de prevención y de precaución, ya citados en nuestra legislación como también el Principio, que reconoce el derecho a la información, a la participación y a la justicia en asuntos ambientales. Hicimos ut supra la referencia al Convenio Aarhus de 1998 (Europa y Asia Central) y al Acuerdo de Escazú, de 2018, para América latina.

Coincidimos con la doctrina más relevante en visualiza en el principio 10 **el surgimiento** de la sociedad civil como actor cada vez más importante y activo en la protección ambiental global, lo cual configura una nota relevante en este tiempo pandémico donde el Estado, como hemos visto asume un rol especial con la declaración de emergencia.

No podremos soslayar en adelante las llamadas Conferencias de las Partes (COP) de los dos convenios surgidos de Río 92. En el 2000, 189 países adoptaron

en Nueva York la Declaración del Milenio, que fortaleció la importancia del desarrollo sostenible al reconocer la necesidad de un crecimiento económico sostenible con un enfoque en los pobres y en el respeto a los derechos humanos. Posteriores reuniones mundiales, algunas de las ya citadas, fueron delineando un nuevo paradigma ambiental que alternativamente fue poniendo sus focos en distintas prioridades, todas ellas relacionadas con el compromiso de los Estados, e incluso de las empresas y las organizaciones de la sociedad civil con el desarrollo sostenible y la promoción de un futuro sostenible.

Hemos ya mencionado las declaraciones de la Comisión y fallos de la Corte CIDH y su Opinión Consultiva 23 de año 2017 sobre ambiente y derechos humanos, en la que la Corte reconoció por primera vez el derecho a un ambiente sano como fundamental para la existencia humana, así como los impactos de la degradación ambiental y del cambio climático en los derechos humanos.

Estos importantes hitos del derecho ambiental internacional han impactado y orientado rumbos en el desarrollo del derecho ambiental global y de cada región y países del planeta.

Creemos que la sociedad mundial, los gobiernos y sus pueblos han soslayado de variados modos la validez y vigencia de toda esta profusa normativa que también por profusa, variada, asistemática y dispersa, ha llegado a que se la considerara ineficaz. Sin embargo, esa legislación está, al igual que la doctrina judicial; están los criterios ambientalistas, sus principios y sus instituciones. Están los jóvenes y las generaciones futuras pendientes de lo que se entienda y se resuelva en el HOY, seguramente asumiendo desafíos inéditos para los ordenar los esfuerzos globales que requiere la profundidad de la crisis sanitaria y ambiental que nos aflige, y que se proyectarán en cambios ineludibles en nuestros modos de vida.

b) Resolución 72/277 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de mayo de 2018: “Hacia un Pacto Mundial por el Medio Ambiente”

En septiembre de 2017, el presidente de la República Francesa propuso ante las Naciones Unidas que se adoptara un Pacto Mundial por el Medio Ambiente para dotar de mayor fuerza a los grandes principios del derecho internacional del medioambiente.

Esta iniciativa tiene como objetivo, por tanto, proporcionar un marco general para el derecho ambiental internacional con la aspiración de consolidar y potenciar aún más el derecho ambiental internacional teniendo en cuenta los

apremiantes desafíos ambientales. La crisis climática que el Planeta viene padeciendo, ahora se presenta notablemente agravada por la pandemia que ha paralizado gran parte de la actividad humana, por lo menos en la forma en que la hemos conocido y vivenciado. La iniciativa también tiene como objetivo mejorar la implementación de la legislación ambiental internacional en apoyo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como los objetivos y metas ambientales acordados a nivel mundial, los que en la actualidad de la pandemia –como veremos infra- están expuestos a niveles de alta presión, que nos proyecta a la adecuación y aun a la reconstrucción de aquellos objetivos.

De acuerdo con la resolución, la Asamblea decidió establecer un grupo de trabajo intergubernamental especial de composición abierta para considerar un informe técnico y basado en evidencias que identifique y evalúe posibles lagunas en el derecho ambiental internacional y los instrumentos relacionados con el medio ambiente con miras a fortalecer su aplicación.

Tras tres reuniones en Nairobi, el grupo adoptó por consenso recomendaciones para reforzar el derecho internacional medioambiental. Se debería adoptar una declaración política durante una conferencia de alto nivel enmarcada en el 50º aniversario de la Conferencia de Estocolmo de 1972. Se preparará durante la Asamblea de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente de 2021.

Francia ha celebrado el resultado obtenido en Nairobi gracias a su fuerte movilización y a la de Europa. Representa un avance hacia la adopción de un instrumento que permita reforzar la gobernanza y el derecho internacional del medioambiente por parte de la comunidad internacional.

XII. La pandemia y el mundo en desarrollo

Paralelamente con el flagelo, el mundo está detenido con grave afectación de la actividad económica. Según datos confiables, en los EE. UU. más de 20 millones de personas han presentado solicitudes para obtener el beneficio de desempleo (un alto porcentaje de la población económicamente activa). Se ha estimado a este fin de abril 2020 una caída en el Producto Interno Bruto (PIB) mundial de 3 % anual. El Fondo Monetario Internacional estimó una caída de 5.2 % en el PIB de América latina y el Caribe.

a) Impacto sobre los Objetivos del Desarrollo (ODS) de la Agenda 2030

A las consecuencias desastrosas en salud y, como se observa, en la economía, derivadas del COVID- 19, se unen muchas otras relacionadas al deterioro en el campo del desarrollo social, ambiental y humano de la población.

Se están afectando seriamente los Objetivos del Desarrollo puesto en marcha por las Naciones Unidas en 2015.

Es indudable que la pandemia ha puesto enormes presiones en los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas, siendo particularmente muy grave el daño expansivo sobre el desarrollo de la región. Seguramente habrá menos recursos para atender la lucha contra la pobreza, el hambre y la desnutrición y se dificultarán las metas propuestas y su cumplimiento.

Una gran afectación del ambiente que implica serias dificultades para lograr el desarrollo humano al cual todos tenemos derecho.

Recordemos que en septiembre de 2015, más de 150 países participantes de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en la sede de la ONU en Nueva York, aprobaron la nueva Agenda Global del Desarrollo Sostenible: la Agenda 2030. La misma contiene 17 Objetivos (ODS) de aplicación universal que, desde el 1º de enero de 2016, rigen los esfuerzos de los países para lograr un mundo sostenible en el año 2030¹³

Dichos Objetivos son herederos de los “Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)”¹⁴ y pretenden ampliar los “relativamente exitosos logros” alcanzados con ellos, así como llegar a otras metas todavía distantes.

¹³ Los 17 ODS: “Fin de la Pobreza” (1); “Hambre Cero” (2); “Salud y Bienestar” (3); “Educación de Calidad” (4); “Igualdad de Género” (5); “Agua Limpia y Saneamiento” (6); “Energía Asequible y No Contaminante” (7); “Trabajo Decente y Crecimiento Económico” (8); “Industria, Innovación e Infraestructura” (9); “Reducción de las Desigualdades” (10); “Ciudades y Comunidades Sostenibles” (11); “Producción y Consumo Responsables” (12); “Acción por el Clima” (13); “Vida Submarina” (14); “Vida de Ecosistemas Terrestres” (15); “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas” (16); “Alianzas para lograr los Objetivos” (17).

¹⁴ Los 8 Objetivos del Milenio: “Erradicar la pobreza extrema y el hambre” (1); “Lograr la enseñanza primaria universal” (2); “Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer” (3); “Reducir la mortalidad infantil” (4); “Mejorar la salud materna” (5); “Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades” (6); “Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente” (7); “Fomentar una asociación mundial para el desarrollo” (8).

Los Objetivos de la Agenda se han propuesto instar a todos los países, cualquiera fuere su condición o situación (ricos, pobres o medianos), a adoptar medidas para promover la prosperidad al tiempo que para proteger el Planeta: favorecerse el crecimiento económico a través de estrategias eficaces, abordando al mismo tiempo la problemática social que implica serias desigualdades y carencias en el orden de la educación, la salud, el empleo, la seguridad social, como así también la lucha contra el cambio climático y protección del ambiente. Pese a que los ODS no son “per se” jurídicamente obligatorios, se estableció el compromiso de los gobiernos para adoptarlos como propios, generando marcos nacionales para su logro (los países realizan primordialmente el seguimiento y examen de los progresos conseguidos). También están previstas actividades regionales de seguimiento y examen, que deberían considerar los análisis realizados a nivel nacional.

El Papa Francisco instó en esa línea a un cambio en los estilos de vida, el uso de los recursos y la producción y el consumo de alimentos con el objetivo de proteger el planeta recordando que lo que está en juego en todas estas cuestiones de sensibilidad y compromiso es “la credibilidad de todo el sistema internacional”.

b) Situación agravada

La crisis pandémica actual agrava notablemente la problemática de la alimentación coincidiendo con la época en que el hambre en el mundo está aumentando de modo creciente, afectando a unos 900 millones de personas.

También produce consecuencias sobre millones de personas que se ven desplazadas anualmente en a causa de desastres climáticos o meteorológicos y también por enfermedades. Para 2017 existían unos 250 millones de migrantes internacionales y las cifras aumentaban.

Las iniciativas y la concienciación a nivel mundial a favor de quienes padecen hambre, la falta de agua y de saneamiento, de salud y de las otras necesidades básicas para la vida, seguramente están entorpecidas e igualmente las labores para garantizar la seguridad alimentaria y un desarrollo individual y social, acorde con la dignidad de la persona humana. Se suman así presiones sobre el uso de agua que se requiere “más que nunca” para las acciones básicas de su uso y en los casos de dificultades de acceso al agua limpia y la continuidad del servicio, con los consiguientes riesgos para la salud humana.

La pandemia planetaria ha conformado el nuevo paradigma que aparece desafiando a la humanidad, con sus agendas abiertas en objetivos y metas lanzadas al futuro y poniendo en plano de acción la impactante necesidad de la revisión, readecuación y fortalecimiento de tales objetivos (ODS).

La magnitud de la enfermedad que sacude al mundo no puede dejar de impactar a la totalidad de los Objetivos de la Agenda. La educación de calidad y su continuidad se ve afectada con sus serias implicancias, no pudiéndose brindar ni garantizar tampoco el acceso digital principalmente en escuelas o establecimientos educativos públicos. Igualmente, en relación al acceso a tecnologías digitales, comprometiendo el requerido *home working*. La reducción de desigualdades no se ve favorecida por cierto pues la misma se agrava aún más, al considerarse situaciones muy diversas (tanto económicas, sociales o laborales) para enfrentar la nueva la pandemia y sus proyecciones. Otro tanto cabe observar en cuanto al objetivo de la igualdad de género, que entre otras cuestiones plantea las situaciones de violencia intrafamiliar en escenarios de difícil contención que exige replanteos de mayor previsión. Las acciones por el clima y la transición energética experimentan problemáticas muy asociadas a la sostenibilidad planetaria y a la crisis climática, disminuyendo los recursos disponibles e incluso los comprometidos por los países en sus contribuciones nacionales acordadas a nivel mundial. Acaso uno de los replanteos que no podrá abstraerse de la dinámica de la mejora continua es la que refiere a promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, la provisión de acceso a la justicia para todos y la construcción de instituciones responsables y eficaces a todos los niveles (paz, justicia e instituciones sólidas).

c) El Objetivo Salud y Bienestar

Este Objetivo de la Agenda está claramente impactado. El logro de los ODS solo es posible en la medida que pueda garantizarse una vida saludable y promovido el bienestar universal. Los ODS plantean la situación muchas regiones se enfrentan a graves riesgos para la salud (con altas tasas de mortalidad materna y neonatal, propagación de enfermedades infecciosas y no transmisibles y una mala salud reproductiva). Pese a que en las últimas décadas se obtuvieron notables avances en relación con el aumento de la esperanza de vida y la reducción de algunas de las causas de muerte más comunes, la irrupción de la pandemia obliga a replantear este Objetivo con su lógico impacto en los demás. El Covid-19 está poniendo presiones en los sistemas de salud afectando la capacidad de

atender a pacientes que tengan otras enfermedades o aumentando el riesgo de complicaciones en poblaciones con estados de salud comprometidos. Esta situación debe revisarse con urgencia.¹⁵

El derecho ambiental ha incorporado desde la aprobación de la Agenda, los ODS a sus contenidos toda vez que los mismos refieren a capítulos centrales de la problemática ambiental aportando nuevos enfoques y compromisos en la evolución de los estudios e investigaciones de los institutos jurídicos e interdisciplinarios de nuevo cuño. El nuevo paradigma convoca al estudio y la reflexión para configurar nuevas propuestas que puedan contribuir al diseño de nuevas políticas y a la presentación de nuevos principios e instituciones jurídicas renovados.

Así como el Objetivo 3 propone mejorar la asistencia médica cualificada, reducir muertes prematuras por enfermedades no transmisibles y aplicar tecnologías y recursos educativos más eficaces, también se reconoce la necesidad de generar mayores iniciativas para erradicar por completo una amplia gama de enfermedades y para hacer frente a numerosas y variadas cuestiones persistentes y emergentes relativas a la salud, tal como la situación de pacientes en tratamiento, o población de riesgo comprometida.

La pandemia del Coronavirus así lo exige, en un esfuerzo material y de comprensión real de la verdadera magnitud de estas enfermedades que exigen un compromiso social humanitario solidario permanente. Se tratará de aumentar drásticamente la inversión en salud, en especial en la investigación y en el equipamiento médico y de laboratorios, mejorando el sistema integral de salud, el saneamiento y la higiene, facilitando a la población el acceso a los servicios médicos y proveyendo los protocolos necesarios para la educación ambiental, sanitaria y social, con el objetivo de lograr progresos significativos en ayudar a salvar las vidas de millones de personas.

Entre las metas del Objetivo “Salud y Bienestar” se encuentran las vinculadas a la Salud Infantil, Salud Materna, VIH/SIDA, malaria y otras enfermedades. Entre las metas fijadas para 2030, se encuentra el poner fin a las epidemias del SIDA, la tuberculosis, la malaria y las enfermedades tropicales desatendidas y combatir la hepatitis, las enfermedades transmitidas por el agua y otras enfermedades transmisibles.

¹⁵ Mauren Esquivel. La pandemia y la disrupción de la Agenda 2030, 17 abril 2020 www.incae.edu/

Asimismo, lograr la cobertura sanitaria universal, en particular la protección contra los riesgos financieros, el acceso a servicios de salud esenciales de calidad y el acceso a medicamentos y vacunas seguros, eficaces, asequibles y de calidad para todos. Para 2030, reducir sustancialmente el número de muertes y enfermedades producidas por productos químicos peligrosos y la contaminación del aire, el agua y el suelo; apoyar las actividades de investigación y desarrollo de vacunas y medicamentos para las enfermedades transmisibles y no transmisibles que afectan primordialmente a los países en desarrollo y facilitar el acceso a medicamentos y vacunas esenciales asequibles. Aumentar sustancialmente la financiación de la salud y la contratación, el desarrollo, la capacitación y la retención del personal sanitario en los países en desarrollo; reforzar la capacidad de todos los países, en particular los países en desarrollo, en materia de alerta temprana, reducción de riesgos y gestión de los riesgos para la salud nacional y mundial.

Será necesario entonces fortalecer en todos los estamentos de la sociedad, desde el Estado, ciudadanos, empresas y organizaciones profesionales y de la sociedad civil, desde las propias universidades, nuestra capacidad para enfrentar la pandemia y para cumplir los Objetivos 2030 atendiendo decididamente los procesos de cambio y adecuación que las circunstancias conocidas nos han impuesto.

XIII. Demandas contra China

Conocidas las graves afectaciones económicas y de todo orden causadas por la pandemia en todo el mundo, comenzaron los reclamos contra el gigante asiático y sus dirigentes.

No se han hecho esperar, por cierto, las primeras demandas billonarias contra China por “negligencia” en su gestión del Coronavirus. Principalmente en EEUU decenas de letrados trabajan en reclamos para llevar al Gobierno Comunista de Pekín delante de un juez para “ que pague por la irresponsabilidad que se le atribuye por su gestión del coronavirus. Las demandas se basan precisamente en los “efectos económicos y sanitarios de la pandemia y adquieren forma luego de las amenazas surgidas en medios, políticos y empresarios norteamericanos. Asimismo, fluyen las exigencias de responsabilidades a Pekín que pro-

vienen no solo de los EE. UU., sino también del Reino Unido y otros países de Europa. Gran Bretaña y Norteamérica anunciaron un cambio en las relaciones bilaterales en razón de las fallas en la identificación y comunicación a la comunidad internacional de los primeros datos sobre el COVID-19 a finales de diciembre 2019 y principios de 2020. El estado de Missouri¹⁶ fue el primero en plantear una demanda contra Pekín (en realidad contra los líderes del Gobierno –autoridades del gobernante Partido Comunista-, acusándolo por “mentir al mundo sobre el peligro y la naturaleza contagiosa del virus, silenciar a los denunciantes y hacer poco para detener la propagación de la enfermedad” (fiscal General del Estado). También sostiene que COVID-19 ha hecho un daño irreparable a países de todo el globo, ocasionando enfermedad, muerte, perturbación en la economía y sufrimiento humano. Deben hacerse responsables de sus acciones”.

Otra de las demandas incluye a más de 40 países por la que se pide una compensación billonaria a China por permitir el brote y después encubrirlo. Existe una demanda de trabajadores sanitarios de los EE.UU. atribuyendo responsabilidades a China por acaparar material médico durante la crisis, provocando escasez. Una firma de abogados en Las Vegas presentó una demanda colectiva por negligencia y responsabilidad estricta por realizar actividades ultra peligrosas. Y así, otros reclamos multimillonarios. Asimismo, un abogado argentino presentó ante la Justicia Federal una denuncia penal para investigar a las autoridades del gobierno chino como presuntos responsables de esta “pandemia trágica” del coronavirus “ que se ha esparcido por todo el mundo generando muertes de numerosos ciudadanos argentinos”. Los acusa de “un genocidio virósico” que representa un crimen de lesa humanidad. El abogado también notificó vía mail a la Corte Penal Internacional en La Haya. En el caso el letrado pide que se esclarezca si se creó un virus contagioso y mortal”, si se lo encubrió y si se lo propagó “en forma oculta por todo el mundo, afectando la economía, la salud y la vida de los ciudadanos de los países directamente afectados, especialmente de la República Argentina”.

¹⁶ Missouri demandó a China por causar la pandemia de ... www.infobae.com › america › EEUU › 2020/04/22 › mi...

XIV. La Crisis climática y el tiempo de la pandemia

El año 2020 debía ser un año decisivo en la implementación del acuerdo por el Clima, Acuerdo de París. Las iniciativas contra el cambio climático deberían mostrar un avance efectivo en la realidad de los hechos esperados con motivo de la Cumbre anual sobre la acción climática de la ONU, que iba a tener lugar en Glasgow en el mes de noviembre. De cara a la cumbre, se esperaba que 196 países presentaran nuevos, y más ambiciosos, planes para cumplir con las metas de reducción de emisiones establecidas conforme al Acuerdo de París de 2015. No obstante, el primero de abril, frente al avance de la pandemia del coronavirus, las Naciones Unidas anunciaron una postergación de la Cumbre para el año 2021.

De modo que la pandemia está frenando las iniciativas globales y no solamente las “impostergables” del clima, sino también otras reuniones internacionales vinculadas con el clima, tales como las atinentes a biodiversidad y los océanos. La pandemia sorprendió al Mundo, tomando a los gobiernos y las organizaciones ciertamente desprevenidos en cuestiones del interés de toda la Sociedad y sin planes de alternativas. También las iniciativas locales se ven seriamente amenazadas para cumplir con los compromisos ya asumidos en materia climática. La convocatoria a la acción climática muy probablemente se vea sensiblemente resentida y la reunión de los líderes sufra alteraciones.

Mientras tanto, las imágenes que se difunden ampliamente en las redes sociales nos muestran notables señales de descontaminación y una Naturaleza cuasi virginal en muchas regiones y lugares del planeta, a raíz del paro de la actividad humana en las industrias, el transporte y, en general, en todo lo que mueve el hombre en su diario comportamiento, que no suele tener límites de cuidado ambiental. Al mismo tiempo, la humanidad está más expuesta con abrumadores riesgos para su salud y miles de vidas perdidas. El sistema ambiental del que forma parte esencial el hombre, la naturaleza humana, ciertamente no puede menos que devaluarse frente a esta comprobación.

Necesitamos de un ambiente sano, equilibrado y, como lo tienen consagrados las leyes supremas que reconocen este derecho, apto para el desarrollo humano, donde el hombre pueda realizar su destino y disponer de un entorno adecuado para desarrollar su máximo potencial; llevar adelante una vida productiva y creativa de acuerdo con sus necesidades e intereses. Implica ampliar

las oportunidades para que cada persona pueda vivir una vida que valore. Necesitamos una vida en equilibrio, disfrutar de una vida larga y saludable, haber sido educado, desarrollar nuestras capacidades humanas, acceder a los recursos necesarios para lograr un nivel de vida digno y poder participar en la vida de la comunidad, con respeto pleno por la Naturaleza y las especies que habitan el planeta.

Aunque el abordaje exhaustivo de esta temática en particular excede el propósito del presente trabajo, debemos expresar que, pese a las esperanzadoras imágenes de un Mundo que puede y debe bajar su contaminación como todos deseamos, la crisis climática seguirá su curso después de la pandemia. Y podrá agravarse. La experiencia nos muestra que luego de ciertas crisis, las emisiones de gases que tuvieron alguna merma volvieron a aumentar su volumen, con un impacto mayor para la salud humana, la seguridad y la vida, luego de la pandemia.

Los Estados, sus gobiernos, y las comunidades ciudadanas, deberán redoblar esfuerzos creativos para no suspender las iniciativas y compromisos climáticos acordados.

Sin embargo, por ahora y tal vez prematuramente se advierten signos poco alentadores en la continuidad del esfuerzo global y local para replantear la acción climática, aunque este tema tenderá a dilucidarse en la medida que los países y sus gobiernos asumen la tarea de volver a poner en marcha sus economías en los tiempos venideros. Con razón se ha dicho que “los gobiernos tienen una obligación de derechos humanos de proteger a las personas del daño ambiental, y esto incluye el deber de abordar el cambio climático.”

Se trata obviamente de una de las cuestiones más conectadas y sensibles de la Agenda mundial del Desarrollo Sostenible y de los planes, programas y objetivos del derecho ambiental del Siglo XXI.

XV. Líderes

En la palabra de líderes espirituales cuyas reflexiones y enseñanzas refieren a los temas que aquí tratamos, parece oportuno traer a consideración el pensamiento de líderes religiosos que han dejado su testimonio para profundizar en los mismos.

En su Encíclica *Laudato Si* (Punto 6) el Papa Francisco refiere a su predecesor Benedicto XVI, quien renovó la invitación a «eliminar las causas estructurales de las disfunciones de la economía mundial y corregir los modelos de crecimiento que parecen incapaces de garantizar el respeto del medio ambiente». Recordó que el mundo no puede ser analizado sólo aislando uno de sus aspectos, porque «el libro de la naturaleza es uno e indivisible», e incluye el ambiente, la vida, la sexualidad, la familia, las relaciones sociales, etc. «la degradación de la naturaleza está estrechamente unida a la cultura que modela la convivencia humana» El Papa Benedicto nos propuso reconocer que el ambiente natural está lleno de heridas producidas por nuestro comportamiento irresponsable. También el ambiente social tiene sus heridas. Pero todas ellas se deben en el fondo al mismo mal, es decir, a la idea de que no existen verdades indiscutibles que guíen nuestras vidas, por lo cual la libertad humana no tiene límites ... «el hombre no es solamente una libertad que él se crea por sí solo. El hombre no se crea a sí mismo. Es espíritu y voluntad, pero también naturaleza» ... la creación se ve perjudicada «donde nosotros mismos somos las últimas instancias... El derroche de la creación comienza donde no reconocemos ya ninguna instancia por encima de nosotros, sino que sólo nos vemos a nosotros mismos». Prosigue en el punto siguiente, Unidos por una misma preocupación (7). Estos aportes de los Papas (antes Juan XXIII, Pablo VI, Juan Pablo II) recogen la reflexión de innumerables científicos, filósofos, teólogos y organizaciones sociales que enriquecieron el pensamiento de la Iglesia sobre estas cuestiones. Pero no podemos ignorar que, también fuera de la Iglesia Católica, otras Iglesias y Comunidades cristianas –como también otras religiones- han desarrollado una amplia preocupación y una valiosa reflexión sobre estos temas que nos preocupan a todos ... y cita el aporte del querido Patriarca Ecuménico Bartolomé, quien se ha referido particularmente a la necesidad de que cada uno se arrepienta de sus propias maneras de dañar el planeta, porque, «en la medida en que todos generamos pequeños daños ecológicos», estamos llamados a reconocer «nuestra contribución –pequeña o grande- a la desfiguración y destrucción de la creación»... «Que los seres humanos destruyan la diversidad biológica en la creación divina; que los seres humanos degraden la integridad de la tierra y contribuyan al cambio climático, desnudando la tierra de sus bosques naturales o destruyendo sus zonas húmedas; que los seres humanos contaminen las aguas, el suelo, el aire. Todos estos son pecados». Porque «un crimen contra la naturaleza es un crimen contra nosotros mismos y un pecado contra Dios».

Más adelante Francisco sostendrá "... Nunca hemos maltratado y lastimado nuestra casa común como en los últimos dos siglos. Pero estamos llamados a ser los instrumentos del Padre Dios para que nuestro planeta sea lo que él soñó al crearlo y responda a su proyecto de paz, belleza y plenitud. El problema es que no disponemos todavía de la cultura necesaria para enfrentar esta crisis y hace falta construir liderazgos que marquen caminos, buscando atender las necesidades de las generaciones actuales incluyendo a todos, sin perjudicar a las generaciones futuras. Se vuelve indispensable crear un sistema normativo que incluya límites infranqueables y asegure la protección de los ecosistemas, antes que las nuevas formas de poder derivadas del paradigma tecnoeconómico terminen arrasando no sólo con la política sino también con la libertad y la justicia. (Capítulo I, Punto VI, 53).

XVI. Final

La Pandemia nos ha puesto frente a la necesidad de expresar nuestra percepción desde distintos abordajes, con miradas y enfoques diversos, que ayuden en lo posible a situarnos en relación a este fenómeno no deseado, pero que nos pone de cara a esta realidad insondable y a un nuevo reto para la creatividad humana.



