

ISSN 2408 - 4581



REVISTA DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO

número
//07
junio / 2020

Sumario

Herramientas jurídicas informales y formales para buscar una salida ante una insolvencia generalizada	3
COVID-19 y sus efectos. Imprevisión contractual. Algunas cuestiones prácticas	6
Desde Misiones a una protección federal ante lo injusto en el contexto de la pandemia	11
El derecho a la vivienda adecuada y su rol central ante la pandemia de la COVID-19	15
Prisión domiciliaria en tiempos de pandemia	23
Razonabilidad de las sentencias judiciales en tiempos de COVID-19	25
Una mirada a la violencia de género en tiempos de aislamiento social preventivo: características y recursos en la provincia de Misiones	27

STAFF

Rector
Dr. Ricardo Biazzi

Secretaría de Extensión
Lic. Gabriela Lichowski

Director de Abogacía
Dr. Juan Manuel Lezcano

Coordinador de la revista
Esc. Rafael Osudar

Editorial UGD
Esp. Paola A. Torres B.

Diseño y Diagramación
Brutal Creativos

ISSN 2408-4581

Editorial

Herramientas jurídicas informales y formales para buscar una salida ante una insolvencia generalizada

Por Emilio C. Joulíá

Abogado. Esp. Nacional en Tributación

¿Cuál es el carácter y la gravedad de la crisis económico-financiera que sufre el comercio y el empresariado misionero, y qué medidas de protección extrajudiciales o judiciales podrían ser una salida?

El grado de vulnerabilidad en que se muestra el comercio y empresariado misionero es altísimo, indicando en muchísimas actividades y casos "cesación de pagos", por lo cual la oferta de los "remedios" judiciales o extrajudiciales es completa.

De máxima conviene advertir que se produce "cesación de pagos" cuando el patrimonio del afectado carece de disponibilidad de crédito y no puede atender sus obligaciones exigibles. No es un mero desequilibrio nominal del activo y pasivo, ni tampoco una cuestión de insuficiencia.

Se mide confrontando el pasivo circulante o corriente, con el activo de igual naturaleza, (art.63.inc.4to. de la Ley General de Sociedades) concretamente es un tema de "caja", si no hay flujo de fondos suficientes la situación es de "cesación de pagos" y se habilitan todas las herramientas del plan b.).-

De mínima se presentan en todo el espectro comercial y empresarial misionero, graves dificultades financieras y económicas que estarían habilitando "acuerdos preventivos extrajudiciales" entre el deudor y sus acreedores, muchos ya en plena negociación.

Hoy no existe dinero líquido suficiente, ni tampoco bienes realizables, el comercio y la actividad empresarial se presentan como NO RENTABLES NI SOLVENTES.

¿Qué herramientas ofrece el derecho argentino para el comercio y las empresas, afectadas por los efectos económicos y financieros de la COVID-19?

Debe partirse de la base que ninguna norma general ni especial prevé como hechos reveladores de la cesación de pagos (art. 79 de la Ley de Concursos y Quiebras) el "Estado de necesidad" o la "Fuerza mayor, por efectos del COVID 19 causa exógena determinante de la actual situación de crisis.

Los canales legislados para reorganización de las empresas y su economía Precrisis, durante y post crisis, son los:

MECANISMOS

DEREORGANIZACIÓN INFORMALES -ACUERDOS PRECONCURSALES-

Privados, no judiciales en los cuales el deudor y alguno de sus acreedores o todos, negocian y acuerdan sobre sus obligaciones y créditos impagas. Son obligatorios solamente para quienes nos suscriben, y se rigen por la legislación ordinaria sobre contratos, sus ventajas son la informalidad, la rapidez y su economía porque se evitan costos judiciales. Su contra es la prentoriedad y la oportunidad porque si no resuelven la situación de la empresa, cualquier acreedor no conforme puede pedirle la QUIEBRA.

MECANISMOS DE REORGANIZACIÓN FORMALES

1. Procedimiento preventivo de crisis

El Procedimiento Preventivo de Crisis (PPC) es un mecanismo tendiente para prevenir despidos tempranos interviniendo el Ministerio de Trabajo como mediador frente a las partes en dicho procedimiento.

Es obligatorio y previo al despido de personal por razones de falta o disminución de trabajo o causa mayor.

Hoy, ante los ante la ley especial que prohíbe los despidos y los DNU-COVID 19, solo quedan las suspensiones consensuadas, con posibilidad de pactar asignaciones no remunerativas que se fundaren en las causales de falta de trabajo no imputable al empleador o fuerza mayor debidamente comprobada, pacto que está sujeto a la homologación de la autoridad administrativa (Ley 20744, artículo 223 bis).

2. El acuerdo preventivo extrajudicial - APE o concurso preventivo abreviado (Arts. 69 a 76 de la Ley de Concursos y Quiebras) que posibilita acuerdos sin recurrir plenamente a la justicia, no tiene síndicos ni comités

de control, y como beneficio son obligatorios para acreedores firmantes y no firmantes, si resultan homologados y comunicados debidamente.

3. El concurso preventivo judicial

(Capítulo II arts. 5to. al 101), que permite al deudor insolvente reorganizar la estructura financiera de su pasivo y, si tiene actividad comercial o empresarial, lo haga de modo que prevenga la quiebra y solucione las causas de su situación de incumplimiento. Sus ventajas son que rápidamente pone en stand by la totalidad de su deuda anterior y el "parate" de los juicios en su contra. Sus desventajas los costos de transitar la justicia y la poca flexibilidad de la estructura legal.

4. El salvataje o *cramdown argentino*

(Art. 48 de la Ley de Concursos) para evitar las quiebras liquidativas de las sociedades por acciones, SRL. Sociedades Cooperativas y Sociedades con participación estatal, les permite a terceros acreedores o no, renegociar otras propuestas de pago, pudiendo incluso comprar las empresas en crisis. Los beneficios apuntan a la conservación de la fuente de trabajo y a la defensa de la actividad empresarial.

5. La quiebra

(Capítulo III, arts. 77 a 250 de la Ley de Concursos). Es la peor de todas porque significa la liquidación y venta del patrimonio insolvente, repartiendo luego de un largo proceso judicial "migajas" a los acreedores que sobrevivan. No tiene ventajas ni beneficios y puede general "Quiebras en cascada", destruyendo enormes capas del sistema empresarial y social.

Reitero, cualquiera de las opciones del plan b-) viabilizadas correctamente, obligan a una suspensión de juicios y prohibición de iniciar nuevas acciones de contenido patrimonial en contra del deudor (art.21 de la Ley de Concursos), incluyendo el FISCO.

No debe olvidarse entre otro de los

riesgos para las sociedades comerciales, que es causal de su disolución la "pérdida de su capital social" (Art. 94.inc.5to. de la LGS), producido cuando la pérdida insume la cuenta "capital" y la de "ajuste de capital". Y, esto se avecina y pronostica como ocurrente, en el escenario actual, sin posibilidades para los socios de pedir prestado para aumentar dicho capital o reintegrarlo.-

Dentro de la categoría de instrumentos o mecanismos formales, cabe tener muy en cuenta que todos estos problemas se pueden encauzar dentro del ámbito de una negociación tales como el arbitraje o el juicio de amigables componedores, que se encuentra incluido dentro del Código Procesal Civil, Comercial de Familia y Violencia Familiar (CPCCF y VF; Libro VI, arts. 764 y ss.), resultando a tales fines de particular interés el contrato de arbitraje regulado por el capítulo 29 del Código Civil y Comercial.

Para ello los especialistas que asesoren cuentan con las medidas tomadas luego de la crisis del 2001-2002- que entre ellas decidieron:

Ampliar del período de exclusividad otorgado al deudor para formular propuestas de acuerdo preventivo a un período máximo, a ser fijado por el juez, de entre 180 y 360 días, y para los procesos concursales que ya habían sido presentados fue extendido por 180 días.

Eliminar la prohibición de ofrecer un acuerdo que contemple pagos a acreedores quirografarios por menos del 40% del monto original de la deuda.

Extender al fiador o codeudor solidario los alcances de la nueva obligación resultante del acuerdo preventivo homologado

Suspender por casi un año la ejecución de garantías de obligaciones financieras que permitían la transferencia del control de sociedades concursadas o sus subsidiarias.

Ampliar por un año el plazo para el cumplimiento de obligaciones asumi-

das por los deudores en los acuerdos concursales homologados, y también suspendieron las ejecuciones en el marco de los concursos preventivos por un año.

A fin de evitar quiebras en masa, se suspendieron por 180 días los pedidos de quiebra.

Se disminuyó la tasa de justicia, estipulándola en el 0,75% (cero setenta y cinco por ciento) del importe de todos los créditos verificados comprendidos en el acuerdo preventivo. Sin embargo, cuando dicho importe superara la suma de \$100.000.000 la tasa aplicable se fijó en 0,25% (cero veinticinco por ciento) sobre el excedente de dicho importe.

Asimismo se estipuló que la AFIP concediera a los procesos concursales, con carácter general, planes de pago de hasta diez (10) años.

Se estableció la suspensión por el plazo de ciento ochenta (180) días contados a partir de la vigencia de la presente, la totalidad de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales, incluidas las hipotecarias y prendaria.

Se suspendieron por ciento ochenta (180) días las medidas cautelares trabadas y se prohibieron el dictado de nuevas medidas cautelares sobre aquellos bienes que resulten indispensables para la continuidad de las actividades relacionadas con el giro habitual del deudor. En ese marco se suspendieron asimismo el plazo las ejecuciones fiscales y medidas cautelares a que se refiere el artículo 92 de la Ley 11.683,

Se derogó durante la vigencia de la ley, el proceso de *cramdown* por el que terceros pueden adquirir forzosamente las acciones de empresas concursadas

Finalmente, en cuanto al acceso al crédito, se dispuso que el Banco Central de la República Argentina procediera a reglamentar la eliminación de toda restricción que de cual-

quier modo impidiese, obstaculizare o encareciere el acceso al crédito de las personas físicas y/o jurídicas concursadas. Se dispuso además que el Banco Central de la República Argentina instrumentase una línea de redescuentos, destinada a las entidades financieras que asistieren a las empresas concursadas, lo que tendría por efecto asegurar a los concursados el acceso a créditos y avales suficientes para formular una propuesta de acuerdo a sus acreedores, considerada razonable y viable por la entidad bancaria a cuyo cargo se encontraba la asistencia crediticia.

Se estableció además que las empresas concursadas y aquellas en quiebra con continuidad empresarial, podrían contratar libremente con el Estado nacional.

También deberían considerarse junto con otras medidas necesarias para atacar los efectos de esta emergencia, la exclusión de los créditos fiscales quirografarios de la base del cómputo de las mayorías requeridas para la aprobación de los concursos.

La insuficiencia de la ley concursal para resolver la problemática de la insolvencia de las personas físicas –no comerciantes–, comienza a verificarse y tener recepción en nuestra jurisprudencia. Así, a partir de un pedido de quiebra de un profesor de secundario de la provincia de Buenos Aires, rechazado en primera instancia por falta de activo, con fundamento en el abuso del derecho (Art. 1071 del Cód. Civil) el tribunal señaló -con cita de Kemelmajer de Carlucci- que desde hace más de treinta años, en la Argentina, los concursos dejaron de ser una figura exclusivamente mercantil; por el contrario el sistema comprende a comerciantes y no comerciantes, artesanos, empleados, ama de casa, jubilados, grandes y pequeños deudores¹.

De modo que -continúa el prece-

dente citado- *si a este grupo desventajado se les cierra la vía concursal, se los perpetúa en una situación de padecimiento que el sistema de orden público protectorio no puede permitir* –este último párrafo recoge una cita del voto conjunto los Drs. Lorenzetti y Zaffaroni referido al orden público protectorio del consumidor, que resulta aplicable al presente, C.S.J.N in re “Rinaldi...”, del 15/3/07, La Ley 2007-B, pág. 413-. (...)”

Vemos, entonces que la legislación de fondo presenta serias deficiencias respecto del principio protectorio que consagra el artículo 42 de la Constitución Nacional, vale recordar, en estos términos:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control...”

En definitiva, esta situación amerita que sea atendida mediante la adecuación de la normativa de los “pequeños concursos”, máxime en vista a la situación crítica que generará la pandemia que acentuará el descalabro económico - financiero que afecta a este amplio universo de deudores, que como ya señalamos no sólo son los consumidores y que, globalmente considerado, tiene una incidencia notable en la economía de un país.

¹ Ver fallo de la Cam. Civ. y Com. de Necochea, sent. del 19/9/13. “C.J.A. s/ quiebra” con nota de Vinti, Angela M. “El anacrocismo del sistema concursal argentino frente al consumidor como sujeto insolvente publicado en LLBA, 2014, (mayo), pag. 355.

COVID-19 Y SUS EFECTOS. IMPREVISIÓN CONTRACTUAL. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS

Por Denis Ramón Gimenez.

Abogado, Especializando en
Derecho Procesal de UGD.

INTRODUCCIÓN

En los contratos conmutativos o aleatorios -por regla onerosos- la proporcionalidad económica de las prestaciones constituye la base de las relaciones obligacionales. Difícilmente una persona en pleno uso de sus facultades accederá a contratar sabiendo que, durante el curso de ejecución, alguna de las prestaciones contractuales sufrirá una variación significativa en su perjuicio. Sin embargo, los imprevistos ocurren y en muchas ocasiones, por más previsores que puedan ser las partes en la delimitación de sus obligaciones, circunstancias externas al contrato resquebrajan el equilibrio contractual pactado.

No cabe duda de que la pandemia de la COVID-19 y sus efectos, tanto en lo sanitario como económico, ha dinamitado la posibilidad de cumplimiento de una innumerable cantidad de contratos y fundamentalmente, modificó de manera abrupta las condiciones en que las partes habían previsto la realización de lo pactado.

Seguidamente, intentaremos desandar algunas de las aristas poco tratadas de uno de los institutos jurídicos que adquieren gran relevancia en esta coyuntura, debido a su aplicación práctica en el ámbito contratos cuyas prestaciones deben ejecutarse en estos tiempos convulsionados. Se trata del instituto de "La Imprevisión" o también conocida como "excesiva onerosidad sobreviniente."

BUENA FE Y NOCIÓN E EQUILIBRIO

Todo contrato nace para ser cumplido y ello es regla en el derecho argentino¹. Sin embargo, el ordenamiento jurídico, no puede quedar indiferente ante situaciones en donde la aplicación estricta de la regla mencionada se constituye en una evidente causal de injusticia.

El principio de buena fe nos orienta a presumir la existencia de un equilibrio o armonía entre las prestaciones y contraprestaciones contractuales. Cuando esa proporcionalidad o equilibrio se ve alterada por circunstancias ajenas a las partes, perjudicando ostensiblemente el cumplimiento de una de las mismas, volviéndola más compleja o disvaliosa, corresponderá corregir ese desequilibrio o resolver el contrato. Se trata de una solución de justicia contractual². Como lo expresara Cossio: "la buena fe que como verdad de conducta exige cumplir lo pactado, es la misma que exige cumplirlo dentro de la situación que da sentido al pacto, pero no fuera de ella cuando su sentido ya sería otro por esa causa"³.

Por otro lado, se ha sostenido que la base del negocio jurídico se puede ver perturbada en dos supuestos: En primer término, "cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación presupuesta en el contrato se ha destruido en tal medida que no puede hablarse racionalmente de 'contraprestación'" y en segundo lugar,

1 Código Civil y Comercial de la Nación (2015) art. 959.

2 Lorenzetti R. L. (Dir.) (2015) "Código Civil y Comercial de la Nación comentado" t.6 1ª Ed. (p. 226) Santa Fe: Rubinzal-Culzoni; Caramelo G.; Picasso S.; Herrera M. (2015) Código civil y comercial de la Nación comentado. T. 3. 1º ed. (p. 489) CABA: Infojus.

3 "Cossio, Nota sobre la teoría de la imprevisión, LL, 100-921 (ed. electrónica, p. 4)." citado en Bueres, A.J. (2018). Código Civil y Comercial, t. 3C. (1ª Edición). Hammurabi. (p. 439)

"cuando la común finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible"⁴. En el primer caso, (afectación de las prestaciones) se aplicará el instituto en análisis art. 1091 CCyC: mientras que en el segundo (afectación de la finalidad), corresponderá aplicar aquel previsto en el art. 1090 del mismo cuerpo legal, el cual analizaremos en otra ocasión.

Las partes contratan en el marco de una determinada base objetiva, sobre la cual, pueden prever mínimamente las consecuencias de las obligaciones que asumen. En ese contexto, cuentan con algunas certezas, las cuales les permiten asumir riesgos y expectativas, en función a aquello que habitual y ordinariamente ocurre desde ese punto de partida. Este es el fundamento fáctico de la relación contractual, entendida como el "conjunto de circunstancias y estado general de las cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, —según el significado de las intenciones de ambos contratantes— pueda subsistir como regulación dotada de sentido"⁵.

Los contratantes prestan su consentimiento en un momento histórico determinado, en una coyuntura precisa, por lo cual debe entenderse, que la extensión de ese consentimiento se encuentra acotada en función a la percepción de la realidad que tenían en ese momento, razón por la cual,

la excesiva onerosidad de una prestación devenida por la producción de un hecho extraordinario, sobreviniente y ajeno a las partes, trasciende el consentimiento prestado, por la modificación exógena de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de su otorgamiento, excediendo el marco contractual.⁶

Entendemos que este es el punto de partida para la interpretación del art. 1091 del CCyC. Ello atento a que el mismo requiere para la aplicación del instituto, la existencia de una alteración extraordinaria de las "circunstancias existentes al tiempo de su celebración".

No cabe duda de que la emergencia sanitaria y la legislación dictada en consecuencia, constituyen eventos extraordinarios, sobrevinientes, ajenos a las partes y al riesgo por ellos asumido, que pueden alterar las circunstancias fácticas tenidas en cuenta al momento de contratar.

IMPREVISIBILIDAD, POSTURAS.

Según la doctrina mayoritaria, habrá que determinar en el caso concreto y conforme al tiempo de celebración del contrato, el grado de previsibilidad con que contaban las partes al momento de obligarse, atento a que, si bien el CCyC no exige expresamente la imprevisibilidad del evento extraordinario, como si lo hacía el CC⁷, entienden que la extraordinariedad del hecho sobreviniente implica necesariamente su

imprevisibilidad y contrario sensu, de ser previsible, no será extraordinario⁸. Por otro lado, Coincidimos con la postura de Molinero quien entiende que "no es menor que en la actual redacción haya desaparecido toda alusión a la "previsibilidad" de aquello que lleva al cambio a las circunstancias; a la vez que el carácter extraordinario califica al cambio en sí, pero no a los hechos que llevaron al mismo." Para el mismo autor, el instituto procede "por el simple hecho de que se produzca un desajuste excesivo y ajeno a las partes que, en definitiva, no deja de ser una "alteración extraordinaria de las circunstancias existentes"⁹. El carácter excesivo de la onerosidad, no atribuible al actuar de la afectada y ajeno al riesgo propio del negocio jurídico, serán los elementos determinantes para establecer la aplicación del instituto. En el mismo sentido, Mosset Iturraspe enseñaba varios años atrás que "Las doctrinas modernas, en orden a la revisión correctora con base en circunstancias sobrevinientes, son hoy menos exigentes, pues parten de un desequilibrio "no querido", contrario a los "motivos causalizados, que viene a desquiciar el contrato"¹⁰. Las partes, no son más que víctimas de los acontecimientos cuyo carácter extraordinario se verifica en el desequilibrio prestacional, no en los hechos que le dan lugar.

4 Larenz, Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato, trad. de Fernández Rodríguez, 2002, p. 210, citado en Bueres, A. J. (2018). Código Civil y Comercial, t. 3C. (1ª ed.) (pp. 437,438) CABA: Hammurabi.

5 Larenz, Karl, Base del Negocio Jurídico y cumplimiento de los contratos, trad. de C. Fernández Rodríguez Madrid, 1956, p. 500. citado en Zannoni, E. (2007). "Desequilibrio Contractual y la Renegociación del Contrato" Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007-1, (p. 89)

6 Bueres, A. J. (2018). Código Civil y Comercial, t. 3C. (1ª Edición). Hammurabi. (p. 438)

7 Código Civil Argentino (1869) modificado por ley 17.711 (1968) art. 1198

8 Sánchez Herrero, Andrés (2019) "La imprevisión Contractual", La Ley, CABA. p. 143-164; Ghersi A. C. (2017) "Manual de contratos Civiles, Comerciales y de Consumo", (4ta. Ed.) p. 204. CABA: La Ley; Medina, G. (2020) "Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de Derecho comparado" (p. 4). CABA: La Ley.

9 Bueres, A. J. (2018). Código Civil y Comercial, t. 3C. (1ª ed.). CABA: Hammurabi. p. 456

10 Mosset Iturraspe, J. (2007) "La teoría de la corrección del contrato con base en el desequilibrio contractual", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2007-1, p.17, nota 29.

EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

Otro presupuesto para la aplicación del instituto ronda en torno la exigencia de que *"la prestación de una de las partes se haya vuelto excesivamente onerosa"*. La delimitación de los términos "excesivo" y "oneroso" ha sido dejada en manos del juzgador¹¹, a fin de facilitar su aplicación concreta en cada caso. La excesiva onerosidad¹² de la prestación debe surgir per se, cualquiera fuere el deudor, con total prescindencia de su condición económica o el efecto que pudiera tener el cumplimiento en su patrimonio¹³.

El equilibrio que se presume en las relaciones contractuales, no se asemeja al que surge de una ecuación matemática, sino que es aquella resultante de todos los aspectos objetivos y subjetivos tenidos en cuenta por las partes al momento de contratar. No se trata de exigir una equivalencia económica perfecta de prestaciones, más bien, una proporcionalidad razonable de las mismas al momento de su celebración. Es por ello, que a los fines de determinar si una prestación se ha vuelto excesivamente onerosa, tendrá que verificarse el punto de equilibrio

inicial y a partir de ella, constatar el grado de alteración que se ha producido en el mismo.

Sabido es que la prestación debe ser susceptible de una valoración económica¹⁴, por lo tanto, sería posible intentar una valuación en función a valor en dinero de la prestación y contraprestación. Otra pauta recomendada cuando se trata de relaciones contractuales entre particulares es *"emplear los niveles de ingresos y el poder de compra efectivo"*¹⁵ de cada una de las partes y su relación con el costo de la prestación. Esta última pauta goza de la sencillez que le brinda el sentido común. Para un particular, no es lo mismo comprometer un equivalente al 20% de sus ingresos mensuales, que el 50% de los mismos.

Por otro lado, sabemos que raramente las prestaciones tendrán un idéntico valor en términos económicos¹⁶, por lo que debe recurrirse al concepto de equivalencia o equilibrio de las prestaciones en sentido subjetivo/objetivo, esto es: no acudir al valor económico de la prestación como único elemento de análisis, sino a la relación de equilibrio que las partes entendieron como justas al momento de la conclusión del contrato.

Tampoco se trata de verificar si el porcentaje de desequilibrio económico aceptado como justo por las partes se ha sostenido en el tiempo, lo cual puede ocurrir si el valor de ambas prestaciones se ve afectado en idénticas proporciones, sino que la prestación de una de las partes se haya tornado desmesuradamente gravosa para quien deba cumplirla. Lo que se pierde es *"la proporción entre el valor que se esperaba pagar o recibir y el que se pretende recibir o pagar."*¹⁷ La prestación es perfectamente posible, pero se ha vuelto mucho más costoso, afectando *"la relación entre valores económicos."*¹⁸ De allí que el texto del art. 1091 haga referencia a que el desequilibrio afecta a *"la prestación a cargo de una de las partes"*.

HIPÓTESIS DEL EXCESIVO EMPOBRECIMIENTO

Nótese que el texto establecido por el legislador hace referencia a las "partes" y no deudor *"esto es así porque el perjudicado en una situación como la descrita (en la norma) puede ser perfectamente el acreedor,"*¹⁹ cuando el valor de la contraprestación que ha de recibir se ve devaluada o disminuida al extremo de desvirtuarse el equilibrio

11 Trebucq, Francisco José. Teoría de la Imprevisión, Tesis Doctoral. Sapienza, Facoltà Di Economía, Universitade Roma, (p. 86)

12 La excesiva onerosidad puede comprender al menos las siguientes posibilidades: 1) Que haya aumentado el valor del sacrificio, permaneciendo inalterado el de la ventaja. 2) Que permanezca idéntico el valor del sacrificio, pero disminuya el de la ventaja. 3) Que ambos valores se alteren en sentido inverso, es decir, subiendo uno y disminuyendo el otro. 4) Que ambos valores se alteren experimentando alzas o bajas en simultáneo" "Gregorini Clusellas, La imprevisión y su aplicación a la compraventa de inmuebles por hiperinflación, LL, 1990-B-900 (ed. electrónica, p. 2). López de Zavalía, Teoría de los contratos, 1997, t. I, p. 725" citado en Bueres Alberto J. (2018). Código Civil y Comercial, t. 3C. (1ª ed.) CABA: Hammurabi. p. 447.

13 Ghersi, Carlos A. (2017) Manual de contratos (4ta. Ed.) p. 204; en el mismo sentido: Aparicio, J. M. (2016) "La Imprevisión y la Proyectoada Reforma", Revista de Derecho Privado y Comunitario. Cita online: RC D 761/2016. Rubinzal-Culzoni.

14 Código Civil y Comercial de la Nación (2015) art. 725.

15 Bueres Alberto J. (2018). Código Civil y Comercial, t. 3C. (1ª ed.). Hammurabi. p. 448

16 "El concepto de equivalencia, (...) no debe tomarse en su sentido económico y absoluto; más bien debe ser entendido en el sentido de la igualdad de valor que las partes atribuyen a los objetos de las referidas prestaciones, de modo que ellas las consideran equivalentes, "las miran como tales". A. Pino, La excesiva onerosidad de la prestación, trad. de F. Mallol, Barcelona, 1959, citado por Mosset Iturraspe, J. (2016) "La Frustración del Contrato: Nociones. Semejanzas Y Diferencias" Revista de Derecho Privado y Comunitario. (p. 470) Cita online: RC D 1627/2017. Rubinzal-Culzoni.

17 Leiva Fernández, Luis (2017); "Tratado de los Contratos", t.2 (1ra. Ed.) p. 315. – CABA: La Ley.

18 Ghersi, Carlos A. (2017) "Manual de contratos" (4ta. Ed.) p.181 CABA: La Ley; Leiva Fernández (2015) "La frustración de la causa fin del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación" Suplemento Especial Contratos; (p. 289) CABA: La Ley.

19 Prieto Molinero, R. J. (2017) Las Vicisitudes del Contrato y su Regulación en el Código Unificado. Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2016-3. Cita: RC D 1626/2017.

pactado²⁰. Como señala Prieto Molinero, tal situación implica un “excesivo empobrecimiento” para el vendedor y un “excesivo enriquecimiento” para el comprador. Por lo pronto, entendemos que la onerosidad²¹ puede medirse tanto en términos positivos como negativos, en tanto que implican una gravosidad inusitada en la prestación de una de las partes con relación a la contraprestación que recibe, por lo cual, la hipótesis es perfectamente alcanzada por la normativa.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

El instituto en análisis solo tiene asidero en aquellos contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, y que no hayan sido agotados al momento de presentarse la alteración inusitada en el valor de las prestaciones, razón por la cual, la norma lo declara aplicable únicamente a los contratos conmutativos y aleatorios, de ejecución diferida o permanente. De la clasificación precitada, podría deducirse que el instituto no se aplica a los contratos gratuitos, atento a que los conmutativos y aleatorios son especies del contrato oneroso, art. 968 CCyC. Sin embargo, destacada doctrina sostiene que el requisito de la onerosidad ha sido suprimida de la letra del CCyC a diferencia de lo que ocurría en el art. 1998 del CC, por lo cual, nada obstaría a su aplicación a estos contratos²²; mientras otros los consideran excluidos, pero denostando la exclusión como arbitraria²³. Por nuestra parte, coincidimos con los fundamentos de Sánchez Herrero (2018)²⁴ en que habrá

que hacer una adaptación metodológica, atento a que “la excesiva onerosidad no se aprecia ponderando el desequilibrio con una contraprestación (...), sino contrastando el valor actual de la prestación prometida con su valor al tiempo de la celebración del contrato” pese a lo cual, su aplicación a los contratos gratuitos no tiene por qué ser excluida. Esta interpretación la que mejor se adapta a la finalidad propia del instituto, que no es otra que la de evitar que “una de las partes pague las consecuencias de un descalabro económico en las prestaciones del contrato por causas ajenas a sus posibilidades efectivas de actuación”²⁵.

CONCLUSIÓN

Como enseña Saleilles, el contrato es un instrumento de solidaridad jurídica.²⁶ El fin último de la imprevisión, es evitar que un contratante deba sufrir las consecuencias disvaliosas producidas en el ámbito interno del contrato, por circunstancias externas a su actuación, siempre que ellas se encuentren fuera del riesgo propio del negocio jurídico.

El concepto de base objetiva, su alteración extraordinaria, el equilibrio de prestaciones entendido ab initio en los contratos, hoy se encuentran más claros que otrora en el texto del CCyC, razón por la cual, debemos recurrir a ellas a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación del instituto.

La significativa casuística que nos dejará la pandemia generará discusiones doctrinarias que nos permitirán ir perfilándolo cada vez con

mayor exactitud el alcance propio de la excesiva onerosidad sobreviniente. A ello apuntamos nuestros esfuerzos en estas líneas y esperamos generar el mismo interés en el lector.

20 Prieto Molinero, R. J. (2017); op cit. no deja el siguiente ejemplo: “baste recordar que uno de los clásicos en tiempos de crisis lo constituyen las compraventas inmobiliarias donde los adquirentes pretenden pagar con moneda completamente devaluada y a valor nominal por una vivienda que, más allá de las fluctuaciones del mercado, mantiene su valor real.”

21 Diccionario de la Lengua Española. Oneroso: 1. adj. Pesado, molesto o gravoso.

22 Leiva Fernández, L. (2017) Tratado de los Contratos t. 2 (1a. ed.) p. 335 CABA: La Ley

23 Bueres Alberto J. (2018). Código Civil y Comercial, t. 3C. p. 442 (1ª ed.). CABA: Hammurabi.

24 Sánchez Herrero, A. (2018). Tratado de Derecho Civil y Comercial. t. 4(2º ed.) pp. 1200-1205 CABA: La Ley.

25 Bueres, A. J. (Dir.) (2018). Código Civil y Comercial, t. 3C. p. 4421ª ed. CABA: Hammurabi.

26 González, J., Tinti, G. (2005). “Conservación del contrato: la renegociación y la revisión” disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/daoco50052-gonzalez-conservacion_contrato_renegociacion_revision.htm

BIBLIOGRAFÍA

- Aparicio, J. M. (2016) *La Imprevisión y la Proyectada Reforma*. Rubinzal-Culzoni. Cita online: RC D 761/2016.
- Bueres, A. J. (2018). *Código Civil y Comercial*, t. 3C. CABA: Hammurabi.
- Caramelo G.; Picasso S.; Herrera M. (Dir.) (2015) *Código civil y comercial de la Nación comentado*. t. 3. CABA: Infojus.
- Ghersi, C. A. y Weingarten, C. (2017) *Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo*. CABA: La Ley.
- González, J. E. y Tinti, G. (2005). Conservación del contrato: la renegociación y la revisión: http://www.saij.gob.ar/doctrina/daoc050052-gonzalez-conservacion_contrato_renegociacion_revision.htm
- Leiva Fernández, L. (2015) "La frustración de la causa fin del contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación" *Suplemento Especial Contratos*; CABA: La Ley.
- Leiva Fernández, L. (2017) *Tratado de los Contratos t. 2* CABA: La Ley
- Lorenzetti R. L. (Dir.) (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado t. 6*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni
- Medina, G. (2020) Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de Derecho comparado. *Revista Jurídica La Ley*. CABA: La Ley.
- Mosset Iturraspe, J. (2007) La teoría de la corrección del contrato con base en el desequilibrio contractual. *Revista de Derecho Privado y Comunitario 2007-1*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J. (2016). La Frustración del Contrato: Noción. Semejanzas y Diferencias. *Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2016-3*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Prieto Molinero, R. J. (2017); Las Vicisitudes del Contrato y su Regulación en el Código Unificado. *Revista de Derecho Privado y Comunitario. 2016-3*. Cita online: RC D 1626/2017. Rubinzal-Culzoni.
- Sánchez Herrero, A. (2018) *Tratado de derecho civil y comercial. T. 4*. CABA: La Ley.
- Sánchez Herrero, A. (2019) *Contratos: La imprevisión Contractual*. CABA. La Ley.
- Trebucq, F. J. (S.F.) *Teoría de la Imprevisión*, Tesis Doctoral. Sapienza, Facoltà Di Economía, Università de Roma.

DESDE MISIONES A UNA PROTECCION FEDERAL ANTE LO INJUSTO EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA

Análisis del fallo que declara nulo un despido con invocación de causa: "Expte N° 36894/20 ESPINOZA JOSE ALFREDO C/ TM SA S/ Autosatisfactivas" Juzgado Laboral N° 2 de la ciudad de Posadas - Misiones.

Por Valeria Mariana Soczyuk.

Abogada. Especialista en derecho laboral y accidentes de trabajo

*Qué tienes mi tierra roja
que a todas partes te llevo,
Que por más que ande caminos
me sigues con tu misterio.*
Extracto Posadeña Linda
Ramón Ayala

La justicia del trabajo, de la mano de los abogados litigantes, comienza a aplicar el DNU 329/20 que prohíbe los despidos y las suspensiones en el marco de la crisis económica y social provocada por la COVID-19. Ampliando los supuestos de hecho, priorizando la conservación del vínculo laboral, por ante la facultad de empleador de hacer uso del despido con causa, todo en miras de la justicia social.

RELATO DE LOS HECHOS DE LA ACCIÓN PLANTEADA

En fecha 28 de abril del corriente año, el Juzgado Laboral N°2 de la ciudad de Posadas, a cargo del Dr. Sebastián Mangini, falló a favor de la parte actora en cuanto DECLARÓ LA NULIDAD del despido dispuesto por TM S.A. y ORDENÓ la reinstalación del trabajador a su puesto de trabajo en las mismas condiciones en las que se encontraba al 21/04/2020 y debiendo abonarse los salarios caídos correspondientes a los días transcurridos a partir de la fecha mencionada. Bajo apercibimiento de astreintes por cada día de demora, como así de multa acorde al art. 188 CPL de la provincia de Misiones.

Lo resonante del caso en cuestión, es que la firma TM S.A había remitido comunicación en fecha 21/4/2020 en

donde comunicaba al trabajador que se encontraba extinguida la relación laboral por una supuesta causa.

Recibida la misiva, el actor procede a acercarme la carta documento. Luego de calmar las ansiedades y angustia del "nuevo desempleado", se da leída a la misma y ante las visibles falacias y falta de hechos concretos, haciendo uso de ambigüedades, sin mención de injuria alguna, se realiza la contestación de la misma.

Siguiendo al Dr. Diego Tula, "La intimación debe posibilitar la conservación del contrato de trabajo (art. 10 LCT) y tiene por objeto que el empleador conteste (Art. 57 LCT), ya sea limitándose a negar los hechos o a explicar las causas, motivos o circunstancias. Ese requerimiento debe anunciar claramente la conducta posterior que adoptara el trabajador, sea interpretando la persistencia del incumplimiento como injuria (art. 242 LCT) o como reclamo salarial (arts. 103 y ccdtes LCT)" [1]. Tal es así que en la misma: "Se ratifica la buena fe de esta parte a los fines de proseguir la relación laboral. Se niega y rechaza hecho de gravedad que no consiente la prosecución de la relación laboral, no existiendo injuria laboral identificada esta como acto u omisión contrario a derecho que importe una inobservancia de deberes de prestación o de conducta, imputable a mi parte que lesione el vínculo laboral... Asimismo se INTIMA a que en el plazo de 48 hrs de recibida la presente, procedan a dejar sin efecto el despido cursado siendo el mismo nulo atento al Decreto 329/20, no siendo justa causa la invocada por ustedes, no ajustán-

dose a las prescripciones del Art. 242 de la LCT la causal invocada, se abone salarios caídos...”

Inmediatamente despachado el telegrama laboral, se toma la decisión de interponer la acción autosatisfactiva, a los fines de que se ordene retrotraer la situación al momento anterior del acto ilícito dispuesto por la firma demandada, en clara contradicción con lo ordenado por el DNU 329/2020 decretado en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social que aqueja a nuestra sociedad, situación que se vio ampliamente agravada con la pandemia COVID-19.

El fallo comentado deja de relevancia dos cuestiones, primeramente, en materia procesal, el tipo de trámite elegido por esta apoderada y la segunda, relativa al rol del juez laboral, en cuanto a la aplicación del DNU 329/2020.

LA MEDIDA AUTOSATISFACTIVA EN LA PROVINCIA DE MISIONES. NECESIDAD DE LA INTERPOSICIÓN COMO PROCESO URGENTE-DAÑO IRREPARABLE.

Con la sanción del nuevo Código -Ley XIII. Nº 2 - del Digesto Jurídico de la provincia de Misiones en el año 2014, se logró diseñar novedosos procesos por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y la incorporación de nuevas figuras procesales, como así la reformulación de tipos de procesos, que venían a ser alternativas al trámite ordinario ortodoxo. Tal es así que nos encontramos en presencia de procesos monitorios, los cuales se encuentran bajo la figura de la tutela anticipada (Arts. 68 a 71), la acción autosatisfactiva (Arts. 216/ 7) y el abreviado laboral (Art 204).

En cuanto a la vía procesal elegida fue lo que me hizo dudar. Debía ser astuta en dicha elección porque de la misma dependía el resultado de mi pretensión. Tal fue así, que luego de

debatir y recibir sugerencias de un doctrinario al que respeto y admiro, como así de una colega amiga autora de la demanda **“Yori, Melisa vs. Adecco Argentina S.A. s. Medidas cautelares y preparatorias”** de la ciudad de Santa Fe - Dra. Luciana Merlo, se encuadro el trámite de esta anhelada demanda con una sentencia ejemplificadora.

La acción autosatisfactiva procura la posibilidad en forma inmediata de contar con los derechos que se reclaman, siendo su negativa un perjuicio irreparable. Esta es la regla básica en nuestra legislación de fondo.

El Art. 216 del CPL manifiesta: *“Regla general. Para aquellos supuestos en que, ante el peligro inminente de sufrir un daño irreparable, media urgencia en la declaración judicial y la prueba presentada, en principio, autoriza a tener por ciertas las circunstancias de hecho de las que depende la existencia del derecho del demandante, siempre que no se deduzcan conjuntamente otras pretensiones o que la procedencia del reclamo no exija mayor debate y prueba, se puede reclamar decisión judicial conforme las normas contenidas en el presente Capítulo...”* Mientras el Art. 217 regula el procedimiento, expresando: *“Admitida la procedencia formal de la acción, el Juez debe dictar resolución declarando si le asiste derecho al peticionante y, en su caso, debe mandar a cumplir con la obligación pendiente, bajo apercibimiento de lo establecido en el Artículo 188. La parte demandada debe ser notificada por cédula en su domicilio real y puede interponer contra aquella, recurso de revocatoria con apelación en subsidio. No corresponde admitir otra prueba que no sea la documental agregada al deducir la acción o al plantear el recurso. El Juez debe resolver dentro del plazo de cinco (5) días. La apelación debe ser concedida con efecto devolutivo.”*

En cuanto a la procedencia de la acción entablada, el juez de la causa expresa: *“En ese marco el peligro*

inminente de sufrir un daño irreparable puede advertirse claramente por el carácter definitivo de la decisión rupturista patronal, que se perfeccionara en el contexto de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social dispuesta por la ley 27.541, ampliada mediante el Dec. 260/2020, la emergencia ocupacional declarada con el Decreto de necesidad y urgencia 34/19 y fundamentalmente en el marco de la medida dispuesta por decreto 297/2020 que impuso el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) aún vigente. Es que como consecuencia del despido cuya nulidad se pretende el trabajador se encuentra privado de su fuente de ingresos y sin posibilidad de procurarse, en lo inmediato, de un nuevo trabajo... Ello coloca al trabajador en una difícil situación, frente al hecho cierto y actual de pérdida de su fuente de ingresos y sin la posibilidad de procurarlos en lo inmediato. En ese marco de situación, claramente la tramitación de un proceso ordinario, a lo que se agregan las circunstancias actuales de suspensión de los plazos dispuesta por el Superior Tribunal de Justicia por las mismas razones sanitarias ya expresadas, llevarían a un reconocimiento tardío de los derechos que se pretende asegurar”

Es dable destacar que la demanda fue sorteada digitalmente en fecha 22/4/2020, se subió a la plataforma digital la documental y escrito de demanda en formato pdf. en fecha 23/4/2020 acorde a lo dispuesto al Acuerdo Extraordinario Nº 2,3, 7 y 8/2020 y Acordada Nº 32 y 36 del STJ, como así también a lo establecido en conjunto entre el STJ y el Colegio de Abogados de la Provincia de Misiones y lo dispuesto por el art. 144 Ley IV Nº 15 en atención a la materia y medida solicitada, se autorizó habilitar la feria extraordinaria, dando el trámite a la acción invocada. En fecha 29/4/2020 se publicó el fallo, habiendo sido

notificado la demandada al domicilio social por cedula de notificación en fecha 30/4/2020.

ROL DEL JUEZ ANTE LA INVOCACIÓN DE CAUSAS "NO JUSTAS" ACORDE A LOS ARTS. 242 Y 243 DE LA LCT.

Toda la demanda entablada gira, en miras al contexto de la pandemia, en el rol activo del Estado Nacional el cual pretende garantizar la percepción plena y el goce íntegro de la remuneración de los trabajadores. Donde podemos decir que el "espíritu del legislador", en este caso del presidente, fue la conservación del vínculo laboral y la intangibilidad de las remuneraciones. Partiendo desde allí, es que se planteó la nulidad con fundamento en el art. 4º del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 329/20 del despido con causa invocado, que a mi parecer no era justa, con la debida reinstalación del trabajador en las mismas condiciones que se encontraba momentos antes del distracto.

A los fines de encuadrar el despido dentro del supuesto de hecho del DNU, se partió de la base de que la carta documento donde se comunicaba la ruptura del vínculo laboral, no se encuadraba dentro de las previsiones de los arts. 242 y 243 de la LCT. La empleadora había hecho un uso abusivo del derecho. Manifestando esta apoderada, que la comunicación del despido no debía contener necesariamente la detallada descripción de todas las circunstancias referidas a los hechos constitutivos de la injuria, pero para tener por cumplido el recaudo legal de hacer saber al trabajador los hechos que motivan la ruptura. Debiéndose ser ellos particularmente puntualizados. Puntualizando que era notable la mala fe en el obrar de la patronal, quien intentó disfrazar un supuesto hecho en un despido directo en épocas de pandemia, donde el mismo está prohibido hasta el 29/5/2020.

En cuanto a la decisión del juez éste expresa: *"De la misiva antes transcripta no surge una comunicación clara y circunstanciada de los motivos por los cuales el empleador decidió finalizar el vínculo. Debe señalarse que no es necesaria una enumeración pormenorizada de todos y cada uno de los hechos que desembocaron en la injuria, la que se habría configurado mediante diversos incumplimientos a lo largo de un período de tiempo (que tampoco se expresa). Sino que mínimamente deben identificarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan al trabajador ejercer su legítimo derecho de defensa. De ese modo, no configurándose los requisitos esenciales en la misiva que permitan identificar los hechos imputados, solo cabe considerar la decisión rupturista como injustificada. Ello en tanto la comunicación patronal viola de modo evidente la carga de suficiente claridad que debe reunir para justificar el distracto."*

El juzgador en cuestión tuvo un análisis brillante de la realidad y al momento de sentenciar impartió justicia ante las adversidades y temores que se encuentran viviendo los trabajadores, siendo muy acertadas sus palabras: *"Nunca resultó más claro que en estos tiempos que el régimen jurídico debe procurar como su fin último la protección de la persona humana, con especial consideración de la persona que trabaja. Es en estos tiempos de grave riesgo, donde deben orientarse las condiciones del mercado al servicio del hombre y no la inversa. Pues no puede admitirse que, ante la adversidad de tales condiciones, quienes más sufran sean aquellos de más vulnerables."*

CONCLUSIÓN

A manera de finalizar quiero destacar a tres actores en esta demanda que se llama "derecho laboral en tiempo de pandemia": a la tecnología, a los jueces y a los abogados.

La tecnología ha demostrado que nos ha acercado a nuestras familias, amigas, seres queridos en época de aislamiento. En donde un mensaje, una llamada, una clase por alguna plataforma digital, nos llenó el espacio que nos dejaba el encierro y la incertidumbre en cuanto al futuro de nuestro país. Asimismo, la correcta implementación en el proceso deo de manifiesto que el damnificado efectivamente fue un "sujeto con preferente tutela constitucional" [2], pudiéndose sortear una demanda nueva y obtener un fallo en exactamente una semana. Debiendo replantearnos, como operadores jurídicos, el uso adecuado de esta herramienta en los procesos, a los fines de acortar las distancias entre las partes y de agilizar el trámite de estos.

En cuanto a los jueces, parafraseando al Dr. Sebastián Coppoletta, en estos tiempos se requerirá de jueces que sepan recibir la petición de un abogado astuto y con imaginación jurídica, que tramite un proceso en donde se garantice efectivamente la prevención del daño. Poniendo a prueba a la capacidad y saliendo de su zona de comodidad. Tal fue el caso del sentenciante de la causa comentada, quien no dudo en aplicar los principios básicos del derecho laboral, siguiendo a la doctrina dominante del país y garantizando el derecho de la parte más vulnerable de la relación laboral [3]. Actuó sin temor y gracias a esa valentía sentó precedente desde Misiones al país.

Para concluir con este humilde comentario sobre el fallo que recorrió los portales y foros laborales, debo recalcar el importantísimo rol que cumplimos como abogados laboristas. Donde, por la construcción de una demanda, podemos cambiar la realidad y futuro de muchos trabajadores. Los cuales les aseguro que en lo que le reste de vida, van a recordar nuestra labor y de la contención que hemos sido para ellos.

Dice Pablo Neruda: *"que si no escalas la montaña jamás podrás disfrutar el paisaje"*. Creo que, ante las adversidades actuales de nuestro país, debemos como profesionales del derecho, salir de nuestra zona de confort, escalar la montaña y así llegar al paisaje que, consideramos justo. Pero en ese camino seguro nos encontraremos con colegas con los cuales debemos solidarizarnos, siendo generosos entre nosotros y dando oportunidades a los que recién se están poniendo las mochilas para arrancar. Como así a los que tienen muchas suelas gastadas en los juzgados, pero que necesitan de ese "empujoncito" para poder demostrar de su arte. Porque nuestra profesión no es más que eso, hacer del derecho un arte el cual nos tiene de intérpretes y poder disfrutar del paisaje que hemos buscado escalando la montaña.

BIBLIOGRAFÍA

- [1]- Tula, D. (2020) en Eficacia de las comunicaciones epistolares cursadas con motivo del contrato de trabajo durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- [2]- Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688.
- [3]- Coppoletta, S. (2020) en DNU 329/20 Una oportunidad para que se luzca el derecho procesal del trabajo... y las juezas y los jueces que lo aplican, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

EL DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA Y SU ROL CENTRAL ANTE LA PANDEMIA DE LA COVID-19

Por Esteban E. Maidana.

Abogado. Escribano Público.

Especialista en Docencia Universitaria

SUMARIO

En el presente artículo, a tenor del actual marco de emergencia pública ante la pandemia mundial por la COVID-19; se intentará un estudio pormenorizado del abordaje constitucional y convencional del derecho a la vivienda adecuada, como parte integrante de los derechos económicos, sociales y culturales, definiéndose su contenido y alcances de cara a las normativas aplicables, jurisprudencia y doctrina.

Del mismo modo, se realizará una aproximación al estudio jurídico sobre las implicancias, en la antedicha situación epidemiológica, del derecho a la vivienda y sus niveles de incumplimiento y precariedad en la República Argentina a la luz de las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas. Ello se realizará haciendo foco en el impacto de dicha precariedad en la magnitud de la afectación sanitaria en los sectores postergados del país, teniendo en cuenta la interdependencia que existe entre los derechos humanos.

En igual sentido, se analizarán las políticas públicas de los estados nacional y provincial tomadas a propósito de la pandemia en lo que respecta al derecho a la vivienda.

INTRODUCCIÓN

La COVID-19 ha sido identificada por primera vez en diciembre de 2019

en la ciudad de Wuhan, China. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), 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 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), que han precedido históricamente al mencionado COVID 19¹.

Respecto de este último, la OMS el pasado 11 de marzo de 2020, estableció que el nivel de crisis sanitaria que estaba padeciendo el mundo a causa de la enfermedad, llegó en dicha fecha al nivel de pandemia mundial. En ese sentido, el organismo ha dicho que por "los alarmantes niveles de propagación y gravedad", se insta a los gobiernos que tomen medidas urgentes y contundentes para detener la propagación del virus².

Dichas disposiciones produjeron un sinnúmero de consecuencias sociales, políticas y reglamentarias en todos los países, desencadenando un fenómeno que, a la par del avance de la epidemia, ha sacudido fuertemente las estructuras del Derecho y del funcionamiento de los aparatos jurídicos y políticos de los Estados.

En este contexto, en nuestro país, el 3 de marzo se registró el primer caso de COVID-19 y hasta la fecha el ritmo de crecimiento de las infecciones y de los fallecimientos no ha sido expo-

1 Fuente OMS información disponible en www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019

2 Discurso completo del Director de la Organización Mundial de la Salud, disponible en <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

nencial como en Rusia, Italia, España, Estados Unidos o Brasil; habiéndose (a la fecha en que se escribe la presente³) aplanado la curva de contagios y reducido el número de fallecidos de manera considerable, como consecuencia de las medidas de gobierno que de manera prematura, se han tomado tanto a nivel nacional como en las provincias⁴.

Sin perjuicio de lo afirmado en el párrafo que antecede, es de decirse que aun cuando los números globales del país (y en la provincia de Misiones, aún más) resulten moderadamente alentadores, en los últimos días (hablamos de los que siguen al 10 de mayo), la tendencia de contagios ha ido en un preocupante aumento⁵, sobre todo en los asentamientos de emergencia o barrios populares de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)⁶.

Este hecho, sus consecuencias y regulaciones, son los que mediante el presente trabajo se intentará abordar, siempre desde los aspectos socio-jurídicos que lo explican y, sobre todo, lo rigen y reglamentan, en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho constitucional y el derecho administrativo internos; intentando abonar al debate jurídico sobre una sociedad más justa, equitativa y que pueda dar una respuesta a la pandemia siguiendo los lineamientos del principio pro homine.

EL DISTANCIAMIENTO SOCIAL Y EL RITMO DE LA EPIDEMIA EN LOS SECTORES CARENCIADOS

La estrategia del Poder Ejecutivo ha ido desde el principio en la línea de lo recomendado por la Organización Mundial de la Salud; es decir, apelar al distanciamiento social. En ese marco se ha dictado el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 que estableció un "aislamiento social preventivo y obligatorio" que ha durado desde el 20 de marzo del corriente hasta la actualidad⁷ (habiendo sido prorrogado, luego del ya citado DNU 297/2020, por sendos decretos del ejecutivo nacional⁸). El aislamiento social preventivo y obligatorio, implica fuertes restricciones a la circulación de personas y la obligatoriedad para todos los ciudadanos "que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria" (artículo 1° del DNU 297/2020) de permanecer en sus domicilios, a los fines de combatir la propagación del virus.

Va de suyo aquí, que la mentada restricción tiene importantes matices en su aplicación práctica según se trate de sectores económicamente pudientes o sectores carenciados. En estos últimos sectores, aquellos "al sur de la cuarentena" según indica Boaventura de Sousa Santos (Sousa, 2020⁹), el aislamiento es particularmente difícil, porque "poseen vulnerabilidades especiales que preceden a la cuarentena y se agravan con ella".

En lo que respecta específicamente a

la vivienda, en los sectores postergados, claro está que las condiciones de habitabilidad de los domicilios resultan disminuidas y, muchas veces insuficientes para permitir el cumplimiento de la cuarentena en condiciones de dignidad para todo el grupo familiar. Al mismo tiempo, cuando hablamos de sectores carenciados, además del profundo problema de las insuficiencias de la vivienda puertas adentro, hay que sumarle el hacinamiento y la densidad poblacional puertas afuera, puesto que muchas veces en los asentamientos de emergencia y barrios populares el distanciamiento, no sólo entre los miembros de un mismo grupo familiar, sino también entre vecinos, resulta mucho más difícil.

En dicho sentido, ha explicado también un importante estudio (Zuñiga, 2020) si situamos el análisis de la COVID-19 en áreas de riesgo ambiental del AMBA, donde observamos la proliferación de personas habitando en viviendas precarias, con hacinamiento y próximos a servicios públicos deficitarios, en estos contextos es más complejo garantizar el aseo personal y la limpieza periódica de los espacios y objetos utilizados diariamente.

En igual manera, tampoco es posible darle idéntico tratamiento a los sujetos que se encuentran en situación de calle, es decir, aquellas personas y grupos familiares que carecen absolutamente de una vivienda y en los que, por obvias razones, el acatamiento del aislamiento domiciliario deviene de imposible cumplimiento.

3 El presente artículo se cierra el 20 de mayo de 2020.

4 En ese sentido, entre otras normas, es de destacar que el 12 de marzo el Poder Ejecutivo de la Nación dictó el Decreto Nacional 260/20, por el cual amplió la emergencia sanitaria que ya había sido declarada mediante Ley N° 27.541, incluyendo coronavirus COVID-19; y un día antes, el 11 de marzo, el Poder Ejecutivo de Misiones, mediante el decreto N° 330/2020 declaró la Emergencia Epidemiológica y Sanitaria, en todo el territorio de la Provincia.

5 Fuente: Oficial, datos extraídos del portal <https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/informe-diario/mayo2020>

6 Decretos de Necesidad y Urgencia Números 325/2020, 355/2020, 408/2020 y 459/2020

7 20 de mayo de 2020.

8 Decretos de Necesidad y Urgencia Números 325/2020, 355/2020, 408/2020 y 459/2020

9 En este reciente documento, cuya lectura se recomienda, el renombrado sociólogo jurídico ha reflexionado específicamente (entre otros grupos sociales vulnerables) sobre la situación de los asentamientos de emergencia y las personas en situación de calle ante la Pandemia y la Cuarentena. El texto se encuentra disponible en la página del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales http://209.177.156.169/libreria_cm/archivos/La-cruel-pedagogia-del-virus.pdf

En estos últimos dos colectivos sociales, claro está, no solamente el riesgo de contagio y propagación de la enfermedad aumenta ostensiblemente (circunstancia que tristemente se está materializando, como ya dijimos, a partir del 10 de marzo); sino que también el riesgo de agravamiento del cuadro médico e incluso de muerte, también aumenta dado la mayor probabilidad de enfermedades preexistentes y de un sistema inmune debilitado (sobre todo en las personas en situación de calle).

Estas circunstancias permiten trazar un paralelismo entre los déficit habitacionales que padece el país y la problemática de la profundización de la epidemia; puesto que creemos que una adecuada tutela por parte del Estado del derecho a la vivienda, aumenta en gran medida las posibilidades de una gestión exitosa de la epidemia.

EL DERECHO A LA VIVIENDA Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

En primer lugar, nos abocaremos a explicar cómo ha evolucionado la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales (el género dentro del cual se encuentra el derecho a la vivienda), para llegar al momento actual en el que podemos hablar de dichos derechos como constitucionalmente exigibles al Estado¹⁰.

Según el maestro Bidart Campos (2001), en el mundo los derechos sociales se incorporan a la protección constitucional a partir de la primera posguerra del siglo XX, siendo su primera expresión la constitución de México, dada en Querétaro en el año 1917, para pasar luego a la constitución

alemana de Weimar en 1919.

En Argentina se produce, como explica Gomez Zavaglia (2013), un fenómeno curioso, cual es que los derechos sociales se incorporan primeramente al constitucionalismo provincial, para pasar recién veintidós años más tarde a la constitución de la nación argentina en la reforma del año 1949¹¹. En ese sentido, Sabsay (2009) explica que el constitucionalismo social y su incorporación en las constituciones locales, acentúa su tendencia y encuentra todo su desarrollo a partir del año 1950 con las constituciones de las nuevas provincias. Es este justamente el caso de la provincia de Misiones, que sanciona su carta magna en el año 1958, e incluye en su texto el capítulo tercero (Artículo 30 y ss.); en el cual se reglamentan fuertemente los derechos sociales, protegiéndose los derechos del trabajador, la familia, la minoridad, ancianidad, salud y educación, entre otros.

Pero volviendo al caso de la nación, como ya se ha adelantado, el constitucionalismo social hace su aparición en la Constitución de 1949 con una serie de disposiciones protectorias a los sectores vulnerables (fundamentalmente al trabajador). Como es conocido, tras el golpe de Estado de 1955, dicha reforma es dejada sin efecto y, tras el restablecimiento de la Constitución de 1853/60 operada en el año 1957, las medidas protectorias antes enunciadas se incorporan en el artículo 14 bis del texto de la carta magna establecido con la reforma de dicho año; artículo que hasta el día de hoy representa el sello distintivo del constitucionalismo social en la Constitución Nacional Argentina.

Ahora bien, a partir del año 1994, con la última reforma constitucional

se incorporan a la jerarquía constitucional los tratados internacionales de derechos humanos; muchos de ellos con expresas disposiciones en materia de derechos sociales; siendo quizás el más representativo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo texto será analizado más adelante.

Resulta muy importante destacar, aquí, siguiendo a Sabsay (2009), que la incorporación de los derechos de segunda generación a las constituciones produjo la aparición de una relación diferente entre economía y derecho; creando, como consecuencia, un nuevo papel del Estado a ese respecto.

Como afirma Mantilli "así como el Estado liberal se sustentaba en la justicia conmutativa, el social se sustenta en la justicia distributiva" y en ese mismo sentido también se exploya Bidart Campos (2001) afirmando que si en el constitucionalismo clásico el deber del Estado era de reconocimiento, respeto y tutela (actitud abstencionista), en el constitucionalismo social, el deber del Estado es de promover (mover hacia delante) al sujeto, para hacer posible la satisfacción del derecho.

Es decir, la incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales a las constituciones implica la obligación de procurar su satisfacción en cabeza de los Estados; produciéndose lo que Etchinchury (2017) citando a Esping - Andersen (1993) denomina el "efecto desmercantilizador" del derecho respecto de algunas de las problemáticas sociales; en el sentido de que "el ejercicio de ese derecho, no está sujeto a contar con cierto poder adquisitivo" sino que es el

10 En otra oportunidad (Maidana, 2019) hemos explicado los fundamentos teóricos y jurisprudenciales de esta exigibilidad por vía judicial, aún ante la existencia de dificultades presupuestarias de los Estados, por lo que allí nos remitimos a mayor abundamiento.

11 El citado Gomez Zavaglia afirma que la carta magna local pionera en materia de constitucionalismo social fue la de la Provincia de San Juan, sancionada en el año 1927 y que contó con instituciones propias del Estado Benefactor, como ser jornada de trabajo limitada, salario mínimo e incluso la que representa la temática primordial del presente artículo: la vivienda. Sin perjuicio de ello, Pablo Manilli (2016) remarca la existencia de disposiciones con protecciones sociales (sobre todo laborales) ya en la Constitución Tucumana de 1907.

propio Estado quien debe procurar su satisfacción; cuestión de sobrada relevancia en un contexto de emergencia como el actual.

PROTECCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A LA VIVIENDA

Respecto del derecho a la vivienda en particular, como parte integrante de los derechos económicos, sociales y culturales; el mismo se encuentra recogido, tanto en la Constitución Nacional como en la Provincial; además de la amplia protección que al respecto receptan los tratados internacionales con jerarquía constitucional del artículo 75 inc 22 de la carta magna nacional.

En lo que respecta a la constitución de la provincia de Misiones, la misma refiere al derecho a la vivienda fundamentalmente en dos pasajes. En primer lugar, en el artículo 32 de la carta magna que protege los derechos del trabajador; el mismo establece unos interesantes lineamientos para la legislación provincial en la materia, destacándose para el presente trabajo, la exigencia de que se establezca "el derecho a la vivienda higiénica y decorosa". En idéntico sentido, en segundo lugar, en el título que refiere al régimen agrario de la Provincia, la Constitución Provincial establece claramente como una prioridad que debiera tener dicho régimen la "promoción de la vivienda digna e higiénica para el trabajador rural" (Artículo 57 inciso 5).

En la Constitución de la Nación Argentina, tras las derogadas disposiciones que protegían el derecho a la vivienda del trabajador y de la ancianidad de la constitución de 1949 (Art. 37), actualmente la única disposición expresa en materia de derecho a la vivienda es el citado artículo 14 bis, que pone en cabeza del Estado la obligatoriedad de otorgar "el acceso a una vivienda digna".

Ahora bien, en el orden normativo nacional, es sabido que por obra del

artículo 75 inc 22 y desde la reforma constitucional operada en el año 1994, las disposiciones constitucionales comparten jerarquía con otras normas internacionales. En dichas disposiciones, el derecho a la vivienda aparece ampliamente receptado y protegido.

En primer lugar, ya el propio documento madre en materia de derechos humanos lo recoge en su artículo 25, al reconocer el derecho de toda persona "a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, **la vivienda**, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios..." (Declaración Universal de Derechos Humanos, el resaltado es propio). Esta disposición, aunque simple y sin demasiadas precisiones respecto del alcance del derecho, resulta sustancial; no solamente por el hecho de tratarse del documento más importante que ha producido el derecho internacional en materia de derechos humanos, sino también porque establece la vivienda como un derecho exigible por cualquier persona, independientemente de su situación económica, social o laboral.

En idéntico sentido, como bien indican Dubinsky y Losada (2011) podemos encontrar protecciones a la vivienda y al acceso a la vivienda en varios instrumentos internacionales, tanto universales como regionales. Entre los primeros, los autores recogen el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 11.1, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 21; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5.e) iii); Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, artículos. 14.2.h) y 15.4); Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 16.1) y 27.3); Convenio No 117 de la Organización Internacional

del Trabajo sobre política social (normas y objetivos básicos), artículo 5.2), y Convenio No 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, artículos 14, 16 y 17; y entre los segundos, indican la Carta de la Organización de Estados Americanos, artículo 34 k); Carta Social Europea revisada, artículo 3; Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, artículo 13, y Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño Africano, artículo 20.

Entonces, podemos decir, como primer punto de conclusión del presente, que el derecho a la vivienda, tanto en el derecho internacional de los Derechos Humanos, en el derecho constitucional interno de la Nación Argentina y en los textos constitucionales de sus provincias, ha sido protegido ampliamente y de manera pormenorizada.

VIVIENDA ADECUADA

Ahora bien, en un contexto de pandemia como el actualmente atravesamos, en el que podemos observar, como se dijo, una marcada relación entre los déficits habitacionales y la envergadura de la afectación sanitaria; resulta crucial determinar que se entiende jurídicamente por "vivienda digna", "vivienda adecuada" y, por ende cuando estamos ante un déficit habitacional.

El concepto de vivienda adecuada ha sido suficientemente esclarecido, pudiéndose establecer sus condiciones o "núcleo duro", extrayéndolas del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (Gialdino, 2013)

Así las cosas, y conforme hemos anticipado, el texto que con más precisión ha abordado el derecho a la vivienda ha sido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado el 16 de diciembre de 1966. Mediante dicho pacto, los Estados parte "reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida

adecuado para sí y su familia, **incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados**, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” y asumen el compromiso de tomar “medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento” (Art. 11.1, el resaltado es propio).

Esta disposición es de singular importancia habida cuenta de que en la misma se establece la característica fundamental que debe revestir la vivienda a los efectos de cumplimentar con la exigencia de la normativa internacional; para ello, la vivienda debe ser “adecuada”.

Es decir, según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, no cualquier techo o habitación cumplirá con los estándares y logrará la satisfacción del derecho; en principio, para cumplimentar con la normativa internacional en materia de derechos humanos, la vivienda debe ser adecuada; ergo, debe poseer ciertas características que le permitan ser apta para que en ella, la persona y su núcleo familiar puedan desarrollarse adecuadamente como seres humanos y llevar adelante una vida con mínimas condiciones de dignidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse al respecto en un célebre caso del año 2012 “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, un fallo histórico, en el cual, basándose en las antedichas disposiciones del derecho internacional de los Derechos Humanos, el máximo tribunal argentino hizo lugar al amparo y obligó al Estado de la Ciu-

dad Autónoma de Buenos Aires a brindar satisfacción efectiva al derecho a la vivienda de la solicitante y su hijo, ambos en situación de extrema vulnerabilidad. En dicho fallo, la corte hace referencia al valor hermenéutico de las disposiciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “en tanto constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo y su interpretación comprende las “condiciones de vigencia” de este” (considerando 10 del voto mayoritario).

Así, el comité ha emitido la observación general número 4, que alude al hecho de que el derecho a la vivienda no puede equipararse “con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza” sino que debe reunir, como venimos diciendo, condiciones de “adecuación” que implican “una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto”.

Esas condiciones, según el propio texto de la observación apuntan a: seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos personales o del hogar que entraña la vivienda soportable; habitabilidad; asequibilidad; además, la vivienda debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales y debe contar con la debida adecuación cultural.

Es sabido que muchos de los aspectos expuestos en el punto anterior se hallan en serio déficit en nuestro país,

y ello surge del lapidario documento de “Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de la Argentina”, realizado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en noviembre de 2018¹².

Entonces, si como se viene diciendo, el estado de la cuestión ya resultaba preocupante antes de la pandemia; es de esperar que, atendiendo a la situación de emergencia actual, si los diferentes niveles de Estado no encararan políticas públicas activas de manera urgente, la situación empeore, y sus efectos se vuelvan aún más desbastadores.

EL DERECHO A UNA VIVIENDA ADECUADA ANTE LA SITUACIÓN DE EMERGENCIA

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de conceptualizar jurídicamente la emergencia pública; diciendo que es una situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico y social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, y agrego de peligro de vida general, que origina un estado de necesidad al que hay que intentar ponerle fin por todos los medios¹³. Es entonces en esta línea en la que deben orientarse las políticas públicas consecuentes a la pandemia en tanto emergencia pública; puesto que, ante lo extraordinario del fenómeno sanitario, las respuestas estatales deben llegar con igual característica.

Se ha dicho que la emergencia es un estado dentro del cual la constitución debe adquirir una centralidad máxima, pero dicha centralidad no se limita a las cláusulas constitucionales regulan los institutos, sino a todo el plexo constitucional (Verneti, 2020).

12 En dicho informe, el Comité expresó su preocupación “por el incremento de los asentamientos informales sin acceso a servicios básicos, en tanto que el presupuesto de las políticas de vivienda ha sufrido un recorte muy significativo. Preocupa el Comité que existan en el Estado parte más de 4.000 asentamientos informales y que más del 10% de las viviendas carezcan de conexión de agua potable y más del 30% de servicios de alcantarillado. El Comité está también preocupado por que subsiste un marco normativo inapropiado para los desalojos y por las denuncias documentadas de desalojos que, en ausencia de protocolos de actuación de las fuerzas públicas, fueron realizados con violencia”.

13 En autos (Videla Cuello, Marcelo c/ Pcia. de La Rioja, 17/12/1990).

Es decir, el goce del derecho a la vivienda en este marco debe orientarse al cumplimiento de las disposiciones del derecho internacional de los Derechos Humanos; y ello debe lograrse a través de las políticas públicas, puesto que éste es el compromiso asumido por el Estado en el Art. 11.1. del PIDESC.

En ese sentido hemos visto ejemplos destacables que han intentado, en el marco de la epidemia acercar la tutela del derecho a la vivienda a los estándares fijados por la observación general 4 del Comité de DESC de la ONU. A saber:

En lo que respecta a la seguridad jurídica y protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas¹⁴, es de destacar el DNU 320/20 del PEN, que versa sobre los contratos de locación inmobiliaria y, además de congelar precios, suspende los juicios de desalojo, incluso las sentencias de desalojo, aunque hubieren pasado en autoridad de cosa juzgada.

Sin perjuicio de la discusión sobre la afectación del derecho a la propiedad del locador, que no se abordará en la presente, pero se reconoce controvertida; creemos que el decreto es adecuado desde una perspectiva de Derechos Humanos y de derecho a la vivienda, máxime cuando el artículo 10 de dicho decreto exceptúa de su aplicación a los locadores en situación de vulnerabilidad¹⁵.

Por otro lado, en materia de gastos soportables, ha establecido el comité que los “gastos personales o del hogar que entrafía la vivienda debería ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas”¹⁶ y en ese sentido ha de destacarse, no solamente el ya citado DNU 320/20 en materia de congelamiento de precio de alquileres, sino también el 319/2020 sobre el congelamiento de créditos hipotecarios y suspensión de ejecuciones por dicha naturaleza “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” (Artículo 2 del decreto).

Por su parte, en lo que respecta a asequibilidad¹⁷, en la provincia de Misiones resulta esperanzador el nuevo plan de viviendas anunciado por el Ejecutivo en la apertura de sesiones ordinarias de la Cámara de Representantes el 1 de mayo del corriente. Aun cuando restan saber condiciones, alcance y destinatarios de la solución habitacional, se ha dicho expresamente que el plan, dictado en plena emergencia epidemiológica, apunta a “afrontar la contingencia” y se encuentra orientado las “familias más necesitadas”¹⁸; por lo que creemos que resultará un avance en el sentido de lo que proponemos aquí.

Sin perjuicio de lo antedicho, aun cuando los esfuerzos de los Estados para ofrecer una adecuada tutela al derecho a la vivienda en este marco de pandemia son importantes, creemos que resta mucho por hacer. Basta analizar las precarias condiciones edilicias de los barrios populares (en flagrante violación del punto 8.d de la Obs. Gral. 4 del Comité DESC¹⁹) o la carencia de agua potable, también en algunos de dichos barrios, registrada en plena pandemia²⁰ y que viola expresamente las disposiciones del punto 8.b de la Obs. Gral. 4 del Comité DESC²¹.

CONCLUSIONES

El derecho a la vivienda está tutelado ampliamente en el derecho internacional de los Derechos Humanos y en el derecho interno constitucional del Estado Nacional y los estados provinciales. Ahora bien, los precedentes jurisprudenciales y las observaciones de los organismos internacionales se han ocupado de definir el contenido del derecho de manera pormenorizada, habiéndose determinado las condiciones para la existencia de una “vivienda adecuada” en los términos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Según las últimas observaciones del Comité de DESC de las Naciones Unidas, que datan de noviembre de 2018,

14 punto 8.a de la Obs. Gral. 4 del Comité DESC.

15 “ARTÍCULO 10.- EXCEPCIÓN - VULNERABILIDAD DEL LOCADOR: Quedan excluidos de lo dispuesto en el artículo 4° del presente decreto los contratos de locación cuya parte locadora dependa del canon convenido en el contrato de locación para cubrir sus necesidades básicas o las de su grupo familiar primario y conviviente, debiéndose acreditar debidamente tales extremos.”

16 punto 8.c de la Obs. Gral. 4 del Comité DESC.

17 punto 8.e de la Obs. Gral. 4 del Comité DESC.

18 Discurso completo del Gobernador de la Provincia de Misiones disponible en <https://comunicacion.misiones.gob.ar/discurso-oscar-herrera-ahuad/>

19 “Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad”

20 Pertrot, W. (13 de Marzo de 2020) “La Villa 31 sufre por el virus y la falta de agua, pero el gobierno porteño gasta millones en consultorías”. Pagina 12 <https://www.pagina12.com.ar/265514-la-villa-31-sufre-por-el-virus-y-la-falta-de-agua-pero-el-go>

21 “Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

en Argentina se registran serios déficits habitacionales; siendo esta circunstancia un agravante de las condiciones epidemiológicas que dificulta en gran medida el control de la pandemia por la COVID-19. Ello así puesto que si bien las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuestas por el PEN a partir del 20 de marzo de 2020 han logrado buenos resultados frente a esta situación coyuntural en lo que respecta a cifras totales del país; en los últimos días se ha registrado un aceleramiento en el índice de contagios focalizado fundamentalmente en los asentamientos populares del AMBA, donde la situación habitacional resulta más precaria.

Courtis (2009) nos habla de la interdependencia que poseen entre sí los derechos sociales apelando a "la existencia de cercanas interconexiones entre los diferentes derechos sea cual fuera la categoría en las que se los coloquen"²². De esta manera, resulta

indiscutible que la tutela del derecho a la salud en el contexto de la actual pandemia no podrá jamás ser exitoso (Ni cumplir con los estándares del derecho internacional de los Derechos Humanos) sin un adecuado abordaje del derecho a la vivienda; puesto que como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia "un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud"²³.

Esto nos lleva a afirmar, que cualquier intento de proteger el derecho a la salud de la población en el marco de la epidemia, debe estar acompañado de políticas públicas que tutelen el derecho a la vivienda adecuada en su hermenéutica más reñida a las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas.

22 En igual sentido explican sobradamente Bazán y Quesada (2014).

23 En autos "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo".

BIBLIOGRAFÍA

- Bazán, V. y Jimena Quesada, L. (2014) *Derechos económicos, sociales y culturales* – Astrea.
- Bidart Campos, G. J. (2001) *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. EDIAR.
- Courtis, C. (2009) *Notas sobre la justiciabilidad del derecho a una vivienda adecuada* en Courtis, C. y Santamaría, R. A. (Editores) *La protección judicial de los derechos sociales*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador.
- De Sousa Santos, B. (2020) *La cruel pedagogía del virus*. CLACSO.
- Etchinchury, H. J. (2017) *Derecho a la vivienda: exigibilidad, dificultades y desacuerdos*. en Benete M. y Thea F. (comp) *Derecho a la vivienda y litigio estructural*. EDUNPAZ, Editorial Universitaria.
- Gialdino, R. E. (2013) *El Carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos*. Abeledo Perrot.
- Gomez Zavaglia, T. (2013) *El derecho humano a una vivienda adecuada*. En Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. (2013) *Derecho Procesal constitucional*. Editores Ltda. Bogotá Colombiana.
- Maidana, E. (2019) *La obligación de garantizar la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la oponibilidad de las dificultades presupuestarias del Estado*. Jornadas Preparatorias de las XLV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo AADA, Universidad Nacional de Tucumán.
- Manili, P. L. (2016) *Constitucionalismo social*. Astrea.
- Sabsay, D. A. (2009) *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Ed Hammurabi.
- Vernetti, L. (2020) *COVID 19, el miedo y el estado de emergencia*. En prensa revista REDEA, Universidad Nacional de La Plata.
- Zuñiga Mendoza, C. V. (2020) *Una aproximación a la distribución territorial de la COVID-19 en ciudades del mundo, América Latina y Argentina afectadas por el virus*. Academia. CIHaM, UBA FADU.

PRISIÓN DOMICILIARIA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Por **Melisa Fiorella Noguera.**

Abogada UGD

Andrés Leguizamón.

Abogado UGD

INTRODUCCIÓN

La prisión domiciliaria es motivo de gran discusión, a causa de hechos conocidos por los medios de comunicación donde, debido a la pandemia de la COVID-19, fueron liberados gran cantidad de imputados. Esta es una medida excepcional que se ha convertido en un tema tan polémico, que se transformó en un asunto de público conocimiento a nivel nacional.

Con el brote masivo del virus las discusiones sobre este instituto volvieron a resurgir con mayor fervor, los interrogantes de qué medidas se tomarán para garantizar una pronta solución para el hipotético caso que llegue a ingresar la pandemia a las unidades penales, siendo la oposición a la aplicación de este instituto, la que sopesa en la opinión popular.

La circulación de este nuevo fenómeno con mayor proporción, puso en alerta a la comunidad, y se han tomado medidas de prevención para poder frenarlo. Una de las medidas, fue el otorgamiento de la prisión domiciliaria para los grupos de alto riesgo, que generó gran impotencia a los ciudadanos. Junto con el aislamiento, la crisis económica, y las restricciones previstas en el DNU, todas consecuencias de la problemática.

ANÁLISIS DE SU NORMATIVA

Originariamente los legisladores de la primera sanción del **Código Penal argentino**, entendieron que las cuestiones previstas en este ins-

tituto debían ser otorgadas frente a circunstancias concretamente especiales contempladas en la norma. Se desprende ampliamente, el supuesto que es objeto de crítica defensiva, se encuentra expresamente contemplado como una de las excepciones legales en el artículo 10 del CP, determinando: *"Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria"* enumerando seis supuestos en donde tendría lugar, como ser: el interno enfermo que la prisión en el establecimiento penal impida recuperarse o tratar su dolencia, el interno mayor a 70 años, la mujer embarazada o madre de un niño menor de 5 años, entre otros supuestos. Esta es la reforma del antiguo artículo 10 del CP que rezaba *"Cuando la prisión no excediera de 6 meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de 60 años o valetudinarias"*, entendiendo por *"valetudinaria"* a *"la persona que sufre los achaques de la edad: Enfermizo, delicado, de salud quebrada"*¹.

Al aprobarse la **Ley 26.472**², que modifica tanto la ley 24.660 (*Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad del año 1996*), como el Código Procesal Penal, tomó como objeto primordial el de evitar el encierro carcelario de los integrantes de los grupos de riesgo más vulnerables y de aquellos grupos que merecen una especial protección, fundándose en un informe médico, psicológico y social.

Pero no debemos olvidar el precepto constitucional previsto en el artículo 18 que dispone en su último párrafo:

1 RAE (Real Academia Española): <https://dle.rae.es/>.

2 Ley 26.472 de EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD. Sancionada: Diciembre 17 de 2008 y promulgada el 12 Enero de 2009.

"Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice". Como menciona Gelli³ los constituyentes de 1853 tuvieron presente la doble función de la cárcel como lugar de detención y de guarda de los reos y su otra finalidad de resocialización de los mismos.

Ahora bien, a su vez debemos utilizar parámetros de ponderación de intereses, considerando también la opinión de la víctima en el otorgamiento de la prisión domiciliaria. No puede obviarse que, si los internos efectivamente poseen una enfermedad como ser: *enfermedades pulmonares, insuficiencias cardíacas insuficiencia renal, asma, pacientes oncológicos*, deberían ser beneficiados por la prisión domiciliaria bajo ningún reproche. Como practicantes del derecho no podemos dejar de admitir que "hecha la ley, hecha la trampa", ya podríamos sospechar que muchos internos podrían aprovechar de la situación actual en la que nos encontramos, encontrando el sitio perfecto para salir en libertad.

FUNDAMENTO DEL OTORGAMIENTO DE LA PRISION PREVENTIVA

Frente a la aparición de la COVID-19 y sin precedentes cercanos de una pandemia de tal magnitud, se suscitaban nuevos paradigmas y desafíos para el derecho. El fundamento que sostienen los precursores de este instituto en este contexto, es que el

descongestionamiento del sistema carcelario ayudaría a combatir el brote masivo y proliferación del coronavirus y de esta forma se evitaría no tan solo el contagio de los reos, sino a la vez de todos los integrantes del sistema carcelario que cumplen sus funciones en los distintos penales del país.

Muchos críticos, defensores garantistas sostienen su teoría alegando que "para eso están las pulseras de control". Pero, concretamente en Misiones, *no hay muchas pulseras de control y habilitarlas toma su tiempo, ya lo dijo juez federal de Oberá (Alejandro Gallandat)*. El Dr. sostuvo que "se vive una especie de paranoia que ha llegado hasta las unidades carcelarias y que ha motivado a que más personas soliciten prisión en sus hogares, sin embargo, este es un beneficio que no se otorga a cualquiera, sino a persona en grave riesgo de vida si contraen la COVID-19. «Por lo menos, en lo que es dentro de mi juzgado están en detención personas que no son en situación de riesgo»"⁴.

Pero, a pesar de que esta medida no se otorga de forma automática, sino que más bien el condenado debe encuadrar dentro de los supuestos que la legislación fija para su concesión, ¿qué pasa con las consecuencias de esta decisión? No se ha tomado en cuenta el pánico que sufren las víctimas, quienes se encuentran en un estado de alerta, ya que el delincuente que le causó daño se encuentra en libertad, muchos condenados incluso, por delitos aberrantes. Y es aquí, donde nos preguntamos ¿Dónde se encuentran los derechos de las víctimas?

La Ley de derechos de las víctimas⁵ (publicada en el Boletín Oficial el 13

julio 2017) en su artículo 3 determina el objeto de la ley, que es *reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos*.

El argumento utilizado por jueces al momento de otorgar la prisión domiciliaria fue el de preservar la salud de los internos, descomprimiendo la población carcelaria en la medida de lo posible, para evitar las consecuencias que para el sistema sanitario local podría acarrear el contagio masivo.

Desde el Colegio de Abogados de Misiones, sostienen que cada situación debe ser analizada de manera particular y considerándose la opinión de la víctima, coincide la Comisión Provincial de Prevención de la Tortura, quienes manifiestan que no están solicitando la libertad indiscriminada de presos, sino solo para aquellos que cuentan ya con derechos como salidas transitorias.⁶

REPERCUSIONES EN LA PROVINCIA

A partir de las medidas sanitarias de carácter especial que implementó el Gobierno de la provincia de Misiones a través del Servicio Penitenciario Provincial, un tribunal penal de Eldorado revocó la prisión domiciliaria que se le había otorgado a un empresario condenado por abuso sexual. Junto con el empresario también retornaron al penal 12 reos a los cuales se les había otorgado la prisión domiciliaria⁷. En dicho penal se acondicionó un galpón cumpliendo con el rol de hospital en circunstancias de presentarse casos de COVID-19, de manera que evitar contagios a los demás reclusos.

3 María Angélica Gelli. CONSTITUCIÓN COMENTADA. pág. 181.

4 Fuente: DIARIO MISIONES ONLINE. Enlace: <https://misionesonline.net/2020/04/29/tras-el-otorgamiento-de-prision-domiciliaria-a-convictos-el-debate-se-instalo-en-misiones/>

5 Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (Ley 27.372).

6 Fuente: DIARIO "MISIONES ONLINE". Enlace: <https://misionesonline.net/2020/04/29/tras-el-otorgamiento-de-prision-domiciliaria-a-convictos-el-debate-se-instalo-en-misiones/>

7 Fuente: MARTÍN BOERR para DIARIO "LA NACION". Enlace: <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/misiones-armo-hospital-campana-carcel-justicia-le-nid2361720>

La presidenta del Superior Tribunal de Justicia (STJ) de Misiones, María Pía Venchiarutti explicó: *"No intervenimos en la decisión, pero nos pusimos a trabajar con el Servicio Penitenciario para generar alternativas a la prisión domiciliaria"*⁸. La situación de la provincia frente a la pandemia permite buscar estas medidas alternativas, y afortunadamente, nuestros funcionarios han tomado las medidas correctas, a diferencia de otras provincias.

En nuestra provincia, la ciudadanía en general ha mostrado un amplio rechazo al otorgamiento de las prisiones domiciliarias. Por citar un ejemplo, la prisión domiciliaria otorgada al empresario Dalmasso había generado una fuerte reacción por parte de vecinos de Eldorado y por la ex pareja del condenado, quien fue la impulsora del proceso penal que derivó en la sentencia en su contra.

CONCLUSIÓN

Es claro que debido a la pandemia a la que nos hemos visto afectados, incluso encontrando casos en nuestra provincia, ha surgido el debate sobre el otorgamiento o no de la prisión domiciliaria. Aunque, como

hemos mencionado anteriormente, su otorgamiento no es automático, y es necesario cumplir cuestiones previas, como son los informes médicos, psicológicos y sociales.

Por las consideraciones fácticas y jurídicas desplegadas a lo largo del presente artículo, podemos afirmar que para la concesión de la detención domiciliaria se debe demostrar que se encuentran dentro de uno de los grupos de alto riesgo, y/o que posea el imputado Coronavirus.

Tal como lo explicó la Presidenta del STJ María Pía Venchiarutti, la detención no es la única medida, existen otras alternativas como las que tomo nuestra provincia *-por ejemplo-*, de crear un sitio especial aparte, para los imputados que se contagien de COVID-19 y recibir un tratamiento adecuado por encontrarse en un estado de riesgo de vida grave, sin afectar al resto. Para disminuir el brote del virus, se han tomado estas medidas preventivas, para el hipotético caso que llegue a ingresar la pandemia a las unidades penales.

A lo largo de la lectura de los casos vistos en Misiones, podemos afirmar que en nuestra provincia, no se conocen casos donde se han otorgado

como medida excepcional de urgencia la detención domiciliaria por causal de la pandemia Y a quienes se le ha otorgado, regresaron -como es el caso de Eldorado-.

De igual forma, creemos importante tener en consideración que existen algunos casos de carácter excepcional, que merecen una especial protección, donde se debe otorgar la detención domiciliaria, que son los integrantes de los grupos de riesgo más vulnerables. El voto de confianza que desde el Estado se está dando a quienes se les permite en cumplimiento de la condena en un lugar distinto a la cárcel, y que utilicen esta posibilidad para volver a delinquir.

De esta manera, cuando se observa por los medios de comunicación que un preso que estaba cumpliendo con el arresto domiciliario cometió un homicidio, no puede dejar de cuestionarse si la condena privativa de la libertad cumple con el objetivo de la re-socialización de los reos y de hacerlo reflexionar sobre sus conductas.

Por tanto, queda en evidencia que el otorgamiento de la prisión domiciliaria por causal de COVID-19, no es la mejor opción, y existen otras alternativas que podríamos optar.

⁸ Fuente: MARTÍN BOERR para DIARIO "LA NACION". Enlace: <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/misiones-armo-hospital-campana-carcel-justicia-le-nid2361720>

BIBLIOGRAFÍA

- DIARIO "MISIONES ONLINE". Enlace: <https://misionesonline.net/2020/04/29/tras-el-otorgamiento-de-prision-domiciliaria-a-convictos-el-debate-se-instalo-en-misiones/>
- Ley 26.472 de EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD. Sancionada: diciembre 17 de 2008 y promulgada el 12 enero de 2009.
- Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (Ley 27.372)
- MARTÍN BOERR para DIARIO "LA NACION". Enlace: <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/misiones-armo-hospital-campana-carcel-justicia-le-nid2361720>
- María Angélica Gelli. CONSTITUCIÓN COMENTADA. Pág.181. Fuente: DIARIO MISIONES ONLINE. Enlace: <https://misionesonline.net/2020/04/29/tras-el-otorgamiento-de-prision-domiciliaria-a-convictos-el-debate-se-instalo-en-misiones/>
- RAE (Real Academia Española): <https://dle.rae.es/>

RAZONABILIDAD DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES EN TIEMPOS DE COVID-19

Por Juan Manuel Lezcano.

Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional del Litoral y la Universidad Católica de Santa Fe.

INTRODUCCIÓN

Emprender el tratamiento del principio de razonabilidad de las sentencias en tiempos de COVID-19 es una tarea sin lugar a duda compleja, si se tiene en cuenta que no existe una formulación que precise su alcance de manera categórica en situaciones como la que estamos viviendo en la actualidad a nivel mundial.

No dudamos en afirmar inicialmente que la motivación judicial, asume el rol más importante dentro de la argumentación que el juez/za debe realizar, hemos sostenido incluso en manera más enérgica que poder fiscalizar los justiciables los razonamientos de los jueces, es hoy una manera, no sólo de trasladar confianza y certeza a ellos, sino de una verdadera legitimación moral para los propios en un lenguaje claro y con perspectiva de género.

Sobre lo antes mencionado nos preguntaremos en el desarrollo del presente trabajo respecto a qué utilidad tiene la razonabilidad en el dictado de sentencias antes las medidas adoptadas por el poder Ejecutivo Nacional en los últimos días lo cual desarrollaremos a continuación.

MEDIDAS ADOPTADAS POR EL PODER EJECUTIVO NACIONAL Y SU PODER DE POLICÍA

Como es de público conocimiento, el viernes 20 de marzo de 2020 el Poder Ejecutivo Nacional instaló el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio para toda la población mediante el DNU 297/2020, dicha norma dispuso

principalmente:

- a) Asilamiento generalizado y prohibición de desplazamiento hasta el 31 de marzo (con previsión de prórroga indefinida)
- b) Prohibición de eventos que impliquen concurrencia de personas
- c) Controles por parte de las fuerzas de seguridad en rutas, vías, accesos y lugares estratégicos
- d) Directivas a tomar ante infracciones devenidas por el incumplimiento a lo normado
- e) Personas exceptuadas del cumplimiento de la norma por realizar actividades esenciales
- f) El derecho al goce íntegro de haberes para los/las trabajadores/as

Lo que a todas luces no indica que un tiempo (como el actual) es necesario de parte de los tribunales mayor frecuencia de la máxima de razonabilidad o proporcionalidad, como técnica idónea para garantizar el respeto integral de los derechos fundamentales por parte de los poderes estatales.

Por último, y para finalizar este apartado coincidimos con el autor Ciacciardo, J. (2004) en que, *"La postura de la Corte argentina¹ no reduce los juicios de proporcionalidad y de respeto del contenido esencial a un solo juicio. Se admite la existencia de dos pasos: una cosa es la razonabilidad de la medida entendida como contrapeso de costos y beneficios y otra la razonabilidad entendida como inalterabilidad.*

Lo que cambia es el orden en que los juicios son llevados a cabo. Lo primero es comprobar que no se ha afectado el contenido del derecho. A partir de ahí

¹ Ver caso "Smith" de la CSJN, del 1º de febrero de 2002.

se efectuará el balanceo de las ventajas y cargas. Pueden presentarse las siguientes alternativas:

(1) Si la medida 1 (M1) altera (a) el contenido del derecho fundamental 1(D1), es desproporcionada;

(2) Si M2 (a) D2, pero r 3, y F c, es desproporcionada;

(3) Si M3 (a) D3, y r 2, y F a, es proporcionada.

Lo anterior permite advertir la razonabilidad de una medida (3) presupone dos cosas: a) que la medida no altera el contenido del derecho fundamental involucrado; y b) que la medida no alteradora restringe las normas iusfundamentales en un grado tolerable teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido. Surgen, entonces, dos modos de irrazonabilidad: a la posibilidad (1) la llamaremos desproporcionalidad o irrazonabilidad por alteración; y a la (2), desproporcionalidad por injustificación.²

Lo que el autor nos permite advertir que se reclama una conexión entre el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial, lo cual en el contexto de este tiempo es sumamente necesario y donde los afirmado por la CSJN cobra aún más importan-

cia respecto a que: La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.³

DIMENSIONES DE LA RAZONABILIDAD

La dimensionalidad de la razonabilidad al compatibilizar o coordinar los usos y las costumbres en contexto de una pandemia como la actual de la COVID-19 y el sistema jurídico estatal, constituye así un factor de importancia en materia constitucional, ya que en conjunción de factores dogmáticos de principios y subprincipios en materia de razonabilidad y diversidad cultural tiene una relación directa con la normativa dictada por la pandemia.

En la actualidad podemos observar que la producción normativa sobre materia sanitaria por lo menos nos propone muchas situaciones de necesaria interpretación de diferentes materias del derecho de fuente interna, es por ello que creemos que es ineludi-

ble mencionar la importante la función interpretativa de la proporcionalidad como objeto a investigar del tema en relación a los estadios o subprincipios en materia de razonabilidad.

CONCLUSIONES

A) Si bien las limitaciones de las libertades básicas individuales tienen como objetivo evitar la propagación de un virus, es necesario la aplicación del principio de razonabilidad para los casos "difíciles" que se puedan plantear.

B) Las dificultades en tiempo de pandemia, se caracteriza quizás muchas veces por caso que no suele encontrarse soluciones en el contenido del texto de las normas de referencia, ni tampoco hallamos situaciones análogas en la jurisprudencia.

C) Por tanto, es importante recurrir a la "capacidad inventiva" para dar con una solución alternativa por parte de los/las operadores/as del derecho, que por supuesto se encuentren dentro del marco legal aplicable.

2 Ciacciardo, J. (2004) "Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales" en *Persona y Derecho* - Editorial de la Universidad de Navarra. Nro. 41, pág. 45 Id SAIJ: DACFo30014

3 CSJN, Fallos: 335:452

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993) "Teoría de los derechos fundamentales", p. 386, trad. De Garzón Valdez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Ciacciardo, J. (2004) "Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales" en *Persona y Derecho* - ESPAÑA. Nro. 41 SAIJ: DACF030014
- Bidart Campos, G. J. (1995) "Tratado elemental de Derecho constitucional", Buenos Aires, Ediar.
- Lezcano, J. (2012) El principio de igualdad y el multiculturalismo: el caso de los pueblos originarios. Sup. Act. 28/06/2012, 28/06/2012, 1

UNA MIRADA A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN TIEMPOS DE AISLAMIENTO SOCIAL PREVENTIVO: CARACTERÍSTICAS Y RECURSOS EN LA PROVINCIA DE MISIONES

Por Natalia Sabrina Pino Roldán.

Licenciada en Psicología.
Especialista en Políticas
Públicas de Niñez y Familia

INTRODUCCIÓN

“La cultura patriarcal” está ligada a una crianza machista a nivel global. Hombres y mujeres sufren discriminación en este sistema ya que les oprime y crea desigualdad en todo el mundo.

Es importante conocer las leyes con las que cuenta la provincia de Misiones, teniendo, por ejemplo, la ley XIX – N.º 51 Pensión graciable de asistencia a menores víctimas de delitos contra la integridad sexual, única a nivel nacional.

Conocer las herramientas con las que contamos permite a la comunidad saber cómo actuar cuando toma conocimiento de un hecho de violencia, ya que todos y todas estamos implicados de alguna manera, y tenemos la obligación y el deber de involucrarnos para evitar que ésta se propague y alcance su punto máximo: el femicidio.

Estoy convencida que todos y todas somos agentes de cambio, que el rol de cada uno/a es importante y que muchas veces no se interviene por desconocimiento y falta de información, por lo que en este punto se intenta brindar herramientas que son de nuestra provincia para que la intervención y el accionar sea efectivo.

Los datos oficiales de organismos gubernamentales de estadísticas de violencia familiar y de género es una asignatura pendiente en nuestro país. La Casa del Encuentro, es una asociación civil fundada en 2003, desde allí se ha conformado Observatorio de Femicidios en Argentina “Adriana Marisel Zambrano” por lo que pudimos conocer en estos años la magnitud que tiene en nuestro país la violencia de género. Según sus informes,

en nuestro país de 2008 a 2017, en 10 años, se registraron 2679 femicidios y 3378 hijas e hijos que quedaron sin madre, víctimas colaterales del femicidio (en lo personal prefiero considerar a los niños y niñas víctimas directas de la violencia familiar).

En 2018 el observatorio nacional de violencias contra las mujeres, del Instituto Nacional de las Mujeres, elaboró la tercera edición del boletín de género, que da cuenta de diversos aspectos que actúan como condicionantes en la vida de las mujeres.

Algunos de los resultados son los siguientes:

- Las mujeres cobran, en promedio, 25.2% menos que los varones en la ocupación principal.
- Existen sectores de la economía ocupados principalmente por mujeres. Tal es el caso de los servicios educativos, trabajos de cuidado, limpieza, salud, sanidad, docencia, enfermería, entre otros. En este sector el 73.4% se encuentra ocupado por mujeres.
- En el ámbito privado, el 68.8% de los cargos de alta dirección están ocupados por varones, mientras que las mujeres ocupan solo el 31.2% de los mismos.
- El desempleo afecta principalmente a las mujeres jóvenes (28.4% vs 18.8% de los varones de 15 a 24 años).
- El 97.6% del trabajo doméstico remunerado es realizado por mujeres.
- En el poder legislativo nacional, sólo el 38.9% son diputadas y 41.6% son senadoras. En el caso de los legislativos provinciales (cámara baja), dicho porcentaje alcanza al 37.7%.
- Participación académica: sólo el 11% de las rectorías de universidades de

gestión pública y privada en nuestro país están al frente de mujeres.

Es importante poder conocer las desigualdades con las que convivíamos antes de la pandemia, ya que en momentos de crisis se profundiza la brutal desigualdad que viven las mujeres día a día.

LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA PROVINCIA DE MISIONES

La violencia contra las mujeres y niñas no se limita a una cultura, región o país específico, ni a grupos particulares de mujeres en la sociedad. No sólo es física, también es económica, psicológica, sexual y simbólica. La violencia simbólica nos rodea, como lo hace el lenguaje, las maneras de nombrar, de representar o de mostrar a las mujeres y a los hombres.

En Misiones, en el año 2019, hubo siete femicidios. En lo que va de este año, han ocurrido cuatro, por lo que la provincia se encuentra por encima de la media nacional de la tasa de femicidios, considerándose prioridad profundizar en las políticas públicas.

“En lo que va del año, del 1 de enero al 31 de mayo, El Observatorio MuMaLá registró 124 femicidios en el territorio nacional. De esa cifra, 71 ocurrieron durante el aislamiento preventivo, social y obligatorio y el 41% de estas mujeres fueron asesinadas por sus parejas, siendo que el 20% de las víctimas los habían denunciado previamente”.

Algunos datos estadísticos de 2018 del Instituto Provincial de Estadísticas y Censo, IPEC, en Misiones son: una de cada cuatro mujeres fue asesinada con armas de fuego; también han sido apuñaladas, golpeadas, incineradas, estranguladas, asfixiadas, degolladas, ahorcadas, descuartizadas y ahogadas. El 77% de los femicidas fueron sus parejas o sus exparejas, muchos de ellos los padres de sus hijos e hijas.

La mayoría de las víctimas tenía entre 19 y 50 años, aunque también hubo 13

niñas asesinadas y mujeres consideradas adultas mayores. Entre las víctimas había embarazadas. En la mayoría de los casos existía una denuncia previa e incluso dichos agresores ya tenían exclusión de hogar y prohibición de acercamiento.

Asimismo, en Misiones, en los últimos años, se crearon: “el Ministerio de Derechos Humanos, la Comisión de Género, Familia y la Juventud de la Cámara de Representantes, la línea 137 del Programa Nacional “Las víctimas contra las violencias” dependiente del Ministerio de Gobierno, Subsecretaría de Relaciones con la Comunidad, y se sancionó la ley provincial XIV N°6 (antes Ley N°3325 modificada por Ley 4405) que amplió notoriamente los ámbitos de acción contra la violencia de género.

Es decir que el gobierno provincial ha contemplado la creación de herramientas para prevenir y erradicar la violencia, sin embargo, los esfuerzos y medidas se quedan cortas teniendo en cuenta que la violencia crece día a día, y aún queda mucho por hacer. Una mirada de la violencia de género dentro de este contexto.

EL HOGAR, EL LUGAR MENOS SEGURO

El hogar no es el lugar más seguro para todas las personas, quienes sufren violencia familiar y abusos sexuales, conviven con el agresor significando que su vivienda es lugar menos seguro para una víctima, y poder pedir ayuda se torna más complejo que en otros tiempos.

Es importante conocer y poder identificar las características de la violencia de género, ya que inicia de manera sutil, con la violencia psicológica que muchas veces se torna imperceptible.

Es una responsabilidad social, de toda una comunidad, accionar cuando hay una víctima en peligro, por eso es importante conocer con qué medidas contamos, a qué teléfono se puede

informar de un caso o llamar en caso de emergencia, porque mirar para otro lado es ser cómplice de la violencia.

Misiones cuenta con la Línea 137, que brinda asistencia y acompañamiento concreto, con equipos en tres localidades de la provincia (centro de llamadas en Posadas, brigadas móviles en Posadas- Garupá, Oberá y Eldorado), en coordinación con la dirección de asuntos de familia y género de la policía de la provincia, con quienes se articula para las localidades donde no hay equipo de la línea 137.

La ley de violencia familiar de Misiones N°4405 se sanciona el 29 de noviembre de 2007. (Modificación de la Ley 3325), “para toda persona que sea víctima de violencia familiar -entendiéndose a la misma como toda acción, omisión, abuso o abandono que afecte la integridad física, psíquica, moral, sexual, patrimonial y la libertad de la misma en el ámbito familiar.

También se aplicará esta ley cuando se ejerza violencia familiar sobre la persona con quien se tenga o haya tenido relación de noviazgo o pareja, o con quien se estuvo vinculado por matrimonio o unión de hecho. Los alcances de la presente ley también comprenden toda falta razonable de cuidado, incluyendo el abandono psicofísico y afectivo y la negligencia en las obligaciones de alimentación y de educación obligatoria de los hijos, ascendientes y convivientes, sin perjuicio de las restantes vías procesales y las denuncias en los juzgados pertinentes”.

La ley de pensión graciable de asistencia a menores víctimas de delitos contra la integridad sexual. N° XIX – N.º 51, sancionada en 2011, es única en el país con esas características.

El espíritu de esta ley responde a la dificultad que tenían muchas familias de denunciar al agresor sexual, que a la vez era el sostén económico en el hogar.

“Es objeto de la presente Ley, brindar contención económica y social a los

menores de edad y a su grupo familiar conviviente, víctimas de delitos contra la integridad sexual previstos en el Libro Segundo "De los Delitos", Título III "Delitos contra la Integridad Sexual" del Código Penal."

ALGUNAS PROPUESTAS Y DISPOSITIVOS NECESARIOS

Las masculinidades: la construcción de la subjetividad del hombre también se construye en un sistema patriarcal, generando vínculos de competencia, rivalidad y agresividad como formas de expresión necesarias, que de algún modo también la sufren.

Por lo tanto, sostener el modelo masculino dominante genera consecuencias negativas tanto para hombres como para mujeres. Pareciera que las expresiones de cariño y la posibilidad de sentir dolor y llorar, es exclusivo para las ellas, sin que sea posible para los ellos.

En este sentido es importante educar en las emociones, a hombres y mujeres por igual, para permitirles construir vínculos sanos y de empatía.

Abordaje del agresor: una víctima de violencia de género debe hacer un peregrinaje policial, judicial y asistencial, y constantemente se implementan políticas públicas en respuesta a la víctima. Sin embargo, sabemos que no alcanza, y que se hace necesario "contener al agresor".

Es imprescindible pensar un abordaje de grupos terapéuticos para hombres que ejercen violencia, a que sabemos que reinciden, y que una orden perimetral, y una exclusión de hogar incrementan su agresividad en muchos casos. Es importante pensar dispositivos con esta población acompañados siempre de una justicia con perspectiva de género que actúe de forma inmediata.

Educación e innovación: Misiones es vanguardia en educación, la creación de la escuela de robótica, podría incluir estos temas, sería importante incorporar a la enseñanza los buenos tratos y la educación sexual para prevenir todo tipo de abusos y violencias, aprovechando la tecnología como una herramienta a favor y a las nuevas generaciones como protagonistas de los nuevos cambios.

El trabajo interdisciplinario: por último, es importante entender que la violencia de género es estructural, ligada directamente a una cultura machista y patriarcal, lo que requiere un abordaje integral y en red.

El trabajo interdisciplinario implica una renuncia al narcisismo, reconocer que la propia disciplina no es suficiente, y se necesita de todas, pero, sobre todo, se necesita un diálogo profesional y una construcción con perspectiva de género, dejando de lado la omnipotencia profesional.

Por último y para finalizar, es necesario involucrarse cuando se toma conocimiento de cualquier persona que sufre violencia.

Línea 137 en toda la provincia de Misiones.

BIBLIOGRAFÍA

- Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, (BELEM DO PARÁ)
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer CEDAW
- Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres.

Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) Fiscal a cargo: Mariela Labozzetta.

- Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos que desarrollen sus relaciones interpersonales.
- Ley 26.061 de Protección Integral

de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

- Ley 26.150 Programa Nacional de Educación Sexual Integral.



Editorial UGD
Universidad Gastón Dachary

Salta 1912, Posadas, Misiones, Argentina
Teléfono: +54 (0376) 4438677
Fax: +54 (0376) 4438677

Revista del Departamento de Derecho
de la Universidad Gastón Dachary.
Junio 2020

Contacto: editorial@dachary.edu.ar
Colección Revistas de la Editorial UGD



EDITORIAL