



COLUMNA DE OPINIÓN

Breve comentario a la res. conj. 5/2020 (MSal-MTEySS)

SOBRE LA EXIGENCIA DE CERTIFICADOS MÉDICOS DE COVID-19 A LOS TRABAJADORES

Ricardo A. Foglia (*)

I. Qué dispone la resolución

La resolución conjunta del epígrafe, publicada en el BO del 18/08/2020, establece que los empleadores no pueden exigir a los trabajadores que ingresan o que se reintegran a sus tareas "certificaciones médicas o estudios relativos al COVID-19".

II. Fundamentos

Como fundamentos de la decisión se señalan dos: la ley 26.529 (1) sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud y el derecho del trabajador a no ser discriminado.

III. Aspectos constitucionales de una resolución ministerial que se define como "interpretación auténtica" de varias leyes

La resolución expresa que, con la finalidad de resolver situaciones planteadas (que no individualiza) por el requerimiento de certificados o estudios de COVID-19 por parte de los empleadores, ella se dicta para brindar "una respuesta conjunta, que aclarare debidamente la cuestión, en una interpretación auténtica de la normativa reseñada, proveniente de los órganos que participaron en su creación".

CONTINÚA EN PÁGINA 4

El orden público y el derecho constitucional

Pablo L. Manili (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El orden público dentro de la Constitución.— III. El orden público fuera de la Constitución.— IV. A modo de conclusión.

→ La ley de orden público está por debajo de la Constitución y de los tratados internacionales, así como sometida al control de constitucionalidad de los jueces. Los jueces cuando aplican las normas de orden público también están supeditados a la Constitución y no pueden reformarla aplicando leyes contrarias a ella, por más que sean de orden público.

I. Introducción

La Constitución es una norma jurídica, es derecho y tiene fuerza normativa. Además, es la norma fundamental de todo sistema jurídico. Así lo vienen sosteniendo grandes maestros del derecho público desde hace décadas: el profesor alemán Konrad Hesse en 1959 dictó una lección titulada "La fuerza normativa de la Constitución" (1); el español Eduardo García de Enterría publicó en 1981 su obra "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional" (2); y nuestro Germán Bidart Campos editó en 1995 su libro "El derecho de la Constitución y su fuerza normativa" (3). Esa corriente puso el énfasis en el carácter jurídico de la Constitución (4) y significó la "desdudvergerización" del derecho constitucional, en el sentido de abandonar el estudio que considera la Constitución como un conjunto de instituciones políticas que se estudian desde el derecho (que fue el estilo aplicado en Europa y Latinoamérica en la primera mitad del siglo XX), para comenzar a considerarla como una norma jurídica en sí mismo (5).

Entonces, si la Constitución es norma, es derecho y tiene fuerza normativa, debemos colegir que necesariamente, es norma de "orden público". Se han ensayado cantidad de definiciones de ese concepto, algunas con pretensión de generalidad y otras limitadas a ciertas ramas del derecho. La mayoría de los autores que ensayaron una definición comenzaron constatando la dificultad de elaborarla en atención a lo difuso de los contornos de ese concepto, a su vaguedad y ambigüedad. Colacionaremos solo dos definiciones, que han sido esbozadas desde la óptica del derecho público: Linares (6) lo definió como "el conjunto de valoraciones políticas, económicas, técnicas morales y religiosas que se consideran justas por una comunidad estatal y estrechamente ligadas a la existencia y subsistencia de esa comunidad tal cual lo reclama la cosmovisión en ella vigente". Orgaz (7) sostenía que son los "principios generales de carácter constitucional que sirven de fundamento al orden social, industrial y político".

A su vez, desde la filosofía del derecho, Vigo y Sodero (8) lo definen como "la articulación en lo público de las personas y sociedades infrapolíticas, para alcanzar el bien común político". Aclaran que esa articulación pública implica que no se incluye en esa noción el orden particular o privado de los miembros de esa sociedad; lo cual "no significa que los bienes particulares puedan contradecir al bien común, sino que a aquellos se les reconoce una autonomía, cuyo control y fomento exterior y subsidiario ejerce el bien común político con sus exigencias". En un fallo de 1998 la Corte incluyó una frase de la que podría deducirse una definición de este concepto: "Corresponde a los poderes del Estado proveer todo lo indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar general, lo que significa atender a la conservación del sistema político y del orden económico, sin

los cuales o podría subsistir la organización jurídica sobre la cual reposan las libertades individuales" (9).

Pero, además, de ese concepto de orden público constitucional se fue formando a lo largo de la historia argentina un concepto paralelo, que es el de las "leyes de orden público". Borda (10) se refirió a ellas ya en 1950: afirmaba que "serían aquellas en que están interesadas, de una manera muy inmediata y directa, la paz y seguridad sociales, las buenas costumbres, un sentido primario de la justicia y la moral; en otras palabras, las leyes fundamentales y básicas que forman el núcleo sobre el cual está estructurada la organización social".

De lo antedicho, inferimos lo siguiente: a nuestro entender existen dos problemas en relación con el orden público desde la óptica del derecho constitucional: el de determinar qué significa el orden público "dentro" de la Constitución y qué alcances tiene; y el de determinar qué significa el orden público "fuera" de la Constitución y qué alcances pueden tener las leyes que dicen ser de orden público frente a ella.

II. El orden público dentro de la Constitución

En nuestra Constitución hay referencias expresas e implícitas a él.

II.1. Orden público expreso

El concepto de orden público está contenido en forma expresa en el art. 19 de la CN: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN

Breve comentario a la res. conj. 5/2020 (MSal-MTEySS)
Sobre la exigencia de certificados médicos de COVID-19 a los trabajadores
Ricardo A. Foglia 1

DOCTRINA

El orden público y el derecho constitucional
Pablo L. Manili 1

NOTA A FALLO

Procesos de familia: principios vs. reglas
Ana Karina Ripodas 6

JURISPRUDENCIA

AUDIENCIAS TELEMÁTICAS. Derechos de los adolescentes. Contacto con los progenitores. Pedido del Ministerio Público. Cuestionamiento de la competencia del juez intervinien-

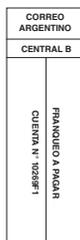
te en el divorcio de los padres del niño (JNCiv. Nro. 4). 5

LIBERTAD AMBULATORIA EN PANDEMIA. Denegación de entrada a la Provincia de Formosa bajo amenaza de privación de la libertad. *Habeas corpus*. Procedencia. Orden dada al Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 para que otorgue fecha cierta de ingreso a los peticionantes (CFed. Resistencia). 8

CESE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA. Progenitora que estuvo en el exterior durante dos meses en plena vigencia del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio decretado por el PEN. Hijos que quedaron al cuidado del padre (CNCiv.) 10

PANORAMA MENSUAL

Corte Suprema de Justicia de la Nación 11



El orden público y el derecho constitucional

● VIENE DE TAPA

solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Sostiene Nino (11), en forma similar a Orgaz, que la norma utiliza el orden público como una limitación a la autonomía de la voluntad, la cual solo podrá ser restringida si su ejercicio lesiona ese orden, es decir, si perjudica a terceros. Entendemos que esa es la interpretación estricta y correcta de la Constitución, porque es la que menor alcance le asigna al concepto de orden público. ¿Por qué sostenemos que ella es la correcta? Porque al tratarse de una limitación a los derechos debe ser aplicada con criterio restrictivo. Téngase en cuenta que, como sostenía Ekmekdjian (12), toda restricción de derechos implica un aumento del poder del Estado, y la Constitución se hizo justamente para lo contrario, es decir, para limitar al Estado y garantizar los derechos. Entiende ese autor que uno de los axiomas básicos del derecho constitucional es el de la “garantización del espacio de la libertad”, según el cual el objetivo fundamental de la ingeniería constitucional es garantizar el espacio de la libertad, buscando permanentemente limitaciones al poder, para evitar que este la avasalle. El autor referido encuentra su anclaje en el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Llevado a la práctica, ese axioma significa que “la competencia de los órganos del poder es específica, es decir, que estos están autorizados para ejercer solo aquellas atribuciones que les han sido conferidas expresamente por las normas, a diferencia de lo que sucede en derecho privado con la capacidad de las personas, las cuales pueden ejercer todos los actos jurídicos, excepto aquellos respecto a los cuales tengan una prohibición expresa”. Entonces, la interpretación del orden público como límite a los derechos humanos fundamentales y como ampliación del poder del Estado debe hacerse en forma estrecha.

En 1993 el Dr. Fayt, refiriéndose a la Ley de Partidos Políticos, cuyo art. 5º dispone que es de orden público, sostuvo que es “contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad” (13). En “Asociación de Testigos de Jehová” (14) de 2005 una ministra de la Corte expresó que “La libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público”.

II.2. Orden público implícito

Además de esa consagración expresa, apunta Gelli (15) que hay otras normas de la Constitución que aluden al orden público en forma implícita: i) el “bienestar general” del preámbulo; ii) la “utilidad pública” en la

expropiación (art. 17); iii) la cláusula del progreso (art. 75, inc. 18); significa, según esa autora, el equilibrio entre las políticas públicas de bienestar y las libertades individuales. Y aquí es donde empiezan los problemas porque esas referencias implícitas a “lo general” o “lo público” por encima de lo individual, si bien son necesarias en toda Constitución para mitigar el individualismo que surge de muchas de sus normas, han sido objeto de una interpretación tan amplia por los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo), que en algunas oportunidades se usaron para avasallar derechos fundamentales. En efecto, el término “orden público” ha sido una muletilla o una especie de talismán en el que se han ido fundando una cantidad de decisiones —legislativas, políticas y judiciales— restrictivas de los derechos fundamentales. A continuación, analizaremos algunos ejemplos de ello.

II.2.a. Orden público y poder de policía

Uno de los derivados del concepto de orden público es el de “poder de policía”. En tres fallos del siglo XIX aparece esta noción (que también es vaga e inasible), como una especie de contracara del orden público. Según la Corte, para resguardar el orden público el Estado debe ejercer el poder de policía y en ese ejercicio puede limitar derechos. Así surge de estos fallos:

— En “Varios Puesteros Próximos al Mercado del Centro” (16) de 1866, la Corte convalidó por primera vez el ejercicio del poder de policía que había sido ejercido por una provincia. Ciertos empresarios habían contratado con la municipalidad la construcción de ese mercado, con la condición de que se mantuviera la prohibición de instalar puestos de carne, verduras o frutas, en seis cuadras a la redonda. Con base en ello solicitaron el desalojo de ciertos puestos que no cumplían con esa condición. Los titulares de esos puestos se defendieron argumentando que esa norma atentaba contra el principio constitucional de libertad de industria. El juez de primera instancia y la Corte hicieron lugar a la demanda y ordenaron el desalojo de esos puestos, basándose en que la consagración constitucional del derecho a ejercer toda industria lícita no implica la negación “de reglamentar su ejercicio y aún limitarlo por causas de *utilidad general*”, pues la Constitución debe ser complementada por leyes que reglamenten y aseguren esos derechos (el destacado nos pertenece).

— En “Empresa Plaza de Toros” (17) de 1869, la Corte hizo referencia expresa al poder de policía para convalidar el rechazo de un pedido de autorización para montar ese espectáculo, que la actora atacó judicialmente con sustento en el derecho a ejercer toda industria lícita (art. 14, CN). La Corte afirmó que los poderes del Estado tienen facultades para “proveer lo conveniente a la *seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos*, no habiéndose garantido por el art. 14 de la CN... el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio”, las cuales deben evitar que se ofenda “*el decoro, la cultura y la*

moralidad de las costumbres públicas” (los destacados nos pertenecen).

— En “Saladeristas Podestá” (18) de 1887, los actores reclamaban una indemnización de daños por la prohibición de las faenas de los saladeros situados sobre el Riachuelo, ordenada por ley provincial en 1871. Alegaban que sucesivas reglamentaciones habían reconocido y reglamentado su derecho a instalarse allí, lo cual implicaba un derecho adquirido por ellos. También invocaron la libertad de industria y el hecho de que la prohibición de funcionar implicaba una expropiación sin indemnización previa. La Corte sostuvo: i) que ninguna de las normas reglamentarias invocadas creaba derechos irrevocables para establecer saladeros, ya que se limitaban a regular la actividad; ii) que contra la salud pública no hay derechos adquiridos, por lo cual toda autorización para funcionar de un establecimiento está sujeta a la condición de que no dañen aquella; iii) que los derechos de propiedad e industria “están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio” y a las “limitaciones exigidas por el *interés público*” (con invocación del Código Civil y de las leyes de indias; énfasis agregado); etcétera.

Los términos utilizados por la Corte en esos tres fallos fueron los siguientes: i) “utilidad general”; ii) “seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos”; iii) “el decoro, la cultura y la moralidad de las costumbres públicas” y iv) el “interés público”. Es decir que, a criterio de la Corte, existen ciertos valores superiores que justifican no solo la reglamentación sino también la limitación y la restricción de derechos. Si bien no mencionó el orden público, la idea está latente e implícita en esos fallos.

II.2.b. Orden público y doctrina de la emergencia

Esta doctrina es otro de los derivados del concepto de orden público. En realidad, puede ser considerada como una intensificación del poder de policía del Estado en atención a una situación de hecho extrema (emergencia) que así lo justifica, en defensa del orden público. En todos los fallos en los que la Corte fue pergeñando esta doctrina, colocó ciertos conceptos relacionados con el orden público por encima de los derechos individuales. Es decir, para justificar las restricciones a esos derechos acudió a dos argumentos: la emergencia y cierta entelequia a la que fue denominando sucesivamente “interés de la sociedad”, “interés común”, “superiores intereses generales” y “los intereses económicos de la colectividad”. ¿Son esos conceptos asimilables al “orden público”? Sí: en el fallo “Horta” (19) la Corte despejó esa duda al referirse a las leyes de emergencia del siguiente modo: “*Ilámense estas leyes de policía, de interés general, o de orden público*”. La doctrina de la emergencia evolucionó sobre la base del orden público, por ejemplo:

— En el año 1922, en “Ercolano c. Lanteri” (20) se discutía la constitucionalidad de dos leyes por las cuales se congelaban los precios de los alquileres de viviendas y se

suspendían los desalojos. La Corte sostuvo que “[h]ay restricciones a la propiedad (...) cuya legitimidad no puede discutirse (...). Tales son, las que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas (...). Todas ellas y otras muchas (...) se fundan exclusivamente en *el interés de la sociedad*” (el destacado nos pertenece). La convalidación de leyes de emergencia locativa con esos argumentos sería reiterada en muchas ocasiones posteriores (21).

— En 1934, en “Avico c. De la Pesa” (22), la Corte convalidó una ley (23) que recortaba los intereses pactados en los préstamos con garantía hipotecaria, limitando así el derecho de propiedad de algunos (los acreedores hipotecarios) con fundamento en el bienestar general (aunque en realidad la cantidad de deudores era similar que la de acreedores). Sostuvo que “Tan fundamental como el derecho individual es el derecho de la comunidad para regularlo en el *interés común* (...) el poder de promover el bienestar general es inherente al gobierno” (énfasis agregado).

— En “Ferrari” (24) de 1944 expresó que “Excepcionalmente, y en la medida que lo requiera la atención de los *superiores intereses generales*, es lícito, en ejercicio del poder de policía, dictar leyes retroactivas, razonables y justas con relación a las circunstancias que las han hecho necesarias, por las cuales, salvando su substancia, se restrinjan y regulen los derechos del propietario en lo que sea indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar general” (énfasis agregado).

— En “Ghiraldo c. Pacho” (25), el tribunal dispuso que “La licitud de la injerencia legal en el monto o plazo de los contratos exige que sea temporal, que la justifiquen excepcionales circunstancias y la requiera la atención de *superiores intereses generales*, y que las medidas adoptadas sean razonables y justas” (énfasis agregado).

— En 1960 en el fallo “Cine Callao” (26) la Corte convalidó una ley (27) que obligaba a los propietarios de salas cinematográficas a contratar actores para que hicieran números en vivo durante los intervalos entre películas. El argumento principal del fallo fue el poder de policía *amplio* del Estado, que comprende, junto a la seguridad, la moralidad y la salubridad públicas, otros valores tales como “los intereses económicos de la colectividad”.

II.2.c. Abuso de la noción de orden público

En otros fallos, el uso del concepto de orden público en situación de emergencia no se ejerció para quitar a “algunos” lo que se le daba a “muchos”, como en los casos anteriores; sino para quitarle algo a “muchos” y dárselo al Estado. Por ejemplo:

— Plan “Bonex”: en 1990, en el funesto fallo “Peralta c. Estado Nacional” (28), la Corte llegó a convalidar, no una ley del Congreso como en los casos anteriores, sino un decreto de necesidad y urgencia (29) (en adelante “DNU”) por el cual se privaba a los ahorristas de todos los bancos del país (privados y esta-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Doctor y posdoctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional en grado, posgrado y doctorado de la UBA.

(1) HESSE, Konrad, “Die Normative Kraft der Verfassung”, Freiburg Antrittsvorlesung, Tübingen, 1959. Se encuentra traducida al castellano en “Escritos de derecho constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, ps. 59-84.

(2) Ed. Civitas, Madrid, 1981. La parte referida a la fuerza normativa de la Constitución ocupa de la p. 19 a la 114.

(3) Ediar, Buenos Aires, 1995, 529 ps.

(4) Nótese que cantidad de constituciones, desde la de Cádiz de 1812 en adelante se titulan “Constitución política de...”.

(5) Hemos desarrollado el tema de la fuerza normativa de la constitución con mayor extensión en nuestro libro “Teoría Constitucional”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, ps. 45 y ss.

(6) LINARES, Juan F., “El concepto de orden público”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, 20, año XXVII, p. 173.

(7) ORGAZ, Alfredo, “Los límites de la autonomía de la voluntad”, LA LEY 64, 224.

(8) VIGO, Rodolfo - SODERO, Eduardo, “Orden público y orden público jurídico”, LA LEY, 2015-F, 1077.

(9) “Gutiérrez, Alberto”, Fallos 321:1984.

(10) BORDA, Guillermo A., “Concepto de ley de orden público”, LA LEY 58, 997 (1950).

(11) NINO, Carlos S., “Fundamentos de Derecho Cons-

titucional”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, ps. 304 y ss.

(12) EKMEKDJIAN, Miguel Á., “Tratado de derecho constitucional”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, 2ª ed. act. por Pablo L. Manili, t. I, p. 28.

(13) Fallos 316:2117.

(14) Fallos 328:2966 (disidencia de la Dra. Elena I. Highton de Nolasco).

(15) GELLI, María A., “El orden público en el derecho constitucional”, LA LEY, 2015-F, 800.

(16) Fallos 3:468.

(17) Fallos 7:152.

(18) Fallos 31:273.

(19) Fallos 137:47

(20) Fallos 136:170. El contexto que rodeó la sanción de las leyes cuestionadas (nros. 11.156 y 11.157) era de ex-

tema insuficiencia habitacional en la Capital Federal, motivada por la llegada a diario, a estas costas, de centenares de inmigrantes europeos. Ello motivaba hacinamiento en las pocas construcciones existentes, a la vez que familias enteras viviendo en plazas, estaciones, etc.

(21) Fallos 243:449, entre otros.

(22) Fallos 172:21.

(23) Ley 11.741, AR/LEGI/5757.

(24) Fallos 199:466

(25) Fallos 202:456.

(26) Fallos 247:121.

(27) Ley 14.226, AR/LEGI/2C5J.

(28) Fallos 313:1513.

(29) Dec. 36/1990 del presidente Menem y com. A 1603 del BCRA, AR/LEGI/5TD8.

tales) de los depósitos a plazo fijo, canjeándolos por bonos de deuda pública a largo plazo. Es decir que, en este caso, frente a los derechos de los ahorristas, que fueron restringidos, no había derechos de otros particulares que se beneficiarían de esa limitación, sino que solo estaba el Estado y su déficit fiscal. No obstante, el voto de la mayoría de la Corte (30) invocó “los poderes del Estado (para) proveer todo lo conducente a la prosperidad del país y al bienestar de los habitantes”.

— Leyes de Consolidación de Deudas del Estado (25.344 y 23.982): en 1994, en “Radio-difusora Buenos Aires” (31) la Corte convalidó una ley de “consolidación” de deudas públicas, que es un eufemismo para describir normas que implicaban el no pago de las deudas por cierto tiempo o bien el pago parcial de ellas. Sostuvo que “Las disposiciones de las leyes de consolidación revisten el carácter de orden público y resultan aplicables a los pronunciamientos no cumplidos si se trata de deudas pasibles de ser consolidadas”. Con lo cual convalidó la aplicación de esa ley a pesar de que había sentencia firme. En “Hewlett Packard Argentina” (32) de 2006 actuó de modo similar. Expresó que “La aplicación de la ley 25.344 a los pronunciamientos no cumplidos si se trata de deudas pasibles de ser consolidadas resulta inexcusable toda vez que sus disposiciones —en razón de su carácter de orden público— son imperativas e irrenunciables”. En 2016 volvió a expedirse del mismo modo en “Ferrosur” (33): “Las normas de consolidación de deudas son de orden público (...) razón por la cual deben ser aplicadas por los jueces en cualquier estado del proceso y aun de oficio, sin que medie petición alguna de las partes”. En 2005 (es decir, apenas un año antes de “Hewlett Packard”) en una causa donde no estaba en juego el interés económico del Estado, había sostenido lo contrario, aplicando también leyes de orden público: “El respeto por la cosa juzgada (...) no es susceptible de alteración ni aún por vía de la invocación de leyes de orden público, toda vez que la estabilidad de las sentencias, en la medida en que constituyen un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es también exigencia del orden público con jerarquía superior” (34).

II.2.d. La Constitución dejó de ser de orden público para la Corte

En un caso de 2004 el tribunal convalidó convenios privados hechos en violación de la Constitución. En el caso “Cabrerá, Jerónimo” (35) de ese año, la Corte falló en un amparo relativo al tema de la pesificación de los depósitos a plazo fijo en dólares. El ahorrista había promovido esa acción para obtener la devolución de la diferencia entre la suma que el banco le devolvió en pesos a una paridad artificial fijada por el DNU 214/2002 (de \$1,40 por cada dólar) y la suma que le hubiese correspondido, de realizar tal conversión al valor real de la moneda extranjera. Planteó, para ello, la inconstitucionalidad del referido decreto y del conglomerado normativo concordante. La Corte aplicó la doctrina de los actos propios en perjuicio del ahorrista y con

base en ella confirió efecto liberador al pago parcial realizado por el banco y al recibo firmado por el actor. Es decir que, pese a que las normas por medio de las cuales se modificó el contrato celebrado por los ahorristas con el banco eran palmariamente inconstitucionales (36), la Corte convalidó que las partes en una relación jurídica hubieran pactado aplicando esas normas contrarias a la Constitución. El tribunal omitió considerar que la Constitución es de orden público y que rige tanto a los poderes constituidos como a los sujetos privados. Pareciera desprenderse de este fallo que la Constitución fuera una norma jurídica mediata o indirecta, que solo se aplica a los poderes del Estado, pero no a los particulares, cuando claramente no es así. Lo que las partes en esa relación pudieron haber convenido con base en una norma inconstitucional es también inconstitucional y debe ser descalificado por el órgano jurisdiccional en su carácter de guardián de la Constitución. Se cae así en el absurdo de admitir que las partes pacten en contra de normas de orden público y de jerarquía constitucional, mientras que no se admite que los particulares pacten en contra de normas de orden público, pero de jerarquía solamente legal (p. ej., la que establece que nadie puede renunciar al derecho a percibir alimentos o los pactos sobre herencias futuras). El pago parcial que el banco realizó al ahorrista, al que la Corte atribuyó efectos liberatorios por el total, fue hecho aplicando normas inconstitucionales, por lo cual ese pago es tan inválido como un contrato de compraventa de personas (prohibido por el art. 15, CN) o como un salario inferior al mínimo vital y móvil ¿O acaso las prohibiciones de las leyes tienen jerarquía normativa superior a las de la Constitución nacional?

II.2.e. El orden público y el control de constitucionalidad de oficio

El carácter de norma de orden público que ostenta la Constitución era uno de los fundamentos que se esgrimieron en doctrina para pregonar la necesidad de que los tribunales ejercieran el control de ese modo, durante las décadas en que la Corte lo negaba, es decir entre 1941 (37) y 2001 —p. ej., Bielsa (38) y Bidart Campos (39)—. Si la Constitución es de orden público, no puede permanecer violada por el solo hecho de que una de las partes en el pleito no haya formulado ese planteo en el momento procesal oportuno (40). Los jueces deben suplir ese accionar y aplicar la Constitución de oficio, como lo vienen haciendo desde el fallo “Mill de Pereyra” (41) de 2001, en que la Corte cambió de criterio. Como veremos en el punto siguiente, las leyes de orden público deben aplicarse de oficio, por lo cual no había motivos para que la Constitución no fuera aplicada también de oficio.

II.2.f. El orden público constitucional como límite al arbitraje

El concepto de orden público ha sido de aplicación frecuente cuando los jueces debieron intervenir en recursos interpuestos contra laudos arbitrales. La jurisprudencia tradicional en la materia establecía que “Nin-

gún principio de orden público se opone a que la institución del arbitraje sea practicada por el Estado como persona jurídica a los fines de dirimir sus controversias con los particulares; y establecida esa institución por la ley e incorporada a un contrato, debe producir los efectos que en términos generales establece el art. 1197 del Cód. Civil” (42) (que era la norma que consagraba la autonomía de la voluntad). A esa regla general se contraponía una excepción: “Las cuestiones que afecten el orden público o social, no pueden ser sometidas a juicio arbitral” (43). Ello no es más que una aplicación del principio esbozado más arriba y que surge del art. 19 de la CN: el orden público limita la autonomía de la voluntad, por lo tanto, también limita la libertad de las partes de acudir al arbitraje en temas que son de orden público. En el fallo “José Cartellone c. Hidronor” (44) de 2004, la Corte aumentó la injerencia judicial en los arbitrajes porque se consideró competente para controlar no solo el derecho de las partes de someter una cuestión al arbitraje, sino, además, el resultado de un arbitraje, es decir: el laudo. Sostuvo, por primera vez en su historia, que el Poder Judicial era competente para juzgar la validez de un laudo arbitral cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable o contraríe el orden público argentino. Agregó que “No puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio”. Es decir, que si el tribunal entendiera que un laudo contraría esos principios básicos sobre los que se asienta la organización de nuestra sociedad, podría intervenir aun en contra de la voluntad de las partes, que sustrajeron una causa del conocimiento de la justicia argentina para asignársela a un sistema privado de solución de conflictos.

III. El orden público fuera de la Constitución

Como afirmamos más arriba, además del orden público que está dentro de la Constitución y que generó la jurisprudencia que analizamos en el título anterior, distintas leyes han creado situaciones, normas, mecanismos o institutos que tildaron de “orden público”. Existen varias ramas del derecho en las cuales se aplica la noción de orden público, destacándose el derecho de familia (45) y sucesorio (46), el derecho laboral (47), el derecho penal (48), el derecho procesal (49), el derecho concursal (50) y, más recientemente, el derecho de los consumidores (51) y el derecho ambiental (52); aunque ello no implica que no esté presente en otras ramas del derecho (53).

En las ramas del derecho que incluyen esta noción, ella alude a ciertas normas que no son disponibles, porque no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes. Es decir: son de cumplimiento obligatorio y toda dispensa de su cumplimiento o cualquier pacto en contra de ellas serán nulos. Así lo disponía el Código Civil de Vélez Sarsfield que entró en vigor el 1 de enero de 1871, en el art. 21: “Las convenciones particulares no

pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”. Por ejemplo, la renuncia anticipada a la herencia; la renuncia anticipada a los alimentos; un salario pactado por debajo del salario mínimo vital y móvil o una renuncia a las vacaciones o descanso semanal del trabajador; una cláusula contractual por la cual un consumidor renuncia a demandar al proveedor, etc. Hasta allí no hay problema desde el punto de vista constitucional, porque el Congreso puede hacer distingos entre las normas que sanciona y disponer que unas son dispositivas y otras son imperativas para los particulares.

El problema se presenta cuando una ley considerada de orden público afecta derechos y garantías constitucionales. El art. 5º del mismo Código contenía una norma claramente inconstitucional: “Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público”, que fue aplicada por la Corte hasta el cansancio, como reseñaremos a continuación. Basta con leer la norma para darse cuenta, en abstracto y *a priori*, de que, según ella, si el Congreso dice que una norma es de orden público, los derechos adquiridos no cuentan y no pueden oponerse a ella para resistir su aplicación. Pero los derechos adquiridos se encuentran protegidos por el art. 17 de la CN, que consagra el derecho de propiedad, dado que, si fueron “adquiridos”, ingresaron al patrimonio de la persona. Es decir que el Código Civil afirmaba (y la Corte convalidaba) que una ley podía avasallar derechos adquiridos si el Congreso le agregaba una cláusula por la cual la declaraba como “de orden público”. Y esa decisión del Congreso era discrecional y no podía ser controlada judicialmente. En definitiva, lo que se estaba avalando era la “razón de Estado” que, durante décadas, permitió convalidar cualquier cosa, bastando para ello con que los poderes políticos hubieran declarado que ello era de orden público o que la Corte considerara que así lo era. Afortunadamente la ley 17.711 de 1968 derogó el art. 5º, pero ello no impidió que se siguieran sancionando leyes (e incluso decretos) que contenían esa cláusula, lo cual profundizó el problema creado por el codificador (54). Para peor, la Corte echó mano de esa norma cada vez que necesitó acompañar el accionar del gobierno de turno y convalidar leyes inconstitucionales. Para citar solo algunos de los muchos ejemplos colacionaremos fallos de distintos períodos del tribunal:

— En “Caffarena” (55), fallado en 1871 apenas empezó a regir el código, convalidó una lesión al derecho de propiedad amparándose en esa norma (56).

— En 1914 se apoyó en la noción de orden público para convalidar la ley 3952 sobre Demandas contra la Nación, que restringía severamente los derechos de los administrados que debían litigar contra el Estado. Agregó que “debe ser aplicada de oficio por los tribunales, en los casos en que no fuera invocada por los representantes del gobierno de la Nación” (57).

{ NOTAS }

(30) Integrada por los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Cavagna Martínez, Levene y Barra. Los Dres. Belluscio y Oyhanarte votaron en disidencia.

(31) Fallos 317:739.

(32) Fallos 329:2055.

(33) Fallos 339:357. Puede verse también: “López, Diego” de 2010, Fallos 333:527; “Mejail, Miguel” de 2008, Fallos 331:964; “Arias, Alejo” de 2007, Fallos 330:4936; etc.

(34) “Rodríguez Rodríguez, María” de 2005, Fallos 328:4801.

(35) Fallos 327:2905. Puede verse nuestro análisis del fallo, titulado “La Constitución Nacional es de orden público y no admite acuerdo en contrario”, LA LEY, 2004-D, 1015.

(36) Así lo había declarado la propia Corte en los Fallos “Smith” (2001) y “Provincia de San Luis” (2003).

(37) Año en que se dictó el fallo “Ganadera Los Lagos”, Fallos 190:149.

(38) BIELSA, Rafael, “Derecho constitucional”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 573.

(39) BIDART CAMPOS, Germán J., “Derecho constitucional del poder”, Ediar, Buenos Aires, 1967, t. II, p. 330.

(40) DE LA FUENTE, Horacio H., “Orden público”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 99.

(41) Fallos 324:3219.

(42) Fallos 133:61 (1920).

(43) Fallos 178:293 (1937).

(44) Fallos 327:1881.

(45) MEDINA, Graciela, “Orden público en el derecho de familia”, LA LEY, 2015-F, 742.

(46) CÓRDOBA, Marcos, “Orden público en el derecho sucesorio”, LA LEY, 2015-F, 933.

(47) GRISOLÍA, Julio A., “Orden público en el derecho laboral”, LA LEY, 2015-F, 910.

(48) YACOBUCCI, Guillermo J., “Orden público en el derecho penal”, LA LEY, 2015-F, 726.

(49) GOZAÍNI, Osvaldo A., “Orden público en materia procesal”, LA LEY, 2015-F, 650 y TERRAGNI, Marco A., “Orden público y el derecho procesal penal”, LA LEY, 2015-F, 668.

(50) HEREDIA, Pablo D., “Orden público en el derecho concursal”, LA LEY, 2015-F, 960.

(51) TAMBUSSI, Carlos E., “El consumo como derecho humano”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 45 y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Orden público en el derecho del consumidor”, LA LEY, 2015-F, 985.

(52) CAFFERATTA, Néstor A., “Orden público en el derecho ambiental”, LA LEY, 2015-F, 819.

(53) STIGLITZ, Rubén S. – COMPIANI, María F., “Orden público en el contrato de seguro”, LA LEY, 2015-F, 622; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Orden público y fraude a la ley”, LA LEY, 2015-F, 596; SAUX, Edgardo I., “Orden público en la teoría general de las personas”, LA LEY, 2015-F, 574.

(54) El Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield merece nuestra mayor admiración y encomio porque en la enorme mayoría de los temas fue muy sabio, pero en este, a nuestro criterio, se equivocó.

(55) Fallos 10:427.

(56) Puede verse su análisis (y el de varios de los fallos que citaremos a continuación) en nuestro libro “Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., ps. 37 y ss.

(57) Fallos 118:436.

— En “Frugoni Zavala” (58), de 1935, convalidó una ley que rebajaba las jubilaciones acordadas y sostuvo que ello “no atenta contra las garantías del art. 17 de la CN, ni afecta los principios contenidos en el art. 3º del Cód. Civil, por tratarse de una ley de orden público”.

— En “Míguez c. Chapital”, de 1939, entendió que “Las leyes impositivas son de orden público y pueden ser establecidas con efecto retroactivo sin que ello sea causa de invalidez constitucional”. Otro tanto sostuvo (con distinta integración) en “Feliú, José c. Nación” (59) de 1950 “Las leyes de orden público que establecen gravámenes destinados a integrar las rentas de la Nación, pueden ser aplicadas retroactivamente, sin agravio constitucional”.

— En “Pacheco Santamarina” (60), de 1953, la aplicó para esconder la inflación y disfrazar de cuestión de derecho público una causa en la que solamente se discutía el valor de un alquiler y su actualización.

— En “Gómez Pombo” (61), de 1954, manifestó que “La aplicación retroactiva del actual arancel de honorarios de abogados y procuradores, dispuesta expresamente en el art. 50 de la ley 12.997 (...) es constitucionalmente válida, dada la naturaleza procesal de la ley y el carácter de orden público de sus disposiciones”.

— En “Suhr Horeis” (62), de 1960, sostuvo que “El carácter de orden público de la ley 14.821 de locaciones permite, sin agravio constitucional, su aplicación en las causas pendientes de sentencia definitiva”.

Nótese que en todos esos fallos (y en decenas de otros de distintas épocas) la única razón por la cual se convalidaron leyes retroactivas, lesivas de derechos adquiridos o restrictivas de otros derechos, es que son de orden público. Afortunadamente, en medio de ese mar de inconstitucionalidades avaladas por la Corte, hubo fallos de la Corte que aplicaron fielmente la Constitución. En el ya citado fallo “Horta” de 1922, referido a una ley de emergencia que suspendía desalojos, sostuvo: “El poder para dictar las leyes, llámense estas leyes de policía, de interés general o de orden público, se halla siempre sometido a la restricción que importa la garantía de la inviolabilidad de la propiedad, y el principio de que ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos, contra una ley de orden público, aparte de ser una simple norma de origen legislativo que no puede primar sobre las garantías consagradas por la Constitución, no se refiere tampoco a derechos patrimoniales. El art. 1º de la ley 11.157 aplicado cuando las partes se hallan vinculadas por un contrato de

término definido, celebrado con anterioridad a su promulgación, es inconciliable con lo dispuesto en el art. 17 de la Constitución”. Esta es, huelga aclararlo, la doctrina correcta. La mera invocación del orden público no coloca a la ley por encima de la Constitución, no la habilita a lesionar derechos, incluyendo, obviamente, los derechos adquiridos. *La ley de orden público sigue siendo una ley, sigue estando por debajo de la Constitución y de los tratados internacionales, y sigue estando sometida al control de constitucionalidad de los jueces. A su vez, los jueces cuando aplican normas de orden público siguen estando por debajo de la Constitución y no pueden reformarla aplicando leyes contrarias a ella, por más que sean de orden público.*

A continuación, mencionaremos algunos ejemplos de normas que se auto-rotularon como de “orden público”:

a) *Leyes*: Decenas de leyes a lo largo de la historia argentina han incluido una norma en la que predicaban de sí mismas su carácter de orden público; como si ello le diera mayor jerarquía normativa o como si ello hiciera sentir más fuerte al legislador para luego exigir su cumplimiento. La mayoría de las leyes de emergencia contienen una norma en ese sentido. Las áreas en las que más abundaron estas leyes fueron: los alquileres de inmuebles destinados a vivienda, las deudas del Estado y las normas relativas a la emergencia financiera. Mencionaremos algunos ejemplos de las últimas décadas: i) La ley 23.982 de Consolidación de Deudas del Estado, sancionada en 1991, en su art. 16 reza: “La presente ley es de orden público y se dicta en ejercicio de los poderes de emergencia del Congreso de la Nación” y varios avasallamientos de derechos contenidos en ella (incluida su aplicación retroactiva) fueron convalidados en los fallos que analizamos más arriba. ii) La ley 25.561, sancionada en enero de 2002 en medio de la crisis que arrasó con cinco presidentes en dos semanas, establece en su art. 19: “La presente ley es de orden público. Ninguna persona puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos. Derógase toda otra disposición que se oponga a lo en ella dispuesto”.

b) *Decretos*: Generalmente, toda brecha que se abre en materia constitucional tiende a ampliarse, y veces las excepciones se transforman en regla. Tanto se abusó del orden público en leyes que desde hace unas décadas ello comenzó a ocurrir en decretos, especialmente en los DNU. Por ejemplo, el DNU 576/2020, que dispuso una prórroga del aislamiento social preventivo y obligatorio en el marco de la pandemia decretada por el COVID-19 (vulgarmente llamado “coronavirus”), establece en

su art. 34: “El presente decreto es de orden público”.

Pero allí no termina todo: ha habido al menos un caso en que uno de los ministros de la Corte llegó a asignar el carácter de orden público a un DNU que ni siquiera proclamaba ser una norma de ese tipo (63). Ello ocurrió en autos “Aerolíneas Argentinas” (64) de 2009, en que una jueza, siguiendo el dictamen del procurador, sostuvo que una multa aplicada por el Ministerio de Trabajo había sido dictada sobre la base de una norma “de orden público, dictada por el Poder Ejecutivo y en ejercicio de las atribuciones basadas en preceptos de rango superior”.

c) *El orden público internacional*: otro de los temas en los que el orden público proviene desde fuera de la Constitución es este. La diferencia que hay entre este caso, y el de las leyes es la jerarquía normativa de la norma de orden público que está fuera de la Constitución. Hay ciertas normas del derecho internacional que se consideran imperativas o de *ius cogens*, que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de los Estados. Por ejemplo, el principio de buena fe, el de cumplimiento de las obligaciones asumidas, el de no volver contra los propios actos, por mencionar algunas de las que tienen plena aplicabilidad en materia de derechos humanos (65) y otras de derecho internacional general como la igualdad de los Estados, la abstención del uso de la fuerza, la prohibición de agresión, etc. (66). En ellas no opera el principio de coordinación de voluntades de los Estados sino el principio de bien común y son jerárquicamente superiores a las demás normas del sistema (67) porque se imponen a los Estados, aun cuando no hayan ratificado ningún tratado que las contenga ni hayan colaborado con el nacimiento de ninguna costumbre que las consagre. El art. 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados las define como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (68).

En reiteradas ocasiones, especialmente durante lo que va del siglo XXI, la Corte Suprema aplicó normas de este tipo, considerándolas como un límite a la autonomía de la voluntad del Estado, por ejemplo, las que establecen la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (69) y las que imponen al Estado el deber de castigar esos crímenes. Por ejemplo, en los fallos “Simón” (70) de 2005 y “Mazzeo” (71) de 2007, en los cuales declaró la inconstitucionalidad de leyes y decretos que a su criterio violaban ese orden público inter-

nacional. En esos fallos, la norma de orden público internacional fue aplicada retroactivamente. En “Lariz Iriondo” (72) de 2005, el Dr. Boggiano sostuvo “La imperatividad de las normas del derecho internacional consuetudinario las torna aplicables, aun retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional” (73).

IV. A modo de conclusión

El concepto de “orden público”, además de difuso, es peligroso.

Dentro de la Constitución, el orden público actúa como límite a la autonomía de la voluntad (orden público expreso) y como justificación del ejercicio del poder de policía del Estado (orden público implícito), en ambos casos para restringir derechos, por lo cual debe ser objeto de una interpretación restringida y *favor libertatis* o *pro homine*, es decir, dándole la menor extensión posible para garantizar la mayor amplitud posible a los derechos.

Cuando la norma de orden público viene desde fuera de la Constitución, los habitantes de este país hemos sufrido notorios abusos de parte del legislador, en su mayor parte convalidados por la Corte: leyes locativas restrictivas del derecho de propiedad, leyes de emergencia financiera que causaron ese mismo efecto, aplicación retroactiva de normas lesionando derechos adquiridos, etcétera.

Cita online: AR/DOC/2753/2020

MÁS INFORMACIÓN

Cafferata, Juan Manuel, “Orden público, normas imperativas e intervención del Estado en las relaciones privadas. Ámbitos de aplicación del DNU 320/2020 en materia de arrendamientos”, RC-CyC 2020 (septiembre), 215, AR/DOC/2510/2020
Muñoz, Matías O., “El orden público efectivo en el derecho del consumidor”, LA LEY, 2020-B, 1, RCyS 2020-V, 52, AR/DOC/3993/2019
Puga, Mónica, “Estatuto de Defensa al Consumidor. La relación entre orden público económico y la Constitución Política”, Sup. Esp. Const. 2019 (noviembre), 185, AR/DOC/3775/2019

LIBRO RECOMENDADO

Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada
 Autora: Gelli, María Angélica
 Edición: 2018
 Editorial: La Ley, Buenos Aires

{ NOTAS }

- (58) Fallos 173:5.
 (59) Fallos 218:668.
 (60) Fallos 225:135.
 (61) Fallos 229:202.
 (62) Fallos 246:197.
 (63) DNU 392/2003 que aumentaba salarios del sector privado, AR/LCON/1MZX.

- (64) Fallos 332:170.
 (65) Conf. SÖRENSEN, Max (ed.), “Manual de derecho internacional público”, Ed. FCE, México, 1978, trad. de la Dotación Carnegie por la Paz, ps. 172 y ss.
 (66) MONCAYO, Roberto G., et al., “Derecho internacional público”, Ed. Zavala, Buenos Aires, 1985, p. 23.
 (67) GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D., “Moderno

- derecho internacional y seguridad colectiva”, Ed. Zavala, Buenos Aires, 1995, p. 285.
 (68) Puede verse la relación de esta norma con el orden público internacional en REUTER, Paul, “Introducción al derecho de los tratados”, FCE, México, 1999, ps. 168 y 213.
 (69) “Arancibia Clavel” de 2004, Fallos 327:3294.

- (70) Fallos 328:2056.
 (71) Fallos 330:3248.
 (72) Fallos 328:1268.
 (73) Hemos buscado el significado del principio de actualidad en la mayoría de los autores relevantes del derecho internacional, pero no lo hallamos.

_COLUMNA DE OPINIÓN

Breve comentario a la res. conj. 5/2020 (MSal-MTEySS)

VIENE DE TAPA

De esta manera, la citada resolución tiene por finalidad aclarar e interpretar en forma auténtica las normas a las cuales se refiere y que son, según la enumeración que efectúa, el DNU 260/2020 (2), que prorrogó por un año la

ley 27.541 (3), la cual entre otras emergencias declaró la sanitaria, y el DNU 297/2020 (4), que dispuso el aislamiento social preventivo y obligatorio, sucesivamente prorrogado hasta nuestros días. También incluye entre ellas la citada ley 26.529.

Esta pretensión de interpretación auténtica de leyes se advierte claramente del texto transcrita más arriba, cuando dice al final del párrafo que la interpretación que efectúa va a ser de “la normativa reseñada proveniente de los órganos que participaron en su creación” esto es, de normas emanadas del Congreso de la Nación, y del Poder Ejecutivo

con igual rango en uso de sus facultades constitucionales (art. 99, inc. 3º, CN).

Esa naturaleza de norma de interpretación auténtica que se autoasigna plantea una primera cuestión referida a si es constitucionalmente válido que una norma de rango inferior (resolución conjunta ministerial) pueda interpretar, en forma auténtica como dice, disposiciones legales de rango superior.

Es decir, en definitiva, la cuestión se reduce a si una simple resolución ministerial conjunta puede interpretar leyes, algunas de ellas, como se dijera, de orden público.

Del solo planteo del interrogante se concluye que la resolución es osadamente inconstitucional.

Solo el Congreso de la Nación puede dictar una ley que interprete el sentido y el alcance de una ley (norma de igual jerarquía) dictada antes por el Congreso, siempre que no la modifique, en cuyo caso será una ley modificatoria, o arrase con derechos consumados jurídicamente (5), en cuyo caso será inconstitucional.

La ley interpretativa se confunde con la ley interpretada y pasan a formar un mismo plexo normativo, ya que ambas se unen apor-

tando una solución jurídica a las situaciones comprendidas por la norma. En este caso, la lectura de ambas debe ser articulada. En el fondo es la facultad del Congreso de suplir su propia falla.

Ahora resulta inadmisiblemente constitucionalmente que otro órgano del Estado, a través de una resolución, o incluso un decreto “diga lo que el Congreso quiso decir”, ya que está legislando al integrar la ley.

Cabe aclarar que las normas interpretativas rigen desde la misma fecha en que entró a regir la norma interpretada, lo que no sucede en este caso ya que, conforme al art. 2º, su vigencia comienza con la publicación en el Boletín Oficial. De esta manera, y siguiendo la lógica de la resolución, habría una brecha de desinterpretación que iría desde el dictado de cada norma interpretada hasta la entrada en vigor de la norma interpretante. Señalamos ello para demostrar lo absurdo de la cuestión.

Cabe agregar, además, que las normas que dice interpretar auténticamente no delegaron esa facultad, lo cual también sería, de haber existido, una delegación de dudosa constitucionalidad.

Si la norma no fue clara, el único intérprete de esta es el juez en cada caso en concreto en que se plantee el alcance o el sentido de la norma, ya que esa es una de sus funciones constitucionales (art. 109, CN). Y dicha interpretación de la ley los magistrados deben efectuarla conforme a las pautas que, en este caso, determina el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 2º que dice: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

IV. El artículo 210 de la LCT

La resolución también colisiona con el art. 210 de la LCT, que establece la obligación del trabajador de someterse al control médico que, razonablemente y sin que afecte la dignidad del trabajador, disponga el empleador.

A su vez el art. 31, apart. 3º, inc. d), de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, expresa que “Los trabajadores... Se someterán a los exámenes médicos”.

Adviértase que, y dado que la norma comprende a los trabajadores que se reintegran a sus tareas la res. SRT 37/2010 (6) determina que el empleador puede efectuar exámenes médicos a los trabajadores que regresa al trabajo luego de una enfermedad prolongada.

La resolución conjunta vulnera los textos legales citados, razón por la cual y desde esta perspectiva también es inconstitucional.

V. La irrazonabilidad de los fundamentos

También los fundamentos de la norma son objetables.

La ley 26.529 regula “El ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la presente ley” (art. 1º). Como es fácil advertir, el trabajador no es paciente del empleador, el que a su vez no es su prestador de salud, aunque sea un sanatorio, clínica u otra. La relación entre ambos es un contrato de trabajo, no de prestación médica.

Pero, más allá de ello, en el consid. 9º de la resolución se expresa que el requerimiento de dichos certificados y estudios resultan discriminatorios o violan “la reserva y confidencialidad de los pacientes”.

En cuanto a la discriminación, no se advierte en qué consistiría el trato peyorativo de solicitar un estudio de COVID-19 a un trabajador que ingresa o retorna a las tareas, ya que dicho requerimiento no es infundado, ni extraño, ni aislado, ni inusual ni se trata de una enfermedad estigmatizaste, en tanto se lo solicita en medio de una pandemia y cuarentena provocada por esa enfermedad, en la cual los tests son clave para frenar la expansión del virus, tal como lo ha dicho la propia autoridad sanitaria que dictó la norma comentada.

Pero extendiendo el criterio de la norma, y para acreditar su irrazonabilidad, bastaría con señalar que con esa idea sería discriminatorio exigir cualquier certificado médico o incluso los estudios médicos exigidos al ingreso o cuando el trabajador se reintegra luego de una enfermedad prolongada. Más allá de la afectación de las facultades del empleador, dicha veda conspiraría contra la prevención, al impedir monitorear el estado de salud de los empleados, afectando uno de los pilares del sistema de infortunios del trabajo, como es la prevención.

Lo que se debe advertir es que, por el contrario, solicitar esa certificación o estudios es una forma de proteger la salud del trabajador y es cuidar la de los restantes trabajadores que pueden contagiarse por COVID-19 si se introduce en la empresa a un trabajador enfermo porque no se le efectuó el control aludido.

Lo que sí podría ser objetable es que el empleador no se hiciera cargo de los costos que importa obtener dicha certificación o estudio.

En cuanto al deber de “reserva y confidencialidad de los pacientes” que se seña-

la, cabe destacar que el trabajador no es paciente del empleador por lo cual, y más allá de la inaplicabilidad de la norma citada (ley 26.529, que se refiere a la relación médico/institución de salud-paciente), señalamos que en la mayoría de los casos es el trabajador que presenta los certificados médicos para justificar las inasistencias y si así no lo fuera el empleador tiene la facultad de control, ya que por una parte es el que abona las ausencias por causa de enfermedad y, por el otro, tiene la obligación de preservar la salud de los restantes trabajadores conforme al estándar del art. 75 de la LCT.

VI. El dudoso alcance subjetivo

La norma se refiere a los trabajadores que ingresen o que se reintegren a sus tareas.

Este último supuesto es claro, pero no así qué se entiende por “ingresen”, ya que podría comprender a aquellos nuevos empleados contratados o a todos los que ingresan (entren) al establecimiento.

Del contexto de las normas y del hecho de que se refiera a los trabajadores que retornen a sus tareas, como se dice en los considerandos, nos inclinamos a pensar que se refiere a aquellos nuevos empleados y no a los que ya estaban laborando.

De ser así, el empleador podría exigir dichos estudios o certificaciones a los que continuaron trabajando en la medida que no se reintegren por inasistencias, cualquiera sea su causa.

De todos modos, cualquiera sea la interpretación de la norma “interpretativa”, la respuesta es irrazonable.

Cita online: AR/DOC/3306/2020

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado egresado de la UCA y magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

(1) BO 20/11/2009, AR/LEGI/5R9V.

(2) BO 12/03/2020, AR/LCON/809Z.

(3) BO 23/12/2019, AR/LCON/8QAT.

(4) BO 20/03/2020, AR/LCON/8005.

(5) Ver a BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Ediar, Buenos Aires, 2009, t. II-A, p. 74.

(6) BO 20/01/2010, AR/LCON/3A0Z. El art. 6º dice:

“Exámenes posteriores a ausencias prolongadas: objetivos, carácter optativo, oportunidad de su realización y responsables. 1. Los exámenes posteriores a ausencias prolongadas tienen como propósito detectar las patologías eventualmente sobrevenidas durante la ausencia. 2. Estos exámenes tienen carácter optativo, pero sólo po-

drán realizarse en forma previa al reinicio de las actividades del trabajador. 3. La realización de este examen será responsabilidad de la A.R.T. o Empleador Autoasegurado, sin perjuicio de que estos, puedan convenir con el empleador su realización”.

NOTA A FALLO

Audiencias telemáticas

Derechos de los adolescentes. Contacto con los progenitores. Pedido del Ministerio Público. Cuestionamiento de la competencia del juez interviniente en el divorcio de los padres del niño.

Véase en página 6, Nota a Fallo

1.- Se convoca al hijo de las partes a una audiencia que será celebrada mediante una plataforma virtual, a pedido del Defensor Público de Menores, para que el juez tome conocimiento de la suspensión de contacto con la madre, los abuelos y los compañeros de colegio, aun cuando el progenitor ha cuestionado la competencia del magistrado.

2.- Sin perjuicio de la competencia, a tenor del artículo 196 del Cód. Proc. Civ. y Com., en el caso, se trata, entonces de considerar si la norma principal: “Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia”, cede ante la excepción allí pre-

vista: “la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia”; operando siempre la cláusula final del artículo procesal: “El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente”. Se asimila la escucha judicial y por parte del Ministerio Público, de un niño o adolescente, en tanto que urgente, a las medidas cautelares que permiten la actuación de juez incompetente (del dictamen del Defensor Público de Menores e Incapaces).

JNCiv. Nro. 4, 26/08/2020. - G. F. B. M. c. O. S. s/ Divorcio art. 214. Inc. 2do. Código Civil.

[Cita on line: AR/JUR/39278/2020]

Dictamen del Defensor Público de Menores e Incapaces

I. En estas actuaciones la madre de mi representado F. G. F. requiere se disponga una inmediata entrevista para que V.S. reciba del hijo las expresiones en que basa la suspensión de contacto con la madre, los abuelos y

los compañeros de colegio, según aduce en el escrito inicial.

El padre, en su respuesta, introduce un planteo de incompetencia, puesto de que ambas partes admiten expresamente que viven desde hace tiempo atrás, y que F. cursa estudios en el Departamento Judicial de San Isidro, donde se encuentra su centro de vida.

Por auto del día 21 de agosto de 2020, V.S. consideró, en estricto criterio procesal, que previamente debía resolverse el planteo de incompetencia introducido por el progenitor el 4 de agosto pasado, pendiente de dictamen fiscal.

Pese a ello, ante una nueva insistencia materna del 25 de agosto, el día 26 de agosto pasado V.S. revocó por contrario imperio lo antes resuelto “habida cuenta de los nuevos argumentos vertidos en el escrito en despacho y los términos de la presentación digitalizada el pasado 24 de agosto, en la cual se solicita una entrevista con carácter de urgente”

En tal sentido corrió vista a este Ministerio Público, sin perjuicio de la competencia, a tenor del artículo 196 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Se trata, entonces de considerar si la norma principal de dicho artículo: “Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia”, cede ante la excepción prevista por la misma norma: “Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia”.

Y siempre operará, por supuesto, la cláusula final del mismo artículo procesal: “El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente”. El quid está, entonces, en asimilar o no la escucha judicial y por parte de este Ministerio Público, de un niño o adolescente, en tanto que urgente, a las medidas cautelares que permiten la actuación de juez incompetente.

Adelanto mi opinión favorable, con las salvedades que realizaré.

II. Este Ministerio Público ha tenido ocasión de dictaminar reiteradamente sobre los encuentros virtuales con niños y adolescentes en el marco del ASPO que ha sido decre-

tado por el Poder Ejecutivo, y de las Acordadas y resoluciones dictadas en consecuencia, a partir de la intempestiva Acordada N° 4/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así, entre otros, en el caso “S., M. A. y otro contra P. M., N. P. s/ reintegro de hijo” Expte. CIV 4609/2020, que tramita en el Juzgado Nacional en lo Civil N° 38. Con competencia en Familia, dictaminamos el 26 de abril pasado, subrogando la vacante Defensoría Pública de Menores e Incapaces N° 1: “El punto II de la recomendación arriba citada (me refería a la del Comité de los Derechos del Niño de ONU, emitida el 8 de abril de 2020) en total coherencia con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del Niño, y la Observación General N° 12 del mismo Comité sostiene la necesidad de “Brindar oportunidades para que las opiniones de los niños sean escuchadas y tomadas en cuenta en los procesos de toma de decisiones sobre la pandemia. Los niños deben comprender lo que está sucediendo y sentir que participan en las decisiones que se toman en respuesta a la pandemia.”

La misma Trabajadora Social de la Defensoría Pública de Menores N° 1, cuyo informe agregó, concluye aconsejando la escucha de la niña, en consonancia con lo que habitualmente hace el Ministerio Público, ya sea en la propia sede, en hogares o en audiencias judiciales, a saber:

a) Conocimiento personal del niño, niña o adolescente representado, a toda edad.

b) Escucha informal del niño, niña o adolescente con capacidad, aun limitada, para expresarse.

c) Testimonio protegido, acompañado por el Defensor o sus coadyuvantes y en algún caso por el servicio social (en Cámara de Gesell).

d) Participación procesal propia del adolescente, con discernimiento para elegir, instruir y controlar su abogado, y removerlo del patrocinio llegado el caso.

La niña tiene apenas ocho años, pero se encontraría en plenas condiciones de ser escuchada personalmente, en marco de reserva, por V.S. y el suscripto. La feria excepcional impide por el momento ese encuentro, que deberá ser postergado.

Sin embargo, en el caso, la comunicación por medios electrónicos presenta dos serios inconvenientes.

Por un lado, no se puede garantizar que la niña se encuentre sola o pueda opinar en reserva de sus dichos, por lo cual la espontaneidad de sus manifestaciones, aun cuando no sea forzada por nadie, será relativa. Bastará el temor de un regaño, o el deseo de no disgustar a los adultos, para debilitar el valor de la comunicación a distancia.

Por otro, el hecho de que la niña no conoce a los magistrados, y el medio electrónico no facilita la creación previa de la necesaria confianza. Con un o una adolescente, ya trabada la relación de defensa nos comunicamos a menudo telefónicamente, y la más de las veces por llamados de ellos. Con una nena que no nos conoce es distinto.

De allí que prefiera que se tome conocimiento del material agregado por los padres con abundantes expresiones de R., y se postergue la entrevista directa con ella para cuando se levante la feria judicial excepcional y haya que resolver con mayores alcances la situación de cuidado personal de la niña.”

Sin embargo, el transcurrir de los meses en prolongado aislamiento obligó a flexibilizar este criterio y no solo a aceptar sino a requerir entrevistas por Zoom o sistemas similares, algunas de las cuales se ha realizado

incluso con adolescentes en el extranjero, o en lejanos lugares del país.

Lo cual no quita que las dos prevenciones antedichas deban ser tenidas en cuenta en este caso.

Me inclinan a admitir la realización de la entrevista pedida tres argumentos:

1) F. es ya nuestro representado, a modo complementario, desde el divorcio de sus padres, en el cual hemos dado conformidad con el régimen de ejercicio de responsabilidad parental y por lo tanto con el sistema de convivencia que aparece ahora alterado. De tal modo, no podrá decirse que invadimos causa ajena.

2) La entrevista pedida estaría comprendida en lo que en el dictamen citado enumero con supuesto b) y por lo tanto tiene un carácter de reserva que en modo alguno viola el derecho a la intimidad de mi representado (artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, interpretado a la luz del artículo

11.2 del Pacto de San José de Costa Rica). Distinto sería el criterio del suscripto en caso de tratarse de los supuestos que enumero como c) y d).

3) La edad de F. que ha cumplido los trece años el pasado 22 de agosto y puede actuar con capacidad procesal propia, incluso instruyendo a su abogado, torna la entrevista como fruto de una invitación, más que de una imposición de juez que podría no ser competente por el centro de vida del adolescente. De modo que se excluye todo posible agravio a la libertad de mi representado, pues no podrá ser forzado a conectarse con V.S. y el suscripto.

III. Por lo dicho, y sin dejar de advertir las dificultades procesales del tema, no tengo inconvenientes en participar de una audiencia por medios telemáticos, acompañando en

ella a mi representado, en marco de absoluta reserva, ante VS. y el servicio social si fuere posible.

En tal caso solicito se coordine la fecha y hora de realización, puesto que la agenda a distancia comienza a estar tan abarrotada como lo estaba la presencial. Si F. quisiera comunicarse antes con su defensor bastará que llame al teléfono ..., número de base de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces de la Capital Federal que estará transferido a mi celular personal, a cualquier hora. Dejo así contestada la vista corrida por el Juzgado a modo remoto. — José A. Álvarez.

1ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 26 de 2020.

Sin perjuicio de aquello que corresponda resolver en orden a la cuestión de competencia planteada en autos, habida cuenta de lo solicitado por la progenitora y precedentemente por el Sr. Defensor de Menores, en virtud de lo establecido en el art. 707 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, a fin de mantener el Suscripto y el Sr. Defensor de Menores una entrevista con el joven F. G. F., cíteselo virtualmente para el día 18 de septiembre de 2020 a las 11:30 hs.

Hágase saber al joven mencionado que la convocatoria será celebrada mediante la plataforma “zoom”, debiendo acceder en el día y horario indicado al siguiente *link* <https://...> (como mayor recaudo se indica que la ID de la reunión es ..., y la contraseña ...), con presencia del servicio social del Tribunal.

Notifíquese y al Defensor Público de Menores en su despacho. A su vez, se le hace saber a F. que podrá comunicarse con el Sr. Defensor de Menores Dr. Atilio Álvarez, previamente a la entrevista, al número de contacto consignado en el dictamen que antecede. — Adrián J. Hagopian.

Procesos de familia: principios vs. reglas

Ana Karina Ripodas (*)

SUMARIO: I. Hechos.— II. Antecedentes.— III. Desarrollo.

In claris non fit interpretatio: no hace falta interpretar lo que está claro. Así, cuando las palabras de la ley no ofrecen dudas por haber perfecta correlación entre ellas y la intención que persiguen, el intérprete será un mero constataador y aplicador.

I. Hechos

1. En las actuaciones en análisis, la madre de un menor requiere que se disponga una inmediata entrevista para que el juez reciba del hijo las expresiones en que basa la suspensión de contacto con su progenitora, su familia materna y los compañeros del colegio.

2. El padre introduce un planteo de incompetencia, puesto que sostiene que ambas partes han mudado sus domicilios a extraña jurisdicción con posterioridad al proceso de

divorcio en el que intervino el magistrado requerido y que, como causa de esas actuaciones, el niño había quedado bajo la protección promiscua del defensor correspondiente a ese juzgado.

3. En un primer decisorio, el magistrado actuante, bajo un estricto criterio procesal, resuelve que previamente debe expedirse respecto del planteo de incompetencia y pendiente de dictamen fiscal.

4. Ante ello, la madre plantea revocatoria, sosteniendo que las medidas cautelares pueden ser dictadas incluso por juez incompetente y que la demora en escuchar al niño como consecuencia de un planteo de incompetencia puede resultar contraria al beneficio de su hijo. Esto motivó que el juez de grado revocara a contrario imperio lo antes resuelto.

5. En el sentido antes descripto, se corrió vista a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces de Capital Federal, sin perjuicio de la competencia, a tenor de lo dispuesto por el art. 196 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

6. El magistrado de grado invoca el contenido del art. 196 del Cód. Proc. Civ. y Com. y su excepción, ya que la regla que establece que “Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia” debe ceder cuando la medida ordenada por un juez incompetente fue dispuesta de conformidad con las prescripciones de ley; no obstante, no producirá la prórroga de su competencia.

7. El dictamen del Ministerio Público emite opinión favorable a la entrevista del niño con el magistrado actuante y proporciona los medios de contacto a fin de que el menor mantenga una comunicación directa con él si es que así lo desea.

8. El juez resuelve que, sin perjuicio de expedirse sobre la competencia, habida cuenta de lo solicitado por la madre y precedentemente por el defensor de menores y en virtud de lo establecido por el art. 707 del Cód. Civ. y Com., se cita al menor F. G. F. con día y hora establecidos mediante plataforma virtual, a fin de mantener una entrevista con el suscripto y el defensor de menores, con presencia del Servicio Social del Tribunal.

Se informa al menor que para dicha oportunidad podrá comunicarse previamente con el asesor de menores al número de contacto a tal fin.

II. Antecedentes

En el marco de una demanda de divorcio en autos: “G. F. B. M. c. O. S. s/ divorcio art. 214, inc. 2º, Cód. Civil” (expte. 24486/2012), el Ministerio Público, representado por el Dr. Atilio Álvarez, defensor público de menores e incapaces, ha tomado contacto con el menor de autos y ha representado sus intereses denominándolo como “su representado”. Que con motivo del divorcio se estableció un régimen de responsabilidad parental y consecuentemente un sistema de convivencia que hoy se ve totalmente alterado producto del ASPO (aislamiento social preventivo y obligatorio) decretado intempestivamente por la ac. 4/2020 dictada por la Corte Suprema de Justicia, producto de la pandemia de escala global denominada COVID-19. Manifiesta que ese ministerio ha dictaminado en reiteradas oportunidades sobre encuentros virtuales con niños y adolescentes en el marco de la crisis sanitaria actual, haciéndose habitual la utilización de medios electrónicos para concretar entrevistas a distancia.

En otros casos se ha resuelto como no favorable que se desarrollen encuentros a través de la tecnología, como en el caso de “S. M. A. y otro c. P. M. N. P. s/ reintegro de

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Directora del Instituto de Derechos de Familia del Colegio de Abogados de la ciudad de Necochea; miembro activo y secretaria de la Comisión Provincial de Institutos de Derechos de Familia de Colproba; profesora

de la cátedra de Régimen Patrimonial de Familia en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana; miembro del Consejo Académico del Congreso de Institutos de Derechos de Familia de Colegios de Abogados de la República Argentina.

hijo” (expte. CIV 4609/2020) de trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 38 con competencia en Familia. El asesor de menores toma del expediente mencionado parte del informe de la trabajadora social de la Defensoría Pública de Menores N° 1, quien aconseja la escucha de la niña, en consonancia con lo que hace habitualmente ese Ministerio Público, ya sea en su propia sede, en hogares o en audiencias judiciales, a saber:

a) Conocimiento personal del niño, niña o adolescente;

b) Escucha informal del niño, niña o adolescente con capacidad, aún limitada, para expresarse.

c) Testimonio protegido, acompañado por el defensor o sus coadyuvantes y en algún caso por el servicio social (en cámara de Gesell).

d) Participación procesal propia del adolescente, con discernimiento para elegir, instruir y controlar a su abogado, y removerlo del patrocinio, llegado el caso.

Argumenta que la comunicación por medios electrónicos en este caso no resulta apropiada por dos motivos: 1) no se pueda garantizar la presencia de personas que intenten coaccionar sus dichos; 2) la menor no conoce a los magistrados y el uso de la tecnología podría no generar el clima de confianza necesario. De allí que prefiere que la entrevista personal se postergue hasta que se levante la feria judicial extraordinaria.

Lo antedicho sirve de argumentación suficiente, para que, por oposición, se pueda valorar la entrevista a F. G. F. como positiva. Manifiesta el asesor de menores, Dr. Atilio Álvarez, con un lenguaje ejemplar, claro y accesible, la profundidad de su interpretación de lo prescripto en el art. 197 del Cód. Proc. Civ. y Com., en beneficio del interés superior del adolescente. Los motivos por los cuales aconseja llevar adelante la entrevista se basan en que F. G. F. es representado por ese ministerio desde el divorcio de los padres, habiendo prestado conformidad con el ejercicio de responsabilidad parental que con motivo de la pandemia hoy se ve alterado. Que la entrevista estaría encuadrada en lo prescripto en el pto. b) del informe de la trabajadora social en los autos “S. M. A. y otro c. P. M. N. P. s/ reintegro de hijo” (expte. CIV 4609/2020) antes citado, a saber: “Escucha informal del niño, niña o adolescente con capacidad, aun limitada, para expresarse”. Atento al carácter reservado de ella en nada violaría lo preceptuado por el art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, interpretado a la luz del art. 11.2 del Pacto de San José de Costa Rica. Y finalmente menciona que la edad del F. G. F. de trece años, con capacidad procesal propia, le permite no solo ser asistido, si así lo quisiera, por un abogado del niño, sino que tornaría la entrevista como una “invitación” más que como una imposición judicial, excluyendo así todo posible agravio a la libertad de su representado.

III. Desarrollo

Nótese cómo el cambio en la terminología elegida permite imprimir a un proceso judicial, que ya conlleva toda una carga negativa por la conflictividad en las relaciones familiares, una valoración positiva en cuanto in-

roduce el concepto de “invitación”. Término que proviene del latín *invitare*, cuyo sentido más arcaico es animar o envalentonar, estimular a que otro actúe por propia voluntad, y que poco a poco adquiere también el significado antiguo de tratar bien o acoger de buena gana.

El objetivo de toda comunicación es poner en común con otras ideas, emociones o sentimientos. En este caso, de un joven que no quiere ver a su progenitora, ni a sus abuelos maternos, ni a sus compañeros de colegio. Tan solo no quiere contacto. “Comunicación” remite, además, a *comunicare*, entendido como el proceso tendiente a “unir, compartir” (1). El derecho de comunicación receptado en el art. 555 del Cód. Civ. y Com. faculta por ley a familiares directos, otros familiares, hermanos, abuelos, allegados al goce al derecho de comunicación para con el vulnerable. Destaca el profesor Marcos Córdoba, en su *Tratado de la familia*, que “no se es vulnerable por haber sido dañado. Es vulnerable el apto para ser dañado. Es la condición dependiente de la aptitud, capacidad o disposición al daño”. Y agrega: “la ley lo protege al no habilitarlo al desempeñarse por sí mismo y a título propio, porque lo contrario lo pone en condiciones de mayor vulnerabilidad, lo hace apto para ser dañado, menoscabado, echado a perder” (2).

Como sujetos de derechos, los niños, niñas o adolescentes pueden disponer del ejercicio de una o más opciones. Es la denominada teoría de la voluntad o de la elección, definida con precisión por el profesor Marcos Córdoba como “La opción de hacer cumplir el deber de alguna otra persona, o varias de ellas, a proporcionarme aquello que constituye el objeto de mi derecho o exonerarlo de hacerlo” (3).

En los autos de referencia se invoca los arts. 707 y ss. del Cód. Civ. y Com. referidos a la participación en el proceso de personas con discapacidad restringida y de niños, niñas y adolescente, haciendo uso de disposiciones que resultan novedosas puesto que están referidas a cuestiones procesales de familia. Dichas normas no se encontraban contempladas en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield, sino que eran temas reservados a los códigos procesales de las provincias.

El derecho a ser escuchado reconoce su fuente en la Convención de Protección de las Personas con Discapacidad y en la Convención sobre Derechos del Niño (art. 12). También se encuentra en la Ley de Salud Mental (ley 26.657) y en la de derechos de los niños, niñas y adolescentes (arts. 3º, 24 y 27, ley 26.061).

Ahora bien, es el asesor de menores, Dr. Atilio Álvarez, quien en su decisorio interpreta y aplica este derecho en estricta correlación con la opinión consultiva 17 del año 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del derecho de los niños a ser oídos: “La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio (...). En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas

del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”. Así la audición no importa convertirse necesariamente en parte formal del proceso. Una cosa es que sea escuchado y su opinión tenida en cuenta en las cuestiones que lo afecten y otra cosa es cuando se convierte en parte, con su patrocinio letrado. Lo que corresponde es, tal cual lo solicitara su madre, la escucha del adolescente. Los niños tienen derecho a algo más que a ser oídos, es a ser escuchados. Hacer esto puede llevar a alguno a la consideración de soluciones intermedias que podrían derivar en una solución acordada. Se presentará como un desafío para el juez, quien deberá determinar qué registrará de esa opinión y cómo se la registrará, máxime cuando no se exprese de manera personal y se deba realizar por los medios tecnológicos disponibles. “La opinión del niño no resulta vinculante para el juez, de quien se exige desentrañar si esta es genuina o se encuentra indebidamente influenciada por los adultos” (4).

Asimismo, el derecho a ser escuchado se traduce en la posibilidad de designar su propio abogado, facultad reconocida para todo niño mayor de trece años conforme al art. 677 del Cód. Civ. y Com. El art. 24 de la ley 26.061 exige, además, que exista un conflicto de intereses con sus representantes legales. Lo antes dicho pone de manifiesto que las medidas cautelares dictadas por juez incompetente, cuando cuestiones urgentes lo ameriten, deben ser tenidas en cuenta. Si bien restringidas a casos específicos, no deben ser desechadas en pos de solemnizar el ritual de forma.

El art. 196 del Cód. Proc. Civ. y Com. dispone que “la medida será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones legales, pero no implicará prórroga de la competencia”. La práctica jurisdiccional debe interpretar correctamente este precepto, que no se rebela contra el espíritu de la ley de modo alguno, siempre que las medidas cautelares hayan sido dispuestas según la normativa vigente. En tal sentido se deberá ponderar la urgencia de la situación, entendiéndola como motivo por el cual puede justificarse la excepción al cumplimiento del principio general.

Los conflictos familiares, por su naturaleza, son esencialmente humanos y mutables, por lo que bien señala la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, en cuanto sostiene que “los conflictos de familia se diferencian de los demás conflictos entre partes, pues en la mayoría de los supuestos no se trata de resolver el litigio dando la razón a una parte y declarando culpable al otro, ni fijar quién es el ganador o el perdedor, sino que lo que se procura es eliminar el conflicto ayudando a la familia a encontrar un nuevo orden en su estructura familiar” (5). El Comité de los Derechos del Niño en su observación general 12 del año 2009 señala que “las opiniones de los niños pueden aportar perspectivas y experiencias útiles, para lo que deben tenerse en consideración al adoptarse decisiones” (6).

En situaciones de crisis tales como la derivada de la pandemia de COVID-19, el servicio de justicia y los miembros que lo integran: jueces, abogados, defensores, peritos, etc., deben asumir una actitud plenamente operativa, tal como la demostrada por el ase-

sor de menores y el juez interviniente en este proceso, pues será esta la que ayude a encauzar las adversidades hacia el camino de la composición de intereses entre los miembros de la familia y lograr la tan ansiada paz familiar, a pesar de la pandemia. En materia de niños, niñas y adolescentes ha de primar la autocomposición de los conflictos y el interés superior de ellos en todo lo referente a su cuidado. En tiempo de aislamiento cobra mayor importancia el deber de información entre los progenitores. Los tribunales han de asegurar la atención de los casos urgentes donde exista la posibilidad de producción de un daño grave e irreparable.

En el caso en análisis, quedará abierta la posibilidad de desentrañar los motivos por los cuales el menor F. G. F. no quiere mantener contacto con sus familiares maternos. Se espera de los profesionales intervinientes la actitud conciliadora y la escucha atenta en pos de interpretar lo mejor para F. en el contexto de aislamiento. El uso de las tecnologías aplicadas a la gestión procesal cobran un rol protagónico. Aplicar la excepción contenida en el art. 196 del Cód. Proc. Civ. y Com., párr. 2º, ha sido a mi entender la solución más acertada y que en nada puede perjudicar la situación familiar existente.

Si bien como regla general, de conformidad con el art. 6º, inc. 4º, del Cód. Proc. Civ. y Com., el juez competente para dictar una medida cautelar es “el que deba conocer en el proceso principal”, y, como señalan Colombo y Kiper, ello así “de modo que otro juez debe de abstenerse de hacerlo si ‘la causa no fuese de su competencia’” (7), en los procesos de familia es dable apartarse de ciertos principios que gobiernan las medidas cautelares atento a que están regidos en forma prioritaria por la legislación de fondo, lo que implica que no se aplican —salvo en forma subsidiaria, ante la ausencia de normas específicas— las disposiciones contenidas sobre estas medidas en el Cód. Proc. Civ. y Com. Por lo tanto, no se hallan supeñadas a la acreditación de la verosimilitud del derecho, se dictan con los elementos que en principio surgen de la causa y que resultan esencialmente variables, no resultando necesaria la prueba plena de la existencia de un derecho o de una circunstancia de hecho, sino su mera acreditación o apariencia de que este exista.

En la jornada académica organizada por el Colegio Público de Abogados de la ciudad de Necochea, con fecha 14/07/2020, y desarrollada por el profesor Marcos Córdoba bajo el lema: “El deber alimentario en la pandemia. Aspectos relevantes del derecho sucesorio”, se expuso con absoluta claridad que “En épocas de crisis prevalecen los principios haciendo ceder el vigor de las reglas. Ello no habilita a la arbitrariedad, sino que lo que produce es que los principios permitan que ante la modificación de las circunstancias se cumpla la finalidad prevista en las reglas”.

Las interpretaciones y acciones desarrolladas en este caso concreto, tanto por el representante promiscuo del niño como por el magistrado actuante, resultan aplicación estricta de la idea emanada de la doctrina que expone que “Las normas de la emergencia deben evitar que el cumplimiento de las reglas estables ocasionen un perjuicio como consecuencia de la alteración de las circunstancias en la aplicación, es decir, que la aplicación de una ley justa en épocas normales provoque injusticia en estado irregular” (8).

{ NOTAS }

(1) CASTRO, Verónica, “Derecho de comunicación entre parientes”, en CÓRDOBA, Marcos (dir.), *Tratado de la familia*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, t. II, p. 295.

(2) CÓRDOBA, Marcos, “Protección del niño”, en CÓRDOBA, Marcos (dir.), ob. cit., p. 156.

(3) *Ibid.*, p. 159.

(4) Corte IDH, 31/08/2012, “Furlan y Familiares vs. Argentina”, RCyS, 2013-II-276, con nota de Gabriela YUBA; JA, 20/02/2013, p. 14; DJ, 17/04/2013, p. 5, con nota de Eduardo OLIVERO y Yanina FERNÁNDEZ.

(5) Conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída,

“Principios procesales y tribunales de familia”, JA 1993-IV-676.

(6) Comité de los Derechos del Niño, 51º período de sesiones, Ginebra, 25/05 al 12/06/2009, observación general 12, “El derecho del niño a ser escuchado”.

(7) COLOMBO, Carlos J. - KIPER, Claudio M., “Código

Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 491

(8) CÓRDOBA, Marcos, “El deber alimentario en pandemia. Aspectos relevantes del derecho sucesorio”, en Jornada Académica del Colegio Público de Abogados, Necochea, 14/07/2020.

El papa Francisco en su encíclica papal *Laudato Si'*, inicia con una pregunta: “¿Qué tipo de mundo queremos dejar a quienes nos sucedan, a los niños que están creciendo?”,

a quienes suele llamar también “los abandonados del mundo” y nos pide cambiar de ruta. Nos embarca en la hermosura del paisaje por el cuidado de la “casa común” (los

niños). Y resalta la capacidad del ser humano de intervenir positivamente. Es este el contexto en el que la abogacía está llamada a moverse.

Cita online: AR/DOC/3125/2020

JURISPRUDENCIA

Libertad ambulatoria en pandemia

Denegación de entrada a la Provincia de Formosa bajo amenaza de privación de la libertad. Habeas corpus. Procedencia. Orden dada al Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 para que otorgue fecha cierta de ingreso a los peticionantes.

- Corresponde hacer lugar al *habeas corpus* solicitado y requerir al Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 que en un plazo máximo de 48 hs otorgue a los accionantes fecha cierta de ingreso a la Provincia de Formosa, pues la postura de las autoridades provinciales no supera el test de razonabilidad que establece el art. 28 de la Constitución Nacional, al suprimir libertades individuales más allá de lo tolerable. No puede perderse de vista que los encarados, residentes de la Provincia de Formosa, están intentado ingresar a su territorio desde hace más de tres meses, lo que les es impedido bajo amenaza de su libertad ambulatoria.
- Tanto el silencio del Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 a las solicitudes de ingreso formuladas desde hace más de tres meses por los accionantes, como la amenaza de imputación penal formulada por el personal policial, constituyen un exceso en las atribuciones de las autoridades provinciales que afectan de manera arbitraria su libertad ambulatoria.
- No puede avalarse el accionar desproporcionado e irrazonable del organismo encargado del contralor del ingreso ordenado al territorio provincial, toda vez que los accionantes han cumplido cabalmente con los requisitos exigidos por la normativa y, pese a ello, no han obtenido respuesta, siendo excesivo el tiempo de espera transcurrido —entre tres y cinco meses— conforme se observa de las constancias agregadas digitalmente al sistema.
- En punto a la protección de la salud pública invocada por el juez, lógicamente en tiempos de pandemia las acciones de todos los actores de la sociedad deben propiciar la protección del citado bien jurídico, pero no a expensas de incurrir en arbitrariedades y violentando derechos básicos como el de la libertad ambulatoria que se encuentra en juego en la especie. Máxime, insistimos, cuando los beneficiarios de la acción llevan un tiempo más que prolongado requiriendo autorización para ingresar a la provincia sin respuesta favorable.
- No advertimos que autorizar el ingreso de los accionantes se constituya en una violación del derecho de igualdad de quienes se encuentran en lista de espera, ya que, sabido es, el principio de igualdad exige también igualdad de circunstancias, no pudiendo el tribunal expedirse sobre otros supuestos no traídos a su consideración.

CFed. Resistencia, 15/10/2020. - Beneficiario: M., A. A. y otros s/ *Habeas corpus*.

[Cita on line: AR/JUR/47960/2020]

2ª Instancia.- Resistencia, octubre 15 de 2020.

Antecedentes:

I. La presente acción de *habeas corpus* tiene su génesis en la presentación efectuada por los Dres. C. R. L. y F. V. N. en representación de A. A. M., M. B. V., F. A. C., J. M. O., D. S. C. y A. E., con el fin de garantizar la libertad ambulatoria de los prenombrados.

Aseveran —en síntesis— que las autoridades policiales impidieron a los beneficiarios de la acción el ingreso a la Provincia de Formosa, bajo amenaza de privación de libertad. Luego de detallar la situación particular de cada ciudadano, señalan que los mismos han solicitado el ingreso ordenado al territorio provincial sin recibir respuesta alguna.

II. Tramitados los autos en la anterior instancia y requerido el informe previsto en el art. 11 de la ley 23.098, la Fiscalía de Estado de la Provincia de Formosa sostiene que no existe tal prohibición, sino “un sistema de ingreso ordenado y administrado que respeta un orden de prioridades según el orden cronológico de las solicitudes y/o excepciones previstas en el programa y publicadas en la página oficial de la provincia”, de acuerdo al sistema provincial instaurado dentro de la política sanitaria tendiente a evitar la propagación del virus COVID-19.

En tal estadio de las actuaciones es celebrada la audiencia prevista por el artículo 13 de la ley 23.098 y —posteriormente— la Provincia de Formosa informa que se ha otorgado la autorización de ingreso a A. A. M., F. A. C. y M. B. V., atento las particulares circunstancias personales.

III. En tal escenario, el magistrado de la anterior instancia dicta resolución en fecha 7 del corriente mes.

Al efecto, señala en primer término las circunstancias que rodean a cada uno de los peticionarios y explica, con relación a las personas mencionadas en el párrafo anterior, que la petición se habría tornado abstracta a su respecto, conforme lo informado por la Fiscalía de Estado. En relación con el resto de los accionantes, reitera lo expuesto por la representante de los intereses del Estado provincial en el sentido de que los mismos salieron de la provincia encontrándose ya vigente el Programa de Ingreso Ordenado y Administrado, y al no encontrarse comprendidos en las excepciones previstas en el mencionado programa, de permitirse su ingreso, se violaría el principio de igualdad ante la ley de todas las personas que quieren ingresar al territorio formoseño, quitándole espacio a personas que ya se encuentran con el turno otorgado y el permiso para ingresar a la provincia.

Expone que habiéndose requerido el informe previsto en el art. 11 de la ley 23.098, la Fiscalía de Estado de la Provincia de

Formosa elevó el mismo y solicitó el apartamiento del Juez Federal Subrogante, Dr. Fernando Carbajal, quien se excusó con base en los fundamentos expuestos en la audiencia celebrada al efecto.

Afirma que —celebrada la audiencia de ley llevada a cabo mediante sistema virtual, la misma se encuentra incorporada al Sistema Lex-100—, y que cada una de las partes expuso las posiciones en pugna. Puntualmente expresa que fueron escuchados atentamente cada uno de los beneficiarios de la acción.

Luego indica que, tal como expuso con anterioridad al considerar la situación del ciudadano Ledesma, corresponde a su criterio desestimar la acción por no encuadrar en las previsiones de la ley 23.098, precisamente en su art. 3, por considerar que no existe “...limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente...”.

Enuncia la grave situación que aqueja a todos los ciudadanos de nuestro país y del mundo entero, en el marco de una emergencia epidemiológica sin precedentes. Ello motiva —dice— la adopción de medidas dinámicas susceptibles de ser revisadas y en muchos casos retrotraídas como consecuencia de las imprevisibles incidencias negativas que surgen en el contexto sanitario excepcional. Afirma que, en tal contexto, las medidas han sido tomadas por las más altas autoridades políticas de los principales distritos del país en conjunto con el PEN.

Agrega que la epidemia se está extendiendo cada vez con mayor celeridad en el interior del país, cuando antes se encontraba circunscripta al AMBA, afectando gravemente a provincias vecinas tales como Chaco, Salta y Jujuy, con las que hay constante comunicación por la red vial para el transporte nacional e internacional de mercaderías y recuerda que ha explotado la situación epidemiológica en la vecina República del Paraguay, con la que se comparte una larga frontera de más de 800 km.

En ese sentido, destaca que la Provincia de Formosa se encuentra en una situación en la que ahora hay circulación viral (casos de Clorinda y General Güemes), y que, si no se controla adecuada y férreamente la situación, puede ser crítica.

En efecto —dice— estas últimas semanas se han multiplicado exponencialmente los casos de personas afectadas por este virus.

De esta forma, manifiesta, los propios trabajadores que asisten a los recién llegados provenientes de zonas con circulación viral han contraído esta enfermedad que puede ser mortal.

En este marco —sostiene— conjugando las libertades individuales que indudablemente asisten constitucionalmente a los presentantes, con los derechos universales y colectivos que constituyen bienes jurídicamente protegidos como son la Salud Pública, se inclina por el bien común, dada la excepcional situación de emergencia sanitaria, en la que habilitar el ingreso por vía judicial no hace más que exponer al conjunto de la sociedad a un virus mortal.

En esta línea de razonamiento, ponderando los Derechos y Garantías establecidos en la Carta Magna Nacional, y siendo que los mismos no son absolutos sino que se encuentran sujetos a las leyes que regulan su ejercicio, entiende que las medidas de contención de la pandemia que ha tomado el Gobierno de la Provincia de Formosa, estableciendo un Programa de Ingreso Ordenado y Administrado a fin de evitar la propagación del virus, se encuentran dentro del marco de las facultades propias del Estado Provincial, y por lo tanto no implican amenaza para la libertad individual que permita hacer viable el instituto planteado.

En concreto, respecto de la inminencia de menoscabo de la libertad ambulatoria denunciada, entiende que calificar el accionar preventivo de la Policía de la Provincia como “amenaza” es, desde todo punto de vista, erróneo, ya que los funcionarios policiales cumplen con el ejercicio de sus funciones públicas informando a los ciudadanos que, en caso de intentar ingresar sin autorización, deberían detenerlos por infringir el art. 205 del CPN, lo cual implica el cumplimiento de una ley de orden público.

Finalmente, expone, en el curso de la audiencia, el Dr. L. solicitó se dé intervención a la Fiscalía Federal a los fines de la supuesta existencia de delito por parte de las autoridades provinciales. El hecho habría consistido en dichos de funcionarios públicos que condicionaron al Magistrado anteriormente interviniente en autos y que lo han llevado a apartarse de la causa. Al respecto, no advierte la existencia de un delito de acción pública que permita dar intervención al Ministerio Público Fiscal.

Concluye instando al Gobierno de la Provincia de Formosa a que —en la medida en que se pueda controlar el riesgo sanitario— se instrumenten los medios para agilizar el ingreso de los ciudadanos que así lo pretenden y resuelve no hacer lugar a la acción de *habeas corpus*. impetrada por los Dres. C. R. L. y F. V. N. a favor de “A. A. M., M. B. V. y F. A. C. —respecto de quienes la cuestión se habría tornado abstracta atento que según informa el Estado Provincial, se encuentran autorizados al ingreso, restando solo se acredite tal circunstancia en forma fehaciente—; y de J. M. O. y D. S. C. —los que han salido de la Provincia a la que ahora pretenden retornar con conocimiento de la existencia no solo de la pandemia sino también de las restricciones de ingreso establecidas por las autoridades sanitarias—; y de A. E., en orden a los fundamentos de hecho y derecho expuestos conforme el art. 3 de la ley 23.098” (*sic*).

IV. A tal Resolución se enfrentan los mencionados profesionales alegando que la misma ocasiona gravámenes irreparables, en los derechos de M. O., D. C. y A. E., quienes se encuentran amenazados por la fuerza de seguridad (Policía de Formosa) al momento de pretender regresar a sus hogares, accionar policial que los ubica en un estado de riesgo y abandono en distintas ciudades, cercanas y lindantes con la Provincia de Formosa, con fundamentos incongruentes, violatorios de garantías constitucionales y posiciones extremadamente arbitrarias.

Mencionan que se acudió ante la Justicia Federal para garantizar la libertad de los

peticionantes, frente a la amenaza de ser detenidos y privados de libertad si los mismos ingresaban al territorio provincial por funcionarios policiales de esa Provincia, aportando pruebas respecto del estado público que adquirió la detención de 15 (quince) personas en forma discrecional por parte de la fuerza.

Recuerdan que al tomar intervención el Juez *a quo*, ante la excusación del Magistrado anterior, el mismo decide rechazar el *Habeas Corpus* incoado, pese al antecedente existente en autos “Brito, Manuel Jesús, Expte. FRE 3010/2020” (JF N° 2; Juez Carbajal), sentencia que fuera confirmada por esta Alzada.

Insisten en que los peticionarios fueron amenazados por la fuerza de seguridad, anoticiándose que, en caso de ingresar al territorio, se los privaría de libertad en función al Art. 205 CP, lo que bajo ningún punto de vista puede resultar aceptable, pese a la interpretación efectuada por el juzgador del término “amenaza”, con la que disiente.

Expresan que el art. 205 CPA conforma una ley penal en blanco, cuya claridad depende de una reglamentación, como en este caso los DNU 260/2020 y 297/2020, por los cuales se establece el aislamiento social preventivo y obligatorio y especifica que, para que una persona pueda realizar dicho aislamiento, debe encuadrarse la medida dentro de lo razonable, para que no constituya un riesgo para su vida, salud y bienestar; como lo es en la mayoría de los casos de las personas que se encuentran varadas en la ruta, en otras provincias, sin dinero, habitación, alimentación o asistencia Estatal. Citan jurisprudencia que entienden aplicable.

Sostienen que la Provincia de Formosa debe resguardar la salud pública, pero ello no implica que constituya un pretexto para vulnerar los derechos ciudadanos, resaltando que ha existido tiempo más que suficiente para que la Administración arbitre los medios necesarios para que puedan regresar a sus hogares los ciudadanos bajo las condiciones y metodología que el mismo Gobierno ha establecido con los Centros de Aislamiento obligatorio, ya que ha descartado toda posibilidad que las personas puedan realizar el aislamiento en sus domicilios particulares bajo el control y medidas necesarias establecidas por la autoridad pública sanitaria.

Citan textualmente diversos párrafos de esta Alzada en el antecedente “Brito” y disienten con lo expuesto por el Magistrado de origen, especificando los fundamentos atacados.

Desde otra perspectiva, alegan que se ha solicitado que se corra vista al Fiscal en turno, en base a las manifestaciones, públicas y reiteradas del Ministro de Gobierno de la Provincia de Formosa, Jorge Abel González, refiriéndose al fallo judicial emitido por el Dr. Fernando Carbajal en la causa “Brito”, puntualmente hace referencia a la expresión “El Estatuto del Contagio”, y entienden que tales manifestaciones públicas trasuntan un riesgo absoluto para la integridad física y psíquica del Magistrado. Consideran que la persona que realizó estas declaraciones, representa uno de los poderes del Estado, demostrando claramente su posición ante una decisión judicial no acorde a sus pretensiones, poniendo al Poder Judicial en una situación delicada ante la sociedad, lo que —dicen— merece ser evaluado por el titular de la Acción Pública a efectos de analizar si tal conducta no configura un amedrentamiento o amenazas a la paz social y/o las Instituciones Repúblicas.

Agregan que sus asistidos reúnen todos los requisitos que la autoridad sanitaria

exige y que no se pone obstáculo para el aislamiento obligatorio establecido, lo cual constituye sobradas razones jurídicas y humanitarias para no dejarlos desamparados en un límite fronterizo.

Ante tal situación, solicitan se ordene al Gobierno Provincial el acondicionamiento de un centro de aislamiento obligatorio por 14 días, o en su defecto permitir el aislamiento en sus domicilios y/o hoteles bajo sus costas y medidas sanitarias que se determinen razonables. Para concluir, reiteran que el Juez peca de arbitrariedad, en tanto no acata la jurisprudencia de esta Alzada, ni argumenta acabadamente su apartamiento, haciendo caso omiso de lo antes dicho, tanto por su par, como por sus superiores. Efectúan reserva de caso federal.

V. Radicadas las actuaciones ante esta Cámara en los términos del art. 19 de la ley 23.098, son notificados el Fiscal General, los presentantes de la acción y los profesionales que representan a la Fiscalía de Estado de la Provincia de Formosa.

Ello motiva que el Fiscal General manifieste no adherir al recurso impetrado en atención a que la Provincia de Formosa se encuentra en proceso de dar solución al problema de ingreso de los ciudadanos, al tiempo que la Fiscalía de Estado solicita se confirme la resolución venida a conocimiento. Ya llamados los autos al Acuerdo, ante la suficiente fundamentación del recurso, la citada parte informa a este Tribunal que, efectivamente, se produjo el ingreso a la Provincia de M. B. V. y A. M. Se encuentran así las actuaciones en estado de ser resueltas.

VI. En este marco debe darse una inmediata respuesta al caso traído a estudio.

A esos efectos, habiéndose efectuado más arriba un pormenorizado relato de la situación planteada, debemos aquí focalizarnos en los casos puntuales venidos a conocimiento, no sin antes hacer mención a que, pese a la invocada arbitrariedad del fallo, el mismo supera el test de fundamentación previsto por el art. 123 del CPPN, encontrándose motivado conforme el criterio sostenido por el Juzgador en causas análogas a la presente, por lo que corresponde el examen de los agravios vertidos desde la perspectiva de la apelación.

Conforme lo expuesto en la audiencia celebrada, J. M. O. viajó a la localidad de Corrientes en fecha 20 de mayo a visitar a su hijo, quien vive con la madre en dicha ciudad, y que en fecha 07 de julio solicitó el permiso para ingresar a la provincia (Solicitud N° 7185), sin que al día de la fecha haya obtenido respuesta alguna respecto al plazo aproximado en el que se le concedería la autorización respectiva.

D. C. tuvo que viajar por razones laborales a la ciudad de Corrientes en fecha 10 de julio, y en fecha 29 de ese mes solicitó el permiso para ingresar a la provincia (Solicitud N° 7865), sin obtener respuesta alguna a la fecha.

Respecto de A. E., la misma decidió viajar a Resistencia en el mes de febrero a fin de continuar su carrera de técnica radióloga, estudio que se vio interrumpido a raíz de la pandemia, por lo que solicitó en el mes de mayo el permiso para ingresar a la provincia (Solicitud N° 6166), corriendo idéntica suerte que los ciudadanos antes mencionados. La misma destacó en la audiencia que no posee familiares ni amigos en esta ciudad de Resistencia, ya que toda su familia reside en Pirané.

En este contexto, los accionantes manifiestan que, tras intentar ingresar al terri-

torio provincial, las fuerzas de seguridad advirtieron sobre las consecuencias jurídicas de sus actos, invocando puntualmente el art. 205 del CP.

Tal amenaza a la libertad ambulatoria ha sido el punto de partida para que se requiera el despacho de la presente acción, la que el Juzgador desestimó en el entendimiento de que la actuación de los funcionarios policiales no puede considerarse como una amenaza, ya que los mismos se encuentran avalados por políticas públicas tendientes a contrarrestar los efectos del virus y que, por ende, son de orden público.

También recuerda que los derechos y garantías no son absolutos y entiende que, ante la confrontación de derechos, debe darse preeminencia a la salud pública.

A su vez, la recurrente disiente con tales fundamentos y alega que la aplicación del art. 205 requiere de una exigencia razonable y no arbitraria, aclarando que sus asistidos están dispuestos a cumplir los términos de cuarentena obligatoria. Alega también que la Administración contó con el tiempo suficiente a efectos de organizar el ingreso de los ciudadanos de modo de no afectar las garantías constitucionales incurriendo en medidas desproporcionadas que implican privar a las personas de derechos fundamentales y exponiéndolas a situaciones límite, lejos de sus domicilios y sin dinero.

Sentado lo anterior cabe señalar que esta Alzada ya tuvo oportunidad de destacar en el precedente citado por el recurrente, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha 10 de septiembre próximo pasado se ha expedido en la causa “Maggi Mariano c. Provincia de Corrientes” señalando que: “Si bien el artículo 10 del decreto 297/2020 establece que ‘Las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el artículo 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los Municipios, en ejercicio de sus competencias propias’, e incluso se encuentran facultadas para disponer ‘los procedimientos de fiscalización necesarios para garantizar el cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio, de los protocolos vigentes y de las normas dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias’ (artículo 3° del decreto 355/2020) (...) lo cierto es que, en las excepcionales y específicas circunstancias del caso, aparece como un exceso en las atribuciones de las autoridades provinciales.”

Y en consonancia con el Alto Tribunal, entendemos también en este caso concreto que no puede avalarse el accionar desproporcionado e irrazonable del Organismo encargado del contralor del ingreso ordenado a la Provincia de mención, toda vez que los accionantes han cumplido cabalmente con los requisitos exigidos por la normativa y, pese a ello, no han obtenido respuesta, siendo excesivo el tiempo de espera transcurrido —entre tres y cinco meses— conforme se observa de las constancias agregadas digitalmente al Sistema de Gestión Judicial *Lex 100*.

Por otra parte, en punto a la protección de la salud pública invocada por el Juez, lógicamente en tiempos de pandemia las acciones de todos los actores de la sociedad deben propiciar la protección del citado bien jurídico, pero no a expensas de incurrir en arbitrariedades y violentando derechos básicos como el de la libertad ambulatoria que se encuentra en juego

en la especie. Máxime, insistimos, cuando los beneficiarios de la acción llevan un tiempo más que prolongado requiriendo autorización para ingresar sin respuesta favorable.

Resulta pertinente destacar, a todo evento, que las suscriptas no desconocemos las facultades que posee el Poder Administrador para establecer las medidas de prevención que considere adecuadas en esta particular situación de emergencia sanitaria de efectos mundiales que nos toca transitar; no obstante, ese poder debe ejercerse de modo coherente, razonable y contextualizado respetando siempre estándares constitucionales.

Y en tal inteligencia no advertimos que autorizar el ingreso de los accionantes se constituya en una violación del derecho de igualdad de quienes se encuentran en lista de espera, ya que, sabido es, el principio de igualdad exige también igualdad de circunstancias, no pudiendo este Tribunal expedirse sobre otros supuestos no traídos a su consideración.

Por otra parte, compartimos las afirmaciones de la apelante en tanto se considera suficiente el tiempo que lleva la situación imperante a los efectos de acondicionar centros de aislamiento que garanticen la integridad de los ciudadanos como derecho esencial en una situación de vulnerabilidad extrema, considerando la cantidad de habitantes que se encuentran afectados. Asimismo, resulta lógico el planteo efectuado por los accionantes en la audiencia celebrada —cuyo audio hemos examinado— en tanto alude a la incertidumbre que aqueja a los ciudadanos, ya que la Sra. Fiscal de Estado manifestó que para el mes de octubre se encuentran previstos 226 ingresos. No obstante, no existe publicidad de tales actos, ni un orden de prelación anoticiado que pueda dar seguridad a los accionantes en cuanto a la fecha probable de ingreso.

Siendo dable destacar que E. manifestó que ha enviado varios *mails* al Consejo y solo uno fue respondido, sin otorgarle mayor información.

En tales condiciones, la postura de las autoridades provinciales no supera el test de razonabilidad que establece la norma del art. 28 de la Constitución Nacional, al suprimir libertades individuales más allá de lo tolerable. No puede perderse de vista que los encartados, residentes de la Provincia de Formosa, están intentado ingresar a la misma hace más de tres y cinco meses, lo que les es impedido bajo amenaza de su libertad ambulatoria.

Por otra parte, no se advierte el peligro de contagio que plantea el Juzgador, ya que no se propone un ingreso irrestricto. Como los mismos presentantes manifestaron, esta Alzada entiende que deberán respetarse los protocolos establecidos por el Consejo provincial, o bien ofrecerse alternativas que permitan equilibrar los derechos en pugna sin afectar derechos personalísimos ni incurrir en demoras injustificadas y en amenazas de privación de libertad que aumentan el padecimiento de quien se encuentra en esta particular situación de vulnerabilidad.

Y en tal inteligencia nuestro Tribunal cívico en el precedente mencionado destacó igualmente que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos el pasado jueves 9 de abril de 2020 emitió una Declaración titulada: ‘COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales’, a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de

la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal. Entre las consideraciones particulares incluidas en dicha declaración, cabe destacar, por su atinencia al caso y en tanto esta Corte comparte, que: “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.

Desde tal perspectiva, como ya sostuvimos en el reciente precedente, el que se encuentra firme, “la falta de capacidad en los centros de aislamiento no puede resultar un justificativo para que se vulneren los derechos de los habitantes de la provincia, debiendo en consecuencia el Estado provincial incorporar soluciones alternativas que garanticen el adecuado equilibrio que debe existir entre las políticas sanitarias y el ejercicio de los derechos de los individuos” (esta Alzada: “Beneficiario: Brito, Manuel de Jesús s/ hábeas corpus”, Nº FRE 3010/2020/CA3).

No podemos dejar de compartir en este punto lo señalado por Saux, quien citando a Johanna Faliero puntualiza “el debate no debe centrarse en cómo necesitamos perder un derecho humano para preservar otro. Los derechos humanos se suman, no se restan ni se enfrentan” (“Reflexiones sobre el COVID-19 ante los derechos personales a la integralidad espiritual”, RC D 3013/2020).

Por otra parte, no es fundamento para desestimar esta acción la afirmación de que los derechos no son absolutos, respecto de lo cual nos parece relevante traer a colación lo que precisara Carmen Argibay con su habitual claridad a la hora de exponer los principios y valores de los que se encuentra imbuido nuestro plexo constitucional: “...aun cuando es cierto que no hay derechos absolutos, no menos cierto es que el poder del gobierno para recortarlos de acuerdo con sus necesidades, sean o no de emergencia, es mucho menos que absoluto. Los tribunales deben examinar con creciente rigor las intervenciones en los derechos individuales, a medida que estas se tornan más intensas y prolongadas, para establecer no solo si está justificada la validez en general de la medida, sino también su alcance” (Fallos: 331:2006).

De allí que no podemos sino compartir lo puntualizado por Julio César Rivera cuando alude a la conducta de ciertos gobiernos provinciales y autoridades municipales que establecen fronteras interiores para impedir la circulación de personas y vehículos provenientes de otras provincias o aun de la misma provincia pero de otro municipio, partido o comuna, de lo que derivan consecuencias que son de público conocimiento: personas que no han podido llegar a atender a sus parientes más próximos o enfermos, o a darles el último adiós; otras que no pueden trabajar porque viven en una provincia y trabajan en otra; los que necesitan asistencia por problemas de salud sin que puedan recibirla. Para dicho autor procede partir de que las “fronteras interiores creadas por provincias o municipios afectan la libertad de circulación y la de ejercer el comercio garantizadas

por el art. 14 CN; amén de que corresponde al Congreso Nacional reglamentar el ejercicio del comercio interjurisdiccional (art. 75 inc. 13 CN). Pero a la vez existe coincidencia en que en materia sanitaria las facultades que la constitución atribuye son concurrentes. Por lo que, en principio, tanto las provincias como los municipios están imbuidos de la facultad de dictar medidas tendientes a la preservación de la salud pública. Sin embargo, para legitimar las medidas que limitan la circulación de personas y restringen el ejercicio del comercio interjurisdiccional debería verificarse que ellas son necesarias, adecuadas, proporcionales al objetivo, limitadas en el tiempo, informadas a la ciudadanía y sujetas a control. Lo cierto es que a meses de haberse puesto en práctica estas medidas se advierte que ellas son indefinidas en el tiempo y no existen indicios de hasta cuándo se extenderán. Más allá de no parecer adecuada, existen otros medios, como el control de la temperatura corporal, la exigencia de certificados que acrediten no estar cursando la enfermedad, e incluso el confinamiento durante cierto período de tiempo a partir del ingreso a una ciudad o provincia si se lo hace con intención de permanecer, que en principio aparecen como limitaciones razonables a la autonomía personal y adecuadas a la tutela de la salud pública (Cfr. “Las fronteras interiores: una nueva violación de la Constitución Nacional”, Rubinzal Culzoni, Boletín Diario del 13/10/2020).

Así, meritando las circunstancias específicas de la causa y el criterio ya sentado por este Tribunal, es preciso concluir en que tanto el silencio del Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 a las solicitudes de ingreso formuladas desde hace más de tres meses por los accionantes, como la amenaza de imputación penal formulada por el personal policial, constituyen un exceso en las atribuciones de las autoridades provinciales que afectan de manera arbitraria la libertad ambulatoria de los mismos, por lo que corresponde hacer lugar al *Habeas Corpus* solicitado y requerir al Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 que en un plazo máximo de 48 hs. a partir de la notificación de la presente otorgue fecha cierta de ingreso a la Provincia de Formosa de los accionantes, debiendo tal admisión cumplirse con todos los Protocolos previstos para casos similares, pudiendo considerarse las alternativas ofrecidas por los peticionarios para el caso de no contar con cupos de alojamiento (cumplimiento de aislamiento en domicilios u hoteles).

Por último, en punto a la pretendida vista al Sr. Fiscal Federal en orden a las conductas enunciadas, esta Alzada considera que no es en el marco de esta acción donde deben ventilarse las cuestiones propuestas por los profesionales recurrentes, contando los mismos con los mecanismos y vías legales pertinentes a sus efectos.

Por todo lo expuesto y por mayoría (art. 2 Ley 27.384) se resuelve: 1. Hacer lugar al recurso de apelación intentado por los Dres. C. R. L. y F. V. N. en representación de J. M. O., D. S. C. y A. E.. 2. Requerir al Consejo de Atención Integral de la Emergencia COVID-19 que en un plazo máximo de 48 hs. a partir de la notificación de la presente otorgue fecha cierta de ingreso a la Provincia de Formosa para los accionantes, debiendo tal ingreso cumplirse con todos los Protocolos previstos para casos similares, pudiendo considerarse las alternativas ofrecidas por los mismos para el caso de no contar con cupos de alojamiento. 3. Comunicar al Centro de Información Judicial, dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conforme Acordada Nº 5/2019 de ese Tribunal). Regístrese, notifíquese, líbrese DEO al Juzgado de origen

y, fecho, previo cumplimiento del plazo de ley, devuélvase mediante SGJ Lex 100. — María D. Denogens. — Rocío Alcalá.

Cese de la obligación alimentaria

Progenitora que estuvo en el exterior durante dos meses en plena vigencia del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio decretado por el PEN. Hijos que quedaron al cuidado del padre.

1. - La sentencia que determinó el cese de la obligación de abonar alimentos desde que el progenitor tuvo la guarda del hijo que convivía con el otro progenitor debe confirmarse, pues de seguir el hilo de pensamiento expuesto por la recurrente hubiera llevado a un enriquecimiento sin causa de quien se encontraba obligada a contribuir con la obligación alimentaria, durante el período que el cuidado personal de sus hijas se encontraba a cargo del padre; o bien a solicitar posteriormente el reintegro de las sumas indebidamente percibidas, lo que atenta contra el principio de economía procesal. Cabe recordar que la cuota alimentaria se fija para atender las necesidades de las alimentadas (art. 659 del Cód. Civ. y Comercial), por lo que de darse la situación pretendida se hubiera afectado indudablemente su interés.

2. - Siendo que pesa sobre ambos progenitores la obligación alimentaria sobre sus hijas y que durante el período en el que la madre estuvo en el exterior en plena vigencia del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, aquella fue prestada tanto en especie como en dinero por el progenitor, cabe concluir que la resolución atacada resulta ajustada a derecho, toda vez que era la reclamante quien debía, en su caso, cumplir las obligaciones pertinentes respecto de sus hijas menores, por lo que con ello se encontrarían suficientemente compensados los presuntos gastos hijos reclamados.

3. - La propia recurrente reconoce que estuvo en el exterior desde el 29 de mayo al 30 de julio de este año sin exponer causa, en plena vigencia del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo Nacional con motivo de la pandemia del COVID-19, admitiendo de este modo que, al hallarse alejada de sus hijas durante dos meses, no contribuyó durante dicho período a su manutención ni tampoco en los términos del art. 660 del Código Civil y Comercial.

CNCiv., sala J, 14/10/2020. - N., C. A. c. V., A. D. M. s/ Divorcio.

[Cita on line: AR/JUR/46598/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 14 de 2020.

Considerando: I. Por recibidos estos autos de la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara.

Tiénesse presente el dictamen que antecede.

Vienen estos autos a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación deducido en subsidio por la demandada con fecha 12 de agosto del corriente año e incor-

porado al sistema informático en la misma fecha contra la sentencia interlocutoria dictada el día 15 de julio de 2020.

Funda su recurso mediante la presentación referida, sosteniendo —en somera síntesis de sus argumentos— que, por un lado, el propio actor reconoce que requería de una decisión judicial para cesar su obligación alimentaria, dejando, sin embargo, de cumplirla con anterioridad a ello. Por otro lado, señala que la cuota alimentaria convenida se utiliza también para afrontar gastos fijos derivados del cuidado de sus hijas que deben abonarse mensualmente sin consideración de la guarda transitoria de aquéllas. Por último, señala que una de sus hijas estuvo aproximadamente 12 días con ella en Estados Unidos mientras que la otra estuvo viviendo aproximadamente un mes en la casa de su novio.

El actor, por su parte, solicita se rechace el recurso en estudio por los argumentos vertidos en la presentación realizada el 2 de septiembre de 2020 e incorporada al sistema informático el 4 de dicho mes y año, a los que cabe remitirse en honor a la brevedad.

II. La normativa del Cód. Civ. y Com. de la Nación en materia alimentaria pone, como regla general, en cabeza de ambos progenitores la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

También que la obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio, contemplando además que los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionados a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado (art. 659).

Con respecto al compromiso asumido por parte del padre o madre que convive con el hijo, debe tenerse en cuenta que estos efectúan a diario una contribución en especie, ya que tienen a su cargo el cuidado y supervisión directa de aquel, labores estas que si fueran asumidas por terceros serían valuables económicamente. Así, lo ha entendido el legislador en tanto tal extremo podemos apreciarlo plasmado en la letra del art. 660, en cuanto expresa que las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

En relación a ello se ha dicho que el principio de igualdad entre hombre y mujer que receptan varios instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial, la CEDAW, que en su artículo 16 se ocupa de la aplicación de este principio en todas las cuestiones relacionadas con los hijos, ha consolidado la idea de que la dedicación al cuidado de los hijos tiene un valor económico y que ello debe ser tenido en cuenta al resolver los conflictos referidos a este tema, siendo uno de ellos la obligación alimentaria.

El Código reconoce de manera precisa que quien se queda a cargo del cuidado personal del hijo contribuye en especie al cumplimiento de la obligación alimentaria a su cargo. Esta consideración se deriva de la obligada perspectiva de género, por la cual se defiende la idea de que el trabajo en el hogar tiene valor económico y que ello debe estar expresamente contemplado (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis - De Lorenzo, Miguel F. - Lorenzetti, Pablo, “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Tomo

IV, p. 399, Ed. LA LEY). Sin embargo, esta premisa debe ser también aplicada cuando es el padre quien se queda al cuidado de sus hijas.

III. Establecido ello, por una cuestión metodológica se comenzará analizando el agravio de la recurrente referido a la existencia de gastos fijos que debe abonar en función del cuidado personal de sus hijas.

Corresponde destacar la circunstancia —admitida por la recurrente— de la modificación del régimen de cuidado personal de sus hijas, aunque más no sea de modo transitorio.

La propia recurrente reconoce que estuvo en el exterior desde el 29 de mayo al 30 de julio de este año sin exponer causa, en plena vigencia del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo Nacional con motivo de la pandemia del COVID-19, admitiendo de este modo que, al hallarse alejada de sus hijas durante dos meses, no contribuyó durante dicho período a su manutención ni tampoco en los términos del art. 660 antes mencionado.

Consecuentemente, siendo que pesa sobre ambos progenitores la obligación alimentaria sobre sus hijas y que durante el período referido aquella fue prestada tanto en especie como en dinero por el actor, cabe concluir que la resolución atacada resulta

ajustada a derecho, toda vez que era la reclamante quien debía, en su caso, cumplir las obligaciones pertinentes respecto de sus hijas menores, por lo que con ello se encontrarían suficientemente compensados los presuntos gastos fijos reclamados.

La decisión recurrida no se ve enervada por las manifestaciones expuestas en la expresión de agravios pues las cuestiones fácticas aludidas por la recurrente no han sido introducidas oportunamente, ni debidamente acreditadas, ni se ha ofrecido prueba alguna a tal efecto, pesando dicha carga en cabeza de ésta en virtud de lo dispuesto por el art. 377 del CPCN.

Por último, cabe analizar el agravio de la recurrente referido a la doctrina de los actos propios del actor.

Al respecto, la Sra. Juez *a quo* señala adecuadamente que cesa la obligación de abonar alimentos desde que tiene la “guarda” del hijo que convivía con el otro progenitor.

Consecuentemente, no se advierte la referida contradicción, sino que, por el contrario, el demandante actuó en concordancia con lo peticionado. Ello, sin perjuicio de lo que resolviera el Tribunal al respecto.

A mayor abundamiento, nótese que de seguir el hilo de pensamiento expuesto por la recurrente y de confirmarse la resolución en estudio, el incidentista debería

haber cumplido en su totalidad la obligación alimentaria en cuestión toda vez que aquella adquiriría firmeza con posterioridad a la finalización de la situación fáctica que motivara el planteo del accionante, lo que hubiera llevado a un enriquecimiento sin causa de quien se encontraba obligada a contribuir con la obligación alimentaria, durante el período que el cuidado personal de sus hijas se encontraba a cargo del padre; o bien a solicitar posteriormente el reintegro de las sumas indebidamente percibidas, lo que atenta contra el principio de economía procesal. Cabe recordar que la cuota alimentaria se fija para atender las necesidades de las alimentadas (art. 659 del Cód. Civ. y Comercial), por lo que de darse la situación pretendida se hubiera afectado indudablemente su interés.

Cabe recordar que, en nuestro Máximo Tribunal, se ha sostenido en casos donde hay involucrados niños, niñas o adolescentes que “...cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito... la regla establecida en dicha norma que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otra consideración tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen las controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los

intereses de los otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular —pero contingente— que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto” (conf. Fallos: 330:642, Voto de la Dra. Argibay).

Consecuentemente, corresponde confirmar la resolución en estudio, dejándose constancia que el cese del pago de la suma dineraria en concepto de cuota alimentaria establecido en favor de sus hijas abarca desde el 29 de mayo al 13 de agosto, inclusive, contemplando el período de aislamiento que debió haber realizado la recurrente, de conformidad con la normativa sanitaria al respecto.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución recurrida, con costas en el orden causado atento a la naturaleza y las particularidades de la cuestión debatida (arts. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese, notifíquese por Secretaría a las partes y a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara en su despacho, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ac. N° 15/13, art. 4°, CSJN) y devuélvase a la instancia de grado. Se deja constancia que la vocalía N° 30 se encuentra vacante. — *Beatriz A. Verón.* — *Gabriela M. Scolarici.*



PANORAMA MENSUAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

I. Rechazo del recurso extraordinario. Extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo. Retención del Impuesto a las ganancias

Si la empleadora —erróneamente— estimó que la cifra pactada en un acuerdo conciliatorio estaba sujeta al pago del impuesto a las ganancias, por lo que, en aras de no perjudicar a la actora y con la finalidad de que esta recibiera la suma neta pactada en el acuerdo conciliatorio, contempló en más la cifra bruta a pagar —acrecentando la base imponible—, absorbiendo íntegramente el monto a retener en concepto de tributo, la parte actora no ha sido perjudicada en sus derechos ni se ha quebrantado con lo pactado en el acuerdo, toda vez que la empleadora cumplió estrictamente lo allí acordado, en los términos de lo dispuesto en el art. 1197 del Cód. Civil —vigente al momento de los hechos y actual art. 959 del Cód. Civ. y Com.— (del voto en disidencia de los Dres. Rosenkrantz y Maqueda. La mayoría desestimó el recurso por aplicación del art. 280, Cód. Proc. Civ. y Com.).

CS, 27/08/2020, “Agüero, Delia A. c. American Express Argentina SA s/ certif. trabajo art. 80, LCT”.

Cita on line: AR/JUR/33940/2020

II. Juez competente en causas que involucran niños

La circunstancia de que los progenitores hubieran acordado un nuevo lugar de residencia para dos adolescentes debe ser considerada a los efectos de determinar cuál es el tribunal competente para entender en la fijación de la cuota de alimen-

tos. El Código Civil y Comercial asigna el conocimiento de los procesos relativos a niños, niñas y adolescentes al juez del foro en el cual se sitúa su centro de vida (art. 716). La ley 26.061 define dicho concepto como el lugar donde ellos hubieren transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

CS, 27/08/2020, “E., J. A. c. A., M. L. s/ alimentos”.

Cita on line: AR/JUR/33942/2020

III. Determinación de la base imponible. Impuesto a la Ganancia mínima presunta. Valoración de la pericia contable en el caso

Si la finalidad de la pericia contable apunta a demostrar que la actora carecía de los medios económicos para afrontar el pago de la tasa de justicia y no a probar la ausencia de capacidad contributiva en los términos del precedente “Hermitage” —CS, Fallos: 333:993; AR/JUR/24278/2010—, cabe concluir en que la decisión del *a quo* de confirmar la resolución del Tribunal Fiscal de la Nación que consideró a dicho peritaje como determinante para resolver la cuestión de fondo, relativa a la determinación de oficio con relación al Impuesto a la ganancia mínima presunta, es arbitraria, toda vez que tal medida probatoria resulta insuficiente para realizar una “comprobación fehaciente de que aquella renta presumida por la ley.

CS, 27/08/2020, “Fideicomiso Santa Teresa c. Dirección General Impositiva y otro s/ recurso directo de organismo externo”.

Cita on line: AR/JUR/33943/2020

IV. Contrato de renta vitalicia en moneda extranjera. Juez competente

Si se demanda a una de las entidades previstas en el art. 1° de la ley 25.587 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiarlo, en una relación jurídica entre particulares que se rige por el derecho privado —contrato de renta vitalicia convenido entre particulares en dólares estadounidenses—, la causa corresponde a la competencia del fuero nacional en lo civil y comercial federal, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1° y 6° de ese cuerpo normativo (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

CS, 21/08/2020, “Carabelli, Edilia A. c. Orígenes Seguros de Retiro SA s/ proceso de conocimiento”.

Cita on line: AR/JUR/33415/2020

V. Reajuste de la prestación compensatoria. Omisión de tratamiento de los planteos del beneficiario previsional

La sentencia que ordenó el reajuste de la prestación compensatoria de acuerdo con las pautas del precedente “Elliff” —CS, Fallos: 332:1914, AR/JUR/25048/2009— y dispuso que las retroactividades adeudadas debían ser abonadas desde noviembre de 2003, de conformidad con el art. 82 de la ley 18.037 es arbitraria, pues tanto el juez de grado como la alzada omitieron expedirse sobre el planteo, mantenido en todas las instancias, referente a la modificación de las fechas de adquisición del derecho e inicial de pago, lo cual dejó a la actora sin respuesta sobre esa cuestión, redundando en un serio menoscabo de su derecho de defensa.

CS, 21/08/2020, “Moreno, Elsa C. c. ANSeS s/ reajustes varios”.

Cita on line: AR/JUR/33396/2020

VI. Pueblos originarios. Ocupación de tierras. Juez competente

La justicia provincial debe seguir conociendo en la causa en la que se investiga la ocupación de miembros de la comunidad mapuche, de un terreno de propiedad privada que se encuentra, al menos parcialmente, dentro del área de una reserva nacional, pues la competencia federal para conocer en causas por usurpación se limita a aquellos casos en que el delito recaiga sobre un inmueble perteneciente al Estado Nacional, en tanto puede causar perjuicio directo a su patrimonio, o cuando se cometa en lugares donde el gobierno nacional tenga absoluta y exclusiva jurisdicción y los hechos obstruyan o corrompan el buen servicio de sus empleados, como en términos generales establece el art. 3° de la ley 48 (del dictamen del Procurador General interino que la Corte hace suyo).

CS, 13/08/2020, “Buenuleo, Ramiro y otros s/ usurpación (art. 181, inc. 1° del Cód. Penal)”.

Cita on line: AR/JUR/31953/2020

VII. Rechazo del recurso extraordinario. Servicios públicos. Aumento tarifario. Audiencia pública

El dec. 245/2012 impugnado, que dispuso un aumento en el valor del metro cúbico sobre el cual se calcula la tarifa del servicio público de provisión de agua potable y desagües cloacales en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se dictó cuando la realización de la audiencia pública no estaba contemplada como requisito previo al ajuste tarifario, pues la ley 11.820 había sido derogada y sustituida por el dec. 878/2003, ratificado por el art. 33 de ley 13.154; por consiguiente, resulta

arbitraria la sentencia apelada en tanto integró el marco regulatorio vigente al momento del dictado del cuadro tarifario cuestionado en autos con una norma que se encontraba derogada (del voto en disidencia de los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco. La Corte, por mayoría, aplicó el art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

CS, 13/08/2020, "Negrelli, Oscar R. c. Poder Ejecutivo Provincial y otros s/ amparo".

Cita on line: AR/JUR/33400/2020

VIII. Consolidación de deuda pública. Cancelación de créditos. Edad avanzada del acreedor

Elart. 39 de la ley 26.337 y la res. 12/2004—Secretaría de Seguridad Social— dispusieron la cancelación de los créditos en efectivo en razón de la edad avanzada o de la gravedad del estado de salud de los acreedores. Esta modalidad de pago constituye una de las alternativas previstas por el régimen de consolidación e importa la obligación de adicionar intereses al monto de la condena en los términos de los arts. 6º de la ley 23.982 y 12, anexo IV, del dec. 1116/2000 reglamentario de la ley 25.344, lo que obsta a que se le atribuya carácter de rescate anticipado de los títulos o de sustitución del medio de pago como pretende el apelante (de la doctrina de la Corte sentada en "Echevarría", 21/02/2013—AR/JUR/109638/2013— a la cual remite la mayoría).

CS, 13/08/2020, "Peruchini, Celestino A. c. ANSeS s/ ejecución previsional".

Cita on line: AR/JUR/31952/2020

IX. Derecho a sindicalizarse de los miembros de las fuerzas de seguridad

En nuestro sistema jurídico el derecho a sindicalizarse reconocido a los miembros de la policía y de los demás cuerpos de seguridad interna por los tratados internacionales sobre derechos humanos está sujeto a las restricciones o a la prohibición que surjan de una ley formal. Y tal ley, en virtud de la distribución de competencias, es del resorte del legislador provincial, pues lo atinente a las vinculaciones entre las autoridades provinciales y los miembros de sus fuerzas de seguridad pertenece a la esfera del empleo público local y, por lo tanto, integra el derecho público de cada provincia.

CS, 13/08/2020, "Rearte, Adriana S. y otro c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo - recurso de apelación".

Cita on line: AR/JUR/31951/2020

X. Protección del ambiente. Quema de pastizales

Se dispone, como medida cautelar, que las provincias de Santa Fe, Entre Ríos y Buenos Aires, y los municipios de Victoria y Rosario, constituyan, de manera inmediata, un Comité de Emergencia Ambiental (dentro de la estructura federal concertada del PIECAS-DP), que tenga por objeto la prevención, control, y cesación de los incendios irregulares en los términos de la ley 26.562, en la región del Delta del Paraná; y en el plazo de 15 (quince) días corridos deben presentar a la Corte Suprema un informe sobre el cumplimiento de la medida, la constitución del Comité de Emergencia Ambiental y las acciones efectuadas.

CS, 11/08/2020, "Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil c. Provincia de Santa Fe y otros s/ amparo ambiental".

Cita on line: AR/JUR/30464/2020

XI. Exenciones tributarias. Derogación

En el momento en que la empresa Aguas Argentinas SA suscribió con el Estado Nacional el contrato de concesión de los servicios de agua potable y desagües cloacales, las exenciones tributarias contenidas en los arts. 45 y 59 de la ley 13.577 a favor de Obras Sanitarias de la Nación, se encontraban derogadas por el art. 1º de la ley 22.016; por lo tanto, no pueden ser aplicadas (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

CS, 06/08/2020, "Aguas Argentinas SA c. GCBA y otro s/ proceso de conocimiento".

Cita on line: AR/JUR/30080/2020

XII. Se confirma la condena en la causa

El recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisibles (art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

CS, 06/08/2020, "D'Elía, Luis Á. y otros s/ delito de acción pública".

Cita on line: AR/JUR/31056/2020

XIII. Delitos de lesa humanidad. Rechazo del recurso extraordinario

El recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisibles (art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

CS, 06/08/2020, "Etchecolatz, Miguel O. s/ incidente de recurso extraordinario".

Cita on line: AR/JUR/31055/2020

XIV. Ajuste por inflación. Valoración de la prueba para determinar la confiscatoriedad en el caso

Si bien en "Candy SA" —CS, Fallos: 332:1572; AR/JUR/17816/2009— se admitió la posibilidad de que la falta de aplicación del mecanismo de ajuste podría conducir a resultados confiscatorios —con el consiguiente agravio constitucional que ello implica y que condujo a descalificar la aplicación del gravamen en esos términos— tal circunstancia no se presenta en el caso. En efecto, no solo los términos de la prueba pericial contable son insuficientes para demostrar un supuesto de confiscatoriedad por la laxitud de su análisis, sino que, aun prescindiendo del defecto reseñado, de su estudio se advierte que la actora en vez de tener una pérdida histórica o sea sin ajustar de \$27.501,05 pasa a tener una pérdida de \$1.754.934,70 realizando el ajuste por inflación.

CS, 06/08/2020, "Feler, Eduardo J. c. Estado Nacional y otro s/ acción mere declarativa de inconstitucionalidad".

Cita on line: AR/JUR/30081/2020

XV. Merma inadmisibile en el haber previsional

La ANSeS debe abstenerse de continuar aplicando el tope del art. 9º de la ley 24.463 respecto de la pensión que cobra la actora, sin perjuicio de que se continúe, respecto al cobro de los retroactivos, pues, en forma inequívoca, la norma impugnada produce una merma en el haber de pensión que resulta inadmisibile.

CS, 06/08/2020, "Gottheil, Gemma M. c. ANSeS s/ amparos y sumarisimos".

Cita on line: AR/JUR/30082/2020

XVI. El cómputo de 2x1 en el juzgamiento de delitos de lesa humanidad

La ley 27.362, que prohíbe el cómputo de 2x1 de la prisión preventiva a las causas que juzgan delitos de lesa humanidad, de forma inequívoca manifiesta la voluntad de establecer cuál debía ser la interpretación auténtica de la ley 24.390 con relación con esos ilícitos (de la doctrina de la Corte sentada en "Hidalgo

Garzón" —CS, Fallos: 341:1768, Cita on line: AR/JUR/65026/2018— a la cual remite).

CS, 06/08/2020, "Lanzón, Oscar R. y otros s/ sustracción de menores de 10 años (art. 146) texto original del Cód. Penal, ley 11.179".

Cita on line: AR/JUR/31054/2020

XVII. Acceso al agua potable. Causa que no corresponde a la competencia originaria

La acción de amparo promovida para que se garantice el acceso del peticionante y de toda la población de Caleta Olivia al abastecimiento y provisión de agua potable, de modo corriente y continuo, no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema, toda vez que, según se desprende de la demanda, la acción es contra el Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (ENOHSA) y Servicios Públicos SE, por lo que no se configura ninguno de los supuestos que, con arreglo a lo dispuesto por el constituyente, habilitan su tramitación ante los estrados del Tribunal. (Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

CS, 06/08/2020, "Machuca, Ismael R. y otros c. Provincia de Santa Cruz (Estado Nacional) s/ amparo ley 16.986".

Cita on line: AR/JUR/30079/2020

XVIII. Cuestiones de derecho público local. Convenio multilateral

En tanto la materia del pleito corresponde al derecho público local, debe ser resuelta por los jueces del mismo carácter. De la exposición de los hechos en la demanda surge que se persigue la anulación de las resoluciones (CA) 80/2014 y su confirmatoria (CP) 42/2015, en los términos del art. 12, inc. 1º, de la ley provincial 12.008 (texto según su similar 13.101), pues sostiene que dichos actos confrontan el contenido de un acuerdo interprovincial —el Convenio Multilateral, ratificado por ley provincial 8960— con la ley orgánica de los municipios de la Provincia de Buenos Aires (10.559) (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

CS, 06/08/2020, "Municipalidad de Vicente López c. Comisión Arbitral del Convenio Multilateral y otro s/ pretensión anulatória".

Cita on line: AR/JUR/34123/2020

Cita on line: AR/DOC/3166/2020