



COLUMNA DE OPINIÓN

Artículo 666 del Código Civil y Comercial

UNA DESACERTADA MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

Mauricio L. Mizrahi (*)

En materia de cuidado personal compartido de los hijos (estando la pareja separada) y más allá de las deficiencias terminológicas en las que incurre el Código Civil y Comercial, de las que nos hemos ocupado en otro lugar (1), la realidad es que la ley vigente regula dos modalidades de dicho cuidado, conforme al art. 650.

Una de ellas, que es la más corriente y que se prioriza como primera alternativa (arts. 651 y 656), se denomina "indistinta". Se trata de la que en la generalidad de los casos se venía aplicando en los hechos por nuestros jueces aun antes de la sanción del Código Civil y Comercial. El hijo tiene una residencia principal en el domicilio de uno de los progenitores y una residencia secundaria en la vivienda del otro (2).

El elemento determinante para calificar esta modalidad como "indistinta" es el tiempo que el niño permanece con uno y otro padre que, por definición, es *desigual*. Son los supuestos, como lo anticipamos, de los repetidos acuerdos y decisiones abundantes que conocen los tribunales. El niño se halla con el progenitor *discontinuo* —digamos como ejemplo— un fin de semana por medio; y es posible que se agreguen algunos encuentros con ese padre durante la semana, tal vez una o dos veces, que puede ser con o sin pernocte. Todo el resto del tiempo, que es más extenso, el hijo convive con el otro, lugar donde tiene la residencia principal.

CONTINÚA EN PÁGINA 4

Procesos electorales en contextos de pandemia

José M. Pérez Corti (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La emergencia en contextos de pandemia y crisis sanitaria.— III. Derechos políticos y procesos electorales.— IV. Variaciones de acefalía e intervención en contextos democráticos.— V. Intervención institucional colaborativa.— VI. Procesos electorales en clave pandémica.— VII. Conclusiones.

Las emergencias imponen cambios adaptativos de conservación a las sociedades, instituciones y sistemas jurídicos, pero su finalidad es sobrevivir a la crisis para retomar la actividad regular y adoptar la normalidad resultante del debate y de los consensos alcanzados o del retorno al estado de cosas anterior a la situación de excepción. Una planificación estratégica anticipada y la adopción de alternativas de contingencia precisamente diseñadas conforman el núcleo fundamental y la línea de base de los venideros procesos electorales. Y el tiempo para concretar esos objetivos ya está corriendo.

I. Introducción

Transitamos tiempos excepcionales a nivel global, caracterizados por una crisis sanitaria de dimensiones pocas veces recordadas, que expone a las instituciones y procedimientos democráticos a tensiones que exigen su máxima capacidad de respuesta y el resguardo ineludible de los derechos fundamentales.

En esta situación, los derechos políticos y los procesos electorales se encuentran gravemente expuestos a decisiones y rediseños que requieren de una previa reflexión crítica para evitar decisiones que los desarticulen vaciando de contenido procedimental la democracia, puesto que su misma dimensión formal expresa conforma su *conditio sine qua non*; y en ausencia de la cual, definitivamente, es imposible hablar de democracia (1).

En cualquier contexto de emergencia que imponga recurrir a algunos de los institutos especialmente previstos por la Constitución, se impone —a la par de las restricciones excepcionales de algunos derechos— la equivalente limitación del ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado encargados de afrontar la situación concreta, como, así también, un objetivo principal e ineludible: restablecer la regularidad constitucional inmediateamente (2). Caso contrario, tal como bien lo ha señalado Hernández, solo se logrará la decadencia del Estado de derecho (3).

II. La emergencia en contextos de pandemia y crisis sanitaria

Como bien lo expresa Rosatti, "la 'emergencia' debería connotar un tipo de necesidad caracterizada por su 'extrema gravedad', por su 'imprevisibilidad' y por requerir remedios excepcionales de 'aplicación restrictiva' (en lo material, en lo subjetivo, en lo espacial y en lo temporal)" (4). Por lo tanto, los escenarios de excepción no son —no pueden ni deben ser— momentos de reforma. Durante su vigencia la institucionalidad está seriamente conmovida. El equilibrio de poderes y, con él, el resguardo adecuado y eficaz de derechos y garantías se encuentran decididamente afectados.

Una situación de emergencia es un período acotado de excepcionalidad normativa, gubernamental y social que limita con mayor intensidad los derechos, y solo tiene por finalidad gestionar en contexto de crisis las disposiciones inmediatas e imprescindibles que permitan superar el trance en cuestión y restablecer la regularidad y estabilidad

constitucional que garantiza el más amplio debate democrático y republicano (5). Repetimos: no es un contexto apto para reformas o rediseños, puesto que impide su adecuado y correcto abordaje, tratamiento, revisión crítica y consolidación participativa.

Dicho esto, nadie puede negar que en todo contexto de crisis y excepcionalidad los lineamientos fundamentales a seguir son, como mínimo, los siguientes:

1. La *Constitución* debe ser nuestro principal e ineludible protocolo de actuación.
2. El paradigma a seguir en y durante la crisis es el del modelo de *Gobierno Abierto*.
3. La clave o núcleo operativo para la sociedad es la *accesibilidad*.
4. Debe tenerse en cuenta que hay *dinámicas federales* centrífugas y centrípetas.
5. No debe permitirse que la emergencia contagie y afecte la *democracia*.

Claro que esto es así siempre que todos acordemos que, en una situación de emergencia, más que en cualquier otra situación ordinaria, la calidad institucional es el objetivo primordial para evitar la deconstrucción de derechos en favor de totalitarismos inicialmente presentados como excepciones justificadas que luego se van consolidando con carácter definitivo a lo largo del tiempo, más allá de la evolución que el contexto de crisis que le diera origen haya tenido.

Tal como nuestra Corte lo ha entendido, "la emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni dismi-

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN

Artículo 666 del Código Civil y Comercial
Una desacertada modificación legislativa

Mauricio L. Mizrahi 1

DOCTRINA

Procesos electorales en contextos de pandemia

José M. Pérez Corti 1

NOTA A FALLO

Trabajadora en situación de vulnerabilidad: su protección en el período de prueba, en el marco de la legislación de emergencia en cuarentena

Carolina Vera Ocampo y Pablo L. Ferreira 6

Reincorporación de trabajadora embarazada en período de prueba y su relación con la prohibición de despedir

Sergio Omar Rodríguez 6

JURISPRUDENCIA

PROHIBICIÓN DE DESPIDO EN LA PANDEMIA. Trabajadora en período de prueba. Sostén de hogar. Embarazada. Notificación del despido. Interpretación amplia de la aplicabilidad del DNU 329/2020 (JConciliación 4a Nom., Córdoba) 6

Procesos electorales en contextos de pandemia

VIENE DE TAPA

nuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido o reservado”. No se trata de atribuir al Estado poderes que antes no tenía, sino únicamente de admitir “el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad”, porque “el derecho de ‘emergencia’ no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto, según las circunstancias lo permitan y aconsejen en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda” (6).

Particularmente, cuando nos adentramos en la actual crisis sanitaria, cuya excepcionalidad reviste rasgos de pandemia y pone, obligatoriamente, a los gobiernos frente a la necesidad de evaluar y llevar adelante diferentes institutos de emergencia, todo lo que acabamos de señalar adquiere especial relevancia.

Es así que los gobiernos deben actuar siempre dentro de la respectiva *constitución*, asumiéndola como su fundamental e innegociable protocolo de actuación, y adoptar e implementar políticas de gobierno abierto de cara a transparentar y facilitar la accesibilidad, comprensión y participación ciudadana en las medidas dispuestas en este período de excepcionalidad.

A la vez, todos los niveles de gobierno tendrán que identificar los diferentes efectos que deben y pueden, o no, generar cada una de las decisiones señaladas, para evitar, siempre, que la emergencia o el virus pueda llegar a contagiar nuestra democracia y sus instituciones. Debe advertirse muy especialmente que en un régimen federal como el nuestro la dinámica decisional que permite la descentralización territorial del ejercicio del poder enriquece las posibilidades y márgenes de acción, por lo que pueden registrarse flujos gubernamentales en sentido centrífugo —desde el gobierno nacional hacia las provincias— y en sentido

centrípeto —desde los gobiernos provinciales y locales hacia la Nación—, todo lo cual potencia las acciones y decisiones a adoptar respecto de las realidades generales y particulares de los diversos sujetos de la relación federal.

III. Derechos políticos y procesos electorales

Aplicado esto al derecho electoral, y a sus disposiciones de rango constitucional, la primera conclusión a la que arribamos es que *los derechos políticos no pueden ser declarados en emergencia*, puesto que ello importaría, necesariamente, la interrupción del régimen democrático de gobierno, en tanto son su insumo fundamental y los responsables de darle vida a las instituciones autonómicas de gobierno previstas en las constituciones, tal como reiteradamente lo tiene dicho nuestra Corte Suprema (7).

En este orden de ideas, bueno es comprender a tiempo que nuestra afirmación respecto de que las constituciones son el protocolo de actuación de cualquier emergencia, no es una idea aislada o producto de elucubraciones interpretativas, siempre seductoras en el campo de la academia y de la ciencia, sino, por el contrario, lo que emana de los propios textos constitucionales tras las negativas y dolorosas experiencias históricas vividas en nuestro país, bajo las conabidas justificaciones que toda situación de crisis y excepcionalidad suministra a los argumentadores seriales de la emergencia como única —nunca última— alternativa institucional. Es por ello que, en la Argentina, los constituyentes de todos los órdenes han inculcado los anticuerpos normativos necesarios para evitar que el virus de la desconstitucionalización vuelva a infectar nuestra sociedad.

Los textos constitucionales de Jujuy (1986, art. 6º) (8), La Rioja (1986, art. 12), Salta (1986, art. 2º), Córdoba (1987, art. 17), Río Negro (1988, art. 7º), la de la misma Nación (1994, art. 36) (9), por mencionar algunos, son más que claros y contundentes respecto del rechazo a viejas prácticas interpretativas con efectos peligrosamente desconstitucionalizantes.

A partir de esta rápida y sutil revisión de la cuestión, solo cabe anticipar una conclusión: la actual pandemia, que justifica recurrir a institutos de emergencia, no debe —bajo ningún pretexto— convertirse en el argumento neutralizante de nuestras

instituciones, sino, por el contrario, aplicados y destinados aquellos, en el instante inicial, a dar una respuesta inmediata a tal emergencia a través de los procedimientos excepcionales constitucionalmente previstos; esos mismos procedimientos deberán perseguir la readecuación inmediata de la funcionalidad institucional en procura del restablecimiento inminente de derechos y garantías afectados (10).

La emergencia es solo una alternativa excepcional que procura dar capacidad de respuesta inmediata al Estado ante situaciones críticas. Sin embargo, no debe ser concebida estáticamente, sino como una herramienta fundamentalmente dinámica y con un objetivo incuestionable: restablecer el orden constitucional ordinario (11). Por ello sus regulaciones siempre contemplan e incorporan claros límites a su vigencia (12), como así también la regular revisión y renovación por parte de los poderes legislativos, todo ello, sometido siempre a un estricto y profundo control judicial de juridicidad (13).

De allí que dichos poderes, esto es, legislativo y judicial, no pueden ingresar en una suerte de purgatorio funcional, exponiendo a las sociedades a la pérdida de derechos y a la inoperancia de garantías constitucionales (14). Si en tiempos de regularidad institucional, su existencia y funcionamiento son imprescindibles, con mayor razón lo son en períodos de excepcionalidad. Es que, en materia de derechos fundamentales, la regla es su plena vigencia y su restricción constituye una excepción que solo se puede establecer y sostener por ley (15).

Siendo que, como dijimos, los derechos políticos no pueden ser declarados en emergencia, so riesgo de incurrir en las disposiciones constitucionales y normativas destinadas a la protección y preservación del orden constitucional y democrático, la siguiente cuestión que debemos abordar es, necesariamente, la de las elecciones en escenarios de crisis sanitaria.

Este interrogante se desagrega en varios aspectos atinentes a la conformación del proceso electoral. En efecto, se activa o pone en marcha mediante la formalización de la convocatoria electoral (16), momento a partir del cual la planificación y logística electorales comienzan a desenvolverse frenéticamente, con miras a garantizar la normal concreción de los comicios el día de la elección, y el posterior procesamiento de

los votos con miras a descifrar el contenido de la voluntad popular expresada en las urnas.

Todo este complejo (17) andamiaje normativo y operativo, que muy brevemente compendiamos en el párrafo anterior, contiene disposiciones centrales y estructurantes del proceso electoral, pero también, en determinadas cuestiones, distintas alternativas destinadas a evitar su paralización o frustración.

De este modo, por ejemplo, en algunos casos, el ordenamiento jurídico electoral contempla una sucesiva supletoriedad de la facultad de convocar a elecciones si los poderes ejecutivos no lo hacen en tiempo y forma (18), con lo cual el legislador ha dejado previsto un adecuado dispositivo en aras de sostener la vigencia del orden democrático y constitucional.

Aun así, existe la posibilidad de que la crisis sanitaria interfiera o impida la concreción de la convocatoria a elecciones; o que, habiéndose materializado esta, el contexto afecte o paralice el normal progreso del proceso electoral en curso. En tales hipótesis se advierte claramente cómo la situación impacta no solo en el proceso comicial, sino ya en el ciclo electoral (19), proyectando sus efectos respecto de sus pares parlamentario y ejecutivo, por cuanto enfrenta las instituciones a la finalización de los mandatos vigentes y al desafío de encontrar alternativas constitucionales para su preservación.

Sin embargo, dichas situaciones, particularmente la que coloca la finalización de los mandatos en ejercicio ante la carencia de reemplazantes o sucesores con mandatos renovados y otorgados democráticamente, cuentan con una adecuada previsión normativa que permite superar escenarios tan críticos. Nos referimos al instituto constitucional de la *acefalía* (20).

Sí, sin lugar a dudas estaremos de acuerdo en que es un instituto que ejemplifica el prototipo de *ultima ratio* en lo jurídico y en lo institucional. Sin embargo, aun así, es la vía constitucionalmente válida para superar situaciones de un nivel de excepcionalidad pocas veces vista. Por ello no es aceptable eludir su aplicación, dejándose llevar por cantos de sirenas que ensayan argumentos ostensiblemente épicos en defensa de la ciudadanía y de las instituciones, puesto que, como sostiene Rosatti, “la aplicación

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado, Magister en Partidos Políticos (FD-CEA-UNC) y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (FD-UNC). Director de la Diplomatura en Derecho Electoral (Universidad Austral), docente de grado y posgrado en Derecho Constitucional, Público Provincial, Municipal y Electoral. Miembro fundador del Foro Federal de Organismos Electorales Provinciales de la República Argentina; miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Relator de Sala, Relatoría Electoral y de Competencia Originaria del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

(1) Es el mismo Ferrajoli quien le reconoce y adjudica tal valoración a la dimensión formal de la noción de democracia (FERRAJOLI, Luigi, “*Principia iuris*”, Ed. Trotta, Madrid, 2011, t. 2, p. 10). Para profundizar sobre la noción de democracia en perspectiva electoral, sugerimos ver PÉREZ CORTI, José M., “Proceso Electoral: ¿Jurisdicción o Administración?”, tesis doctoral (inérita), Córdoba, 2019, ps. 31-38.

(2) Cfr. CS, Fallos: 172:21 (“Avico”, 1934); Fallos: 327:3852 (“Zavalía”, 2004); por mencionar algunos precedentes.

(3) Cfr. HERNÁNDEZ, Antonio M., “Las emergencias y el orden constitucional”, UNAM - Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 67 y ss.

(4) ROSATTI, Horacio, “Tratado de Derecho Cons-

titucional”, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2017, 2ª ed. ampliada y actualizada, t. II, p. 687.

(5) Cfr. BARRERA BUTELER, Guillermo E. (dir.), “Derecho Constitucional”, *Ciencia, Derecho y Sociedad* (FD-UNC), Córdoba, 2015, t. I, ps. 304-312. Rosatti no duda en señalar que “la emergencia debe resolver y no causar (o agravar) la necesidad grave e imprevisible” (ROSATTI, Horacio, “Tratado de Derecho Constitucional”, ob. cit., t. II, p. 687).

(6) Cfr. BARRERA BUTELER, Guillermo E. (dir.), “Derecho Constitucional”, ob. cit., t. I, p. 309, con citas de la Corte Suprema, entre ellas Fallos: 172:21 (“Avico”, 1934) y Fallos: 200:450 (“Martini”, 1944).

(7) Cfr. CS, Fallos: 320:875 (“Gauna”, 1997), voto en disidencia del juez Petracchi.

(8) Con un clarísimo y más que actual inc. 1º, que dice, textualmente: “En ningún caso las autoridades provinciales, so pretexto de conservar el orden invocando la salud pública o aduciendo cualquier otro motivo, podrán suspender la observación de esta Constitución ni la de la Nación, ni vulnerar el respeto y efectiva vigencia de las garantías y derechos establecidos en ellas”.

(9) Cfr. GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 4ª ed., t. I, ps. 508-514; GARGARELLA, Roberto - GUIDI, Sebastián, “Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina”, Ed. La Ley, Bs. As., 2016, ps. 207-215.

(10) Tal como bien lo señala Sesín recordando sus orígenes (cfr. SESÍN, Domingo J., “La emergencia dentro de la Constitución. Control judicial”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - Rap*, 309:91, y también en “El derecho administrativo en reflexión”, Ed. Rap, Buenos Aires, 2011, p. 447).

(11) La “necesidad es su justificación y, por lo mismo, también su límite”, CS, Fallos: 243:504 (“Sofía”, 1959), voto en disidencia del juez Orgaz.

(12) La “duración de estas restricciones debe ser temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que las hicieron necesarias”, CS, Fallos: 172:21 (“Avico”, 1934).

(13) Cfr. CS, Fallos: 307:2284 (“Granada”, 1985) y Fallos: 326:417 (“San Luis”, 2003), especialmente el consid. 55 del voto mayoritario, jueces Moliné O’Connor y López. Sesín, por su parte, sostiene que “[s]i, actualmente, lo discrecional y lo político forman parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente tal actividad ha sido correctamente ejercida ‘dentro’ de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia —selección de una alternativa entre otras igualmente válidas—, sino solo su contorno externo e inserción en el sistema ordenamiento (...) Consecuentemente, hoy no es posible seguir sosteniendo que las situaciones de emergencia comportan cuestiones políticas no justiciables, aun cuando el control de la justicia tiene sus límites” (cfr. SESÍN, Domingo J., “La emergencia dentro de la Constitución.

Control judicial”, ob. cit., y en SESÍN, Domingo J., “El derecho administrativo en reflexión”, ob. cit., p. 446).

(14) Sesín lo dice muy gráficamente, en el caso del Poder Judicial, cuando afirma que “[s]i los jueces no asumen el rol que les corresponde asegurando el imperio de la Constitución, los poderes del poder político serían ilimitados” (cfr. SESÍN, Domingo J., “La emergencia dentro de la Constitución. Control judicial”, ob. cit., y también en “El derecho administrativo en reflexión”, ob. cit., p. 446).

(15) Cfr. BARRERA BUTELER, Guillermo E. (dir.), “Derecho Constitucional”, ob. cit., t. I, p. 297.

(16) Cualquiera fuera su tipología, de acuerdo con la respectiva regulación normativa (Cfr. PÉREZ CORTI, José M., “Derecho Electoral Argentino. Nociones”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, 3ª ed., ps. 235-238).

(17) No por complicado, sino por la diversidad y multidimensionalidad de sus elementos, como así también por su intensidad y la de sus procedimientos e institutos componentes.

(18) Cfr. CBA: CEP 9571, art. 43 y Cód. Penal, art. 104.6. LOM 8102, arts. 49.4 y 59.5; y supletoria y sucesivamente los arts. 30.13, 136.2, 126, 200.9, 216.2 y 218. Este modelo se replica, generalmente, en las cartas orgánicas municipales.

(19) Cfr. PÉREZ CORTI, José M., “Derecho Electoral Argentino. Nociones”, ob. cit., ps. 213-276.

(20) Cfr. CN, arts. 88 y 75.21, ley 20.972.

de regímenes de excepción prohibidos por la Constitución (...), aunque se planteen de modo ‘parcial’ o ‘temporal’ y aun con la honesta intención de ‘dejar a salvo’ todo aquello que no comprometa la emergencia, conducen a una trampa. La presión de la necesidad y la dinámica propia de la anti-juridicidad inicial no tardarán en convertir una lógica esquizofrénica (que procura congeniar sincrónicamente la juridicidad y la antijuridicidad) en una lógica desquiciada, dominada por la autorreferencia antijurídica. La autorreferencia antijurídica termina por ser la única lógica de fundamentación de la emergencia. Dicho de otro modo: todo lucirá correcto y razonable (hasta propicio y heroico) a condición de evitar toda vinculación con la normalidad” (21).

Como lo señalamos al principio de este ensayo, es la Constitución nuestro principal protocolo de actuación; y a ella debemos atarnos todos siempre (22).

Consecuentemente, incurren en una falacia argumentativa quienes afirman que constituyentes y legisladores no imaginaron situaciones como las actuales; y por eso las disposiciones constitucionales y reglamentarias —alegan— carecerían de previsiones idóneas para afrontarlas. Aun sin mandato ni representación, y a riesgo de no lucir digno para ello, saldré en defensa de quienes tanto han hecho desde lo jurídico y desde lo institucional para evitar repetir imperdonables errores del pasado. Es por esto que nos inclinamos por afirmar que el argumento de dicha omisión solo sería aceptable en un argentino que no tuviese conocimiento de nuestra historia institucional, ya algo lejana en el tiempo, gracias a Dios, aunque siempre presente en la memoria colectiva de una sociedad que no acepta repetirla.

Los profesionales del derecho han contemplado en las normas la conjura jurídica e institucional de tales emergencias; y lo han hecho con una fórmula abierta que permite subsumir en ella una gran variedad de circunstancias, verificables o potenciales. Es el caso de la acefalía, particularmente en su carácter de total y simultánea, la que, necesariamente, desencadenaría el procedimiento de intervención de los órganos de gobierno por parte del Estado al cual pertenece el gobierno acéfalo.

IV. Variaciones de acefalía e intervención en contextos democráticos

Asumida, entonces, la acefalía como la vía constitucional de reconducción institucional de muchos gobiernos locales, es necesario ahora identificar las particularidades que habrá de revestir su activación en este contexto.

En primer lugar, no se trataría de un procedimiento de acefalía común, sino, por el contrario, de uno de emergencia. Esto es, concebido no como instituto de regularización de una situación excepcional y temporal que afecta a los órganos de gobierno, privándolos temporalmente de sus “cabezas”, sino, por el contrario, de una versión a la que no hemos recurrido hasta ahora y cuya finalidad primordial es la preservación

institucional de la democracia y de las disposiciones y autoridades constitucionales.

No vamos a detenernos en el instituto harto conocido de la primera tipología señalada. Sí, en cambio, hemos de referirnos brevemente a la acefalía en contextos excepcionales que hacen imposible resolver la ausencia de autoridades legítimamente constituidas, mediante procesos electorales extraordinarios, pero factibles. En efecto, esa es la nota distintiva de las hipótesis de acefalía que se enfrenta hoy en muchos Estados subnacionales: cómo superar el vencimiento de los mandatos en ejercicio sin afectar la institucionalidad democrática y, a la vez, sin que la solución devenga en el riesgo de la instalación de un gobierno autocrático (pactos políticos de autoprorroga de mandatos) o, en el otro extremo, la utilización de la intervención para imponer un gobierno de tinte centralista y autoritario (interventores políticos).

V. Intervención institucional colaborativa

En la hipótesis que nos convoca concebimos al instituto de la *intervención* como un procedimiento de tinte netamente colaborativo, es decir, como procedimiento constitucional enmarcado dentro del principio de colaboración interpodere, destinado a preservar la continuidad democrática de los ciclos electivos, legislativos y ejecutivos, mediante la implementación de una modalidad de emergencia, claramente estipulada en los textos normativos y, a su vez —por sobre toda cuestión argumental—, limitada y orientada, únicamente, a esta finalidad específica: el restablecimiento del orden gubernamental investido de auténtica legitimidad democrática de origen, de modo tal que la de ejercicio no quede expuesta a planteos judiciales o políticos que horaden la legalidad del poder.

Tal como lo tiene dicho nuestra Corte Suprema —y que recientemente ha reiterado—, el principio de colaboración interpodere es aquel en función del cual “aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales” (23). No debemos acordarnos de él únicamente para exigirselo, *in extremis*, al Poder Judicial.

Sin embargo, para cumplir acabadamente su finalidad y garantizar a todos los involucrados la ausencia de cualquier otro interés espurio, esta clase de intervenciones deberá observar una particular e innovadora metodología de implementación, consistente en hacer recaer en las autoridades locales legítimamente constituidas y cuyos mandatos democráticos están prontos a vencer la función y el gobierno del Estado o localidad afectados, es decir, reconociendo a sus instituciones y a las personas que las conforman en cumplimiento del último

mandato vigente las calidades de interventores excepcionales, los que deberán cumplir con sus respectivas competencias de gobierno durante el excepcional tiempo que aquella dure y con un prudente ejercicio de sus funciones, principalmente encaminados o acotados al ejercicio de las funciones urgentes e indispensables de administración, a asegurar la prestación de las funciones y servicios públicos fundamentales, como así también la continuidad de la percepción de la renta y de la ejecución presupuestaria, o de su previsión excepcional y posterior aprobación.

Asumimos la crítica que desde la praxis política se nos formulará alegando lo aparentemente compleja de la solución constitucional señalada. Sin embargo, sostenemos nuestra manifiesta preferencia por atarnos al mástil constitucional, cual *Ulises*, antes que sucumbir al canto esquizofrénico de sirenas que, so pretexto de remanidos acuerdos políticos, tarde o temprano hará naufragar las instituciones democráticas al conducir las con una lógica desquiciada, dominada por una autorreferencia definitivamente antijurídica.

Sin embargo, los argumentos expresados no nos impiden advertir la interesante situación registrada en la ciudad de Río Cuarto (Provincia de Córdoba), en la que, ante la imposibilidad de continuar con el normal desarrollo del proceso electoral en curso, el Concejo Deliberante homologó —ordenanza mediante— un acuerdo político-partidario, con el voto favorable de sus integrantes y con el cual se decidió agotar las instancias institucionales y autonómicas propias antes de que se configurara una situación de acefalía definitiva, para lo cual fijó dos fechas alternativas para la concreción de los comicios municipales y las consecuentes prórrogas de los mandatos de intendente, concejales y tribunos de cuentas, hasta tanto se llevaran a cabo la elecciones ordinarias de renovación de autoridades municipales. Tal procedimiento, al anticiparse a los vencimientos de los respectivos mandatos, arbitró un interesante ensayo de preservación de la autonomía institucional y política, sin que el instituto de la intervención provincial al municipio sufriera afectación alguna, en el hipotético caso de que la Legislatura provincial considerara configurada la acefalía total al vencimiento de los mencionados mandatos. De esta manera, y más allá de los fallidos intentos de judicialización de la cuestión, rechazados por el Tribunal Superior de Justicia con interesantes y muy fundados argumentos (24), las autoridades pusieron en marcha un proceso preventivo de preservación de la autonomía política e institucional del municipio, en un excepcional contexto local, provincial y nacional.

VI. Procesos electorales en clave pandémica

La última cuestión que abordaremos en este ensayo es la de la necesaria reformulación de nuestros procesos electorales mediante su readaptación procedimental a las exigencias sanitarias de la actual situación epidemiológica. Especialmente, porque lo que hoy estamos viviendo nadie puede, con certeza, definir si será pasajero o, por el

contrario, es una nueva realidad que, adaptación mediante, debemos superar sin sacrificar nuestra democracia e instituciones constitucionales.

Es una característica intrínseca del derecho electoral que las teorías no aportan mucho si no devienen en derecho aplicado, para ensayar propuestas y alternativas concretas que permitan instrumentar efectivamente la materialización de la voluntad popular. Caso contrario, todo lo exquisitamente debatido en el campo de la especulación abstracta resulta estéril e improductivo, más allá de su maravillosa apariencia inicial.

Para eso, debemos asumir que la multidimensionalidad intrínseca de todo proceso electoral impone una adecuada y precisa articulación institucional de los poderes Ejecutivo y Legislativo con el Organismo Electoral a cargo de plasmar los comicios venideros. En efecto, la preparación de las elecciones en estos contextos requiere de un gran esfuerzo de rediseño procedimental, adecuándolos a los requerimientos sanitarios del presente, lo cual conlleva una importante cantidad de ajustes normativos, presupuestarios y administrativos. No cabe duda de que en ello el tiempo y la planificación anticipada, como así también la previsión de alternativas de contingencia debidamente diseñadas, son las claves del éxito y del reaseguro democrático de los comicios.

El inventario es sumamente extenso, pero no imposible de gestionar si el esfuerzo comienza preventivamente. Así, el primer desafío está en el acto de convocatoria electoral, sobre el que ya nos explayamos. Continúa por las previsiones presupuestarias, en las cuales habrá de contemplarse el incremento por las medidas de seguridad sanitarias que deben incorporarse al proceso y al acto electoral.

A la par, el Poder Legislativo, como el representante por excelencia de la voluntad popular institucional derivada (25), y auténtica y única caja de resonancia del crisol político e ideológico de toda sociedad, debe evaluar diferentes alternativas reglamentarias a incorporar en los regímenes electorales a efectos de dotarlos de herramientas y procedimientos adecuados para enfrentar el desafío de concretar elecciones en contextos de pandemia y crisis sanitarias.

Dos son, a nuestro criterio, las principales opciones a evaluar como potenciales normas electorales de emergencia, a saber: voto por correspondencia y segmentación del acto comicial. El primero de ellos, de larga tradición en muchos países del mundo, particularmente en lo atinente al sufragio de electores en el extranjero y al de los miembros de las fuerzas armadas destinados fuera de las fronteras de su país. Su implementación masiva requiere de una detallada reglamentación normativa y, a la vez, de un significativo diseño de documentación y de procedimientos que involucran a prestadores de los servicios de correos en todos los ámbitos del país.

{ NOTAS }

(21) ROSATTI, Horacio, “Tratado de Derecho Constitucional”, ob. cit., t. II, ps. 692-693.

(22) Jon Elster nos recuerda que el gran Baruch Spinoza ya había anticipado situaciones como la descrita, trazando una analogía entre el precompromiso individual y el político: “En modo alguno es contrario a la práctica de las leyes que estén tan sólidamente establecidas, que ni el propio rey pueda derogarlas (...) las leyes fundamentales del Estado deben ser observadas como decretos permanentes del rey, de modo que sus ministros les rindan obediencia absoluta, y rechacen llevar a cabo cualquier or-

den real que las contravenga (...). También los reyes han seguido el ejemplo de *Ulises*. Usualmente, dan instrucciones a sus jueces de que no tengan respeto por las personas a la hora de administrar justicia, ni siquiera para el propio rey, si por algún raro extravío ordenara algo que saben que contraviene las leyes vigentes. Esto es así, porque los reyes no son dioses sin hombres, que a menudo están hechizados por los cantos de sirenas, De acuerdo con esto, si todo dependiera de la voluntad inconstante de un hombre, nada sería estable” (ELSTER, Jon, “Ulises desatado”, Ed. Gedisa, Barcelona, España, 2002, ps. 124,

ps. 111-112 y cc., cita que también se puede consultar en SPINOZA, Baruch, “Tratado telógico-político. Tratado político”, Ed. Gredos, Madrid, España, 2015, cap. VII.1, ps. 400-401).

(23) CS, Fallos: 327:46, consid. 12; Fallos: 319:2641, consid. 1º; y este año en CSJ 353/2020/CS1, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza” (24/04/2020), consid. 10. del voto concurrente del juez Rosatti.

(24) Cfr. TS Córdoba, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria (SECO), autos

nro. 15 (24/06/2020), “Novo”; nro. 16 (02/07/2020), “Ljubich” y nro. 17 (02/07/2020), “Scoppa”; tríada jurisprudencial que por la relevancia y riqueza de las especulaciones pretorianas en ella contenidas, amerita un abordaje exclusivo que dejaremos para otra oportunidad.

(25) Cfr. PÉREZ CORTI, José M., “Derecho Electoral Argentino. Nociones”, ob. cit., ps. 5-14; “Ensayo sobre la Voluntad Popular y el Derecho Electoral”, Ed. La Ley, Actualidad, Buenos Aires, 26/11/2013, ps. 1-3 y *Suplemento Constitucional*, 6, septiembre 2018, ps. 3-8.

La segunda opción planteada, esto es, la segmentación del acto comicial, admite varias alternativas. En efecto, podemos pensarla con relación a aspectos de la votación tales como el procedimiento aplicable, los tiempos de desarrollo de los comicios o los de extensión total del acto de votación. Brevemente nos referiremos a estas cuestiones, las que, como podrá apreciarse, ameritan una acabada planificación para su correcta ejecución.

Los comicios pueden desarrollarse en un único día, tal como históricamente acontece en nuestro país; o en días sucesivos, según las excepcionales necesidades a las que se deba dar respuesta. En el primer caso, la segmentación horaria, habilitando al electorado a concurrir a sufragar presencialmente según la terminación del documento habilitante y/o por sexo/género o por grupo familiar, en procura de respetar criterios de empadronamiento, por mencionar apenas tres ejemplos. En el segundo caso, la segmentación ya no sería dentro del mismo día de votación, sino afectando dos o más días a tal fin. Esto impone una precisa previsión normativa y apropiada implementación operativa en todo lo atinente al resguardo de urnas y documentación electoral, garantizando la fiscalización de las diferentes fuerzas políticas en todo el procedimiento.

A estos esbozos reglamentarios, hay que sumar otras cuestiones como el meticuloso relevamiento de los establecimientos e infraestructura destinados a la votación, los cuales deberán ser considerados y evaluados a partir de las posibilidades concretas que poseen de implementar y observar estrictamente los actuales protocolos sanitarios, de modo tal que desde la ubicación de las autoridades de mesa y de los fiscales

partidarios, como el ingreso de los electores y su ubicación en filas a la espera de su turno para votar, cumplan con las medidas epidemiológicas preventivas existentes.

Corea y su excelente experiencia electoral del 15 de abril de este año son la prueba de que los derechos políticos no deben ser declarados en emergencia ni los procesos electorales desactivados, so pretexto de potenciales crisis sanitarias. Por el contrario, escenarios como el actual imponen redoblar esfuerzos institucionales para planificar y readecuar en tiempo y forma los procedimientos comiciales, y convertir en una gran oportunidad no solo electoral, sino de relevamiento sanitario ciudadano en masa, aplicando controles epidemiológicos y demás medidas que permitirán, a los gobiernos y a sus áreas de salud, tener un claro panorama de la situación sanitaria real de la sociedad (26).

Y para finalizar este superficial abordaje de la cuestión, nótese que la implementación de tecnología a los fines del acto de votación, en un análisis ligero y sin mayores compromisos, podría parecer la gran solución. Sin embargo, a poco que responsablemente se profundice respecto de tal idea, se comprobará no solo que las históricas objeciones y severos riesgos reiteradamente señalados se mantienen intactos (27), sino que a ello se suman los factores epidemiológicos atinentes al delicado factor higiénico en todo lo que cuenta con teclados y pantallas táctiles, puesto que tales dispositivos tienen que cumplir con precisas normas y procedimientos de higienización, para estar libres de bacterias, mitigar al máximo la amenaza de gérmenes y reducir o neutralizar la propagación del COVID-19. Por otra parte, con su implementación no se eliminan ni la

logística electoral previa ni la específica del acto comicial, por lo que su consideración no supera los parámetros mínimos de un razonamiento crítico académica y profesionalmente responsable.

VII. Conclusiones

Las emergencias imponen cambios adaptativos de conservación a las sociedades, instituciones y sistemas jurídicos, pero su finalidad es sobrevivir a la crisis para retomar la actividad regular y adoptar la normalidad resultante del debate y de los consensos alcanzados o del retorno al estado de cosas anterior a la situación de excepción.

Su advenimiento y desarrollo inicial no es un contexto adecuado para promover y llevar adelante reformas. Antes bien, solo para reaccionar a través de los institutos y procedimientos de emergencia que contemplan las constituciones y sus normas reglamentarias; y siempre atados a ellas.

Parte de la adaptación en crisis radica en incorporar normas, procedimientos e institutos temporales de adecuación para enfrentar las condiciones excepcionales que la generaron, y para garantizar —en la modalidad y con las características posibles— la vigencia y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales, en este caso, de los derechos políticos.

Por otra parte, nunca deberá perderse de vista que las herramientas de adaptación a una crisis son el instrumento temporal para garantizar los derechos fundamentales, pero no la solución definitiva, la que debe ser el resultado del diálogo y del debate interinstitucional y social una vez superada la crisis inicial y regularizado el funcio-

namiento de los órganos de gobierno que cuentan con la legitimidad auténtica para abordar y resolver estos desafíos.

Finalmente, una planificación estratégica anticipada y la adopción de alternativas de contingencia precisamente diseñadas conforman el núcleo fundamental y la línea de base de los venideros procesos electorales. Y el tiempo para concretar esos objetivos ya está corriendo.

Cita on line: AR/DOC/2219/2020

MÁS INFORMACIÓN

Maggio, Facundo - Correa, Criss, “Los delitos electorales”, DPyC 2020 (marzo), 50, AR/DOC/352/2020

Astrain Bañuelos, Leandro E., “El régimen penal de excepción en la Ley General en Materia de Delitos Electorales”, S up. Penal 2020 (febrero), 7, LA LEY, 2020-A, 701, AR/DOC/4178/2019

Vázquez, María F., “Hacia una participación política igualitaria”, LA LEY, 2019-F, 1149, AR/DOC/3502/2019

Manin, María Laura, “Control judicial de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo Nacional en materia electoral”, LA LEY, 2019-E, 1047, AR/DOC/1608/2019

LIBRO RECOMENDADO

Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada

Autor: Gelli, María Angélica

Edición: 2018

Editorial: La Ley, Buenos Aires

{ NOTAS }

(26) “Los votantes estuvieron obligados a llevar mascarilla y a realizar un control de temperatura a su llegada a los puntos de votación. Cualquiera con más de 37.5° C en su cuerpo era llevado a una cabina especial. También tuvieron que usar guantes de plástico, desinfectante de manos y mantener una distancia de al menos un metro con los otros presentes” (*France 24*, por PLAZAS, Natalia, “Participación histórica en elecciones de Corea del Sur, un ‘plebiscito’ sobre la gestión del COVID-19”, 15/04/2020, consultada el 17/6/2020 y disponible en <https://www.france24.com/es/20200415-corea-sur-elecciones-moon-jaein-coronavirus>). “Muchos de quienes guardaban cola en los colegios electorales, manteniendo una cuidadosa dis-

tancia de seguridad de un metro, admitían que habían acudido motivados por un sentido de urgencia o del deber, dada la especial situación que afrontan Corea del Sur, y el mundo, ante la pandemia. Se respetó el derecho a voto en la mayoría de las circunstancias. Pudieron pronunciarse incluso aquellos bajo observación en cuarentena, o —mediante el voto por correo— los enfermos de coronavirus ingresados en hospitales” (*El País. Internacional*, por VIDAL LIY, Macarena, “Unas elecciones con alta participación coronan la gestión de Corea del Sur” 15/04/2020, consultada el 17/06/2020, disponible en [https://elpais.com/internacional/2020-04-15/corea-del-sur-celebra-elecciones-y-afianza-su-imagen-de-buena-gestion-de-la-crisis-](https://elpais.com/internacional/2020-04-15/corea-del-sur-celebra-elecciones-y-afianza-su-imagen-de-buena-gestion-de-la-crisis-del-coronavirus.html#comentarios)

[del-coronavirus.html#comentarios](https://elpais.com/internacional/2020-04-15/corea-del-sur-celebra-elecciones-y-afianza-su-imagen-de-buena-gestion-de-la-crisis-del-coronavirus.html#comentarios)).

(27) Cfr. TULA, María Inés, “Voto electrónico”, Ed. Ariel, Buenos Aires, 2005. PÉREZ CORTI, José M., “Reforma Política y Voto Electrónico”, Ciencia, Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2005; “*E-voting Case Law in Argentina*” en MAURER, Ardita D. - BARRAT, Jordi, *E Voting Case Law: A Comparative Analysis*, Ashgate, Surrey, England, 2015, ps. 151-172; y “Los principios generales del derecho electoral y su gravitación en la inconstitucionalidad del régimen alemán de voto electrónico”, *Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Cuarta Época*, 6, vol. 1, México, 2010,

ps. 547-568. BUSANICHE, Beatriz - HEINZ, Federico - REZINOVSKY, Alfredo (*et al.*), “Voto electrónico: Los riesgos de una ilusión”, Ed. Vía Libre, Córdoba, 2008. BUSANICHE, Beatriz (comp.), “Voto Electrónico: una solución en busca de problemas”, Ed. Vía Libre, Temperley, Buenos Aires, 2017.

_COLUMNA DE OPINIÓN

Artículo 666 del Código Civil y Comercial

● VIENE DE TAPA

Otro ejemplo de cuidado compartido indistinto es cuando los padres viven en ciudades diferentes. En estas hipótesis, es muy

común que el niño tenga su lugar central en la ciudad donde vive uno de sus padres, cumpliendo allí todo el período escolar; y que se traslade a convivir con el otro progenitor durante las vacaciones de verano e invierno.

La otra modalidad de cuidado compartido es la llamada “alternada”, denominación que también hemos criticado por incorrecta (3). Aunque la ley igualmente aquí es confusa en lo atinente a las pala-

bras que emplea, en verdad la nota básica que permite distinguir esta modalidad es que el hijo reside *periodos más o menos equivalentes o semejantes* con cada uno de sus progenitores. Verbigracia, cuando se parte la semana en dos (la mitad con cada padre) o una semana con cada cual, o un mes o seis meses con uno, y períodos iguales con el otro, etc. (4).

Vale decir, entonces, que el *tiempo de permanencia* del niño con los progenitores es el

que nos permite establecer si estamos ante una u otra modalidad de cuidado compartido.

Antes y después de la vigencia del Código Civil y Comercial dos son y fueron los elementos que han permitido a los judicantes tener la guía necesaria para determinar la fijación de la cuota alimentaria que un padre debe pasar al otro en los casos de cuidados unilaterales o en las situaciones encuadradas dentro del cuidado personal

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UBA; exjuez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil; profesor titular consulto de Derecho de Familia y Sucesiones de la UBA. Publicó numerosos libros y trabajos en la especialidad. En 2016, recibió el primer premio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales por la publicación de su obra “Responsa-

bilidad parental”.

(1) Ver MIZRAHI, Mauricio L., “Código Civil y Comercial: empleo de terminología confusa en el cuidado personal de los hijos”, RDFyP, 4, año IX, mayo de 2017, p. 3, AR/DOC/983/2017.

(2) Ver MIZRAHI, Mauricio L., “Responsabilidad parental”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, ps. 369 y ss.

(3) Remitimos al trabajo citado en la nota 1.

(4) Califican del modo indicado en el texto el cuidado personal compartido alternado PITRAU, Osvaldo F., comentario al art. 666, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014; GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela A., “Reversión del sistema de cuidado: conflictos entre adultos que impactan en el principio de coparentalidad y lo desplazan”, RDF

2019-IV-173; RÍOS, Juan Pablo - SQUIZZATO, Susana M., “Algunas reflexiones sobre los alimentos y el cuidado personal”, JA, 2019-III, fasc. 3, p. 9; MIZRAHI, Mauricio L., “Responsabilidad parental”, ob. cit., ps. 436 y ss.

compartido indistinto. Por un lado, lo dice claramente la ley, es el nivel de ingresos de cada progenitor (arts. 265 y 271, Cód. Civil anterior y art. 658, Código actual). Claro está que no es lo mismo ser un empresario que percibe importantes sumas de dinero, el comerciante medio que tiene un comercio regular o un empleado que gana solo el sueldo mínimo.

El otro elemento esencial a computar, y no menos importante, es el *tiempo* que el progenitor permanece con su hijo. Citemos un ejemplo: veamos un padre empresario con cuantiosos recursos y una madre con escasos ingresos. Si el niño está seis días a la semana con esta progenitora y con el padre adinerado solo uno, es más que obvio que la cuota alimentaria será muy importante dada la “condición y fortuna” del progenitor alimentante (art. 658) y el extenso período que ese hijo estará con su madre. En el supuesto que estamos imaginando, y así siempre se ha entendido, el niño ha de vivir los siete días de la semana (sin importar con quién) con la holgura que su medio familiar le permite.

Es decir, a pesar de que la cuidadora principal —en el caso, la madre— tiene pocos ingresos, el niño consumirá alimentos de calidad, asistirá a escuelas de alto nivel, tendrá profesores particulares de idiomas, de música, de deportes; servicio doméstico y se vestirá seguramente (como probablemente lo haga su padre) con prendas costosas y de marca. Todo porque el juez, obrando como corresponda, fijará una muy alta cuota alimentaria, habida cuenta de los muy importantes ingresos del progenitor. Vale la pena insistir en que la aplicación de estos criterios ha sido constante en la jurisprudencia, rigiera o no el Código Civil y Comercial.

Ahora, a la inversa, analicemos otro ejemplo. Supongamos que este mismo padre del caso anterior, con numerosos recursos, convive con el hijo seis días semanales al par que la madre, con limitadísimos ingresos, tiene al niño solo un día. Y bien, aquel progenitor adinerado *igual* tendrá que pagar alimentos; y ello será así para que ese único día que el niño se encuentre con su progenitora no sufra privación alguna y goce del mismo nivel de vida del que disfruta con el padre en los seis días restantes. ¿La situación será idéntica a la anterior? Claro que no. No cabe duda de que la cuota alimentaria no puede ser igual que en el supuesto precedente. Es que no es lo mismo mantener y alimentar a un niño seis días que uno.

Así las cosas, todo juez —en el buen ejercicio de la función— combinará los dos factores relacionados; los recursos y el tiempo de permanencia del niño con cada progenitor, pues ellos han de definir el alcance de los alimentos. En este sentido, por supuesto que el Código Civil y Comercial no necesitaba otra norma más que el art. 658 para que sean prístinos los lineamientos a seguir por los tribunales en todas las situaciones comentadas; esto es, en los que rigen un cuidado personal compartido *indistinto* (art. 650, párr. 2º, del Código).

De la manera que lo estamos indicando lo entendió, con acierto, el Anteproyecto del Código Civil y Comercial. Por tal motivo,

solo se ocupó de regular un supuesto que ese anteproyecto correctamente califica en los fundamentos como “especial situación”, donde no alcanzaba con la sola previsión del art. 658. Y este particular caso es, ni más ni menos, cuando tiene lugar el cuidado personal compartido con la modalidad “alternada”; es decir, que el hijo conviva la mitad del tiempo con cada padre.

¿Y por qué es una “especial situación”? Sencillamente porque esta es la única hipótesis en que el *tiempo* no es una variable a computar para determinar los alimentos; y ello porque la igual permanencia del hijo con uno y otro progenitor hace que dicha pauta quede *neutralizada* por completo. Por ende, este será el único caso en que —mediando paridad de ingresos en los padres— el pedido de cuota alimentaria quedará *excluido en todos los supuestos*.

A tenor de la orientación que acabamos de comentar es que aparece redactado en el Anteproyecto una regulación que se identifica como art. 666; dispositivo que estaba dedicado, exclusivamente, al cuidado compartido en la modalidad *alternada*. Como ya lo especificamos, lo único que se debía tener en cuenta eran los *recursos de los padres* y no el tiempo de permanencia con uno y otro (que es igual). Y así, con impecable corrección, se establecía en el proyectado art. 666 que, en los casos de cuidados compartidos *alternados*, si los recursos eran equivalentes, ningún padre podrá reclamar alimentos al otro. Se evitaban de esta manera inútiles demandas alimentarias entrecruzadas promovidas por uno y otro progenitor. No tendría asidero que se permitiera que se ventilen estos juicios cuando ambos progenitores *están igualados* en las dos variables *clave* que habilitan el reclamo alimentario; *ingresos y tiempos de permanencia con el hijo*.

En cambio, si los recursos de ambos padres son distintos, habrá lugar al pago de alimentos, a pesar de permanecer el hijo el mismo período temporal con cada progenitor. ¿Y quién los solventará? Pues “aquel que cuenta con mayores ingresos”. ¿Y por qué esta distinción? Porque *desde siempre* se entendió, como antes lo destacamos, que el hijo no tiene que verse afectado por cambios en el nivel de vida según cuál sea el padre que lo tenga a su cuidado.

Lamentablemente, la Comisión Bicameral que analizó el Anteproyecto de Código Civil y Comercial no entendió el sentido y la finalidad del mencionado precepto y propuso que el Congreso lo modificara, lo que así hizo. La norma quedó redactada igual, pero se *eliminaron* las palabras “modalidad alternada”. De este modo, al comprenderse ambas modalidades de cuidado compartido, su sentido es *equivoco*, susceptible de generar confusiones e, incluso, con el riesgo de provocarse decisiones muy injustas; pues el artículo se había pensado para resolver cuestiones *especiales* que planteaba el cuidado alternado (paritario) de los hijos.

En efecto, la modificación efectuada al artículo citado por el Congreso Nacional, en tanto incorpora al precepto el cuidado compartido indistinto, no ha sido feliz, y para comprobarlo veamos las dos partes que lo componen. Obsérvese que el primer párra-

fo nos dice que, si ambos padres “cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado”.

Es un error. Esa directiva resulta muy coherente en la modalidad *alternada* donde el hijo está un tiempo igual con cada padre. Empero, aplicada al cuidado *indistinto* constituye un verdadero despropósito. Volvamos al ejemplo arriba citado: un padre convive con su hijo cinco días a la semana, y los dos restantes reside con el otro progenitor. Si nos ajustamos literalmente a la norma, sucede que ese padre que tiene el cuidado principal del hijo (está con él cinco de los siete días semanales), por la circunstancia de tener recursos semejantes al otro progenitor, no podría reclamar alimentos al otro. Notoria injusticia.

Esa interpretación del artículo no podrá descartarse. Repárese que es la *misma ley* la que indica que ese padre, y solo él, debe tomar a su cargo la manutención del niño durante esos cinco días. Claro está que si un juez, cegado, quisiera aplicar fríamente la letra de la norma, tendría, entonces, que rechazar la demanda de alimentos promovida por el cuidador principal, y el fundamento de ese rechazo sería que ambos padres tienen recursos equivalentes; lo que comportaría —en el ejemplo dado— una situación *injusta e incomprensible* y, por ende, con posibilidad de tacharse de inconstitucional.

Aun con la redacción actual del art. 666, impugnamos esa posible hermenéutica porque —aplicando un criterio racional— no pueden igualarse los gastos del hijo durante cinco días a las menores erogaciones que implicará atender el mantenimiento del niño solo por dos días. Así, felizmente, lo han entendido algunos pronunciamientos; verbigracia, el resuelto por la Cámara de Salta, donde no obstante tener los padres similitud de recursos económicos, igual fijó una cuota alimentaria en atención a que el reclamante cuidaba a su hijo mucho más tiempo que el otro progenitor, con quien permanecía solo un fin de semana por medio (5).

En otra decisión, del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, también se hizo caso omiso a la aplicación del art. 666 del Código en un supuesto de cuidado compartido con la modalidad indistinta. Véase que admite los alimentos no con sustento en los mayores ingresos de un progenitor, sino fundado en que la madre tenía consigo al niño una mayor cantidad de tiempo (6).

Queremos decir que, en los dos casos precedentes citados, los tribunales —lisa y llanamente— no aplicaron la letra del actual art. 666 del Código cuando se trataban de situaciones de cuidado personal compartido *indistinto*; lo que demuestra la *incongruencia* del texto vigente para ese tipo de modalidad.

Analicemos ahora la segunda parte del artículo. Señala que, si los recursos no son equivalentes, “aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares”. Esta parte de la norma, en lo relativo a los casos de cuidados compartidos indistintos, nos parece *inútil*. Es a todas luces sobreabundan-

te venir a decir que el que tiene superiores ingresos paga más, en atención a que ya lo precisa sin dubitación el art. 658: cada padre paga los alimentos al hijo “conforme a su condición y fortuna”. En el proyectado art. 666 tenía coherencia esa incorporación, dada la situación especial que se planteaba, pero constituye una repetición innecesaria su inserción en el sistema general de cuidados personales, que es el compartido indistinto.

Pero hay más. No necesariamente el que tiene mayores recursos debe pasar alimentos al otro en los cuidados indistintos, no obstante lo que dice expresamente el artículo; con lo cual, también esta segunda parte de la norma, además de inútil, podría llegar a ser *contraproducente*. Pensemos en el caso de un padre que tiene a su hijo cinco días a la semana y cuenta con más recursos, mientras que el otro, que permanece con su hijo dos días, percibe ingresos menores. De acuerdo con el actual art. 666 aquel cuidador principal, de mayores recursos, tendría que pasar una cuota alimentaria al otro padre, cuyos ingresos son inferiores.

Sin embargo, tal reclamo alimentario podría carecer de toda justificación pues si bien los emolumentos que percibe este último progenitor son menores, tal vez, proporcionalmente, le alcanzarían para mantener el mismo nivel de vida del hijo en los dos únicos días que permanece consigo, sin que le comporte la realización de un mayor esfuerzo que el otro padre. Es que no podemos excluir el supuesto de que su inferior ingreso se *compense* en partes iguales con el menor costo que representa mantener al hijo en los únicos dos días por semana que está a su cuidado. Este es otro ejemplo que demuestra lo *inapropiado* de pretender aplicar la directiva del art. 666 del Código a los cuidados personales indistintos.

Creemos que no es un argumento valedero puntualizar que se justifica la modificación legislativa para que el niño mantenga el mismo nivel de vida con ambos padres (7). Es que, en aras de reiterarse algo más que obvio, se generó la consecuencia de tornar *oscuro y confuso* un artículo que, previsto para una situación particular, venía proyectado *muy claramente*. Insistimos en que la *regla de oro* en materia alimentaria es la del art. 658; o sea, que *paga más el que tiene más*. Y, por supuesto, para calcular los alimentos que se pasan al progenitor de menores recursos, la vara —precisamente— es la “condición y fortuna” del *alimentante*, y no los ingresos del otro. Y esto significa decir, sin vueltas, que el nivel de vida de ese hijo, en la residencia del que tiene escasos ingresos, tiene que ser acorde a la fortuna del más pudiente, sin necesidad alguna de volver a repetirlo en otro artículo.

En función de lo dicho hasta aquí, no es casual que en las conclusiones de las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017, comisión nro. 8, Familia) se decidiera que “Debe incorporarse al art. 666 del Cód. Civ. y Com. expresamente que se aplica a los casos de cuidado personal compartido con la modalidad alternada”.

Cita online: AR/DOC/2958/2020

{ NOTAS }

(5) Ver CCiv. y Com. Salta, sala II, 10/04/2019, JA, 26/02/2020, p. 99 (2020-I, fasc. 9).

(6) Ver ST Corrientes, 13/02/2019, en RDF 2019-V-178, Cita Online AR/JUR/321/2019.

(7) Sostienen la postura mencionada en el texto,

MOLINA de JUAN, Mariel F., “Coparentalidad y cuidado compartido del hijo. Apuntes sobre la dinámica de la corresponsabilidad alimentaria”, en RDF, 72, 16-11-2015, p. 109, AR/DOC/5387/2015; RÍOS, Juan Pablo – SQUIZZATO, Susana M., “ob. cit.”; BASSET, Ursula

C., comentario al art. 666, en ALTERINI, Jorge H. (dir. gen.), “Código Civil y Comercial comentado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016; PELLEGRINI, María V., comentario al art. 666, en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián, “Código Civil

y Comercial de la Nación. Comentado”, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. II.


NOTA A FALLO

Prohibición de despido en la pandemia

Trabajadora en período de prueba. Sostén de hogar. Embarazada. Notificación del despido. Interpretación amplia de la aplicabilidad del DNU 329/2020.

1.- Resulta aplicable el DNU 329/2020 y su prórroga 487/2020, que prohíbe los despidos sin causa y por falta o disminución de trabajo durante la pandemia de COVID-19, porque la notificación del despido incausado, si bien fue cursada con an-

terioridad a la vigencia de la prohibición (30/03/2020), ingresó en la esfera de conocimiento de la actora el 03/04/2020, es decir, vigente la prohibición.

2.- En virtud de la excepcionalidad de la situación sanitaria y la jerarquía del bien jurídico tutelado constitucionalmente, sumadas a la imposibilidad en el contexto actual de obtener un nuevo empleo, cobertura de obra social, máxime si se tiene en cuenta que la trabajadora está cursando un embarazo, es sostén de su grupo familiar, todo lo cual provocaría un daño inmediato a la pérdida del derecho causado por el riesgo de la demora en la tramitación de un proceso ordinario, lo que exige poner acento en el valor de eficacia

de la función jurisdiccional, permite concluir que existen elementos probatorios positivos que demuestran que el despido producido debe enmarcarse en la prohibición establecida por el DNU 329/2020, hallándose constatados los requisitos de procedencia para el despacho de la medida autosatisfactiva impetrada.

3.- El despido es nulo, por lo que se ordena a la empleadora que en que en el plazo de dos días de notificada la sentencia, reincorpore a la accionante a su puesto de trabajo en las mismas condiciones en las que se encontraba al 03/04/2020, bajo apercibimiento de aplicar astreintes a razón de un *jus* por cada día de demora. Asimismo en el término de cuatro días le

abone los salarios caídos desde la fecha del distracto anulado, a valores vigentes de acuerdo a su categoría, por aplicación analógica del art. 128 LCT, bajo apercibimiento de habilitar ejecución.

J Conciliación 4a Nom., Córdoba, 26/06/2020. - Z., M. E. c. Chexa S.A. s/ Medida autosatisfactiva.

[Cita on line: AR/JUR/24109/2020]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Preview]

Trabajadora en situación de vulnerabilidad: su protección en el período de prueba, en el marco de la legislación de emergencia en cuarentena

Carolina Vera Ocampo (*) y Pablo L. Ferreira (**)

SUMARIO: I. Primeras aproximaciones.— II. El caso.— III. La vía intentada: medidas autosatisfactivas. Comentarios a los aspectos procesales del fallo.— IV. Validez normativa de los DNU.— V. El período de prueba y la prohibición de despedir. Tesis. Postura del fallo. Nuestros comentarios. Un instituto controvertido.— VI. La mujer embarazada y su condición de vulnerabilidad. Derecho aplicable. Sujeto de preferente tutela. Límites tutelables.— VII. El DIT y DHL como derecho operativo al caso.— VIII. Consideraciones finales.

I. Primeras aproximaciones

Nos hemos propuesto efectuar un comentario a un fallo que resulta novedoso y efectivo. Novedoso, porque pone en jaque institutos que han tenido favorable acogida en el derecho del trabajo, esto es, el derecho a la estabilidad relativa, y el instituto del período de prueba. Y efectivo, en tanto el magistrado resuelve la reinstalación de una mujer embarazada en el período de prueba, a través de una medida autosatisfactiva, y fundamenta dicha decisión en normativa de rango supralegal, como son los instrumentos internacionales que colocan a la mujer embarazada en una situación de preferente tutela.

Sin embargo, se advierte que el caso resulta polémico, ya que el fundamento axiológico lo encontramos en la primacía de la Constitución y en fuentes de normativa internacional, pero en el derecho interno es

un decreto de necesidad y urgencia el que contiene la disposición última para ordenar la medida decidida por el fallo.

II. El caso

La trabajadora promovió medida autosatisfactiva solicitando que se dicte la nulidad del despido dispuesto y la consecuente restitución inmediata a su puesto de trabajo con más los salarios caídos y las costas del pleito. Alegó que fue despedida sin causa mientras realizaba tareas de ventas telefónicas de planes de ahorro de automotores, desde su hogar, como consecuencia del ASPO. El despido fue dispuesto por la empresa, el 30/03/2020, pero la medida fue notificada y recibida por la trabajadora cuando ya estaba vigente el DNU 329/2020, que prohíbe expresamente los despidos sin

CONTINÚA EN PÁGINA 7

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Máster en Derecho Internacional de los Negocios en la Universidad Complutense de Madrid; especialista en Derecho Laboral UNC-UCC-UL.

(**) Abogado litigante; especialista en Derecho La-

boral UNC-UCC-UNL; especialista en Derecho del Trabajo: Especialización en Derecho: Cursos de Especialización en Derecho del Trabajo, 2017, Universidad de Salamanca, España.

Reincorporación de trabajadora embarazada en período de prueba y su relación con la prohibición de despedir

Sergio Omar Rodríguez (*)

SUMARIO: I. Temática del fallo.— II. Resumen del fallo.— III. Valoración judicial del caso en concreto.— IV. ¿Puede un DNU interferir en cuestiones de derecho de fondo?— V. El despido en período de prueba.— VI. El despido en período de prueba de la trabajadora embarazada.— VII. ¿Cómo afectó el COVID-19 en la decisión del tribunal?— VIII. El sano criterio de las costas.— IX. Régimen de aplicación de astreintes.— X. Una buena práctica: Reglas de Brasilia, nros. 58 a 60.

I. Temática del fallo

El presente fallo pertenece al Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, específicamente del Juzgado de Conciliación 4ta Nom. Sección 8 que a través de la res. 43 del año 2020 Tomo I Folio 95-105 en lo autos caratulados “Z., M. E. c. Chexa SA s/medida autosatisfactiva”, expediente nro. 9281522 establece un fallo o un decisorio en razón de un despido de una trabajadora en plena vigencia de la prohibición de despedir del dec. 329/2020 que se encontraba bajo la modalidad del período de prueba del art. 92 bis de la LCT y concurrentemente en un estado de embarazo que hace particular la casuística de análisis del presente.

II. Resumen del fallo

En el presente caso el Poder Judicial de Córdoba a través de este precedente ordena la reinstalación de una trabajadora que

se encontraba en período de prueba en los términos del art. 92 bis LCT (1) y a su vez se encontraba transitando la gestación de su embarazo.

Esto lo hace en razón del dec. 329/2020 (2) que prohíbe despedir en la República Argentina considerando el argumento de la pandemia (3) y las implicancias que tiene para el trabajador la gravedad de un despido en esta situación; y por otro lado atañe argumentos relacionados con la no discriminación y protecciones tutelares específicas y especiales para los casos concretos en los cuales se encuentran relacionados derechos de mujeres en situación de embarazo.

Es decir, se citan tratados internacionales en los cuales se establece la tutela especial para el trabajo de las mujeres como la

CONTINÚA EN PÁGINA 10

{ NOTAS }

(*) Abogado, especialista en Relaciones Individuales del Trabajo, recibido en la Universidad de Buenos Aires; docente universitario.

(1) Art. 92 bis.— El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el art. 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros TRES [3] meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin ex-

presión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los arts. 231 y 232.

(2) Prorrogado por la emisión del dec. 487/2020 hasta el día 31 de julio del 2020.

(3) La pandemia de referencia es el COVID-19, conocido mundialmente como coronavirus.

Carolina Vera Ocampo y Pablo L. Ferreira

VIENE DE PÁGINA 6

causa. El tribunal tuvo en cuenta que la relación de trabajo se encontraba cursando el período de prueba, pese a que no era un extremo denunciado por la trabajadora, ni invocado por la empresa al momento del despido. Al examinar cómo se compatibilizan esas disposiciones del art. 92 bis de la LCT con el DNU 329/2020, el juez consideró que debía efectuarse un particular análisis del caso concreto para luego arribar a una decisión ajustada a derecho para ese supuesto. Así, consideró que no es posible soslayar las condiciones personales de la actora, en tanto resulta sostén de hogar, que, además, es madre de una menor de edad y se encuentra cursando un embarazo, lo que la ubica en una situación de vulnerabilidad en los términos del art. 9º de la Convención de Belem do Pará. Resolvió declarar la nulidad del despido dispuesto, ordenar la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo en las mismas condiciones en las que se encontraba a la fecha del distracto anulado y el pago de los salarios caídos desde dicha fecha.

III. La vía intentada: medidas autosatisfactivas. Comentarios a los aspectos procesales del fallo

Como hemos precisado, la actora comparece y solicita el despacho de la medida autosatisfactiva. Invoca como argumento central, el “peligro en la demora”. Asegura que el mero transcurso del tiempo implicaría *per se* un deterioro en su situación económico-financiera como trabajadora embarazada y sostén del hogar con una hija menor a cargo. Invoca que, además del carácter alimentario de los salarios, la medida rupturista dispuesta por la patronal afecta otros derechos, privándose de la cobertura del sistema de salud a través de la obra social tanto a ella como a su hija y afectando las futuras licencias prenatal y por maternidad, sumado a que la situación de pandemia y su condición de embarazada la limitan para buscar nuevo empleo y de prestar también tareas en forma efectiva.

El primer abordaje del fallo se centra en el análisis de la naturaleza de la vía intentada y, como primer interrogante, corresponde precisar si se configuran los presupuestos de su procedencia. El magistrado indica que se trata de los procesos denominados “urgentes”, en cuanto carril para situaciones de extremo apremio cuyos fundamentos radica en el bloque de convencionalidad, incorporado a partir de la reforma constitucional de 1994, a través del art. 14, CN y del art. 3º, Cód. Civ. y Com. El juzgador deja sentado que se trata de un proceso autónomo no asegurativo, si no dirimente de un derecho sustancial en el que se dicta sentencia definitiva sobre el fondo del asunto, debiendo existir una pretensión de urgente necesidad y de tutela imprescindible, por lo que su análisis de procedencia es restrictivo.

Sentado el marco teórico de la vía intentada, el tribunal interviniente estima se ha cumplimentado los extremos fácticos y jurídicos que habilitan el despacho de fondo y lo hace de modo favorable a la actora. En este marco, da por acreditado la condición embarazada de la actora, que es sostén del hogar y que fue despedida arbitrariamente sin causa vigente el período a prueba, quebrantándose la prohibición de despedir dispuesta por el DNU 329/2020. Considera que en las condiciones especiales invocadas por la actora en el contexto del ASPO, provocaría un daño inmediato a la pérdida de su derecho causado por el riesgo de la demora en la tramitación de un proceso ordinario (urgencia y peligro en la demora).

La primera particularidad del caso es que se dispone la medida *in audita parte*, esto es, sin traslado o vista a la contraria. Partiendo de que en el proceso laboral de Córdoba no se encuentra legislada ni nominada la medida autosatisfactiva, a diferencia de otras provincias (1), la cuestión no se presenta como menor, en razón de que la posibilidad de tramitarlo, sin el principio de bilateralidad, ha sido controvertido y no ha sido acogido en igual sentido en los distintos trámites análogos en la provincia de Córdoba. En algunos supuestos se ha corrido una vista o traslado para que el demandado pueda ser oído e informe de sus pretensiones, sin apertura a prueba. En otros supuestos se le ha dado el trámite de incidente del art. 31, CPT, eliminando la etapa alegatoria. Incluso se ha ordenado una audiencia en los términos del art. 58 del CPC, a los efectos de lograr una conciliación entre las partes.

En lo que hace a la vía procesal elegida, recomendamos el fallo dictado por el juzgado de conciliación de segunda nominación de la ciudad de Río Cuarto, Córdoba, a cargo del Pablo Martín Grassis, en la causa “expte. 9290279 - Arias, Francisco E. c. Tecnac SRL - med. autosatisfactiva”, sent. 55 del 08/07/2020, en donde, previo a la sentencia definitiva se dispuso por decreto fundado la admisibilidad de la demanda urgente donde se fijó el trámite a seguirse *ad hoc*, en razón de no encontrarse legislada la vía y atento a las mandas del art. 887, Cód. Proc. Civ. y Com., aplicable por remisión al proceso laboral, lo fijó “a fin de no denegar la tutela judicial efectiva que es requerida de manera suficientemente fundada”. En dicha causa se ordenó una sustanciación mínima (2) de una vista por un día al demandado para que informe sin apertura a prueba, para no desnaturalizar la vía (3).

Asimismo, en otras jurisdicciones se ha dado acogida a esta clase de acciones, encuadrándolas como medidas cautelares innominadas autónomas (art. 484, Cód. Proc. Civ. y Com.). Hemos relevado casos ante la justicia nacional del trabajo donde se ha peticionado con recibo favorable despidos de trabajadores en período de prueba (4), de modo similar al comentado, medidas cautelares en los términos de los arts. 195 y 230, Cód. Proc. Civ. y Com., cumpliéndose los requisitos de verosimilitud del derecho invocado, peligro en la demora y contracautela. El defecto de la vía cautelar es que trae aparejada la reinstalación de modo provisoria y a las resultas del proceso prin-

cipal al que acceden, lo que criticamos por sufrir los avatares del proceso principal y las posibles vicisitudes del proceso, v.gr., la caducidad de la medida de no incoar demanda a tiempo oportuno. Estos despachos cautelares han sido calificados como innovativos “pues persiguen el restablecimiento del estado de cosas previo, a la decisión cuestionada”, lo cierto es que, excepcionalmente y sobre todo a partir del caso “Carmacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros” (CS, 07/06/1998), se han admitido medidas cautelares innovativas aunque su objeto pudiera identificarse con el que es motivo de debate en la acción principal, pues allí la Corte dejó claramente dicho que la decisión que pudiera recaer al respecto no implica prejuzgamiento y que, cuando la tutela efectiva de los derechos así lo requiere, es admisible viabilizar medidas de carácter anticipatorio o autosatisfactivas (cfr. CNTrab., sala II, “Correa, Pablo M. c. Casino Buenos Aires SA s/ juicio sumarísimo”, sent. int. 56.899 del 14/10/2008).

Lo cierto es que, sobre la posibilidad o no de ser oído el demandado, se expone en doctrina y en algunos textos legales —como el citado de la provincia de Chaco y Misiones— que su audiencia es *excepcional*, pero no se precisa en la normativa en qué casos y bajo qué condiciones. Entendemos que la cuestión va ligada a la verosimilitud del derecho invocado, esto es, a mayor certeza del derecho acreditado liminarmente por el accionado la medida se despacha *inaudita parte*, y a menor certeza —pero siempre en el marco de la claridad evidente del derecho lesionado— el tribunal podrá disponer un traslado o bien por decreto fundado solicitar al peticionante que aporte algún elemento probatorio para un mejor despacho inmediato, como sucedió en el caso bajo comentario con relación al alta en la AFIP de la trabajadora.

Respecto de la cuasicerteza del derecho lesionado, en el caso resultó *a priori* evidente que el despido fue cursado “sin invocación de causa” y que la recepción de su notificación lo fue estando vigente la prohibición de despidos incausados prevista por la legislación de emergencia.

Sin embargo, esta “certeza del derecho” que mencionamos no parece tal o se desintegra, al menos, en tanto no se trata de una cuestión de puro derecho, frente a la potestad o no de efectivizar el distracto estando vigente la prohibición de hacerlo, sino que se produce cuando se encontraba operativo “el período de prueba”.

Evidentemente la situación jurídica supone una controversia sobre qué derecho resulta prioritario, si el período a prueba del art. 92 ter, LCT, o la protección de no despedir de la normativa de emergencia.

Al respecto nos preguntamos: ¿podría haber sido suficiente tal falta de claridad para rechazar liminarmente la medida por falta de verosimilitud del derecho o por desbordarse la vía? Entendemos que no y que fue acertado su tratamiento a través de un proceso urgente, que pretende garantizar la tutela judicial efectiva en el marco de la convencionalidad como derecho vigente,

siendo que el silencio, la oscuridad o la falta de claridad de las normas no son óbice para que el juez resuelva la contienda.

Consideramos que el análisis de una cuestión jurídica como la del caso no es obstáculo para entender desbordada la vía, ya que los aspectos fácticos se probaron *prima facie in continenti*.

Sin perjuicio de ello, ponderamos que no existiría impedimento en el caso para garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa de la contraria, máxime teniendo en cuenta la disparidad de criterios y situaciones resueltas actualmente por la jurisprudencia, como corolario del aislamiento social obligatorio en el marco de la pandemia imperante. En el caso, el juez podría haber dado intervención a la contraria, a través de una vista de plazo acotado y luego formular el despacho urgente, sin alterar el medio procesal expedido.

En este orden de ideas, resulta acertado precisar cuáles son las alternativas con las que cuenta el demandado para defenderse. Si se fijara un traslado, este estaría en condiciones de informar, alegar y ofrecer pruebas aun sin período probatorio. Pero si se despacha la medida sin otorgarle participación, contará con las vías recursivas previstas en legislación procesal, en particular, y según nuestro código de rito provincial serán el recurso de apelación y a su turno el de casación, en tanto el efecto o los alcances de la resolución que se dicta a través de la medida autosatisfactiva es equiparable a una sentencia definitiva o asimilada a esta. Ello, sin perjuicio de la opción del demandado de transitar la vía ordinaria y obtener en su caso y si correspondiere la reparación del daño, en caso de arribarse a otra conclusión.

Las características de la resolución que dicta el juez en el marco de la medida autosatisfactiva tienen efectos ejecutivos, por lo que cualquier vía recursiva lo será sin efecto suspensivo.

Por otro costado, resaltamos que, si la demanda es inadmitida por desborde de la vía, el tribunal no puede reencauzar la acción (p. ej., de amparo constitucional por la que se debe acudir al juez competente, ni de medida cautelar, art. 584, Cód. Proc. Civ. y Com.). Dicha inadmisión no hace cosa juzgada material, a diferencia de la sentencia autosatisfactiva que se pronuncia sobre el fondo del asunto.

Otra particularidad del caso que destacamos es el de la operatividad del principio de oficiosidad. Al respecto, el tribunal emplazó de oficio a la actora para que acompañe constancia de alta ante AFIP, quien sostuvo que la empresa no se lo entregó, acreditando en formato pdf impresión de consulta de la totalidad de las constancias del sistema de aportes en línea realizado con su clave fiscal. Al respecto, creemos que constituye un acierto el acogimiento de medidas previas al despacho de fondo que puedan colaborar para fijar la verosimilitud del derecho o el peligro en la demora. Puntualmente en el caso consideramos quizás innecesario lo dispuesto en razón de que la parte deman-

{ NOTAS }

(1) P. ej., en las provincias de Chaco y Corrientes, los códigos procesales de ambas contemplan ese tipo de procedimiento, v.gr., Código de Procedimiento Laboral del Chaco (art. 163, ley 2225-O) que contiene una disposición de avanzada con pormenorizada regulación, como el Código de Procedimiento Civil y Comercial de Corrientes (arts. 785-786, dec. ley 14, aplicable supletoriamente al proceso laboral art. 109, ley 3540), que importa una norma general sin tanto detalle. También está regulada en el art. 637, Cód. Proc. Civ. y Com. Misiones.

(2) Toma el magistrado por analogía lo normado en el art. 8º, ley 4915, para el amparo.

(3) Como se prevé para trámites sumarísimos (v.gr., art. 463 *in fine*, Cód. Proc. Civ. y Com. o del art. 441, *ib*).

(4) Al menos siete salas de la CNTrab. han ordenado la reinstalación provisoria de trabajadores despedidos sin causa durante el período de prueba: 1) sala IX, causa 10206/2020, “Chávez, Bianca c. 25 Horas SA s/ medida cautelar”; 2) sala III, causa 11076/2020, “Santos, Bárbara A. c. Maxsegur SRL s/ medida cautelar”; 3) sala VI, causa 10640/2020, “Rojas López, Eugenio

J. c. 25 Horas SA y otro s/ medida cautelar”; 4) sala I, causa 10520/2020, “Quiñonez Menezes, Andrés E. c. 25 Horas SA y otros s/ medida cautelar”; 5) sala VII, causa 10495/2020, “Jiménez Tovar, Karen V. c. 25 Horas SA y otro s/ medida cautelar”; y 6) sala de feria, causa 9732/2020, “Grasso Viola, Melisa D. c. Chevron Business Support Center SRL s/ acción de amparo”. También los juzgados nacionales del trabajo han acogido la reinstalación en período a prueba: JNTrab. N° 16, sent. int. del 27/05/2020 y 3397 del 23/07/2020, expte. nro. 12.238/2020, “Báez, Marcelo A. c. Maxsegur

SRL s/ medida cautelar” y JNTrab. N° 23, 27/05/2020, “Quiñonez Menezes, Andrés E. c. 25 Horas SA y otro s/ medida cautelar”, expte. 10520/2020. Solo una de las salas denegó la reinstalación: sala X, causa: 10819/2020, “Salazar, Jesús G. c. 25 Horas SA y otro s/ medida cautelar”.

dante acreditó la relación laboral con recibo de sueldo, aportó la carta de despido y las misivas cursadas por el empleador, lo que evidenciaba la certeza de que existió contrato de trabajo, aunque quizá colaboró en precisar su extensión.

Otro acierto del tribunal es la aplicación de criterios de modernidad procesal, en una realidad o en un contexto altamente digitalizado. Al respecto se tuvo por válidas y por probadas las piezas postales, con relación a los hechos alegados, con el acompañamiento de la impresión de la constancia del seguimiento o consulta web, aportado como documento fundante de la demanda de la página del correo oficial del que surge el seguimiento y la recepción de la pieza postal, lo que importa una práctica de celeridad y modernidad procesal, que verdaderamente constituyen una herramienta de gran practicidad a implementarse en todas las causas laborales.

Respecto de la ejecución de la medida adoptada, se declara la nulidad del despido, fundando dicha disposición en la normativa dispuesta por el DNU 329/2020 y se fija el plazo que dispone la resolución para cumplir la medida de reinstalación, de cuarenta y ocho horas de notificada la sentencia, bajo apercibimiento de astreintes de un jus por cada día de demora (5). Hemos encontrado otros precedentes que ordenan la reinstalación en el plazo de 24 hs (6). Nos preguntamos cuál es el plazo adecuado, si el primero, con sustento en el art. 57, LCT —pese a que la resolución no lo explicita— o el de 24 hs. Creemos que este último resulta el más idóneo en el marco del proceso monitorio de que se trata, tomando como analogía la legislación del amparo como despacho urgente o bien con fundamento en trámites sumarísimos (arts. 463 *in fine*, Cód. Proc. Civ. y Com., 441 y 498, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Se manda a pagar los salarios caídos a partir del cuarto día hábil a valores vigentes, como ordena la legislación de emergencia y el art. 128, LCT. Fija fianza de dos letrados previo a la medida, lo que se presenta conteste en los casos analizados, siendo uniforme en el fuero local dicha precautelada.

Resuelve imponer las costas por su orden, atento a lo novedoso de la cuestión, la divergencia doctrinaria y jurisprudencial sobre la materia debatida, que pudo generar en la contraria el entendimiento que actuaba con razón, considerando que el despacho lo fue sin audiencia de esta parte. En este aspecto disientimos con lo resuelto, en razón de que la demandada resultó vencida y causó con su obrar contrario a derecho la promoción de la acción intentada, como se ha resuelto en casos análogos (7). Sumado a lo dicho, la inexistencia de contradictorio no puede ser asimilada a un allanamiento, por lo que tampoco justifica a nuestro modo de ver la eximición en la asunción de los accesorios.

Por último, y respecto de los efectos y los alcances de la resolución dictada en el caso,

destacamos que ella no fija la extensión de la medida ordenada de reinstalación, a diferencia de los fallos análogos que disponen su permanencia mientras continúe vigente, la prohibición de despedir y durante sus prórrogas (8). Tampoco expone, quizá por no ser el marco de la vía, qué efectos produce en el contrato de trabajo la resolución en cuanto al periodo a prueba: ¿Se encuentra prorrogado? ¿Se suspendió su curso? ¿Se ha tornado el contrato de tiempo indeterminado? Entendemos que, si por disposición de la reinstalación y el transcurso del tiempo, el contrato traspa los tres meses, el contrato se tornará de tiempo indeterminado porque todo el tiempo de servicio se computa como antigüedad.

IV. Validez normativa de los DNU

Como primer término, corresponde en esta instancia analizar la validez de la normativa que constituye el fundamento de la resolución que es objeto de análisis: esto es, un decreto de necesidad y urgencia. Al respecto cabe destacar que, en virtud del DNU 329/2020 (publicado en el BO del 31/03/2020 y prorrogado por decs. 487/2020 y 624/2020), se estableció la prohibición de efectuar despidos —sin causa— (art. 2º) y se determinó la ineficacia de estos (art. 4º). La norma establece la ineficacia de estos actos jurídicos.

La previsión “eleva” al estatus jurídico de acto con objeto ilícito el despido inmotivado (o injustificado, sin causa o arbitrario), al igual que los despidos y las suspensiones dispuestas con invocación de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo.

Respecto de los despidos con causa injustificada, algunos autores (9) sostienen que si el acto extintivo invoca una causa falsa, acreditada la falsedad, en sede judicial (ya que no se puede solicitar una reinstalación, sino transitar la vía ordinaria para probar la inexistencia de los motivos alegados para justificar el distracto), los efectos del despido solo podrían correr desde el vencimiento del periodo de tutela de la ley.

La LCT establece para el despido incausado una indemnización tarifada, en tanto que el art. 4º del DNU 329/2020 cambia esa lógica protectora y pasa a una faz preventiva; no se trata de indemnizar el daño sino de evitar que este se produzca (10), por lo que se condice con la idea de tutela preventiva prevista en los arts. 1710 a 1715 del Cód. Civ. y Com.

Los alcances de la ineficacia retrotraen los efectos del despido a su estado anterior, vale decir, mantienen vigente la relación laboral y los derechos y obligaciones emergentes de ella. De esta interpretación, se puede apreciar que el remedio legal de la ineficacia es la “reinstalación” y no la “indemnización”.

Sin perjuicio de lo que hemos mencionado, ahora nos compete hacer otro análisis: ya no se trata de determinar el espíritu o el alcance de la normativa, sino determinar su

validez, y ella debe contrastarse con suma prudencia respecto de constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia, cuyo fundamento jurídico encuentra justificación en una situación de extrema necesidad.

En concreto, en el fallo objeto de este comentario se realiza un análisis de la validez constitucional de los DNU. En él se acude a los estándares establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en situaciones de emergencia para validar los DNU, a partir de los resuelto en las causas “Peralta, Luis y otros c. Estado Nacional” (LA LEY, 1991-C, 158); “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, Fallos 326:417; “Aceval Pollacchi, Julio C. c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA” (CS, 28/06/2011 - nro. int. A. 996. XLI).

Los DNU deben cumplir una serie de requisitos para ser constitucionalmente válidos. Respecto de los *formales*, deben ser suscriptos en: a) *acuerdo general de ministros* y b) *no regular materias expresamente vedadas* (art. 99, inc. 3º, CN: penal, tributaria, electoral o régimen de partidos políticos).

Respecto de los requisitos *sustanciales*, deben ser: a) *necesarios* y responder a una b) *finalidad pública*. Deben ser dictados en situaciones de c) *urgencia*, en tanto resulte imposible someter una norma al trámite ordinario de sanción de las leyes. Y deben ser d) *temporales* —acotados en el tiempo—.

En el caso, el tribunal determinó que efectivamente estos requisitos se encontraban acreditados: la finalidad pública y la necesidad estaban justificadas por la situación de grave riesgo social y la urgencia en medida de que, por la circunstancia del ASPO, existía un impedimento del Congreso de responder a través de una ley.

Respecto de la temporalidad, entendió que la vigencia del primigenio dec. 329/2020, en tanto acotó su aplicación al término de 60 días, satisface este requisito.

Ahora bien, a la luz de las razones citadas, la temporalidad de la medida dispuesta, está satisfecha en el caso concreto, pero nos preguntamos si esta “temporalidad” puede argumentarse con la extensión de la vigencia del DNU 329/2020, a través de los DNU 487/2020 y 624/2020.

¿Se puede fundar una reinstalación, por ejemplo, aplicando el dec. 624/2020? Creemos que quizá las respuestas no sean unánimes. Los requisitos de temporalidad o de urgencia son atemperados por el transcurso del tiempo. Como consecuencia de las prórrogas del primigenio dec. 329/2020, el tiempo efectivo de aplicación ya puede extenderse en 90 días. Es probable que ya no sea posible postular la urgencia o la temporalidad. El Poder Legislativo, sin perjuicio de las medidas de aislamiento dispuestas, se encuentra sesionando. La división de poderes y las materias reservadas a cada uno de ellos son el fundamento de la democracia. El Poder Ejecutivo no puede legislar a través de los DNU, si no es en circunstan-

cias de extrema excepcionalidad y como *ultima ratio*.

El control de constitucionalidad exige a los magistrados de la Justicia de la Nación Argentina, como intérpretes últimos de nuestra carta magna, la declaración de inconstitucionalidad de la normativa que sea contraria a esta. Aquí no estamos haciendo una evaluación axiológica de la normativa; sin dudas que criterios de justicia y equidad social inspiraron esta especial protección otorgada al trabajador en un contexto económicamente desfavorable, y la manda del art. 14 bis siempre es el fundamento último, pero esta protección debe ser otorgada a través de una ley sancionada por el Congreso y no a través de decretos de necesidad y urgencia que prorroguen la vigencia de una normativa de emergencia a través del transcurso del tiempo.

El orden constitucional, ante el peligro provocado por una emergencia, se preserva respetando su vigencia (11). Es nuestra opinión personal que de prorrogarse *sine die*, los DNU 487/2020 y 624/2020 devendrán inconstitucionales por no satisfacer los requisitos de temporalidad y de urgencia.

V. El período de prueba y la prohibición de despedir. Tesis. Postura del fallo. Nuestros comentarios. Un instituto controvertido

Una de las cuestiones centrales del fallo analizado la constituye el debate jurídico respecto de la libertad del empleador de despedir sin necesidad de invocación de causa en el período de prueba (art. 92 bis) y, como corolario del principio de estabilidad relativa adoptado en nuestra LCT, la posible aplicabilidad del decreto de necesidad y urgencia que prohíbe los despidos en el marco de una estabilidad absoluta transitoria, y el derecho a la protección de la mujer embarazada.

En este contexto jurídico el juez deja en claro la necesidad de un análisis profundo, a cuyo fin de modo docente desarrolla —citando calificada doctrina— las dos tesis jurídicas sobre la materia, la restrictiva y la tuitiva, con sus correspondientes argumentaciones. Al respecto destacamos la labor del tribunal —en tanto hablamos de la relevante tarea que llevan a cabo los magistrados— al *decir del derecho*, ya que, explícita posturas antagónicas, sin predicar su prevalencia en abstracto. Afirma que su aplicación, lo es en cada caso concreto y como la debida fundamentación respecto de la solución normativa adoptada.

Postulamos, sin embargo, que el criterio de aplicación de una u otra tesis al caso concreto, importa la existencia de nueva postura jurídica, una tercera posición que podría denominarse mixta o ecléctica (12) sobre la materia. Esta se podría definir desde lo teórico como aquella corriente que entiende que la realidad del caso marca la preeminencia del derecho en juego, el período de prueba cederá o no ante la prohibición del despido, y esta será una cuestión que solo encontrará respuesta según las circunstancias del caso concreto (13).

{ NOTAS }

(5) Juzg. de Conciliación 8ª Nom. de Córdoba, jueza Verónica R. Marcellino, sent. 34, 18/06/2020, “García, Gustavo E. c. Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL - UTE - medidas autosatisfactivas expte. 9263226”, se fijó dos jus por día de demora en cumplir la reinstalación ordenada en el marco de una medida autosatisfactiva análoga, pero de un operario de la construcción despedido vigente la prohibición fijada por el DNU 329/2020.

(6) Juzg. de Conciliación de 10ª Nom. de Córdoba, jueza Valentina M. Latzina, sent. 33, 19/05/2020, “Peretti, Agustina c. JBG Group SA - medida autosatisfactiva expte. 9197977”, se fijó plazo de 24 hs para acatar

la medida autosatisfactiva por despido arbitrario, vigente la prohibición en el marco de la emergencia, actora no embarazada y sin transitar período a prueba.

(7) Fallos citados “Peretti”, “García” y Juzg. de Conciliación de 1ª Nom. de Córdoba, sent. 48, 06/07/2020, “Lario, Rocío S. c. Pleyade SA - m. autosatisfactiva - expte. 9318657”.

(8) JNTrab. Nº 16, sent. int. 3397, 23/07/2020, expte. 12.238/2020, “Báez, Marcelo A. c. Maxsegur SRL s/ medida cautelar”.

(9) PÉREZ CRESPO, Guillermo, “Consideraciones sobre los decretos de necesidad y urgencia 329/2020 y 332/2020”, *Dossier 2 del Suplemento Digital de la Revista*

de Derecho Laboral Actualidad, “El impacto del coronavirus en las relaciones laborales”, *www.rubinzalonline.com.ar*, RC D 1630/2020.

(10) COPOLETTA, Sebastián, “El DNU 329/2020 una oportunidad para que se luzca el Derecho Procesal del Trabajo... y las Juezas y Jueces que lo apliquen...”, *Dossier 2*, cit., RC D 1536/2020.

(11) GNECCO, Lorenzo P., “Suspensión y despido en la emergencia”, RC D 1597/2020.

(12) MEILAN, Agustín, “El período de prueba y la prohibición de despedir”, LA LEY, 2020-B, 911. Dicho autor sienta su postura en las tesis restrictivas, pero deja sentado la existencia de la tesis mixta que hemos

propuesto en sintonía con el fallo comentado.

(13) Esto explica por qué en el marco de la industria de la construcción ley 22.250 existe disparidad de criterios judiciales sobre la vigencia de la prohibición de despedir; en contra, Juzg. de Conciliación de 2ª Nom. de Río Cuarto, a cargo del Dr. Pablo Martín Grasis en sent. 55, 08/07/2020, “Expte. 9290279, Arias, Francisco E. c. Tecnac SRL - med. autosatisfactiva”, a favor JConciliación 8ª Nom., Córdoba, jueza Verónica R. Marcellino, sent. 34, 18/06/2020, “García, Gustavo E. c. Ingeniería SRL e Ing. Roberto y Carlos Trujillo SRL - UTE - medidas autosatisfactivas expte. 9263226”.

En este orden de ideas, el sentenciante fundamenta la interpretación y aplicación de la tesis tuitiva en el caso, prevaleciendo el DNU 329/2020 en cuanto a legislación especial, posterior y transitoria frente a la LCT. El eje central del fallo se concreta en que la “trabajadora mujer embarazada, sostén del hogar con una hija a cargo, se encuentra en una evidente situación de vulnerabilidad que la constituye en un sujeto de preferente tutela constitucional (CS, Fallos: 318:871)”.

El fundamento o el peso atribuido a un derecho sobre otro encuentra su justificación en normas constitucionales que dan preeminencia protectora a la mujer embarazada, v.gr., art. 75, inc. 23, CN. Cita el art. 9º de la Convención de Belem do Pará ratificada por ley 24.632. Ampara su resolución en los principios convencionales que protegen “la no discriminación”, CEDAW (Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer). Refiere la ley provincial 10.401 en el marco de la protección de la mujer en el marco de la tutela de género, hace hincapié en los fallos con perspectiva de género y relaciona las reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad.

VI. La mujer embarazada y su condición de vulnerabilidad. Derecho aplicable. Sujeto de preferente tutela. Límites tutelables

Como lo mencionábamos, el fundamento último de la decisión adoptada en el fallo objeto de análisis lo constituye “la mujer embarazada”. En efecto la condición de embarazo de la mujer constituye el fundamento axiológico, por el cual el magistrado aplica la normativa dispuesta en el DNU 329/2020, por sobre el instituto del período de prueba.

Se destaca al respecto la importancia del tema debatido; es el mismo juez quien explicita que, por la naturaleza de los derechos en pugna, estamos en presencia de un caso que debe resolverse con perspectiva de género. Entiende que, en el supuesto de hecho, estamos frente a un proceso donde se encuentra amenazado o vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres. De la lectura de tal afirmación se concluye que el juzgador entiende que, en el caso, el hecho del embarazo es un elemento fundamental que tuvo en cuenta a la hora de arribar a la decisión de la reinstalación.

De la lectura del caso, imaginamos probable que el magistrado aplicó un silogismo hipotético, mediante el cual infirió que no se hubiese desvinculado a la trabajadora, si esta hubiera sido trabajador. La trabajadora se encontraba prestando efectivamente tareas, a través de la modalidad del teletrabajo, y la única condición que la coloca en situación de despido es el hecho de la notificación del embarazo.

Al respecto no se trató de protección de la mujer por el hecho de serlo, sino de la mujer en *situación de vulnerabilidad*. Se constató que la actora era sostén de su hogar, que tenía a su cargo una menor de edad y que se encontraba embarazada.

En este punto cabe mencionar que la protección de la maternidad es un instituto que ha sido receptado por la legislación laboral para proteger a las trabajadoras que se encuentran atravesando lo que ha

sido representado de la siguiente manera: “circunstancias que confieren de sensible vulnerabilidad a un sector de trabajadoras que potencia de por sí a la de género en una ecuación que gráficamente podemos enunciar: trabajador + mujer + maternidad = ser humano de extrema vulnerabilidad” (14).

El art. 177 de la LCT otorga garantía de estabilidad “a toda mujer embarazada”, sin distinguir entre temporarias, efectivas, eventuales o trabajadoras a prueba, siempre y cuando hayan cumplido con el requisito de notificar fehacientemente su estado de gravidez, toda vez que, donde la ley no distingue, no se debe distinguir.

Asimismo, entendió que resultaba aplicable normativa de fuente nacional, tendiente a evitar la discriminación de la mujer. En el fallo se invocó el art. 75, inc. 23, respecto de la necesidad de legislar “medidas de acción positiva que garanticen *igualdad real de oportunidades y pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales, respecto de... las mujeres*”. Invocó la aplicación de la ley provincial 10.401, que refuerza la aplicación en el ámbito provincial de la ley nacional 26.485, tendiente a fortalecer el marco procesal vigente para asegurar a las víctimas de violencia hacia las mujeres por condiciones de género. Como así también jurisprudencia de la CS, respecto de la extrema prudencia que se recomienda para estos casos de especial tutela que dispensa el ordenamiento jurídico a la maternidad (Fallos 318:871), como sujeto de especial tutela constitucional.

VII. El DIT y DHL como derecho operativo al caso

La incorporación a la carta magna del derecho internacional mediante el art. 75, inc. 22, generó una compleja bóveda de derecho operativo internamente y de rango supremo (15). En efecto, a raíz de la reforma, existen numerosos instrumentos internacionales que constituyen fuente de derecho, con rango constitucional.

A partir del caso “Ekmekdjian” de la Corte Suprema sobre el derecho de réplica, esta comenzó a adherir a sistema monista y aplicó directamente el art. 14.1 de la CADH, entendiendo que se había generado un derecho subjetivo a derecho a réplica. Como consecuencia directa de este precedente, los derechos internacionales pueden ser invocados directamente por el magistrado, como fuente directa o “derecho aplicado al caso”.

Sin embargo, se han señalado que existen innumerables obstáculos, respecto de la utilización judicial de los derechos humanos internacionales (DHI), algunos de índole jurídica y otros que obedecen a otra naturaleza (16).

El autor Xavier Beaudonnet ha sistematizado las modalidades de aplicación del derecho internacional en cuatro grupos; por un lado, la aplicación de una disposición internacional para resolver el caso, por otro, la utilización interpretativa del derecho internacional del trabajo, la utilización como fuente de inspiración para el reconocimiento de principios jurisprudenciales y la utilización judicial de instrumentos internacionales no vinculantes.

Respecto del primer modo, aplicación directa de una disposición internacional para resolver un litigio, entiende que puede resultar: a) la aplicación directa de una disposición internacional para subsanar una laguna de la legislación interna; b) la aplicación directa del derecho internacional del trabajo para descartar una disposición del derecho nacional menos favorable para los trabajadores; y c) la aplicación directa del derecho internacional del trabajo para invalidar una disposición del derecho nacional (17).

En este caso, el magistrado, en el caso objeto de análisis, efectuó la aplicación directa del derecho internacional del trabajo (DIT) para descartar una disposición del derecho nacional menos favorable para los trabajadores (instituto del período de prueba). Acudió a varios instrumentos del derecho internacional. Asimismo, aplicó normativa internacional, que establecen directrices en la aplicación y la interpretación del derecho.

Como primera cuestión aplicó el art. 9º, de la Convención de Belem do Pará (ratificada por ley 24.632). Este establece que la mujer se encuentra en condiciones de vulnerabilidad cuando sufre discriminación por causa de “embarazo”.

Asimismo, aplicó las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, reglas (4, 15, 17, 25, 33, 38, 50, 65 y 87). Estas reglas definen las causas de vulnerabilidad, entendiendo que la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad. También destaca la importancia de que el Poder Judicial colabore con los otros poderes del Estado en la mejora del acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Asimismo, aplicó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer las Personas con Discapacidad (CEDAW), que contiene principios convencionales vigentes, de estatus constitucional a partir de la reforma del año 94’, específicamente el fallo se refirió al art. 4º, con particular énfasis en el segundo de sus incisos, consciente de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de “discriminación negativa” y con particular relevancia art. 11 el que en su inc. 2º establece que, con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados parte tomarán medidas adecuadas para a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.

Sin lugar a dudas el fallo destaca la labor del Poder Judicial, los Derechos Humanos, son positivados en el siglo XXI, podría postularse desde una visión iuspositivista la juventud de estos y la inexperiencia de los operadores jurídicos como consecuencia de ello, aunque quienes reconocemos en la esencia misma de estos derechos, la naturaleza propia del hombre y su dignidad, entendemos que tienen existencia desde larga data.

Sin perjuicio de ello, celebramos la labor jurisprudencial, en tanto acudió a normativa que resulta operativa al caso y que tiene naturaleza supralegal, para resolver un caso concreto y otorgar preferente tutela y acceso a la justicia a la mujer en condiciones de vulnerabilidad.

VIII. Consideraciones finales

“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, ...” (art. 14 bis, CN). Este postulado constituye la piedra angular del derecho del trabajo, forma sus cimientos y es el fundamento último de las disposiciones normativas que tienen como objeto regular las relaciones de trabajo.

El contexto macroeconómico a escala mundial, como consecuencia de la irrupción del COVID-19, coloca al trabajador en una posición de absoluta vulnerabilidad. El sistema normativo y el Poder Judicial deben dar cuenta de esta realidad.

Con absoluta certeza podemos afirmar que las medidas autosatisfactivas se presentan como la vía idónea para dar una respuesta inmediata que resuelva efectivamente el caso. Sin dudas que la tutela judicial efectiva solo puede concretarse a través de pronunciamientos sumarios que otorguen soluciones expeditas. El alcance de la medida autosatisfactiva equivale a una sentencia de fondo, pero con las ventajas de las que gozan las cautelares.

Desde siempre los trabajadores, han sido sujetos de preferente tutela para el derecho, así lo ratifica nuestra Constitución Nacional e innumerables tratados de jerarquía internacional. Sin perjuicio de ello, el fallo se destaca por aplicar el principio protectorio, fundamento axiológico del derecho del trabajo a un colectivo que reclama aún mayor protección, esto es, la mujer en condición de *madre*.

El fallo armoniza la vigencia de derechos de suma jerarquía, y es consecuente con el postulado de que ningún derecho puede reputarse absoluto. Por un lado, nos encontramos frente a la libertad del empleador de despedir sin necesidad de invocación de causa en el período de prueba (art. 92 bis), como corolario del principio de estabilidad relativa adoptado en nuestra LCT, y por otro la posible aplicabilidad del decreto de necesidad y urgencia que prohíbe los despidos en el marco de una estabilidad absoluta transitoria, poniendo el foco en el derecho a la protección de la mujer embarazada.

El derecho internacional del trabajo y los derechos humanos laborales son una verdadera fuente de derecho operativo para la resolución de controversias, como se ha evidenciado en el fallo comentado.

La mujer embarazada es un sujeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad, conforme a normativa nacional, internacional y constitucional.

Destacamos, finalmente, la labor del tribunal, que en definitiva está destinada al justiciable: el juez, a través de un lenguaje sencillo, explica a la trabajadora las razones por las cuales se la ha reinstalado, dirigiéndose como un padre a un hijo.

Cita online: AR/DOC/2779/2020

{ NOTAS }

(14) BRODSKY de PETRIC, Marta, “Trabajo y familia: Hacia la normativización de principios de tutela a la familia en el procedimiento laboral con especial referencia a la maternidad”, *Colección Temas de Derecho*

Laboral, Ed. Errepar, p. 46.

(15) ARECE, César M., “Derecho humanos laborales”, Rubinzal-Culzoni Edit., Buenos Aires, 2014, p. 367.

(16) *Ibid.*, ps. 368-369.

(17) CENTRO INTERNACIONAL DE FORMACIÓN - OIT, “Derecho internacional del trabajo y derecho interno”, bajo la dirección de Xavier BEAUDONNET,

Turín, 2009, p. 37, cit. en ARECE, César M., ob. cit., p. 369.

Sergio Omar Rodríguez

VIENE DE PÁGINA 6

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (4) y las Reglas de Brasilia establecidas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

Otro de los aportes interesantes que hace el tribunal tiene que ver con una cita al Dr. Diego J. Tula, que transcribo a continuación:

“(…) la prohibición de despedir en forma incausada y por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor garantiza de manera adecuada la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis, Constitución Nacional), dentro del marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social (Ley 27.541, DNU 260/2020 y DNU 297/2020), pues se verifica como necesaria para garantizar las fuentes de trabajo. Dicho de otro modo, la garantía de retribución justa contra el despido arbitrario —aún agravada por el DNU 34/2019— luce temporariamente ineficaz para garantizar el bien jurídico a proteger: preservación de la fuente de trabajo (y con ello la remuneración, la obra social, y demás beneficios de las personas que trabajan en relación de dependencia). La necesidad de proteger a las personas que trabajan de los daños inmediatos que produce habitualmente la extinción del vínculo laboral (desempleo, ausencia de ingresos económicos, imposibilidad de acceder a un servicio de medicina privado, etc.) en un escenario excepcional de emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, debe ser seguida por una medida eficaz y contundente en esa protección. Y ello, precisamente, evidencia una de las pautas de valoración de las razones de necesidad y urgencia de la prohibición temporaria de despedir: inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados...” (5).

Continúa el análisis del Juzgado a través de si las razones por las cuales este DNU 329/2020 que se encuentra vigente y al cual el mismo tribunal considera que es legítimo a la hora de modificar la estabilidad impropia relativa de la Ley de Contrato de Trabajo que impide a los empleadores a despedir.

El Juzgado analiza la legitimidad del Poder Ejecutivo en regular temporalmente la estabilidad propia por decreto en el marco de las circunstancias pandémicas.

A tal efecto se analiza la *temporalidad, razonabilidad y la proporcionalidad* en torno al criterio de la Corte Suprema; y lo que manifiesta es que el máximo tribunal exige, para validar estos DNU, que la norma no altere la esencia de la relación jurídica que legisla.

Cabe mencionar, y esto lo digo a título personal, que los decretos relacionados

con la prohibición de despedir en el marco en que se fundan no la alteran de manera alguna, en el sentido protectorio y tuitivo que tiene el orden público laboral, siendo que ponderan en una circunstancia extrema de manera extrema un derecho del trabajador.

En este caso la real hiposuficiencia hace las veces de fundamento de este tipo de medidas de protección.

Sin perjuicio de ello, podemos hacer analogías con el Derecho Civil en torno a que también en relaciones entre particulares el Estado se ha visto obligado a intermediar, por ejemplo en el caso del dec. 320/2020, que de alguna manera protegió a los inquilinos de los locadores civiles en el contexto de la pandemia.

III. Valoración judicial del caso en concreto

En este caso hay una situación de una trabajadora que notifica a su empleador de su estado de embarazo, a causa de una indisposición.

En el marco de la pandemia esta trabajadora se encontraba prestando tareas desde su domicilio de forma remota, y en un determinado momento el empleador, haciendo uso de sus facultades de disponer, procede a su despido a través de una epístola por servicio postal de OCA, donde comunica fehacientemente la finalización del vínculo sin hacer mayores referencias.

En este caso la trabajadora se encontraba cursando el período de prueba del art. 92 bis LCT y lo que hace es impugnar ese despido, a la vez que manifiesta su situación particular de extrema vulnerabilidad no solo por la pandemia y la vigencia del dec. 329/2020, sino por su estado de gravidez notorio.

Esto termina en una interposición de medidas autosatisfactivas de parte de la actora, que culmina con una sentencia favorable a su reinstalación en su puesto de trabajo.

Lo primero que hace el Juzgado es, de alguna manera, evaluar si la medida correspondía con la extrema urgencia y la cautela de los elementos necesarios para poder intervenir en este tipo de modalidad; rápidamente llegando a la conclusión de que sí, es así.

Cabe destacar que el mismo Juzgado lo expone taxativamente de la siguiente manera:

“En definitiva, cuadra resaltar que no estamos ante un anticipo de tutela cautelar o interino, sino que se trata de un pronunciamiento definitivo, cuyos requisitos para su procedencia resultan sumamente estrictos, donde no solo debe existir la posible irreparabilidad del perjuicio, sino que debe estarse frente a una tutela inmediata imprescindible”.

En este sentido el Juzgado, de alguna manera, terminó por dar lugar a la medida, por corresponder por las particularidades del caso.

Posteriormente el magistrado comienza a argumentar en relación con cuestiones relacionadas con la vigencia del dec. 487/2020 que prorroga los efectos del 329/2020 en cuanto a la situación particular de todos los trabajadores y en el reconocimiento de la prohibición de despedir que hace que el despido conjeturado en el caso en cuestión termina siendo prohibido; y previo a todo ello, lo que hace es un análisis de si un decreto puede alterar la estabilidad impropia relativa característica de nuestro sistema de orden público laboral.

Esto lo hace a la luz de la transformación temporal de la estabilidad impropia relativa en estabilidad propia, analizando el art. 76 (6) de la CN, que previene una excepción a esta circunstancia, y donde el magistrado reconoce, de la siguiente manera, que:

La urgencia se basa en que deviene imposible someter una norma al trámite ordinario de sanción de las leyes, es decir, que las cámaras del Congreso no pueden reunirse por circunstancia de fuerza mayor que lo impide, como es la emergencia sanitaria, de público y notorio conocimiento: La pandemia, que afecta a la población mundial (COVID-19), es decir, una situación que requería de solución legislativa inmediata.

Una de las cuestiones peculiares que sostiene o denuncia o, mejor dicho, manifiesta el magistrado, tiene que ver con las probanzas de autos, donde el período de prueba no ha sido alegado por la parte actora ni tampoco por la parte demandada.

Exclusivamente siempre se hizo hincapié en el estado de gravidez notorio y, objetivamente, en la prohibición de despedir; y esto es una opinión en este comentario, que tiene su razón de fundamentación en la estrategia que utiliza el abogado litigante en este caso en particular.

En tiempos normales sabemos que la doctrina mayoritaria y también los pronunciamientos a lo largo y ancho de la República Argentina favorecen a la incorporación del agravamiento, del art. 182 de la LCT, en los casos de despido en situación de Estado de gravidez notorio de las mujeres, entendiéndose que el despido en período de prueba ha cambiado de modalidad y se ha convertido en un contrato de trabajo que se mantiene con la estabilidad protegida por el 178 (7) de la LCT (que remite al 182 (8) LCT), y esto tiene que ver con que se está protegiendo a la mujer de que no sea susceptible de actos discriminatorios que se vinculan directamente *iuris tantum* con que el despido responde a la causal de maternidad, con lo cual entiendo a la parte actora al no haber querido, de alguna manera, mencionar el período de prueba desplazado por la estabilidad conferida por el art. 178 LCT, y ponderando a conveniencia la situación de embarazo.

Por otro lado, a la parte demandada que, ante su silencio, intenta que se cuadre su despido motivado en el art. 92 bis LCT, evitando caer en la susceptibilidad de la confi-

guración de un despido discriminatorio, lo cual implicaría el acceso por parte de la trabajadora a indemnizaciones que en el marco de la pandemia también resultan más agravantes, sin perjuicio de que, además, aplicaría la aplicación del dec. 34/2019 (9) que duplican las indemnizaciones por antigüedad.

Continúa argumentando el *a quo* respecto de la cuestión de fondo y empieza a llevar adelante lo que es la extrapolación del caso en concreto a su faz teórica y para lo cual cita el trabajo de mi autoría titulado “Las dos posiciones frente a los despidos en el período de prueba en el marco de lo que tiene que ver la prohibición de despido por el dec. 329/20” (10).

En este trabajo que menciona el magistrado lo que intenté llevar a cabo es básicamente identificar la existencia y convivencia de posturas encontradas relacionadas con el despido del trabajador en período de prueba.

Sin perjuicio de que en dicho trabajo no planteo mi postura, que no viene al objetivo académico perseguido en dicha doctrina, identifiqué que hay una postura a favor relacionada con la ponderación de una modalidad especial y un derecho consagrado para el empleador; y una postura en contra que dice que, independientemente del derecho tutelado para el empleador, al ser el trabajador el sujeto de preferente tutela y en una situación de vulnerabilidad extrema, importa el corrimiento de este beneficio del empleador en favor de la parte débil del contrato.

Lo que hace el magistrado con la cita que hace a dicha doctrina de mi autoría es, de alguna manera, manifestar que existen las dos posturas descriptas y que el juzgado va a optar por alguna de ellas.

Básicamente lo que hace es una sana crítica o transparentar las distintas posiciones a fin de poder dar mayor solvencia a su decisorio, entendiéndose que conoce los dos extremos de las posturas y que la abordada va a ser congruente con lo que yo entiendo *principios protectorios y rectores* del derecho del trabajo.

En ese marco apronta una extensa cita donde deja en evidencia las posturas relacionadas con el despido en período de prueba en esta situación excepcional:

“(…) ¿Aplica la prohibición de despedir para los despidos fundados en la facultad del empleador prevista en la LCT, para el denominado período de prueba? Lamentablemente, no hay una respuesta certera en el marco de este dilema, pero sí dos claras posturas al respecto, las cuales desarrollaré a continuación. III. *Dos claras posturas en pugna*. En materia de resolver este dilema asoman dos claras posturas que básicamente oscilan sus argumentos entre si prevalece o no el art. 92 bis sobre el dec. 329/2020. La postura que afirma que prevalece el art. 92 bis, por sobre el dec. 329/20, la denominaré *postura restrictiva*. La postura que sostiene la prevalencia del dto. 329/20

{ NOTAS }

(4) En el fallo se cita el art. 11 el que en su inc. 2º establece que: Con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para: a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.

(5) Dr. Diego J. Tula en el trabajo “Preguntas prácticas (y sus respuestas) sobre los alcances de la prohibición de despedir en forma incausada y por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo impuesta por el

DNU 329/2020” (RC D 1576/2020, p. 10).

(6) Art. 76, CN— Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.

(7) Art. 178.— *Despido por causa del embarazo. Presunción*. Se presume, salvo prueba en contrario, que el

despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio [7 y 1/2] meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento. En tales condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el art. 182 de esta ley.

(8) Art. 182.— *Indemnización especial*. En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de re-

muneraciones, que se acumulará a la establecida en el art. 245.

(9) Decreto de Duplicación de Indemnizaciones por Despidos sin justa causa, que se ha prorrogado hasta el mes de diciembre por el dec. 528/2020.

(10) Las dos posiciones frente a los despidos en el período de prueba (art. 92 bis, LCT), en plena vigencia del dec. 329/2020 que prohíbe los despidos. Por el Dr. Sergio Omar Rodríguez, 6 de mayo de 2020 *www.eldial.com*.

de prohibición de despedir por sobre el art. 92 bis, la denominaré *postura tuitiva*. a) *Fundamentos de la postura restrictiva*. La postura restrictiva, tiene fundamentos en una lectura más inclusiva de ambas partes en el contrato de trabajo. Esto quiere decir, que ni bien entiende que adolece un contexto excepcional, interpreta que los efectos lesivos de la pandemia afectan, de un lado y del otro, la relación laboral. En tal sentido, se argumenta que bastante daño implicará el esfuerzo de mantenerse abonando salarios el empleador en medio de la caída de su rentabilidad, incluso yendo a pérdida comercial, como para eso sumarle la obligación de mantener un vínculo el cual en tiempos normales no hubiese tenido que sustentar si hubiera despedido en modo previo. El despido en los términos del art. 92 bis es cierto que implica un daño para ese trabajador, pero muy inferior atento al grado de perspectiva que se puede tener cuando un trabajador sabe que está a prueba. Ese despido, en la mayoría de los casos se sustenta en garantizar el trabajo y el pago de salario de aquellos trabajadores que acompañan al empleador de forma permanente. Esto no sería incentivar los despidos a los trabajadores a prueba, pero sí facultar al empleador de que pueda hacerlo en caso de que su actividad no le permita asumir mayores compromisos. Esta postura aplica un orden de prelación directo, en tanto entiende a la ley general, la LCT, como superior frente a un decreto contingencial y de carácter temporal. Sin embargo, esa es su principal falencia, ya que en el derecho del trabajo la prelación de normas se aplica por las reglas protectorias de aplicabilidad, y bajo criterio tuitivo es claramente rebatible. En suma, esta postura afirma que para el desarrollo de una relación de trabajo tiene que haber seguridades jurídicas de ambas partes, sosteniendo que, en casos de crisis, limitar las facultades a los empleadores implicaría un modo injusto de aplicar la ley siempre en detrimento de la misma parte. Esta postura sostiene la importancia de la existencia de figuras que quieran cumplir el rol de empleadores, porque sin ellos no existiría la posibilidad de que haya trabajadores. b) *Fundamentos de la postura tuitiva*. La postura tuitiva sostiene que el dec. 329/2020, que dispone la prohibición de los despidos en la República Argentina por el término de 60 días, es aplicable a los trabajadores en período de prueba. Autores doctrinales destacadísimos, como el Dr. Sergio Adrián Arce, sostienen que sin lugar a dudas el análisis de la coyuntura de las relaciones laborales en época de pandemia debe llevarse a cabo bajo el tamiz de los principios protectorios del derecho del trabajo. Esto hace que el carácter tuitivo de la relación de trabajo extienda los efectos del DNU 329/20, ya que sostiene el doctrinario que no hay que hacer distinción de trabajadores que ni el propio decreto realiza. Por su parte, el Dr. Sergio Adrián Arce sostiene que la inferencia de la postura tuitiva se materializa de la exteriorizada intención de la normativa sancionada a través de las resoluciones ministeriales y la congruencia armónica de los DNU 260/20, 297/20, 329/20 y 332/20 que tienen por finalidad proteger a todos los trabajadores. En suma, esta postura no admitiría el despido de un trabajador en período de prueba, debido a la protección especial consagrada en el Dto. 329/20...” (11).

Con lo cual, en palabras propias del magistrado, habiendo concluido y “*desnudado*”, de alguna manera, estas dos posturas culminan en el sentido de que considera el

Juzgado aplicable el decreto de necesidad y urgencia de 329/20; y después fundamentando la procedencia con relación a las acciones que hubo en el caso en concreto.

Finalmente concluye el fallo el Juzgado analizando normas de carácter internacional a destacar como el art. 9º de la Convención de Belém do Pará, ratificada por la ley 24.632, donde hace hincapié básicamente en la extrema situación de vulnerabilidad que en este caso tiene un trabajador, que no solo se encuentra en período de prueba en el marco de una pandemia, sino cursando un embarazo.

También en este caso el magistrado menciona que la trabajadora es de menor edad, hace alusión a su juventud y después cita fallos de la Corte Suprema relacionados con el sujeto de especial tutela constitucional establecido básicamente en el art. 75 inc. 23, cuando el Congreso de la Nación promueve legislar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, así como el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución y tratados internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Este apartado es muy importante en tanto entiende el magistrado que en este caso hay que hacer una tutela especial independientemente de la laboral que recae sobre el trabajador, en tanto figura teórica específica de nuestra área de *expertise*. Lo que hace el juzgado es apartarse de la figura taxativamente laboral e incorporar una figura de tutela especial fundada en los Derechos Humanos y en este caso a través de la aplicación del Tratado Internacional de Belém do Pará, a través del art. 75 inc. 23, incorporando aquellos tratados internacionales ratificados por la República Argentina por ley nacional (en este caso la 24.632) para que pueda hacerse una debida protección, ajustada a derecho, del caso particular.

Luego cita también determinada fuente relacionada con la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que estableció unas reglas, conocidas como las Reglas de Brasilia, sobre el acceso a la justicia en las personas en condición de vulnerabilidad, para reforzar este componente humano considerado por el juzgado a la hora de resolver el caso en particular.

IV. ¿Puede un DNU interferir en cuestiones de derecho de fondo?

Particularmente entiendo que sí, comparto el criterio del Juzgado en su análisis de los elementos con relación a qué cuestiones se deben resolver previamente para poder comprender por qué el Congreso no emite una legislación y sí lo hace el Poder Ejecutivo en su lugar, a través de un DNU.

En tal sentido, en este caso de lo que se habla es de la *temporalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad*, que comparto, porque entiendo que el Poder Ejecutivo en el marco una pandemia ha tomado decisiones bastantes atinadas *a priori*; y viendo la situación de despidos masivos en otras partes del mundo, lo que sostengo, además, es que ninguno de los decretos ha ido en contra del principio rector de las relaciones individuales del trabajo, que en este caso es el principio protectorio.

Lo que se ha hecho de forma manifiesta es una suerte de ponderación de los derechos y principios de orden laboral, con lo cual entiendo que el DNU 329/2020 puede legítimamente, en el marco de lo que dure el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio, modificar la estabilidad propia y relativa, y convertirla en una estabilidad propia temporal.

V. El despido en periodo de prueba

El despido en período de prueba es una facultad de la cual dispone el empleador, que le otorga 90 días para poder probar la aptitud del trabajador.

Esta modalidad, que debe ser cumplida con recaudos de forma por parte del empleador, reviste un derecho que de alguna manera protege su facultad de orden, dirección y gestión de lo que es el orden productivo de su negocio, a fin de resguardar el derecho de propiedad de fondo.

Recordemos que en la República Argentina y en el mundo en el que vivimos el capitalismo es predominante y en dicho sistema, como siempre sostengo, los medios de producción son de propiedad privada.

Esto tiene que ver con que son particulares los que ostentan los derechos de propiedad; entonces detrás de las relaciones de trabajo hay un derecho de propiedad que proteger: esto está receptado en la Constitución Nacional y de ello deviene que el empleador pueda contratar sin vocación de perdurabilidad a trabajadores por un tiempo prudente con el exclusivo fin de probar la aptitud del trabajador para que sea provechoso el destino laborativo que les quiere gestionar.

Por lo cual el despido en período de prueba no acarrea en términos normales una indemnización.

Sin embargo, entiendo yo y comparto el criterio del magistrado en que el período de prueba se encuentra suspendido por la extremidad que lleva el tratamiento de una pandemia a nivel global; y en este caso la prohibición de despedir, que ha sido el criterio dominante en los tribunales de nuestro país.

VI. El despido en período de prueba de la trabajadora embarazada

En este caso sostengo, según lo ha entendido la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, que, en el caso del despido de la trabajadora embarazada en período de prueba, procede la reincorporación, y que en casos normales lo que vamos a tener es un despido de tipo discriminatorio.

Esto en razón de que la trabajadora embarazada cuenta con una tutela especial consagrada en el art. 182 de la LCT, que promueve una estabilidad más allá de la indemnización natural del art. 245 LCT, a fin de que por causa de la maternidad, que es una contingencia humana y por tanto de orden natural, no se vea perjudicada en su relación laboral.

Con lo cual es necesario manifestar que la mayoría de los casos relacionados con este tipo de cuestiones se funda no solo en las cuestiones relacionadas con el derecho internacional en materia del Tratado *supra* mencionado en el caso, sino también desde su faz técnica donde el art. 92 bis LCT con la ocurrencia del embarazo es desplazado por el art. 182 de la LCT.

En estos casos la figura del trabajador automáticamente, y en uno de los supuestos de excepcionalidad de la ley de contrato, transforma su vocación de permanencia sujeta al período de prueba del art. 92 bis

de la LCT con la estabilidad impropia relativa, potenciada tutelarmente, del período de sospecha del art. 182, LCT.

VII. ¿Cómo afectó el COVID-19 en la decisión del tribunal?

Es menester que a la hora de hacer un comentario a un fallo uno sea responsable y pueda distinguir lo que es temporal de lo que va a ser permanente.

En este caso, de un despido, entiendo que en una situación normal también hubiese corrido la misma suerte en términos de tutela especial, pero con diferentes efectos materiales.

Seguramente no se hubiera dado lugar a la reincorporación por la regla de estabilidad impropia relativa, que en estos momentos se ve suspendida, sino a través de proceder a una indemnización agravada en los términos del 182 de la LCT.

Esto tiene que ver con que en las relaciones entre trabajador y empleador subyace siempre el componente humano.

La relación laboral, donde un ser humano contrata seres humanos, si no es regulada por un orden público que tenga un interés tutelar superior, puede ser de riesgo para el interés de las partes contratantes, y en este caso específico, del trabajador.

Sin caer en el dato histórico de que las relaciones de trabajo dan su puntapié inicial en la historia de humanidad en la esclavitud, todavía en el siglo XIX en la República Argentina existían esclavos en el régimen colonial.

En términos de medición cronológica estamos hablando de que 1800 años después de Cristo, la historia moderna contempló esta modalidad de contratación del hombre, sin ningún tipo de consideración ética o humanitaria.

Es dable decir que en casos como los de la situación de una trabajadora embarazada, la normativa de orden internacional y receptada por los distintos países del mundo ha incorporado excepciones de humanidad.

Cuando refiero al término de humanidad, digo que es más importante el caso en concreto y la tutela específica de ese trabajador que la regla general de la norma; y esto lo ha entendido la mayor parte de la jurisprudencia a nivel nacional, y es por eso que resulta más grave la situación en el caso de una trabajadora embarazada que se encuentra en período de prueba.

Reconocido por la demandada haber recibido la comunicación de embarazo cursada por la actora 18 días antes de haber producido su despido directo, sin que se haya invocado la reticencia de esta a acompañar certificado alguno de su estado ante la solicitud de su empleadora ni incumplimiento que revierta la presunción de que la medida respondió a la situación de maternidad, se verifican las condiciones para la procedencia de la indemnización adicional que se reclamó con sustento en el art. 182, LCT. No resulta óbice para resolver, como se propone, la situación que invocó la demandada del art. 92 bis, LCT —período de prueba—, toda vez que su inc. 4º) expresamente dispone que rigen para las partes los derechos y obligaciones propios de la relación laboral, fórmula que no las exime del deber de abstenerse de incurrir en actos discriminatorios. Por lo demás, lo dispuesto en el párr. 3, art. 177, LCT, garantiza expresamente la estabilidad de la mujer durante la gestación, desplazando de tal manera la normativa relativa al período de prueba (12).

Es uno de los casos que quizás puede resultar en términos generales una situa-

{ NOTAS }

(11) “Las dos posiciones frente a los despidos en el período de prueba (art. 92 bis, LCT), en plena vigencia del dec. 329/2020 que prohíbe los despidos” (www.eldial.com).

(12) CNTrab., sala IX, 02/07/2015, 0.165329, “Rouco, Carol Débora c. La Gota Farmacéutica SRL s/despido”, AR/JUR/25558/2015

ción injusta para el empleador, pero también es cierto que la probabilidad de que esto suceda es muy baja y en casos muy puntuales.

Con lo cual considero que en lo que afectó el COVID-19 en este caso no es la naturaleza tuitiva especial de la decisión de resarcir a esa trabajadora, sino que importó adicionalmente una protección especial que le facilita la reincorporación a su puesto de trabajo, cosa que hubiese sido imposible en situación de normalidad.

VIII. El sano criterio de las costas

En este caso quiero destacar que el Juzgado asume una decisión salomónica con respecto a la imposición de las costas en tanto lo hace en su orden fundado en el deber de buena fe de considerar que la cuestión tiene cierta novedad y la presunción de que el empleador podría haberse considerado con derecho para despedir.

Sin perjuicio de que quizás entiendo en sentido estricto que la sociedad no conoce a fondo las normas imperativas del orden público laboral y no tiene por qué necesariamente conocer el criterio mayoritario de la imposición del art. 182 por sobre el 92 bis de la LCT.

Considero destacable esta peculiaridad de la imposición de costas por su orden a fin de que de alguna manera las cuestiones justificables en el marco de la justicia laboral no solo sean una penalidad para el empleador, porque sostengo a título personal que el empleador cuando pierde un juicio no debe ser criminalizado, sino que debe ser de alguna manera corregido en su obrar para que pueda de alguna manera garantizarse la paz social.

Paz social que perseguimos los abogados litigantes a la hora de conseguir la justicia para un caso en concreto.

Por lo cual imponer costas a un empleador, que a su vez también está sufriendo los efectos del coronavirus en su materia de rentabilidad, me hubiese parecido un poco exorbitante.

Con lo cual sostengo y reivindico esta postura del magistrado y este sano criterio que ha tenido en imponer las costas por su orden.

IX. Régimen de aplicación de astreintes

No quiero dejar de mencionar que en este caso por la peculiaridad de la tutela que hace a la prohibición de despedir en el marco de que prohíbe una acción del empleador es el acto jurídico unilateral y recepticio que pone fin al vínculo laboral donde, en términos de Mario Eduardo Ackerman, estamos hablando de despido.

Es reivindicable entender que técnicamente cuando uno impone una obligación de hacer y esta es incumplida por parte del obligado, lo que se hace es obligarlo compulsivamente a través de la jurisdicción y no a través de la fuerza propia.

Esa obligación implica que ante la sentencia judicial que ordena el cese del acto omisivo, que en este caso es la no dación de prestación de tareas que importa la no remuneración del trabajador —que es lo que termina motivando el incurrir en la justicia—, es muy importante hacer saber que las astreintes no penan el despido del empleador, sino que lo que están penando es el incumplimiento de la sentencia judicial que ordena la reinstalación de ese trabajador.

Con lo cual es muy importante que también el juzgado de forma oficiosa también haya incorporado un sistema de astreintes que se devenga de a un JUS, que es un arancel que aplicado por cada día de incumplimiento de la sentencia, una vez que esta se encuentre notificada.

X. Una buena práctica: Reglas de Brasilia, nros. 58 a 60

No puedo dejar pasar la oportunidad de comentar este fallo sin tener en cuenta la práctica que hace el tribunal respecto de lo que son las Reglas de Brasilia, que tienen que ver con un apartado, un párrafo donde el magistrado se dirige a la trabajadora, en este caso la justiciable, en términos claros y coloquiales que son entendibles para cualquier persona que no incurre en el ejercicio

diario de la comprensión de la lectura magistral que requiere cualquier fallo judicial.

Esto me parece tan inclusivo para los justiciables, que vale la pena ser citado en el presente trabajo:

“Trataré M. de contarte en términos sencillos lo resuelto. Se tuvo en cuenta para resolver tu reclamo la situación de emergencia por la pandemia del coronavirus que estamos viviendo no solo como país, sino el mundo entero. Esta situación obligó al Estado, en este caso al Sr. Presidente de la Nación, a adoptar medidas de urgencia tanto en materia sanitaria, como también para tratar de sostener la situación económica y social de la población; dentro de esas medidas una de ellas fue prohibir los despidos sin causa por sesenta días, pues claramente la cuarentena que impuso tiene gravísimas consecuencias económicas. Analicé si esta medida de emergencia estaba de acuerdo con los derechos y garantías que establece nuestra Constitución Nacional, llegando a la conclusión que para tu caso es así. Después, viendo la documentación que acompañaste a la causa, surge que como entraste a trabajar hace poco tiempo y estabas bien registrada, tu empleadora tenía la posibilidad, que le da la Ley de Contrato de Trabajo, de probarte por tres meses y en su caso poder despedirte sin pagar indemnización y esto, no te voy a mentir, me generó alguna duda, lo que me obligó a profundizar el estudio del tema. Finalmente decidí hacer lugar a tu reclamo, teniendo presente que, si bien el despido se produjo cuando el período de prueba no estaba cumplido, justo te lo comunicaron cuando entró en vigencia el decreto presidencial que prohibía los despidos. Además, el hecho de encontrarte embarazada y ser sostén de hogar me obliga a tener muy en cuenta esa situación, para que mi resolución cumpla con las pautas que me dan las leyes locales y los convenios internacionales en materia de derechos humanos, para las personas en situación de vulnerabilidad. Sé que no es momento fácil para la gente que da trabajo, pero poniendo en la balanza, es decir, pesando los derechos, en este caso se inclinó a tu favor. Sin perjuicio de lo cual, teniendo en cuenta que la empresa pudo entender que tenía razón, no le obligo a pagar los gastos de este

juicio. Por último, M., te pido que aproveches la oportunidad y asumas lo resuelto con toda responsabilidad, teniendo en cuenta el gran esfuerzo que le ordena cumplir a tu empleadora. Por todo lo expuesto, normativa, jurisprudencia y doctrina citadas”

Entiendo que esto tiene que ver con un componente de humanidad y de función social del Poder Judicial que va más allá del entendimiento técnico que tenemos los profesionales abogados y abogadas respecto de la práctica misma y las reglas de operatividad del derecho.

De alguna manera es una muy buena práctica que promueve materialmente de forma efectiva el derecho que tiene la persona a conocer qué ha decidido el juez en su caso en particular y tener la posibilidad de que el propio magistrado le informe sobre cuál es su forma de proceder a continuación de la sentencia judicial.

Es una situación que corresponde más a un acceso a la justicia en tanto valor que a la justicia como procedimiento técnico derivado de las licencias que da el funcionamiento de una República.

Entiendo que el ser humano siempre persigue la justicia como valor, por fuera de la justicia material. Con *material* me refiero a la justicia en tanto institución; y me parece que de alguna manera hablarle al ser humano detrás del ente susceptible de derechos y obligaciones, hablarle al justiciable de forma directa, coloquial, para que pueda ser entendido por sus propios medios y sentidos, es una manera de reivindicar que en realidad la República y en este caso el Poder Judicial debería funcionar como garante de justicia como valor.

Una cosa que con el paso de la historia va quedando cada vez más olvidada en la vorágine litúrgica de la rutina judicial, pero que es deber de los magistrados y de los profesionales abogados y abogadas reivindicar en actos materiales concretos como este, recordar y ponderar por lo que dure el ejercicio de la justicia del hombre, para el hombre a lo largo de la historia.

Cita on line: AR/DOC/2465/2020