



OTOÑO 2020

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



OTOÑO 2020

DERECHOS EN ACCIÓN



REDEA

REVISTA
DERECHOS
EN ACCIÓN



STAFF EDITORIAL

DIRECTOR

Prof. Pablo Octavio Cabral • UNLP

EDITOR GENERAL

Prof. Guillermo Raúl Moreno • UNLP

EDITORES ASOCIADOS

Prof. José Ignacio López • UNLP

Prof. María del Carmen Alemán • UNLP

Prof. Rosario Echevesti • UNLP

Prof. Fernando Maitini • UNLP

Stefanía Alba Nájera • UNLP

RESPONSABLES DE SECCIONES PERMANENTES

Profs. Eduardo Baldi, Ailén Díaz, James Vértiz
Medina, Fernando Amosa, Juan Francisco Díaz
y Penélope Canónico

CORRECTOR GENERAL

Abog. José Maitini • UNLP

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Lic. Javier F. Luna • Estudio melHibe

DIRECCIÓN DE ARTE

Prof. Nazarena Mazzarini • UNLP

DIRECCIÓN LITERARIA

Abog. María Cecilia Rita Villegas • UNLP

EQUIPO DE IDIOMAS

Abog. Sofía Sarasqueta, Abog. María Fernanda
García, Prof. Rosario Echevesti, Ing. Can F. Ozden
y Lic. Juan Cruz Vallefín

EQUIPO DE COMUNICACIÓN

Lic. Leticia Rodríguez, Lic. Carolina Cabado,
Bernardo Vázquez, Juan Cruz Galeano
y Abril Di Fonzo

ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS

Abog. Lucio Vallefín

CONSEJO EDITORIAL

Víctor Ernesto Abramovich

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Luis Hipólito Alén

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Elisabet Almeda Samaranch

Universidad de Barcelona - España

Ricardo César Andreu

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Gustavo Arballo

Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Grethel Arias Gayoso

Universidad de Oriente - Cuba

Natalia Lorena Barriviera

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Mauro Benente

Universidad Nacional de José C. Paz - Argentina

Homero Bibiloni

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Milay Burgos Matamoros

Universidad Autónoma de México - México

Mario F. Cámpora

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Ángel Carballal

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Franco Catalani

Universidad Nacional de La Pampa - Argentina

Alfonso Celotto

Università Degli Studi Roma Tre - Italia

Nicolás Cendoya

Universidad de la República - Uruguay

Guillermo Justo Chávez

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Rodrigo Codino

Universidad Nacional de Avellaneda - Argentina

Mario Coriolano

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Solange Delanoy

Universidad Nacional de Rosario - Argentina

Graciela de Ortuzar

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Dino Di Nella

Universidad de Barcelona - España

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Universidad Autónoma de Aguas Calientes - México

Enrique del Percio

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Carlos Echevesti

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Leandro E. Ferreyra

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Lila García

Universidad Nacional de Mar del Plata - Argentina

Juan Martín González Moras

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Pablo Gres

Universidad Católica del Norte - Chile

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono

Universidad de Chile - Chile

Omar Heffes

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Víctor Eduardo Hortel

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Bautista Justo

Universidad Nacional del Comahue - Argentina

Mariano Lovelli

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Carolina Machado Cyrillo Da Silva

Universidad Federal Do Río de Janeiro - Brasil

Andry Matilla Correa

Universidad de La Habana - Cuba

Ricardo Marcondes Martins
Pontificia Universidad Católica de San Pablo - Brasil

Juliana Paula Magalhães
Universidad de San Pablo - Brasil

Alejandro Medici
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Enrique Javier Morales
Universidad Nacional de Formosa - Argentina

Juan Orsini
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Marcelo Pepe
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Alicia Pierini
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Ana Laura Piñeiro Jardim
Universidad de la República - Uruguay

Julián Portela
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Carlos Raimundi
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Miguel Revenga Sánchez
Universidad de Cádiz - España

Gisele Ricobom
Universidad Federal de la Integración Latinoamericana - Brasil

Esteban Rodríguez Alzueta
Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

Romina Ronda
Universidad Nacional de Cuyo - Argentina

Johanna M. Romero
Universidad de Cuenca - Ecuador

Alejandro Rosillo Martínez
Universidad Autónoma de San Luis Potosí - México

Marcelo Sain
Universidad Nacional de Quilmes - Argentina

David Sánchez Rubio
Universidad de Sevilla - España

Oscar Sarlo
Universidad de la República - Uruguay

Rodolfo Sosa
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Juan Stinco
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Natasha Suñe
Universidad Central del Ecuador - Ecuador

Antonio Carlos Wolkmer
Universidad Federal de Santa Catarina - Brasil

CONSEJO ACADÉMICO HONORÍFICO

Ramón Torres Molina
Universidad Nacional de La Plata

Raúl Gustavo Ferreyra
Universidad de Buenos Aires

Alicia Ruiz
Universidad de Buenos Aires

Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires

Paulo Bonavides
Universidad Federal de Río de Janeiro
Universidad Nacional de Ceará

ILUSTRACIONES DEL PRESENTE NÚMERO

ELEONORA CALDERÓN

Licenciada y Profesora en Artes Plásticas. Profesora de Historia de las Artes Visuales (FBA-UNLP). Ganó numerosos premios y menciones, como el 1° Premio “Salón Provincial de Pintura Pettoruti” (2009) y el 1° Premio “Salón Edelap de Artes Plásticas 2005”, entre otros. Su obra participa de exposiciones colectivas e individuales en renombrados museos y centros culturales de la Argentina. También en prestigiosas colecciones públicas y privadas.

La obra *Pandemonium* de la Serie “Imágenes Satelitales” surge de la imagen de un virus. Está realizada con formas circulares de yeso donde está transferida una imagen satelital de la ciudad. Toda la serie se desarrolla a partir de esta idea (2011/2012).

Las Fortalezas de la Serie “Rara Avis in Terris” remiten a la vida en aislamiento. Son los espacios donde habitan en soledad unos personajes cuyos retratos forman parte también de este grupo de obras (2013/2014).

La Serie “Esterilizable” tiene relación con experiencias hospitalarias y de pérdidas (o de ausencias). Remiten a espacios sin tiempo, donde el individuo queda absorbido o configurado por los elementos de ese espacio estéril (como si formaran parte de las paredes de ese espacio-tiempo detenido) (2005/2007).

leocalderon@gmail.com // eleonoracalderon.tumblr.com // flickr.com/photos/eleonora_calderon

TEXTOS Y POESÍAS DE CONTRACARÁTULAS

MARÍA FLORENCIA SALVATORE

Oriunda de la ciudad de La Plata; estudiante avanzada de la Facultad de Ciencias Médicas de la UNLP. Practica danza contemporánea desde hace más de diez años. Desde el 2016 asiste al taller literario Stilus, del profesor Sergio Guerrieri. Aquí veremos un breve recorrido por su poesía. Algunos de estos poemas ya fueron publicados y otros son inéditos.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN Y REFERATO

A los efectos de facilitar el trabajo de edición de la revista los trabajos deben ser presentados en el siguiente formato:

- Extensión en carillas: mínimo 8 y máximo 25, incluyendo citas y bibliografía.
- Letra Times New Roman, tamaño 11 para el cuerpo del texto y 10 para las citas y referencias bibliográficas.
- Las notas al pie en tamaño 10.
- Interlineado a un espacio y medio.
- Página tamaño A4, márgenes “normal”.
- Resumen del trabajo en castellano de hasta 3000 caracteres.

El sistema de referato es externo doble ciego, y el procedimiento de selección se tramitará con el sistema Open Journal Systems (<https://pkp.sfu.ca/ojs/>), el autor deberá registrarse en el Portal de Revistas Académicas de la U.N.L.P. y remitir el documento sin mención expresa a su autor/autores dentro del trabajo.

ÍNDICE

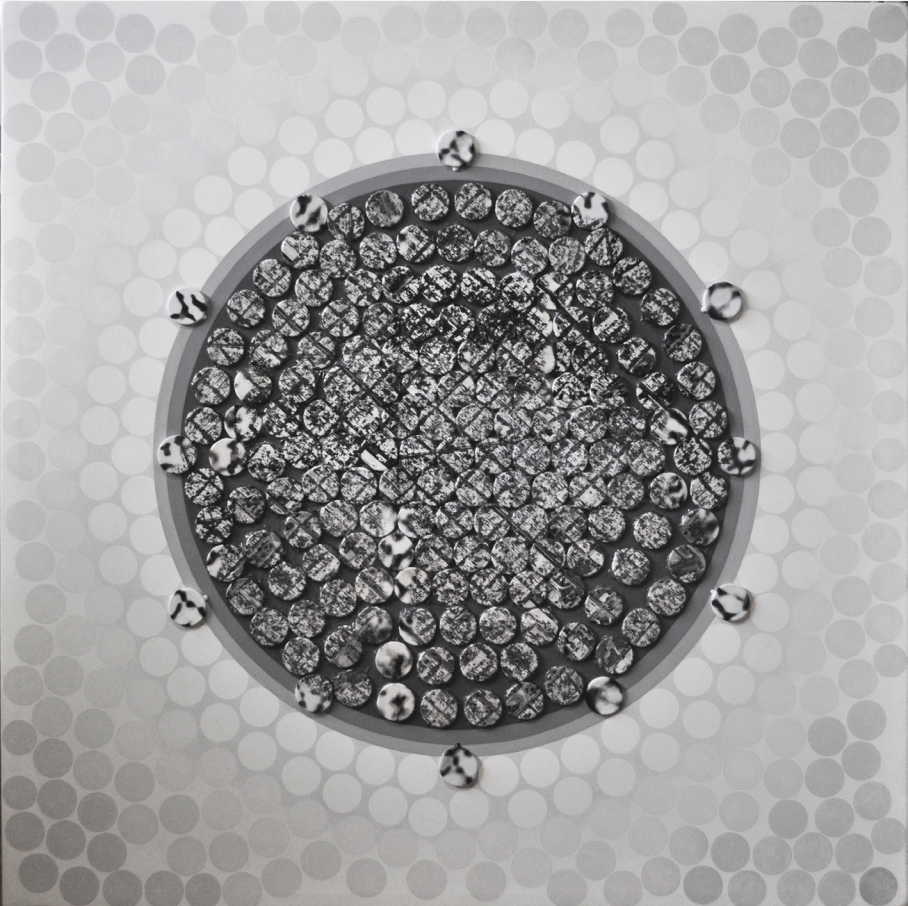
EDITORIAL	17
ENSAYOS	25
Deuda privada y Derechos Humanos	27
<i>Juan Pablo Bohoslavsky</i> <i>(Universidad Nacional de Río Negro, Argentina)</i>	
Intereses: Cuándo, cuánto y cómo. Actualidad y rol en las indemnizaciones de daños y perjuicios	69
<i>Rosario Echevesti (UNLP, Argentina)</i>	
Regularización dominial de inmuebles rurales para agricultores familiares	85
<i>Lorena Muñoz y Natalia L. Barriviera</i> <i>(UNLP, Argentina)</i>	
Resolutos apuntes sobre Poder, Constitución y Control	105
<i>Javier Rodríguez Febles y Dianet García Álvarez</i> <i>(Universidad de La Habana, Cuba)</i>	
El acuerdo de mediación: técnica y garantía	123
<i>Niurka Fournier Dubarte</i> <i>(Universidad de Oriente, Cuba)</i>	
COMENTARIO A LEGISLACIÓN	137
Legislación electoral argentina: evolución histórica ..	139
<i>Diego Gabriel Presa (UNLP, Argentina)</i>	
Novedades legislativas	160
<i>Eduardo Baldi (UNLP, Argentina)</i>	

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA	191
Clímax en la relación entre sindicalismo y Derechos Humanos: La Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de Derecho Colectivo del Trabajo	193
<i>Juan José Greco</i> (Universidad Nacional de Cuyo, Argentina)	
Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y Tribunales inferiores	222
<i>Fernando Amosa (UCALP, Argentina) y</i> <i>Juan Francisco Díaz (UNLP, Argentina)</i>	
TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO	259
Aborto legal o aborto desigual: Penalización del aborto a la luz de la ley de identidad de género	261
<i>Estefanía Evelin Guercioni (UBA, Argentina)</i>	
La incorporación de la educación en derechos humanos en el sistema de educación pública, sector de primaria, en el Uruguay	299
<i>Ana Laura Piñeyro Jardim</i> (Universidad de la República, Uruguay)	
SECCIÓN ESPECIAL: COVID/19 Y DERECHO	319
Reflexiones constitucionales a propósito del COVID-19	321
<i>Diego Valadés (UNAM, México)</i>	
Estado de malestar	330
<i>María Gracia Quiroga y Raúl Gustavo Ferreyra</i> (UBA, Argentina)	

Vigencia de los Derechos Humanos (DDHH) en el marco de los diferentes planes de Emergencia que han aplicado los Estados con motivo del COVID-19	336
<i>Maria Pinho De Oliveira</i> <i>(Universidad Simón Bolívar, Venezuela)</i>	
La fuerza de los fuertes (a partir de un cuento de Jack London)	365
<i>Raúl Gustavo Ferreyra y Ricardo Rabinovich Berkman (UBA, Argentina)</i>	
COVID-19, el miedo y el estado de emergencia	374
<i>Luciano Verneti (UBA, Argentina)</i>	
Nuestro derecho y la postpandemia	401
<i>E. Raúl Zaffaroni (UBA, Argentina)</i>	
Causas y consecuencias de la Pandemia Covid-19. De la inmovilidad de la humanidad a la circulación desconcentrada de personas	415
<i>Dino Di Nella (Universidad Nacional de Río Negro, Argentina) y Victoria Ibáñez (Universidad Nacional del Comahue, Argentina)</i>	
El Congreso de la Nación Argentina y su funcionamiento a distancia. Una necesaria interpretación dinámica del texto constitucional frente a la crisis desatada por el Covid/19	486
<i>Guillermo Raúl Moreno (UNLP, Argentina)</i>	
SECCIÓN ESPECIAL: DERECHO CRÍTICO	497
La genealogía y la crítica: De Michel Foucault a Enrique Marí	499
<i>Sofía Aguilar (UBA, Argentina)</i>	

Azar y contingencia: Universos en disputa	511
<i>Nora Wolfzun (UBA, Argentina)</i>	
Márgenes del derecho. Estudio iusfilosófico crítico del discurso jurídico	525
<i>Gonzalo Ana Dobratinich (UBA, Argentina)</i>	
Mujeres, acción y diferencia. Esbozos para un feminismo crítico	542
<i>Marina Gorali (UBA, Argentina)</i>	
Paridad de género en clave republicana	554
<i>Verónica María Gómez (UBA, Argentina)</i>	
¿Lo sustantivo del derecho penal?	572
<i>Natalia Monasterolo y Laura J. Sánchez (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)</i>	

EDITORIAL



Obra de Eleonora Calderón

Pandemonium

El amor no es

Me sobra un plato de la vajilla,
de cerámica blanca las tazas
también una sobra.

Como un dedo sobre el polvo de los muebles,
de cedro las sillas conmigo,
los frascos vacíos y
las flores en la memoria.

Mi voz te golpea la espalda
solo te pregunto por dónde vas
si te interesa mi cuerpo
que sobra.

Autora: María Florencia Salvatore

EDITORIAL

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678 / e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15 Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 19-24

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e387>

Presentamos la edición otoño de 2020, dándole la bienvenida a nuestras lectoras y lectores al número 15 de ReDeA, con las renovadas ganas de compartir con ustedes algunos sucesos jurídicos y sociales que, a nuestro entender, resultan importantes y han sucedido en los últimos tres meses en la Argentina, la región y nuestra querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

La pandemia del Coronavirus (COVID-19) impregna todo lo que sucede en nuestra sociedad, y nuestra revista no es la excepción. La gravedad de la situación que estamos atravesando llevó a las autoridades públicas de todos los países a la imperiosa necesidad de adoptar medidas de excepción, como lo fueron en el caso de nuestro país la declaración de emergencia sanitaria, primeramente, y luego el establecimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”. El marco institucional en el que se desarrollan dichas políticas es el de la plena vigencia del Estado de Derecho y de las garantías propias de una sociedad democrática, encontrándose en funcionamiento –con las adaptaciones adecuadas a la crisis sanitaria- los tres poderes constituidos.

Todas las medidas de emergencia adoptadas dan cumplimiento a las condiciones cuyo respeto es exigido para su validez, pues existe: 1) una real situación de emergencia, constatada o declarada por órgano competente (y con control judicial sobre su existencia y subsistencia); 2) un fin real de interés social y público; 3) la transitoriedad de la regulación excepcional y por último –como veremos en los próximos puntos- 4) la razonabilidad del medio elegido, o sea, proporción y adecuación entre la

medida dispuesta, el fin perseguido, y los motivos y causas que dan origen a la medida de emergencia.

En el caso del Poder Legislativo, hoy funciona en modalidad virtual pudiendo sancionar leyes y realizar las tareas de control de la actividad normativa del Poder Ejecutivo en situaciones de emergencia, encontrándose en pleno trámite la revisión de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados durante la crisis sanitaria (Ley N° 26.122, Art. 99, inciso 3, CN)¹. Al inicio de la pandemia existía incertidumbre sobre la constitucionalidad de las sesiones a distancia, lo que llevo a la Presidenta del Senado a iniciar una acción judicial solicitando a la CSJN que habilite las sesiones virtuales. El Tribunal falló que el “Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción incoada”².

Luego del pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que habilitó la posibilidad de sesiones virtuales en el Congreso de la Nación, ambas cámaras lograron llevar adelante sin inconvenientes sus sesiones remotas en las cuales se logró garantizar la identidad de cada legislador, el *quorum*, el debate y la votación. Así, en cuanto a la pandemia el Poder Legislativo dictó la ley 27.549, disponiendo beneficios especiales a personal de Salud, Fuerzas Armadas, de Seguridad y otros ante la pandemia de COVID- 19 (BO 08/06/2020), como también la Ley 27.548 de creación del programa de protección al personal de Salud ante la pandemia de coronavirus COVID- 19 (BO 08/06/2020).

En cuanto al Poder Judicial, ha quedado evidenciado que, a partir del dictado de las primeras medidas para afrontar la pandemia emitidas por el Poder Ejecutivo Nacional, los distintos poderes judiciales del país han emitido un importante caudal de

¹ Delfina M. Cavallini Viale y Leandro E. Ferreyra, “Cincuenta decretos de Alberto Fernández. Desde su asunción, el Presidente dictó 38 decretos de necesidad y urgencia y 12 delegados”, blog palabrasdelderecho.com.ar.

² CSJ 000353/2020/CS001, 24/04/2020

resoluciones y sentencias que se relacionan directa e indirectamente con la posible afectación de derechos por las medidas de aislamiento social dispuestas. Esto es cabal demostración del funcionamiento del control judicial de la actividad administrativa en nuestro país, estando garantizado el cumplimiento de las garantías judiciales reguladas constitucionalmente y por tratados internacionales de protección de Derechos Humanos vigentes.³

Un análisis detallado del funcionamiento del Poder Judicial en nuestro país está disponible en el último reporte del CEJA⁴, en el cual sus autores⁵ dan cuenta de las modalidades que permitieron la continuidad del servicio de justicia y que para el caso de Argentina en el ámbito federal se garantizó la atención de causas urgentes, considerando tales, por lo menos: en materia penal, cuestiones vinculadas con privación de libertad, violencia urbana y doméstica, delitos contra la salud pública, delitos migratorios, interrupción de comunicaciones, aprovechamiento de calamidad, hábeas corpus, delitos contra integridad, seguridad pública y orden público; y, no penales, asuntos de familia urgentes, resguardo de menores, violencia de género y amparos.

Finalmente, todas las medidas de gobierno referidas a la crisis del coronavirus son informadas a la población en forma veraz y confiable, tanto a través del reporte oficial diario, respecto a la evolución de los datos epidemiológicos que brindan las autoridades del Ministerio de Salud de la Nación, como a las conferencias de prensa que realiza el Presidente de la Nación cuando se produce una novedad o modificación de las medidas de aislamiento social.⁶

³ Ampliar en Ramiro Vélez; Diez fallos destacados con relación al aislamiento social, preventivo y obligatorio. Un repaso por las decisiones más importantes dictadas en el marco de la pandemia y su impacto en las relaciones jurídicas. Publicado en el blog: palabrasdelde-recho.com.ar.

⁴ Ver Reporte CEJA: "Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19 Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales", Mayo 2020.

⁵ Jaime Arellano, Laura Cora, Cristina García y Matías Sucunza.

⁶ Dijo la Corte IDH en la Res. 1/2020; "El acceso a la información veraz y fiable, así como a internet, es esencial. Deben disponerse las medidas adecuadas para que el uso de tecnología

En definitiva se observa el cumplimiento de la directiva emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la actual situación sanitaria, en la que sostuvo que “es indispensable que se garantice el acceso a la justicia y a los mecanismos de denuncia, así como se proteja particularmente la actividad de las y los periodistas y las defensoras y defensores de derechos humanos, a fin de monitorear todas aquellas medidas que se adopten y que conlleven afectación o restricción de derechos humanos, con el objeto de ir evaluando su conformidad con los instrumentos y estándares interamericanos, así como sus consecuencias en las personas.”⁷

La medida de aislamiento social –que ha demostrado ser la única respuesta sanitaria posible para salvar vidas y proteger la salud pública- es prácticamente la única posibilidad que nuestra constitución le deja al Gobierno nacional, para no violar el ordenamiento jurídico y tener luego que responder nacional o internacionalmente por ello. El actual Estado Constitucional y Social de Derecho les impone a las autoridades a respetar el derecho a la salud de la población mediante políticas públicas activas y diferenciadas a fin de garantizar derechos fundamentales de los habitantes de nuestro país y, en especial, de determinados grupos de personas especialmente vulneradas⁸. Como lo sostuvo la Cámara que intervino en la causa judicial “Kingston” al declarar la constitucionalidad de las medidas de cuarentena, el aislamiento social, preventivo y obligatorio constituye una de las medidas de acción positiva a que se encuentra constitucionalmente obligado el Estado frente a la situación sanitaria que vivimos. También es obligación del Estado garantizar –mediante acciones positivas- los derechos fundamentales básicos de

de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del coronavirus COVID19, sea limitado y proporcional a las necesidades sanitarias y no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad, la protección de datos personales, y a la observancia del principio general de no discriminación.”

⁷ Corte IDH, Res. 1/2020.

⁸ Gutiérrez Colantuono, Pablo, Administración pública, juridicidad y derechos humanos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

aquellas personas que integran grupos sociales vulnerados económicamente y que, en el contexto de paralización de las actividades, pueden ver afectada su subsistencia, calidad de vida y derechos humanos primordiales, como –por ejemplo- el de alimentación.

En este contexto crítico, todas las personas que vemos afectados –razonablemente- algunos de nuestros derechos individuales, fundamentales o patrimoniales, tenemos que correlacionar solidariamente nuestros derechos con los deberes que como ciudadanos tenemos para con la comunidad y la humanidad. Se nos impone recordar en estos tiempos, que aquellos derechos que nos reconoce el ordenamiento jurídico, están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (art. 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

La crisis sanitaria, como no puede ser de otra forma, también afecta a la educación, como derecho fundamental y como una de las funciones indelegables del Estado. Como era de suponer, las medidas de aislamiento frente a la pandemia tuvieron un impacto directo en la educación universitaria y en sus tradicionales esquemas de funcionamiento. Las formas de adaptarse a la nueva situación fueron dispares en las distintas universidades del país: clases virtuales, exámenes parciales online, graduación es por Zoom, utilización de diferentes plataformas por alumnos y docentes, problemas de conectividad, en fin, de un día para el otro cambiaron los hábitos de las Altas Casas de estudio en tiempos de pandemia.

En este sentido, resulta necesario diferenciar la “educación a distancia” de la “educación en emergencia”. La primera de ellas (muy extendida en los últimos años en la educación universitaria privada) es aquella pensada, diagramada, planificada con la antelación suficiente para brindar contenidos académicos de manera no presencial. Pero la realidad que nos toca vivir a todos los que integramos la comunidad académica (incluyo a docentes, alumnos, no docentes, autoridades con responsabilidades

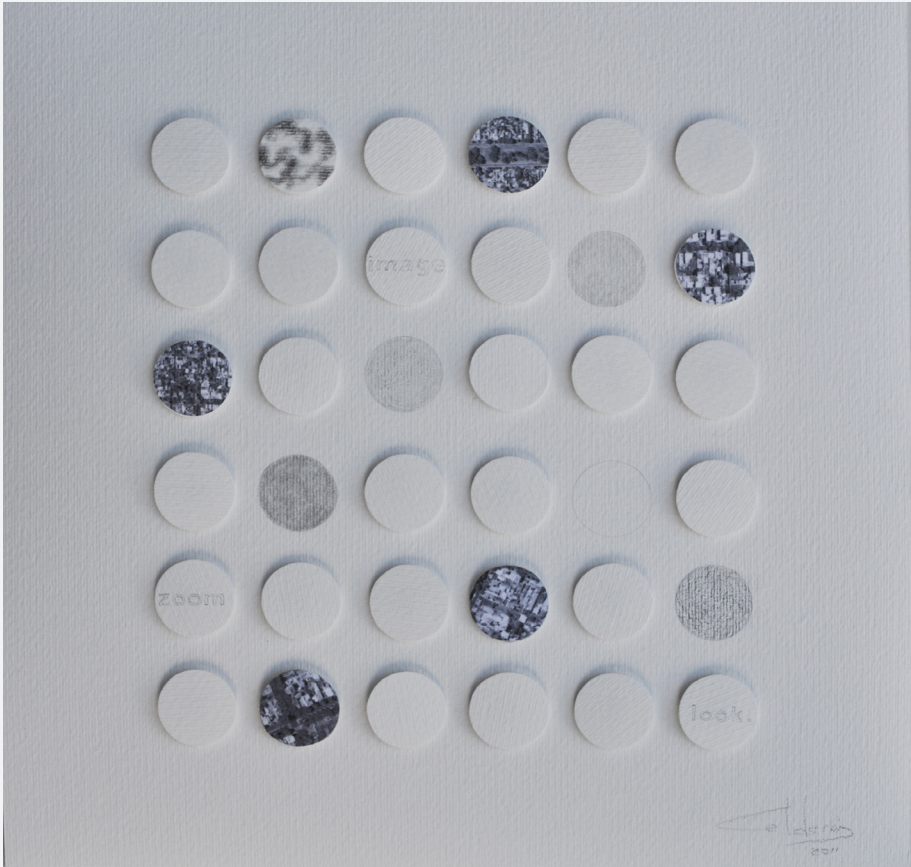
de gestión en las universidades y en los organismos públicos educativos) es una educación en “emergencia”. No existió tiempo para capacitación, formación, prueba y elección de plataformas online (se debió hacer sobre la marcha a partir del ensayo y error). Y contra “viento y marea” la educación en nuestras universidades continúa vigente gracias al esfuerzo de toda su comunidad.

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (ámbito de creación y funcionamiento de nuestra publicación) no es una excepción a lo que acabamos de comentar. Miles de alumnos continuaron cursando sus materias de manera remota, otros tantos lograron graduarse de abogados y escribanos de manera online. Seguramente habrá habido errores, o cosas para ir mejorando, pues la pandemia no dejó tiempo para nada y se debió ir aprendiendo sobre la marcha. Desde aquí nuestro reconocimiento a los alumnos, docentes, no docentes, y autoridades por el esfuerzo y por seguir apostando a una universidad pública, inclusiva y de calidad académica.

Finalmente, queremos darle la bienvenida al Staff Editorial de ReDeA a la Profesora Stefanía Alba Nájera. Como siempre, nos despedimos hasta el próximo número (16), correspondiente a la primavera 2020, que saldrá a la luz el 21 de septiembre.

STAFF EDITORIAL

ENSAYOS



Obra de Eleonora Calderón
Pandemonium

Bolero

Pensé en elaborar una lista de personas
con las que me he acostado,
seguramente serán miles
fragmentos de hombres y mujeres.

Resulta imposible amar el cuerpo completo.

Pienso mientras suena en el winco
el Bolero de Ravel;
¿tendré en mí algún vestigio del bailarín,
su cuerpo y su danza?

Un incremento perfecto en la música del círculo rojo.

Quizás tengo su boca en alguna otra boca
y mis manos esbozan una reverencia
en sus muslos... pienso.

Conservaré mis ojos en otros ojos
mi espalda en otros brazos.

El amor repartido en tanto nombres.

Autora: María Florencia Salvatore

Deuda privada y derechos humanos

Private debt and human rights

Dívida privada e direitos humanos

Dette privée et droits de l'homme

私人债务与人权

Juan Pablo Bohoslavsky¹

Universidad Nacional de Río Negro - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 20 junio), 27-68

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e388>

Recibido: 01/04/2020

Aprobado: 01/06/2020

Resumen: El objetivo de este artículo es contribuir a la comprensión de las violaciones de los derechos humanos que se producen en el ámbito de la deuda privada, centrándose específicamente en la deuda que ofrecen a los particulares y los hogares toda una gama de agentes crediticios que operan tanto en el sector formal como en el informal. Existen dos factores

¹ Experto Independiente en Deuda y Derechos Humanos de la ONU (2014-2020). (ORCID 0000-0002-7059-281X). Actualmente coordina el curso de posgrado en "Derechos humanos y políticas públicas en tiempos de Covid-19" en la Universidad Nacional de Río Negro.

Este artículo se basa en el informe temático que presenté al Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 2 de marzo de 2020. El informe se ha basado en las contribuciones recibidas (que se encuentran disponibles en línea www.ohchr.org/EN/Issues/Development/IEDebt/Pages/ReportPrivateDebt.aspx) como respuesta a la convocatoria pública efectuada durante 2019. También se benefició de las consultas y los numerosos debates que se mantuvieron con diversos especialistas en Princeton, Nairobi, Buenos Aires y Ginebra, entre octubre y diciembre de 2019. Quisiera agradecer a todos los especialistas y partes interesadas que contribuyeron durante el proceso, en particular a la Friedrich Ebert Stiftung y a la Open Society Foundation, así como al personal de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), que ofrecieron aportes valiosos. Finalmente, quisiera agradecer a Lena Lavinas por sus comentarios a los borradores de este artículo.

la pujanza de la oferta crediticia del sector financiero, cuyos promotores son la liberalización del mercado y el aumento de la financierización, y en segundo lugar, la reconfiguración de muchas de las necesidades humanas de reproducción social que se convierten en necesidades financieras insatisfechas, unida al estrepitoso fracaso del Estado en cuanto a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de todxs. El artículo concluye que las deudas privadas no solo pueden constituir la causa de violaciones de derechos humanos sino también su consecuencia. Estudia específicamente las repercusiones negativas que tienen, para los derechos humanos, las deudas relacionadas con el microcrédito, la salud, la educación y la vivienda, las prácticas coactivas y abusivas de cobro, la criminalización de los deudores, las deudas de lxs consumidorxs y las deudas migratorias, así como la servidumbre por deudas.

Palabras clave: deuda privada, mercado, derechos sociales, derechos humanos.

Abstract: The objective of this article is to contribute to the understanding of human rights violations that occur in the field of private debt, specifically in the debt offered to individuals and households by credit agents operating in both the formal and informal sector. There are two factors that promote private indebtedness: first, the credit supply of the financial sector, whose promoters are the liberalization of the market and the increase in financing. And secondly, the reconfiguration of many of the human needs of social reproduction that become unmet financial needs, along with the failure of the State to guarantee the economic, social and cultural rights. The article concludes that private debts can not only constitute the cause of human rights violations, but also their consequence. It specifically studies the negative repercussions, for human rights, of debts related to microcredit, health, education and housing, coercive and abusive collection practices, criminalization of debtors, consumer debts and immigration debts, as well as debt bondage.

Keywords: private debt, market, social rights, human rights.

Resumo: O objetivo deste artigo é contribuir a compreensão das violações de direitos humanos que ocorrem no campo da dívida privada, concentrando-se especificamente na dívida oferecida a indivíduos e famílias por toda uma gama de agentes de crédito que operam nos setores formal como no informal. Existem dois fatores que impulsionam o aumento do

endividamento privado: primeiro, a força da oferta de crédito do setor financeiro, cujos promotores são a liberalização do mercado e o aumento da financeirização, e em segundo lugar, a reconfiguração de muitas das necessidades humanas de reprodução social que se tornam em necessidades financeiras insatisfeitas, juntamente com o fracasso escandaloso do Estado em garantir os direitos econômicos, sociais e culturais de todos. O artigo conclui que as dívidas privadas não somente podem constituir a causa das violações dos direitos humanos mas também suas conseqüências. Estuda especificamente as repercussões negativas que têm, para os direitos humanos, as dívidas relacionadas ao microcrédito, a saúde, a educação e a moradia, as práticas de cobrança coercitiva e abusiva, a criminalização dos devedores, as dívidas de consumidores e as dívidas de imigração, assim como a servidão por dívida.

Palavras-chave: dívida privada, mercado, direitos sociais, direitos humanos

Résumé: L'objectif de cet article est de contribuer à la compréhension de celles violations des droits de l'homme qui se produisent dans le champ de la dette privée, en se concentrant spécifiquement sur la dette offerte aux particuliers et aux ménages par des gents de crédit qui opèrent dans les secteurs formelles et informelles. Il y a deux facteurs à l'origine de l'augmentation de l'endettement privé: premièrement, l'offre de crédit du secteur financier, où la libéralisation des marchés et l'augmentation du financement sont encouragés, et deuxièmement, la reconfiguration de nombreux besoins humains qui deviennent des besoins financiers non satisfaits, et en plus l'incapacité de l'État à garantir les droits économiques, sociaux et culturels. L'article conclut que les dettes privées peuvent non seulement constituer la cause de violations des droits de l'homme mais aussi leur conséquence. On étudie spécifiquement les répercussions négatives, pour les droits de l'homme, des dettes liées au microcrédit, à la santé, à l'éducation et au logement, aux pratiques de recouvrement coercitives et abusives, à la criminalisation des débiteurs, aux dettes des consommateurs et les dettes d'immigration, ainsi que la servitude pour dettes.

Mot-clés: Mots clés: dette privée, marché, droits sociaux, droits de l'homme.

摘要: 本文的目的是促进对私人债务领域中发生的侵犯人权行为的理解,特别是侧重于经营这两种行为的各种信贷机构向个人和家庭

提供的债务. 在正式和非正式部门. 导致私人债务增加的因素有两个:第一, 金融部门信贷供应的实力, 其推动力是市场自由化和金融化程度的提高;第二, 许多金融机构的重新配置. 人类对社会再生产的需求已成为无法满足的财政需求, 再加上国家在保障所有人的经济, 社会和文化权利方面的巨大失败. 文章得出结论, 私人债务不仅可以构成侵犯人权的原因, 而且可以构成其后果. 它专门研究了对人权的负面影响, 这些负面影响涉及与小额信贷, 健康, 教育和住房, 强制性和滥用收款行为, 将债务人定罪, 消费者的债务和移民债务以及债务束缚.

关键词: 债务, 市场, 社会权利, 人权

I. Introducción

La deuda de las personas o de los hogares no es un problema *per se*. La capacidad de obtener préstamos dentro de los límites de la propia solvencia financiera puede mejorar el nivel de vida de las personas y darles acceso a unos servicios que, de otro modo, quedarían fuera de su alcance. También puede ayudar a activar y apuntalar la economía. En ocasiones, la deuda de los particulares o de los hogares también puede favorecer la movilidad o la integración sociales y ser un factor determinante de la inclusión social.

Sin embargo, el endeudamiento excesivo (entendido, a los efectos de este artículo, como una deuda cuya amortización y gastos conexos priven al deudor de los recursos que necesita para ejercer sus derechos humanos de manera sostenible), las cláusulas contractuales abusivas y las prácticas de cobro abusivas se convierten en una carga y en una amenaza para los particulares o los hogares, ya que pueden convertirse, para muchos de ellos, en una trampa que ponga en peligro el ejercicio de sus derechos humanos. A su vez, la deuda privada no solo puede ser la consecuencia de violaciones de derechos humanos sino también su causa: la pobreza y la desigualdad en un contexto de creciente financierización de bienes públicos empuja a la gente a que contraiga más y más deuda privada.

El notable incremento de la deuda privada se debe, en gran medida, a la deuda empresarial y, en menor medida, a la deuda de los hogares, los préstamos y los títulos de deuda², lo que tiene profundas repercusiones sobre los sistemas económicos y financieros mundiales y sobre la capacidad de los Estados de cumplir sus obligaciones de derechos humanos. Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), a finales de 2017, el volumen de la deuda mundial ascendía a 213 billones de dólares de los Estados Unidos, suma que equivalía al 262 % del producto interno bruto (PIB) mundial y que representaba un incremento considerable en comparación con las de 2008 (240 %) y 1980 (140 %). La acumulación de un volumen de deuda privada que representaba más de dos tercios de la deuda mundial en 2017 contribuyó, en gran medida, al fuerte aumento general de la deuda³, cuyo común denominador fue el endeudamiento privado en moneda extranjera. Tales tendencias revelan que ha habido un cambio fundamental en las obligaciones que tienen los Estados de garantizar el acceso, la disponibilidad, la asequibilidad y la calidad del ejercicio de los derechos humanos, en favor del poder de los mercados liberalizados⁴.

Según lo declaró el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2019⁵, la cuestión de la deuda externa, tanto pública como privada, está íntimamente ligada al aumento de la desigualdad en el mundo y a los obstáculos derivados de la carga de la deuda que se oponen al desarrollo humano sostenible, que comprende el cumplimiento de lo dispuesto en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible gracias a una financiación adecuada.

² Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Trade and Development Report 2019*, pp. 74 y 75.

³ *Ibid.*, p. 76.

⁴ Maurizio Lazzarato, *Governing by debt*, Semiotext(e), 2015; Susanne Soederberg, *Debtfare State and the Poverty Industry: Money, Discipline and Surplus Population* (Routledge, 2014).

⁵ Resolución 40/08.

El rol del Estado es vital para contrarrestar la asimetría de poder contractual entre las partes de un contrato de deuda privada a fin de lograr una protección efectiva de los derechos humanos⁶. Tal como lo sostiene David Kinley, existen dos problemas principales cuando lidiamos con nociones básicas de responsabilidad de las instituciones financieras. Uno es el *narcisismo* –las externalidades en materia de derechos humanos son incuantificables y/o irrelevantes-, el otro es el *excepcionalismo* –la percepción de que, dado su poder, el sector financiero justifica su existencia como un fin en sí mismo.⁷

Desafortunadamente, pensar la deuda privada desde una perspectiva de derechos humanos, de una manera sistemática, no constituye una práctica común en ámbitos académicos y de políticas públicas si se la compara, por ejemplo, con la atención que merecen los problemas vinculados a la deuda pública. Así, el propósito de este artículo es contribuir a la discusión en torno a las violaciones de derechos humanos en el contexto de la deuda privada, focalizando en la deuda de los individuos y del hogar.

Dentro de la categoría de “deuda de los particulares y de los hogares” se pueden incluir muchas formas de deuda privada, así como diversos tipos de acreedores y deudores. Incluso se puede incluir en ella a las pequeñas empresas familiares que obtienen crédito por cauces formales e informales. Las vulneraciones de derechos humanos más directas y atroces que sufren los prestatarios privados afectan a particulares y hogares endeudados, sobre todo en el caso de las personas y los hogares que viven en la pobreza o la marginación o en el de aquellos a los que se empuja a caer en la “trampa de la deuda”. La deuda empresarial solo se estudiará en un plano general para ofrecer una perspectiva del peso que tiene en la economía mundial. No obstante, la deuda privada empresarial, unida a la deuda de los

⁶ James Galbraith, “Inequality, debt, and human rights”, *Humanity*, 2019, Vol. 10:3, pp. 460-4.

⁷ David Kinley, *Necessary Evil. How to Fix Finance by Saving Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2018, p. 4.

hogares, también puede repercutir gravemente en la economía, y por tanto en los derechos humanos, como se explica en la Sección II.

Este artículo se organiza del siguiente modo. La Sección II explica los vínculos que existen entre la creciente deuda privada, la macroeconomía, la desigualdad y la deuda pública. La Sección III presenta las tipologías de endeudamiento privado incluyendo las deudas relacionadas con el microcrédito, la salud, la educación y la vivienda, las prácticas coactivas y abusivas de cobro, la criminalización de los deudores, las deudas de los consumidores y las deudas migratorias, así como la servidumbre por deudas. La Sección IV describe los estándares de derechos humanos más relevantes en materia de deuda privada. La Sección V presenta las conclusiones.

II. Deuda privada, macroeconomía y deuda pública

Los servicios de producción de crédito y de intermediación financiera fuertemente privatizados han sido el principal factor que ha impulsado el fuerte incremento de la deuda privada en las economías en desarrollo desde el decenio de 1980⁸. Después de la crisis financiera de 2008, se han seguido expandiendo el sistema bancario paralelo y otras actividades crediticias, a pesar de los esfuerzos regulatorios realizados. Según la UNCTAD, desde entonces el volumen de los servicios de intermediación financiera extrabancaria se ha duplicado en comparación con el de los servicios de las bancas convencional y pública, y ha registrado un porcentaje del 48,2 % del total de los activos financieros mundiales, que supera el porcentaje (43,9 %) de los bancos comerciales y de las instituciones financieras públicas.

A pesar de que el endeudamiento público de los países en desarrollo ascendió al 51 % en 2017, es evidente que el fenómeno más alarmante es el auge sin precedentes de la deuda privada. Si bien cabe achacar una gran proporción de esta deuda privada

⁸ UNCTAD, *Trade and Development Report 2019*, p. 76.

a que los países en desarrollo de ingresos altos han podido dotarse de unos sistemas financieros y bancarios nacionales más complejos y han tenido mayores facilidades para acceder a los mercados financieros internacionales, también se han observado unas tendencias de incremento del endeudamiento general de los países en desarrollo de ingresos medianos y bajos desde 2012. Por ejemplo, la relación entre la deuda pública y el PIB de los países de ingresos altos pasó del 34 % en 2008 al 50 % en 2017 y su endeudamiento total alcanzó el 215 % del PIB, debido, en gran medida, al pronunciado incremento de la deuda privada en la etapa inmediatamente posterior a la crisis financiera mundial⁹. A pesar de la tendencia alcista de la deuda de los hogares que registraron las economías emergentes, que se incrementó del 25,4 % en 2011 al 40 % en 2018, también la concesión de préstamos a empresas no financieras influyó decisivamente en el aumento general de la deuda privada no financiera.

En varios estudios se ha señalado que hay una relación estrecha entre la acumulación de deuda privada, la inestabilidad macroeconómica y las crisis de deuda soberana: el auge de la deuda privada ha ido ligado, en algunos países, a la desaceleración económica y suele constituir un indicador preciso de inestabilidad financiera¹⁰. Asimismo, el aumento de la desigualdad puede conducir a un exceso de préstamos y empréstitos privados, lo que, a su vez, puede repercutir en la estabilidad financiera y provocar, a largo plazo, una crisis de la deuda¹¹.

La deuda de los particulares y de los hogares representa una proporción significativa de la deuda privada de la mayoría de los países y puede resultar de la adopción de una serie de medidas económicas, como medidas de privatización, de austeridad o de flexibilización del mercado laboral, que rebajan el salario

⁹ *Ibid.*, p. 77.

¹⁰ Juan Pablo Bohoslavsky, "Economic inequality, debt crises and human rights", *Yale Journal of International Law*, vol. 41, núm. 2 (2016).

¹¹ A/HRC/31/60, párr. 22.

de los trabajadores no calificados y alimentan la desigualdad¹². Por ejemplo, aunque el desempleo haya registrado su cifra más baja en casi cuatro decenios en los países pertenecientes a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, los salarios reales no se han recuperado, o han crecido a un ritmo más lento que el del decenio anterior a la crisis financiera de 2008¹³. Por otra parte, han subido los gastos de salud, vivienda, alimentación y educación, pero se han recortado o reducido las prestaciones sociales.

A medida que ha aumentado la diferencia entre los ingresos nominales y las necesidades de efectivo, los hogares han recurrido cada vez más al endeudamiento para satisfacer sus necesidades de consumo. Problemas parecidos han afrontado los países en desarrollo, en los que la expansión del crédito al consumo ha contribuido considerablemente al crecimiento del PIB pero muchos consumidores han entrado en un ciclo de endeudamiento excesivo y pobreza, debido a esos préstamos. Incluso el Fondo Monetario Internacional (FMI) ha reconocido que el crecimiento de la deuda de los hogares puede frenar la recuperación económica, que ya es débil, y prolongar la actual fase de crecimiento escaso¹⁴.

Asimismo, una deuda de los hogares elevada puede repercutir negativamente en la economía. Llegado a cierto punto, el endeudamiento lastra la productividad, el consumo y el crecimiento y provoca un desequilibrio insostenible¹⁵. Si la deuda privada es demasiado alta, los consumidores y las empresas tienen que desviar una proporción mayor de sus ingresos para pagar los intereses y el principal de esa deuda, con el resultado

¹² Jean-Michel Servet y Hadrien Saiag, "Household over-indebtedness in Northern and Southern countries: A macro-perspective", *Microfinance, Debt and Over-Indebtedness*, Isabelle Guérin y otros (eds.) (Routledge, 2014), p. 26.

¹³ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, *Economic Outlook*, vol. 2019, n° 1, p. 8.

¹⁴ FMI, *Informe sobre la estabilidad financiera mundial 2019*, Ginebra, 2017, p. 53.

¹⁵ *Ibid.*, p. 78. Véase también Servet y Saiag, "Household over-indebtedness in Northern and Southern countries", p. 28.

de que gastan e invierten menos. En un número de crisis financieras, el aumento de la deuda de los consumidores ha creado burbujas de activos de inversión, que han dado lugar a colapsos financieros. En muchos casos, la deuda privada se nacionaliza mediante programas de rescate financiero, que agudizan los desequilibrios del sector público y pueden provocar crisis de la deuda soberana¹⁶. El auge sin precedentes de la deuda privada constituye, sin duda, el mayor pasivo contingente de la deuda pública en caso de crisis de deuda¹⁷.

Está generalmente reconocido que hay una correlación entre la deuda privada y la desigualdad. En diversos estudios se indica que la deuda de los hogares y la porción de ingresos más elevados están correlacionados positivamente; por tanto, la desigualdad de ingresos aumenta cuando crece la deuda privada¹⁸. Según la argumentación basada en la demanda de crédito, la deuda privada se acrecienta cuando los hogares tratan de mantener ciertos niveles absolutos o relativos de consumo en una situación de desigualdad creciente; en otros términos, las personas toman más empréstitos para mantener su nivel de vida. Este fenómeno también puede agravarse a causa de la desigualdad; en una sociedad muy desigual, a los hogares de ingresos bajos les puede ir peor que a los que tienen ingresos idénticos en una sociedad más igualitaria¹⁹. Además, la solicitud de empréstitos por parte de los hogares se ha convertido en un mecanismo de reproducción social. No cabe duda de que el crédito es cada vez más importante para acceder a los servicios públicos esenciales, como los de educación y salud. Por tanto, el acceso desigual al crédito puede agravar las desigualdades sociales y económicas existentes²⁰.

¹⁶ UNCTAD, *Trade and Development Report 2017*, Ginebra, 2017, pp. 100 y 106.

¹⁷ UNCTAD, *Trade and Development Report 2019*, pp. 76.

¹⁸ Véase también UNCTAD, *Trade and Development Report 2017*, pp. 103 y 104.

¹⁹ Véase A/HRC/31/60.

²⁰ Lena Rethel, "Financialisation and the Malaysian Political Economy", *Globalizations*, vol. 7, núm. 4 (2010).

Una política común de respuesta en caso de crisis financiera ha sido la de proteger a las instituciones financieras y las grandes empresas, lo que, de por sí, protege a los hogares más ricos, que son los propietarios de sus activos, en lugar de a los hogares de ingresos medianos y bajos²¹. Además, la mayoría de los países recurren a la austeridad para hacer frente a las crisis financieras, y los recortes drásticos de la protección social y de los empleos del sector público agravan la brecha de la desigualdad. Las medidas de austeridad suelen afectar a quienes se encuentran en situación vulnerable, como los pobres, no a los acreedores. En el caso de las mujeres, el acceso (o la falta de acceso) a la seguridad social y a la deuda privada están ligados estrechamente²². Por un lado, el acceso de las mujeres al crédito se puede ver comprometido por los recortes de las prestaciones sociales, que, por otro lado, son esenciales para prevenir el endeudamiento excesivo²³.

A su vez, el incremento de los niveles de desigualdad puede contribuir, de manera directa o indirecta, a que aumenten la deuda privada y las crisis financieras. En la medida en que la desigualdad de los ingresos guarda una relación directa con la base imponible del impuesto sobre la renta, unos niveles altos de desigualdad indican que la base imponible no es lo suficientemente progresiva. También hay algunos partidarios de la idea de que el incremento de la desigualdad es perjudicial para el crecimiento económico²⁴, y los datos empíricos indican que está ligado con el estallido de crisis financieras más frecuentes

²¹ UNCTAD, *Trade and Development Report 2017*, pp. 108.

²² Luci Cavallero y Verónica Gago, *Una lectura feminista de la deuda*, Fundación Rosa de Luxemburgo, Buenos Aires, 2019.

²³ Julia Callegari, Pernilla Liedgren y Christian Kullberg, "Gendered debt: a scoping study review of research on debt acquisition and management in single and couple households", *European Journal of Social Work*, 2019, pp. 9.

²⁴ Jonathan D. Ostry, Andrew Berg y Charalambos G. Tsangarides, "Redistribution, Inequality, and Growth", FMI, 2014, pp. 15. Posteriormente el Banco Mundial puso en tela de juicio la verdad de las conclusiones en *Poverty and Shared Prosperity 2016: Taking on Inequality* (Banco Mundial, Washington, 2016), pp. 71.

y generalizadas²⁵. La fiscalidad regresiva y la ralentización del crecimiento económico pueden reducir los ingresos públicos y provocar una dependencia mayor respecto de los préstamos externos, que puede degenerar finalmente en una crisis de la deuda soberana. Los estudios empíricos demuestran que hay, en efecto, una correlación positiva entre la desigualdad de los ingresos, el déficit presupuestario y la deuda soberana²⁶.

Por otra parte, el incremento de los ingresos de los más ricos también incrementará sus ahorros, lo que dará lugar a una acumulación inmensa de patrimonio privado. Esta oferta creciente de capital requiere más oportunidades de inversión y, por consiguiente, fomenta la oferta de crédito, incluso la dirigida a los prestatarios que entrañan mayor riesgo²⁷.

Cabe recordar que no siempre se dispone de datos mundiales, regionales o a veces nacionales sobre la deuda privada de los hogares que sean exactos y completos. La base de datos sobre la deuda mundial del FMI²⁸ es un instrumento importante en este ámbito, ya que ofrece una combinación de recursos e información; no obstante, también muestra que aún no se dispone de datos sobre la deuda privada de los hogares de muchos países o de períodos largos y comparables. Hay muchos casos de empréstitos y préstamos informales (e incluso ilegales) de particulares y hogares que no están registrados, contabilizados o debidamente calculados. En algunos países, el peso de la economía informal es inmenso, y es probable que una gran parte de la deuda privada de los hogares se mantenga fuera de los sistemas financiero, bancario y extrabancario. Es posible que otra parte de la deuda de los hogares esté mezclada con los cálculos más generales de las corrientes financieras ilícitas, por ejemplo

²⁵ UNCTAD, *Trade and Development Report 2017*, pp. 110.

²⁶ Véase A/HRC/31/60.

²⁷ Photis Lysandrou, "Global Inequality, Wealth Concentration and the Subprime Crisis: a Marxian Commodity Theory Analysis", *Development and Change*, vol. 42, núm. 1 (2011), pp. 183.

²⁸ www.imf.org/external/datamapper/datasets/GDD.

los del total de la deuda que se tiene con los traficantes de migrantes y las deudas de tránsito que se tienen con las autoridades de fronteras corruptas. Por tanto, sería incorrecto adoptar un enfoque puramente cuantitativo de la deuda privada y los derechos humanos en ámbitos como estos. De todos modos, tal planteamiento sigue siendo, en gran medida, imposible sin una recopilación y un análisis adecuados de los datos y que solo ofrecería una mirada parcial de las complejidades de la deuda de los particulares y de los hogares desde una perspectiva de derechos humanos.

III. Tipología del endeudamiento privado de los hogares: causa y consecuencia de las violaciones a los derechos humanos

La deuda de los hogares puede ser tanto causa como consecuencia de vulneraciones de los derechos humanos. Frecuentemente, los prestamistas privados se benefician de ello (y lo promueven), incluso en detrimento de los derechos humanos de los prestatarios.

Algunos grupos en situación vulnerable se ven más afectados por los préstamos privados abusivos. Por otra parte, las personas que sufren desigualdades acumulativas o interseccionales suelen ser objeto de múltiples formas de discriminación que, en el ámbito de la deuda privada y los derechos humanos, se traducen en diversas clases de deudas cuyos perjuicios en materia de derechos humanos se agravan recíprocamente.

A. Microcrédito y deuda

El microcrédito, que está generalizado en muchos países, tenía originalmente como objetivo sacar a las personas de la pobreza mediante su inclusión financiera y su “emancipación económica”, sobre todo en las economías emergentes y en desarrollo. Uno de los grupos de destinatarios principales es la población de las zonas rurales, dentro del cual se suele

otorgar preferencia a las mujeres que toman empréstitos²⁹. No obstante, el microcrédito ha resultado tener, en muchos casos, efectos opuestos a los previstos³⁰, entre ellos el de incrementar el endeudamiento excesivo y el de crear una “trampa de la pobreza”³¹. En una serie de estudios se ha señalado que los préstamos, en lugar de servir para potenciar el emprendedurismo o las empresas productivas, se han utilizado a menudo para cubrir otros gastos, como el pago de alquileres o fianzas, tasas escolares o gastos de salud. Se ha comprobado que la microfinanciación tiene algunos beneficios a corto plazo, pero también que acrecienta la deuda y, así, agudiza el empobrecimiento, la desintegración familiar e incluso las tasas de suicidio. Además, se han hallado pruebas de que la microfinanciación presenta deficiencias que impiden el desarrollo³², con lo cual bloquean otras políticas que podrían tener unos efectos más sostenibles, y entraña mayores costos de oportunidad.

Es cierto que, cuando la microfinanciación está bien dirigida, ha habido casos en que ha beneficiado a los receptores³³. No obstante, ha habido muchos casos de préstamos y empréstitos excesivos que han ocasionado crisis de microfinanciación en países como Bangladesh, Bolivia, Bosnia y Herzegovina y Camboya. En general, los problemas esenciales son que quienes viven en la pobreza carecen de redes de seguridad cuando aumenta su deuda privada y que algunos Estados no han regulado el microcrédito ni a los prestamistas.

Es una práctica común utilizar los préstamos para sufragar las necesidades básicas y una serie de derechos económicos,

²⁹ Comunicación del Comité de Abolición de la Deuda del Tercer Mundo.

³⁰ Véase Isabelle Guérin, Marc Labie y Jean-Michel Servet, *The crisis of microcredit* (Zed Books, Londres, 2015).

³¹ Milford Bateman y Ha-Joon Chang, “Microfinance and the Illusion of Development: From Hubris To Nemesis in Thirty Years”, *World Economic Review*, núm. 1 (2012), p. 14.

³² Milford Bateman, Stephanie Blankenburg y Richard Kozul-Wright, *The Rise and Fall of Global Microcredit: Development, Debt and Disillusion* (Routledge, Nueva York, 2019).

³³ Gershman y Morduch, “Credit is not a right”, p. 22.

sociales y culturales. Diversos estudios apuntan a que en Camboya, como también al parecer en muchos otros países³⁴, la mayor parte de los micropréstamos se utilizaron con fines no productivos, por ejemplo el consumo, el servicio de deudas preexistentes y el pago de gastos imprevistos, como los de enfermedades y accidentes³⁵.

Los tipos de interés que se cobran por los préstamos suelen dejar desamparados a los prestatarios cuando aumenta su deuda. En Marruecos, donde se ha promovido el modelo del microcrédito con fondos públicos, esta clase de crédito oscila entre 52 dólares y 5.200 dólares y tiene un elevado tipo de interés medio, del 35 %³⁶. Los prestamistas suelen imponer unas cláusulas contractuales leoninas y ejercer prácticas abusivas, como cobrar un tipo de interés del 220 %, y los cobradores de deudas también suelen ejercer esa clase de prácticas, entre ellas el acoso, lo que lleva a los prestatarios a la desesperación e incluso al suicidio³⁷. Las mujeres suelen ser beneficiarias de microcréditos, por lo que se ven afectadas específicamente por esas prácticas. El hundimiento del sector microfinanciero de Andhra Pradesh (India) en 2010 fue un trágico ejemplo de cómo unas instituciones microfinancieras impulsadas por las empresas se volcaron en las personas en situación de pobreza, a quienes cobraron unos tipos de interés exorbitantes por sus préstamos, fomentando así el endeudamiento excesivo y llevando a los prestatarios a una situación extrema, lo cual hizo que se perdieran más de 1.000 millones de dólares en préstamos³⁸.

³⁴ Hugh Sinclair, *Confessions of a Microfinance Heretic: How Microlending Lost Its Way and Betrayed the Poor* (Berrett-Koehler Publishers, San Francisco, 2012).

³⁵ Maryann Bylander, "Credit as coping: rethinking microcredit in the Cambodian context", *Oxford Development Studies*, vol. 43, núm. 4, p. 546.

³⁶ *Le microcrédit au Maroc: quand les pauvres financent les riches*, ATTAC/CADTM, 2017.

³⁷ A/HRC/40/57/Add.2, párrs. 78 a 80.

³⁸ Philip Mader, "The Instability of Commercial Microfinance: Understanding the Indian Crisis with Minsky", en Bateman y otros, *The Rise and Fall of Global Microcredit*, cap. 10.

Durante la visita que realizara a Sri Lanka en 2018 tuve conocimiento de la cantidad, la frecuencia y la gravedad de los abusos de los prestamistas, que afectaban a las mujeres sobre todo. Por ello recomendé al gobierno, entre otras cosas, que ampliara la legislación vigente por la que se regían las licencias microfinancieras, para que todas las instituciones crediticias estuvieran reglamentadas y se declararan nulos (o anulables) los microcréditos abusivos; que velara por que los necesitados dispusieran de programas de alivio de la deuda, y que reconociera a las víctimas el derecho a solicitar la devolución del dinero por concepto de indemnización³⁹.

B. Deuda sanitaria

La deuda sanitaria —que ocasiona una inseguridad financiera y un empobrecimiento crecientes en muchos hogares del mundo, debido a la necesidad de servicios de maternidad, a una hospitalización imprevista, a una enfermedad crónica, a la necesidad de medicamentos caros o raros o al uso frecuente de servicios e instalaciones— suele deberse a unos gastos médicos directos elevados que las personas no se pueden costear. Tales gastos exponen, cada vez más, a las personas al riesgo de sufrir dificultades financieras; según los cálculos mundiales, unos 33 millones de personas afrontan cada año problemas financieros por tener que pagar intervenciones quirúrgicas básicas directamente de su bolsillo, lo que las empuja a la pobreza⁴⁰.

El factor primario al que obedecen los elevados gastos directos es la falta de acceso a una atención, unos servicios o unas instalaciones esenciales de salud adecuados: más del 50 % de la población mundial carece de acceso a una atención sanitaria esencial y, en la mayoría de los países, la accesibilidad y la asequibilidad de esta atención son reducidas o no están

³⁹ A/HRC/40/57/Add.2, párr. 97.

⁴⁰ OIT, *Protección social universal para la dignidad humana, la justicia social y el desarrollo sostenible*, Conferencia Internacional del Trabajo, 108ª reunión, Ginebra, 2019, p. 111.

garantizadas. En muchos países, los planes de salud pueden cubrir muy pocas intervenciones, no cubrir los medicamentos u ofrecer una protección financiera insuficiente⁴¹; el seguro de salud no protege necesariamente a los asegurados contra las deudas médicas.

Parece que, por ejemplo, en Estados Unidos una de cada tres personas afirma tener dificultades para pagar sus gastos médicos, a pesar de que muchas de las que registran deudas médicas están aseguradas⁴². A menudo, los asegurados deben efectuar gastos muy elevados en coberturas deducibles, copagos y otros cargos, que en ocasiones no se pueden permitir⁴³.

El gasto médico catastrófico se adjudica también a la existencia de prácticas de medicina privada no reglamentadas ni organizadas en algunos países⁴⁴. La implantación de un régimen sanitario universal adecuado y la asignación de fondos y recursos públicos suficientes pueden ser medios decisivos para reducir los elevados gastos médicos directos y, por tanto, la pobreza y el endeudamiento por motivos de salud.

La deuda sanitaria puede tener consecuencias de largo plazo y muy destructivas para los deudores particulares, con independencia de que se deba a una única intervención o a un gasto corriente necesario para sobrevivir. Las personas que tienen una deuda médica se hallan en una situación particularmente vulnerable, ya que suelen haber perdido su fuente de ingresos, a causa de una enfermedad o de lesiones. Los hogares endeudados pueden vender sus bienes o solicitar más

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Karen Pollitz y otros, "Medical Debt among People with Health Insurance", Henry J. Kaiser Family Foundation, 2014.

⁴³ David Bank y Jenny Griffin, "Financing Out-of-Pocket Medical Debt and Keeping Bill Collectors at Bay", Aspen Institute, 2015.

⁴⁴ Wim Van Damme y otros, "Out-of-pocket health expenditure and debt in poor households: evidence from Cambodia", *Tropical Medicine and International Health*, vol. 9, núm. 2, p. 278; Organización Mundial de la Salud (OMS), "India tries to break cycle of health-care debt", *Boletín de la OMS*, vol. 88, núm. 7, 2010.

empréstitos para amortizar esa deuda, con lo cual caen en la trampa del endeudamiento y, por ende, en la de la pobreza.

La falta de alimentos, la insuficiencia de alimentos nutritivos, la malnutrición y el hambre perjudican gravemente la salud física de las personas, sobre todo la de los niños, las embarazadas, los enfermos crónicos y las personas de edad. Para quienes se hallan en situación de mora en sus pagos o de impago, las facturas y el hambre están muy ligados, lo que los obliga, en ocasiones, a solicitar “préstamos avalados por el cobro del próximo salario” y ayuda alimentaria. El Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos ha comprobado que el recurso a los bancos de alimentos casi se cuadruplicó entre 2012-2013 y 2017-2018 y que actualmente hay más de 2.000 bancos de alimentos en el Reino Unido, cuando no había más que 29 en el apogeo de la crisis financiera⁴⁵.

En algunas partes del mundo, quienes no están en condiciones de pagar su deuda médica pueden quedar recluidos en centros médicos (públicos o privados). Sigue sin conocerse la magnitud de esta práctica, pero de la escasa investigación ecdémica que se ha hecho al respecto se deduce que probablemente haya centenares de miles de afectadxs al año. En concreto, se ha observado que en diversos países se impone la “reclusión médica” por el impago de facturas médicas⁴⁶.

La deuda privada de los hogares resultante de gastos de salud suele acrecentar los ingresos de los agentes privados, que convierten el acceso a la atención de la salud y los medicamentos en una mercancía y un modelo de negocio sumamente rentables. El costo de los medicamentos esenciales, cuando no está regulado por el Estado o se encuentra protegido por patentes y negociaciones secretas y se halla, por tanto, librado

⁴⁵ A/HRC/41/39/Add.1, párr. 22.

⁴⁶ Se ha observado esta práctica en el Camerún, Ghana, Kenya, la India, Indonesia, Liberia, Nigeria, la República Democrática del Congo, Uganda y Zimbabwe; véase Robert Yates, Tom Brookes y Eloise Whitaker, “Hospital Detentions for Non-payment of Fees: A Denial of Rights and Dignity”, Research Paper, Centre on Global Health Security, 2017.

a las “fuerzas del mercado”, es una de las causas principales del incremento de la deuda sanitaria y un grave problema desde la perspectiva de los derechos humanos⁴⁷.

C. Deuda educativa

Millones de hogares de todo el mundo adoptan decisiones difíciles sobre la educación de lxs niñxs y los adolescentes, que se suelen basar en consideraciones económicas y en su dependencia total del acceso al crédito. En algunos casos, los hogares tienen que escoger qué miembro de la familia “merece” más una educación, lo que, en ocasiones, significa solo el primogénito, o el hijo y no la hija. Pese a que los Estados tienen la obligación de ofrecer enseñanza pública gratuita, 262 millones de jóvenes de edad comprendida entre los 6 y los 17 años seguían sin escolarizar en 2017 y más de la mitad de lxs niñxs y los adolescentes no reunían los requisitos mínimos de competencia en lectura y matemáticas⁴⁸.

El reclamo de que se prevenga el riesgo de endeudamiento excesivo obedece a una situación que se agrava en todo el mundo, y también puede referirse, con frecuencia, al endeudamiento para sufragar los gastos de la enseñanza secundaria. También han aumentado los préstamos estudiantiles, dado que se han impuesto medidas de austeridad en el sistema de educación pública de muchos países, se han expandido las escuelas privadas y ha subido rápidamente el costo de la educación⁴⁹. Como ha subrayado la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, las escuelas que tienen fines de lucro pueden intentar aumentar lo máximo posible sus beneficios cobrando tasas elevadas o recortar gastos reduciendo las partes más caras del plan de estudios, expulsando a lxs alumnxs que necesitan

⁴⁷ Véase <https://msfaccess.org/secret-medicine-prices-cost-lives>.

⁴⁸ Véase A/HRC/41/37.

⁴⁹ Michael Lim, Mah Hui y Jomo Kwame Sundaram, “Transforming Society, Financialization Destroys Social Solidarity”, Inter Press Service, 4 de junio de 2019.

más apoyo o no manteniendo debidamente las instalaciones escolares⁵⁰.

Los préstamos estudiantiles para sufragar la enseñanza superior se suelen considerar una inversión positiva y una “deuda buena”, ya que pueden ayudar a obtener mejores calificaciones académicas y oportunidades de empleo y ofrecer una estabilidad financiera a una persona y a toda su familia. Sin embargo, los datos empíricos consultados indican que esos préstamos ya no garantizan la movilidad social ni la estabilidad financiera. La concentración cada vez mayor del mercado laboral y la parálisis del incremento salarial hacen que lxs graduadxs suelen tener dificultades para encontrar un empleo que les permita amortizar la deuda⁵¹.

En Fiji, se prevé que lxs estudiantes que reciban préstamos del Plan de Préstamos para la Enseñanza Superior destinen a amortizarlos el 20 % del sueldo bruto que perciban cuando obtengan empleo⁵². En Tailandia, para favorecer el acceso a las enseñanzas secundaria y superior de lxs hijxs de familias de ingresos bajos, el gobierno recurrió a un fondo especial para conceder préstamos a 2,9 millones de beneficiarios de 1996 a 2007⁵³; sin embargo, hubo casos de dificultades de amortización e impago de deudas, debido, por ejemplo, a problemas económicos derivados del desempleo⁵⁴. En Chile, en la universidad, el interés de los préstamos estudiantiles ha subido al 6 %, con lo

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Michael Corkery y Stacy Cowley, “Household Debt Makes a Comeback in the U.S.”, *New York Times*, 17 de mayo de 2017.

⁵² A/HRC/32/37/Add.1, párr. 39.

⁵³ Piruna Polsir y otros, “Thailand’s Student Loans Fund: An analysis of interest rate subsidies and repayment hardships”, en Shiro Armstrong y Bruce Chapman, *Financing Higher Education and Economic Development in East Asia* (Australian National University press, Canberra, 2011), p. 221.

⁵⁴ Amara Tirasriwat, “Analysis of Problems on Student Loan Defaults in Thailand and Guideline Solutions”, XIV Conferencia Internacional sobre Empresas y Economía, Bangkok, 5 a 8 de enero de 2015.

cual los prestatarios pueden tardar décadas en amortizarlos⁵⁵. Se sabe que los grupos más vulnerables tienen dificultades para pagar sus deudas y que las personas más afectadas son específicamente las que acuden a escuelas técnicas superiores y universidades⁵⁶.

D. Deudas de vivienda y servicios públicos

La financierización de la vivienda, los préstamos abusivos y la deuda hipotecaria impagable de los hogares, que fueron las causas primarias de la crisis financiera de 2008, ilustran la relación que hay entre la deuda de los hogares y la liberalización de los mercados financieros, que van en detrimento de la población y tienen consecuencias devastadoras en forma de miles de ejecuciones hipotecarias, desalojos generalizados, desplazamientos y falta de hogar en los países del Norte y cada vez más en los del Sur globalizado. La Relatora Especial sobre el derecho a una vivienda adecuada ya en 2012 había advertido acerca de las prácticas de concesión de préstamos leoninos a las personas en situación de pobreza y más marginadas, que conducían a éstas a la trampa del endeudamiento como única posibilidad de procurarse una vivienda, y acerca del hecho de que los Estados, en ocasiones, de hecho favorecían ese proceso y, en otras, hacían caso omiso de los riesgos que ello entrañaba para la población y la economía en general⁵⁷.

En 2017, la Relatora Especial sobre derecho a una vivienda adecuada señaló también que la financierización de la vivienda estaba relacionada con la ampliación del crédito y la deuda contraída por los hogares vulnerables a las prácticas de concesión de préstamos leoninos y con la inestabilidad de los mercados, y que el resultado de ello era la “precariedad” sin

⁵⁵ Comunicación del Comité de Abolición de la Deuda del Tercer Mundo.

⁵⁶ Véase Macarena Segovia, “Las cifras negras del CAE: 40 % de los estudiantes desertores o egresados se encuentran morosos”, *El Mostrador*, 28 de mayo de 2018.

⁵⁷ Véase A/67/286.

precedentes de la vivienda. Resumió la situación en estos términos: “La gente no solo perdió su casa sino que también tuvo que hacer frente a la ruina financiera personal”⁵⁸.

Dado que la vivienda es el punto de partida del ejercicio de numerosos derechos humanos, como los relativos a la educación, el trabajo o la salud, las personas suelen considerar los gastos de alquiler, hipotecas o servicios públicos como prioridades familiares absolutas, frecuentemente para su propio riesgo. Ello contradice directamente la interpretación autorizada sobre los gastos soportables en relación con el derecho a la vivienda que formuló el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General núm. 4 (1992), en la que aclaró que los gastos personales o del hogar que entrañaba la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. El Comité añadió que los Estados partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pudieran costearse una, así como formas y niveles de financiación que correspondieran adecuadamente a las necesidades de vivienda. Es esencial señalar que la discriminación que practican los arrendadores públicos y privados, así como los proveedores de crédito, por diversos motivos, como la orientación sexual, tiene repercusiones importantes, pues, por ejemplo, se deniegan solicitudes de alquiler e hipoteca a personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales⁵⁹.

Otro problema específico es el de las hipotecas contratadas en moneda extranjera por personas que ya tienen dificultades previas para pagar sus deudas, hipotecas que en ocasiones perjudican a los deudores o sus “posibilidades” de refinanciación y que suelen ser promovidas de manera entusiasta por los prestamistas⁶⁰.

⁵⁸ A/HRC/34/51, párrs. 5 y 21.

⁵⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 20 (2009), relativa a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, párr. 11; véanse también A/74/18, párr. 14, y A/HRC/29/23, párr. 69.

⁶⁰ Véase la comunicación de la Iniciativa Projusticia de la Sociedad Abierta y otros, Rumania e Irlanda.

Las fluctuaciones del mercado inmobiliario pueden tener consecuencias nefastas para los deudores. En Noruega, la expansión de ese mercado influyó en el endeudamiento de los hogares entre 1997 y 2007⁶¹. Además, no debería dejarse fuera de la ecuación de la vivienda adecuada la actividad que realizan los fondos buitres que adquieren las deudas de los prestamistas y, en ocasiones, los hogares de los deudores y que, además, gozan de ventajas fiscales⁶².

En 20 años, 20 millones de personas se han mudado a las zonas periurbanas en México, zonas donde las personas en situación de pobreza carecen de abastecimiento de agua o de infraestructuras suficientes, y la construcción de 5 millones de viviendas sociales lejos de los núcleos urbanos y su venta a familias pobres, mediante planes de financiación a largo plazo, ha dejado a estas atrapadas, pues deben pagar una nueva vivienda que carece de servicios básicos de abastecimiento de agua y demás servicios públicos básicos. Dado que los promotores inmobiliarios tenían garantizados ciertos beneficios, gracias a una financiación sin riesgos proporcionada por el gobierno mediante el cobro de un impuesto del 5 % a todos los trabajadores⁶³, este mercado financiero se convirtió rápidamente en el más titulado de toda América Latina⁶⁴. Los promotores inmobiliarios, en defecto de una reglamentación adecuada, eligieron los terrenos más baratos, con lo que se procuraron unos márgenes de beneficio de hasta el 40 %⁶⁵.

Los desastres naturales también pueden influir en el endeudamiento de los hogares. En Puerto Rico, se hizo un estudio un año después del huracán María (2017), en el que se observó

⁶¹ Unidad de Inteligencia de *The Economist*, "Household debt poses risk to private consumption", 30 de julio de 2019.

⁶² Comunicación de la Iniciativa Projusticia de la Sociedad Abierta y otros.

⁶³ Comunicación de Greene, Peixoto-Charles y Morvant-Roux.

⁶⁴ Susanne Soederberg, "Subprime housing goes south: Constructing securitized mortgages for the poor in Mexico", *Antipode*, vol. 47, núm. 2.

⁶⁵ Comunicación de Greene, Peixoto-Charles y Morvant-Roux.

que los damnificados por el desastre padecían, por lo común, “dificultades financieras”: el 17 % de losxs entrevistadxs declararon que se habían retrasado en los pagos del alquiler o de la hipoteca; el 24 % también mencionaron que habían tenido que pedir prestado dinero a sus amigos y familiares “para llegar a fin de mes” durante ese año⁶⁶. También se ha señalado que, después de las inundaciones que hubo en el Pakistán en 2010, lxs agricultorxs vieron cómo se duplicaba o incluso triplicaba su deuda y tuvieron que recurrir a los empréstitos para procurarse insumos agrícolas y alimentos⁶⁷. Habida cuenta de que la tierra sirve ocasionalmente de garantía de los préstamos contratados por lxs pequeñxs agricultorxs, éstos corren un claro peligro de perder sus medios de subsistencia en caso de impago de una deuda cuando se produce un desastre natural, la cosecha es mala o bajan los precios de los productos primarios⁶⁸, a pesar de que deberían estar protegidos en tales situaciones con arreglo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales.

E. Prácticas coactivas y abusivas de cobro de deudas y criminalización de los deudores

Los prestamistas pueden recurrir a diversos medios o procedimientos coactivos para que se les paguen las deudas contraídas con ellos. Además del procedimiento de apremio judicial, en caso de que la deuda se haya contraído legalmente, con frecuencia recurren a los servicios de cobro de deudas, que van desde “agencias oficiales” hasta instituciones no financieras. Se han denunciado casos de deudorxs que han sufrido llamadas

⁶⁶ Bianca DiJulio, Cailey Muñana y Mollyann Brodie, “Views and experiences of Puerto Ricans One Year after Hurricane Maria”, *Washington Post/Kaiser Family Foundation*, septiembre de 2018, p. 12.

⁶⁷ Véase Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, “The impact of natural hazards and disasters on agriculture, and food security and nutrition”, Roma, 2015.

⁶⁸ A/HRC/13/33/Add.2, párr. 26.

telefónicas diarias u otras formas de acoso y prácticas vergonzosas por parte de los cobradores de deudas. En otros casos, se ha denunciado que los cobradores confiscan las tarjetas de crédito de los deudores para que estos retiren la suma adeudada (más los intereses) en un cajero automático⁶⁹. En Sri Lanka, se han denunciado prácticas como la de los cobradores que van a casas de mujeres deudoras y se quedan allí durante horas hasta que se les pague o la de los cobradores que ejercen violencia psicológica y física sobre las mujeres⁷⁰.

En Chequia, se considera que alrededor del 10 % de la población es objeto de “cobro coactivo de deudas”, cuya repercusión en la pobreza y las privaciones es una manifestación particular de la desigualdad de ingresos⁷¹. El efecto exponencial de la acumulación de deuda, unido ocasionalmente al de unos tipos de interés elevados, puede obligar a las personas a buscarse un empleo informal o infundirles el temor de que se les quite una parte considerable de su sueldo⁷² y les quede poco para satisfacer sus necesidades básicas. Cabe señalar también la posible influencia del fenómeno en la “economía paralela” y las corrientes financieras ilícitas.

En Sudáfrica, el cobro de deudas es un “sector” de importancia considerable; por ejemplo, los tribunales dictaron 18.973 sentencias por deudas cuyo valor total era de 342,1 millones de rands solo en mayo de 2019⁷³. En este breve período se emitió la escalofriante cifra de 47.360 citaciones por deudas.

El endeudamiento excesivo puede privar a las personas endeudadas no solo de sus derechos económicos, sociales y

⁶⁹ Deborah James, “‘Deeper into a hole?’: borrowing and lending in South Africa”, *Current anthropology*, vol. 55 (2014), p. 6.

⁷⁰ A/HRC/40/57/Add.2.

⁷¹ Véase SDG Watch, *Falling Through the Cracks: Exposing Inequalities in the EU and Beyond*, Bruselas, 2019.

⁷² Robert Muller, “Debt-trapped Czechs excluded as economy grows”, Reuters, 13 de diciembre de 2018.

⁷³ Comunicación del Centro de Asistencia Jurídica de la Universidad de Stellenboch.

culturales, sino también de sus derechos civiles y políticos, pues se las penaliza y sanciona en el sistema de justicia penal. Se ha observado este fenómeno en diversas regiones del mundo. Por ejemplo, en 2014, en Yemen, decenas de personas fueron encarceladas, según parece, por no poder pagar su deuda privada⁷⁴. En Sierra Leona, las deudas por los empréstitos y los préstamos informales obtenidos para realizar pequeñas transacciones comerciales terminan, a menudo, resolviéndose en el sistema de justicia penal, con la detención y el encarcelamiento de los deudores⁷⁵.

Las personas con un historial de ingresos bajos pueden acumular deuda por las multas y los recargos que impongan las autoridades municipales, como multas de tráfico y de aparcamiento. Estas sumas se pueden acrecentar rápidamente cuando dichas personas entran en el sistema judicial y afrontan gastos adicionales⁷⁶.

En el caso de las personas en situación de vulnerabilidad, la acumulación de multas y recargos, que también se puede deber a distintas formas de discriminación, puede tener consecuencias graves y, en ocasiones, acabar en unas sumas que, en definitiva, esas personas no estén en condiciones de pagar. En 2009, en un estudio canadiense realizado en Montreal se llegó a la conclusión de que, en comparación con la generalidad de la población, a las personas sin hogar se les imponía una cantidad desproporcionada de multas por delitos leves; el impago de las multas podía entrañar su detención⁷⁷.

Para las personas en situación de pobreza y vulnerabilidad, el acceso a la justicia puede ser particularmente difícil. Según el Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos,

⁷⁴ Human Rights Watch, "Yemen: Dozens Jailed for Debts", 21 de abril de 2014.

⁷⁵ Alison Thompson y Sabrina Mahtani, "Women, Debt & Detention: An Exploratory Report on Fraudulent Conversion and the Criminalisation of Debt in Sierra Leone", AdvocAid, julio de 2012.

⁷⁶ The Aspen Institute, "Consumer debt: A Primer", marzo de 2018, p. 21.

⁷⁷ Christine Campbell y Paul Eid, "La judiciarisation des personnes itinérantes à Montréal: un profilage social", Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2009.

además de los costes de la asistencia de defensa letrada, existen numerosos costes relacionados con el acceso a la justicia que constituyen una barrera importante para aquellxs en situación de pobreza, que simplemente no pueden permitirse tales gastos⁷⁸. Pueden tener gastos indirectos de presentación de documentos, transporte o peritajes, o perder ingresos por acudir a los tribunales, lo que también puede contribuir, en definitiva, a que el hogar se endeude.

F. Deuda de los consumidores

El crédito al consumo comprende las deudas amortizables a plazos y el crédito regular (renovable). Estas deudas se pueden contraer de diversas maneras: mediante el gasto en alimentos básicos, educación, servicios de salud y medicamentos o mediante los gastos de celebración de una fiesta nacional o religiosa o la compra de artículos no esenciales, el juego de apuestas o los juegos de Internet.

El acceso al crédito por medio de los cauces oficiales sigue siendo un problema importante para muchos grupos, sobre todo para aquellos que se hallan en situación de vulnerabilidad o marginalidad. En algunos países, el ofrecimiento constante a los consumidores de nuevas “oportunidades”, presiones y prácticas para que contraten préstamos, como las tarjetas de crédito no solicitadas o la publicidad financiera mediante aplicaciones para teléfonos móviles, también puede contribuir a la deuda de los hogares y al endeudamiento excesivo.

Por ejemplo, en la Argentina, en 2019 más de 7,7 millones de jubilados y otras personas legitimadas para percibir una asignación universal por hijo deben aproximadamente 3.000 millones de dólares a la administración nacional de la seguridad social. La desaceleración económica, caracterizada por una deuda pública ingente y por el descenso de los salarios, también ha llevado a la bancarrota a muchxs beneficiarxs de

⁷⁸ A/67/278, párr. 51.

la seguridad social en los últimos cuatro años, millones de los cuales se han visto obligados a solicitar créditos a la administración de la seguridad social para pagar los bienes y servicios esenciales. La cifra de personas que tienen una deuda con la seguridad social llega hasta el 30 % del total de jubilados (más de 2,1 millones de personas) y hasta el 95 % de los beneficiarios de la asignación universal por hijo. Se calcula que un 80 % de estos beneficiarios no podrían permitirse pagar la canasta básica: los gastos básicos de subsistencia y alimentación, una vez restada la deducción tributaria del 30 %⁷⁹.

Como ha subrayado la Comisión Sudafricana de Derechos Humanos, las personas más vulnerables a las violaciones contra los derechos humanos resultantes de prácticas financieras abusivas son las pertenecientes a los grupos de ingresos bajos y las que viven en la pobreza. Cabe señalar que, en Sudáfrica, el total de los créditos concedidos a los consumidores subió de alrededor de 17 millones en 2007 a 24 millones en 2016. Además, se calcula que al menos el 40 % de los ingresos mensuales de los trabajadores se destinaba a amortizar deudas⁸⁰ y que alrededor del 80 % del sueldo de quienes trabajaban en el sector formal estaba sujeto a deducciones por deudas contraídas en 2012⁸¹. Se ha sabido que, en algunas partes de Rusia, la población a veces tenía dificultades para llegar a fin de mes, ya que destinaba hasta un 83 % de su sueldo mensual a amortizar préstamos⁸².

El endeudamiento excesivo de los consumidores puede repercutir de diversas maneras en los derechos humanos. Por ejemplo, en una serie de entrevistas sobre los efectos del endeudamiento excesivo realizadas en Alemania, Eslovenia,

⁷⁹ David Cufre, "Reperfilar al jubilado", *Página/12*, 28 septiembre de 2019.

⁸⁰ Comisión Sudafricana de Derechos Humanos, "Human Rights Impact of Unsecured Lending and Debt Collection Practices in South Africa", 2017, págs. 7 y 14.

⁸¹ Véase Chantelle Benjamin, "Garnishee abuse is order of the day", *Mail&Guardian*, 25 de octubre de 2013.

⁸² Max Seddon, "Russians struggle under burden of soaring consumer loans", *Financial Times*, 29 de agosto de 2019.

España, Francia, Hungría y el Reino Unido se indicó que los efectos más comunes eran la disminución del nivel de vida y el empeoramiento del bienestar o de la salud mental⁸³.

La consideración de una persona como mal pagador, por causa de atrasos o impagos de deudas, puede tener consecuencias graves: un mal historial crediticio suele tener repercusiones morales y económicas. Algunos deudores han destacado la carga psicológica y la vergüenza que entraña ser considerado mal pagador y otros han destacado las consecuencias que puede tener en sus medios de subsistencia y en su empleo.

Paralelamente a las formas de crédito más tradicionales, el sector del crédito digital evoluciona con celeridad y ofrece servicios a una cantidad creciente de prestatarios. En Kenya, el 70 % de los adultos usan actualmente dinero móvil y solo el 40 % tienen una cuenta bancaria⁸⁴. La información personal obtenida por el sector tecnofinanciero (*fintech*), sobre todo mediante las aplicaciones de pago y préstamo, es otro asunto preocupante. Como los prestamistas creen que todos los datos son “datos de crédito”, aplican algoritmos complejos de gestión de macrodatos que procesan la actividad que mantienen millones de personas en los medios sociales, para intentar evaluar su solvencia crediticia⁸⁵. Estas prácticas también pueden afectar a las personas de maneras que van más allá de consideraciones económicas.

Por otra parte, la tecnología del sector financiero favorece de manera creciente (y poderosa) la gestión del crédito por medios digitales, sobre todo las aplicaciones móviles, lo que conduce al endeudamiento excesivo⁸⁶. Es este un sector sumamente

⁸³ European Consumer Debt Network, “The over-indebtedness of European households”, 6 de noviembre de 2014.

⁸⁴ Eric Toussaint, “Alert on the sophistication of illegitimate debt techniques via mobile telephony”, CADTM, 8 de noviembre de 2019.

⁸⁵ Kevin Donovan y Emma Park, “Perpetual Debt in the Silicon Savannah”, *Boston Review*, 20 de septiembre de 2019.

⁸⁶ Véase Milford Bateman y otros, “Is fin-tech the new panacea for poverty alleviation and local development? Contesting Suri and Jack’s M-Pesa findings published in *Science*”, *Review of African Political Economy*, vol. 46, núm. 161 (2019).

liberalizado. En varios países africanos se han concedido préstamos avalados por el cobro del próximo salario con unos tipos de interés del 100 %⁸⁷. Dado ese contexto, se estima que las políticas y las entidades que tienen por objetivo defender los derechos de lxs consumidorxs y que ofrecen “formación financiera” desempeñan una función fundamental de mitigación de las posibles repercusiones que tengan el endeudamiento excesivo y las prácticas abusivas de concesión de préstamos en los derechos humanos.

Cuando muchos prestatarios obtienen varios préstamos de corto plazo al mismo tiempo, suelen necesitar más crédito para amortizar el préstamo anterior, lo que, en la práctica, acaba convirtiendo los préstamos de corto plazo en préstamos de largo plazo, con unos tipos de interés muy altos.

G. Deuda migratoria

Se puede contraer una deuda migratoria para pagar los gastos de emigración a otro país, con o sin documentos. La deuda puede incluir el pago de la documentación, el viaje por diversos medios, la ayuda para cruzar fronteras o incluso sobornar a las autoridades durante el tránsito o pagar a los traficantes cuando se emigra sin documentación. Esta deuda suele ser un problema para toda la familia (extensa) y crea vínculos y obligaciones entre los familiares de mayor y de menor edad.

Aunque la migración de Centroamérica y América del Sur a los Estados Unidos es una realidad bien documentada, el incremento de los controles fronterizos y de las prácticas crueles, como la detención de lxs niñxs no acompañadxs que se ha registrado en los últimos años, ha centrado la atención en sus complejidades y en la red financiera subyacente. Es evidente que políticas migratorias más estrictas elevarán el precio (y la deuda) que tendrán que pagar lxs migrantes a quienes los ayudan a viajar.

⁸⁷ Comisión Sudafricana de Derechos Humanos, “Human Rights Impact of Unsecured Lending”, p. 17.

Cuanto más se endeuda un miembro de una familia por causa de la migración económica, más probable es que caiga en un círculo vicioso de endeudamiento alimentado por la esperanza de evitar perder la fianza. La presión psicológica y física, el acoso sexual, las amenazas de muerte y otros medios para intimidar a los familiares que se quedan en el país de origen forman parte, con frecuencia, de los abusos que cometen los cobradores y los traficantes. La presión que se ejerce sobre esas personas puede incluso llevarlas al suicidio. Habida cuenta de que un terreno que es esencial para el sustento de la familia o una casa suelen aportarse como caución de un préstamo, las víctimas no solo caen en el endeudamiento excesivo sino que también se ven despojadas de los exiguos recursos que disponían.

Con cada intento, aumentan los peligros y las amenazas, y las redes de tráfico (incluidos los “coyotes” y otros traficantes), que a veces cuentan con la complicidad de las fuerzas de seguridad fronterizas, sacan provecho económico. Así pues, personas y familias buscan fuera de su red de contactos y obtienen préstamos con intereses elevados de agentes institucionales no reglamentados o laxamente reglamentados, como prestamistas, notarios, cooperativas o bancos, en garantía de los cuales aportan terrenos, casas, vehículos u otros bienes⁸⁸. Dada la situación, algunos considerarían que la única solución para amortizar esas deudas es la migración de retorno.

Resulta tristemente paradójico que muchxs de quienes emigran por necesidad económica suelen ser abandonadx por sus Estados. En cambio, esas personas envían remesas a su país de origen y ayudan muchísimo a sostener la economía. En Guatemala, las remesas de fondos representaron en 2017 más del 11 % del PIB y más que la inversión extranjera directa en el país⁸⁹.

Incluso en el caso de la migración oficial, algunos países no permiten a los inmigrantes recientes trabajar durante un período,

⁸⁸ Laura Heidbrink, “The coercive power of debt: migration and deportation of Guatemala indigenous youth”, *The Journal of Latin America and Caribbean Anthropology*, vol. 24, núm. 1 (2019).

⁸⁹ *IMF Country Report* núm. 18/155, junio de 2018, p. 5.

lo que agrava su situación económica familiar en un momento en el que tienen que amortizar sus deudas migratorias. Además, los refugiados y los solicitantes de asilo pueden contraer nuevas deudas al llegar a un país, ya que tienen dificultades económicas varias para satisfacer sus necesidades básicas. Por ejemplo, en 2018, el 88 % de los hogares de refugiadxs sirixs del Líbano tenían deudas⁹⁰.

La situación no es muy distinta en el Asia Sudoriental, donde en los últimos años ha aumentado la preocupación por el endeudamiento excesivo de lxs migrantes. La Organización Internacional para las Migraciones ha puesto de relieve ciertas dinámicas específicas, como el incremento del recurso a la deuda para financiar los gastos migratorios; la existencia de tasas elevadas de deuda del hogar entre las familias que envían migrantes; el surgimiento de nuevas formas de migración desesperada provocadas por el endeudamiento excesivo; el grado en que las remesas de fondos y las ganancias de los migrantes se destinan al pago de préstamos, y las secuelas emocionales y psicológicas del endeudamiento de lxs migrantes⁹¹.

H. Servidumbre por deudas

Millones de personas de todas las regiones del mundo siguen estando sujetas a servidumbre laboral o por deudas, una forma de explotación de seres humanos que roza la esclavitud y, a menudo, es una esclavitud propiamente dicha. En 2016, la servidumbre por deudas afectaba a la mitad de las víctimas de trabajo forzoso impuesto por agentes privados en todo el mundo⁹²; además, se calcula que 4,8 millones de los

⁹⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “Yearly UN Study: Syrian Refugees in Lebanon Accumulated More Debt in 2018 than Ever before”, 26 de diciembre de 2018.

⁹¹ Organización Internacional para las Migraciones, *Debt and the Migration Experience: Insights from South-East Asia*, 2019, p. 15.

⁹² OIT, *Estimaciones mundiales sobre la esclavitud moderna: Trabajo forzoso y matrimonio forzoso*, Ginebra, 2017, p. 5.

24,9 millones de víctimas de trabajo forzoso eran explotadas sexualmente⁹³.

Según la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, la servidumbre por deudas aparece en diversos sectores de la economía y pesa, de manera desproporcionada, sobre quienes se hallan en situación de vulnerabilidad, como los miembros de grupos minoritarios, la población indígena, las mujeres, lxs niñxs, las personas consideradas de casta inferior y lxs trabajadorxs migrantes. Ha comprobado que muchas víctimas de servidumbre por deudas sufren discriminación por motivos múltiples e interseccionales, lo que las vuelve vulnerables a la explotación y los abusos. La Relatora Especial ha señalado que los trabajadores migrantes representan una proporción significativa de la fuerza de trabajo en la Arabia Saudita, Bahrein, los Emiratos Árabes Unidos, Kuwait, Omán y Qatar, países pertenecientes al Consejo de Cooperación del Golfo, sobre todo en el sector privado, donde el sistema de la *kafala*, que permite a lxs empleadorxs patrocinar a lxs trabajadorxs, es campo abonado para la dependencia y para posibles abusos y servidumbre por deudas, porque supedita el empleo y la residencia de lxs trabajadorxs a sus empleadorxs⁹⁴.

Las agencias de empleo suelen cobrar gastos y honorarios ilegales cuando contratan trabajadorxs extranjeroxs. Se han denunciado casos de confiscación de documentos de identidad por parte de las agencias hasta que lxs trabajadorxs paguen sus deudas completamente⁹⁵. Se considera que estas prácticas favorecen la servidumbre por deudas⁹⁶, así como el impago del salario, el pago incompleto o la demora en el pago de éste y la sustitución del contrato. Debido a la presión que ejercen las agencias de empleo para firmar nuevos contratos de trabajo, a

⁹³ *Ibid.*, p. 10.

⁹⁴ A/HRC/33/46, párrs. 9 y 29.

⁹⁵ Comunicación del Foro de Asia y el Pacífico sobre la Mujer, el Derecho y el Desarrollo.

⁹⁶ A/HRC/33/46.

veces se rescinde sin miramientos el contrato de lxs trabajadorxs domésticxs en cuanto éstos amortizan finalmente su deuda y empiezan a recibir un salario⁹⁷.

IV. Deuda de los hogares y estándares de derechos humanos

El auge de la deuda privada de los hogares en muchos países es resultado directo de dos fenómenos paralelos: el incumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones de derechos humanos, sobre todo en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, y la financierización y la mercantilización crecientes de los servicios sociales.

Las normas de derechos humanos se basan fundamentalmente en la idea de que los Estados (y en cierta medida los agentes privados) tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos estos derechos garantizando la igualdad y luchando contra la discriminación. La proclamación de que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos es la disposición por antonomasia de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La financierización puede constituir, en la práctica, la antítesis de la citada norma, ya que descansa en la idea de que incumbe al individuo tomar las medidas apropiadas para procurarse un nivel de vida adecuado y acceder a los bienes y servicios esenciales. El creciente acceso de todxs al crédito, entendido como “inclusión financiera”, se considera cada vez más como una solución a muchos problemas de derechos humanos, ya sea el abrir un negocio o montar una empresa para ganarse la vida o el procurarse una atención sanitaria apropiada o posibilidades de empleo. En el decenio de 1990, Muhammad Yunus, que inventó la idea del microcrédito, llegó a afirmar que el acceso al crédito era “un derecho humano básico de todxs”⁹⁸, aunque no

⁹⁷ Comunicación del Foro de Asia y el Pacífico sobre la Mujer, el Derecho y el Desarrollo.

⁹⁸ Véase John Gershman y Jonathan Morduch, “Credit is not a right”, *Microfinance, Rights and Global Justice* (Cambridge University Press, Cambridge, 2015), p. 14.

hizo un esfuerzo serio por explicar los fundamentos jurídicos de esa afirmación. La financierización refuerza el poder de los mercados financieros y la idea de la autogestión destinada a mejorar las propias condiciones de vida, lo que difumina la obligación que tienen los Estados de tomar medidas apropiadas para hacer efectivos, de manera progresiva, los derechos económicos, sociales y culturales.

La deuda no es, de por sí, un problema de derechos humanos, y mucho menos una vulneración de estos. La preocupación se suscita cuando el endeudamiento es provocado por violaciones de los derechos humanos o provoca estas vulneraciones, que afectan, sobre todo, a quienes se hallan en una situación de marginación o vulnerabilidad. En la Declaración Universal de Derechos Humanos se reconocen ciertos derechos de particular importancia para analizar el endeudamiento excesivo y las prácticas abusivas de préstamo y cobro, sobre todo los derechos a la vida, la libertad y la seguridad, la libertad de circulación, la seguridad social, una remuneración justa y un nivel de vida adecuado, que incluye la alimentación, la vivienda, la educación, la vestimenta, la atención médica y los servicios sociales necesarios, y el derecho a la seguridad. Los derechos de acceso a la información y a la participación en la vida política y pública también resultan especialmente significativos en este ámbito.

Todos los derechos citados se han consagrado en numerosos instrumentos vinculantes de ámbito internacional, particularmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo que respecta a grupos de población específicos, también se han negociado y ratificado varios instrumentos que garantizan un entendimiento claro de uno de los pilares de los derechos humanos: la no discriminación.

Los principios de igualdad y no discriminación constituyen la médula del derecho internacional de los derechos humanos. La comprensión de las repercusiones que tiene el endeudamiento de los hogares en el ejercicio de derechos como los derechos a

la salud, la educación, la vivienda o el acceso al agua o la electricidad, lleva ineludiblemente a analizar qué se requiere, desde una perspectiva financiera, para ejercer los derechos humanos. Las personas y los hogares atrapados en la vorágine de la deuda y de la vulnerabilidad económica tienen que enfrentarse con fuerzas o agentes económicos de poder formidable, altos grados de desigualdad, niveles bajos de rendición de cuentas, el incremento de la financierización de los servicios y un acceso limitado a los mecanismos de justicia o de reparación.

Con frecuencia, las personas o los grupos de personas sufren discriminación por su situación económica y social, una discriminación que puede ser directa o indirecta o agravarse a causa de otras formas de discriminación. Este trato arbitrario que sufren se debe a la relación que hay entre su pertenencia a determinado grupo o estrato económico o social dentro de la sociedad y su situación de endeudamiento⁹⁹ y estas personas o grupos pueden ser estigmatizados, marginados o criminalizados por su deuda particular o por la de su hogar¹⁰⁰.

Hasta cierto punto, los bajísimos niveles de protección social y de gasto público que hay en este campo¹⁰¹ y el debilitamiento progresivo de los regímenes de remuneración de lxs trabajadorxs del sector formal constituyen la razón por la que millones de personas recurren al crédito para obtener servicios esenciales y se ven atrapadas en un círculo vicioso. En su

⁹⁹ A diferencia de la fianza, la suma abonada por la prima de riesgo (determinada, en su mayor parte, por la disponibilidad y la calidad de la fianza) no se devuelve una vez amortizada la deuda. Esta práctica entraña el cobro de un precio distinto por el mismo producto y, por tanto, una discriminación por razón del patrimonio; véase Oliver Pahnecke, "Interest Rates, Risk Premiums and Human Rights", 2019 (se puede obtener de la secretaría del ACNUDH).

¹⁰⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 35.

¹⁰¹ Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), solo el 29 % de la población mundial goza de una seguridad social completa (toda la gama de prestaciones, desde las prestaciones familiares y por hijo a cargo hasta las pensiones de jubilación), mientras que el 71 % restante goza de protección parcial o carece de toda protección; véase OIT, *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017/2019*.

Observación General núm. 19, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refirió al “carácter redistributivo” de la seguridad social, que desempeña un papel importante de reducción de la pobreza y fomento de la inclusión social. En estrecha relación con lo expuesto se encuentra el derecho al trabajo, que comprende el derecho a una remuneración que proporcione a todos los trabajadorxs una vida digna para sí y su familia. Como explica el Comité en su Observación General núm. 23, la remuneración debe ser suficiente para permitir al/la trabajador/a y a su familia gozar de otros derechos reconocidos en el Pacto.

La asequibilidad, la accesibilidad y la calidad son elementos esenciales definitorios de los derechos a la vivienda, la salud y la educación¹⁰². Y, a la inversa, la falta de acceso a los servicios, las instalaciones y los productos de salud obedece, en la mayoría de los casos, a las limitaciones económicas, por una parte (salarios bajos, pobreza, elevados costos de vida, inflación), y al alto precio de los medicamentos, los hospitales y la atención médica, por otra.

La situación no es distinta en el caso del acceso adecuado a la educación pública¹⁰³. A este respecto, en 2019 el Consejo de Derechos Humanos¹⁰⁴ tomó nota de los Principios de Abiyán sobre las obligaciones de derechos humanos que incumben a los Estados de proporcionar educación pública y regular la participación del sector privado en la educación, con arreglo a los cuales los Estados deben tomar medidas para que ninguna persona quede excluida de un establecimiento educativo público por su incapacidad de costárselo y deben tomar todas las medidas eficaces necesarias para prevenir el riesgo de endeudamiento excesivo de lxs estudiantes y su familia.

¹⁰² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 14 (2000), relativa al derecho al goce del más alto nivel posible de salud, párr. 12 b) iii).

¹⁰³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13.2; véase también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general núm. 13 (1999), relativa al derecho a la educación.

¹⁰⁴ Resolución 41/16.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestimenta y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11.1). Este artículo debería interpretarse en consonancia con el artículo 2.2 del Pacto, en el que se garantiza el ejercicio de los derechos que se enuncian en dicho instrumento, sin discriminación alguna. Además, en su Observación General núm. 4, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales definió siete características fundamentales del derecho a una vivienda adecuada que deben asegurar los gobiernos.

Además de otras cuestiones graves de derechos humanos que pueden afectar a varios de ellos, como el derecho a la vida, la libertad y la seguridad, hay algunos aspectos del cobro de deudas que plantean cuestiones decisivas en relación con el acceso a la justicia y con los procedimientos y los mecanismos mediante los cuales pueden reclamar deudas tanto los agentes públicos como los privados. En el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se afirma claramente que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.

Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos¹⁰⁵ reglamentan los efectos que tienen, en los derechos humanos, las actividades empresariales, incluidas las de los agentes bancarios y los agentes crediticios privados del sector financiero, así como las de otros agentes crediticios privados. Según los Principios Rectores, los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Por otra parte, las empresas no deben vulnerar los derechos humanos y los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos

¹⁰⁵ Véase A/HRC/17/31, anexo.

mediante legislaciones, políticas, regulaciones y decisiones judiciales. Además, los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a mecanismos de reparación eficaces a las personas cuyos derechos hayan sido vulnerado por empresas mediante actividades en su territorio.

V. Conclusiones

Existen dos factores que impulsan el incremento del endeudamiento privado: en primer lugar, la pujanza de la oferta crediticia en el sector financiero, cuyos instrumentos favorecedores son la liberalización del mercado y el aumento de la financierización, que también incluyen la mercantilización y la financierización de los componentes esenciales para hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales. En segundo lugar, la reconfiguración de muchas de las necesidades humanas de reproducción social que se convierten en necesidades financieras insatisfechas. Si bien en el siglo pasado se instituyeron y expandieron redes de seguridad social, los déficits que persisten son campo abonado para que florezca la deuda privada. Paradójicamente, las medidas de protección social adoptadas por los Estados, mediante transferencias de efectivo, se han utilizado como una posible caución de empréstitos para garantizar los préstamos del acreedor o imponer intereses más bajos, en lugar de servir para su finalidad original¹⁰⁶.

La elevada deuda de lxs particulares y de los hogares, que constituye una proporción significativa de la deuda privada en la mayoría de los países, se ha relacionado con la desigualdad, la inestabilidad macroeconómica, la deuda soberana insostenible y las crisis financieras. Los salarios bajos, la pobreza y la desigualdad, que se han agravado por la adopción de políticas como las de privatización, austeridad y flexibilización del mercado laboral, han empujado a millones de personas a endeudarse,

¹⁰⁶ Véase Lena Lavinas de Morais, *The Takeover of Social Policy by Financialization: The Brazilian Paradox* (Palgrave MacMillan, Nueva York, 2017).

lo que, a su vez, ha llevado a una gran proporción de ellas a la pobreza y al trabajo informal y, así, las ha hecho vulnerables a toda clase de abusos. En la raíz de este fenómeno está la denominada “inclusión financiera”, el estrepitoso fracaso del Estado en cuanto a garantizar los derechos económicos, sociales y culturales de todos. El incremento explosivo de la deuda privada es lo que ha mantenido la demanda agregada y el crecimiento económico en los últimos decenios, con frecuencia a expensas de los hogares endeudados. Millones de personas de todo el mundo transfieren una parte apreciable de su riqueza y su bienestar al sector financiero, cuyos vínculos con la economía real se siguen erosionando, poniendo en peligro la prosperidad así como la estabilidad y la seguridad financieras de todos y refuerza la desigualdad.

Lxs particulares y los hogares no deberían contraer deuda privada como medio de compensar el incumplimiento de las obligaciones que tienen los Estados de proteger, promover y hacer efectivos los derechos humanos. Los gastos financieros y de otro tipo que deban efectuar lxs particulares y los hogares por concepto de amortización de deuda deberían ser de una cuantía que no amenazara ni pusiera en peligro el ejercicio de los derechos humanos. El endeudamiento y la amortización de una deuda o el impago de esta no deberían dar lugar a violaciones de los derechos humanos.

En este artículo se explicó que el incremento de la inclusión financiera no produce, de manera necesaria y automática, mejoras en la vida real, un mayor goce de los derechos humanos, un desarrollo más sostenible o menos desigualdad. Es evidente que un número de Estados (y de instituciones financieras internacionales) promueven y defienden una política de gastos financiados con deuda a expensas de la provisión de bienes y servicios públicos.

No es de extrañar que la microfinanciación, que es la fórmula estelar global propugnada por los partidarios de la inclusión financiera para aliviar la pobreza, haya sido promovida, de

manera generalizada, por actores financieros mundiales muy poderosos, que, a su vez, no están muy interesados en entablar debates de carácter más estructural, tales como la fiscalidad progresiva, el fraude fiscal, la economía del cuidado u otros medios de fortalecer los ingresos y las regulaciones estatales a fin de mejorar los programas de prestaciones sociales y garantizar el acceso a una serie de servicios esenciales.

Este artículo analizó las repercusiones negativas que tienen, en los derechos humanos, el microcrédito, la deuda sanitaria, educativa y de vivienda, las prácticas abusivas y coactivas de cobro, la criminalización de los deudores, la deuda de los consumidores, la deuda migratoria y la servidumbre por deudas. Teniendo en cuenta las razones que inducen a las personas a endeudarse por los medios que se acaban de citar, cabe concluir que la deuda privada puede ser tanto causa como consecuencia de vulneraciones de los derechos humanos. Esto explica por qué y cómo el descontento social, la desigualdad y los niveles insostenibles de deuda privada se encuentran relacionados intrínsecamente.

Es cierto que la deuda privada se encuentra *codificada* de manera selectiva en las normativas nacionales¹⁰⁷; sin embargo, los contratos de deuda se sitúan en un universo jurídico y económico más general, en el que el derecho de los derechos humanos interactúa con (y limita) los derechos de los acreedores. Aunque en general no se considere que las leyes de protección financiera de los consumidores y las que regulan la bancarrota lidien con asuntos de derechos humanos, en realidad sí que juegan un rol importante en estos asuntos. Por consiguiente, las normativas de defensa de los consumidores y de quiebra se deberían considerar como medios de prevenir posibles abusos de los prestamistas, salvaguardar los derechos humanos de los prestatarios y compensar el desequilibrio de poder inherente que existe entre las partes que suscriben un contrato

¹⁰⁷ Véase Katharina Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (Princeton University Press, Princeton, 2019).

de préstamo. A tal fin, se debería prever, e incluso fomentar, la posibilidad de que lxs consumidorxs de productos financieros se organizaran y negociaran colectivamente para compensar el desequilibrio de poder que existe entre los prestamistas y los prestatarixs.

Intereses: Cuándo, cuánto y cómo. Actualidad y rol en las indemnizaciones de daños y perjuicios

*Interests: When, how much and how. Topicality
role in within the área of compensation for
damages*

*Interesses: Quando, quanto e como. Atualidade
e papel na compensação por danos e prejuízos*

*Intérêts: quand, combien et comment. Actualité
et rôle dans l'indemnisation des dommages*

兴趣: 何时, 多少以及如何. 新闻和损害赔偿的作用

*Rosario Echevesti*¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 20 junio), 69-84

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e389>

Recibido: 01/03/2020

Aprobado: 01/04/2020

Resumen: El propósito de esta breve reseña es el de aportar al lector una serie de elementos que puedan resultar efectivos y actuales a la hora de definir, en situaciones concretas, la manera, el tiempo y la cantidad de intereses que genera un capital de dinero. Esto, con particular foco en las indemnizaciones que resultan impuestas por sentencias judiciales.

Palabras clave: intereses, obligaciones de dinero, indemnización, reparación

¹ Abogada (UNLP), Especialista en Derecho Civil (UNLP), Magister en Derecho Civil Patrimonial (UCA), Profesora Adjunta de Derecho Privado II (Obligaciones) de la UNLP. (ORCID 0000-0002-4960-2120). Correo electrónico: roechevesti@gmail.com

Abstract: The purpose of this brief review is to provide the reader with a series of elements that can be effective and updated when defining, in specific situations, the manner, time and amount of interest that money capital generates. This, with particular focus on the reparations that are imposed by judicial sentences.

Keywords: interest, money obligations, compensation, reparation

Resumo: O objetivo desta breve revisão é fornecer ao leitor uma série de elementos que podem ser efetivos e atuais ao definir, em situações específicas, a maneira, o tempo e a quantidade de juros que o capital monetário gera. Isso, com foco particular nas compensações impostas por sentenças judiciais.

Palavras-chave: juros, obrigações monetárias, compensação, reparação

Résumé: Le but de cette brève revue est de fournir au lecteur une série d'éléments qui peuvent être efficaces et actuels lors de la définition, dans des situations spécifiques, de la manière, du temps et de la somme des intérêts générés par le capital monétaire. Pour cela, on va mettre le centre sur les compensations qui sont imposées par des arrêts judiciaires.

Mot-clés: intérêts, obligations, argent, compensation, réparation

摘要: 本简短回顾的目的是向读者提供一系列在特定情况下定义货币资金产生的利息的方式,时间和金额时可能有效且有效的要素. 这尤其关注司法判决所施加的赔偿.

关键词: 利息, 货币义务, 赔偿, 赔偿

I. Introducción: intereses. Concepto e importancia

El dinero, al igual que otros bienes, es apto para producir frutos, a los que llamamos intereses. Esto quiere decir que determinada cantidad de dinero, bajo ciertas circunstancias, puede devengar más dinero en el patrimonio de su propietario.

Muchas son las definiciones que -sin mayores discordancias- ha dado la doctrina sobre el concepto de interés, centrándolo principalmente en uno de sus enfoques en tanto fruto civil que produce el dinero, y destacando primordialmente su carácter

accesorio. También es considerado como un medio sancionatorio, en el caso de los intereses punitivos y sancionatorios.

El interés entonces es el “aumento paulatino que experimentan las deudas de dinero, en razón de su importe y del tiempo transcurrido, prorrata temporis”².

Ahora bien, el propósito de esta breve reseña es el de aportar al lector una serie de elementos que puedan resultar efectivos y actuales a la hora de definir, en situaciones concretas, la manera, el tiempo y la cantidad de intereses que genera un capital de dinero. Esto, con particular foco en las indemnizaciones que resultan impuestas por sentencias judiciales.

Esta circunstancia ha tomado un rol sumamente importante en un país como Argentina, en donde la fluctuación del valor adquisitivo del dinero ha sido una constante; y es por eso que mucho se ha discutido y escrito sobre la cuestión.

No está de más aclarar, previo adentrarnos en otras cuestiones, que las obligaciones pueden adquirir matices diferenciados según su objeto, modalidades, etcétera. Así, existirán obligaciones que –por sus circunstancias- nacen y se extinguen sin que los intereses entren en juego, y habrá otras en las que jugarán un rol significativo. De allí que resulta necesario como premisa inicial al momento de analizar un caso concreto, diferenciar de manera clara el objeto debido, como también el momento de nacimiento de la obligación, el de su exigibilidad, el de la eventual mora, el de liquidez de la deuda y el del pago cancelatorio.

Para comenzar, abordaremos brevemente dos conceptos que no siempre han sido distinguidos de manera clara, arrastrando a confusiones: las deudas de dinero y las deudas de valor.

II. Deudas de dinero y deudas de valor

Conocemos que el valor del dinero, es decir, aquello que determinada cantidad de dinero puede comprar, ha variado y varía

² Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil, Obligaciones”, t. II-A, Ed. Perrot, Bs. As., 1994, p. 205

con el paso del tiempo. Partiendo de ese concepto es que resulta útil la diferenciación de deudas de dinero y deudas de valor.

La ley civil se ocupa de darnos una definición suficiente de las primeras. Así, establece el Art. 765 que *“la obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación...”*. Esto quiere decir que una obligación de dar dinero tendrá por objeto, desde el momento mismo de su génesis, una suma determinada de dinero. La alusión de “determinable” refiere a aquellas cuya liquidación resulte de una mera operación matemática. Entender lo contrario implica volver a confundir los campos porque –ya veremos- toda deuda de valor es finalmente determinable en dinero.

En la deuda de valor, el objeto es una utilidad a la que el acreedor tiene derecho, la cual ha de medirse en el momento de liquidación de la deuda³. Estas deudas tienen entonces, dos momentos bien diferenciados: el de su nacimiento –en el que se expresan mediante un valor- y el de su liquidación –en el que se traducen a dinero, para ser canceladas-

La distinción entre ambas especies toma real relevancia cuando se la analiza en consonancia con los principios que las rigen. En nuestro país, las deudas de dinero se hallan atadas a la regla nominalista, encontrándose prohibida su actualización (art. 7 ley 23.928 texto según ley 25.561). De no ser así, la diferencia no tendría la trascendencia –teórica ni práctica- que tanto ha ocupado a nuestra doctrina y jurisprudencia.

Así, la característica más importante que en nuestro régimen tienen las obligaciones de dar sumas de dinero es que en ellas se aplica, como adelantamos, el principio nominalista rígido. Esto quiere decir que se cancelan entregando la cantidad estipulada de moneda, sin que sea viable ningún tipo de modificación. Lo expuesto implica que, aunque el dinero pueda

³ LLAMBIAS, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Abeledo Perrot, 5ta edición, Buenos Aires, 2005, tomo II A p. 167

tener fluctuaciones en su valor –lo que antes podía comprar con esa cantidad de dinero, ya no lo puedo comprar hoy-, la deuda dineraria quedará a salvo de dichas vicisitudes. Como consecuencia, la entrega de la suma consignada constituye un pago íntegro y cancelatorio que no puede ser rehusado por el acreedor –siempre, claro está, que lo sea en el tiempo y lugar que correspondan-. Esto se encuentra respaldado por nuestra ley civil en su artículo 766 que claramente establece que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada⁴, en consonancia con lo que ya regulaba la ley 23.928 en su art 7 hoy vigente, y cuya aplicación ha sido reiteradamente avalada por nuestros tribunales⁵.

Por el contrario, en las deudas de valor, lo que se debe es un cierto valor abstracto o una utilidad, representada por bienes, pero no la entrega de esos bienes –que por otro lado, no siempre es posible-. Esto significa que la deuda habrá de medirse en dinero como máximo al momento del pago. Hasta que ese momento arribe, se debe un valor cuya traducción en dinero puede ir variando, lo cual no modifica el objeto debido porque justamente el mismo, consiste, si se quiere, en la cantidad de dinero que equivale al valor de determinado bien, al momento del pago. Como veremos, aquí el principio nominalista no juega ningún rol.

Ejemplo típico de una deuda de valor es la indemnización por daños y perjuicios derivada de un hecho ilícito o de un incumplimiento contractual. En estos casos -y sin perjuicio de que la obligación de indemnizar habrá nacido en el momento del daño-, la valuación del daño se hará a la fecha de la sentencia. Allí es donde se determinará el monto de la indemnización, o en

⁴ Aclaramos que la especie, para obligaciones dinerarias, siempre debe tratarse de moneda de curso legal, de lo contrario, la obligación se considera como de dar cantidades de cosas, tal como lo establece el art. 765 in fine.

⁵ CSJN, in re Belatti, Luis Enrique c. F.A. s/cobro de australes del 20/12/2012; CSJN in re Bedino Mónica Noemí c/ Telecom Argentina S.A. y otro del S 14/3/2017; SCBA in re Correa, Oscar Jesús c/ Carboclor Industrias Químicas S.A.I.C. s/ Indemnización enfermedad causa 86189 del 29-8-2007; in re Da Silva, Miguel Angel y otro c/ Transportes La Perlita S.A. y otro s/Indemnización causa 92958 del 3-6-2009, entre otros.

otras palabras, cuando el juez establecerá, en términos de dinero, el cuántum de ese daño. Los intereses, en estos casos, tomarán, según el tipo de que se trate –v.g. moratorios, compensatorios– un rol diferenciado. De ello nos ocupamos más adelante.

Pero claro, en las circunstancias con las que nos encontramos al ejercer el derecho, no siempre aparecen los ejemplos de libro.

Lo que debemos tener presente es que toda deuda de valor, está llamada a convertirse en una de dinero, al sólo efecto de ser cancelada. Es que el dinero es el bien de intercambio por antonomasia, y la moneda de curso forzoso y legal, es el modo de cancelar las obligaciones dinerarias que por excelencia admite nuestro derecho. Las deudas de valor deben ser “liquidadas”. A partir de allí se modifica su objeto, se convierten en dinerarias y quedan alcanzadas por el régimen normativo de esta tipología, en particular por el principio nominalista rígido⁶. A partir de allí no podrán, como regla, ser actualizadas.

III. Diversos tipos de intereses

Cuando hablamos de intereses, si bien se trata de un concepto específico, debemos tener en cuenta que existen diversos tipos dentro del mismo. Las diferentes variables del interés, están llamadas a cumplir funciones bien distintas. Muy brevemente pasamos a caracterizarlas:

Los intereses compensatorios son el precio que se debe pagar por el uso y disfrute de un capital ajeno.

Pueden ser de origen convencional o legal, y se encuentran actualmente regulados en nuestro Código Civil y Comercial, Art. 767: *“Intereses compensatorios. La obligación puede llevar intereses y son válidos los que se han convenido entre el deudor y el acreedor, como también la tasa fijada para su liquidación. Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces”*.

⁶ Pizarro, Ramon D. “Los intereses en el Código Civil y Comercial”, Publicado en: LA LEY 31/07/2017, 31/07/2017, 1 - LA LEY2017-D, 991

Los intereses moratorios, por su parte, tienen la función de reparar el atraso en el cumplimiento de la obligación, siempre que sea imputable al deudor. Con ello, su presupuesto es la existencia de mora en el cumplimiento de la obligación, es decir, ese incumplimiento relativo del que tanto se ha ocupado nuestra doctrina. Como consecuencia, donde no hay o no puede haber mora, no hay o no puede haber daño moratorio, y por ende, tampoco intereses moratorios.

Estos dos tipos de intereses –compensatorios y moratorios–, pueden en principio acumularse, ya que responden a dos causas distintas.

Por último, están los intereses punitivos. Para gran parte de nuestra doctrina, los intereses punitivos son los moratorios establecidos por las partes en sus convenciones, pero también pueden verse como una pena privada, o una sanción al incumplimiento. En caso de estar previamente establecidos por las partes, actúan como una verdadera cláusula penal. Pero igualmente la ley puede preverlos como sanción a la falta de cumplimiento, por ejemplo en cuestiones tributarias. De estas características se desprende una naturaleza diversa respecto de los otros tipos de intereses, ya que suman una función y utilidad diferenciada –sancionatoria y/o disuasiva–.

Finalmente mencionamos a los intereses sancionatorios, que actúan como pena para el incumplimiento de las cargas y mandados procesales, ante una conducta procesal maliciosa.

IV. Entonces, ¿qué obligaciones generan intereses?

Un análisis superfluo de todo lo expuesto podría llevarnos a concluir de manera apresurada que las obligaciones de dar dinero llevan intereses, y las de valor no.

Ello no es así, dado que el generar o no intereses, depende de varias otras circunstancias, como también de qué tipo de intereses estemos hablando.

Recordemos que, a los efectos de ser canceladas, y por ende, para evaluar si generan intereses, las deudas de valor requieren

ser liquidadas. Tal vez esta circunstancia es la que hace factible la confusión.

Pero veamos: cualquier deuda puede contener intereses compensatorios, siempre que deba retribuirse por la privación del uso del capital durante el tiempo pactado, es decir, el tiempo en que el acreedor fue privado de ese capital.

Los intereses moratorios, en general se relacionarán con una deuda de dinero. ¿Por qué? Porque su presupuesto es la mora. Y no se puede entrar en mora por una obligación que no está liquidada porque no es, en principio, posible su pago.

De este modo, es posible que una deuda dineraria que genere intereses moratorios tenga como antecedente una de valor -v.g., en un juicio por daños y perjuicios, una vez liquidada la indemnización a valores actuales y vencido el plazo para abonarlas-. Pero, reiteramos, debe encontrarse liquidada –en definitiva, ya convertida en deuda dineraria- y con el plazo de cumplimiento vencido.

V. Diversos tipos de tasas de interés. Tasa aplicable

Ahora bien, para discernir en cada caso cuánto ha generado un capital en concepto de intereses, debemos recurrir a una tasa.

La tasa en sentido lato, ha sido definida como el rendimiento de la unidad de capital en una determinada unidad de tiempo⁷. Es un coeficiente que, en determinado tiempo y lugar, representa el precio del dinero en el mercado financiero. Pero también, cuando hablamos de “tasa”, suelen incluirse dentro de sus componentes porcentajes que encuentran su causa y función en otras cuestiones. A estos dos aspectos se los ha llamado “rendimiento” del capital –en tanto rédito que produce el dinero-, y “escorias”, tales como la desvalorización de la moneda, el riesgo cambiario, etc⁸.

⁷ Pizarro, Ramón D. ob cit

⁸ Ver Pizarro-Vallespinos, “Manual de Obligaciones”. Ed Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, Tomo I p. 263 en donde se desarrollan los diversos componentes de la “escoria”.

La tasa a aplicar, depende del tipo de interés que estemos tratando.

Cuando se habla de “tasa pura”, se está haciendo referencia a aquella que representa la rentabilidad razonable de un capital, despojada de cualquier otro elemento –como podría ser la mora-. La tasa pura compensa el “no disponer” de un capital que es propio, durante cierto tiempo. Es decir, se aplica para el interés compensatorio.

Nuestra ley no aporta un porcentaje fijo para la tasa de interés puro, pero nuestros tribunales la han justipreciado en entre un 6 y un 8 % anual, siendo hoy doctrina jurisprudencial vigente la que establece la alícuota en un 6 %⁹. Esta tasa es la aplicable a intereses compensatorios, siempre que no hayan sido establecidos de otra manera por la autonomía de las partes (Art. 958 CCCA).

En cuanto a la tasa de interés moratorio, desde la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, la pauta del art. 622 del Código de Vélez -que disponía que, a falta de interés convencional o legal, “los jueces determinarán el interés que debe abonar”-, ha sido derogada. La norma que viene a reemplazarlo establece -también para el supuesto de ausencia de interés legal o convencional, que es lo que sucede en la mayoría de los casos de responsabilidad aquiliana- que la misma se determinará “en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central” (art. 768 inc. “c”).

⁹ El interés puro fue establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un 6 % anual (Fallos: 283:235; 295:973; 296:115, y más recientemente en Fallos: 311:1249). Nuestra Suprema Corte de Justicia provincial, en un primer momento lo determinó en el 8 % por igual período (v. causas Ac. 20.458, “Sinagra de Fernández”, sent. de 26-XI-1974, AyS 1974-III-747; Ac. 21.175, “Acosta”, sent. de 23-IX-1975, AyS 1975-845; Ac. 39.866, “Martín”, sent. de 21-II-1989, AyS 1989-I-141), pero luego, a partir de lo resuelto en B. 48.864 (“Fernández Graffigna”, sent. de 1-X-1983, AyS 1983-III-227) se plegó a la señalada alícuota de un 6 % anual (v. causas L. 49.590, “Zuñiga”, sent. de 1-VI-1993; L. 53.443, “Fernández”, sent. de 6-IX-1994; L. 60.913, “Amaya”, sent. de 14-X-1997; L. 73.452, “Ramírez”, sent. de 19-II-2002; Ac. 85.796, “Banco de la Provincia de Buenos Aires”, sent. de 11-VIII-2004; C. 95.723, “Quinteros”, sent. de 15-IX-2010; C. 99.066, “Blanco de Vicente Fanny”, sent. de 11-V-2011; e.o.).

En los fundamentos del anteproyecto, se lee respecto de esta cuestión que *“no se adopta la tasa activa como se propiciara en el Proyecto de 1998, porque se considera que hay supuestos de hecho muy diversos y es necesario disponer de mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso”*.

Ahora bien, ¿esto debe entenderse en el sentido de que el Banco Central deberá fijar una tasa única para el interés moratorio judicial? ¿O que, existiendo varias tasas, dentro de ellas el juez puede elegir la aplicable? Así, puede interpretarse que existe libertad para que el juez seleccione una de aquellas “tasas bancarias”, o bien que debe existir una única y uniforme, determinada por el Banco central. Ambas interpretaciones han sido sostenidas por autorizada doctrina al analizar el artículo¹⁰.

Pero veamos entonces esta otra clasificación de “tasas” que se ha introducido: la llamada tasa activa, y la tasa pasiva.

La tasa activa es la que las entidades financieras cobran a los clientes por los préstamos de dinero. Constituye la “ganancia” o el lucro de la entidad— también llamada spread bancario— porque representa el precio que los bancos ponen a su dinero. Es el precio que el banco establece como contraprestación por haberse privado del uso de su capital, en favor de un cliente.

La tasa pasiva, por el contrario, es aquella que paga el intermediario financiero a los particulares que colocan en ella su dinero. Es decir, es el precio que el banco pone al dinero de sus depositantes. Es lo que la entidad está dispuesta a pagar a los particulares, por la privación del uso del dinero que éstos han puesto a disposición de ella durante cierto lapso —v.g., en un plazo fijo—.

¹⁰ Al respecto, resulta ilustrativo el voto en disidencia del Dr. Hitters en la causa 119.176, “Cabrera” del 15/6/2016, en donde cita doctrina en ambos sentidos. También es interesante su postura, que concluye que será el juzgador de origen quien deberá seleccionar en cada asunto, la tasa aplicable para la determinación del interés judicial moratorio, siempre dentro de las alternativas plurales que permite la actual doctrina legal en la materia (tasa pasiva). Claro que —en nuestra opinión, y con el respeto que nos inspira la autorizada opinión del cortesano— otorga una libertad a los jueces de grado, para la que no siempre podemos tener por garantizada una aptitud razonable; además de generar (más) desigualdades entre justiciables.

Por supuesto que existirá una diferencia entre ambas, en virtud de la cual la entidad generará su lucro, poniendo a “trabajar” el dinero en operaciones financieras.

A su vez, dentro de los dos grandes ámbitos de tasa pasiva y activa, existen subgrupos, definidos por diversas operaciones financieras. Dentro de las tasas activas que podemos encontrar, se encuentran la tasa activa por descubierto en cuentas corrientes, por financiación de saldos en tarjetas, etcétera, siendo la más común la “Tasa activa por operaciones de descuento a 30 días”. Dentro de la denominada tasa pasiva, tenemos las de plazos fijos a 30 o 180 días, la que se paga en cuentas de ahorro en pesos, y la famosa tasa pasiva “digital”, que es la que se paga por plazos fijos digitales a 30 días. Esta última suele ser la más alta en nuestros días, en la Provincia de Buenos Aires.

Respecto de la elección de la tasa, de existir varias posibles –como hoy sucede–, la misma será realizada por el juez. Esta libertad, en nuestra ley actual, se limita a aquellas tasas que se fijen en las reglamentaciones del Banco Central (art. 768 inc. c).

No debemos olvidar al respecto, que la determinación de la tasa aplicable es una cuestión propia de los jueces de grado. Así lo ha entendido la CSJN en varias oportunidades¹¹: *“La determinación de la tasa de interés a aplicar como consecuencia del régimen de la ley de convertibilidad 23.928, no constituye cuestión federal susceptible de habilitar la instancia extraordinaria, sino que queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dicho ordenamiento, sin lesionar garantías constitucionales, en tanto sus normas no imponen una versión reglamentaria única del ámbito en cuestión.”* (CSJN, fallos 323:2122, donde se cita el precedente Banco Sudameris de Fallos: 317:507 que a su vez remite a los votos en disidencia de la causa L.44.XXIV. “López,

¹¹ Se destaca que estos fallos fueron dictados en vigencia del Código Civil según ley 340. En nuestra ley actual, la posibilidad de elección del juez se limita, como aclaramos al campo de las que establezcan las reglamentaciones del Banco Central (art. 768 inciso c).

Antonio Manuel c/ Explotación Pesquera de la Patagonia S.A. s/ accidente - acción civil” del 10 de junio de 1992).

Y entonces, ¿qué tasas entran en juego en las indemnizaciones por daños y perjuicios?

Más allá de sus implicancias financieras, a los operadores del derecho nos ha ocupado por largo tiempo la discusión acerca de cuál es la tasa que debe pagar un deudor perdidoso en juicio, a su acreedor. Recordemos que la función de los intereses, parece ser la de aportar un equilibrio, manteniendo el valor del que se ha visto privado el acreedor y también compensándolo por todo el tiempo en que no tuvo ese bien disponible. Y aquí es donde deben conjugarse otros valores deseables, como la estabilidad económica, buscada por medio de las políticas de estado. La cuestión es analizada de manera detallada por nuestra CSJN en el fallo López, Antonio Manuel c/ Explotación Pesquera de la Patagonia S.A antes citado.

En este sentido, son loables las políticas que tienden a evitar la inflación monetaria –v.g., la ley 23.928 en tanto prohíbe la indexación de deudas-, pero su aplicación debe conjugarse con la realidad económica. Así, es y ha sido tarea de nuestros tribunales la de analizar cuál de las tasas de interés establecidas por los bancos oficiales puede sopesar mejor estos dos fines: no perjudicar al acreedor pero tampoco perjudicar las políticas monetarias que tienden a evitar la inflación de la moneda.

Ante la ausencia de una normativa reglamentaria específica sobre alícuotas en concreto, se han expedido los tribunales superiores, sentando una doctrina que en general ha sido acatada por los jueces inferiores.

En nuestro ámbito local, la SCBA consideró que es aplicable –a partir de la entrada en vigencia del CCCA- la Tasa Pasiva más alta –refiriéndose a la digital o BIP- en la causa 119.176, “Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén s/ Daños y perjuicios”, sentencia del 15 de Junio de 2016. Sin perjuicio de resultar un fallo trascendente, en el mismo se incurre en la

imprecisión de establecer que se deben estos intereses desde la fecha del hecho dañoso.

La cuestión queda luego corregida en “Nidera S.A. contra Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios” (causa 121.134, del 03/05/18). Allí la Corte Provincial, sentó que para el cálculo de los intereses deberá aplicarse la alícuota del 6 % anual, la que corresponderá ser impuesta al crédito indemnizatorio establecido en la sentencia, y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arts. 772 y 1.748, Cód. Civ. y Com.). Esta determinación, sostiene el cimero tribunal, encuadra en una modalidad “no indexatoria”, teniendo en cuenta que en la sentencia, las sumas han sido fijadas conforme “valores actuales”, justamente por tratarse de una deuda de valor.

El criterio parece adecuado, y es concordante con las conclusiones de las XXVI Jornadas de Derecho Civil de 2017, en donde se concluyó que mientras la obligación sea de valor y no haya sido cristalizada en una deuda dineraria, debe aplicarse una tasa de interés puro. Esto es, para el plazo que va desde el momento del hecho y la sentencia que fija en dinero la indemnización a valores actuales.

De allí en más, resultará aplicable la tasa de interés establecida en las causas C. 101.774, “Ponce”; L. 94.446, “Ginossi” (sents. de 21-X-2009) y C. 119.176, “Cabrera” (sent. de 15-VI-2016), esto es, la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos.

La Corte nacional, por su parte, tiene sentado que los intereses moratorios *“constituyen la consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento de la obligación, pues tienen por objeto resarcir el lucro perdido por el acreedor al no poder aplicar el capital adeudado a una inversión que genere la renta pertinente, vale decir los intereses que aquél ha dejado de percibir. Desde esta perspectiva, el daño debe liquidarse mediante la aplicación de la tasa bancaria pasiva, pues esta es la que hubiera obtenido el accipiens de haberle sido restituído el*

capital en tiempo oportuno (Fallos: 315:158, considerando 36)” (CSJN C.412.L. del 11/7/2019 entre otros)¹².

VI. La prohibición de indexación y/o actualización monetaria y la cuantificación de un valor

Muchas veces se ha suscitado una confusión entre las operaciones de indexación –recordamos, prohibidas en nuestro sistema- y las de determinar el monto en dinero, de una deuda de valor.

La jurisprudencia se ha encargado de dividir las aguas, estableciendo que no se debe identificar la estimación de los rubros indemnizatorios a fin de reflejar los valores actuales de los bienes a los que refieren, con la utilización de mecanismos indexatorios, de ajuste o reajuste según índices o de coeficientes de actualización de montos históricos.

El matiz diferencial entre ambas modalidades se basa en que en la indexación, nos encontramos ante una operación matemática, mientras que la determinación de una deuda de valor, en principio no consiste estrictamente en eso, sino en el justiprecio de un valor según la realidad económica existente al momento en que se pronuncia el fallo (conf. doctr. causas Ac. 58.663, “Díaz”, sent. de 13-II-1996, Ac. 60.168, “Venialga”, sent. de 28-X-1997 y C. 59.337, “Quiroga”, sent. de 17-II-1998, e.o.).

Creemos que hay aquí una cuestión esencial: la prohibición de indexación toma vigencia sólo ante la existencia de una deuda de dinero. Es por eso que no puede hablarse de indexación o actualización en deudas de valor.

La diferencia puede ser sutil, pero lo cierto es que, como dijimos, las deudas de dinero no deben ser indexadas –so pretexto de querer resguardar su valor-, por expresa prohibición

¹² Sin perjuicio de ello, existen plenarios como el conocido “Samudio” del año 2009 en que las Cámaras Nacionales en lo Civil han avalado la aplicación de la tasa activa para el interés moratorio.

legal. Mientras que en las deudas de valor la indexación no tiene ni puede tener lugar, porque las deudas de valor simplemente se traducen a dinero, se cuantifican. Esa cuantificación lo será en la cantidad de dinero que, al momento de realizarla, represente el “valor debido”. Su propio concepto puede implicar que, justamente por deberse un valor, se mantengan en cierto modo “actualizadas” -sólo hasta el momento en que se conviertan en dinerarias-. Pero eso no responde a una operación indexatoria, sino a una mutación de su objeto que resulta necesaria y en general, tendiente a su cancelación.

VII. Los dilemas actuales

En muchos casos se ha entendido que los diversos tipos de intereses deben sopesar, a más de la privación del uso del capital, la pérdida de su valor adquisitivo. Lo cierto es que esto, en el ámbito de las obligaciones dinerarias constituye, al menos esencialmente, en una operación de actualización que en nuestra ley actual está expresamente prohibida, y que no podría el juez dejar de lado sin tildarla de inconstitucional.

Sin perjuicio de ello, en nuestros tiempos, cualquier abogado que ejerce la profesión puede ver cómo, ante la duración excesiva de los procesos y la constante depreciación de la moneda de curso legal, las indemnizaciones en muchos casos llegan al momento de su cobro perjudicadas por una notable pérdida de su valor. Esto no puede sino percibirse como un menoscabo para el acreedor, el justiciable. Esta desvalorización no siempre logra ser neutralizada mediante la aplicación de los intereses que corresponden según la doctrina vigente.

En este sentido, se expidió la doctrina en las XXVI Jornadas de Derecho Civil, en donde se expuso el dilema de los intereses y la depreciación monetaria, y en sus conclusiones se lee: *“El correcto funcionamiento del principio nominalista supone la estabilidad monetaria. Las situaciones inflacionarias conducen a una alteración de las funciones de los intereses que no se compadece con su noción tradicional”*.

La pregunta que cabe hacerse como presupuesto es, ¿es función de los intereses la de mantener el valor del dinero? Si la respuesta es afirmativa, resulta evidente que los establecidos por la doctrina jurisprudencial actual, resultan insuficientes. Creemos, como bien lo ha advertido la doctrina, que es el principio nominalista rígido el elemento que ha contribuido a desfasar el sistema. Todo el régimen de las obligaciones dinerarias se basa, entendemos, en una premisa meramente dogmática, que no encuentra sustento en la realidad monetaria argentina. Prueba de ello es que, mediante algunos mecanismos –como el de recurrir a tasas de interés activas o métodos indirectos de actualización –, se ha pretendido paliar su rigidez. Pero claro, ello queda al arbitrio del judicante en cada caso, circunstancia que no ofrece garantía alguna, menos aun teniendo en vista las doctrinas actuales de los tribunales superiores.

En el análisis de la cuestión no debe perderse de vista que resulta loable el fin que se persigue con el régimen nominalista, cual es evitar la producción o agravación de procesos inflacionarios o de desvalorización de la moneda, mediante la aplicación libre de mecanismos de indexación, cualesquiera sean. Sin embargo, creemos que la rigidez con que se ha aplicado el nominalismo –el que hoy nos rige ha sido establecido en circunstancias económicas particulares como la vigencia de la convertibilidad–, no siempre ha conducido a soluciones equilibradas. Nuestro actual sistema –legal y jurisprudencial– continúa, al día de hoy, cargando con la deuda de adecuarse a la realidad.

Regularización dominial de inmuebles rurales para agricultores familiares

Domain regularization of rural properties for family farmers

Regularização de domínios de propriedades rurais para agricultores familiares

“ Régularisation du domaine des propriétés rurales pour des agriculteurs fami-liaux ”

家庭农民的农村财产领域正规化

Lorena Muñoz¹ y Natalia L. Barriviera²
Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 20 junio), 85-104

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e390>

Recibido: 01/12/2019

Aprobado: 01/02/2020

Resumen: El presente artículo analiza la modificación efectuada por la Ley N° 27.118 a la Ley N° 24.374 (conocida como Ley Pierri, cuyo objeto es la regularización dominial de inmuebles urbanos), alcanzando con su entrada en vigencia a los agricultores familiares poseedores de inmuebles rurales donde residan y produzcan, como beneficiarios

¹ Lorena Muñoz. Abogada-Escribana (UNLP). Profesora Adjunta Ordinaria en la materia Derecho Notarial y Registral. (Fac. Cs. Jcas. y Soc- UNLP). Subdirectora Especialización en Documentación y Registración Inmobiliaria (Fac. Cs. Jcas. y Soc- UNLP). Docente Investigador Categoría V. (ORCID 0000-0003-2142-4710) Correo electrónico: lore_2011@hotmail.com.

² Natalia Lorena Barriviera. Abogada-Escribana (UNLP). Profesora Adjunta Ordinaria en Derecho Notarial y Registral (Fac. Cs. Jcas. y Soc- UNLP). Secretaria Instituto de Investigación en Derecho Notarial y Registral (Fac. Cs. Jcas. y Soc- UNLP). (ORCID 0000-0002-5941-6807). Correo electrónico: nataliabbarriviera@gmail.com.

de la ley, concediéndoles de tal modo la posibilidad de acogerse a los beneficios de esta ley de regularización dominial para obtener su título de propiedad. Asimismo, se reflexiona sobre la ausencia a la fecha, de reglamentación en la provincia de Buenos Aires de la Ley N° 27.118, y se enumeran algunos aspectos a tener en cuenta, fundamentalmente con la finalidad de poder incluir como beneficiarios de la regularización a los agricultores familiares que habitan y producen en la zona denominada "cordón flori-frutihortícola de La Plata", considerado uno de los sectores de mayor producción de frutas y verduras del país.

Palabras clave: Inmuebles rurales, regularización, derecho registral.

Abstract: This article analyzes the modification made by Law No. 27.118 to Law No. 24.374 (known as the Pierri Law, whose object is the regularization of urban properties), which applies to family farmers who own rural properties where they reside and produce, as beneficiaries, granting them the possibility of receiving the benefits of this law to obtain their property title. Likewise, it reflects on the absence of regulations in the province of Buenos Aires of Law No. 27,118, and lists some aspects to consider, in order to include as beneficiaries those family farmers who live and produce in the area called "flori-fruit and vegetable cord of La Plata", considered one of the sectors with the highest production of fruits and vegetables in the country.

Keywords: Rural properties, regularization, registry law

Resumo: O presente artigo analisa a modificação efetuada pela Lei n° 27.118 à Lei n° 24.374 (conhecida como Lei de Pierri, cujo objetivo é a regularização de domínio de propriedades urbanas), alcançando com a sua entrada em vigor aos agricultores familiares titulares de propriedades rurais onde residem e produzem, como beneficiários da lei, concedendo-lhes a possibilidade de qualificar aos benefícios dessa lei de regularização de domínio para obter seu título de propriedade. Da mesma forma, pondera-se sobre a ausência, até o momento, de regulamentos na província de Buenos Aires da Lei n° 27.118, e são listados alguns aspectos a ter em consideração, principalmente com a finalidades de poder incluir como beneficiários da regularização aos agricultores familiares que vivem e produzem na área denominada "cordão flori-frutihortícola de La Plata", considerado um dos setores de maior produção de frutas e vegetais do país

Palavras-chave: Propriedades rurais, regularização, direito de registro.

Résumé: Cet article analyse la modification apportée par la loi n° 27.118 à la loi n° 24.374 (connue comme loi Pierri, dont l'objet est la régularisation des biens immobiliers urbains), qui s'applique aux agriculteurs familiaux propriétaires de biens immobiliers rural où ils résident et produisent, en leur donnant la possibilité de bénéficier des avantages de cette loi pour obtenir leur titre de propriété. Également, il réfléchit à l'absence de réglementation dans la province de Buenos Aires de la loi n° 27.118, et énumère certains aspects à prendre en compte, principalement dans le but de pouvoir inclure comme bénéficiaires aux agriculteurs familiaux qui habitent et produisent dans la zone appelée "La Plata flori-frutihortícola cord", qui est considérée comme l'un des secteurs ayant la plus forte production de fruits et légumes du pays.

Mot-clés: Propriétés rurales, régularisation, droit d'enregistrement

摘要: 本文分析了第27,118号法律对第24,374号法律(被称为" Pierri法", 其目标是城市财产的正规化)所作的修改, 从而使拥有农村财产的家庭农民生效。他们作为法律的受益人居住和生产的农村, 从而使他们有可能利用该领域正规化法律的利益来获得其财产权。同样, 它反映了布宜诺斯艾利斯省第27118号法律的法规迄今尚不存在, 并列出了一些要考虑的方面, 主要是为了能够包括对这些法规进行正规化的受益者。在"拉普拉塔的花果蔬封锁带"地区生活和生产的家庭农民, 被认为是该国果蔬产量最高的部门之一

关键词: 农村财产, 正规化, 登记法。

I. Introducción

Concluyendo el año 2014, en el marco de consenso de todos los actores de la agricultura familiar, tanto los campesinos, los pueblos originarios, las organizaciones y el Estado, se sanciona la Ley 27.118 titulada "Reparación histórica de la agricultura familiar para la construcción de una nueva ruralidad en la argentina", que parte de la premisa de declarar, en su artículo primero, de interés público la agricultura familiar, campesina e indígena por su contribución a la seguridad y soberanía

alimentaria del pueblo, por practicar y promover sistemas de vida y de producción que preservan la biodiversidad y procesos sostenibles de transformación productiva.³

En los fundamentos de la citada norma, conocida como ley de reparación histórica para la Agricultura Familiar, se señala entre sus objetivos, el desarrollo humano integral de los agentes rurales a través del impulso del empleo en armonía con el territorio, también el promover la igualdad y corregir disparidades de desarrollo regional, contribuir a la soberanía y seguridad alimentaria, fomentar la conservación de la biodiversidad y el mejoramiento de la calidad de los recursos naturales mediante un aprovechamiento sustentable, reconocer las prácticas de vida y productivas de los pueblos originarios, y la regulación dominial mediante un programa específico y permanente para el relevamiento de las tierras de la agricultura familiar y la conformación de una Comisión Nacional Permanente de regulación dominial.

Este último punto es el que adquiere especial relevancia en el presente trabajo, ya que el objetivo es analizar uno de los mecanismos mediante los cuales los beneficiarios de esta norma -agricultores familiares- podrían acceder a la titulación formal de su tierra y destacar los beneficios que ello trae aparejado, especialmente en el ámbito rural.

La problemática de la ausencia de titulación formal o deficiencia en la misma, no es un tema menor, en ningún tipo de inmuebles, sean urbanos o rurales. No obstante, cabe tener presente que en el caso de los inmuebles rurales, donde dicho suelo además de ser sustrato para la vivienda es la fuente de recursos para quienes lo habitan, adquiere especial significancia para los poseedores del mismo.

Precisamente, en los fundamentos de la norma bajo análisis, se ponen de relieve los reclamos de seguridad jurídica en la tenencia de la tierra, generada desde organizaciones de base

³ La Ley 27.118 fue sancionada el 17 de Diciembre de 2014 y promulgada de Hecho el 20 de Enero de 2015.

(campesinas e indígenas) y de aquellas organizaciones de la sociedad civil que acompañan estos procesos, debido a la existencia de innumerables situaciones de ocupación y posesión de bienes inmuebles o tierras transmitidas de generación en generación por parte de los sujetos de la agricultura familiar, campesina e indígena, sin titularidad de dominio o bajo una condición jurídica formalizada en forma parcial, y la amenaza constante de desalojos a dichos habitantes.

En esta dirección, una de las pautas de la ley en comentario ha sido la de suspender “... *por tres (3) años toda ejecución de sentencia y actos procesales o de hecho que tengan por objeto el desalojo de agricultores familiares que al momento de la entrada en vigencia de la presente norma se encuentren en condiciones de usucapir las tierras rurales que poseen*”, agregando que “*La autoridad de aplicación de conformidad a los artículos precedentes, priorizará soluciones inmediatas para garantizar la permanencia y el acceso a la tierra*”⁴

El propósito de dicha disposición es la de evitar la pérdida de la posesión real o el desapoderamiento de las tierras, garantizándoles a los pequeños productores la tranquilidad que no serán desalojados y podrán llevar adelante el proceso de regularización de estos inmuebles en el marco de los beneficios que propone la ley de agricultura familiar.

Así, en pos de concretar la seguridad jurídica sobre la posesión de estas tierras, la Ley 27.118 introduce una importante herramienta para el saneamiento en la titulación de inmuebles rurales destinados a la producción agrícola habitados por familias que trabajen dichos suelos.

La herramienta a la que referimos, es la posibilidad otorgada a estos poseedores de tierras rurales para que puedan ser beneficiarios de la llamada “Ley Pierri”⁵, norma que ha

⁴ Art. 19 de la Ley 27.118. Por art. 124 de la Ley N° 27.431 B.O. 2/1/2018 se proroga hasta el 31 de diciembre de 2018 la vigencia de la suspensión dispuesta en el presente artículo.

⁵ Ello por cuanto el diputado nacional Pierri, fue uno de los autores y propulsor del proyecto.

llevado adelante uno de los planes de regularización dominial más exitosos, desde el punto de vista del mecanismo que ha instaurado y por la masividad en términos de beneficiarios que han obtenido su título de propiedad a través del mismo.

Este mecanismo de regularización dominial, hasta la sanción de la Ley 27.118, disponía en el art. 1° de la Ley 24.374, con sus modificaciones por las leyes 25.797 y 26.493 que *“Gozarán de los beneficios de esta ley los ocupantes que, con causa lícita, acrediten la posesión pública, pacífica y continua durante tres (3) años con anterioridad al 1° de enero de 2009, respecto de inmuebles edificados urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente, y reúnan las características previstas en la reglamentación.”*

De tal modo adviértase que, hasta el año 2015⁶ los posibles beneficiarios de la regularización dominial eran sólo poseedores de inmuebles urbanos, resultando de suma relevancia el agregado que introduce el art. 35 de la Ley 27.118 al art. 1° de la Ley 24.374, beneficiando ahora a los agricultores familiares poseedores de inmuebles rurales que habiten y hagan producir esas tierras. El párrafo agregado dice:

“En las mismas condiciones podrán acceder a estos beneficios los agricultores familiares respecto del inmueble rural donde residan y produzcan.”

II. Consecuencias que trae aparejada la ausencia o falta de titulación, especialmente para los agricultores familiares

Tal como se mencionara en los fundamentos de la Ley 27.118, las comunidades campesinas e indígenas, padecen las consecuencias de la ausencia o deficiencia en la titulación, a través de la inseguridad que ello les genera en la tenencia de sus tierras. Inevitablemente, ello conduce en muchos casos a una disminución en la productividad de las tierras por la necesidad

⁶ Recordemos que la Ley 27.118 entró en vigencia el 20 de enero de 2015.

de destinar mano de obra activa a cuidar la tenencia; o el desinterés por trabajar la tierra ante posibles desalojos; la migración desde el sector rural hacia las ciudades debido a la carencia de seguridad en la tenencia de la tierra, la imposibilidad de acceder a cierto tipo de créditos o préstamos para mejorar la vivienda o producir la tierra, debido a la imposibilidad de acreditar la titularidad de los inmuebles dados en garantía, sólo por mencionar algunos inconvenientes.

Y numerosos son también los obstáculos que encuentran los poseedores de estas tierras para obtener el título formal de sus inmuebles. Entre ellos cabe citar, los costos de juicio de usucapión, los costos de los trabajos de mensura de las tierras, la ausencia o carencia de asesoramiento jurídico, y consecuentemente el desconocimiento de los derechos de los poseedores; obstáculos en el acceso a la justicia; los costos de traslado a los centros urbanos para realizar trámites judiciales o administrativos, entre muchos otros.

En efecto, si bien las problemáticas vinculadas a la tenencia de la tierra no se reducen exclusivamente a la falta de títulos de propiedad, esta carencia origina situaciones básicas de inestabilidad por potenciales desalojos, además de acotar la posibilidad de acceder a créditos para incorporar capital, dificultando enormemente la consolidación productiva de los pequeños establecimientos familiares.⁷

III. Beneficiarios de la Regularización dominial de tierras rurales conforme Ley 27.118

Cabe ahora detenerse en el universo de beneficiarios que podrían acogerse a la regularización dominial de tierras rurales.

⁷ Slutzky, Daniel (2008): "Situaciones problemáticas de tenencia de la tierra en Argentina". Ministerio de Economía y Producción - Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos - Dirección de Desarrollo Agropecuario - PROINDER - Serie Estudios e Investigaciones N° 14. Disponible en redaf.org.ar/wp-content/uploads/2008/08/problematicas-de-tenencia-dela-tierra.pdf. Citado en GAPEL REDCOZUB, Guillermo. Políticas de regularización dominial de tierras rurales: el plan de la provincia de Corrientes, Argentina. Revista de la Facultad de

Recordemos que el agregado que introduce la Ley 27.118 a la Ley Pierri refiere a “agricultores familiares respecto del inmueble rural donde residan y produzcan.”

En primer lugar delimitemos el concepto de agricultores familiares. En los términos de la ley bajo análisis (art. 5 Ley 27.118):

“Se define como agricultor y agricultora familiar a aquel que lleva adelante actividades productivas agrícolas, pecuarias, forestal, pesquera y acuícola en el medio rural y reúne los siguientes requisitos:

- a) La gestión del emprendimiento productivo es ejercida directamente por el productor y/o algún miembro de su familia;*
- b) Es propietario de la totalidad o de parte de los medios de producción;*
- c) Los requerimientos del trabajo son cubiertos principalmente por la mano de obra familiar y/o con aportes complementarios de asalariados;*
- d) La familia del agricultor y agricultora reside en el campo o en la localidad más próxima a él;*
- e) Tener como ingreso económico principal de su familia la actividad agropecuaria de su establecimiento;*
- f) Los pequeños productores, minifundistas, campesinos, chacareros, colonos, medieros, pescadores artesanales, productor familiar y, también los campesinos y productores rurales sin tierra, los productores periurbanos y las comunidades de pueblos originarios comprendidos en los incisos a), b), c), d) y e).”*

Sumado a los recaudos que permitirían calificar quién entra en la categoría de agricultor familiar, el art. 6 de la Ley 27.118 exige la obligación de registrarse en forma individual y asociativa, a los efectos de ser incluidos en los beneficios de la ley, dando lugar al Registro Nacional de Agricultura Familiar (RENAF).

De tal modo, entendemos que será el RENAF⁸ quién deberá evaluar y calificar los recaudos para ser considerado agricultor familiar, debiendo entonces solamente acreditar estar registrado allí para gozar los beneficios de la regularización dominial.

De otra parte, aunque resulte sobreabundante señalarlo, el inmueble objeto de regularización dominial debe ubicarse en una zona categorizada como rural. Aquí cabría preguntarnos que pasa con los inmuebles que se encuentran en zonas periurbanas o semi rurales destinados a agricultura familiar y se cumplen a su respecto los restantes recaudos.⁹ Entendemos que una adecuada reglamentación de dicha norma en el ámbito local deberá prever y regular estas situaciones, permitiendo encuadrarlas dentro de los beneficios de la regularización dominial rural teniendo en cuenta la finalidad de dichos inmuebles más allá de su zonificación como rural o urbana, como también deberá especificar ciertas características que deberán reunir dichos inmuebles para ser acogidos en la regularización, como superficie máxima del inmueble, superficie cultivada, particularidades de las edificaciones, entre otras cuestiones.

A su vez, conforme los términos de la ley, el inmueble debe tener una vivienda, es decir debe haber una edificación, en la cual residan los agricultores que se acogen a los beneficios de la ley.

Al respecto es preciso detenernos en las características particulares de los inmuebles destinados a la agricultura familiar,

⁸ El Registro Nacional de Agricultura Familiar se encuentra bajo la órbita del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, y en su sitio web señala que Con su inscripción en el ReNAF, los Agricultores y Agricultoras Familiares obtienen una certificación oficial de su actividad que les permite acceder de forma prioritaria a programas y proyectos para el sector y a los derechos consagrados en la Ley de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar 27.118.

https://www.agroindustria.gob.ar/sitio/areas/d_registros_y_monotributo_agropecuario/renaf/index.php

⁹ Al respecto, existen alrededor de las ciudades de La Plata y Mar del Plata un cordón frutihortícola que abarca una amplia región en superficie, con una importante producción para la Provincia de Buenos Aires, donde su zonificación no es estrictamente rural, pero sus productores encuadrarían en las previsiones de la Ley 27.118.

donde debemos dejar de lado una noción estática del fondo, propia de los inmuebles urbanos y una mirada estrictamente desde el derecho civil, para hacer lugar a una noción dinámica de estos inmuebles rurales destinados a la producción agroeconómica, con sus particularidades propias y propiciar una mirada amplia involucrando otras ramas del derecho como el ambiental, el agrario, etc.

IV. Procedimiento de la Ley 24.374 de Regularización dominial

Luego de haber delimitado el universo de beneficiarios que incorpora la Ley 27.118 al procedimiento de regularización dominial, resulta oportuno referirnos al mecanismo a través del cual pueden obtener el título formal de su vivienda, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, ya que si bien estamos frente a una ley nacional, ésta ha facultado a las provincias -y a la entonces municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires-, a determinar en sus respectivas jurisdicciones la autoridad de aplicación de dicho régimen, como así también a dictar las normas reglamentarias y procedimientos necesarios para su operatividad.¹⁰

Cabe señalar que la Ley 27.118 no ha sido reglamentada todavía, ni a nivel nacional, ni en su correlato provincial, y menos aun en los aspectos específicos sobre regularización dominial. Ello deviene imperiosamente necesario, a fin de que los posibles agricultores familiares que reúnan los requisitos establecidos por la norma puedan acogerse a la ley, conforme se encuentra estructurado el plan de regularización, y que el mecanismo actualmente previsto sea ajustado a este nuevo supuesto.

El procedimiento, tal como se encuentra previsto en el ámbito local actualmente, presenta dos etapas diferenciadas en cuanto a

¹⁰ En tal sentido la Provincia de Buenos Aires dictó el Decreto N° 3991/94 (modif. por Decreto N° 2815/96), reglamentario de la Ley 24.374, y el Decreto Provincial N° 226/95 que aprueba el Convenio celebrado entre el Colegio de Escribanos local y el Gobierno Provincial.

su procedimiento y finalidad, la de acogimiento y la de consolidación, las cuales aun se encuentran separadas temporalmente.

En la primera instancia que podemos denominar, “etapa de acogimiento”, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se realiza ante los Registros Notariales de Regularización Dominial (RNRD).¹¹ Los interesados se presentan ante el escribano regularizador con la documentación por la cual acreditan los requisitos para ser beneficiario.¹²

Conforme lo previsto por el art. 6° inc. a) de la Ley 24.374, los beneficiarios deberán presentar *“una solicitud de acogimiento al presente régimen, con sus datos personales, las características y ubicación del inmueble, especificando las medidas, linderos y superficies, datos dominiales y catastrales si los tuviese, y toda documentación o título que obrase en su poder...”* y *“acompañar una declaración jurada en la que conste su carácter de poseedor del inmueble, origen de la posesión, año de la que data la misma, y todo otro requisito que prevea la reglamentación”*.¹³

¹¹ En un principio se crearon las llamadas “Casas de Tierras” en los distintos municipios, encargadas de difundir y promocionar la ley, realizando las verificaciones y relevamientos correspondientes, mientras que la Escribanía General de Gobierno se ocupaba del otorgamiento de las respectivas escrituras (conf. art. 6°, 7° y 9° Decreto N° 3991/94). Posteriormente, a consecuencia de una pobre acogida a la norma, el gobierno de Duhalde suscribe un convenio con el Colegio de Escribanos con fecha 6/2/1995 (aprobado por Decreto N° 226/95) por medio del cual se encomendaba a ciertos notarios las tareas precitadas, previendo la conformación de Registros Notariales de Regularización Dominial (RNRD), los que fueron creados por Decreto N° 3152/96. De este modo, la verificación de los extremos requeridos por la ley, y el otorgamiento de la escritura respectiva queda a cargo de los Notarios “Encargados” de las Casas de Tierras y de sus “Colaboradores”, todos ellos notarios de la matrícula que accedieron mediante un procedimiento de selección y formación previo, a cargo del Colegio de Escribanos en conjunto con la autoridad de aplicación. Luego complementada por normativa de la autoridad de aplicación: Disposición 91/03 Designación de Notarios colaboradores, Resolución 64/2007 y Designación de Notarios integrantes de un R.N.R.D.

¹² Actualmente existe un Instructivo de procedimiento: Resolución N° 33/2012 de la Subsecretaría Social de Tierras, Urbanismo y Vivienda.

¹³ Al respecto los arts. 3° y 4° del Decreto local 3991/94, determinan ciertas características que deberán reunir los inmuebles en cuestión. Ahora bien, en este caso, deberán calificarse que se trata de un inmueble rural, donde hay una vivienda que habita el agricultor familiar y que éste se encuentra inscripto en el Registro Nacional de Agricultura Familiar.

Cabe detallar, como documentación que pueda aportar el beneficiario y le permita acreditar la antigüedad y continuidad de la ocupación en el inmueble con anterioridad al año 2006, los siguientes: boleto de compraventa, cesión de derechos, libreta de pagos, títulos antecedentes, recibo de compra del lote, cesión de derechos posesorios documentos de identidad con el domicilio allí radicado, recibos de pagos de tasas municipales e impuestos provinciales, recibos de pagos de servicios del domicilio, planos del inmueble, boletines escolares, facturas de compra de materiales o insumos para el inmueble, certificados de trabajo, siempre que en ellos conste el domicilio del bien a regularizar.

El escribano interviniente solicita un informe de dominio, cédula y plancheta catastral, respecto del inmueble objeto de regularización. Realiza asimismo un relevamiento social (a fin de verificar la efectiva ocupación del inmueble por el beneficiario y su grupo familiar) y técnico (a fin de verificar las características y condiciones del inmueble). Luego procede a citar al titular registral del inmueble, notificándolo al último domicilio conocido, y emplaza, mediante publicación de edicto, a toda persona que se considere con derechos sobre el inmueble, para que deduzcan oposición en el término de 30 días.¹⁴

Con toda la documentación recolectada, el notario forma un expediente, y da intervención a la autoridad de aplicación para verificar lo obrado en las actuaciones administrativas¹⁵. Cumplido ello, aprobado el trámite, el notario autoriza la escritura pública a que se refiere el artículo 6° inc. e) de la ley, la cual

¹⁴ Art. 6° inc. d) de la Ley 24.374. En el supuesto que concurra el titular de dominio, y preste su consentimiento para realizar la transmisión en favor del beneficiario, la instrumentación pertinente, si bien gozará de los beneficios y exenciones previstos por la ley, se sujetará a las normas de derecho común, con lo cual, en este caso nos encontramos frente a una verdadera escritura traslativa del dominio, conf. art. 6° inc. h) de la Ley 24.374. En este supuesto se produce la transmisión y consecuente adquisición del dominio pleno en forma inmediata en cabeza del beneficiario.

¹⁵ La autoridad de aplicación actual conforme Decreto 40/2015, es la Subsecretaría Social de Tierras, Urbanismo y Vivienda, complementado por Decreto 360/2016. El control se limita a verificar el cumplimiento de los requisitos y del procedimiento previstos en la Ley N° 24.374.

es suscripta por el beneficiario y el representante de la autoridad de aplicación. En rigor de verdad, tal instrumento es un acta de protocolización, denominada “acta-Ley 24.374”, que contiene una relación de las actuaciones administrativas.¹⁶

Dicha escritura se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente, a fin de computar el inicio del plazo de diez años que establece actualmente el artículo 8 de la Ley 24.374, para obtener el dominio perfecto transcurrido dicho plazo.

Cabe resaltar, que el presente régimen estableció la gratuidad de los trámites que se realicen en el marco del mismo.¹⁷

Transcurridos diez años contados a partir de su registración, la inscripción registral se convertirá de pleno derecho en dominio perfecto.¹⁸

Sin perjuicio que, de los términos de la normativa, parecería indicar que la consolidación opera de manera automática, la

¹⁶ Muñoz, Lorena, Regularización dominial: A más de una década de la ley 24.374. Estado de la consolidación de dominio en la Provincia de Buenos Aires y una posible actualización del régimen, La Ley Online; UNLP 2008-38, 409.

¹⁷ El beneficiario sólo tendrá que abonar una contribución especial del 1 % del valor fiscal del inmueble (conf. arts. 3° y 9° Ley 24.374). Por su parte el art. 20 del Decreto Provincial N° 3991/94 creo una cuenta especial, conformada por estos aportes, denominada “Fondo de Financiamiento para el Régimen de Titularización de Inmuebles Ley 24.374”, la cual será administrada por la autoridad de aplicación. A su vez, el art. 3° de la Ley 24.374 estableció que, la existencia de deudas tributarias, impositivas o de tasas que recaigan sobre el inmueble, ya fueran de jurisdicción nacional, provincial o municipal, no constituyen impedimentos para acogerse a este régimen.

¹⁸ Art. 8° de la Ley 24.374 conforme redacción dada por la Ley 25.797 del año 2003. Textualmente la norma dispone: “La inscripción registral a que se refiere el inciso e del Art. 6° se convertirá de pleno derecho en dominio perfecto transcurrido el plazo de diez años contados a partir de su registración. Los titulares de dominio y/o quienes se consideren con derecho sobre los inmuebles que resulten objeto de dicha inscripción podrán ejercer las acciones que correspondan inclusive, en su caso, la de expropiación inversa, hasta que se cumpla el plazo aludido. Las provincias dictarán las normas reglamentarias y disposiciones catastrales y registrales pertinentes para la obtención de la escritura de dominio o título”. En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires fue reglamentado por el Decreto 181/2006. Sumado a ello se ha dictado un Instructivo de procedimiento aprobado por Resolución 32/2012 de la Subsecretaría Social de Tierras, Urbanismo y Vivienda, y la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Bs.As. ha dictado la Disposición Técnico Registral N° 2/2011.

misma no funciona en forma instantánea, sino que requiere un trámite integrado por distintos pasos.

Así en esta segunda instancia, que podemos denominar “etapa de consolidación”, los interesados deberán dirigirse al Registro Notarial de Regularización Dominial (RNRD) correspondiente, y presentar allí la solicitud de consolidación, la cual tendrá carácter de declaración jurada, junto con la documentación pertinente que avale su beneficio.

Los sujetos facultados a instar el procedimiento de consolidación pueden ser, los beneficiarios de las actas-ley 24.374; los cesionarios por actos entre vivos o a título universal; los herederos; y los terceros involucrados.¹⁹

El notario interviniente deberá peticionar un informe de dominio del inmueble en cuestión, a fin de constatar la correcta inscripción del derecho del beneficiario y la situación jurídica del bien, como así también debe solicitar la cédula y plancheta catastral, a efectos de verificar su situación física e individualizar correctamente el inmueble a consolidar.

Con la documentación e informes solicitados, el notario forma un nuevo expediente administrativo, y lo remite a la autoridad de aplicación, para que realice el visado de dichas actuaciones, control que se limita a la legalidad de las formas extrínsecas de las actuaciones y al cumplimiento del procedimiento previsto en la normativa.

Visado el expediente, es devuelto al notario interviniente, quien redacta el acta de consolidación, la cual es suscripta por el funcionario a cargo de la autoridad de aplicación, y luego llevada al Registro de la Propiedad Inmueble para su registración.

El mecanismo que muy sucintamente hemos descripto, culmina con la entrega al poseedor del inmueble del título formal de su propiedad.

¹⁹ Art. 2 Decreto 181/2006.

V. Inexistencia de disposiciones específicas en materia de inmuebles rurales. Necesidad de una reglamentación especial en el ámbito provincial

El procedimiento señalado al que brevemente hemos referenciado, concede a los ocupantes de dichos inmuebles un título de propiedad sobre los mismos convirtiéndolos en titulares dominiales, y permite la incorporación del inmueble al mercado formal de tierras al sanear las deficiencias de que padecía en cuanto a su titulación.

A más de haber referenciado la reglamentación existente en la Provincia de Buenos Aires sobre el procedimiento de regularización dominial en el marco de la Ley 24.374 y sus modificaciones, no se advierte mención ni regulación específica alguna en torno al supuesto de regularización dominial de inmuebles rurales para agricultores familiares conforme el agregado que ha efectuado la Ley 27.118.

Si bien la posibilidad de someter a regularización dominial inmuebles rurales ya se encuentra consagrada en la norma nacional, la circunstancia de que la misma aun no se encuentre reglamentada en la Provincia de Buenos Aires dificulta la operatividad de esta opción en el ámbito local ya que el art. 5° de la Ley 24.374 determina que *“Las provincias ... dictarán las normas reglamentarias y procedimientos para su cumplimiento, teniendo en cuenta las normas de planeamiento urbano y procediendo en su caso, a un reordenamiento adecuado”*. De tal modo, esta ausencia de reglamentación representa un obstáculo al momento de pretender aplicar esta opción en el ámbito local por las circunstancias particulares que evidencian estos supuestos de regularización dominial de inmuebles rurales para agricultores familiares.

De tal modo, consideramos imperiosa la necesidad de contar con una reglamentación para este supuesto especial de inmuebles objeto de regularización dominial, la que debería tener mínimamente en cuenta estos aspectos:

- Características relativas al inmueble a regularizar: zonificación, superficie, tipo de edificación, entre otros.

- Recaudos vinculados a los beneficiarios de la regularización: inscripción en el RENAF, o el modo de acreditar que se trata de agricultores familiares que residen y producen en dichas tierras.

- Especiales consideraciones en torno a la documentación que acredite la ocupación en dichas tierras, especialmente en el caso de comunidades indígenas.

- Especiales consideraciones para realizar las constataciones in situ de dichos inmuebles

Solo por mencionar algunas condiciones fundamentales que la reglamentación local debería determinar a fin de hacer operativa este tipo de regularización dominial.

VI. Posible aplicación de esta norma para el cordón flori-frutihortícola de La Plata

Existe una importante región dentro del Partido de La Plata, en cuanto a su extensión territorial y su significación en términos económicos-productivos, el llamado cordón flori-frutihortícola de La Plata, en la cual habitan miles de familias que trabajan y producen dichas tierras, abasteciendo con su producción el consumo de frutas y verduras de más de 12 millones de argentinos.²⁰

Es considerada una de las zonas de mayor producción flori-frutihortícola del país. Al respecto se ha señalado que en América Latina y el Caribe, la Agricultura Familiar representa el 80 % del total de los desarrollos agrícolas existentes y, sólo el Cordón Verde de las localidades de Berazategui, Florencio Varela y La Plata, representa más de 30.000 puestos de trabajo y abastece aproximadamente el 70 % de los alimentos frescos del

²⁰ Ver publicación Diario El Día de fecha 24/11/2020 <https://www.eldia.com/nota/2019-11-24-2-15-54-la-precariedad-en-la-gran-quinta-del-pais-las-dos-caras-del-cordon-hortico-la-platense-la-ciudad>.

Área Metropolitana de Buenos Aires, destacando la importancia estratégica de este sector en el desarrollo socio-económico nacional y provincial.²¹

Si bien los productores familiares que habitan en dicha zona, en su mayoría son arrendatarios²², posiblemente en otros tantos supuestos se encuentren ante una posesión informal de los inmuebles, cumpliendo todos los recaudos para ser considerados dueños de ellos, pero sin contar con el título de su propiedad, con el impacto negativo que ello acarrea, como se ha puesto de relieve, en especial en el caso de estos inmuebles donde las familias no solo viven allí sino que además la tierra es su fuente de ingresos.

En estos casos entendemos que sería factible y plausible que los productores familiares que habitan y producen dicha tierra cuenten con la posibilidad que ahora les brinda el Estado de poder regularizar la situación dominial de su inmueble en los términos de la Ley 24.374. Sin embargo para que dicho universo de sujetos pueda ser beneficiado con esta herramienta resulta apremiante que el gobierno local dicte la reglamentación adecuada a dicho fin.

Los inmuebles de dicha zona a los que nos referimos, se encuentran alcanzados por la finalidad que ha tenido en miras la Ley 27.118 de “Reparación histórica de la agricultura familiar para la construcción de una nueva ruralidad en la Argentina”, no obstante quizá pueda ocurrir que en alguno supuestos no estén

²¹ Garrós, Rosario y Morales Pizzo, Micaela “El otro campo”: una experiencia de intervención en el cordón frutiflorihortícola del Gran La Plata. Trabajo presentado en X Jornadas de la Carrea de Trabajo Social de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, 6 y 7 de junio de 2019). <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/76129>

²² No es objeto de estudio en el presente trabajo, pero cabe agregar que las situaciones en que los productores arriendan los inmuebles son asimismo precarias, en términos jurídicos. La mayoría de los arrendamientos los manejan agentes inmobiliarios de la zona, dando lugar a una importante especulación del mercado inmobiliario en la región, a costos muy elevados en la intermediación, que recaen sobre los productores-arrendatarios. Dichos contratos no suelen ajustarse a la Ley 13.246 de arrendamientos y aparcerías rurales, ni respetar los tiempos mínimos allí previstos, sumado a las innumerables condiciones y cláusulas perjudiciales para los arrendatarios que suelen observarse.

tipificados como inmuebles rurales de acuerdo a la zonificación municipal. No obstante ello, consideramos que la reglamentación local deberá considerar y hacer prevalecer la finalidad productiva familiar de dichas tierras, más allá de la calificación urbana o rural del inmueble, permitiendo que los supuestos en que familias productoras del cordón flori-frutihortícola de La Plata reúnan los recaudos de plazo en la posesión y documentación necesaria puedan acogerse a los beneficios de la regularización dominial.

Incluso, cabe agregar que en los supuestos de arrendamientos dudosos en cuanto a la legitimidad del arrendatario como titular dominial de dichas tierras, sería propicio que luego de una debida indagación al respecto, los productores tuvieran la oportunidad de evaluar la procedencia de una eventual regularización dominial que pudiera ser aplicable, de darse los recaudos previstos por la norma.

VII Conclusiones

El título de propiedad formal para las familias que habitan inmuebles rurales resulta de vital importancia, en tanto brinda la seguridad necesaria en la tenencia de la tierra, que permite e incentiva al agricultor a que invierta en su explotación y eleve el rendimiento de su producción. Asimismo habilita a dichos titulares el acceso a créditos, ya que podrán ofrecer sus inmuebles como garantías reales en entidades bancarias públicas y privadas.²³

En efecto, en estudios realizados sobre asentamientos informales en la periferia de Buenos Aires, se ha detectado que las familias que contaban con títulos incrementaron sustancialmente su inversión en vivienda, redujeron su tamaño o cantidad de miembros, aumentaron la educación de sus niños, mejoraron algunos indicadores de salud (peso por altura de los niños) y redujeron las tasas de embarazo adolescente. Asimismo

²³ En este caso el beneficio real y concreto sólo podrá verse en el marco de políticas públicas que también acompañen y fomenten líneas de crédito para este sector de la población.

consideran que el otorgamiento de títulos puede ser una herramienta importante para la reducción de la pobreza a través del desarrollo de la inversión en capital físico y humano.²⁴

Más allá de las innegables beneficios que esta ley trae para los agricultores familiares en pos de obtener un título formal de sus tierras, no puede perderse de vista que esta es una herramienta paliativa de la situación con una gran inversión por parte del Estado que sustenta este saneamiento en la titulación, cuando el Estado debe asimismo promover políticas que permitan prevenir estas situaciones. Y en esta dirección, es importante puntualizar que, una vez que dichas tierras entren en el mercado formal por contar con su título de dominio, el Estado debería tomar las medidas o recaudos necesarios para informar e instruir a sus adquirentes en el modo de transmitir correctamente dichos títulos para que el inmueble no vuelva a encontrarse en situación de informalidad.

Otra realidad que tampoco puede perderse de vista y debe estar presente en la agenda de las políticas públicas en esta materia, es la de evitar que los especuladores del mercado inmobiliario se aprovechen de esta situación en la cual el Estado ha invertido y puesto sus recursos a disposición a fin de regularizar un inmueble dándole su título formal, y compren bajo engaño y manipulaciones estos inmuebles ahora saneados y revalorizados por tal circunstancia, ya que se desvirtuaría la finalidad de la ley.²⁵

²⁴ Galiani, Sebastian y Schargrodsy, Ernesto (2004): "Effects of land titling on child health". *Economics & Human Biology*. Volume 2, Issue 3, December 2004, pp. 353-372. <https://doi.org/10.1016/j.ehb.2004.10.003>. Galiani, Sebastian y Schargrodsy, Ernesto (2010): "Property Rights for the Poor: Effects of Land Titling". *Journal of Public Economics* 94 (2010) 700-729. Trabajos citados en GAPEL REDCOZUB, Guillermo. Políticas de regularización dominial de tierras rurales: el plan de la provincia de Corrientes, Argentina. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas - UNNE*. Número 20, otoño 2018, ISSN 1668 - 6365. Pp. 145 - 160. DOI: <http://dx.doi.org/10.30972/rfce.0203259>

²⁵ No sería la primera vez que estafadores del mercado inmobiliario, convencen a una familia que les venda su inmueble con título formal a cambio de comprar por la misma suma uno quizá más grande, pero que no cuenta con una titulación suficiente, comenzando el nuevo círculo vicioso de las negativas consecuencias que acarrea la falta de título formal.

Lo analizado en el presente trabajo nos lleva a la conclusión que resulta imprescindible contar con una adecuada reglamentación provincial el agregado producido por la Ley nacional 27.118 en la Ley 24.374, que permita a las familias poseedoras de inmuebles destinados a la producción agrícola en términos amplios, acceder a la herramienta de la regularización dominial, resultando el cordón flori-frutihortícola platense, una de las regiones a considerar especialmente en las políticas públicas locales en la materia. Asimismo entendemos que dicha norma debería estar acompañada de medidas que eviten la reincidencia en la ausencia de titulación suficiente, a fin de que la Estado garantice soluciones a largo plazo y no nos encontremos ante enmiendas momentáneas.

VIII. Bibliografía

- GAPPEL REDCOZUB, Guillermo (2018). “Políticas de regularización dominial de tierras rurales: el plan de la provincia de Corrientes, Argentina” en *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas - UNNE*. Número 20, otoño 2018, ISSN 1668-6365. Pp. 145-160. DOI: <http://dx.doi.org/10.30972/rfce.0203259>
- GARRÓS, Rosario y MORALES PIZZO Micaela (2019). “El otro campo: una experiencia de intervención en el cordón frutihortícola del Gran La Plata”. Trabajo presentado en *X Jornadas de la Carrera de Trabajo Social de la Universidad de Buenos Aires* (Buenos Aires, 6 y 7 de junio de 2019). <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/76129>.
- MUÑOZ, Lorena (2008). “Regularización dominial. A más de una década de la ley 24.374. Estado de la consolidación de dominio en la Provincia de Buenos Aires y una posible actualización del régimen” en *La Ley Online*, Universidad Nacional de La Plata Nro. 409.

Resolutos apuntes sobre Poder, Constitución y Control. Una triada inseparable

Resolute notes on Power, Constitution and Control. An inseparable triad

Notas resolutivas sobre Poder, Constituição e Controle. Uma triade inseparável

Notes résolues sur le pouvoir, la constitution et le contrôle. Une triade inséparable

关于权力,宪法和控制的说明.一个密不可分三合会解决电源注意事项

Javier Rodríguez Febles¹ y Dianet García Álvarez²
Universidad de La Habana - Cuba

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 20 junio), 105-122

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e393>

Recibido: 05/04/2020

Aprobado: 01/05/2020

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Maestrando de Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de La Habana y Maestrando en Ciencias de la Educación Superior por la Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Profesor de Derecho Constitucional. Vicepresidente de la Junta Directiva Provincial de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en Ciego de Ávila. Presidente del Capítulo Provincial de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en Ciego de Ávila. (ORCID 0000-0001-6715-7385). Correo electrónico: javierf0492@gmail.com

² Licenciada en Derecho por la Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Maestranda de Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de Camagüey Ignacio Agramonte Loynaz. Abogada de Bufetes Colectivos. Secretaria de la Junta Directiva Provincial de la Unión Nacional de Juristas de Cuba en Ciego de Ávila. (ORCID 0000-0001-7588-1971). Correo electrónico: dianet.garcia@cav.onbc.cu

Resumen: El poder es una de las figuras o elementos más analizados históricamente, producto a su indiscutible presencia dentro de las relaciones, tanto sociales como jurídicas. Diversos han sido los tratamientos ofrecidos a esta figura, el constitucional es el más importante de estos, de allí ha de nacer, legitimarse y actuar en armonía con otros poderes igualmente fundados, con claros y delimitados mecanismos que sirvan de control, evitando excesos o arbitrariedades en su ejercicio y con esto un desbalance en el sistema. El presente trabajo busca sintetizar los más relevantes fundamentos teórico-jurídicos de esta figura y su obligatorio enlace con la Constitución de un Estado, como verdadero instrumento de legitimación en el cual, además, ha de establecerse los mecanismos eficientes para su control, lo que cierra el círculo de vida por el que ha de transitar el poder.

Palabras clave: Poder; Constitución; Control

Abstract: Power is one of the most historically analyzed figures or elements, product of its unquestionable presence within relations, both social and legal. Various treatments have been offered to this figure, the constitutional is the most important of these, hence it has to be born, legitimized and act in harmony with other powers equally founded, with clear and delimited mechanisms that serve as control, avoiding excesses or arbitrariness in its exercise and with this an imbalance in the system. The present work seeks to synthesize the most relevant theoretical-legal foundations of this figure, and its obligatory link with the Constitution of a State, as a true legitimation instrument in which, in addition, the efficient mechanisms for its control must be established, which it closes the circle of life through which power must pass.

Keywords: Power; Constitution; Control.

Resumo: O poder é uma das figuras ou elementos mais historicamente analisados, produto de sua presença inquestionável nas relações, sociais e legais. Existem vários tratamentos oferecidos a essa figura, a constitucional é a mais importante, portanto, deve nascer, legitimar e atuar em harmonia com outros poderes igualmente fundados, com mecanismos claros e delimitados que servem como controle, evitando excessos ou arbitrariedades. em seu exercício e com isso um desequilíbrio no sistema. O presente trabalho busca sintetizar os fundamentos teórico-legais mais relevantes dessa figura e seu vínculo obrigatório com a Constituição de

um Estado, como um verdadeiro instrumento de legitimação no qual, além disso, devem ser estabelecidos os mecanismos eficientes de seu controle, que fecha o círculo da vida através do qual o poder deve passar.

Palavras-chave: Poder; Constituição; Controlar.

Résumé: Le pouvoir est l'une des figures ou des éléments les plus analysés historiquement, le produit de sa présence incontestable dans les relations sociales et juridiques. Différents traitements ont été offerts à cette figure, la constitution est la plus importante d'entre elles, elle doit donc naître, légitimer et agir en harmonie avec d'autres pouvoirs également fondés, avec des mécanismes clairs et délimités qui servent de contrôle, en évitant les excès ou l'arbitraire. dans son exercice et avec cela un déséquilibre dans le système. Le présent travail cherche à synthétiser les fondements théorico-juridiques les plus pertinents de cette figure, et son lien obligatoire avec la Constitution d'un État, comme un véritable instrument de légitimation dans lequel, en outre, des mécanismes efficaces de contrôle doivent être mis en place, qui il ferme le cercle de la vie à travers lequel le pouvoir doit passer.

Mot-clés: Pouvoir; Constitution; Contrôle.

摘要: 权力是历史上最受分析的数字或元素之一，是其在社会和法律关系中无可争议的存在的产物。对该人提供的待遇多种多样，宪法是其中最重要的待遇，必须从那里诞生，合法化并与其他平等建立的权力和谐相处，并具有明确，划定的机制来控制，避免过分或任意性。从而导致系统失衡。本工作力图综合该人物最相关的理论法律基础，以及其与国家宪法的强制性联系，以此作为一项合法的合法工具，此外，还必须建立有效的控制其的机制，它关闭了权力必须通过的生活圈。

关键词: 功率,宪法,控制

I. Brevísimas reflexiones introductorias

Cuando analizamos la vida del hombre, su desarrollo tanto social como individual, la forma y medida en que este se expresa en cual quiera que fueran los escenarios de actuación o decisión, observamos un elemento que siempre está y estará

presente, el poder, figura que indiscutiblemente transversaliza la vida humana. Esta figura, a criterios de Loewenstein (1964), con el cual se coincide en la presente investigación, hace exclusiva a una determinada situación o relación de hecho, la cual en sí misma no es ni buena ni mala, dado que esta valoración corre a criterios de quien detenta y hacia quien va dirigido el poder.

Las razones por las que muchos obedecen a unos pocos en cierto espacio de convivencia y el modo cómo éstos deban ejercer sobre aquéllos el poder que así tienen, ha sido siempre, y no es para menos, cuestión problemática, que ha requerido de una estructura de legitimación, esto es, de argumentos capaces de crear un efecto de obediencia consentida en quienes soportan la dominación política. (Garriga, 2004, p.1)

Poder y Derecho es un binomio que no puede separarse, tanto que, se complementan uno al otro de forma recíproca. Si bien se ha llegado a la conclusión tras numerosos estudios académicos y doctrinales de que el Derecho debe reflejar la realidad que pretende construir y que es resultado de factores políticos, históricos y culturales, los cuales lo determinan, no es sino, a través de decisiones de poder que se materializa como expresión formal. Mediante estas decisiones es que se organiza y estructura el Estado, las formas para acceder a este y las vías legales para su control. El poder se muestra claramente entre las decisiones políticas que crean, dan forma y contenido a las normas jurídicas (Pérez & Fraga, 2016).

Con el pasar del tiempo, en la mayoría de los Estados modernos se ha evidenciado la necesidad de vincular el poder político no solo con las reglas generales del Derecho, sino también a través de reglas especiales de un Derecho de la Constitución, más comúnmente conocido como Derecho Constitucional (Hauriou, 1927). Mediante la vinculación de estos es que puede hablarse de legitimación y de límites al poder, límites legales, claros y establecidos. Instituir, diferenciar y legitimar desde las Constituciones de los Estados el poder y sus formas permite a la vez limitarlo, imponerle frenos legales y determinar su alcance.

Con respecto a esto, Haro (2002) explica la clara necesidad de que en toda Constitución se establezcan las limitaciones al poder, a la vez que se perciban las protecciones y los mecanismos tuitivos o garantías de variada naturaleza, las cuales han de asegurar el efectivo ejercicio del poder en libertad y de los derechos en la solidaridad, contra las arbitrariedades a las que son propensas tanto el ejercicio del poder político, como los derechos individuales y sociales.

Con el claro objetivo de evitar los males mayores que pueden ocurrir tras un uso desbocado e irracional del poder, el Estado exige mediante las leyes y demás disposiciones normativas la regulación del ejercicio del poder, lo que va en interés tanto de los detentadores como de los destinatarios de este (Loewenstein, 1964). Para esto se instrumenta el control, figura que puede enmarcarse en varios espacios, pero fundamental y objeto de análisis en el presente ensayo es el control al poder político.

En correspondencia con esto Aragón (1995) establece una pequeña función donde plantea que poder constitucional = poder limitado + poder controlado, para este sin la existencia de poder limitado y controlado pues no puede existir la Constitución. Existe muchas formas de controlar, al igual que muchos tipos de controles, estos vienen siendo el último pedazo que cierra el círculo por el que transita el poder, buscar la forma correcta o el tipo de control exacto es tarea sumamente difícil, pero una en la que cada vez más Estados se suman en aras de establecer un verdadero balance entre el poder y su ejercicio.

II. El Poder, la Constitución y el Control. Una triada inseparable

II.1. El poder, un breve análisis sobre su génesis

Intentar buscar el origen o punto de partida exacto del surgimiento del poder sería una aventura histórico-doctrinal utópica, por lo que un acercamiento a sus orígenes correspondería

científicamente más real y acertado. Cuando se habla de poder, para entenderlo en esencia hay que remitirse a las obras de Rousseau, Locke, Montesquieu, Loewenstein, Hobbes, Schmitt, *et. al*,³ personalidades que han dedicado significativos años a su estudio y debate, aunque no piensan de igual forma, cuestión que ayuda a diversificar criterios y a buscar puntos de aciertos y desaciertos en sus teorías.

En ese sentido Hauriou (1927) en un primer análisis del poder lo define como: “una libre energía que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano por la creación continua del orden y del Derecho” (p.162). Este autor se refiere al poder como una libertad que gobierna libertades, para lo cual ha de definir el orden a través de reglas positivas de Derecho, las que serán de completa obediencia por los súbditos a los cuales gobierna (Hauriou, 1927).

El esquema principal para el mantenimiento del poder según Hauriou (1927) radica en la obligación de instaurar un orden de cosas y un Derecho positivado, el cual no puede encontrarse fuera de los marcos del Derecho natural, para que no se produzca una sublevación por parte de los gobernados.

El poder sin duda alguna puede instrumentarse en diferentes escenarios, según la finalidad con la que sea instaurado, de aquí depende su fuerza y alcance. Uno de los más importantes y sobre los cuales varios autores dedican importantes estudios es el poder político, Loewenstein (1964) es del criterio de que la política no es más que la lucha por el poder, donde el soberano,

³ Respecto a esto pueden consultarse las obras de: ROUSSEAU, J. J. (1762). *El Contrato Social: o los principios del derecho político*. España: Marc-Michel Rey; LOCKE, J. (1821). *Tratado del Gobierno Civil*. Madrid: Imprenta de la Minerva Española; LOCKE, J. (S.A.). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza; MONTESQUIEU. (1906). *El espíritu de las leyes*. Tomo I y II. Traducción Siro García del Mazo. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez; LOEWENSTEIN, K. (1964). *Teoría de la Constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabartarte. Barcelona: Ariel; LOEWENSTEIN, K. (1965). *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: University of Chicago Press; HOBBS, T. (1980). *Leviatán a la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*. Traducción Manuel Sánchez Sarto. 2da edición. México: Fondo de Cultura Económica; SCHMITT, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.

el verdadero soberano es aquel que está legalmente autorizado, en la sociedad estatal, para ejercer el poder político, o aquel que en último término lo ejerce.

El dominio sobre el origen, adquisición, utilización, límites y control del poder son elementos esenciales en la comprensión de cualquier sistema político, para ello Loewenstein (1964) en su obra “Teoría de la Constitución” identifica tres interrogantes que deben ser contestadas, la primera ¿Cómo obtienen los detentadores del poder su ejercicio?, una vez obtenido ese poder ¿Cómo será ejercitado?, y como última pregunta, la cual a criterios del autor, con el que se coincide plenamente es la más importante de las tres ¿Cómo será controlado el ejercicio del poder político por los detentadores del poder?

A partir de relaciones horizontales, de intercambio recíproco, el poder puede manifestarse por medio de la mutua influencia que pueden ejercer personas naturales o jurídicas entre sí, para emprender conductas conjuntas y también como vía de gestión interactiva y comunicacional. Mientras que, en condiciones que puede generar enfrentamiento, en particular en materia política, el poder es asumido sociológicamente como un efecto que se da a partir de relaciones jerárquicas y de subordinación entre los que detentan y ejercen el poder y los destinatarios del mismo, aquellos hacia los que va dirigido su actuar. (Pérez & Fraga, 2016, pp.2-3)

Como fuerte e importante teoría relacionada con el poder no pude dejar de mencionarse el principio de la división de poderes⁴ el cual queda estructurado formalmente en el siglo XVII. Durante la Edad Media no se intentó delinear una doctrina de la división de poderes, no fue hasta la época moderna

⁴ Son muchos los autores que intentan explicar los orígenes de este principio entre ellos podemos mencionar: TENA, F. (1995). *Derecho constitucional mexicano*. 35ª edición. México: Porrúa; ZIPPELIUS, R. (1998). *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*. Traducción Héctor Fix Fierro. 3ra edición. México: Porrúa; ARTEAGA, E. (1999). *Tratado de Derecho Constitucional*. Volumen 1. México: Oxford University Press; FIX, H. & SALVADOR, V. C. (2001). *Derecho constitucional mexicano y comparado*. 2da edición. México: Porrúa.

cuando la filosofía política recomendó la división del poder del Estado como remedio para el abuso en su ejercicio. Locke, influenciado por los turbulentos acontecimientos que tuvieron lugar en su país durante el siglo XVII y que culminaron en 1688 con el triunfo del Parlamento sobre la Corona, escribió un par de Tratados sobre el Gobierno Civil (1690), donde propuso la creación de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Federativo, en la inteligencia de que los dos últimos se hallarían unidos casi siempre. Esta aportación de Locke fue el embrión de la doctrina de Montesquieu, adoptada por numerosos Estados del mundo (Colectivo de Autores, 2005).

La teoría de Montesquieu, trabajada en su obra “El espíritu de las leyes” se planteaba colocar el gobierno del Estado en los poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial (Montesquieu, 1906), tripartición que perdura en muchos países hasta nuestros días, aunque ya se alude a otros poderes existentes.⁵ La idea principal que defendía con la separación de los poderes era la búsqueda de que el poder frenara al poder,⁶ estableciendo una especie de contrapesos entre estos, evitando con ello la reunión del poder en una sola persona, aunque tampoco pretendía establecer una rigurosa separación.⁷

La función Judicial la enmarcó como instrumento que pronuncia las letras de la ley, despojándolo de las materias de mayor alcance político, las cuales le fueron otorgadas al Legislativo, en

⁵ Hoy la doctrina no se limita solamente a hablar de Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, se habla de Poder Electoral, de Poder de los Medios de Comunicación, Poder Público, Poder Ciudadano, Poder Social, Poder Militar, Poder Económico, Poder Religioso, entre otros.

⁶ Más comúnmente conocida como *Checks and Balances*, en el idioma español se le nombra de varias formas, entra las que más destacan están las expresiones: controles y equilibrios, pesos y contrapesos, frenos y contrapesos, límites y contrapesos, mecanismos correctores, sistema de contrapoderes institucionales o sistema de equilibrio de poderes.

⁷ Respecto a este particular pueden consultarse las obras de: AJA, J. A. (1987). *Constitución y Poder*. Buenos Aires: TEA; CLAVERO, B. (2007). *El Orden de los Poderes*. Madrid: Trotta; FUENTES, C. (2011). Montesquieu: teoría de la distribución social del poder. *Revista de Ciencia Política*. 31(1), pp. 47-61; RUBIO, F. (2012). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Tercera Edición. Volumen II. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

cuanto a este segundo lo estableció a través de dos cuerpos, uno de los nobles y el otro escogido para la representación del pueblo, los cuales se reunían de forma separada. Estos podían controlar en cierta medida al Ejecutivo, el que tenía derecho de veto respecto al Legislativo (Truyol, 1982).

Importantes voces se unieron desde la doctrina para reforzar el criterio de la separación de poderes, Madison a través de numerosos artículos de “El federalista” dejó claro que la acumulación del poder en pocas personas es un elemento que define de forma directa la tiranía, resaltó que la conservación de la libertad depende en gran medida de la existencia de poderes separados, además del hecho de que los que ostentan cada poder debían depender lo menos posible de los otros. Para todo eso era sumamente necesario la dotación de medios constitucionales efectivos que llevaran a vías de hecho estas teorías (Hamilton, 1957).

De la misma forma que importantes autores apoyaron la separación de poderes, también existieron otros que la criticaron, como Rousseau y Hobbes, para estos, el poder es único e indivisible, propio del Estado, su fragmentación produciría conflictos entre los poderes constituidos. Sus argumentos quedan esgrimidos bajo el razonamiento de la indivisibilidad del poder y el error de confundir poderes con órganos del Estado. Bajo esa misma línea de pensamiento Loewenstein (1964) significó: “Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado” (p.55).

En lo que si coinciden la mayoría de los autores que dedican importantes estudios sobre el poder es en que toda clase, económica o social que posea o se haga del poder por cualquiera de las vías necesita, una vez obtenido dicho poder la continuidad de su mantenimiento y su preservación, para esto recurre a la formación de una fuerza de poder real y de carácter objetivo, así como al desarrollo de ideas que asistan de diferentes formas a la preservación de tal poder (Cruz, 2005).

II.2. La Constitución y su papel en la legitimación del poder

Indiscutiblemente la Constitución juega un papel trascendental en la formulación, legitimación y control del poder, sobre la base de relaciones jerárquicas y de subordinación entre los que detentan y ejercen el poder y los destinatarios del mismo; esta función nace del constitucionalismo moderno, bajo el calor de las Revoluciones francesas y norteamericanas a finales del siglo XVIII, donde se planteaba la idea de una Constitución escrita que regulara en su cuerpo la estructura del Estado, los derechos a los cuales eran titulares los individuos, las funciones de los órganos del Estado, el poder y sus limitaciones.

La Constitución como dijera Prieto (2003) es:

Resultado de aquellos que han sido capaces de conquistar el poder y que desde ahí fijan sus reglas para la sociedad empleando el Derecho; y en tal sentido la Constitución es expresión de, y contiene a su vez, el programa político e ideológico que los grupos dominantes, o mayoritarios de la sociedad, han decidido darse. Es por ello, que su noción como resultado de la voluntad constituyente no es otra cosa que la expresión de las armonías e imposiciones en torno al poder, así como del margen de actuación de los sujetos políticos, de los entes sociales e individuales existentes en una determinada sociedad. (p.3)

En base a esto podemos establecer el criterio de que la Constitución tiene que ser analizada en torno al poder desde dos posiciones completamente obligatorias, la primera como resultado y expresión del poder, creada y establecida por la clase o fuerza que lo ostenta en el momento de su instauración, con la finalidad de establecer reglas, normas y principios que legitimen sus actos y dirijan el comportamiento general; y la segunda como documento legal y superior por excelencia que legitima y establece los límites de actuación y por ende los límites del poder.

En correspondencia con el análisis llevado hasta el momento podemos significar el criterio de Loewenstein (1964), quien

reconoce a la Constitución como: “un sistema de normas establecidas o de reglas convencionales, las cuales regulan las relaciones entre los detentores del poder y los destinatarios del poder en la formación de una voluntad estatal” (p.89).

Bajo el criterio de Prieto (2006), con el que se coincide plenamente, a de agregarse que, no debe olvidarse que la Constitución es el resultado de una relación jurídica-política, de doctrinas e ideas políticas prevalecientes, sumamente necesarias para el desenvolvimiento social y el correcto accionar del poder. No puede observarse bajo el único prisma de entenderla como fenómeno jurídico formal o ley jurídica, dado que esta organiza, expresa y consagra el poder político, tiene que ser concebida como ley política.

De esa forma, la Constitución se consagra como el documento político que organiza el funcionamiento del poder y los órganos que conforman el Estado; como documento integrado por normas básicas del ordenamiento estatal de obligatorio cumplimiento para los poderes públicos existentes. (Ginebra, 2018, p.10)

En cuanto a la posibilidad de limitar los poderes Aragón (2002) mantiene el criterio de que solamente una Constitución auténtica, entendida esta como Constitución normativa o Constitución democrática, es la legitimada para limitar de forma real y efectiva desde el punto de análisis jurídico la acción del poder, compartiendo los criterios de Stren (1977) de que la Constitución es: “la expresión libre de la autodeterminación de la nación” (p.58) y el de Rubio (1979) cuando afirma que esta es:

Un modo de ordenación de la vida social en la que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que estos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. (p.61)

El ejercicio y relación de los poderes de gobierno viene dado según González (1987), bajo tres reglas de armonización

fundamentales, criterio que se comparte en esta investigación, establece que cada poder es supremo en su jurisdicción y queda subordinado únicamente a los otros dos, a no ser que la Constitución, las leyes o la naturaleza propia de los actos lo exceptúen de esto. Establece además la condición de que cada poder es auxiliar y ejecutor de los otros dos, y como ultimo señala el hecho de que los tres poderes distintos, separados en sus respectivas esferas de acción, son coordinados, armónicos y combinados.

No cabe dudas entonces de que el gobierno es limitado, dado por el hecho de que ningún poder puede ser infinito ni completamente supremo, no puede tener más facultades que las que la propia Constitución le confiera. La Constitución, en esencia es la que forja todos los poderes públicos, delineando las esferas en las cuales cada uno se desarrollará y estableciendo los límites claros a cada una de sus facultades, sirviendo como punto de inicio y fin al poder (Aja, 1987).

II.3. El control del poder, elemento imprescindible dentro de la Constitución

Es entendible que por la propia naturaleza del poder político para mantener su estabilidad es sumamente necesario la institución del control, el mismo existe pues de otra forma sería sumamente probable atentar contra los derechos fundamentales⁸ los que deben ser protegidos, impidiendo además con esto el ejercicio arbitrario del poder, bajo este sentido se concuerda con Aragón (1986), cuando afirma en resumen que: “el control... es el vehículo a través del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder” (p.87).

Con el claro objetivo de evitar los peligros que emanan de la simple existencia del poder, el Estado mediante vías legales

⁸ Entiéndase la clasificación de “fundamentales” desde el punto de vista adjetivo de la palabra dado el lugar cimero en el que se encuentran, la Constitución de un Estado, no desde un plano discriminatorio.

exige de manera imperativa que el ejercicio del poder político sea restringido y limitado, en el propio interés de los detentadores y de los destinatarios del mismo. Dichas limitaciones no actúan de forma automática, por lo que se impone la necesidad de que se introduzcan en el proceso del poder desde fuera, claramente limitar el poder político es limitar a los detentadores del mismo. Acuerdos emanados de la comunidad que contengan reglas, obligatorias tanto para los detentadores como destinatarios del poder, constituye la mejor vía para dominar y evitar el abuso del poder, el mecanismo idóneo para plasmar las reglas no es otro que la Constitución (Loewenstein, 1964).

Cuando se habla de poder, de tipos, formas y división del mismo, de instrumentos legales y formales como la Constitución para su creación y legitimación, existe un elemento que no puede quedar fuera de estas categorías, un elemento que ayuda a cerrar este triángulo, el control. Si se hace el análisis de que la Constitución, como se ha reflejado anteriormente funciona como ley de limitaciones y garantías, para que se cumpla a cabalidad esta afirmación tiene que asegurar el funcionamiento adecuado de mecanismos de control del poder.

En correspondencia con esto Aragón (2002) plantea que no puede concebirse la Constitución como norma, y mucho menos la Constitución del Estado social y democrático de derecho, si esta no se encuentra asentada firmemente bajo la existencia y efectividad de los controles. Constituyendo este precepto punto de partida al hecho de que se hayan ampliado y diversificado las formas y tipos de controles desde la teoría y la práctica constitucional, como excelsa garantía a la compleja división y limitación del poder.

En efecto, el Estado Constitucional, Estado democrático sometido al Derecho, se caracteriza por, sobre todo, la existencia de un sistema de control efectivo del poder, de manera que la democracia como régimen político, es más que la sola elección popular de los gobernantes y sólo existe en realidad, cuando el ejercicio del poder pueda ser controlado, tanto por la Sociedad como por

los propios órganos del Estado. Y para que esto pueda ocurrir, de manera que no se pueda abusar del poder, es necesario, como lo decía Montesquieu (1906), “que, por la disposición de las cosas, el poder limite al poder” (p.162-163). (Brewer, 2011, p.160)

Como regla esencial en la relación dialéctica de poder y control se concuerda con Haro (2002), cuando señala que: “todo fortalecimiento del poder estatal, debe acompañar el respectivo fortalecimiento de los mecanismos de control, de forma tal que podemos afirmar con inveterada sentencia, que todo poder requiere control y que consecuentemente, a mayor poder, corresponde necesariamente mayor control” (p.104).

El fin del control político en palabras de Loewenstein (1964) es la posibilidad de poder exigir responsabilidad política, dada cuando un detentador del poder emite cuentas a otro sobre las funciones y actuaciones que le han atribuido. Para este la responsabilidad es una forma fundamental de sanción vinculada a los mecanismos de control.

Según Vanossi (1982) no puede darse un efectivo control si las personas que lo realizan no congregan los siguientes presupuestos:

- Dado que quien ejerce el poder no se controla a sí mismo, es indispensable la independencia del órgano controlante, respecto de aquél que es controlado.
- Es necesario precisar cuál va a ser el ámbito de lo controlado, pues quien ejerce el poder puede ser sometido, según sean las funciones controlables, a un control político o a un control jurídico.
- Como el ejercicio del control es imposible si se desconoce la materia controlable, es indispensable el derecho a la información y la publicidad de los actos.

Del control mucho se habla, de su importancia para la efectiva limitación del poder, estableciendo categorías para la diferenciación de los tipos de controles, se habla de control político, control parlamentario, control asambleario, control judicial,

control constitucional, entre otras formas y tipos, pero sin embargo poco se habla del control popular,⁹ una forma de control tan necesaria en los tiempos que discurren y que a la vez constituye una forma de participación ciudadana.

Uno que lo entiende como control ciudadano es Álvarez (2016), quien mantiene el criterio que se comparte en esta investigación de que:

La participación y el control ciudadano en una sociedad requieren la reivindicación social de lo político, entendido como el proceso mediante el cual la ciudadanía participa, delibera y contrasta intereses individuales para la definición y fiscalización de intereses públicos. El control ciudadano no puede ser desligado del avance democrático y se ejerce en confluencia -pero también con independencia- de la sociedad civil organizada, en un nuevo espacio que genera enriquecimiento social. (p.4)

III. Consideraciones finales

Axiomáticamente la figura del poder a resultado ampliamente analizada y debatida dese escenarios doctrinales y académicos. Los vestigios más relevantes se remontan a finales del siglo XVII y principios del XVIII, donde se producen importantes querellas sobre la necesidad de separación de los poderes como alternativa para su freno y control. Juicios importantes en número han sido suscitados desde disímiles posiciones respecto a la unidad e indivisibilidad del poder, algunos defendiendo y reforzando el criterio de que los poderes han de ser separados y otros esgrimiendo la indivisibilidad de los mismos y sí la de funciones y actividades estatales.

Instrumento fundamental de y para la creación y legitimación del poder lo constituye la Constitución de cualquier Estado o nación, esta es el documento jurídico-político en el que se

⁹ También se le llama en la doctrina como control social, control ciudadano o de la ciudadanía.

fundan los poderes y por ende se legitiman; el instituirlos desde este importante cuerpo legal da un considerable peso y fuerza a la actuación que estos puedan desempeñar, además de reconocerlos y estructurarlos en igual disposición, lo que los coloca desde una perspectiva jerárquica de forma equivalente. Partiendo de esto es que puede entenderse también a la Constitución como el documento que establece por excelencia los límites de actuación y por ende los límites del poder.

Como componente inamovible que cierra de forma efectiva el círculo del nacimiento, la legitimación y el ejercicio del poder a de instituirse el control, visto y asentado desde la Constitución, fundado como instrumento idóneo y exacto para la limitación del ejercicio del poder, no una limitación al mero accionar del poder, sino al accionar arbitrario y excesivo de este. Es la forma y vía de diferenciar e imponer responsabilidades ante procedimientos incorrectos, desamparados por ley, fuera de ámbitos de actuación y ejercicio; el control viene a materializarse en acciones legitimadas que ayudan e impiden la ejecución desbocada del ejercicio del poder.

IV. Bibliografía

- COLECTIVO DE AUTORES. (2005). *La División de Poderes*. México: Corunda S.A.
- AJA, J. A. (1987). *Constitución y Poder*. Buenos Aires: TEA.
- ÁLVAREZ, D. (2016). Mejor democracia, con control ciudadano. Recuperado de: <http://www.alandar.org/perspectiva/mejor-democracia-control-ciudadano/>.
- ARAGÓN, M. (1986). Interpretación de la Constitución y el carácter objetivo del control jurisdiccional. *Revista Española de Derecho Constitucional*. (17), pp.85-136.
- ARAGÓN, M. (1995). *Constitución y control del poder*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- ARAGÓN, M. (2002). *Constitución, democracia y control*. Ciudad México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

- ARTEAGA, E. (1999). *Tratado de Derecho Constitucional*. Volumen 1. México: Oxford University Press.
- BREWER, A. R. (2011). Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela. En P. Häberle y D. García. *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*. Tomo I. Ciudad México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- CLAVERO, B. (2007). *El Orden de los Poderes*. Madrid: Trotta.
- CRUZ, C. (2005). La Política en la Perspectiva Marxista. En E. Duarte (Ed.), *Teoría y procesos políticos contemporáneos*. Tomo I (pp. 69-78). La Habana, Cuba: Félix Varela.
- FIX, H. & SALVADOR, V. C. (2001). *Derecho constitucional mexicano y comparado*. 2da edición. México: Porrúa.
- FUENTES, C. (2011). Montesquieu: teoría de la distribución social del poder. *Revista de Ciencia Política*. 31(1), pp. 47-61.
- GARRIGA, C. (2004). Orden Jurídico y Poder Político en el Antiguo Régimen. *Revista Istor*. (16), pp.1-21
- GINEBRA, R. (2018). *El Control Asambleario en Cuba. Propuestas para su perfeccionamiento*. (Tesis de Maestría). Universidad de La Habana, La Habana, Cuba.
- GONZÁLEZ, J. V. (1987). *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires: A Estrada.
- HAMILTON, A. et. al. (1957). *El federalista*. Traducción Gustavo R. Velasco. 2da edición. México: Fondo de Cultura Económica.
- HARO, R. (2002). *Constitución poder y control*. Ciudad México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- HAURIOU, M. (1927). *Principios del Derecho Público y Constitucional*. Traducción: Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: REUS.
- HOBBS, T. (1980). *Leviatán a la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*. Traducción Manuel Sánchez Sarto. 2da edición. México: Fondo de Cultura Económica.
- LOCKE, J. (S.A.). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza.
- LOCKE, J. (1821). *Tratado del Gobierno Civil*. Madrid: Imprenta de la Minerva Española.

- LOEWENSTEIN, K. (1965). *Political Power and the Governmental Process*. Chicago: University of Chicago Press.
- LOEWENSTEIN, K. (1964). *Teoría de la Constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel.
- MONTESQUIEU. (1906). *El espíritu de las leyes*. Tomo I y II. Traducción Siro García del Mazo. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- PÉREZ, L. & FRAGA, M. (2016). *Separata de Teoría General del Estado*, La Habana: Félix Varela.
- PRIETO, M. (2006). El Derecho, la Constitución y la Interpretación. En L. Pérez (Ed.), *Perspectiva del Derecho cubano actual* (pp.31-97). Madrid, España: REUS.
- PRIETO, M. (2003). El poder, la Constitución y el poder de la Constitución, Ponencia presentada en el *II Encuentro Internacional Constitución, Democracia y Sistemas Políticos*, La Habana, Cuba.
- ROUSSEAU, J. J. (1762). *El Contrato Social: o los principios del derecho político*. España: Marc-Michel Rey.
- RUBIO, F. (1979). La Constitución como fuente de Derecho. En J. M. Goig (Ed.), *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*. Volumen I (pp.53-74). Madrid, España: S.E.
- RUBIO, F. (2012). *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Tercera Edición. Volumen II. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SCHMITT, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- STREN, K. (1977). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Tomo I. S.E.
- TENA, F. (1995). *Derecho constitucional mexicano*. 35ª edición. México: Porrúa.
- TRUYOL, A. (1982). *Historia de la filosofía del derecho y del Estado 2. Del Renacimiento a Kant*. 2da edición. Madrid: Alianza Universidad.
- VANOSSI, J. R. (1982). *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Eudeba.
- ZIPPELIUS, R. (1998). *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*. Traducción Héctor Fix Fierro. 3ra edición. México: Porrúa.

El acuerdo de mediación: técnica y garantía

The mediation agreement: technique and guarantee

O acordo de mediação: técnica e garantia

L'accord de médiation: technique et garantie

调解协议:技术和保证

Niurka Fournier Duharte¹
Universidad de Oriente - Cuba

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 20 junio), 123-135

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e394>

Recibido: 01/03/2020

Aprobado: 15/04/2020

Resumen: Teniendo como fundamento el Reglamento de Mediación de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional de la República de Cuba, la autora se detiene en analizar las diferencias conceptuales que tienen el compromiso de mediación, el acuerdo previo conjunto y el acuerdo de mediación; explica los elementos formales que a su decir han de cumplimentarse para lograrlo y las exigencias en su redacción, como antesala de la efectiva posterior ejecución.

Palabras clave: mediación comercial, elementos formales, acuerdo, ejecución.

Abstract: The international commercial arbitration with his Republic of Cuba, the planner when he is confined expected the driver set and the

¹ Jueza profesional Titular de la sala de lo Económico del Tribunal Provincial Popular de Santiago de Cuba con 33 años de labor profesional. Vicepresidenta de la Sociedad Científica de Derecho Económico y Financiero de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y Profesora Auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. (ORCID 0000-0001-9708-6573).

agreement with mediation in assaying the at his conceptual discrepancies that have the obligation of and mediation the agreement ;explains in the formal elements to him say, they must be served to get it and the requirements in his editing,as effective anteroom of her subsequent execution.

Keywords: comercial mediation, formal elements, agreement, and execution.

Resumo: Tendo como fundamento o Regulamento de Mediação do Tribunal Cubano de Arbitragem Comercial Internacional da República de Cuba, a autora se detém em analisar as diferenças conceituais entre o compromisso de mediação, o acordo prévio conjunto e o acordo de mediação; explica os elementos formais que em sua opinião devem ser cumpridos para alcançá-lo e os requisitos em sua redação, como prelúdio da efetiva execução subsequente.

Palavras-chave: mediação comercial, elementos formais, concordância, execução.

Résumé: Sur la base du règlement de médiation de la Cour cubaine d'arbitrage commercial international de la République de Cuba, l'auteure analyse les différences conceptuelles entre l'engagement de médiation, l'accord préalable conjoint et l'accord de médiation. Et elle explique les éléments formels qui doivent être complétés à cette fin, ainsi que les exigences de sa rédaction, avant l'exécution effective ultérieure.

Mot-clés: médiation commerciale, éléments formels, accord, exécution

摘要: 根据古巴共和国古巴国际商事仲裁法院的调解规则, 作者停止分析调解承诺, 共同在先协议和调解协议之间的概念差异;它解释了他认为必须达到的正式要素, 以实现该要求以及其起草要求, 以作为有效后续执行的序幕

关键词: 商业调解,形式要素,协议, 执行

Nota inicial

Se trae a examen un elemento, que por formal, su ejercicio requiere de depurada técnica; el acuerdo de mediación, fiel manifestación de voluntad y satisfacción de los mediados, el cual da por sentado la culminación del conflicto.

Se particularizarán las diferencias del compromiso de mediación, el acuerdo previo y el acuerdo de mediación. Lo importante que resultan las facultades de los mediados, en particular los representantes, para negociar, convenir y comprometer la ejecución del acuerdo alcanzado; unido a la preparación y el sabio desempeño del mediador en su concreción; máxime cuando su calidad propiciará en el mejor de los casos, el efectivo cumplimiento voluntario de dicho concierto o por el contrario la solicitud de su ejecución.

Esta nota, más que todo, emplaza a cumplir con mesura los requerimientos que conllevan al acuerdo, a través de una alternativa pacificadora de solución de conflictos, la mediación comercial.

I. Del consenso al acto resolutorio

Entre las renovadoras pautas incorporadas al Decreto-Ley No. 250 “De la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional”, de 30 de julio de 2007,² se encuentra la institucionalización de la prestación de los servicios de mediación a las personas naturales y jurídicas ante conflictos de naturaleza comercial que así lo interesaran, quedando con posterioridad pautado a través de la Resolución número 21 de 2015³.

Con la experiencia acumulada del ejercicio de este método auto compositivo de gestión de conflictos, para la Corte Cubana se hizo necesario rediseñar y actualizar su instrumentación, con una disposición normativa garante de principios y preceptivas formalidades, que han de cumplir tanto el mediador como los mediados para el logro de la solución de la controversia comercial internacional, siendo la Resolución número 9 del 16 de abril 2018 Reglamento de Mediación de la Corte Cubana de

² En lo adelante “La Corte”.

³ Reglamento de Mediación de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional” de fecha 16 de septiembre de 2015.

Arbitraje Comercial Internacional de la República de Cuba su actual normativa.⁴

Dicho Reglamento establece, con carácter voluntario, los servicios de mediación comercial, y a este fin, La Corte dispone de un listado de especialistas, de elevada calificación profesional, habilitados como Mediadores, quienes tienen a su cargo la prestación de este servicio.

Teniendo por sentado la definición que el Reglamento hace de la mediación, como el proceso de carácter auto compositivo, en el cual un mediador ayuda a los mediados en conflicto de carácter comercial a lograr un acuerdo mutuamente aceptable, facilitando su negociación; en su ejercicio han de primar los principios de: voluntariedad, balance de poder, flexibilidad, oralidad, confidencialidad, celeridad, economía procesal, equidad, legalidad, trato justo y equitativo, buena fe, disponibilidad, consentimiento informado, intervención mínima e imparcialidad.⁵

Cierto es, que como cualquier conflicto, el proceso de mediación estará permeado de contradicciones, sin embargo, puede darse el caso de que las partes antes de acudir a La Corte previeron que cualquier diferencia acudirían a solucionarlo a través

⁴ Vid: *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 57 de 3 de octubre de 2018: Resolución No. 9 del 16 días del mes de abril 2018, "Reglamento de Mediación de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional".

⁵ Ibid. Artículo 4, p.114, *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 57 de 3 de octubre de 2018. Otros autores como Tomás Prieto la definen **desde una perspectiva jurídica es un proceso auto-compositivo en el que las partes con la ayuda del mediador intentan llegar a un Acuerdo total o parcial evitando la jurisdicción o el arbitraje**, métodos estos heterocompositivos tradicionales, en los que la decisión final queda en manos de un tercero, árbitro o juez. Vid. "El Acuerdo de mediación & El Contrato de mediación". Para Uría Menéndez, el acuerdo de mediación es **el contrato por el que las partes solucionan**, de manera total o parcial, **la controversia sometida a mediación** y que, en consecuencia, les permite evitar un pleito (o arbitraje) o poner fin al ya iniciado. No habrá por tanto acuerdo de mediación mientras las partes no hayan manifestado su voluntad común de quedar vinculadas contractualmente (i.e. de quedar ligadas o "atadas" por un vínculo jurídico creador de obligaciones susceptibles de ser exigidas coactivamente).

<https://www.amediar.info/el-acuerdo-de-mediacion-contrato-de-mediacion/>. Consultado. 2 de noviembre d 2018, hora 2.20pm.

de esta alternativa pacificadora. Así lo hace notar el Reglamento, al definirlo como el compromiso de mediación, a través del cual los intervinientes de una relación comercial, adoptan el acuerdo de someter a mediación las controversias que se deriven de la interpretación, aplicación o ejecución de un contrato o acuerdo suscrito por estas; pudiendo adoptar la forma de cláusula contractual o constituirse como un acuerdo independiente.⁶

A tales efectos, la existencia de un compromiso de mediación contenido en un contrato, o en documento aparte en conexión con este, se considera de manera independiente de las restantes cláusulas de dicho contrato, y la validez de la cláusula compromisoria o del compromiso de mediación no se afectará por las razones que vayan en contra de la vigencia del contrato.⁷

También puede acontecer, que en una solicitud directa o expresa, una o ambas partes interesen a La Corte recibir el servicio de mediación, siendo reconocido como acuerdo previo conjunto de mediación⁸. Dicho pedimento se presentará por escrito a la Secretaría, y se remitirá copia a la otra persona con la cual mantiene la relación conflictual, o con la cual se requiere

⁶ Vid. Artículo 3 del Reglamento de Mediación de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional". p.1144. Cuando exista un compromiso o acuerdo previo de presentarse al proceso de mediación, la solicitud contendrá: a) Los nombres, direcciones y números telefónicos, o cualquier otra referencia a los fines de garantizar la necesaria comunicación con las personas involucradas en el conflicto que se pretende mediar. b) Una breve explicación de los hechos que dan lugar al interés en la mediación y, en su caso, las alternativas de solución que se proponen.) La propuesta o solicitud de designación de uno o varios Mediadores o, en su caso, de las características que deben tener estos, si se designan por la Corte. d) Cualquier acuerdo en relación con el tiempo que debe demorar la mediación o, en su caso, cualquier propuesta al respecto. e) Cualquier acuerdo relativo al lugar de celebración de las sesiones, como del idioma a utilizar. f) Cualquier acuerdo relativo al pago de los servicios de mediación de la Corte.

⁷ Artículo 2, p.1144 del Reglamento del 2018.

⁸ Esta solicitud en el acta de voluntariedad y confidencialidad suscrita ante la propia Corte contendrá: a) Los nombres, direcciones y números telefónicos o cualquier otra referencia a los fines de garantizar la necesaria comunicación con las personas involucradas en el conflicto que se pretende mediar. b) Una breve explicación de los hechos que dan lugar al interés en la mediación y, en su caso, las alternativas de solución que se proponen. c) La propuesta o solicitud de designación de uno o varios Mediadores, o las características de estos, si se solicita sean designados por la Corte.

perfeccionar algún tipo de negociación comercial, a fin de que la misma confirme su disposición de iniciar el proceso de mediación, la que deberá dar respuesta de la misma en el término de los diez días naturales posteriores a su recepción.⁹ Transcurrido el plazo indicado, sin que se cuente con respuesta de la parte a la cual se le dio traslado de la solicitud de mediación, o resultando negativa su disposición de someterse voluntariamente a dicho proceso, se archivarán las actuaciones y se informará al solicitante originario. De ser aceptada por la otra parte, se realizará de conformidad el Reglamento.¹⁰

De lo que deriva que a diferencia del compromiso de mediación y del acuerdo previo conjunto de mediación, el acuerdo de mediación se logra al concluir o como consecuencia del proceso de mediación, pero en todos prevalece la fiel manifestación de voluntad y satisfacción de las partes en llegar al consenso, da por sentado el fin del conflicto y deja sin efecto el proceso arbitral que no se encuentre firme.

II. Aspectos formales en pos del acuerdo de mediación y su ejecución

Si su interés es solucionar el conflicto de forma pacífica; ha de pensar en cómo llegar al consenso. Para ello el mediador fomentará el diálogo constructivo, no adversarial; escuchará a las partes, cuidará de crear un ambiente de confianza y seguridad, de manera que, a partir de la comunicación, se propicie el

⁹ A cuyos efectos el aceptante deberá presentar un escrito a la Secretaría de la Corte, que deberá contener: a) Su disposición de iniciar el proceso de mediación o su rechazo al mismo. b) Una breve explicación de los hechos que dieron lugar al conflicto en cuestión y si acepta las alternativas de solución propuestas o las que en su caso propone. c) Si acepta la propuesta o solicitud de designación de un Mediador realizada por la otra parte solicitante, o si le interesa designar específicamente a otro o, en su caso, a un Co-mediador.

¹⁰ La cláusula de mediación de la Corte pudiera contener el siguiente texto: Cualquier discrepancia sobre la interpretación o ejecución del presente contrato, o derivada del mismo, se resolverá de acuerdo con el Reglamento de Mediación de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, sin perjuicio del derecho de las partes de acudir directamente al procedimiento de Arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de la propia Corte.

acercamiento de las posiciones, en principio opuestas y, cuando sea procedente, dada la naturaleza del asunto, tratará de encaminar el debate hacia una solución que merezca la aceptación común de estas o que ofrezca el mayor beneficio a los intereses objeto de protección, hasta la conveniencia de alcanzar un arreglo entre las partes.

Al mismo tiempo, la mediación no evade al contradictorio; las proposiciones de acuerdo que se realicen por los mediados durante su desarrollo, estarán inmersas en contiendas; solo la sabia y oportuna intervención del mediador y la colaboración de los mediados, propiciarán el diálogo cordial, el cambio y equilibrio de posiciones contrapuestas, el entendimiento y la armonía, hasta conseguir el arreglo.

El mediador, debe ser observador, comunicador, imparcial, ágil, objetivo, perspicaz, intelectual, generalizador y subjetivo; ha de ser de escucha activo, intuitivo, lógico, reflexivo, analítico, persuasivo, táctico, vigilante y asertivo. No debe hacer manifestaciones verbales sobre ninguna de las posiciones, no debe mostrar una conducta pasiva e inmóvil y no debe rebatir las propuestas e inconformidades de una o ambas partes.

Debe dotarse de técnicas y habilidades que le permitan saber estimular el debate, escudriñar pensamientos y manifestaciones que rebasen los límites del respeto; ha de observar e interpretar signos, manifestaciones y gestos; entre otras cualidades que son propias de su gestión.

Al mismo tiempo, se requiere de los mediados: rapidez, sagacidad, destreza, sensibilidad, flexibilidad, respeto, autocontrol, colaboración y buena fe.

Importante resulta la capacidad que le viene atribuida a las partes en el proceso de mediación comercial ante La Corte; los representantes legales y procesales además de ostentar la facultad por su personería, tienen que poseer autoridad y mandato suficiente para llegar a proponer, aceptar y rechazar ofertas; no escondan datos, informes, documentos o razonamientos que limiten la eficacia y beneficio del acuerdo al que tentativamente

podiera desarrollarse. De no cumplirse dichos requerimientos, afectará la calidad de la mediación comercial y los actos subsiguientes que se deriven de él.

Los mediados actuarán en el proceso de mediación por sí mismos, o a través de representantes con poder de decisión acerca del fondo del asunto de que trate su controversia. Si el mediado es una persona jurídica, esta se hará representar en las sesiones de mediación por un directivo o ejecutivo de la entidad, con facultades para negociar y acordar una solución del conflicto y comprometer la ejecución del acuerdo alcanzado. En caso de que los mediados interesen representación en el proceso de Mediación, aportarán los nombres y la localización exacta de sus representantes para que sean invitados a la Mediación o podrán ser presentados por ellos mismos.

Los representantes de los mediados deberán ostentar poderes plenos para adoptar acuerdos relativos al fondo del asunto de que se trate, y se demostrará a través de un documento legal habilitante que deberá ser presentado a la Secretaría de la Corte antes de abrirse a proceso la mediación correspondiente.

Aunque los mediados son los responsables del acuerdo a que puedan arribar, éste deberá corresponderse con el ordenamiento jurídico vigente al momento de su adopción, respetando la Ley aplicable al contrato y las disposiciones de orden público de su lugar de ejecución o de la posible ejecución del acuerdo en caso de incumplimiento del mismo. Por ello, independientemente del principio de confidencialidad a cumplir en este proceso, el mediado no deberá ocultar datos o informaciones que repercutan en el éxito y satisfacción del acuerdo; por lo que no podrá responsabilizar al mediador de cualquier omisión que no se le comunicó, salvo que se demuestre negligencia o intencionalidad en su proceder profesional.

Para la materialización del acuerdo se requiere además de otro elemento, que por formal no deja de ser importante: el acta.

La solución del conflicto a la cual arriben los mediados, deberá ser plasmada por escrito en un acta contentiva del Acuerdo

de Mediación,¹¹ ratificando lo aprobado, con la firma de estos y del Mediador.

El acta, es la expresión escrita de todo lo acontecido; en ella se asienta con indicación exacta, clara y concisa: las cuestiones litigiosas mantenidas, a los efectos de que éste continúe en relación a las mismas; los aspectos concordantes a los que arribaron los mediados, incluidos el tiempo y lugar de las obligaciones de dar, de hacer y no hacer pactadas y las personas forzadas al mismo.

El acta, debe: a) precisar, enumerar y suscribir expresamente los aspectos que serán objeto de examen, los puntos controvertidos persistentes en el conflicto subsistente y los términos sobre los que permanecerá la contienda (de ser parcial el acuerdo); b) la precisión de lo acordado, y c) la firma de los participantes con capacidad para ello.

Suele ocurrir que la existencia de diversos puntos controvertidos o varias partes, posibilita que el acuerdo resulte parcial, al resolverse únicamente algunos de los aspectos que han sido objeto del proceso de mediación. Le corresponderá al mediador concretar los asuntos a los que se avienen las partes y a los que no.

Arribar a un acuerdo parcial, requiere del estudio minucioso del mediador, éste además de comprobar la licitud, verificará lo que se llegó a consenso y por lo que continuará la demanda. El mediador no puede irse por encima de lo que las partes disienten o aceptan; en esa relación convenida, su intervención será para, velar porque el acuerdo esté dentro de los marcos legales. Él es objeto de examen por los mediados, y no puede hacer caso omiso a los aspectos latentes en el conflicto, ni a las consideraciones de los intervinientes.

El Reglamento de La Corte cubana se pronuncia porque de no haberse llegado a un acuerdo, se redacte un acta, únicamente

¹¹ Se recuerda que el Acta de Mediación se proclamó por Napoleón Bonaparte el 19 de febrero de 1803 en la Conferencia de Suiza.

como constancia de conclusión del proceso de mediación, y en tal caso los mediados podrán intentar otra forma de resolución alternativa del conflicto o dirigirse a los tribunales ordinarios. De haberse logrado un acuerdo parcial, los mediados contarán con igual posibilidad, aunque solo en relación a los aspectos sobre los cuales no se logró el acuerdo. Sendos resultados al término de la mediación, obligan al mediador informarlo por escrito a la Secretaría de la Corte, en un plazo no mayor de 20 días hábiles.¹²

La conjunción entre la aptitud del mediador, la voluntad y capacidad de los mediados de llegar a consenso, la depurada técnica del ejercicio de éste método alternativo y la correcta interpretación, redacción y definición de lo acordado, garantizará que, en ningún caso, de no arribar a un acuerdo sea valorado en contra de ninguno de los participantes en el proceso de mediación; las declaraciones realizadas, puedan ser posteriormente alegadas y sostenidas como causa de recusación de los mediadores o como medio probatorio de una parte en contra de la otra.

No se puede soslayar de atención su redacción, el acuerdo ha de cumplir las tres E: equitativo, eficaz y específico y ha de tener en cuenta las adverbios de persona, modo, tiempo y lugar: ¿Quién? ¿Cómo? ¿Cuándo? y ¿Dónde?; de lo contrario, prevalecerá ambigüedad en su texto, propiciará el quebrantamiento de la armonizaciones de los intereses de las partes, la ruptura de las relaciones que prevalecían entre ellos, surgirán conflictos diferentes al conocido y sobre todo conducirá a la inejecución del acuerdo.¹³

Parafraseando a ANDREW FLOYER, el acuerdo ha de ser realista, claro y verificable, y tomará la forma que las partes

¹² *Gaceta Oficial Extraordinaria* No. 57 de 3 de octubre de 2018: Resolución No. 9 del 16 días del mes de abril 2018, "Reglamento de Mediación de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional". Artículo 24 inciso 1, p.1148.

¹³ FOURNIER DUHARTE, Niurka: La conciliación judicial en el procedimiento económico cubano. Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2013.

decidan, los intereses objetivos y su voluntad.¹⁴ Por eso, si se quiere garantizar el cumplimiento voluntario del acuerdo, el mediador cuidará porque éste no vaya en contra de las reglas imperativas que rigen en el ordenamiento jurídico y la garantía a los derechos de las partes en sujeción de las disposiciones legales vigentes, y su correcta redacción favorecerá además el cumplimiento voluntario, porque con el tiempo este tiende a mantenerse; pero si alguna de las partes no acata a lo que se sometió, seguro es, que la primera intención tanto del perjudicado como del obligado será el colaborar a favor de su acatamiento.

El acuerdo es susceptible de estar sujeto a circunstancias cambiantes. Puede surgir una afectación que interfiera el cumplimiento exitoso del acuerdo de mediación o variar las condiciones que propiciaron en su día el precitado arreglo. También suele suceder que logrado el acuerdo parcial o durante el proceso arbitral, las partes, logren un nuevo entendimiento o reevaluación de lo acordado o interesen nuevamente los servicios del mediador. Nada se opone, es lícito y viable que los mediados, de común acuerdo, en cualquier momento acudan a la Secretaría de la Corte para modificar los términos en que hubiese firmado el acuerdo alcanzado en la mediación, y aquella se lo informará al mediador que actuó en el caso particular. A tales efectos se redactará una nueva acta de acuerdos de mediación.

Otro elemento del acuerdo de mediación es el poseer carácter definitivo y fuerza vinculante para las partes, las cuales se obligan a su cumplimiento en los términos acordados. En caso de su incumplimiento, su ejecución forzosa puede ser solicitada por la que se considere con derecho a ello, ante los tribunales ordinarios competentes, de conformidad con lo establecido en la Ley.¹⁵

¹⁴ FLOYER ACLARD, Andrew. *Apud*: Quintana García, Amparo: Mediación Mercantil(pdf: http://www.uria.com/documentos/publicaciones/4481/documento/20150116_um.pdf?id=5651).

¹⁵ El artículo 746 inciso g) de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de Cuba, faculta a las salas de Lo Económico de los tribunales provinciales populares a conocer de las solicitudes que se promuevan para la ejecución de laudos arbitrales, dictados por corte arbitral cubana en el territorio nacional.

Aclara el Reglamento que cuando los acuerdos finales concretados en proceso de mediación internacional hayan de ejecutarse en otro Estado, resulta necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en los Convenios internacionales ratificados por el Estado cubano. Más, en virtud del principio de legalidad, la resolución judicial extranjera contentiva de los acuerdos finales concretados en proceso de mediación internacional no podrá ser reconocida y ejecutada en territorio cubano, cuando resulte manifiestamente contraria al orden público de la República de Cuba.

Ideas Finales

Por sus efectos la mediación resulta una forma de conclusión de litigios, al tener los mismos requisitos y consecuencias jurídicas que otras alternativas negociadoras.

La preparación técnica de los representantes de las partes, la capacitación de los mediadores, la voluntad de los mediados y la debida calidad en la redacción de lo convenido, coadyuvará al logro de acuerdos efectivos que respondan a los intereses de las partes, la legalidad y el interés general, garantes de su cumplimiento voluntario o por ejecución.

El desempeño consensuado positivo se reconoce en el Laudo el que tendrá autoridad de cosa juzgada y susceptible de interesar la ejecución. La ejecución del acuerdo o su modificación es factible y estará dotado de la flexibilidad característica de la mediación.

Arribado el acuerdo, plasmado en acta y rubricado en Laudo, se archiva el artículo hasta nuevas consideraciones sobre esta alternativa pacificadora de solución de conflictos.

Bibliografía

CubaLegalInfo (2017). “Decreto-Ley No. 250” de Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional. La Habana, Cuba. En línea en: <http://www.cubalegalinfo.com/mecantil/corte-arbitraje-comercial-internacional/corte-cubana-de-arbitraje>

- (2015) “Resolución Nro. 21 de 16 de Septiembre de 2015 de *Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional*. En línea en: <http://www.cubalegalinfo.com/mecantil/corte-arbitraje-comercial-internacional/corte-cubana-de-arbitraje>
 - (2015) “Resolución Nro. 09 de 16 de Septiembre de 2015 de *Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional*. En línea en: <http://www.cubalegalinfo.com/mecantil/corte-arbitraje-comercial-internacional/corte-cubana-de-arbitraje>
 - (2015) “Resolución Nro. 21 de 16 de Septiembre de 2015 de *Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional*. En línea en: <http://www.cubalegalinfo.com/mecantil/corte-arbitraje-comercial-internacional/corte-cubana-de-arbitraje>
- Fournier Duharte, Niurka (2013). “La conciliación judicial en el procedimiento económico cubano” *Tesis en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas*, La Habana .

COMENTARIO A LEGISLACIÓN



Obra de Eleonora Calderón

Pandemonium

Las flores

Entregadas en el romance y en las lapidas.
¿Acaso el amor merece el mismo aroma que la
muerte?

Y ahí están los floristas
merodeando las calles o al costado
de la puerta del cementerio,
cómplices de las flores
cuyo destino final parece ser el mismo:
permanecer en frascos de vidrio
obligadas a embellecer el ambiente.
Ellos,
pequeñas pantomimas de Sísifo,
condenadas sus manos (y sus conciencias)
a conservar el perfecto silencio
y hallar en la mirada de quien las busca,
la necesidad de adornar aquello
que resulta insoportable.

Autora: *María Florencia Salvatore*

Legislación Electoral Argentina: evolución histórica

*Argentine Electoral Legislation: historical
evolution*

Legislação Eleitoral Argentina: evolução histórica

*Législation électorale argentine: évolution
historique*

阿根廷选举立法:历史沿革

*Diego Gabriel Presa*¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15 OTOÑO 2020 (21 marzo a 20 junio), 139-159

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e395>

Recibido: 19/03/2020

Aprobado: 01/06/2020

Resumen: El presente abarca la legislación de los sistemas electorales y del voto en la República Argentina en el ámbito de la Nación, desde la primera ley dictada por la Confederación Argentina en la presidencia de Urquiza, con sus posteriores reformas, llegando al actual Código Electoral. Distintos momentos legales que acompañan el crecimiento institucional del país, así como su descenso a formas hoy inimaginables de fraudes y proscripciones electorales que son intolerables para los tiempos actuales.

Palabras clave: derecho electoral, legislación, historia constitucional.

Abstract: This article covers the legislation of the electoral and voting systems in the Argentine Republic at the national level, from the first law

¹ Abogado, profesor de Historia Constitucional, cátedra III de la FCJ y S, asesor de la Honorable Cámara de Diputados de la Pcia de Bs As. (ORCID 0000-0003-3315-9301).

enacted by the Argentine Confederation in the Urquiza presidency, with its subsequent reforms, to the current Electoral Code. Different legal moments that join the country's institutional growth, as well as its descent into forms of fraud today unimaginables, and electoral proscriptions that are intolerable for current times

Keywords: electoral law, legislation, constitutional history

Resumo: O presente trabalho engloba a legislação dos sistemas eleitorais e do voto na República Argentina no âmbito da Nação, desde a primeira lei emitida pela Confederação Argentina na presidência de Urquiza, com suas reformas subseqüentes, chegando o atual Código Eleitoral. Diferentes momentos jurídicos que acompanham o crescimento institucional do país, assim como seu descenso a formas hoje inimagináveis de fraude e proscricões eleitorais que são intoleráveis para os tempos atuais.

Palavras-chave: lei eleitoral, legislação, história constitucional.

Résumé: Le présent travail étudie la législation des systèmes électoraux et électoraux en République argentine, au niveau national. De la première loi promulguée par la Confédération argentine à la présidence d'Urquiza, avec ses réformes ultérieures, au Code électoral actuel. Des différents moments juridiques qui accompagnent la croissance institutionnelle du pays, ainsi que sa descente vers des formes de fraude et des interdictions électorales inimaginables aujourd'hui, qui sont intolérables pour l'époque actuelle

Mot-clés: loi électorale, législation, histoire constitutionnelle

摘要: 从阿根廷联邦在乌尔基萨总统任期内制定的第一部法律及其随后的改革，到目前的《选举法》，本条款涵盖了国家范围内阿根廷共和国选举和投票制度的立法。该国的机构发展伴随着不同的法律时刻，以及其陷入当今无法想象的欺诈和选举禁令的今天

关键词: 关键词选举法, 立法, 宪法史

I. Introducción

El presente tiene como objetivo clarificar la evolución del voto y los sistemas electorales que ha tenido la República Argentina a nivel nacional, lamentablemente nunca ha sido libre ese

ejercicio de votar y muchas veces se ha visto interrumpido por procesos cívicos militares conocidos como golpes de Estado.

Tengamos presente algunas definiciones como por ejemplo sufragio, al que podemos definir como un derecho público subjetivo de naturaleza política, que detentan los integrantes de un Estado, para llevar adelante su organización y distribución del Poder dentro de dicha sociedad, donde hay electores y elegidos.

La Constitución Nacional en su artículo 37 establece "...Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral...", claramente lo ha dejado por escrito como un derecho político fundamental tendiente a la consolidación de la democracia, define al sufragio en su carácter hoy conocido y garantiza la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres, muchas veces los derechos están solo nos falta exigir su cumplimiento.

Igualmente esta definición se acompaña de ciertos requerimientos para poder ejercer el derecho a sufragar, estas podemos distinguirlos en requerimientos generales y específicos, entre los primeros el requisito de ciudadanía o ciudadano del Estado, la ciudadanía se adquirirá según el estado por el nacimiento en el propio territorio o puede ser adquirida bajo una residencia de tiempo en el territorio; la edad para ejercer ese sufragio en la Argentina es voluntaria de dieciséis años a dieciocho y obligatoria de dieciocho a setenta años, volviendo a ser voluntaria a partir de esa edad, la obligatoriedad en una sociedad tan politizada como la nuestra le da legitimidad no solo al sistema sino también a los representantes elegidos.

Entre otros de los requisitos generales se encuentra la inscripción en el padrón electoral, integrar esa lista de electores tanto para elegir como para ser elegido que posibilitara el

derecho a votar por una sola vez en la elección en un distrito o circunscripción electoral donde se encuentre inscripto, que es definido por el domicilio real.

El sexo del votante algo que se ha luchado a lo largo de la historia, comenzó siendo solamente para el universo masculino, con el tiempo y a mitad del Siglo XX se sumó el universo femenino por **ley 13010**² de derechos políticos de la mujer, y ya en el Siglo XXI con la **ley 26.743**³ se estableció el derecho a la identidad de género que permite a ser identificada la persona en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada, entendiendo la ley por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales, según el propio artículo 2° de la misma.

Determinados los requerimientos generales, nos adentramos en los específicos, que están relacionados por la calidad del sufragio y por su extensión en lo que a universo se refiere. El sufragio se convierte en restringido o calificado, bajo condiciones intelectuales –sobre instrucción educativa, ejemplo saber leer y escribir- y sobre condiciones económicas –tener un ingreso determinado mensual o anual o profesión liberal- esto convierte al sistema de gobierno en oligárquico y fuera de la representación real del pueblo, siendo los terratenientes de grandes propiedades los que determinan la forma de composición del gobierno.

² Publicada en el Boletín Oficial 27 de septiembre de 1947, Primer gobierno de Juan Domingo Perón 1946-1952.

³ Publicada en Boletín Oficial el 23 de mayo de 2012, Segunda Presidencia de Cristina Fernández de Kirchner 2011-2015

La regla general es que el sufragio es único e individual, pero en algunas sociedades tenemos distintas clases de sufragios como el múltiple, el familiar, permitiendo que ciudadanos emitan más de un voto en su circuito electoral

Ahora otras características son las que determinan si el voto es público es decir que el mismo se emite a viva voz, con la dificultad que ese voto pueda ser coaccionado moral o físicamente hacia otro candidato o partido.

El voto secreto en contraposición al cantado, permite al elector elegir sin ser coaccionado al no saber a quién está eligiendo. Como un último requisito específico tenemos su exigibilidad, en la Argentina actual es exigible a partir de los dieciocho años y hasta los setenta años, diferenciándolo del voto facultativo en el cual el derecho se entiende como voluntario de ser ejercido, a modo de ser repetitivo, insisto que en la sociedad Argentina, el voto debe ser obligatorio por la doble legitimidad que otorga el mismo al sistema de gobierno y al elegido para ejercer ese sistema mediante el poder que se le confiere.

II. Leyes electorales nacionales

En esta segunda etapa nos adentraremos en las leyes electorales nacionales que han regulado el voto y los sistemas electorales introducidos para conformar los poderes del Estado. No desarrollare los sistemas que existieron en las provincias antes de 1853. Llevare adelante un breve análisis de cada una de ellas en los temas que regularon y considero más importantes a mí criterio.

La **primera ley electoral** fue la número 140⁴ dictada por el Congreso Nacional de la Confederación Argentina, -con Buenos Aires separada de la Confederación desde 1852- esta ley estableció el sistema electoral de lista completa, que significa esto que la primer minoría electoral electa ganaba todos los cargos en juego, no existiendo representación para la segunda y/o siguientes minorías en orden de votos decreciente.

⁴ Publicada el 16 de septiembre de 1857, en la presidencia de Justo José de Urquiza 1854-1860.

Según la Constitución Nacional, los cargos a elegir de manera directa eran los diputados nacionales, indirectamente lo eran el presidente y vice mediante el Colegio Electoral, compuesto por el doble de diputados y senadores que integraban el Congreso, elegidos estos electores por la ciudadanía, se reunían en los colegios electorales de cada capital de provincia manifestando su voto por presidente y vice, el que mayor número de electores obtenía quedaba consagrado para desempeñar el Poder Ejecutivo Nacional.

La pregunta es ¿Cómo ejerzo mi derecho al voto en 1857?, primero los ciudadanos debían inscribirse en las Juntas Calificadoras que determinaba la ley, que llevaban a cargo el padrón o registro electoral, estaban eran integradas por funcionarios o por vecinos notables del lugar, con una actuación destacada del Juez de Paz. La inscripción era obligatoria pero no había sanción en caso de no hacerlo, esto conformaba lo que hoy sería un padrón electoral, este padrón o registro de electores se llevaba adelante antes de cada elección

Para emitir el voto se exigía la edad de veintiún años, excluyendo del voto a sordomudos; funcionarios eclesiásticos; y todo el que no fuera ciudadano de acuerdo a la ley.

El votante podía ejercer su derecho en forma verbal –voto cantado- o por escrito consignando el voto en forma pública, al ser leído por la autoridad de mesa en voz alta dejando constancia en una cedula electoral o lista al efecto.

El comicio se desarrollaba en unos tres días, el primero se organizaba las autoridades de mesa y comenzaba la votación, el horario para votar era entre las nueve horas y las dieciséis horas, teniendo presente la luz solar, cada día se hacía un escrutinio provisorio y ultimo día el definitivo que se comunicaba al Congreso Nacional para ser validado.

Esta ley fue modificada por la **ley 207⁵**, sancionada por el Congreso de la Confederación Argentina, determinando el voto

⁵ Publicada el 1 de julio de 1859, presidencia de Urquiza 1854-1860

público no obligatorio, pero su vigencia sería corta, en noviembre de 1859 en la batalla de Cepeda Buenos Aires, se reincorporaba a la Confederación, una incorporación traumática, y justamente por al impugnación de los títulos de los diputados electos en 1861 y su rechazo por el Congreso Nacional al no haberse aplicado las leyes electorales vigentes a nivel nacional y utilizado las leyes provinciales, llevaron a un nuevo conflicto que culminó en la batalla de Pavón el 17 de septiembre de 1861, esto llevó a una nueva organización de la República bajo la órbita de la nueva clase dirigente porteña que impuso un nuevo modelo de nación en contraposición al modelo de la Confederación Argentina que venía desarrollándose, tan es así que las leyes comenzarían a enumerarse nuevamente.

El 1863 con el nuevo gobierno y orden establecido por Bartolomé Mitre⁶, se sancionó una nueva **ley electoral la número 75**⁷ determinando la conformación del llamado Registro Cívico y la Asambleas Electorales, llevando al acto electoral a un día, el voto seguía siendo público y no obligatorio y bajaba la edad de veintiuno a dieciocho años siempre en el universo masculino, se agregaban excluidos del voto ahora a soldados y suboficiales –cabos y sargentos- así como a los que estén o tuvieran que estar enrolados en la guardia nacional.

Hubo una reforma menor con la **ley 209**⁸, sobre los procedimientos a llevar adelante en el acto electoral.

La **ley 623**⁹, determinando que el Registro Cívico o Padrón Electoral –debe tenerse en cuenta que se asemeja a un padrón pero no lo es con las características actuales- se elaboraba cada cuatro años dejando sin efecto el anterior, era integrado por los ciudadanos con domicilio en la sección o circuito electoral que peticionaran integrar el mismo.

⁶ 1821-1906, político, militar, historiador, periodista, fue gobernador de Buenos Aires y Presidente de la Nación constitucional en 1862-1868, fue Presidente de facto entre 1861-1862.

⁷ Publicada el 7 de noviembre de 1863, Presidencia de Bartolomé Mitre 1862 a 1868.

⁸ Publicada el 3 de octubre de 1866, Presidencia de Bartolomé Mitre 1862-1868

⁹ Publicada el 18 de septiembre de 1873, Presidencia de Domingo Faustino Sarmiento.

La falta de transparencia en el desarrollo de los actos electorarios por parte de las autoridades llevo a la sanción de la **ley 893**¹⁰, la cual fijo nuevas formas de funcionamientos para la Juntas Calificadoras en cuanto a su designación y conformación, prohibiendo desechar las actas de escrutinio que debían remitirse al Congreso Nacional conjuntamente con las protestas que se suscitaren en el acto electoral, la ley dejo sin efecto la exclusión para quien no hubiera cumplido su tiempo en la guardia nacional y debía hacerlo. Hubo diferentes modificaciones menores en cuanto a plazos y correcciones del Registro Cívico, esta ley sufrió modificaciones en los procedimientos y su aplicación entre 1879 y 1890 por las leyes 1012, 1024 y 2742, sin alterar el espíritu de la ley 893.

En 1902 Julio Argentino Roca¹¹ y su Ministro del Interior Joaquín V González¹², buscarían una alternativa al sistema electoral y al voto que permitiera oxigenar al régimen conservador, la oxigenación consistía en darle legitimidad y credibilidad al sistema, el cual era muy cuestionado por la posibilidad de fraude y manipulación.

La reforma electoral llevaría tranquilidad al campo social, permitiendo el ingreso de representantes de las minorías políticas que a la fecha no tenían expresión, modificando el sistema de lista completa imperante. El proyecto contemplaba el voto secreto pero las modificaciones del Senado dejaron de lado esta reforma manteniendo el voto público.

Finalmente se convirtió en la **ley 4161**¹³, la misma estableció el sistema minoritario uninominal por circunscripciones,

¹⁰ Publicada el 8 de octubre de 1877, Presidencia de Nicolás Avellaneda 1874 a 1880

¹¹ 1843-1914, político, militar argentino, ideólogo de la llamada Conquista del Desierto, dos veces presidente entre 1880-1886 y 1898-1904, ocupó diversos cargos públicos en el Poder Ejecutivo y Legislativo.

¹² 1863-1923, político, docente y jurista argentino, gobernador de La Rioja entre 1889-1891, fue ministro y legislador, transformo en nacional la Universidad de La Plata

¹³ Publicada en el Boletín Oficial el 29 de enero de 1903, Segunda presidencia de Julio A. Roca 1898-1904

fijo nuevamente la edad para votar en dieciocho años, a fin de garantizar el voto los electores no podían ser detenidos durante las horas del acto comicial, salvo caso de flagrante delito, ni obligado a dar su voto por otro candidato que el de su preferencia. La legitimidad como elector se acreditaba con la libreta cívica.

El territorio del Estado Nacional para la elección de diputados al Congreso, así como electores de Senadores Nacionales por la ciudad Capital y electores de Presidente y Vice Presidente de la Nación, se dividía en distritos electorales, que a su vez se subdividían en circunscripciones igual al número de Diputados que elegían, eligiendo cada una un Diputado nacional, dos electores de Presidente y Vice de la Nación y en la ciudad Capital cuatro electores por el duplo del número de Senadores.

El sistema se aplicó para el comicio de 1904 y posibilitó la elección de Alfredo Palacios¹⁴ por el partido Socialista.

En 1905 y con Manuel Quintana¹⁵ como nuevo presidente impulsó un retorno a la antigua ley derogándose la ley 4161 por la **ley 4578**¹⁶ complementada por la **ley 4719**¹⁷ volviendo al sistema de lista completa, derogando las circunscripciones uninominales, además el elector al emitir su voto, presentando su libreta cívica, adjuntaría una lista o boleta que contendría los nombres de las personas por quienes votaba, así se mantenía el voto público y se pensaba que se evitaba el fraude al no poder ser influido el elector si venía con los nombres ya escritos de sus elegidos.

El sistema conservador estaba en su agonía, pero no se disponía a cambiar para mejorar, se aferraba a sus privilegios, la muerte del Presidente Manuel Quintana en el cargo en 1906

¹⁴ 1878-1965, abogado, legislador, político y profesor de la UBA y UNLP, integrante del Partido Socialista.

¹⁵ 1835-1906, abogado y político argentino, presidente de la Nación en 1904-1906 falleció en el cargo.

¹⁶ Publicada en el Boletín Oficial el 26 de julio de 1905, Presidencia de Manuel Quintana 1904-1906.

¹⁷ Publicada en el Boletín Oficial el 9 de octubre de 1905, Presidencia de Manuel Quintana 1904-1906.

y la asunción de José Figueroa Alcorta¹⁸ quien se enfrentó al roquismo y en 1910 apoyo la elección de Roque Sáenz Peña¹⁹ como Presidente de la Nación, este designo como Ministro del Interior a Indalecio Gómez²⁰, y juntos comenzaron a impulsar un nuevo sistema electoral y un nuevo voto.

El cambio requería de varias leyes se comenzó con la **ley 8129**²¹ de enrolamiento general de todo ciudadano nativo o naturalizado a partir de los dieciocho años, a cargo de las autoridades militares y del Registro Civil, con una libreta de enrolamiento de que servía para identificarse y con un domicilio real valido consignado, a la que se sumaba la **ley 8130**²² de formación del padrón electoral encargando la formación del mismo a los jueces federales, quienes designaban a un comisario de padrón, que no era empleado público y estaba encargado de llevar adelante el mismo, tomaba como base cada año el registro de enrolamiento militar, había un periodo de impugnaciones y rectificaciones del padrón por parte de particulares, se autorizaba a utilizar la libreta de enrolamiento para ejercer el voto y de las resoluciones que dictaren los jueces federales cualquiera fuera su resultado, se podrían apelar ante al Cámara Federal correspondiente.

Ambas leyes llevaron a un nuevo registro o padrón electoral amplio de la ciudadanía, lo que posibilito tratar por el Congreso ahora el proyecto que se convertirá en la **ley 8871**²³ la misma

¹⁸ 1860-1931, abogado y político argentino, ocupó la presidencia de los tres poderes del Estado Vicepresidente de la Nación y como consecuencia directa Presidente del Senado entre 1904-1906, Presidente de la Nación de 1906 a 1910 y presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina entre 1929-1931.

¹⁹ 1851-1914, abogado y político argentino, Presidente de la Nación entre 1910-1914 falleció en el cargo.

²⁰ 1850-1920, jurista y político argentino, defensor de la ley electoral ante el Congreso Nacional.

²¹ Publicada el 4 de julio de 1911, Presidencia de Roque Sáenz Peña 1910-1914

²² Publicada el 19 de julio de 1911, Presidencia de Roque Sáenz Peña 1910-1914

²³ Publicada en el Boletín Oficial el 26 de marzo de 1912, Presidencia de Roque Sáenz Peña 1910-1914.

se dividía en diez títulos con diferentes capítulos, comenzaba con los electores incluidos a votar desde los dieciocho años y hasta los setenta años de edad inclusive, los **excluidos** del voto, se dividían en tres grandes grupos, por **incapacidad**: **a)** Los dementes declarados en juicio; **b)** Los sordomudos que no sepan hacerse entender por escrito. **Por su estado y condición**: **a)** Los eclesiásticos regulares; **b)** Los soldados, cabos y sargentos del ejército permanente y armada y agentes o gendarmes de policía; **c)** Los detenidos por juez competente, mientras no recuperen su libertad; **d)** Los dementes y mendigos, mientras estén reclusos, en asilos públicos y en general, todos los que se hallen asilados en hospicios públicos o estén habitualmente a cargo de congregaciones de caridad. **Por indignidad**: **a)** Los reincidentes condenados por delito contra la propiedad, durante cinco años después de cumplida la sentencia; **b)** Los penados por falso testimonio o por delitos electorales durante cinco años; **c)** Los que hubieran sido declarados, por autoridad competente, incapaces de desempeñar funciones políticas; **d)** Los quebrados fraudulentos hasta su rehabilitación; **e)** Los que hubiesen sido privados de la tutela o curatela, por defraudación de los bienes del menor o del incapaz, mientras no restituyan lo adeuda; **f)** Todos aquellos que se hallen bajo la vigencia de una pena temporal, hasta que ésta sea cumplida; **g)** Los que hubiesen eludido las leyes sobre el servicio militar, hasta que hayan cumplido la pena que le corresponde; **h)** Los que hubiesen sido excluidos del ejército con pena de degradación o por desertión, hasta diez años después de la condena; **i)** Los deudores por apropiación o defraudación de caudales públicos, mientras no satisfagan su deuda; **j)** Los dueños y gerentes de prostíbulos.

El sufragio se consideraba individual (art 5°), el título tercero regulaba la convocatoria a elecciones y el título cuarto de los colegios electorales y su formación.

El capítulo IV hablaba del sufragio, la elección comenzaba a las ocho de la mañana y terminaba a las dieciocho horas de la tarde el mismo día, donde se regulaba la forma de votar, el orden, la permanencia de hasta diez personas dentro del lugar de

votación, la identificación del elector por el presidente de mesa a través de la libreta de enrolamiento y de no ser impugnada su identidad, se le entregaba un sobre firmado por la autoridad de mesa y lo invitaba a pasar a una habitación continua –cuarto oscuro- a encerrar su voto, de esta forma se establece el voto secreto (art 39°), en la habitación vacía solo habría boletas de cada partido o candidato, entregadas al presidente del comicio por los apoderados, en el padrón una vez emitido el voto se anotaba delante del nombre “votó”, finalizado el acto a la hora de cierre el Presidente cubría la urna, en su abertura, con una hoja de papel fuerte que sellaría, firmaría y haría firmar por los presentes apoderados de los candidatos, dejando constancia de los que se nieguen a hacerlo.

Debía tachar los nombres de los electores que no hayan comparecido y dejar constancia en el padrón el número de electores que sufragaron en el acto y de las protestas que se hubieren producido, las urnas se entregan al correo quien las remitía a las juntas escrutadoras que funcionaban en cada capital de provincia y en el Capital Federal.

En el título sexto se determinaba el nuevo sistema electoral donde cada elector sólo podrá votar por las dos terceras partes del número a elegir en la elección ocurrente, esto significaba pasar al modelo de lista incompleta, el candidato o partido ganador obtendría dos tercios de los cargos en disputa y el candidato o partido en segundo lugar el tercio restante, no se contemplaba el candidato o partido que obtenía el tercer o cuarto lugar, igualmente la ley era un avance en calidad institucional.

A fin de evitar amedrentamientos el título noveno prohibía la aglomeración de tropas en el radio del comicio, se prohibía a los funcionarios públicos exigir afiliaciones o que voten por candidatos determinados, durante las horas de comicio, quedan prohibidos los espectáculos populares al aire libre, o en recintos cerrados, fiestas teatrales, deportivas y toda otra clase de reuniones públicas que no se refieren al acto electoral, se prohibía la venta de bebidas alcohólicas durante el día del comicio y hasta una hora después del mismo.

Se establecía pena de pecuniaria al elector que no emitiera su voto sin causa legítima que lo amparara.

La ley que había llevado una ardua discusión parlamentaria había logrado el voto secreto, individual, universal –solo abarca el universo de varones- y obligatorio con un nuevo sistema electoral de lista incompleta.

La ley permitió ampliar la base de votantes y la legitimidad de los gobernantes, funcionó mientras fue respetada y hasta el 6 de septiembre de 1930 con el golpe cívico militar que abrió la denominada década infame.

En 1936 el Congreso sancionó la **ley 12298**²⁴ modificando el artículo 55 de la ley 8871 en cuanto a los electores de Presidente y Vice Presidente de la Nación, electores a Senadores Nacionales por parte de la Capital Federal, y la elección de Diputados Nacionales, se realizara bajo el mecanismo de lista completa, excluyendo a las minorías del Congreso.

En 1947 el Congreso Nacional y a instancias de Eva Perón²⁵ sancionó la **ley 13010**²⁶ que establece los mismos derechos políticos para las mujeres que el que detentan los varones, estableciendo la libreta cívica como documento de identidad indispensable para todos los actos civiles y electorales y se ordenaba dentro de los dieciocho meses de sancionada la ley la confección del padrón femenino. La ley se aplicó por primera vez en la elección presidencial de 1951.

En 1951 se sancionó otra reforma electoral bajo la **ley 14032**²⁷ que restableció el sistema de las circunscripciones uninominales exclusivamente para la elección de Diputados

²⁴ Publicada en el Boletín Oficial el 5 de agosto de 1936, Presidencia de Agustín P. Justo 1932-1938

²⁵ 1919-1952, su nombre es María Eva Duarte de Perón, dirigente política argentina, luchadora de las causas sociales.

²⁶ Publicada en el Boletín Oficial el 13 de septiembre de 1947, Primera presidencia de Juan Domingo Perón 1946-1952.

²⁷ Publicada en el Boletín Oficial el 18 de julio de 1951, Primera presidencia de Juan Domingo Perón 1946-1952.

Nacionales. Eliminaba el Colegio Electoral para la elección de presidente y vice, estableciendo el sistema directo, al igual que los senadores nacionales.

En 1957 y con el golpe cívico militar instalada desde septiembre de 1955, el gobierno de facto dicto el **decreto 4034/1957**²⁸ que deroga la ley 14032, restableciendo la ley 8871 –Sáenz Peña- con sistema de lista incompleta nuevamente, fue complementado por el decreto **ley 15099/57**²⁹.

En marzo de 1962, en elecciones legislativas y de Gobernadores, se instrumentó por decreto 7164/62, que adopta el método D'Hondt el cual se establece el sistema de representación proporcional para electores de presidente y de senadores por la Capital, y para senadores, quedando fuera del reparto de cargos las listas que no obtuvieren un piso del tres por ciento, que será dejado sin efecto por el Congreso Nacional mediante **ley 16582**³⁰.

El gobierno cívico militar de 1972 dicto la **ley 19945**³¹ que estableció el Código Electoral Nacional, que se encuentra vigente, con distintas modificaciones a la actualidad, la ley se compone de ocho títulos y se subdivide cada título en capítulos, entre las leyes que lo han modificado o complementado las más importantes están la **ley 26215** ley de financiamiento de los partidos políticos, la **ley 26743** –citada- sobre identidad de género; **ley 26774** de ciudadanía y **27412** paridad de género, haciendo realidad el texto del artículo 37 de la Carta Magna.

Entre sus principales regulaciones la edad de dieciséis años para argentinos nativos o por opción, y de dieciocho años para argentinos naturalizados.

²⁸ Publicado en el Boletín Oficial el 25 de abril de 1957, Presidencia de facto de Pedro Aramburu 1955-1958.

²⁹ Publicado en el Boletín Oficial el 22 de noviembre de 1957, Presidencia de facto de Pedro Aramburu 1955-1958.

³⁰ Publicada en el Boletín Oficial el 1 de diciembre de 1964, Presidencia de Arturo Illia 1963-1966

³¹ Publicada en el Boletín Oficial el 19 de diciembre de 1972, Presidencia de facto de Alejandro Lanusse 1971-1973.

Entre los excluidos de votar se detallan a los siguientes:

a) Los dementes declarados tales en juicio; **b)** Los condenados por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, y, por sentencia ejecutoriada, por el término de la condena; **c)** Los condenados por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos, por el término de tres años; en el caso de reincidencia, por seis; **d)** Los sancionados por la infracción de deserción calificada, por el doble término de la duración de la sanción; **e)** Los declarados rebeldes en causa penal, hasta que cese la rebeldía o se opere la prescripción; **f)** Los inhabilitados según disposiciones de la Ley Orgánica de los Partidos Políticos, y **g)** Los que en virtud de otras prescripciones legales y reglamentarias quedaren inhabilitados para el ejercicio de los derechos político.

El artículo 12 establece quienes deben votar como regla general y deja exentos de esa obligación los siguientes: **a)** Los jueces y sus auxiliares que por imperio de esta ley deban asistir a sus oficinas y mantenerlas abiertas mientras dure el acto comicial; **b)** Los que el día de la elección se encuentren a más de quinientos kilómetros del lugar donde deban votar y justifiquen que el alejamiento obedece a motivos razonables. **c)** Los enfermos o imposibilitados por fuerza mayor, suficientemente comprobada, que les impida asistir al acto, y **d)** El personal de organismos y empresas de servicios públicos que por razones atinentes a su cumplimiento deban realizar tareas que le impidan asistir al comicio durante su desarrollo.

Hay un Registro Nacional de electores que contiene los electores por distrito; los electores inhabilitados y excluidos; los electores residentes en el exterior y los electores privados de la libertad.

El padrón electoral provisorio contendrá número y clase de documento cívico, apellido, nombre y domicilio de los inscritos, el cual tiene un periodo una vez cerrado para rectificaciones o correcciones.

Luego se confecciona el padrón electoral definitivo el cual estará impreso treinta días antes de la elección, pudiendo los

electores hasta veinte días antes del acto comicial, solicitar se subsanen los errores y omisiones existentes.

El título segundo establece las divisiones territoriales, la Ciudad Autónoma y cada Provincia son los distritos electorales, que se subdividen en secciones electorales, los circuitos, que serán subdivisiones de las secciones.

Se establece una Junta Electoral Nacional en cada capital de provincia y la Ciudad Autónoma, entre sus atribuciones están: **1)** Aprobar las boletas de sufragio; **2)** Decidir sobre las impugnaciones, votos recurridos y protestas que se sometan a su consideración; **3)** Resolver respecto de las causas que a su juicio fundan la validez o nulidad de la elección; **4)** Realizar el escrutinio del distrito, proclamar a los que resulten electos otorgarles sus diplomas; **5)** Nombrar al personal transitorio y afectar al de la secretaría electoral con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior; **6)** Realizar las demás tareas que le asigne esta ley y **7)** Llevar un libro especial de actas en el que se consignará todo lo actuado en cada elección.

Los partidos políticos deben designar apoderados quienes son sus representantes ante la Junta Electoral, los candidatos quedaran proclamados hasta cincuenta días antes de la elección, las boletas a utilizar deben ser oficializadas como mínimo treinta días antes a la fecha del comicio.

La **ley 27337**³² que es texto ordenado del Código Electoral, estableció el inicio de campaña electoral cincuenta días antes de la fecha determinada de votación, el debate obligatorio, la publicidad se establece treinta y cinco días antes a la elección, también regulo el debate presidencial obligatorio.

Dentro del comienzo del comicio que se desarrollara entre las ocho de la mañana y las dieciocho horas sin interrupción.

Se prohíbe según el artículo 71º: **a)** reuniones de electores o depósito de armas durante las horas de la elección; **b)** Los

³² Publicada en el Boletín Oficial el 13 de diciembre de 2016, Presidencia de Mauricio Macri 2015-2019

espectáculos populares al aire libre o en recintos cerrados, fiestas teatrales, deportivas y toda clase de reuniones públicas que no se refieran al acto electoral, durante su desarrollo y hasta pasadas tres horas de ser clausurado; **c)** la prohibición de venta de bebidas alcohólicas hasta transcurridas tres horas del cierre del comicio; **d)** Ofrecer o entregar a los electores boletas de sufragio dentro de un radio de ochenta metros de las mesas receptoras de votos; **e)** A los electores, la portación de armas, el uso de banderas, divisas u otros distintivos durante el día de la elección, doce horas antes y tres horas después de finalizada; **f)** Realizar actos públicos de proselitismo y publicar y difundir encuestas y sondeos preelectorales, cuarenta y ocho horas antes de la iniciación del comicio y hasta el cierre del mismo. **g)** La apertura de organismos partidarios dentro de un radio de ochenta metros de las mesas receptoras de votos; **h)** Publicar o difundir encuestas y proyecciones sobre el resultado de la elección durante la realización del comicio y hasta tres horas después de su cierre.

Las autoridades de mesas se designan en forma aleatoria (art 72°) y deben tener domicilio dentro de la sección electoral de la mesa asignada y son designados por la Justicia Electoral, se pueden excusar con causa justa en el plazo de tres días de notificados, igualmente la ley ha creado un registro público de autoridades de mesa.

El capítulo III, determina todo el desarrollo del acto electoral desde su inicio, recepción de urna, los útiles remitidos por el Estado dentro de la urna, la conformación del cuarto oscuro, los modelos de boletas validas, así como las actas de apertura y cierre que serán firmadas por todos y en caso de negarse se consignara en la misma.

El artículo 84° establece que los primeros en votar serán las autoridades de la mesa, en caso de que el presidente o sus suplentes no se hallen inscriptos en la mesa en que actúan, se agregará el nombre del votante en la hoja del registro haciéndolo constar, así como la mesa en que está registrado. El voto tiene carácter de secreto (art 85°).

Cada elector votara una vez identificado con su documento nacional de identidad, en caso de impugnación de la identidad del elector, el artículo 91° determina que se expondrá concretamente el motivo de la impugnación, labrándose un acta firmada por el presidente y el o los impugnantes y tomándose nota sumaria en la columna de observaciones del padrón, frente al nombre del elector.

El voto se emite mediante sobre cerrado entregado por la autoridad de mesa al elector y una vez emitido entregara una constancia del mismo al elector.

En el título V, se establece la forma de escrutinio el presidente del comicio, auxiliado por los suplentes, con vigilancia policial o militar en el acceso y ante la sola presencia de los fiscales acreditados, apoderados y candidatos que lo soliciten, mediante el procedimiento determinado por ley: **1°)** Abrir la urna, extrayendo todos los sobres, los cuenta y confronta con el número de votantes; **2°)** Examinará los sobres, separando los que estén en forma legal y los que correspondan a votos impugnados; **3°)** Practicadas tales operaciones procederá a la apertura de los sobres; **4°)** Luego separando los sufragios para su recuento en las siguientes categorías: a) Votos válidos: que son los emitidos mediante boleta oficializada, aun cuando tuvieren tachaduras de candidatos, agregados o sustituciones, será válida una boleta por sobre, destruyendo las repetidas.

Los votos nulos serán los emitidos por boletas no oficializadas, boletas de distintos partidos en un mismo sobre; boletas donde no se puedan distinguir candidato y categoría a elegir y boletas con objetos extraños a ella. Los votos en blanco son el sobre vacío o papel de algún color. Los votos recurridos son los cuestionados en su validez o nulidad por alguno fiscal el cual se consigna en un sobre especial al efecto y será resuelto el mismo por la Junta Electoral. Los votos impugnados son sobre dudas de la identidad del elector.

Finalizado se confecciona el acta de escrutinio, donde debe quedar registrado lo siguiente: **a)** La hora de cierre del comicio,

número de sufragios emitidos, cantidad de votos impugnados, diferencia entre las cifras de sufragios escrutados y la de votantes señalados en el registro de electores; todo ello asentado en letras y números; **b)** Cantidad también en letras y números de los sufragios logrados por cada uno de los respectivos partidos y en cada una de las categorías de cargos; el número de votos nulos, recurridos y en blanco; **c)** El nombre del presidente, los suplentes y fiscales que actuaron en la mesa, el fiscal que se ausente antes de la clausura del comicio suscribirá una constancia de la hora y motivo del retiro y en caso de negarse a ello se hará constar esta circunstancia firmando otro de los fiscales presentes; **d)** La mención de las protestas que formulen los fiscales sobre el desarrollo del acto eleccionario; **e)** La nómina de los agentes de policía, individualizados con el número de chapa, que se desempeñaron a órdenes de las autoridades del comicio hasta la terminación del escrutinio; **f)** La hora de finalización del escrutinio; **g)** la autoridad de mesa emitirá un “Certificado de Escrutinio” que será suscripto por el mismo, por los suplentes y los fiscales y entregará uno cada fiscal que ha participado por partido político dejando constancia en el acta de los certificados expedidos a cada parte.

Por último el cierre de la urna lleva un certificado de escrutinio dentro de ella y otro fuera entregando la urna faja, sellada y firmada por todos los participantes al personal del Correo, que serán auxiliados por la fuerza policial y militar en cuanto a su custodia.

El escrutinio definitivo queda a cargo de la Junta Electoral ante la cual los partidos o agrupaciones podrán designar fiscales o apoderados para que los representen, las mesas que no sean cuestionados por los fiscales y apoderados y los certificados de escrutinio coincidan con los expedidos se confirmaran, las mesas cuestionadas y que los certificados coincidan no se procederá a su apertura, solo se abrirán las mesas donde los certificados expedidos por las autoridades de mesa no coincidan con él de la propia mesa. No existiendo más impugnaciones o reclamos la Junta Electoral proclamará a los electos.

El título VI determina las penas por infracciones a la ley electoral desde multas por la no emisión del voto, a penas de prisión por ejemplo portación de armas.

En el título VII regula la elección de Presidente y Vice, Senadores Nacionales, Diputados Nacionales y de los parlamentarios del Mercosur.

Entre las disposiciones generales el artículo 167°, establece la vigencia de la Libreta de Enrolamiento (Ley 11.386³³), la Libreta Cívica (Ley 13.010) y el Documento Nacional de Identidad (D.N.I.), en cualquiera de sus formatos (Ley 17.671³⁴) todos documentos habilitantes a los fines de ejercer el voto.

El Código Electoral ha sido mejorado en el tiempo y por la democracia, no olvidemos que dicho código tiene nacimiento como ley de un gobierno de facto, los distintos textos ordenados han sido fruto del consenso democrático y que reflejan los cambios exigidos por la sociedad, claro que es perfectible, todas las leyes hechas por mujeres y hombres lo son.

III. Conclusiones

El camino recorrido por el sistema electoral no es casual, podemos ver que comienza con un inicio que prefiero llamar de consolidación, pero no se consolida el sistema electoral, sino la clase dirigente, quien opondrá excusa tras excusa para no permitir un sistema electoral sólido y con la no posibilidad de votar, las distintas reformas solo intentaran consolidar el poder de la clase dirigente conservadora ya, que ha ocupado el poder político y económico no dando muestras de querer dejarlo. Es en 1910 cuando parte de esa clase dar un giro a su política enfrentándose entre ellos mismos y posibilita la expresión real del pueblo a través de un voto universal, secreto, obligatorio e

³³ Publicada en el Boletín Oficial el día 25 de octubre de 1926, Presidencia de Marcelo T de Alvear 1922-1928

³⁴ Publicada en el Boletín Oficial el 12 de marzo de 1968, Presidencia de facto de Juan Carlos Onganía 1966-1970

individual, el mismo permitirá la llegada de las nuevas mayorías a ejercer el poder político, como serán los gobiernos radicales de 1916 a 1930.

La nueva democracia se verá truncada el 6 de septiembre de 1930 por el golpe cívico militar y con él volverán a ocupar el poder la clase conservadora que pretende recuperar los privilegios que había perdido mediante el voto popular, pero esta vez mediante el fraude escandaloso y la violencia, fraude que será interrumpido por un nuevo golpe cívico militar en 1943, una nueva era del voto popular se instala en la República y aparece la Argentina de masas, es conocido el periodo 1955 a 1983, con distintas interrupciones cívico militares a los gobiernos elegidos por el pueblo, con proscripciones políticas, sumando en la última etapa la desaparición forzosa de personas que pensarán distinto.

En 1983 y con el ejercicio del sufragio Argentina recupera la democracia, hoy ya con 37 años de democracia ininterrumpida, con modificaciones a las leyes electorales que pretenden adentrarnos en este Siglo XXI y no olvidar, pero si dejar atrás malas prácticas del Siglo XX, hay un avance en calidad institucional que consolida esta democracia recuperada y ganada que tanto nos ha costado, objetivos como la libertad, la libertad de expresión, la distribución de la riqueza, la igualdad de oportunidades, el disenso y la discusión para arribar a consensos, el crecimiento con inclusión, son faros que no debemos perder para arribar a una mejor sociedad y a una mayor democracia.

Bibliografía consultada

- Fraquelli, Ileana (2013). *Código Electoral Nacional concordado y comentado*. segunda ed., Buenos Aires, Platense.
- Gelli, María Angélica (2005). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley.
- López, Mario Justo (1973). *Manual de derecho político*. Buenos Aires, Kapelusz.

Novedades legislativas

Legislative review

*Eduardo Baldi*¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 160-189

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e396>

Nación

Ley Nº 27545. Ley de Góndolas

La citada norma establece principalmente que la participación en la competencia deberá involucrar un mínimo de cinco proveedores o grupos empresarios en las góndolas de supermercados, hipermercados y cadenas de comercios minoristas. Asimismo, establece un límite del 30 % de espacio para cada marca en las góndolas de supermercados, con el fin de facilitar una mayor variedad de productos y la competencia entre ellos.

A su vez, en góndolas y locaciones virtuales de éstos, deberá garantizarse un 25 % del espacio disponible para la exhibición de productos de micro y pequeñas empresas. También, un 5 % adicional para objetos producidos por la agricultura familiar, indígena o campesina, en los términos de la Ley 27.118.

Entre sus objetivos, la ley busca la transparencia y competitividad entre los productos alimenticios, bebidas, higiene y limpieza, ampliar la oferta de productos artesanales, regionales y de la agricultura familiar, campesina e indígena.

¹ Abogado (UNLP), profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. (ORCID 0000-0003-3933-2611).

De acuerdo a la ley aprobada, se entiende por góndolas a todo espacio físico, mueble, estantería, en los que se ofrecen productos de similares características.

En el Decreto de promulgación, se estableció que será el Ministerio de Desarrollo Productivo la autoridad de aplicación de la ley, que deberá confeccionar un listado de las distintas categorías de productos alcanzados que comercializan los sujetos mencionados en el párrafo anterior.

Ley N° 27546. Modifica las Jubilaciones Especiales (Poder Judicial y Servicio Exterior de la Nación).

La citada ley reforma la Ley N° 24018 de Jubilaciones y Pensiones de magistrados y funcionarios del Poder Judicial. A su vez, incluye en el mismo la modificación al régimen jubilatorio para los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación (Ley 22731).

Entre los cambios se destaca que el aumento de la edad jubilatoria a 60 años para las mujeres y 65 años para los hombres, a su vez, para acceder al haber jubilatorio los magistrados deberán acreditar 30 años de servicios (anteriormente el requisito era de 20 años de ejercicio en el Poder Judicial de la Nación o el Ministerio Público Fiscal).

También, se sustituyó el artículo 10 del Ley 24.018, por el cual, se modificó el haber inicial que será calculado a partir del 82 % del promedio de las últimas ciento veinte (120) remuneraciones. A su vez, se incrementó un 7 % el aporte jubilatorio para los funcionarios, entre las principales modificaciones.

Además, la Ley N° 27.546 alteró el régimen jubilatorio de los funcionarios y funcionarias del Servicio Exterior. Principalmente, cambió el haber inicial y el aporte jubilatorio de dicho personal Asimismo, dejó sin efecto que la prestación de servicios en los destinos considerados como peligrosos o insalubres sea computada como doble, a los fines de acreditar los 30 años de servicio.

Decreto Nº 213/2020. Desclasificación de Documentos vinculados al atentado a la AMIA.

La citada norma declara la desclasificación absoluta de la totalidad de la información y documentación relacionada con el atentado de la AMIA, su encubrimiento o delitos conexos existentes en las dependencias de la Administración Pública Nacional.

A su vez, excluyó de la disposición a las cuestiones referidas a la identidad de los agentes de inteligencia extranjeros. Además, invitó a las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Corte Suprema a adoptar medidas similares.

Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 214/2020. Modifica ley de Inteligencia Nacional, recorta facultades a la AFI

A través de esta modificación, se eliminó la excepción que permitía a los organismos de inteligencia auxiliar a los operadores judiciales en las investigaciones criminales, a pedido de éstos. De esta forma, solo procede la regla general de no intervención en funciones policiales o de investigación criminal contenida en el art. 4 inc. 1 de la ley Nº 25520.

Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 260/2020. Medidas contra la propagación del virus COVID-19

Este Decreto de necesidad y urgencia tiene el fin de mitigar la propagación y el impacto sanitario producto del brote de COVID-19, declarado como “Pandemia”, por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el 11 de marzo.

En primer término se amplía la emergencia pública en materia sanitaria –*determinada por la Ley de Emergencia Nº 27.541*- por el plazo de un año. En segundo lugar, facultó al Ministerio de Salud a disponer las recomendaciones y medidas adoptar respecto de la situación epidemiológica, así como, informar a la población acerca de las “zonas afectadas” y las medidas sanitarias a determinar. También, le otorgó la potestad de efectuar la adquisición de medicamentos, equipamiento o del servicio de profesionales de la salud necesarios para atender a la emergencia.

Además, el Presidente autorizó a los Ministerios de Salud y de Desarrollo Productivo a fijar precios máximos para el alcohol en gel, los barbijos, u otros insumos críticos necesarios.

Dispone el aislamiento obligatorio por 14 días a quiénes: a) hayan contraído el COVID-19; b) revistan la condición de “caso sospechoso” –*síntomas de fiebre y problemas respiratorios e historial de viaje a zonas afectadas o contacto con casos confirmados o probables de Coronavirus*-; c) tengan “contacto estrecho” con las personas de los incisos a y b; d) hayan arribado o arriben al país habiendo transitado por “zonas afectadas” -*Unión Europea, miembros del Espacio Schengen, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, EE.UU, Corea, Japón, China e Irán*.

Finalmente, se dispone la suspensión de los vuelos internacionales de pasajeros provenientes de las “zonas afectadas”, durante el plazo de 30 días y la posibilidad del cierre de museos, centros deportivos, salas de juegos, restaurantes, piscinas y demás lugares de acceso público o aglomerados.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 274/2020. Suspensión de ingreso de extranjeros para evitar propagación del virus COVID-19

Mediante esta norma, se prohíbe el ingreso al territorio nacional por un plazo de 15 días, prorrogables por el Ministerio del Interior, a las personas extranjeras no residentes. No podrán entrar por puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera ni cualquier otro punto de acceso. La norma contempla la excepción para posibilitar el ingreso a aquellas personas que están afectadas al transporte internacional de cargas.

Por **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 331/2020**, se prorroga la medida hasta el 12/04/20.-

Por **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 365/2020**, se prorroga la medida hasta el 26/04/20.-

Por **Decreto de Necesidad y Urgencia N° 409/2020**, se prorroga la medida hasta el 10/05/20.-

Por **Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 459/2020**, se prorroga la medida hasta el 24/05/20.

Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 287/2020. Disposiciones para garantizar el acceso sin restricciones a los bienes básicos, en especial aquellos que se adquieren para proteger la salud

Se modifica el artículo 10 del DNU Nº 260/2020, autorizando al Jefe de Gabinete a asignar funciones a la dotación de una jurisdicción u organismo de manera provisoria para la efectiva atención de la emergencia sanitaria. La finalidad radica en que la demanda de algunas entidades supera al personal planificado. En consecuencia, se debe afectar a trabajadores de otros organismos para que ejerzan las funciones requeridas.

Además, se suspende la exclusión del último párrafo de la Ley Nº 20.680, para que la norma que regula la producción, abastecimiento y comercialización de bienes servicios sea aplicable también, por este contexto, a los agentes económicos considerados micro, pequeñas o medianas empresas.

Asimismo, se faculta a la Administración Nacional y las empresas y sociedades del Estado a efectuar la contratación directa de bienes y servicios que sean necesarios para atender la emergencia. La disposición implica apartarse del procedimiento ordinario de contratación de la Administración Pública para cumplir con celeridad a la atención de las necesidades que se presenten.

Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 297/2020. Establece el aislamiento social preventivo y obligatorio en todo el territorio nacional para evitar la propagación del virus COVID-19

La norma se dispuso luego de una reunión con los gobernadores, Se establece el aislamiento obligatorio para la sociedad argentina. La excepción estará dada para la compra de insumos básicos esenciales.

La cuarentena obligatoria se dispuso desde las 0 horas del día viernes 20 de marzo hasta las 24 horas del 31 de mismo mes del corriente año. Este plazo puede ser prorrogado en caso de considerarse necesario a su finalización. A su vez, habrá coordinación entre las fuerzas de seguridad nacionales y provinciales para controlar la disposición.

El fin de la medida radica en la prevención, con el objeto de disminuir la posibilidad de contagio o propagación del Coronavirus.

Cabe aclarar que en caso de verificarse incumplimiento de la disposición, los sujetos serán pasibles de la comisión a los delitos de los artículos 205 (violación de medidas dictadas por autoridad competente para obstruir la propagación epidémica) y 239 (resistencia o desobediencia a funcionario público) del Código Penal

Las excepciones están dadas para el poder ejecutivo de los niveles nacionales, provinciales y municipales, las fuerzas de seguridad y el personal de salud y miembros del servicio de justicia. También, se incluye a aquellos que formen parte de la producción de insumos y los medios de comunicación social.

Decreto N° 298/2020. Suspende del curso de los plazos administrativos

Se dispone, con motivo de la emergencia sanitaria y el aislamiento social, la suspensión de plazos dentro de los procedimientos administrativos regulados por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, por el Reglamento de Procedimientos Administrativos y procedimientos especiales, desde el 20 hasta el 31 de marzo de 2020, con posibilidad de prórroga. Se exceptúa los trámites referidos a la emergencia sanitaria.

Por **Decreto N° 327/20** se extiende la prórroga hasta el 12/04/20.-

Por **Decreto N° 410/20** se extiende la prórroga hasta el 10/05/20.

Decreto N° 309/2020. Establece subsidio extraordinario a beneficiarias y beneficiarios del Sistema Integrado Previsional Argentino

Mediante la citada norma, se procura aliviar la situación provocada por la pandemia de COVID-19 a jubilados, pensionados, beneficiarios de pensiones no contributivas y de la Asignación Universal por hijo y por Embarazo. El monto del subsidio asciende a \$3000 y se programa para el mes de Abril de 2020.

Decreto N° 310/2020. Establece el Ingreso Familiar extraordinario

Articula una prestación monetaria directa no contributiva y de carácter excepcional por la suma de diez mil pesos (\$10.000), destinada a compensar la pérdida o grave disminución de ingresos de personas afectadas por la situación de emergencia sanitaria.

Cabe destacar que los beneficiarios -a priori- percibirán el monto por única vez a razón del mes de abril. Existe la posibilidad cierta de su extensión por hasta un mes consecutivo, si así la coyuntura lo amerita.

Serán las personas que se encuentren desocupadas; se desempeñen en la economía informal; sean monotributistas inscriptos en las categorías “A” y “B”; monotributistas sociales y trabajadoras de casas particulares. A estos requisitos particulares se les suman otros generales que deben anudarse:

a. Ser argentino o argentina nativo/a o naturalizado/a y residente con una residencia legal en el país no inferior a DOS (2) años.

b. Tener entre 18 y 65 años de edad.

c. No percibir el o la solicitante o algún miembro de su grupo familiar, si lo hubiera, ingresos por:

i. Trabajo en relación de dependencia registrado en el sector público o privado.

ii. Monotributistas de categoría “C” o superiores y régimen de autónomos.

iii. Prestación por desempleo.

iv. Jubilaciones, pensiones o retiros de carácter contributivo o no contributivo, sean nacionales, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

v. Planes sociales, salario social complementario, Hacemos Futuro, Potenciar Trabajo u otros programas sociales nacionales, provinciales o municipales, a excepción de los ingresos provenientes de la Asignación Universal por Hijo o Embarazo o PROGRESAR.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 311/2020. Prohíbe los cortes de los servicios esenciales, como energía eléctrica, gas, agua corriente, internet y cable para algunos sectores sociales, ante la falta de pago o mora

La medida será por un plazo de 180 días y tiene como finalidad mitigar el impacto local de la emergencia sanitaria. Las empresas prestadoras de los servicios estarán impedidas de cortar o suspender el servicio, en caso de mora o falta de pago del usuario de hasta tres facturas consecutivas o alternas, con vencimiento desde el 1 de marzo de 2020. La prohibición no se aplica para cortes por razones de seguridad.

Cabe aclarar que los sectores favorecidos por la medida serán distintos usuarios mayormente perjudicados y necesitados ante la emergencia nacional. Entre ellos, resaltan beneficiarios de AUH, monotributistas, jubilados, pensionados, trabajadores en relación de dependencia con remuneración equivalente de hasta dos salarios mínimo, vital y móvil, electrodependientes, etc. También será aplicable para PyMES, cooperativas o empresas recuperadas e instituciones de salud y bien público.

La norma aclara que las empresas prestadoras de servicios, deberán facilitar planes de pago ante las deudas que se generen durante la vigencia del plazo de la disposición.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 312/2020. Suspende hasta el 30 de abril de 2020, la obligación de proceder al cierre de cuentas bancarias y a disponer la inhabilitación, así como, la aplicación de multas en el caso del rechazo de cheques por falta de fondos

El artículo primero de la Ley de Cheques N° 25.730, establece que el librador de un cheque rechazado por falta de fondos o sin autorización para girar en descubierto o por defectos formales, será sancionado con una determinada multa. A su vez, en caso de no abonar la penalización dentro de los 30 días, la norma determina el cierre de la cuenta bancaria.

Se fundamenta la suspensión como consecuencia del agravamiento de la situación económica causada por la emergencia sanitaria. Además, la norma contempla la interrupción de la obligación, por parte de las instituciones crediticias, de requerir a los empleadores la constancia o declaración jurada de que no poseen deudas, previo al otorgamiento de un crédito. La disposición se estipula en el marco de la situación de gravedad económica excepcional.

Decreto N° 315/2020. Dispone una asignación estímulo para las y los trabajadores de la salud

La medida dispone una asignación estímulo de 5000 pesos, por la efectiva prestación de los servicios para los trabajadores y trabajadoras, en relación de dependencia, relacionados con la salud en instituciones asistenciales del sistema público o privado.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 316/2020. Prorroga el plazo de adhesión a la moratoria para PyMEs

A través de esta norma, se extiende el tiempo límite para acogerse al Régimen de Regularización de Deudas Tributarias para Micro, Pequeñas o Medianas Empresas o entidades sin fines de lucro, hasta el 30 de junio de 2020 inclusive.

Decreto N° 318/20. Dispone un pago extraordinario para el personal de seguridad y de defensa abocado al cumplimiento de las medidas de aislamiento

Se establece una bonificación en suma fija de \$5000 a abonarse con los haberes del mes de abril, para el personal de la Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policía Federal Argentina, Policía de Seguridad Aeroportuaria y de la Dirección Nacional de Inteligencia Criminal, afectado a las actividades previstas para atender la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 319/20. Dispone el congelamiento del valor de las cuotas mensuales de créditos hipotecarios

La medida se establece hasta el 30 de Septiembre de 2020 y abarca a las cuotas mensuales de los créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados por el deudor o sus sucesores. Las cuotas que se liquiden dentro de este período no podrán superar el importe de la cuota correspondiente al mes de marzo de 2020. La medida también alcanza a las cuotas mensuales de los créditos prendarios actualizados por Unidad de Valor Adquisitivo (UVA).

Además se suspenden las ejecuciones hipotecarias, judiciales o extrajudiciales, en las que el derecho real de garantía recaiga en los inmuebles mencionados precedentemente, ya sea en su totalidad o en una parte indivisa, hasta el 30 de septiembre de este año.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 320/20. Congela precios de alquileres por 180 días, suspende los desalojos y prorroga de vencimiento de contratos

La norma citada congela los precios de alquileres por 180 días, suspende los desalojos por el mismo plazo. Los inmuebles alcanzados por esas previsiones serán aquellos cuyos contratos estén destinados a vivienda única (urbana o rural), habitaciones

y pensiones destinadas a vivienda familiar y aquellos donde se desarrollen actividades culturales y comunitarias.

Asimismo, el Decreto incluye a los inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones familiares y producciones agropecuarias; a aquellas personas adheridas al monotributo que realicen prestación de servicios, comercio o industria; a los inmuebles alquilados por profesionales autónomos para el ejercicio de la profesión; y los alquileres de inmuebles por MiPyMES, Cooperativas de Trabajo y Empresas Recuperadas para el desarrollo de su actividad.

En lo atinente a los contratos de alquiler de inmuebles cuyo vencimiento opere entre el 20 de marzo pasado y el 30 de septiembre, dichos vencimientos serán prorrogados hasta esta última fecha de modo automático, debiendo abonarse mensualmente el monto correspondiente al mes de marzo de 2020.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 325/20. Prorroga el aislamiento social preventivo obligatorio

Por la mencionada norma, se extiende hasta el 12 de Abril, el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, dispuesto por DNU N° 297/20.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 326/20. Crea un programa de garantías de créditos para Pymes

A través de la citada norma, se crea, dentro del Fondo de Garantías Argentino (FoGAR) y en el marco de la Ley de Fomento para PyMES N° 25.300, un Fondo de Asignación Específica con el objeto de otorgar garantías para facilitar el acceso a préstamos para capital de trabajo de esas empresas. Será por el plazo de vigencia de emergencia de la Ley N° 27.541.

El decreto, tiene como finalidad facilitar el acceso al financiamiento público y privado para capital de trabajo, y pago de salarios en el marco de la crisis por el COVID19, a tasas accesibles, por parte de las Pequeñas y Medianas Empresas.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 329/2020. Prohíbe los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor

La mencionada norma, prohíbe los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor; como también las suspensiones por los dos últimos supuestos. La medida regirá por el plazo de sesenta días, contados a partir de su publicación en el Boletín Oficial, (hasta junio). Se estipula en el marco de la Ley 27.541 que declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social; y su ampliación por Decreto N° 260/2020 en materia sanitaria.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 332/2020. Crea el “Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción”

El programa mencionado establece una serie de beneficios para empresas y trabajadores del sector privado en el marco de la emergencia por el Coronavirus COVID-19.

Entre ellas, establece la postergación o reducción de hasta el 95 % del pago de las contribuciones patronales al Sistema Integrado Previsional Argentino, una asignación compensatoria al salario que será abonada por el Estado para empresas con hasta 100 trabajadores/as y una suma no contributiva para los empleados de aquellas empresas que superen los 100 trabajadores/as, que va de los \$6.000 a los \$10.000 en ambos casos.

Asimismo, brinda una prestación económica por desempleo entre \$6.000 y \$10.000 a aquellos trabajadores no registrados o desempleados incluidos en el régimen de las leyes 24.013 y 25.371.

Para acceder al beneficio, los empleadores deberán acreditar encontrarse en una actividad económica y en una zona geográfica afectada en forma crítica por el aislamiento o la

enfermedad de sus trabajadores por el Coronavirus y con una reducción sustancial de las ventas a partir del 20 de marzo de 2020.

Por otra parte, el Decreto excluye taxativamente a aquellos sujetos que presten actividades y servicios declarados “esenciales”, conforme el artículo 6° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/2020 que estableció el aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 346/2020. Prorroga el pago de intereses y amortizaciones de capital de títulos públicos en dólares emitidos bajo ley local

La norma establece que dicho pago será diferido hasta el 31 de diciembre de 2020, ante la alteración de los plazos previstos en el “*Cronograma de acciones para la gestión del Proceso de Restauración de la Sostenibilidad de la Deuda Pública Externa*” por la crisis mundial generada por el COVID-19.

Se exceptúa de dicha postergación a ciertos títulos públicos en dólares emitidos bajo ley nacional que, por sus características específicas, consideró justificado no diferir: letras intransferibles en poder del BCRA, letras emitidas bajo el Decreto 688/19, Bonos Programa Gas Natural, letras suscriptas por el Fondo de Garantía de Sustentabilidad, entre otros.

A su vez, el DNU facultó al Ministerio de Economía a efectuar las operaciones de administración de pasivos y reestructuraciones de los títulos reperfilados, a los fines de asegurar la sostenibilidad de la deuda pública. Todo dispuesto en el marco de la ley N° 27541, de Emergencia Pública.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 347/2020. Crea el Comité de Evaluación y Seguimiento del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción

Este Comité es el que deberá definir qué sujetos podrán acceder a los beneficios de reducción de contribuciones patronales y las asignaciones compensatorias a trabajadores del sector privado en el marco de la emergencia por el Coronavirus COVID-19.

El mismo se encontrará integrado por los Ministerios de Desarrollo Productivo, Economía, Trabajo, Empleo y Seguridad Social, y de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y viene a complementar el Decreto N° 332/2020 que creó el citado programa.

Decreto N° 351/2020. Dispone la coordinación del “*poder de policía*” entre la jurisdicción nacional, provincial y municipal para el control de precios máximos

Mediante esta norma se convoca a intendentas/es y gobernadoras/es para que controlen los precios máximos, establecidos por la Resolución 100/2020 de la Secretaría de Comercio. Con el fin de atender al bienestar común, la disposición implica una fiscalización descentralizada en los gobiernos locales para el cumplimiento de los precios fijados.

La Ley N° 20.680 (de Abastecimiento), regula las conductas de los sujetos que se dedican a la compraventa, locación o permuta de bienes muebles o servicios que satisfagan —directamente o indirectamente— necesidades básicas o esenciales. Prevé un procedimiento de sanción, a cargo de la Secretaría de Comercio Interior -autoridad de aplicación-, en el caso de verificarse alguna de las infracciones establecidas.

Mediante la Resolución 100/2020, la Secretaría de Comercio Interior fijó precios máximos de venta al consumidor para determinados bienes de necesidad social. Los precios se sujetan a lo informado por cada comercializadora al Sistema Electrónico de Publicidad de Precios Argentinos (SEPA) el 6 de marzo de 2020.

En consecuencia, los gobiernos municipales estarán facultados a fiscalizar los precios máximos, sujetos al procedimiento del artículo 10 de la Ley de Abastecimiento.

Decreto N° 352/20. Crea un programa de emergencia para asistir financieramente a las provincias

Se denomina Programa para la Emergencia Financiera Provincial, y tiene el objeto de asistir económicamente a los gobiernos locales. Estará financiado por el Fondo de Aportes

del Tesoro Nacional, destinado por la Ley de Coparticipación a atender situaciones de emergencia y desequilibrios financieros de las provincias.

El Estado Nacional, a través del mencionado fondo, destinará al Programa creado la suma de 60 mil millones de pesos. El Ministerio de Interior es el encargado por la Ley N° 23.548 (de Coparticipación) de asignar la distribución, la cual se repartirá en cuotas de acuerdo a los criterios que se establezcan.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 355/20. Prorroga el aislamiento social preventivo obligatorio

Por la mencionada norma, se extiende hasta el 26 de Abril, el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, dispuesto por DNU N° 297/20.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 367/2020. Establece el COVID-19 como enfermedad profesional en los casos de trabajadores esenciales

La norma establece la presunción de enfermedad de carácter profesional -no listada- el contagio de COVID-19 de cualquier trabajador que se encuentre ejerciendo tareas consideradas de carácter esencial conforme el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 y normas complementarias.

Por tanto, el contagio pandémico será considerado una enfermedad en los términos del apartado 2 inciso b) del artículo 6° de la Ley de Riesgos del Trabajo. Ello implica que el contagio será interpretado como provocado por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo. Las disposiciones efectuadas rigen mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento dispuesta.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 376/2020. Amplía el alcance del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción para empleadores y empleadoras y trabajadores y trabajadoras

El programa fue creado por DNU N° 332/20 y ampliado por DNU N° 347/20, se amplía por esta norma. Entre sus principales

previsiones, se encuentra el otorgamiento de créditos a tasa cero para monotributistas y autónomos que consistirá en una financiación a ser acreditada en la tarjeta de crédito del beneficiario o de la beneficiaria hasta un máximo de \$150.000, que será costeadada por el Fondo Nacional de Desarrollo Productivo.

Asimismo, se habilita la reducción de las contribuciones a todas las empresas del sector privado sin la limitación en cuanto a la cantidad de personal que contenía el DNU N° 332/20.

Por otra parte se procede a la unificación del Salario complementario asignado por el Estado y la ampliación del beneficio para los trabajadores de todas las empresas del sector privado, que consistirá en un 50 % del salario neto de cada trabajador/a cobrado en el mes de febrero.

Decreto N° 387/20. Convenio de préstamo del Banco Mundial por 35 millones de dólares estadounidenses

El convenio se enmarca en el Proyecto de Respuesta a la Emergencia del COVID-19 en Argentina y se celebró con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (órgano del BM), con el objetivo de fortalecer los esfuerzos y respuestas contra la pandemia de Coronavirus. La Ley N° 11.672 faculta al Poder Ejecutivo, dentro del sistema de crédito público, la contratación de préstamos con organismos internacionales, siempre que se ajusten a los términos usuales de contrato.

La utilización de los recursos asignados por el BIRF serán llevados a cabo por el Ministerio de Salud de la Nación como “órgano ejecutor”.

Decreto de Necesidad y Urgencia N° 408/20. Prorroga el aislamiento social preventivo obligatorio

Por la mencionada norma, se extiende hasta el 10 de Mayo, el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, dispuesto por DNU N° 297/20.

No obstante, se establece la posibilidad de flexibilización del aislamiento en áreas geográficas menos afectadas por el virus.

Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 459/20. Prorroga el aislamiento social preventivo obligatorio

Por la mencionada norma, se extiende hasta el 24 de Mayo, el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, dispuesto por DNU Nº 297/20.

Además, dio comienzo a la cuarta etapa de “reapertura progresiva” para todo el país con excepción del AMBA. Para ello, determinó condiciones diferenciadas para la incorporación de nuevas excepciones, de acuerdo a la cantidad de habitantes por partido y para la región del AMBA.

Resolución Nº 17/2020 del Ministerio de Seguridad. Deroga el Protocolo de detención para las personas del colectivo LGBT

La Ministra de Seguridad, Sabina Frederic mediante la citada resolución, revocó el “Protocolo General de Actuación de Registros Personales y Detención para Personas Pertenecientes al Colectivo L.G.B.T.” Dicho procedimiento, había sido instaurado por su predecesora Patricia Bullrich y considerado por gran parte del colectivo como violatorio a los derechos humanos y tratados internacionales a los que Argentina suscribe.

Resolución Nº 3/2020 Jefatura de Gabinete de Ministros. Concede licencias especiales para las trabajadoras y los trabajadores de la Administración Pública Nacional, comprendidos en el Decreto Nº 260/2020

Se establece una licencia preventiva de catorce días para los trabajadores y trabajadoras del Sector Público Nacional que se encuentren comprendidas en los supuestos de cuarentena establecidos por el Decreto Nº 260/2020.

Resolución Nº 64/2020 del Ministerio de Transporte. Suspense de los servicios de transporte automotor y ferroviario de pasajeros urbanos y regionales con motivo de las medidas de aislamiento tomadas en virtud de la pandemia de COVID-19

La mentada resolución rige desde el 20 de marzo, inicialmente hasta el 24 de marzo, pero ha sido prorrogada sucesivamente

mientras dure el aislamiento social obligatorio dispuesto por DNU N° 297/20 y sus prórrogas.

También, se dispuso que los servicios de transporte automotor y ferroviario de pasajeros urbanos y suburbanos sólo podrán circular con una cantidad de pasajeros que no supere la capacidad de asientos disponibles y aconsejó mantener el distanciamiento social entre los pasajeros.

Otra de las disposiciones fue la suspensión total de los servicios de transporte aéreo de cabotaje comercial y de aviación general por el plazo de cuatro días mencionado en el primer párrafo.

A su vez, se recomendó a las provincias, municipios y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a lo resuelto en la presente medida, ya que solo se aplica para la jurisdicción nacional.

En el caso de los pasajeros que habían adquirido el pasaje con anterioridad, optaran por reintegrar el importe o reprogramar el servicio, para cuando éste se restablezca.

Resolución N° 100/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo. Establece precios máximos para productos esenciales

Por medio de esta norma, se fijan precios máximos de venta al consumidor final al día 6 de marzo de 2020, para 2300 productos considerados de primera necesidad, tomando en consideración la situación causada por la pandemia de COVID-19. Los precios se sujetan a lo informado por cada comercializadora al Sistema Electrónico de Publicidad de Precios Argentinos (SEPA) al 6 de marzo de 2020.

A través de la **Resolución N° 117/2020** del mismo organismo, se prorroga su vigencia hasta el 18/05/20.

Resolución N° 101/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo. Reglamenta las medidas a las que deben sujetarse los establecimientos comerciales durante el aislamiento obligatorio

La mencionada Secretaría dispuso una serie de pautas que deben cumplir los comercios durante 30 días en el marco del

aislamiento social preventivo y obligatorio por la pandemia del coronavirus (COVID-19). La principal es que los supermercados deberán permanecer abiertos unas 13 horas diarias; asimismo respetar distancia social y evitar aglomeraciones de personas.

Resolución Nº 102/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo. Exhibición obligatoria de listados de precios máximos

Mediante esta norma, se establece que los almacenes, mercados, autoservicios, supermercados y demás sujetos obligados deberán poseer, en cada uno de sus puntos de venta, un listado de todos los precios vigentes al día 6 de marzo de los productos esenciales.

Resolución Nº 62/2020 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Crea el Programa de Asistencia a argentinos en el exterior en el marco de la pandemia del Coronavirus”

El programa está destinado a ayudar a aquellos/as argentinos/as o residentes en el país que no pudieran ingresar al territorio nacional en virtud del cierre de las fronteras nacionales.

Disposición Nº 1771/2020 de la Dirección Nacional de Migraciones. Obligtoriedad del uso de la aplicación “COVID 19-Ministerio de Salud” para quienes ingresen al país

La Dirección Nacional de Migraciones estableció que toda persona que ingrese al país deberá por -al menos- 14 días desde su ingreso al país, utilizar la aplicación denominada “COVID 19-Ministerio de Salud” en su versión para dispositivos móviles, a fin de controlar la expansión del Coronavirus COVID-19.

Resolución 48/2020 del Ministerio del Interior. Crea un Certificado Único Habilitante para poder circular en la vía pública

Dicho certificado habilita la circulación de las personas que realizan actividades esenciales, en el marco de la emergencia decretada por el virus COVID-19.

Comunicación “A” 6949/2020 del Banco Central de la República Argentina. Aprueba la apertura de Bancos para el pago a beneficiarios del sistema previsional y programas sociales

La norma establece la prórroga la vigencia de su similar n° 6942 del mismo año (modificada por la Comunicación “A” 6944), que estableció el cierre de las entidades financieras y cambiarias, hasta el día 12 de abril inclusive.

Como excepción a ello, dispuso que a partir del viernes 3 de abril deberá brindarse atención en los días hábiles bancarios durante la jornada habitual de atención al público a: clientes beneficiarios de haberes previsionales y pensiones integrantes del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) o de aquellos cuyo ente administrador corresponda a jurisdicciones provinciales o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y, beneficiarios de prestaciones, planes o programas de ayuda abonados por la ANSES u otro ente administrador de pagos.

Decisión Administrativa N° 472/2020 de Jefatura de Gabinete de Ministros. Establece que no se podrá efectuar compras de emergencia superiores a los Precios Máximos

Específicamente, se indica que en los procesos de compra que se lleven a cabo para afrontar la emergencia, en el marco del Procedimiento de Contratación de Bienes y Servicios, no se abonará un monto superior a los Precios Máximos, fijados por la Resolución 100/2020 de la Secretaría de Comercio Interior.

La norma, se aplicará para los procesos de compra establecidos por la Decisión Administrativa N° 409/2020, tanto para los que se encuentren en curso como los que aún no hayan sido adjudicados.

Cabe aclarar, que el artículo tercero de la norma aclara que en los casos que se hubiere realizado el acto de adjudicación y hubiera obligaciones de pago pendientes de cumplimiento, también resulta de aplicación lo dispuesto.

Resolución General Nº 14/2020 de la Inspección General de Justicia. Diferimiento de aumento de cuotas de planes de ahorro para adquisición de vehículos automotores

A través de la mencionada norma se estableció que las entidades administradoras de planes de ahorro bajo modalidad de “grupos cerrados”, deberán ofrecer a los suscriptores ahorristas y adjudicados titulares de contratos cuyo agrupamiento se haya producido con anterioridad al 30 de septiembre de 2019, la opción de diferir la alícuota y las cargas administrativas.

Resolución Nº 70/2020 de la Agencia de Acceso a la Información Pública (AIP). Exceptúa de la suspensión de plazos administrativos a los pedidos de acceso a la información pública

Se exceptúa de la suspensión de plazos administrativos dispuesta por los Decretos Nº 298, 327 y 372 a los pedidos de acceso a la información pública y los enmarcados en la Ley de Protección de Datos Personales.

Resolución conjunta del Ministro de Interior y el Ministro de Transporte Nº 2/2020. Autoriza el regreso a sus hogares a las personas que se encuentren cumpliendo la cuarentena obligatoria, en un domicilio distinto al de su residencia habitual en la Argentina

La medida autoriza a estas personas, a regresar a ésta a través de sus vehículos particulares o de persona autorizada al efecto. El plazo rige hasta el martes 21 de abril.

Resolución Nº 344/2020 del Ministerio de Trabajo. Habilita el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria a través de plataformas virtuales

La mentada resolución dispuso que se utilizarán las plataformas virtuales en uso y autorizadas por el Ministerio y/o cualquier medio electrónico que asegure el cumplimiento de la finalidad perseguida garantizando el debido proceso. Será para las presentaciones, solicitudes de turno de audiencia obligatoria

y/o espontáneas, notificaciones, comunicaciones y cualquier otra actuación relacionada.

Resolución N° 121/2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Autoriza la celebración de audiencias mediaciones por medios electrónicos

A norma autoriza que los los/as Mediadores/as prejudiciales puedan llevar a cabo las audiencias por medios electrónicos, mediante videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o de la imagen. El mediador o la mediadora deberá convocar a las partes y sus abogados a las audiencias, como también acreditar la idoneidad de los mismos. Asimismo, tendrá que, conforme al procedimiento de mediación, cumplimentar con las exigencias de la Ley N° 26.589.

Resolución N° 262/20 Ministerio de Desarrollo Social. Autoriza a padres a ingresar con niños menores a comercios de cercanía

La medida estipula que los progenitores o personas adultas responsables podrán ingresar a los comercios de su cercanía con menores de doce años que tengan a su cargo.

En los considerandos de la disposición, el Ministro aclaró que la disposición se configura *“en caso de familias que no tengan la posibilidad de dejar a niños o niñas de hasta doce años de edad al cuidado de otro adulto responsable”*.

Resolución conjunta N° 2/2020 de los Ministerios de las Mujeres, Géneros y Diversidad, de Seguridad, y de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Dispone la creación de una mesa de trabajo con el fin de delinear un programa de abordaje integral de las violencias extremas por motivos de género

La resolución, prevé que dicho cuerpo de trabajo esté conformado por representantes de los Ministerios de las Mujeres, Géneros y Diversidad, de Seguridad, y de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El diseño del Programa Nacional será conformado en un plazo límite de 60 días, donde cada ministerio desarrollará de forma interdisciplinaria sus acciones según los ámbitos de cada cartera ministerial.

Los femicidios, travesticidios y transfemicidios constituyen las formas más extremas de violencia por motivos de género como punto culminante en la confluencia de múltiples violencias. Es en ese sentido que el programa tiene la finalidad de adoptar acciones coordinadas, articuladas e integrales por parte de todas las carteras del Estado con competencia en la erradicación, prevención, protección y asistencia a la violencia por razones de género.

Provincia de Buenos Aires

Decreto N° 120/2020. Dispone aumento salarial para las empleadas y los empleados de la Administración Pública

La citada norma dispone el incremento salarial de una suma de tres mil pesos a partir del mes de febrero de 2020, a la que se adicionará la suma de mil pesos, a partir del mes de marzo de 2020. Dicho aumento tiene carácter de anticipo remunerativo no bonificable y será a cuenta del aumento salarial que se defina para este año. El mismo alcanza al personal de las plantas permanente y temporaria de la Administración Pública Provincial.

Decreto N° 121/2020. Reglamentación de la ley de licencias laborales en la Administración Pública con motivo de violencia de género

El mencionado decreto, reglamenta la Ley N° 14.893, sancionada en el año 2017, sobre licencias para mujeres víctimas de violencias. La misma establece una licencia destinada a todas las trabajadoras de la administración pública y a las sociedades de economía mixta con participación estatal cualquiera sea el régimen estatutario al cual pertenezcan dentro de la provincia de Buenos Aires.

Decreto N° 132/20 declara estado de emergencia sanitaria en el ámbito de toda la Provincia de Buenos Aires, por la enfermedad COVID-19

La medida se adopta por el término de 180 días contados a partir del 12 de Marzo de 2020, a tenor de la enfermedad por el nuevo coronavirus (COVID-19).

Se instruye al Ministro de Salud a disponer las medidas necesarias de reorganización del personal que la situación de emergencia amerite para cubrir eficientemente la prestación del servicio de salud.

A su vez, para atender las necesidades de equipamiento e insumos para afrontar la emergencia sanitaria, establece que todos los procedimientos de contratación de bienes y de servicios, propiciados y llevados a cabo por la repartición ministerial en el marco de la presente emergencia, deberán tramitar con especial y prioritario despacho.

Suspende por quince días prorrogables la realización de todo evento cultural, artístico, recreativo, deportivo, social de participación masiva. Esta disposición fue prorrogada hasta el 15/04/2020 por el **Decreto N° 180/2020**, y hasta el 26/04 por **Decreto N° 255/2020**.

Asimismo faculta a las y los Ministras/os Secretarías/os, al Secretario General, a los titulares de los Organismos de la Constitución, al Asesor General de Gobierno, y a las y los titulares de los organismos descentralizados de la Administración Pública provincial, a establecer modalidades de trabajo domiciliario, flexibilidad de horarios laborales y, en caso de corresponder, al cierre de las dependencias del Sector Público Provincial.

Decreto N° 140/2020. Modifica la publicación del Boletín Oficial

El mencionado decreto, establece que el Boletín Oficial deberá estar disponible a partir de las 06:00 horas y se publicará los días hábiles administrativos en la página: *<https://www.boletinoficial.gba.gob.ar>*.

En ese sentido, destacaron que la reglamentación aprobada mediante el Decreto N° 383/54 y sus modificatorios, se encuentra desactualizada y resulta insuficiente para cumplir los objetivos propios de una administración moderna.

Por otra parte, el Decreto establece que el Boletín Oficial se dividirá en dos secciones: la Oficial y la Judicial. En la primera sección, se publicarán las leyes, decretos, resoluciones, disposiciones, licitaciones, colegiaciones y otros actos y avisos. Asimismo, se publicarán en la sección las actas, los estatutos, balances y convocatorias de las sociedades, las sociedades por acciones simplificadas, las transferencias comerciales y todo otro documento cuya publicidad sea legalmente ordenada.

La sección Judicial incluirá las citaciones por edictos, avisos de remates judiciales, las sentencias que la Suprema Corte bonaerense ordene publicar y las resoluciones de ésta. Asimismo, deberán consignarse los turnos judiciales de todos los juzgados de la provincia, así como todo otro documento cuya publicidad sea judicialmente ordenada.

En otro sentido, el Decreto habilita a las jurisdicciones y organismos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, las municipalidades y cada interesado del sector público o privado en la publicación de un acto, documento o información en el Boletín Oficial.

Decreto N° 165/20. Declara asueto en la Administración Pública entre el 20 y el 30 de Marzo de 2020

En consonancia con el Decreto Nacional N° 297/20, y el aislamiento social obligatorio previsto por el mismo, como medida para evitar la propagación del Virus COVID19, se declara asueto en la Administración Pública Provincial, los días indicados.

Se exceptúan los cargos jerárquicos de la Administración, a los trabajadoras y trabajadores y Organismos públicos con funciones esenciales de acuerdo a la norma nacional citada.

Decreto N° 167/20. Suspensión de los procedimientos y plazos administrativos

Con motivo de la emergencia sanitaria y el aislamiento social causado por el virus COVID-19, se dispone la suspensión de los procedimientos administrativos, tanto aquellos correspondientes a la aplicación del dec.-ley n° 7647/70, como los procedimientos administrativos especiales, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos o que se cumplan durante la suspensión y de aquellos que, por su naturaleza, resulten impositergables a los fines de resguardar la tutela de los derechos y garantías de los interesados.

Por **Decreto N° 255/20**, se extiende la suspensión hasta el 26/04/20.

Decreto N° 177/20. Creación del Sistema de Monitoreo de Abastecimiento y Precios de Productos Esenciales por la Emergencia Sanitaria (SIMAP)

Este sistema tiene como finalidad el control del abastecimiento y de los precios máximos de los bienes fijados. Para ello, aprobó el listado de productos esenciales que había determinado el Ministerio de Desarrollo Productivo de Nación, mediante la Resolución N° 100/2020. Bajo dicha disposición, se fijaron los precios máximos de venta al consumidor final de distintos productos.

Los incumplimientos a las obligaciones de abastecimiento y precios máximos establecidos serán sancionados de conformidad a lo establecido en la Ley N° 20.680, la Ley N° 8.197 y, en su caso, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 274/2019.

Decreto N° 203/20. Dispone trabajo domiciliario para el personal de la Administración Pública Provincial

La norma, suspende el deber de asistencia al trabajo para los trabajadores y las trabajadoras del Sector Público de la Provincia. El personal prestará servicios, cuando la naturaleza de la labor lo permita, mediante el trabajo a domicilio.

Se mantienen las excepciones dispuestas por el Decreto Nº 165/20, cargos jerárquicos de la Administración, a los trabajadoras y trabajadores y Organismos públicos con funciones esenciales de acuerdo al Dec. Nº 297/20 PEN.

A su vez, la suspensión del deber de asistencia al trabajo no implicará una afectación en la percepción de la remuneración mensual, normal y habitual, ni de los adicionales que, por ley o convenio, les correspondan a los trabajadores y las trabajadoras de la Administración Pública provincial.

Por **Decreto Nº 255/20**, se extiende esta modalidad hasta el 26/04/20.

Decreto Nº 255/20. Dispone el uso obligatorio de tapabocas en los lugares cerrados de acceso público

La norma determina el uso obligatorio de elementos de protección que cubran nariz y boca para las personas que circulen en transporte público de pasajeros, transporte privado cuando haya dos o más personas y en todos los espacios de lugares cerrados de acceso público.

Decreto Nº 282/2020. Reglamentación del desarrollo de las actividades exceptuadas del aislamiento por DNU Nº 408/2020

La norma indica que los municipios que soliciten la excepción al cumplimiento del aislamiento deberán realizar una petición suscripta por el intendente respectivo. Dicha solicitud deberá estar acompañada de un informe de la autoridad sanitaria municipal, acreditando los parámetros epidemiológicos, así como, los protocolos de funcionamiento y sanitario para el funcionamiento de la actividad en ese distrito.

También, los intendentes deberán incorporar los procedimientos de fiscalización que se llevarán adelante y otros datos que consideren relevantes. Para la finalización del procedimiento, el Jefe de Gabinete bonaerense evaluará y dictará el acto administrativo respectivo, el cuál será comunicado

inmediatamente al Ministerio de Salud nacional, conforme el artículo tercero del DNU N° 408/2020.

Asimismo, la norma contempló que las excepciones que se dispongan podrán ser revocadas cuando se incumplan los protocolos sanitarios o hayan cambiado las circunstancias por las cuales se otorgaron.

Decreto N° 304/20. Reglamenta las contrataciones de bienes y servicios que se lleven adelante en el marco de las emergencias aprobadas mediante las Leyes N° 14.806, 14.812, 14.815 y 15.165

La nueva reglamentación abarca las emergencias en seguridad y salud penitenciaria, administrativa y tecnológica, de infraestructura y servicios públicos y, por último, en la emergencia social, económica, productiva y energética.

La reciente norma, en lo sustancial, aprueba dos procedimientos nuevos, bastante similares a los que se venían aplicando, pero que cumple con el mandato de la unificación (ley 15.165), tanto para la “contrataciones de bienes y servicios”, como para la “renegociación y rescisión de contratos de bienes y servicios del sector público”.

En el primero de ellos, se reglamenta el inicio y trámite de las contrataciones de bienes y servicios, a llevarse a cabo mediante contratación directa por urgencia o emergencia -art. 18 inc. 2 ap. c) de la Ley N° 13.981 y su reglamentación-, las que deben contar con un informe técnico que justifique su encuadre en la emergencia; registrarse obligatoriamente por el Pliego aprobado por la Contaduría General de la Provincia; publicar su anuncio en el Boletín Oficial y en la página web de la jurisdicción o en el de la provincia; y dar intervención de los organismos de asesoramiento y control.

En el segundo procedimiento, se establece la posibilidad de renegociación y/o rescisión de contratos de bienes y servicios que se hubieran perfeccionados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley N° 15.165. En ambos casos, debe

probarse una modificación superior al 10 % entre el valor del precio del contrato redeterminado y el presupuesto actualizado a valores del mercado, con un tope de modificación del 35 %.

Decreto N° 340/2020. Reglamentación del desarrollo de las actividades exceptuadas del aislamiento por DNU N° 459/2020

En consonancia con el DNU N° 459/2020, se reglamenta procedimiento para incorporar nuevas actividades, según se trate de partidos del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), partidos con más de 500.000 habitantes, y partidos con menos de esa cifra poblacional.

También, se dispone que el transporte público de pasajeros quedará reservado para las personas que deban desplazarse, a causa de la realización de algunas de las actividades exceptuadas o a exceptuarse, en los términos del DNU 297/2020 y las Decisiones Administrativas dictadas por el Jefe de Gabinete en efecto.

Otras de las disposiciones del decreto en cuestión, fue la autorización de las/os progenitores o la persona adulta responsable, a ingresar con sus hijas/os o niñas/os que se encuentren a su cargo, a los comercios de cercanía habilitados para funcionar.

Resolución N°90/20 de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Autoriza a las y los agentes de la Administración Pública que pertenezcan a grupos de riesgo del COVID-19, a no concurrir a sus lugares de trabajo

Mediante el dictado de la citada resolución se dispensa de ir a sus lugares de trabajo, a las personas dentro de grupos de riesgo, quienes realizarán las tareas asignadas desde sus hogares, cuando ello fuera posible.

Se considera población de riesgo a: todo mayor de 60 años; personas inmunosuprimidas; pacientes con tratamiento oncológico; personas que padezcan enfermedades respiratorias, cardiovasculares, renales, diabetes u obesidad mórbida.

Además, la Jefatura de Gabinete de Ministros permitió, la inasistencia de las personas trabajadoras del Sector Público Provincial, cuando se trate del progenitor, progenitora o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño.

Esta sección se realiza gracias al invaluable aporte de Palabras del Derecho:

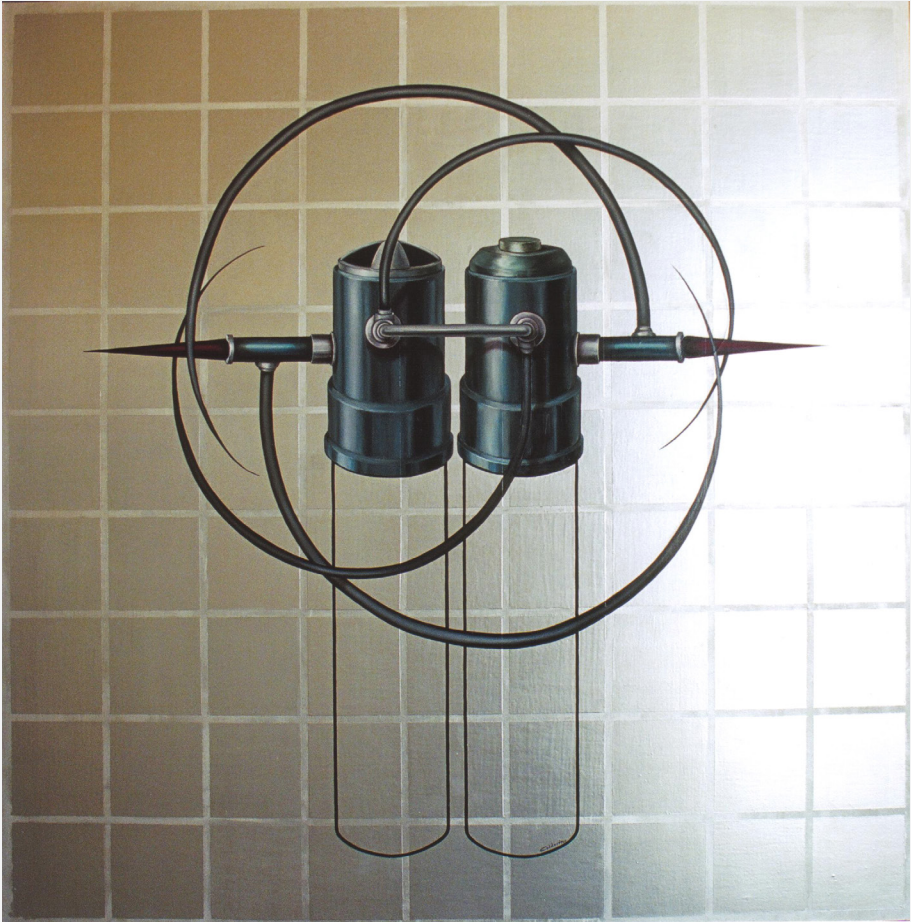
www.palabrasdelderecho.com.ar

Instagram: palabrasdelderecho

www.facebook.com/palabrasdelderecho/

Twitter: @palabrasdelderecho

COMENTARIO A JURISPRUDENCIA



Obra de Eleonora Calderón
Pandemonium

La espiral

A veces hablo conmigo,
digo a veces
me resulta difícil el abismo.

La soledad esboza un círculo
camino en espiral, dentro de ese círculo
que la soledad dibuja, hecha una con ella.
En el centro me hablo, a veces.
Todavía espero en el margen
con el sobretodo puesto sin que sea invierno.
Quizás suene mejor una cancioncita triste
mientras camino, aunque había dicho
espero en el margen, dentro del círculo;
da igual,
por fuera me rodean hombres y mujeres que
todavía esquivan el círculo, el mío, en invierno.
Yo hablo y mi voz
a veces resuena hipnótica,
le hablo como si fuese
persona,
hombre o mujer,
me responde en su reflejo.

Inevitable mirarse a veces con la soledad.
Regreso
al vientre donde creció, al centro.
Todavía
soy celosamente redundante.

Autora: *María Florencia Salvatore*

Clímax en la relación entre sindicalismo y Derechos Humanos: La Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de Derecho Colectivo del Trabajo

Climax in the relationship between trade unionism and Human Rights: The Jurisprudence of the Inter-American Court in matters of Collective Labor Law

Clímax na relação entre sindicalismo e Direitos Humanos: a jurisprudência da Corte Interamericana em matéria de Direito Coletivo do Trabalho

Climax dans la relation entre le syndicalisme et les droits de l'homme: la jurisprudence de la Cour interaméricaine en matière de droit collectif du travail

在工会主义与人权之间的关系上达到顶峰:美洲法院关于集体劳动法的判例

*Juan José Greco*¹

Universidad Nacional de Cuyo - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 193-221

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e397>

Recibido: 01/12/2019

Aprobado: 01/02/2020

¹ Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (2012-2019). Profesor Adscripto a la Cátedra "Derecho Administrativo II" de la Facultad de Derecho (U.N.Cuyo). Miembro del Equipo de Investigación en el Proyecto SECTYP "Empleo Público: incidencia de los tratados internacionales de Derechos Humanos". Dirigido por el Dr. Alejandro Pérez Hualde y Co dirigido por el Magister Ernesto Bustelo. (ORCID 0001-6678-7238). Correo electrónico: juanjosegreco@live.com.ar

Resumen: En una serie de sentencias recientes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha apuntalado el nexo entre derechos humanos y actividad sindical. Próximamente se espera que estos estándares sean sistematizados por el tribunal como respuesta a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada en julio de 2019 por la Comisión Interamericana. Como es ilusorio suponer que todas las vulneraciones de derechos sindicales podrán tener acogida en el ámbito internacional y que en función del principio de subsidiariedad no sería adecuado, entendemos fundamental la labor de interiorización. Buena parte de la efectividad se juega en los tribunales internos.

Palabras clave: derechos humanos, actividad sindical, sistema interamericano de derechos humanos.

Abstract: In a series of recent judgments, the Inter-American Court of Human Rights has reaffirmed the link between human rights and union activity. These standards are expected to be systematized in the near future by the court in response to the Request for an Advisory Opinion presented in July 2019 by the Inter-American Commission. As it is illusory to suppose that all violations of trade union rights may be dealt with internationally and that, based on the principle of subsidiarity, it would not be appropriate, we believe that the work of internalization is essential. Much of the effectiveness is played in the domestic courts.

Keywords: human rights, union activity, interamerican human rights system

Resumo: Em uma série de julgamentos recentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos sustentou o vínculo entre direitos humanos e atividade sindical. Prevê-se que essas normas sejam sistematizadas em um futuro próximo pelo tribunal em resposta à solicitação de parecer consultivo apresentado em julho de 2019 pela Comissão Interamericana. Como é ilusório supor que todas as violações dos direitos sindicais possam ser aceitas internacionalmente e que, com base no princípio da subsidiariedade, não seria adequado, entendemos o trabalho de internalização como fundamental. Grande parte da eficácia é desempenhada nos tribunais nacionais.

Palavras-chave: direitos humanos, atividade sindical, sistema interamericano de direitos humanos.

Résumé: Dans une série d'arrêts récents, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a souligné le lien entre les droits de l'homme et l'activité syndicale. Il est prévu que ces normes soient prochainement systématisées par la Cour, en réponse à la demande d'avis consultatif présentée en juillet 2019 par la Commission interaméricaine. Comme il est illusoire de supposer que toutes les violations des droits syndicaux peuvent être traitées au niveau international et que, sur la base du principe de subsidiarité, cela ne serait pas adéquat, nous considérons fondamental le travail d'internalisation. Une grande partie de l'efficacité se joue dans les tribunaux nationaux.

Mot-clés: droits de l'homme, activité syndicale, système interaméricain des droits de l'homme.

摘要: 在最近的一系列判决中,美洲人权法院为人权与工会活动之间的联系奠定了基础。这些标准有望在不久的将来由法院响应美洲委员会在2019年7月提出的征求咨询意见的要求而系统化。幻觉地假设所有违反工会权利的行为在国际上都可以接受,并且基于辅助性原则是不够的,我们认为内部化工作是根本。许多效力在国内法院发挥。

关键字: 人权, 工会活动, 美洲人权制度。

I. Introducción

El derecho internacional de los derechos humanos ocupa un lugar preponderante en nuestro ordenamiento e irradia efectos en la gran mayoría de las parcelas en que segmentamos el fenómeno jurídico. Desde sus orígenes ha contemplado normas protectoras de la actividad sindical².

En una serie de sentencias recientes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha apuntalado el nexo entre ambos conceptos. Próximamente se espera que estos estándares sean sistematizados por el tribunal como respuesta a la Solicitud de Opinión Consultiva (OC) presentada

² Ver por ej. Art. 23.4 de la D.U.D.H. de 1948.

en julio de 2019 por la Comisión Interamericana (CIDH).³ Esta coyuntura sirve de pretexto para afinar la vista sobre los derechos humanos implicados en el derecho colectivo del trabajo (DCT).

La propuesta del trabajo consiste en retratar el estado de la cuestión en vísperas de la sentencia que evacúe la consulta. Su objetivo es aportar al operador jurídico un esquema sintético de la interpretación autorizada de la normativa interamericana respecto a este punto por su destacada relevancia en nuestro sistema de fuentes.

El ensayo, procurando evitar una excesiva abstracción, encuadra la jurisprudencia internacional en el ordenamiento jurídico argentino. Aun así, puede ser de provecho para quien opere el derecho en otro estado de la región, prescindiendo de los datos exclusivamente nacionales.

La metodología de exposición consiste en plantear una tipología de los derechos subjetivos comprendidos en la materia. Así, luego de clasificarlos en individuales y colectivos, se definirá cada categoría, se brindaran ejemplos y se abordará la cuestión de si tienen la jerarquía normativa de derechos humanos en Argentina. En este último punto se analizará la doctrina judicial del Tribunal de San José respecto unos y otros.

Para los primeros se sintetiza la interpretación del derecho de asociación en la Convención Americana (CADH) cuando es ejercido por trabajadoras/es en siete casos contenciosos. Para los segundos se analiza la Opinión Consultiva N° 22/16 en la que el tribunal reconoce titularidad de derechos humanos justiciables a las asociaciones sindicales. Posteriormente se aplican los métodos interpretativos del derecho internacional público a fin de adelantar sus posibles contenidos.

³ “Alcance de las obligaciones de los Estados, bajo el Sistema Interamericano, sobre las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos y aplicación desde una perspectiva de género”

II. Los ‘derechos’ en el derecho colectivo del trabajo

Según Etala (2007) el Derecho Colectivo del Trabajo hace referencia a las normas que regulan las relaciones plurales que se entablan entre los trabajadores y su empleador cuando los primeros defienden sus intereses colectivos (lo que incluye todo cuanto se relacione con sus condiciones laborales y de vida) (Cuartango y Cuatango, 2006).

Como se anticipó, en este estudio no se abordará el derecho colectivo de modo general sino que acotado a los derechos subjetivos que de él emanan.

En nuestro ordenamiento jurídico, en principio, puede decirse que los derechos en esta materia surgen de la Constitución Nacional (fundamentalmente del art. 14 bis), y de las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 y 28 C.N.). Entre ellas cabe mencionar de modo principal a la Ley de Asociaciones Sindicales (Nº 23.551), las leyes sobre negociación colectiva (14.250 y 23.546) y la ley sobre conflictos colectivos de trabajo (14.786).⁴

No obstante, no debe agotarse ahí el estudio de las fuentes legales o normativas aplicables ya que faltaría todo el aporte que tienen en esta materia los tratados internacionales, en especial los de derechos humanos en el ámbito regional. Pasar a complejizar de este modo los institutos jurídicos es parte de un proceso que ha sido llamado por la doctrina “interiorización”. Es decir, lograr que los derechos reconocidos internacionalmente pasen a ser operativos para las personas en los órdenes jurídicos internos (Steiner y Uribe, 2014).

1. Tipos de derechos subjetivos comprendidos y diversos efectos

Los derechos colectivos del trabajo (y especialmente el derecho que constituye su núcleo –a libertad sindical-) son de

⁴ La doctrina identifica como contenidos del DCT la regulación legal de las asociaciones sindicales de trabajadores, la negociación colectiva, el derecho de los conflictos colectivos de trabajo, el balance social (Livellara, 2013; 785).

estructura compleja ya que pueden ser individuales o colectivos (Etala, 2007; 63)⁵ pero siempre derechos colectivos del trabajo. La diferencia está dada por quién sea el sujeto titular de las libertades, inmunidades y privilegios que otorgan.

La idea es utilizar esta distinción analítica como categoría para comprender mejor unos y otros, su diverso contenido y sus -también disímiles- efectos.

En este punto, las preguntas que se sometieron a escrutinio fueron las siguientes: ¿la diferencia también importa diferente intensidad en la tutela? ¿Ambas categorías pueden ser consideradas “derechos humanos”? La respuesta de la primera pregunta estará - en cierta medida - subordinada a la respuesta de la segunda ya que una contestación afirmativa los blindará con la máxima jerarquía que les otorga nuestro ordenamiento y - eventualmente- mecanismos de protección adicionales.

2. Derechos individuales

2.1. Concepto

Estos son titularizados por la persona trabajadora considerada aisladamente. Entre ellos puede mencionarse: el derecho de constituir asociaciones, adherirse a una constituida, participar en sus actividades, elegir a sus representantes.

Al ejemplificar se omitió mencionar el derecho de huelga. Esto es así porque la CSJN en el caso “Orellano” (2016) lo encausilló como un derecho de titularidad exclusivamente colectiva (tratados más adelante) y por lo tanto consideró ilegítima la huelga llevada a cabo por trabajadores/as cuando la misma no ha sido convocada por una asociación sindical.⁶

⁵ Nuestra Ley de Asociaciones Sindicales realiza una distinción similar en sus arts. 4° y 5°. El Tribunal Constitucional Peruano identifica tres dimensiones cfr. Hanco Suyo, 2019; p. 839.

⁶ Para una crítica exhaustiva de esta interpretación restrictiva ver ZAS, 2017.

2.2. Estatus jurídico: ¿son derechos humanos?

Nuestra Constitución Nacional desde 1957 manifiesta la existencia de derechos sindicales individuales estableciendo, en el primero de los tres bloques del artículo 14 bis, el deber de asegurar *al trabajador* organización sindical libre y democrática.

Esto se ve reforzado en la reforma del año 1994 por haberle otorgado jerarquía constitucional a numerosos tratados internacionales de derechos humanos que le dan una amplia acogida al derecho de asociación.⁷

2.3. Los derechos sindicales individuales en la jurisprudencia de la Corte IDH

En la región, la Corte IDH ha declarado violado el art. 16 de la CADH (Libertad de Asociación) en varias oportunidades en contexto de conflicto colectivo del trabajo. Se sistematiza toda la jurisprudencia sobre el tema analizando siete casos contenciosos comprendidos en el periodo 2001-2019 seguidos contra Panamá, Perú (en tres oportunidades), Guatemala (en dos) y Colombia.⁸

En todos los casos se trata de conculcación del derecho a personas individualmente consideradas: ya sea por las represalias laborales tomadas por el empleador ante el ejercicio de derechos sindicales (p.ej. Corte IDH, Lagos del Campo c. Perú, 2017) o por la vulneración a derechos civiles (la vida, por ejemplo) por su actividad sindical (p. ej. Corte IDH, Huilca Tecse c. Perú, 2005).

Reza el artículo 16.1: “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole” (subrayado añadido).

⁷ Por mencionar algunos casos: art. 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 22 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. (Art. 75 inc. 22)

⁸ Puede confrontarse esta sistematización con la realizada por Hanco Suyo (2019) que reflexiona sobre cuatro de los pronunciamientos. El autor resume la plataforma fáctica de los casos, lo que aquí se omite en honor a la brevedad.

Sobre el carácter del derecho aquí reconocido, y en consonancia con la tipología propuesta, dice la Corte IDH: “quienes están bajo la protección de la Convención tienen (...) el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo.” (Huilca Tecse c. Perú, 2005; párr. 69) (subrayado añadido).

En los casos de implicación de derecho colectivo del trabajo la Corte ha entendido que el contenido de la libertad sindical es una de las formas de (está contenida en) la libertad de asociación. (García y Familiares c. Guatemala, 2012; párr.117 y Isaza Uribe c. Colombia, 2018; párr. 145) Textualmente ha dicho “... (al) considerar si se configuró o no en el caso en cuestión la violación de la libertad de asociación, ésta debe ser analizada en relación con la libertad sindical (Baena c. Panamá, 2001; párr. 156).

Así entendida, para la Corte, esta libertad reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses de los trabajadores y conforma el corpus iuris de los derechos humanos (Ídem; párr. 158).

Sobre la titularidad del derecho, el estándar interamericano no exige que se goce del carácter de dirigente o representante ya que en un contexto de violencia hacia los sindicatos la mera afiliación o simpatía son suficientes para gozar de protección (Corte IDH, Isaza Uribe c. Colombia, 2018; párr. 138). Así mismo no es necesario para gozar de la protección en el contexto laboral de que se trate de un sindicato ya que se extiende igualmente a “organizaciones de otra naturaleza que representen los intereses de las y los trabajadores” (Corte IDH, Lagos del Campo c. Perú, 2017; párr. 158).

Avanzando sobre el contenido, este derecho tiene un aspecto negativo consistente en la libertad de no pertenecer a un sindicato si no se lo desea y positivo “constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y

programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho” (Ídem; Párr. 156).

Dice la Corte “en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad.” (Huilca Tecse c. Perú, 2005; párr. 70). Aquí cobra relevancia el pasaje del art. que se refiere a los fines tenidos en cuenta para asociarse. Para la CADH la libertad de asociarse y perseguir fines colectivos son indivisibles: una intromisión en un medio legítimo a través del cual se manifiesta el derecho a sindicarse impide cumplir los fines perseguidos.

Por lo tanto dice la Corte: (mensaje trascendental al legislador) el régimen legal de los sindicatos (y al administrador) y las acciones llevadas a cabo o toleradas por el Estado respecto de estos deben adecuarse a la Convención (Ibídem).

La Corte ha identificado dos dimensiones del derecho de asociación que deben ser garantizadas simultáneamente: la individual y la social. En ciertos casos acciones u omisiones estatales pueden afectarlas simultáneamente. La individual: consiste en asociarse libremente y utilizar los medios apropiados para ejercer esa libertad. La social: implica el derecho de los integrantes de un grupo para alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos (Huilca Tecse c. Perú, 2005; párr. 70 a 72 y Lagos del Campo c. Perú, 2017 párr. 162).

El Tribunal, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establece que el derecho del art. 16 no se limita a crear una obligación negativa de no interferir, sino por el contrario debe tomar las acciones positivas -incluso en la esfera entre particulares- para garantizar que las personas puedan ejercer sin miedo su libertad sindical. Esto reforzará la posibilidad de las asociaciones de organizarse por sus intereses (dimensión social) (Huilca Tecse c. Perú, 2005; párr. 77 y García y Familiares c. Guatemala, 2012; párr.117).

Acciones toleradas por el estado que afecten otros derechos a un dirigente sindical (por ejemplo la vida, la integridad) puede amedrentar al conjunto de los trabajadores, limitando su libertad sindical y lesionando el derecho de asociación (en su dimensión social). Evitar la tolerancia exige, por ejemplo, diligencia en la investigación de crímenes contra dirigentes sindicales (Corte IDH, Cantoral Huamaní y García Santa Cruz c. Perú, 2007; párr. 146). Se entiende que quien exhorte a las autoridades a investigar y sancionar un crimen con motivo sindical (por ejemplo un querellante) podrá invocar estas consideraciones para exigir especial cuidado e impulso en las actuaciones. En caso de acciones cometidas por particulares, para que surja la obligación del estado de prevenir se requiere conocer(o deber conocer) la existencia de un riesgo real e inminente para un individuo o grupo determinado e implica adoptar medidas razonables para evitar el daño (Corte IDH, 2019 Gómez Virula c. Guatemala)⁹.

En un caso dijo “(las ejecuciones) no restringieron sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de un grupo determinado para asociarse libremente sin miedo o temor, es decir, se afectó la libertad de los trabajadores (mineros) para ejercer este derecho” (Corte IDH, Cantoral Huamaní y García Santa Cruz c. Perú, 2007; párr. 148)¹⁰ (subrayado añadido).

Si bien en principio pareciera claro que estamos hablando de un derecho individual de corte clásico (libertades burguesas o de primera generación), su particular característica en el

⁹ Dice: “Este estándar ha sido aplicado (...) en situaciones de desaparición de mujeres ocurridas dentro de un contexto de aumento de violencia homicida contra mujeres, e igualmente sería aplicable dentro de un contexto de aumento de violencia homicida contra sindicalistas (párr. 56).

¹⁰ Dice la Corte en Lagos del Campo, párr. 162: “Este derecho tiene naturaleza dual: pues recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación como en el derecho de la colectividad de ser representada, por lo que la violación del derecho del primero (el representante) repercute en la vulneración del derecho del otro (el representado)”

ámbito laboral, su dimensión social, le da connotaciones que trascienden a los sujetos aisladamente considerados.¹¹

Hasta aquí se ha ejemplificado con violaciones a derechos civiles que al tener como objetivo impedir el ejercicio de la libertad de asociación configura una violación autónoma de esta.¹² Sin embargo los trabajadores y las trabajadoras sindicalizadas/os deben contar también con protección en el ámbito laboral por ejemplo contra el despido por su condición. Del mismo modo debe escrutarse con rigor la sanción que por motivo laboral se le imponga a un representante ya que de ser desproporcionada tendrá efecto disuasor en sus compañeras/os para arrojarse a la defensa de sus intereses (nuevamente la dimensión social) (Corte IDH, 2017 párr. 160).

Como todos los derechos el de asociación no es absoluto. En cada caso se debe analizar si las restricciones al derecho llevadas a cabo por los estados están previstas por la ley, son necesarias en una sociedad democrática, y que se establecen en interés de la seguridad nacional, del orden público, de la salud o de la moral públicas o de los derechos o libertades de los demás.¹³ Por el contrario implicaran una intervención arbitraria.

3. Derechos Colectivos

3.1. Concepto

El titular del derecho será en este caso la organización (como persona jurídica diferente a sus miembros: art. 143 del

¹¹ En realidad podría ser tenido como un buen ejemplo de los derechos que ponen en cuestión ese tipo de divisiones. Para una crítica a la teoría de generaciones de derechos ver Bazán, 2011. Hanco Suyo (2019;852) dice que la libertad sindical es un derecho social que también es considerado civil.

¹² Por otro lado es una posición sostenida por el Comité de Libertad Sindical OIT, 2018 Cap. II.

¹³ Art. 16.2 CADH. Estos criterios son tenidos en cuenta por nuestra Corte. Por ejemplo CSJN, A.T.E. c. Min de Trabajo, 2008; Cons. 9).

Código Civil y Comercial.) Son las asociaciones u organizaciones conformadas por los trabajadores y las trabajadoras, reguladas fundamentalmente en nuestro ordenamiento por la ley 23.551.

Entre ellos se puede mencionar: la facultad de autodeterminación de las asociaciones sindicales (cuyo contenido es muy amplio), el derecho a participar en la negociación colectiva, el derecho de huelga-para la CSJN-, etc.

3.2. *Estatus jurídico: ¿son derechos humanos?*

En principio rápidamente se podría decir que varios de ellos integran la Constitución. El segundo bloque de derechos del art. 14 bis reconociendo a los gremios la garantía de: *concertar convenios colectivos, el derecho de huelga, las garantías para cumplir su función a los representantes, etc.*

Siendo derechos constitucionales, ¿son además derechos humanos en sentido estricto? Una investigación sobre el régimen jurídico de los sindicatos bajo la perspectiva de derechos humanos: ¿debe solo centrarse en el derecho del empleado a asociarse y a ejercer sus derechos asociativos o debe mirar también las prerrogativas de la asociación como persona de existencia ideal? Lo cual lleva a un tema debatido arduamente: ¿pueden las personas jurídicas titularizar derechos humanos?

La respuesta es sí (en este caso sí) por dos motivos.

El primero, bastante evidente, y es que estos derechos así están contemplados por “tratados y convenciones sobre derechos humanos” (como se refiere a ellos el art. 75 inc. 22). Por ejemplo, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el art. 8.1 C dice “*el derecho de los sindicatos a funcionar...*”

El segundo motivo tiene que ver con una decisión de la Corte IDH que hace de lleno al objeto de estudio del presente trabajo y se analizará a continuación.

3.3. Las asociaciones sindicales como titulares de DDHH en el SIDH

3.3.1. Opinión Consultiva N° 22/16

Tras el sólido argumento anterior lo cual le da un blindaje dogmático importante a los derechos sindicales, es pertinente preguntarse ¿sigue teniendo importancia saber si titularizan derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y por lo tanto tienen legitimación activa en el mismo? Creo que la respuesta es, nuevamente, sí. Sobre la importancia de contar con este mecanismo extra de protección me explayaré más adelante, fundando primero por qué pueden aquí incluirse.

La pregunta es: ¿están amparados los derechos sindicales de índole colectiva en el SIDH? la que remite a una cuestión anterior y es ¿las personas jurídicas pueden ser titulares de los derechos que establece la CADH y por lo tanto pueden acceder de forma directa al SIDH como presuntas víctimas?

Esta última cuestión se le formuló a la Corte IDH en su función Consultiva quien se expidió a través de la OC N° 22/16 titulada “Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos.”

La Corte, luego de interpretar la CADH por los distintos medios que establece la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” en sus artículos 31 y 32, concluyó que el artículo 1.2 de la Convención Americana no atribuye a las personas jurídicas la titularidad de derechos reconocidos en la Convención, sin perjuicio de la denominación que estas reciban en el derecho interno de los Estados tales como cooperativas, sociedades o empresas.

La primera consecuencia que se deriva es que las personas jurídicas al no ser titulares de derechos convencionales, no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el Sistema.

Entre otros argumentos la Corte de San José apela a la interpretación literal de los términos y recuerda que el texto

analizado no dejó a la libre interpretación que se entiende por persona si no que la definió claramente: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (Art. 1.2).

No obstante este artículo, la Corte se hace cargo de otras disposiciones presentes en el “*corpus iuris*” del derecho internacional de los derechos humanos aplicable para establecer dos excepciones para ciertas categorías de colectivos que sí gozarán de protección en las Américas:

i. En primer lugar se refiere a las comunidades indígenas y tribales:

Remite a su jurisprudencia anterior donde además de declarar violados los derechos de miembros de la comunidad declara violados los derechos de la comunidad misma.

Aquí funda la decisión en que existe normativa internacional (como el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT-) que declara a las comunidades como sujetos colectivos de derecho internacional. Cuestión que es coherente con el modo cohesionado que tienen los pueblos de ejercer sus derechos que es consecuencia de su identidad y cosmovisión. Así una afectación a estos derechos siempre tendrá una repercusión que excede lo individual (Corte IDH, 2016; párr. 72 a 84).

ii. La segunda excepción y la que aquí interesa es la que hace la Corte respecto a: sindicatos - federaciones y confederaciones.

El tribunal funda normativamente este caso en el Protocolo adicional a la C.A.D.H. en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) - en adelante Protocolo de San Salvador -ratificado por nuestro país mediante ley 24.658, depositando el instrumento ratificatorio en el año 2003-.

En su art. 19.6 el protocolo habilita el procedimiento de peticiones y casos previsto en la CADH para los derechos protegidos en el art. 13 (derecho a la educación) y para el art. 8 párrafo (a que reza:

“1. Los Estados partes garantizarán:

a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente” (subrayado añadido).

Aquí el tribunal -luego de aclarar que no ha decidido aún casos sobre este artículo- se cuestiona si lo que hace el tratado es reconocer derechos subjetivos en cabeza de los sindicatos o simplemente refuerza los de los trabajadores individualmente considerados.

Tras aplicar los métodos ya nombrados postula:

- Que cuando el tratado dice “como proyección de este derecho” lo que hace la norma es darle al derecho reconocido a los trabajadores un medio de protección específica: la existencia de una persona diferente a la de sus miembros que funciona como interlocutor para la defensa de sus derechos. Para que este mecanismo (el sindicato) sea efectivo lo instituye como sujeto de derecho (párr. 92).
- El enunciado “permitirá que se asocien y funcionen libremente” es el deber del Estado de garantizar hacer posible esos actos. Reconocer esta capacidad de actuar a la asociación presupone que tiene personalidad jurídica (párr. 91).
- El título mismo del art. es “derechos sindicales” y la Corte, realizando una distinción similar a la realizada precedentemente, dice que es una denominación que abarca tanto los derechos de los trabajadores individuales (constituir y afiliarse) y de la persona jurídica (asociarse a su vez y funcionar libremente) (párr. 93).

La conclusión es que el artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador otorga titularidad de derechos a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones. Recientemente, *obiter dictum*, reiteró esta posición (Corte IDH, Lagos del Campo 2017; párr. 157).

En vistas a ser una novedad jurisprudencial absoluta¹⁴ y no existir aún casos resueltos aplicando su doctrina, las proyecciones autorales que se hagan de la misma pueden ser interesantes pero deben ser cautelosas. Esto último, máxime teniendo en cuenta el voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez que en lo relativo a las asociaciones sindicales entiende que no se fundó adecuadamente, fue temerario decidir sobre disposiciones no analizadas en ejercicio de la competencia contenciosa del tribunal y que se debió oír a la OIT sobre el punto en cuestión (Corte IDH, 2016, Capítulo V del voto parcialmente disidente del Juez Pérez Pérez).

3.3.2. Efectos de la doctrina sentada por la Corte IDH

El primer y fundamental efecto es la existencia de un mecanismo de tutela adicional. Concretamente: los sindicatos pueden presentarse como presuntas víctimas al SIDH. Esto abarca sus distintas competencias:

- Competencia Contenciosa: es decir en casos en que se vulnere un derecho colectivo y fracase la protección a nivel local, pueden presentar una petición a la Comisión IDH. Por lo tanto a los mecanismos de la OIT se suma un nuevo ámbito internacional de tutela, en este caso el SIDH.

¹⁴ Hasta esta sentencia la postura consolidada por el tribunal era que las personas jurídicas no han sido consideradas por la CADH, sin embargo “esto no restringe la posibilidad de que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídico(…)”. El análisis que se llevaba a cabo era si se había ejercido un derecho protegido *a través* de la persona jurídica. Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015.

- **Competencia Preventiva:** los sindicatos podrían solicitar medidas cautelares ante la CIDH. Es decir buscar una tutela aun sin agotar los recursos internos o reunir los otros requisitos de una petición (e independientemente de estar o no tramitándola). El art. 25 del reglamento de la Comisión exige para ello “daño irreparable a las personas” que además de ser todo ser humano, pienso, podrán ser las comunidades indígenas y los sindicatos. Deberán reunirse, como en cualquier medida cautelar, los extremos de gravedad y urgencia.

La posibilidad de que los sindicatos puedan acudir al SIDH es especialmente relevante si tenemos en cuenta que las decisiones de la Corte IDH son vinculantes para los estados parte y así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.¹⁵

Además el tribunal internacional tiene una sostenida doctrina sobre el “control de convencionalidad”. Impone que cualquier autoridad pública local (incluido el poder judicial) se encuentra obligada a realizar, de oficio, un control de convencionalidad (es decir, un análisis de compatibilidad), en el marco de su respectiva competencia y las regulaciones procesales, entre la CADH (y otros tratados vinculantes) y las normas y prácticas internas teniendo en cuenta las interpretaciones realizadas por la Corte IDH. Este control puede implicar el deber de: expulsar normas, expedir leyes, de realizar una interpretación conforme, etc.¹⁶

¹⁵ Esta fue la doctrina consolidada por la CSJN, con claridad, hasta el año 2017. Para apuntalar esta enunciación pueden consultarse los siguientes fallos. En casos donde Argentina fue demandado ante el SIDH: “Espósito” (2004). En casos en que la República no fue parte en el proceso internacional pero la Corte igual aplico la doctrina que emana del precedente: “Simon”(2005), “Lociser”(2012). Si bien alguna doctrina entendió que esto fue puesto en crisis con la sentencia del 14 de febrero del 2017 “Fontevécchia”, la Corte Nacional ha continuado acatando pronunciamientos internacionales, por ejemplo en Sala, Milagro”, 2017. La Corte continúa recurriendo a la jurisprudencia de la Corte IDH al interpretar derechos fundamentales, incluso sindicales (CSJN, 2019). Los efectos de la doctrina de Fontevécchia no implican una desautorización al SIDH. Indudablemente este tema habilita un trabajo autónomo, sin embargo por los efectos sobre nuestro objeto de estudio era imperioso este excurso.

¹⁶ Corte IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 17: Control de convencionalidad*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf> revisado por ultima vez el 24 de mar. de 2020.

El efecto de este instituto es que los desarrollos que sobre estos derechos realice el tribunal deberían irradiar efectos en nuestro ordenamiento jurídico, independientemente de si el demandado es el Estado Argentino.

3.3.3. Contenido del derecho: perspectivas en vísperas a la respuesta a la OC solicitada por la CIDH.¹⁷

Ante la amplitud de la formulación de los derechos que titularizan los sindicatos en el Pacto de San Salvador (propia de un tratado internacional) cabe introducirse al análisis de su contenido, proponiendo posibles lineamientos a confrontar con la sentencia que responda la solicitud de opinión.

El art. 8.1 se refiere al derecho de: “constituir asociaciones de segundo y tercer grado y *a funcionar libremente.*” Voy a centrarme en el segundo derecho.

En la práctica de la Corte IDH ya se han presentado situaciones donde debe completar el contenido de una norma del tratado para el que es competente. Siguiendo su ejemplo podemos hipotetizar sobre el resultado, no exhaustivo, de aplicar los siguientes métodos interpretativos:

- En primer lugar apelando al sentido corriente de los términos: la misma Corte en la OC (párr.91) establece que una asociación sindical funcione libremente por supuesto incluye “crear sus propios estatutos, elegir a sus representantes o manejar sus finanzas” y todas aquellas que sean la proyección del derecho de los trabajadores a promover sus *intereses* (art. 8.1 primera parte). Lo cual desecha una mirada restrictiva de la incumbencia sindical limitada al acuerdo salarial y lo amplía por ejemplo al aspecto social del trabajo, incorporando cuestiones como el ambiente

¹⁷ Por razones de extensión no se abordara aquí- como sería deseable- el sustrato fáctico sobre el que se aplicará la normativa a interpretar. Sobre el particular ver Capítulo III del escrito la Comisión solicitando la OC, presentando su mirada sobre el estado de situación del sindicalismo en las Américas. (CIDH, 2019). Una propuesta donde se considera relevante relevar el marco fáctico (Greco, 2019).

laboral y la salud de las y los trabajadores.¹⁸ Una exegesis razonable de “funcionar *libremente*” se enlaza rápidamente con uno de los principios liminares en materia sindical: la no injerencia por parte de los empleadores.¹⁹ El derecho de huelga (art.8.1.b), si bien en principio parece incluido en el funcionamiento libre de un sindicato, está excluido de la competencia contenciosa por el Protocolo (que contempla solo el inc. 1.a del art. 8). En ese sentido Corte IDH, 2016; párr. 104.

- Una interpretación que tenga en cuenta el sistema al cual pertenece la norma debe considerar que, como todo derecho humano, está caracterizado por la universalidad, indivisibilidad, integralidad e interdependencia (Wlasic, 2006). Por tratarse de un derecho de los clasificados como Económicos, Sociales y Culturales(al menos por el texto que lo contiene) cobra especial interés el principio de progresividad con sus dos sentidos: gradualidad y progreso. De esta última se deriva la obligación mínima para los estados de prohibición de regresividad (Christian Courtis, 2006). Debe apuntarse que en los últimos años se ha producido una interesante aceleración en la justiciabilidad de DESC por parte de la Corte de San José (Mac-Gregor y otras, 2018; 374).²⁰

- De una interpretación evolutiva, que consiste en considerar que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales, se deriva:

- i. La posibilidad de recurrir a otros instrumentos de derechos humanos para fijar el alcance de una norma – p. ej. así lo ha realizado la Corte IDH recurriendo a la Convención sobre los

¹⁸ Este enfoque amplio es sostenido respecto del contenido de la negociación colectivo en Cabral y Schreginger, 2009; 454y ss.

¹⁹ Un acto de injerencia sería el fomento a la creación de organizaciones sindicales paralelas controladas por los empleadores (Livellara, 2013; 795).

²⁰ Para una recapitulación de los últimos casos ver nota 230 en Corte IDH, 2019 donde la Corte declara justiciable el derecho a la seguridad social.

Derechos del Niño de la ONU para fijar las “medidas especiales de protección” a las que genéricamente se refiere la CADH. Por ejemplo en el emblemático caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales c. Guatemala, 1999).

En este caso es evidente que el *corpus iuris del derecho sindical* está compuesto en gran medida por la normativa que emana de la OIT. Existen numerosos precedentes en los que el tribunal utiliza normativa del organismo tripartito. Se ha citado el Convenio Nº 182 (sobre las peores formas de trabajo infantil: “Vargas Areco c. Paraguay, 2006” y “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil, 2017”, el Convenio Nº 29 (sobre el trabajo forzoso): “Masacre de Ituango c. Colombia, 2006” y el Convenio Nº 169 (sobre pueblos indígenas y tribales): entre numerosísimos “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001” y “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, 2012.” En materia específica de sindicatos en el sector público es insoslayable remitirse al Convenio Nº 151 de la OIT “sobre las relaciones de trabajo en la administración pública”.

Además en el ámbito Americano existen normas que completaran los textos de referencia tales como la Carta de la OEA²¹ y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales²².

ii. Además en su labor de fijar los alcances de un precepto recurriendo a otros instrumentos, no se limita a la letra del tratado sino que apela a las interpretaciones que del mismo hace el órgano especializado. Este procedimiento puede verse en numerosos casos, por citar un ejemplo puede verse “González LLuy c. Ecuador, 2015” Allí al establecer el contenido del derecho a la integridad personal (art. 5.1 CADH) relacionado a la salud, citó al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales que en su Observación General Nº 14 (El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud).

²¹ Sin duda art. 45 c):derechos de huelga, asociación, personería jurídica, etc. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp

²² Art. 26 y 27 derecho de asociación y huelga. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/buscador/search/printInstrumento/34>

Adelantándose a estas conjeturas, en la OC comentada, al fijar la capacidad de los sindicatos la Corte (párr. 102) cita el Convenio N° 87 y al Comité de Libertad Sindical: para anticipar que los estados tienen la obligación negativa de abstenerse de crear barreras jurídicas o políticas para que los sindicatos ejerzan sus derechos y obligaciones positivas de crear las condiciones para que ese ejercicio sea posible. Siempre llenando el significante “derechos” con las prerrogativas del Convenio 87 (instrumento que ha sido utilizado por nuestra CSJN)²³.

Todo esto realza la tutela que brinda la OIT a los sindicatos ya que no se agota exclusivamente en el acatamiento que sus decisiones reciban por parte de los Estados sino que se yergue como fuente de derecho del SIDH.

iii. Una fuente recurrente de la Corte IDH es la argumentación comparada de la mano del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La Gran Sala en *Demir y Baykara c. Turquía*²⁴ ya tuvo la oportunidad de declarar responsabilidad internacional por la anulación de un Convenio Colectivo firmado por un estado y un gremio de municipales. Lo hizo tras citar convenios y pronunciamientos de la OIT.

Una situación que podría generar dudas es el principio hermenéutico fundamental en materia de DDHH el principio antiguamente llamado “pro homine” y hoy “pro persona” ¿la interpretación más garantista es solo para personas humanas? La misma Corte desecha esta posibilidad en la OC bajo análisis al utilizar el principio pro persona como uno de los argumentos en los que apunta el reconocimiento de derechos a los sindicatos en América.

²³ Por ejemplo en el caso *A.T.E. c. Min. de Trabajo* del 11 de noviembre de 2008. La doctrina entiende que según la jurisprudencia de la CSJN de asignarle a “en las condiciones de su vigencia” al art. 75 inc 22 el significado de que los tratados rigen en las condiciones de aplicación de los organismos externos especializados cobran interés los pronunciamientos de dicho comité y de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Resoluciones de la OIT (MACHADO y OJEDA, 2006; 228).

²⁴ *DEMIR AND BAYKARA v. TURKEY* - 34503/97 [2008] ECHR 1345 (12 November 2008)

Otra cuestión que genera dudas interpretativas es si es un requisito para acceder como persona jurídica (sindicato) al sistema de peticiones y casos del SIDH el tener la personería reconocida por el estado demandado. Se trata de pulir y clarificar la competencia *ratione personae* respecto de la presunta víctima²⁵.

Sobre este punto es interesante observar la práctica del Comité de Libertad Sindical. Al decidir sobre la admisibilidad de las quejas que se le presentaran, el Comité goza de entera libertad para analizar si quien se presenta tiene el carácter de organización de trabajadores en los términos de la Constitución de la OIT, no encontrándose ligada por la definición legal del país. Del mismo modo es indiferente si el Estado ha disuelto la asociación o no le brinda reconocimiento oficial siempre y cuando goce de existencia de hecho (OIT, 2018; p. 318).

Posiblemente de modo análogo la Corte determinará cuándo estamos en presencia de un sindicato para el derecho interamericano, aunque no lo sea para el derecho estatal.

Sería interesante que la Corte fijara algunas modulaciones a los estándares cuando se trate de sindicatos que aglutinan trabajadoras/es del sector público.²⁶ El marco de su desenvolvimiento presenta particularidades (por un lado la estabilidad de la que suelen/deberían gozar los agentes, las necesidades de continuidad del servicio pero por otro: la precariedad en el empleo público, el carácter simultáneo de empleador y titular del poder de policía laboral, etc.) (Greco, 2019). Específicamente, una directiva interpretativa sobre el derecho al debido proceso y a un recurso efectivo debería exhortar a los tribunales a flexibilizar los criterios de acceso a la justicia en estos casos para garantizar la intervención de un tercero imparcial. En la misma inteligencia fijar un criterio estricto al juzgar

²⁵ Para ampliar sobre la competencia en razón de la persona y sus tres aristas (demandado, denunciante, presunta víctima) ver por ejemplo: Fauendez Ledesma, 1999; 200.

²⁶ Al solicitar la opinión la CIDH solicita tener en cuenta "la naturaleza y condición del órgano empleador" (CIDH, 2019; Párr 69.a)

la potestad disciplinaria y reglamentaria sobre empleo público que puedan tener como consecuencia efectos antisindicales.²⁷

En la Solicitud de OC la CIDH pide atinadamente que se escrute el marco normativo con perspectiva de género.²⁸ Con seguridad este punto justifica un trabajo autónomo y será esencial tomar en cuenta las observaciones que los colectivos feministas presenten al Tribunal. Por lo pronto se hará una observación crítica a la formulación de la Solicitud por parte de la Comisión y se formularan posibles desarrollos interpretativos con carácter de hipótesis exploratoria.

En primer lugar la Comisión parece concentrarse excesivamente en las asimetrías en el mercado del trabajo y en el goce de derechos laborales en perjuicio de las mujeres²⁹, soslayando los sindicales. Si bien con seguridad una de las causas de la situación laboral esté en el desigual acceso a derechos sindicales, entiendo que hubiera sido deseable ahondar más en estos (objeto de la solicitud).³⁰ Además si se realza el rol de los derechos sindicales como mecanismo para posibilitar los derechos laborales, no podemos luego olvidarlos y centrarnos solo en estos últimos.

En consecuencia sería importante que la Corte se centre en los estándares interamericanos que permitan un goce en

²⁷ A modo de ejemplo: la conformación del salario con el pago de un adicional por la presencia efectiva en el lugar de trabajo que se le niegue a un delegado gremial en uso de licencia sindical legal.

²⁸ La perspectiva de género importa "Reconocer las relaciones de poder entre los géneros, que imponen un acceso diferencial a recursos materiales y simbólicos a partir de la jerarquización de los varones sobre las mujeres", "Partir del carácter de construcción social e histórica de tales relaciones y por ende, la posibilidad de su transformación" Reflexionar sobre las múltiples formas de opresión que atraviesan el entramado social" como la clase o la etnia (González Prado y Yanes, 2013; 219).

²⁹ Por ejemplo: diferente tiempo dedicado al trabajo no remunerado (párr. 61) o brecha salarial (párr.65), etc.

³⁰ En realidad la abundancia de datos y reflexiones hacen pensar en que sería deseable consultar a la Corte específicamente sobre materia laboral. Lo que no sería inoportuna teniendo en cuenta que la Corte IDH (2017) la consideró justiciable a través del art. 26 de la CADH.

condiciones de igualdad real a las mujeres en lo sindical (al menos hasta una futura OC específica sobre derechos laborales). Solo existe una mención a que en el ámbito laboral en general y en el contexto sindical específicamente se refleja la “discriminación y exclusión histórica a la que han sido sometidas las mujeres” (CIDH, 2019; párr. 59). Al acompañar datos no es tan prolífica como respecto al trabajo: en un párr. (67) se limita a indicar la desigual tasa de participación en los sindicatos y en las dirigencias. La legislación argentina establece un cupo del 30 % de representación femenina en la dirigencia (ley 23.551 modificada por ley 25.674).³¹

La proporción de mujeres que participan de la negociación colectiva, es un ejemplo de dato que sería importante conocer. Esta instancia es clave porque tiene poder para mejorar las condiciones de trabajo, es fundamental que las mujeres tengan participación, de lo contrario sus reivindicaciones serán ignoradas por espacios de decisión masculinos que difícilmente incorporen cláusulas que equiparen la desigualdad estructural.³²

Así como se solicita la incorporación de una perspectiva de género sería valioso que la OC incorpore una perspectiva en migraciones (mejor: una interseccional). Se trata de un colectivo que debe gozar de especial protección (Corte IDH 2003, “OC-18/03”) y que es víctima recurrente de abusos laborales. Por ejemplo escrutar si normas como la que impone que un 75 % de los cargos diligenciales y representativos en un sindicato deben ser nacionales argentinos (Ley 23.551; art. 18 c)), es una distinción objetiva y razonable o discriminatoria.

³¹ Aunque parece que su incumplimiento es reiterado. Ver los considerandos de la Disposición 7-E/2017 de la Dirección de Asociaciones Sindicales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/273395/norma.htm> (consultado por última vez el 24/03/2020)

³² En Argentina la ley 25.647 exige que las con participación proporcional de mujeres delegadas a las trabajadoras de la rama o actividad y de lo contrario no les será oponible a las trabajadoras las reformas *in peius*.

En definitiva, las cuestiones interpretativas que quedan justifican la conveniencia y oportunidad de solicitar la opinión por parte de la CIDH.³³

III. Ideas conclusivas

Es un principio social aceptado que los/las trabajadores/as asociados en sindicatos, a través de su función de autotutela, obtienen una mejor protección de sus derechos y promoción de sus intereses (Ledesma, 2011; 9).

En esa tarea, las asociaciones sindicales, tienen un importante blindaje jurídico de nivel legal pero también supra legal. Esta situación en cuanto al derecho sustancial se complementa con mecanismos procesales a nivel internacional. A la- ya conocida - protección que les brinda la OIT aquí exponemos que se le suma la del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Recuperando la idea inicial de *clímax*, los derechos sindicales parecen obtener un lugar de centralidad en los mecanismos de protección de los derechos humanos, cuyos estándares quedarán cristalizados al resolverse la Opinión Consultiva solicitada por la CIDH.

Como es ilusorio suponer que todas las vulneraciones de derechos sindicales podrán tener acogida en el ámbito internacional y que en función del principio de subsidiariedad no sería adecuado, entendemos fundamental la labor de interiorización. Buena parte de la efectividad se juega en los tribunales internos.

En el DCT existe toda una línea jurisprudencial de la CSJN que va en ese sentido. Sin ir más lejos puede considerarse

³³ Lo anterior considerado desde una perspectiva técnica-jurídica y desde la función cuasi-jurisdiccional o protectora de la CIDH. Ahora bien, desde una mirada de la promoción o política puede pensarse como hipótesis que el Sistema al poner en agenda los derechos de los sindicatos busca ampliar su base de sustentación ya que atraviesa una coyuntura complicada (ver por ejemplo la cuestionada Declaración conjunta de algunos países presentado a la CIDH el 11 de abril de 2019 <http://www.minjusticia.gob.cl/comunicado-de-prensa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de-justicia-y-derechos-humanos-sobre-sistema-interamericano-de-derechos-humanos/> recuperado el 24 de marzo de 2020.)

la revolucionaria sentencia que significó el fallo de la Corte Federal en “ATE c. Ministerio de Trabajo” del año 2008 para el “modelo sindical argentino”. La estructura conceptual misma que subyace a la regulación jurídica del DCT en nuestro país ha sido puesta en cuestión por una sentencia que contiene una profusa argumentación en derechos humanos.

Este último caso nos demuestra como en el DCT el entrecruzamiento entre derecho constitucional/internacional e infraconstitucional es permanente. Ténganse presente que otros fallos de similar calibre de la CSJN se sucedieron como “Rossi”, 2009 y “Álvarez c. Cencosud”, 2010. Incluso aunque ahora con un fin restrictivo la CSJN se ve en la necesidad de analizar intensamente el acervo normativo internacional en “Orellano”, 2016.³⁴

En el futuro deberemos esperar un mayor desarrollo interamericano en la materia (presumible según los avances en materia de justificabilidad de DESC), atendiendo a su plasmación en nuestro derecho local.

IV. Referencias bibliográficas

a. *Bibliografía*

- Afarian, J. (2019). “El fallo “SIPOBA c. Ministerio de Trabajo”: Seis errores teórico-conceptuales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y su impacto en la libertad sindical.” En *Derechos En Acción*, 10 (10). <https://doi.org/10.24215/25251678e258>
- Bazán, V. (2011). “Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos interno e interamericano.” en *Contextos*. N° 2. Buenos Aires: Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.
- Cabral, P. O. y Schrenginger, M. J. (2009) *El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

³⁴ Para una reflexión sobre los últimos pronunciamientos del alto tribunal federal en materia de derecho laboral y su consideración de restrictivos en materia de derechos ver Afarian, 2019 y doctrina citada; 391.

- Catani, E. (2018). “Una aproximación conceptual a la dimensión colectiva del Derecho del Trabajo”. En *Derechos En Acción*, 7 (7). <https://doi.org/10.24215/25251678e149>
- Christian Courtis (compilador) (2006). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Ciudad de Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- Organización Internacional del Trabajo (2018). *La libertad Sindical: Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. Sexta ed. Ginebra: OIT. Disponible en <https://www.ilo.org/>.
- CIDH (2019) “Alcance de las obligaciones de los Estados, bajo el Sistema Interamericano, sobre las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos y aplicación desde una perspectiva de género” presentada en julio. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/soc_3_2019_spa.pdf
- Cuartango, O.A. y Cuartango G.(2006). *El Derecho Colectivo del Trabajo y la Relación de Empleo Público*. En BASTONS, J.L. (Dir.) Empleo Público, La Plata: Librería Editorial Platense.
- Etala, C.A. (2007). *Derecho colectivo del trabajo* (2a ed.). Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Faúndez Ledesma, H (1999). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales*. Segunda ed. Costa Rica: IIDH.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Flores Pantoja, Rogelio (coordinadores) (2018). *La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo y nuevos desafíos*. Querétaro, Instituto de estudios constitucionales del Estado de Querétaro.
- González Prado, P y Yanes, A (2013) (Coords.) *Violencia contra las mujeres: quien calla otorga*. Mendoza: IDEGE.
- Gonzalo Hanco Suyo (2019). “El derecho social a la libertad sindical: fundamentos y alcances a nivel constitucional e internacional” en *Revista Argumentum*, 20,2.<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1183>
- Greco, J.J. (2019) “El derecho sindical en el sector público mendocino”. Publicado en la *Plataforma de información para políticas públicas de la Universidad Nacional de Cuyo*. URL

del artículo <http://www.politicaspUBLICAS.uncu.edu.ar/articulos/index/el-derecho-sindical-en-el-sector-publico-mendocino>. Recuperado el 23 de noviembre de 2019.

- Ledesma, C. *Derechos Sindicales en el Sector Público en América Latina*. Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo. 2011.
- Livellara, Carlos Alberto (Dir.) (2013). *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- Machado, J. D. y Ojeda, R. H. (2006). *Tutela Sindical: Estabilidad del representante gremial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Steiner, C. y Uribe, P. (Eds.) (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Bolivia: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Wlasic, J. C. (2016). *Manual Crítico de Derechos Humanos*. (1ª ed.) Buenos Aires : La Ley.
- Zas, O. (2017). “La titularidad del derecho de huelga en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia Argentina” en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 8, 15.

i. Normativa

- Asamblea General de la OEA (17 de noviembre de 1988). Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, [Protocolo de San Salvador].
- Asamblea General de las Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos, [DUDH].
- Congreso de la Nación Argentina (14 de abril de 1988), Ley de Asociaciones Sindicales, [Nº 23.551].
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969), [CADH].

ii. Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos: [Corte IDH]
- 2001. Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero.
 - 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre.

- 2005. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo.
- 2008. Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de enero.
- 2012. Caso García y familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre.
- 2016. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. [OC-22/16] de 26 de febrero.
- 2017. Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto.
- 2018. Isaza Uribe y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre.
- 2019. Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Sentencia de 21 de noviembre.
- 2019. Gómez Virula y ot. Vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre.

Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN]:

- 2008. “Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales.” Del 11 de noviembre.
- 2016. “Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial. Del 7 de junio.
- 2017 “Sala, Milagro Arnalia Ángela y otros s/ asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión”. Del 5 de diciembre.
- 2017 “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”. Del 14 de febrero
- 2019. “Recurso de hecho deducido por la defensa de Roberto Urzagasti, Justo Pastor Leguizamón, Pilar Magdalena Ruiz y Ariel Marcelo Gutiérrez en la causa Farfán, Julio Antonio y otros s/ amenazas agravadas, daños agravados, turbación al ejercicio de la función pública, San Pedro de Jujuy”. Del 16 de abril.

Novedades de jurisprudencia

Jurisprudence news

Fernando Amosa¹

Universidad Católica de La Plata - Argentina

Juan Francisco Díaz²

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 222-258

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e398>

Novedades de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia la Nación confirmó una condena de dos años de prisión a Julio Cesar Grassi

La Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso presentado por el defensor particular del sacerdote Julio César Grassi, convalidando así lo decidido por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. De ese modo, quedó firme la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal n° 3 de Morón que condenó a Grassi a la pena de dos años de prisión en suspenso y costas, por resultar instigador del delito de peculado de caudales equiparados a públicos en relación a un hecho vinculado a la administración de fondos de la Fundación Felices los Niños.

¹ Abogado (UCALP), docente del Instituto Provincial de la Administración Pública (IPAP) y asistente jurídico del Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros de la Provincia de Buenos Aires. (ORCID 0000-0002-2706-1650). Email: Fernando.amosa@gmail.com

² Abogado (UNLP), docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. (ORCID 0000-0002-5891-7845). Email: juanfranciscodiaz87@gmail.com

La decisión adoptada por el máximo tribunal de la nación, se basa en el incumplimiento de requisitos formales establecidos en la Acordada 4/07, como la falta de copias simples de la decisión impugnada mediante el recurso extraordinario federal y del escrito de contestación del traslado previsto en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. (CSJN, “Grassi, Julio César s/ recurso de queja en causa n° 81.916 y sus acumulados 81.918 y 82.428 del Tribunal de Casación Penal - Sala I”, 3 de marzo de 2020).

La Corte Suprema rechazó la acción de Cristina Kirchner pero abrió el camino para que el Senado sesione de forma virtual

La Corte Suprema de Justicia resolvió rechazar la acción presentada por la Presidenta de la Cámara de Senadores. En sus argumentos consideró que la presentación formulada no corresponde a la competencia de la Corte, prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, por inexistencia de caso.

Además, el Tribunal en cuanto a la admisibilidad de la demanda, consideró que “mantiene como principio general que el ámbito de su control jurisdiccional no alcanza a las decisiones que otros Poderes del Estado adopten dentro de la esfera de competencia”. En la remisión de distintos fallos, la Corte recordó que en el Caso Barrick (2019) sentenció que “no constituye cuestión justiciable lo atinente al procedimiento adoptado por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes”.

Por otra parte, el ministro Horacio Rosatti, en su voto contempló como sus pares la inexistencia de caso, así como, la incompetencia de la corte. Asimismo, expresó en referencia a la sesión del Senado: “El Senado no solo puede sino que debe sesionar para poder cumplir con su rol constitucional. Debe hacerlo con las modalidades que el propio Senado establezca (...)”.

El Tribunal consideró que la presentación formulada no corresponde a la competencia de la Corte, prevista en el artículo 117 de la Constitución Nacional, por inexistencia de caso. Sin embargo, destacaron que “el Senado de la Nación tiene todas

las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. (CSJN, “*Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza*”, 24 de abril de 2020).

La Corte Suprema habilitó el cobro inmediato de una sentencia contra el Estado basada en la situación de vulnerabilidad de la persona

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió ayer que una persona que ganó un juicios por daños y perjuicios contra el Estado Nacional debe cobrar actualmente su indemnización dado que, debido a la situación de vulnerabilidad que sufre, se encuentra por fuera de la ley 23.982 de consolidación de deudas que le implicaría postergar su cobro.

En el caso en cuestión, la Justicia Contencioso Administrativo Federal condenó al Estado Nacional a indemnizar a una persona por los daños y perjuicios que había sufrido a raíz del cumplimiento de su función como médico del Ejército Argentino. En esa oportunidad se estableció que el mieloma múltiple, con diversas afecciones derivadas, que padece tuvo su origen en la exposición habitual y reiterada a los rayos X que requerían las prácticas médicas que realizaba en la fuerza.

En la etapa de ejecución de la sentencia, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal postergó el pago de la mencionada indemnización por un lapso que podría prolongarse hasta finales del año 2021, inclusive. Para ello, invocó las leyes 11.672 y 23.982 que regulan la forma de cumplimiento de las sentencias por parte del Estado Nacional. Esa sentencia fue impugnada. La Corte Suprema de Justicia de la Nación –con el voto mayoritario de los jueces Maqueda, Lorenzetti y Rosatti y el voto concurrente del juez Rosenkrantz- revocó la sentencia y ordenó que se dispusiera el inmediato pago de la indemnización. (CSJN, “*Caldeiro, Juan Carlos c/ EN - M° Defensa - Ejército s/ daños y perjuicios*”, 30 de abril de 2020).

La Corte Suprema definió que es la Justicia Nacional quien debe intervenir en la causa por el motín en el Penal de Devoto

Con el voto de los jueces Horacio Rosatti, Carlos Maqueda y Ricardo Lorenzetti, la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió al dictamen del Procurador interino Eduardo Casal y resolvió que es la Justicia Nacional la que deberá entender en la causa originada con motivo del motín en el Complejo Penitenciario Federal de Devoto el pasado 24 de abril.

La decisión de la Corte se originó en la contienda negativa de competencia entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 7, cuando ambas magistraturas se declararon incompetentes para juzgar en dicha causa. (*CSJN, N.N. s/ averiguación de delito, resistencia o desobediencia a funcionario público, incendio y otro estrago, lesiones leves y otros, 15 de mayo de 2020*).

Novedades de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

La Suprema Corte bonaerense suspendió la resolución colectiva sobre arrestos domiciliarios

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar al pedido del fiscal del Tribunal de Casación Penal, Carlos Altuve, y suspendió los efectos de la resolución que concedía arrestos domiciliarios a personas privadas de la libertad.

El Máximo Tribunal provincial puso fin a la controversia que se venía dando desde el pasado 8 de abril cuando el presidente provisorio del Tribunal de Casación Penal de la provincia, Victor Violini, concedió de manera parcial un pedido de habeas corpus colectivo presentado por parte de 19 defensores generales de los departamentos judiciales de la provincia, lo que habilitaba conceder arrestos domiciliarios a las personas detenidas por delitos leves que además formaran parte del

grupo considerado como en situación de riesgo el marco de la emergencia sanitaria por el virus COVID-19.

El Supremo Tribunal se atribuyó la competencia para efectuar el control final en la temática, subrayando que debía expedirse de forma rápida y eficaz en el marco de la emergencia de la pandemia del COVID-19. Citó así su propia doctrina respecto a que ante el supuesto de que la sentencia no sea definitiva, la decisión resulta equiparable a ella cuando de los antecedentes de la propia causa surge el cuestionamiento severo a la garantía del juez natural, lo que requiere entonces una consideración inmediata. Sostuvo que, atento a que la cuestión excede el interés individual de las partes y se proyecta a un sinnúmero de causas, esto provocaría “trastornos en la administración de justicia penal y producirían un serio déficit en la regularidad y estabilidad de los procedimientos”. (*SCBA, “Altuve, Carlos Arturo –Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal s/ queja en causa N° 102.555 (habeas corpus colectivo y correctivo) y su acumulada N° 102.558 (habeas corpus colectivo y correctivo) del Tribunal de Casación Penal”, 5 de mayo de 2020*).

La Suprema Corte bonaerense definió el alcance del hábeas corpus relativo a arrestos domiciliarios por el COVID-19

El Máximo Tribunal de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por unanimidad, reencauzó el otorgamiento de arrestos domiciliarios para los detenidos del Servicio Penitenciario bonaerense. De este modo, admitió parcialmente el recurso del fiscal Altuve y fijó criterios para que los tribunales competentes evalúen las medidas de morigeración por la pandemia del coronavirus.

La Suprema Corte revisó la sentencia dictada por el Tribunal de Casación Penal en la que se hizo lugar parcialmente al pedido de un Hábeas Corpus que autorizaba la morigeración de prisión en determinados casos concretos frente a la emergencia sanitaria del COVID-19. El voto fue unánime y con criterio unificado, reencauzando aquél decisorio, entendiendo además que son los órganos judiciales competentes los que deben evaluar

las peticiones deducidas de forma individual por los procesados o condenados, mediante un juicio debidamente motivado, teniendo en cuenta los derechos de las víctimas.

El Tribunal, quien admitió el recurso del Fiscal Carlos Altuve, consideró como carente de basamento legal la mera revisión clasificatoria de delitos leves y graves para poder otorgar tales medidas, además de entender que el fin inmediato y masivo que se persigue altera el actuar de los jueces competentes. (*SCBA, “Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal s/ queja en causa N° 102.555 (habeas corpus colectivo y correctivo) y su acumulada N° 102.558 (habeas corpus colectivo y correctivo) del Tribunal de Casación Penal”, 11 de mayo de 2020*).

La Corte bonaerense avaló la constitucionalidad de la adhesión a la Ley de Riesgos de Trabajo

El máximo órgano de justicia bonaerense revocó una decisión del Tribunal del Trabajo de Quilmes que había declarado la inconstitucionalidad de la Ley Complementaria de Riesgos de Trabajo, por considerar que se delegaba una facultad reservada provincial al poder administrador nacional.

En primer lugar, el Juez de Lázzari, consideró en su voto rechazar el recurso y confirmar la decisión del Tribunal a quo. En base al artículo 15 de la Constitución provincial, que asegura una tutela judicial continua y efectiva, como la normativa constitucional nacional, el magistrado interpretó que “no resultaba admisible constitucionalmente que las provincias mediante una ley ordinaria de sus legislaturas, acepten la invitación propuesta en la ley nacional porque ello importa -de modo concluyente- la renuncia a las atribuciones que se reservaron mediante la Constitución”. En su opinión, existiría una transferencia de competencia jurisdiccional de la provincia al Estado federal no prevista por el art. 116 de la Constitución Nacional –al adherir por Ley N° 14997 a la Ley N° 27.348-.

Por otro lado el magistrado Genoud consideró que el Tribunal tiene dicho que la inconstitucionalidad es la “última

ratio” y que “el legislador local ha seleccionado un método para proceder que tampoco es motivo de censura. En efecto dicha técnica aparece en su ámbito de funcionalidad con el objetivo de optimizar la producción de leyes y consiste en una remisión de su texto a otras leyes”.

Coincidentemente con esto último, Kogan adhirió a lo expuesto por el Juez de Lázzari con respecto a la procedencia del medio de impugnación. Sin embargo, coincidió con Genoud con respecto a revocar el pronunciamiento del Tribunal de Quilmes, ya que interpretó que no hay pugna entre la manda constitucional nacional y provincial. Además reafirmó su voto con los precedentes “Fernández Arias” y “Angel Estrada”, donde la CSJN admite la utilización de una instancia administrativa especializada con adecuado control y revisión judicial, condicionándola a que esta sea “suficiente” y que no prive de la posibilidad oportuna de acudir a los estrados judiciales. En adhesión, los jueces Pettigiani y Torres remitieron al voto de la jueza Kogan.

Por último, Soria resolvió que no resulta constitucionalmente objetable “la adhesión a una determinada regulación nacional por parte del legislador provincial, ya que no importa de suyo una trasferencia de poder prohibida por el ordenamiento”.

En consecuencia, por mayoría de votos, se declaró procedente el recurso extraordinario, se revocó el fallo del Tribunal anterior y se remitió la causa a la sede de origen. (*SCBA, “Marchetti, Jorge Gabriel contra Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires. Accidente de trabajo - acción especial”, 13 de mayo de 2020*).

La Suprema Corte bonaerense hizo lugar al recurso de queja presentado por Luis Arias

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires hizo lugar al recurso de queja promovido por Luis Federico Arias, ex juez del Juzgado Contencioso Administrativo Nº 1 de La Plata. En consecuencia, declaró la nulidad de la resolución del Jurado de Enjuiciamiento que le denegó los recursos extraordinarios que había presentado y dispuso que se dicte una nueva decisión.

El 15 de agosto de 2018 un Jurado de Enjuiciamiento destituyó al magistrado de su cargo. Arias presentó un recurso de nulidad, inaplicabilidad de la ley e inconstitucionalidad contra ese pronunciamiento. Sin embargo, la posición mayoritaria del Jurado rechazó esa presentación al argumentar que ese órgano no es un tribunal judicial, por lo tanto no está habilitado para expedirse sobre la constitucionalidad o no de aquel precepto.

El máximo tribunal bonaerense, integrado por los jueces del Tribunal de Casación Penal, retomó el argumento esgrimido en la presentación de Arias y destacó que en el precedente “Graffigna Latino” la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió que en los juicios políticos puede configurarse una cuestión judicial cuando esté comprometida alguna garantía constitucional y por lo tanto esas decisiones no escapan de la revisión judicial.

La Suprema Corte analizó el caso y resolvió que la decisión del Jurado debe declararse nula y encomendó a que con carácter urgente se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo a los parámetros fijados en esa sentencia. (SCBA, “Arias, Luis Federico s/ Queja en causa N° SJ 313/15 del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires”, 13 de mayo de 2020).

Jurisprudencia Bonaerense

En este número la sección se encuentra fuertemente signada por el hecho del hacinamiento y el agravamiento de las condiciones de detención en razón del contexto de COVID-19.

1. TRIBUNALES INFERIORES

Tribunal: Tribunal de Casación de La Provincia de Buenos Aires:

Fallo: Detenidos alojados en la UP N° 9 de La Plata s/ habeas corpus colectivo (30/03/2020)

Voces: Condiciones de Detención, agravamiento de las condiciones de detención, COVID19, visitas, Uso de telefonía celular para la población carcelaria.

Sumarios:

- A efectos de evitar someter a las personas privadas de libertad en la Provincia de Buenos Aires a una situación de ostracismo que, en el marco de la actual pandemia, importa un sufrimiento incompatible con el trato humanitario reclamado por la normativa constitucional, resulta prudente autorizar el uso de telefonía celular a los fines del mantenimiento de los vínculos familiares de los internos, durante el período de vigencia de aislamiento social obligatorio decretado por el Gobierno Nacional (DNU 297/20, y sus prórrogas), autorización que deberá ser instrumentada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires mediante la creación de un Protocolo Normativo que asegure no sólo la operatividad de la autorización, sino también la imprescindible vigilancia a fin de que se asegure la comunicación de los internos con sus familiares y que dicha tecnología no se utilice con fines delictivos.

- La autorización cautelar del uso de telefonía celular en todas las unidades penitenciarias de la Provincia de Buenos Aires, durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretada por el Gobierno Nacional mediante el DNU 297/20 y sus prórrogas; es procedente, pues, si el derecho a la comunicación es una regla básica y su obstaculización o supresión afecta el proceso de resocialización y la salud psicofísica de las personas privadas de su libertad, forzoso es concluir que someterlas a una incomunicación absoluta resulta violatorio de los derechos consagrados en los artículos 5 de la CADH (que prohíbe el sometimiento a penas crueles, inhumanas o degradantes, y obliga a brindar un trato respetuoso de la dignidad humana) y 10 del PIDCyP.

- A la luz de la normativa constitucional, la prohibición de telefonía celular actualmente vigente significa, en el conetxto actual, que los internos se encuentran impedidos —en forma absoluta— de establecer contacto con sus familiares, lo que importa tanto como decir que se encuentran imposibilitados de saber lo más elemental, esto es, si sus familiares se encuentran

resguardados y a salvo, enfermos, internados o incluso en fase crítica (situación que vale también respecto de los familiares, en cuanto a la situación médica de los detenidos), lo que en la actual contingencia de aislamiento obligatorio, suma un importantísimo grado de angustia a su situación, que torna cruel —por innecesaria y carente de sentido humanitario— a dicha prohibición.

Extracto del decisorio:

- *El Defensor de Casación, doctor Mario Coriolano, en el marco de la causa de la referencia, explicando que, dado que la petición que efectuara no llegó a resolverse en función de la cuarentena decretada mediante el DNU 297/20, solicita ahora se dicte medida cautelar a favor de todos los detenidos de la provincia de Buenos Aires, durante la vigencia de la situación de excepción provocada por la pandemia del virus COVID-19.*

- *si el derecho a la comunicación es una regla básica (léase: “mínima”) y su obstaculización o supresión afecta el proceso de resocialización y la salud psicofísica de las personas privadas de su libertad, forzoso es concluir que someter a dichas personas a una incomunicación absoluta resulta violatorio de los derechos consagrados en los artículos 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que prohíbe el sometimiento a penas crueles, inhumanas o degradantes, y obliga a brindar un trato respetuoso de la dignidad humana) y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en el mismo sentido).*

- *a la luz de la normativa constitucional antes citada, lo que resulta en definitiva es que la prohibición actualmente vigente significa, en lo concreto, que los internos se encuentran impedidos —en forma absoluta— de establecer contacto con sus familiares, lo que importa tanto como decir que se encuentran imposibilitados de saber lo más elemental, esto es, si sus familiares se encuentran resguardados y a salvo, enfermos, internados o incluso en fase crítica (situación que vale también respecto de los familiares, en cuanto a la situación médica de*

los detenidos), lo que en la actual contingencia de aislamiento obligatorio, suma un importantísimo grado de angustia a su situación, que torna cruel —por innecesaria y carente de sentido humanitario— a dicha prohibición.

- *a efectos de evitar someter a las personas privadas de libertad en la Provincia de Buenos Aires a una situación de ostracismo que en el marco de la actual pandemia importa un sufrimiento incompatible con el trato humanitario reclamado por la normativa constitucional a la que ya aludiera, es mi opinión que resulta prudente autorizar el uso de de telefonía celular a los fines del mantenimiento de los vínculos familiares de los internos, durante el período de vigencia de aislamiento social, preventivo y obligatorio decretada por el Gobierno Nacional mediante el DNU 297/20 (y sus prórrogas), autorización que deberá ser instrumentada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires mediante la creación del correspondiente Protocolo Normativo que asegure no sólo la operatividad de la autorización, sino también la imprescindible vigilancia a fin de que se asegure la comunicación de los internos con sus familiares y que dicha tecnología no se utilice con fines delictivos.*

- *Autorizar el uso de telefonía celular en Todas las unidades penitenciarias de la Provincia de Buenos Aires, Durante el período que subsistan la situación de pandemia y la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretada por el Gobierno Nacional mediante el DNU 297/20 y sus prórrogas.*

2. SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Fallo: Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal s/ queja en causa n° 102.555 (hábeas corpus colectivo y correctivo) y su acumulada n° 102.558 (05/05/2020)

Voces: Institutos Liberatorios, COVID19, hacinamiento, ponderación de tipos penales para evaluar delitos leves y graves, hacinamiento en cárceles.

Sumarios:

- La queja debe ser admitida, porque la cuestión en debate, sentencia que ordena de manera genérica arrestos domiciliarios para los internos en riesgo de contagio y recomendó la revisión de prisiones preventivas de oficio, excede el interés individual de las partes y se proyecta a un sinnúmero de causas y de situaciones jurídicas que provocarían trastornos en la administración de justicia penal y producirían un serio déficit en la regularidad y estabilidad de los procedimientos y en la seguridad jurídica en el acceso a tal sistema, a punto tal de generar una afectación al funcionamiento de todo un fuero.

- De la presentación directa cabe señalar que el efecto que provoca es la suspensión de la ejecución de los actos procesales hasta que se resuelva sobre la procedencia del reclamo, según establece el art. 431 del CPP.

- De la presentación directa cabe señalar que el efecto que provoca es la suspensión de la ejecución de los actos procesales hasta que se resuelva sobre la procedencia del reclamo, según establece el art. 431 del CPP.

Extracto del decisorio:

- *El Tribunal de Casación Penal, integrado de manera unipersonal por su Presidente, por auto dictado el 23 de abril de 2020, declaró inadmisibile el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal ante dicho órgano (fs. 77-87), contra la sentencia por la que —en lo que interesa destacar— hizo lugar durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo Nacional, a lo siguiente:*

a. El arresto domiciliario de las personas detenidas por la comisión de delitos leves y que se encuentran en situación de riesgo por edad o por patologías preexistentes, sean mujeres embarazadas o madres con hijos menores alojados en las unidades penitenciarias, identificadas en los listados aportados por los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires y las actualizaciones que

se vayan agregando, las que deberán ser implementadas por el Juzgado o Tribunal que tiene a su cargo a cada detenido (punto dispositivo IV).

b. Disponer que cada Juzgado o Tribunal que tiene a su cargo a personas en situación de riesgo, imputadas o condenadas por la comisión de delitos graves, evalúe la necesidad u oportunidad de imponer una medida de arresto domiciliario (en cuyo caso, cuando corresponda, deberá resguardarse la integridad psicofísica de la víctima), o bien, asegurar el aislamiento sanitario dentro de la Unidad Penitenciaria donde cada uno se encuentra alojado, de acuerdo a los listados antes mencionados (punto dispositivo V).

c. Encomendar a los Jueces de Garantías, Correccionales y a los Tribunales en lo Criminal, la evaluación de oficio de las prisiones preventivas de los imputados a su disposición, considerando los intereses de las víctimas, particularmente en los procesos por delitos contra la vida, la libertad, la integridad sexual y aquellos cometidos en un contexto de violencia de género, en todos aquellos casos en que se encuentren cumplidos los plazos previstos en el art. 141 del CPP. (punto dispositivo VI).

d. Disponer que los órganos de ejecución (en el ámbito de su competencia) y los Jueces que tengan a disposición condenados sin sentencia firme o con cómputo de pena pendiente, en aquellos casos en que los condenados o procesados se encuentren en un plazo de 6 meses anterior a alcanzar el extremo objetivo temporal previsto para obtener la libertad asistida o condicional que, a su vez, cumplan con las exigencias previstas por el ordenamiento sustantivo y adjetivo, evalúen la posibilidad de disponer —de manera extraordinaria y por única vez— la detención domiciliaria sin control electrónico, hasta alcanzar el término para la obtención de mejores derechos, reiterando que ello no alcanzará a quienes se encuentren condenados, con sentencia firme, por delitos contra la vida, la libertad, la integridad sexual y delitos cometidos en un contexto de violencia de género (punto dispositivo VII según aclaratoria de fecha 13 de abril de 2020).

- *El Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal, doctor Carlos Arturo Altuve, dedujo queja*

- *por tratarse de la resolución de una postulación colectiva en el marco de la emergencia dispuesta como consecuencia de la pandemia del Covid 19, sobre la que esta Suprema Corte ha puesto de manifiesto su extrema preocupación con el dictado de normas para garantizar la atención de los asuntos urgentes y que no admitan demora desde sus inicios como es de público conocimiento, este Tribunal se abocará a dar una respuesta rápida y eficaz a la problemática suscitada como consecuencia del fallo cuestionado por esta vía directa*

- *la interpretación que pergeñara el tribunal intermedio sobre su propia competencia originaria en materia de habeas corpus colectivo, ha desnaturalizado las reglas que el art. 417 del CPP consagra, tornándose aplicable el precedente “Demaría” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresamente invocado por la quejosa.*

- *Así, mutatis mutandi, la cuestión en debate excede el interés individual de las partes y se proyecta a un sinnúmero de causas y de situaciones jurídicas que provocarían trastornos en la administración de justicia penal y producirían un serio déficit en la regularidad y estabilidad de los procedimientos y en la seguridad jurídica en el acceso a tal sistema, a punto tal de generar una afectación al funcionamiento de todo un fuero*

- *de la presentación directa (fs. 112 vta.-113), cabe señalar que el efecto que provoca la procedencia de la queja y la admisión de la vía de inaplicabilidad de ley es el común para todos los recursos, esto es la suspensión de la ejecución de los actos procesales hasta que se resuelva sobre la procedencia del reclamo, según establece el art. 431 del CPP.*

- *es necesario que esta Suprema Corte diagrame un conjunto de disposiciones particulares para la tramitación del presente, con el objeto de resolver en el marco de la acción de habeas corpus colectiva y correctiva sustanciada y resuelta, abreviando los plazos procesales de conformidad al tipo de*

procedimiento en el que se dictó este decisorio, con el objetivo de garantizar el derecho a la defensa en juicio y el acceso a la jurisdicción de las partes

- *Declarar procedente la queja deducida por el señor Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal, doctor Carlos Arturo Altuve (art. 486 bis del CPP). 2. Conceder el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley articulado (arts. 486, 494 y conc. del CPP). 3. Declarar que la presente suspende los efectos de la decisión cuestionada y sus aclaratorias y ampliatorias en los términos del art. 431 del CPP.*

Fallo: Causa N° 102.555 (habeas corpus colectivo y correctivo) y su acumulada N° 102.558 (habeas corpus colectivo y correctivo) del Tribunal de Casación Penal (11/05/2020)

Voces: Fallo Verbitsky, Cuestión Carcelaria, Hacinamiento, COVID19, Beneficios e Institutos Liberatorios.

Sumarios:

- Por mucho que la problemática de la población carcelaria de la Provincia de Buenos Aires, en riesgo de contagio de COVID-19 posea una dimensión colectiva y exhiba aspectos comunicables a los miembros del grupo, carece de la condición suficiente de igualdad de situación para habilitar una resolución de envergadura colectiva. Las reclamaciones deducidas en estos habeas corpus han obviado que, tras la similitud de circunstancias apreciables en la superficie del asunto dadas las notas compartidas antes indicadas (pertenencia al universo de riesgo, agravado por el encierro y urgencia en la respuesta), salta a la vista la presencia de una cantidad de diversidades posibles entre cada procesado o condenado, reveladoras, no ya de una igualdad de situaciones, sino de un complejo de estados subjetivos que, asentados en distintas peculiaridades, adolecen de suficiente homogeneidad.

- Al margen de ciertas guías orientadoras, los puntos del fallo que, para morigerar la forma de detención de la población en riesgo de contagio de COVID-19, establecen la clasificación de

los delitos, de los que se derivan, con generalidad y automaticidad, algunas medidas de carácter mandatorio, fueron arbitrariamente decididos, al suplantarse sin razón plausible el necesario examen prudencial de los jueces a cuyo cargo se hallaba cada prevenido. A ellos sólo se les deja el estrecho arbitrio de calificar el delito como grave o leve, distinguiendo impuesto por la sentencia impugnada.

- En el fallo en el cual se determinó por pautas genéricas la forma en que debía ser morigerada la forma de detención de la población carcelaria en riesgo de contagio de COVID-19, no se justifica la aptitud de las principales peticiones materiales articuladas en ambos habeas corpus para estructurar un caso colectivo susceptible de ser dirimido, en cuanto al fondo, por medio de un pronunciamiento global. La decisión prescinde de juzgar esa aptitud, para lo cual hubiera sido menester valorar si prevalecen las notas de homogeneidad del grupo por el que se acciona sobre las singularidades de sus miembros. Tampoco explica si lo reclamado es posible de ser discernido, como satisfacción material válida, en fase colectiva, ni da cuenta del fundamento jurídico de lo actuado. Para más, acerca de la base legal de esos presupuestos de la demandabilidad colectiva nada dice la sentencia.

- Al ahondar el análisis, los problemas que genera el tratamiento de los reclamos medulares que contiene la presentación de morigeración de la forma de detención de la población carcelaria en riesgo de contagio de COVID-19, ante el juez de Casación Penal, se hacen evidentes. Es que, la recta configuración del caso colectivo exige la observancia de otros presupuestos, por ejemplo, que la pretensión deducida, para su progreso con arreglo a derecho, no dependa de la consideración puntual de las condiciones individuales de cada uno de los miembros del grupo. Ha de bastar con el análisis de los aspectos comunes a todos ellos, en atención a los cuales la tutela judicial puede ser otorgada por medio de una sentencia de alcance colectivo.

- Con la urgencia que exige decidir en tiempos de pandemia y de consuno con la habilitación en el fuero penal para

atender asuntos impostergables (arts. 2, resol. Nº 386/2020 y 8, resol. 480/2020), pueden abordarse los reclamos sobre morigeraciones o modalidades especiales para el cumplimiento de la pena, sin alterar el cauce institucional.

El ordenamiento constitucional contempla otros instrumentos para decidir de manera general, fuera del ámbito de la administración de justicia, sobre la situación de las personas privadas de la libertad (art. 75 inc. 20, CN; ello más allá de la potestad prevista en el art. 144 inc. 4, Const. prov.). No se trata de herramientas judiciales; y lejos siquiera de proponerse la adopción de medidas de esa índole, se observa que en el diagrama constitucional, esa clase de decisiones masivas y urgentes atañe, por principio, a los órganos representativos de la legitimación democrática directa y normalmente están precedidas de un debate público, abierto, robusto y plural.

- La definición de mandatos masivos y automáticos, enlazados con ciertas medidas, también generales y operativas como las dispuestas para la población carcelaria en riesgo de contagio de COVID-19, algunas de las cuales apenas dejan un resquicio para encapsular el hecho delictivo como leve o grave, distorsiona la lógica de la administración de justicia. La ambigüedad e imprecisión de la clasificación aludida, principal elemento diferenciador a criterio del juez, de suyo conspira contra la validez de la fundamentación de lo resuelto que, apoyado en afirmaciones dogmáticas se nutre sólo de un sustento aparente.

- La modificación introducida por la ley 13.943 (BO de 10/02/2009) al art. 163 del Código Procesal Penal, en lo que concierne a las medidas de morigeración del encierro preventivo, determina una solución diversa. Aparte de establecer que la resolución que disponga la morigeración es apelable, el Código prescribe que la “atenuación de la medida de coerción se hará efectiva cuando el auto que la conceda quede firme”. Es una excepción al régimen del art. 431 in fine del Código Procesal Penal. En el caso, sin declararlo inconstitucional, el juez omitió aplicar el art. 163 con un argumento que se desentiende de su texto, porque acudió al más genérico y distante principio

del art. 3 del CPP, que propugna la inteligencia restrictiva de toda disposición que coarte la libertad personal. Este precepto podría tener cabida en algún caso para completar el sentido de algún texto ambiguo, pero no permite una solución contra legem como la escogida; lo que pone en evidencia un obrar basado en la mera voluntad del juzgador.

- Para decidir sobre las morigeraciones del cumplimiento de la pena impugnadas, respecto de la población carcelaria en riesgo de contagio de COVID-19, se impone un adecuado ejercicio de razonabilidad, ponderando la grave urgencia de la situación comprometida. La evaluación a cargo de cada órgano competente, de aquellas que hubiesen sido recurridas, ha de corresponderse con un estudio circunstanciado, dentro de la urgencia del asunto, a tenor de las pautas y directrices que más adelante serán enunciadas en esta sentencia, considerando la situación y en su caso con audiencia de la víctima (art. 57, Reglas de Brasilia), sin mengua de todo otro elemento que se estimare de realce.

- Para la morigeración de la forma de detención de la población carcelaria en riesgo de contagio de COVID-19, la mera remisión a la clasificación de los delitos en leves y graves, que en el fallo impugnado instala como rígido umbral diferenciado, carece de base legal. En cuanto dispensa los casos leves de la valoración de las particularidades que deben ser ponderadas en cada situación concreta, su observancia no garantiza el dictado de una sentencia fundada con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa.

- Para la morigeración de la forma de detención de la población carcelaria en riesgo de contagio de COVID-19, la gradación de las escalas penales importa sólo uno de los parámetros objetivos para apreciar la gravedad del hecho, mas no debe erigirse en el único cartabón a emplear a modo de regla omnicompreensiva.

- Dentro de la urgencia comprometida por la Pandemia, la morigeración de la forma de detención de la población carcelaria en riesgo de contagio de COVID-19, el examen circunstanciado

de la situación de cada persona ha de efectuarse sin descuidar el enfoque sobre la situación de la víctima, en especial, su vulnerabilidad.

- Para la morigeración de la forma de detención de la población carcelaria en riesgo de contagio de COVID-19, cobran relevancia factores dignos de consideración bajo los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, entre ellos, los bienes jurídicos afectados, las condiciones personales del procesado o condenado (art. 163, CPP), el grado de intervención asignada al procesado o condenado por el delito, las modalidades de la comisión del delito, el nivel de organización delictual en que ha sido perpetrado, la pena en expectativa o la ya establecida, el examen del nivel de avance del proceso y de los riesgos procesales, la situación de la víctima al momento de la decisión y, entre otros aspectos, su relación con el domicilio constatado del procesado o condenado reclamante, la consideración de la existencia de lugares especialmente destinados por el sistema carcelario para alojar personas en riesgo sanitario agravado, todo otro factor a sopesar prudencialmente por el órgano judicial competente. Debe asignarse prioridad al trámite de las peticiones de morigeración de la forma de detención articuladas en favor de las personas que integran el universo de riesgo, a fin de dirimir las con la mayor celeridad posible y con participación de las partes interesadas.

- Al momento de evaluar la morigeración de la forma de detención de personas que han cometido delitos de violencia de género, debe tenerse en cuenta el estándar de protección para la seguridad de la víctima y la de sus familiares, el principio de indemnidad y la necesidad de prevenir intimidaciones, represalias o riesgos como consecuencia de sus denuncias.

- Para determinar la morigeración de la forma de detención, las características de la comisión del hecho, el nivel de organización delictual en que ha sido perpetrado, al igual que otros elementos relacionados con la pena en expectativa o la ya establecida y, en general, el nivel de avance del proceso, así como la ponderación del arraigo junto con la de no entorpecimiento de la investigación en la reevaluación de los peligros procesales

del posible beneficiario de alguna medida de excepción destinada a mitigar su riesgo agravado de contagio ante la pandemia de COVID-19; entre tantos otros de realce, no pueden estar ausentes de la labor valorativa del juez. Cada situación personal ha de ser respaldada en un examen circunstanciado, enfocado también en la posible situación de vulnerabilidad de la víctima.

- El posible arresto domiciliario para las personas detenidas por la comisión de delitos leves y para los que cometieron delitos graves, se reencauza para su resolución por cada órgano judicial competente.

- Mantiene vigencia la prohibición de alojamiento en Seccionales Policiales de personas enfermas y de menores de edad, haciéndose extensiva esa interdicción a su vez a las mujeres embarazadas (arts. 2° y 3° Resol. N° 52/2020).

- Se encuentra en vigencia de la Norma Práctica dictada por la Suprema Corte para la aplicación de los arts. 159, 163 y 165 del CPP respecto de las mujeres privadas de la libertad embarazadas y/o con hijos o hijas menores de 5 años (Resol. 3342/2019); la apreciación de las circunstancias del caso, dentro del universo de riesgo del contagio de COVID-19, ha de tener presente la perspectiva de género en relación con las mujeres privadas de su libertad, y ponderar la situación de personas que a la vez integran los grupos LGBTI (arts. 83 inc. 6, CPP; 2 inc. C, CEDAW; 7 inc. “d” y “g”, Convención de Belem do Pará; Recomendación General N° 33 del Comité CEDAW punto D; Recomendación General N° 35 del Comité CEDAW, párrafo 31).

- Es pertinente exhortar a la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires para que evalúe la forma de readecuar la legislación procesal con el fin de garantizar plenamente, en la Provincia, los derechos de las víctimas que se reconocen en la ley 27.372.

Extracto del decisorio:

- *El Tribunal de Casación Penal, integrado de manera unipersonal por su Presidente, por auto dictado el 23 de abril de 2020, denegó la concesión del recurso extraordinario de*

inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal ante dicho órgano, contra la sentencia de fecha 8 de abril del 2020 emanada del vicepresidente de aquel cuerpo de igual forma integrado, por la que —en lo que interesa destacar— hizo lugar durante la vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio a una serie de medidas respecto de los habeas corpus colectivos presentados en la causa;

- *el 4 de mayo de 2020 la queja por denegatoria del recurso y admitida por esta Corte; El señor Defensor General del Departamento Judicial de La Plata, doctor Omar Ozafrain, junto con los Defensores Departamentales de otras jurisdicciones, que luego fueron enviando sus respectivas adhesiones, promueven habeas corpus colectivo y correctivo en favor de las personas privadas de libertad en el ámbito del Servicio Penitenciario, Alcaidías y Comisariás de todo el territorio de la provincia de Buenos Aires.*

- *Cuestionan las condiciones de detención en las que actualmente se cumplen la prisión preventiva y las penas en ese ámbito, por el estado de hacinamiento e inhabilitabilidad. A lo que añaden la emergencia ocasionada por la pandemia por el virus SARS-CoV-2, causante de la enfermedad Covid-19, por lo que sería procedente esta vía urgentísima para resguardar los derechos de los prisioneros. Después de alegar a favor de la competencia originaria del Tribunal de Casación y de aludir a la situación en las cárceles y comisariás, aducen que existe un contexto de agravamiento de las condiciones de detención, que obliga a judicializar la cuestión, con el fin de garantizar la vida y la salud de la población en encierro carcelario y en unidades policiales (v. fs. cit./3). Si bien afirman que el riesgo se extiende a todos los allí alojados, hay supuestos de especial vulnerabilidad que merecen un tratamiento urgente. Pretenden que los criterios destinados a proteger de un eventual contagio del coronavirus a la llamada “población de riesgo” también “tengan [...] aplicación en las decisiones judiciales” en lo que concierne a la población carcelaria*

- *En el fallo de fecha 8 de abril de 2020 (v. fs. 88/97) recurrido por vía de inaplicabilidad de ley, que hubo de ser complementado por la sentencia del 13 de abril del 2020, en prieta síntesis, y en lo que aquí interesa, el juez del Tribunal de Casación Penal, doctor Violini, declaró la procedencia parcial de las acciones de habeas corpus deducidas, sin costas*

- *El Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal reclama la inmediata intervención de esta Corte, con el fin de obtener un pronunciamiento que restablezca la vigencia del sistema de administración de justicia penal de acuerdo a las normas legales y constitucionales vigentes.*

- *Con tal objeto, “en el convencimiento de que es necesario adoptar medidas urgentes y eficaces para paliar la situación de emergencia “carcelaria y sanitaria” solicita que se “reencauce el presente proceso de conformidad a las pautas planteadas en las resoluciones 52/2020 y 386/2020 y ccdtes., dejando sin efecto la sentencia dictada por el Tribunal de Casación Penal, y con la celeridad del caso, se remitan los listados elaborados por los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad de la provincia, a los jueces a cuya disposición se encuentran detenidas las personas allí individualizadas. Todo ello con el fin de evaluar la adopción urgente de medidas adecuadas a cada situación, de conformidad con los estándares de la CIDH, la CSJN y la SCBA” (apdo. 6, v. fs. 151).*

- *III. El señor Procurador General dictaminó a fs. 114/123 sosteniendo el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP), mientras que el defensor ante el Tribunal de Casación Penal presentó a fs. 676/688 la memoria que autoriza el citado precepto de la normativa procesal. También acompañaron escritos ante esta Corte la Comisión Provincial por la Memoria y las ONGs Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Asociación Madres del Dolor, la Asociación RESET y la Asociación Usina de Justicia.*

- *IV. Con el alcance que surge de la presente decisión, el recurso debe prosperar.*

- *En el fallo no se justifica la aptitud de las principales peticiones materiales articuladas en ambos habeas corpus para estructurar un caso colectivo susceptible de ser dirimido, en cuanto al fondo, por medio de un pronunciamiento global. La decisión prescinde de juzgar esa aptitud, para lo cual hubiera sido menester valorar si prevalecen las notas de homogeneidad del grupo por el que se acciona sobre las singularidades de sus miembros. Tampoco explica si lo reclamado es pasible de ser discernido, como satisfacción material válida, en fase colectiva, ni da cuenta del fundamento jurídico de lo actuado. Para más, acerca de la base legal de esos presupuestos de la demandabilidad colectiva nada dice la sentencia. I abondar el análisis, los problemas que genera el tratamiento de los reclamos medulares que contiene la presentación formulada ante el juez de Casación Penal, se hacen evidentes. Es que, además de los rasgos arriba señalados, la recta configuración del caso colectivo exige la observancia de otros presupuestos. Como, por ejemplo, que la pretensión deducida, para su progreso con arreglo a derecho, no dependa de la consideración puntual de las condiciones individuales de cada uno de los miembros del grupo. Ha de bastar con el análisis de los aspectos comunes a todos ellos, en atención a los cuales la tutela judicial puede ser otorgada por medio de una sentencia de alcance colectivo.*

- *IV.3.b.v. Pues bien, las respuestas más relevantes dadas por el juez a las reclamaciones deducidas en estos habeas corpus han obviado que, tras la similitud de circunstancias apreciables en la superficie del asunto dadas las notas compartidas antes indicadas (pertenencia al universo de riesgo, agravado por el encierro y urgencia en la respuesta), salta a la vista la presencia de una cantidad de diversidades posibles entre cada procesado o condenado, reveladoras, no ya de una igualdad de situaciones, sino de un complejo de estados subjetivos que, asentados en distintas peculiaridades, adolecen de suficiente homogeneidad (arg. analóg., art. 7, ley 13.928, con sus reformas).*

- *Por mucho que la problemática incorporada al proceso posea una dimensión colectiva y exhiba aspectos comunicables*

a los miembros del grupo, carece de la condición suficiente destacada en el párrafo anterior para habilitar una resolución como la ahora recurrida. La envergadura colectiva alegada en el pedido principal para lograr un cambio de condición frente al proceso o al cumplimiento de la condena de un número indeterminado de personas, cede paso ante la necesidad insorteable de llevar a cabo, para atender las peticiones materiales, un análisis prudencial y circunstanciado de la situación de cada detenido, con arreglo al ordenamiento jurídico vigente (cfr. arts. 159, 163 y concs., CPP).

- *IV.3.b.vi. Por ello, al margen de ciertas guías orientadoras, los puntos del fallo que establecen la clasificación de los delitos, de los que se derivan, con generalidad y automaticidad, algunas medidas de carácter mandatorio (en especial las decididas en los apartados IV, VI, VII y IX de su parte dispositiva) fueron arbitrariamente decididos, al suplantarse sin razón plausible el necesario examen prudencial de los jueces a cuyo cargo se hallaba cada prevenido. A ellos sólo se les deja el estrecho arbitrio de calificar el delito como grave o leve, distingo impuesto por la sentencia de fecha 8 de abril del corriente.*

- *Lejos siquiera de proponerse la adopción de medidas de esa índole, ajenas a la incumbencia del Poder Judicial, se las menciona simplemente porque demuestran que, en el diagrama constitucional, así como en los ejemplos comparados, esa clase de decisiones masivas y urgentes atañe, por principio, a los órganos representativos de la legitimación democrática directa y normalmente están precedidas de un debate público, abierto, robusto y plural. La virtud de la cooperación entre los poderes del Estado, que esta Corte alienta, no desplaza la centralidad de aquellos órganos ni de su espacio institucional de actuación para el manejo de la emergencia; tampoco relega su rol protagónico en la definición de políticas, medidas o reglas de alcance general. Ello, claro está, sin perjuicio del escrutinio judicial frente a eventuales efectos lesivos a derechos derivados de esas determinaciones. La ambigüedad e imprecisión de la clasificación aludida, principal elemento diferenciador a criterio del*

juez, de cuyo conspira contra la validez de la fundamentación de lo resuelto que, apoyado en afirmaciones dogmáticas (CSJN, Fallos: 330:4983; 340: 493 y 1414; 342:259, e.o.) se nutre sólo de un sustento aparente (CSJN, Fallos: 315:113).

- *Pero cabe añadir a lo señalado otros reparos. A primera vista la distinción pareciera abastecer de cierto sentido al fallo. Ahora, cada caso penal contiene sus particularidades; ellas deben ser atendidas, lo que fue pasado por alto en esta causa. En tal sentido, la definición de mandatos masivos y automáticos, enlazados con ciertas medidas, también generales y operativas como las dispuestas, algunas de las cuales apenas dejan un resquicio para encapsular el hecho delictivo como leve o grave, distorsiona la lógica de la administración de justicia.*

- *Las determinaciones ordenadas en los apartados IV, VI, VII y IX de la parte dispositiva del fallo, dejan a un lado la observancia de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, relegan las tareas de sopesar los bienes jurídicos en presencia y de valorar condiciones personales a la hora de decidir. Descansan en la gradación de las escalas penales implicadas que, aun cuanto suministran un parámetro objetivo para apreciar la gravedad del hecho o valorar la relevancia del bien jurídico comprometido, no distan de ser el único cartabón a emplear a modo de regla omnicompreensiva.*

- *Las características de la comisión del hecho, el nivel de organización delictual en que ha sido perpetrado, al igual que otros elementos relacionados con la pena en expectativa o la ya establecida y, en general, el nivel de avance del proceso, así como la ponderación del arraigo junto con la de no entorpecimiento de la investigación en la reevaluación de los peligros procesales del posible beneficiario de alguna medida de excepción destinada a mitigar su riesgo agravado de contagio ante la pandemia; entre tantos otros de realce, no pueden estar ausentes de la labor valorativa del juez. Cada situación personal ha de ser respaldada en un examen circunstanciado, enfocado también en la posible situación de vulnerabilidad de*

la víctima —v.gr: en casos de violencia familiar o de género o agresión sexual intrafamiliar o de persona allegada, etc. la modificación introducida por la ley 13.943 (BO de 10/02/2009) al art. 163 del Código Procesal Penal, en lo que concierne a las medidas de morigeración del encierro preventivo, determina una solución diversa. Aparte de establecer que la resolución que disponga la morigeración es apelable, el Código prescribe que la “atenuación de la medida de coerción se hará efectiva cuando el auto que la conceda quede firme”. Es una excepción al régimen del art. 431 in fine del Código Procesal Penal.

- *IV.6.c. Sin declararlo inconstitucional, el juez omitió aplicar el art. 163 con un argumento que se desentiende de su texto.*

- *Acudió al más genérico y distante principio del art. 3 del CPP, que propugna la inteligencia restrictiva de toda disposición que coarte la libertad personal. Este precepto podría tener cabida en algún caso para completar el sentido de algún texto ambiguo, pero no permite una solución contra legem como la escogida por el a quo; lo que pone en evidencia un obrar basado en la mera voluntad del juzgador.*

- *Para decidir sobre las morigeraciones impugnadas se impone un adecuado ejercicio de razonabilidad, ponderando la grave urgencia de la situación comprometida. La evaluación a cargo de cada órgano competente, de aquellas que hubiesen sido recurridas, ha de corresponderse con un estudio circunstanciado, dentro de la urgencia del asunto, a tenor de las pautas y directrices que más adelante serán enunciadas en esta sentencia, considerando la situación y en su caso con audiencia de la víctima (cfr. art. 57, Reglas de Brasilia), sin mengua de todo otro elemento que se estimare de realce.*

- *es igualmente pertinente exhortar a la Legislatura (cfr. CSJN, Fallos: 328:1146, considerandos 58 y 60; este Tribunal, en causas P. 83.909, resol. de 19/12/2007; A. 76.268, “Albini”, resol. de 20/11/2019; Q. 70.086, “Paccini” y Q. 76.087 “Piacquadio”, ambas resols. de 07/08/2019, entre muchas otras) para*

que evalúe la forma de readecuar la legislación procesal con el fin de garantizar plenamente, en la Provincia de Buenos Aires, los derechos de las víctimas que se reconocen en la ley 27.372.

- *La mera remisión a la clasificación de los delitos en leves y graves, que en el fallo se instala como rígido umbral diferenciado carece de base legal. En cuanto dispensa los casos leves de la valoración de las particularidades que deben ser ponderadas en cada situación concreta, su observancia no garantiza el dictado de una sentencia fundada con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa.*

- *La gradación de las escalas penales importa sólo uno de los parámetros objetivos para apreciar la gravedad del hecho, mas no debe erigirse en el único cartabón a emplear a modo de regla omnicomprendensiva. La mera remisión a la clasificación de los delitos en leves y graves, que en el fallo se instala como rígido umbral diferenciado carece de base legal. En cuanto dispensa los casos leves de la valoración de las particularidades que deben ser ponderadas en cada situación concreta, su observancia no garantiza el dictado de una sentencia fundada con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa.*

- *V.2.b. La gradación de las escalas penales importa sólo uno de los parámetros objetivos para apreciar la gravedad del hecho, mas no debe erigirse en el único cartabón a emplear a modo de regla omnicomprendensiva.*

- *V.2.c. Entre otros factores dignos de consideración bajo los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, cobran relevancia los siguientes:*

- *los bienes jurídicos afectados,*
- *las condiciones personales del procesado o condenado (arg. art. 163, CPP),*
- *el grado de intervención asignada al procesado o condenado por el delito,*
- *las modalidades de la comisión del delito (v. gr. la forma en que se afectó el bien jurídico, los medios empleados y las particulares relaciones con las víctimas; arg. art. 163, CPP),*

- *el nivel de organización delictual en que ha sido perpetrado,*
- *la pena en expectativa o la ya establecida,*
- *el examen del nivel de avance del proceso y de los riesgos procesales,*
- *la situación de la víctima al momento de la decisión y, entre otros aspectos, su relación con el domicilio constatado del procesado o condenado reclamante,*
- *la consideración de la existencia de lugares especialmente destinados por el sistema carcelario para alojar personas en riesgo sanitario agravado,*
- *todo otro factor a sopesar prudencialmente por el órgano judicial competente.*

V.2.d. Dentro de la urgencia comprometida, el examen circunstanciado a la luz de las pautas antes señaladas ha de efectuarse sin descuidar el enfoque sobre la situación de la víctima, en especial, su vulnerabilidad —v. gr.: en casos de violencia familiar o de género o agresión sexual, al sólo efecto enunciativo—.

En el supuesto de las víctimas de delitos de violencia de género, debe tenerse en cuenta el estándar de protección para su seguridad y la de sus familiares, el principio de indemnidad y la necesidad de prevenir intimidaciones, represalias o riesgos como consecuencia de sus denuncias.

V.2.e. Debe asignarse prioridad al trámite de las peticiones articuladas en favor de las personas que integran el universo de riesgo, a fin de dirimir las con la mayor celeridad posible y con participación de las partes interesadas (arts. 15, Const. prov.; 2, 3, 79, 82, 83 incs. 3° y 8°, 86, 108, 174 y concs., CPP; 11 bis, ley 24.660 y arts. 1, 56 de las Reglas de Brasilia, e.o.).

V.2.f. Bajo esos parámetros, los supuestos abarcados en los apartados IV y V del fallo que aquí se revisa, se reencauzan para su resolución por cada órgano judicial competente. se hace lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto[-]; con el siguiente alcance: 1°. Reencauzar los

supuestos abarcados en los acápite IV y V del fallo del Tribunal de Casación Penal para su tratamiento y resolución con celeridad por cada órgano judicial competente, de acuerdo a las directrices enunciadas en los apartados V.2.a. hasta V.2.e. 2°. Las morigeraciones de la coerción impugnadas y ejecutadas en contravención al art. 163 del Código Procesal Penal deberán ser evaluadas con celeridad por el órgano judicial competente, dando intervención a las víctimas en los términos de lo establecido en el apartado IV.7., a tenor de las directrices enunciadas en los apartados V.2.a. hasta V.2.e. y de toda otra que se considerase adecuada según una prudente valoración de las circunstancias existentes. 3°. Adecuar lo resuelto en el punto VI del fallo del Tribunal de Casación Penal y disponer que los órganos judiciales competentes revisen y evalúen las prisiones preventivas de los imputados a su disposición, mediante un juicio debidamente motivado, en función de las directrices enunciadas en los apartados V.2.a. hasta V.2.e. y considerando los derechos de las víctimas. 4°. Adecuar lo resuelto en el apartado VII del fallo del Tribunal de Casación Penal, con el alcance que surge de la aclaratoria del día 13 de abril del corriente año, y disponer que los órganos judiciales competentes revisen y evalúen sus decisiones, mediante un juicio debidamente motivado, de acuerdo a las directrices enunciadas en los apartados V.2.a. hasta V.2.e. y considerando los derechos de las víctimas. 5°. Confirmar lo resuelto en el apartado VIII del fallo del Tribunal de Casación Penal, en cuanto reitera la prohibición de mantener alojados en Comisaría personas de sesenta y cinco años de edad, según se estableciera en el art. 3 de la resolución Nº 52/2020 del Tribunal. 6°. Revocar el apartado IX del fallo del Tribunal de Casación Penal, debiendo establecerse que las peticiones, solicitudes, habeas corpus o demás reclamos que se originen en el marco de la presente, se decidirán conforme con las reglas que gobiernan sus respectivos trámites, con especial ponderación de las directrices y guías delineadas precedentemente. 7°. Recordar la vigencia de la prohibición de alojamiento en Seccionales Policiales de personas enfermas, menores de edad y mujeres embarazadas (arts. 2 y 3 resol. SCBA Nº 52/2020) y

de la Norma Práctica aprobada por resolución de esta Corte N° 3342/2019. 8°. Exhortar a la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires a abordar en un plazo razonable el examen y decisión sobre las adecuaciones que estimare corresponder a la legislación provincial vigente, en materia procesal y de ejecución penal, a fin de hacer efectiva la Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos N° 27.372 (BO de 13/07/2017). 9°. Recordar al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires la importancia de ajustar las medidas y programas a su cargo de carácter específico para atender la pandemia en el contexto de situaciones de encierro a las recomendaciones y directivas emanadas de la Organización Mundial de la Salud y el Comité Internacional de la Cruz Roja, entre otras entidades dedicadas a la problemática sanitaria aquí abordada. 10°. Hacer saber la necesidad de profundizar los esfuerzos para ampliar los canales de comunicación e información existentes, entre otros, el de la Mesa de Diálogo conformada por el decreto 24/2019, con el fin de generar espacios más plurales y eficaces para consensuar, a partir de un abordaje integral sobre el cuadro de situación de las condiciones de detención en la Provincia, las orientaciones generales, los planes y los programas que sean menester adoptar y sostener respecto de tan grave y acuciante problema estructural. Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes, al Tribunal de Casación Penal, a los Presidentes de las Cámaras de Apelación y Garantías en lo Penal y, por su intermedio, a los jueces y tribunales con competencia en materia penal y penal juvenil, y, oportunamente, devuélvase. Suscripto y registrado por el Actuario firmante, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/2020). — Daniel F. Soria. — Eduardo N. de Lázzari. — Sergio G. Torres. — Hilda Kogan. — Luis E. Genoud. — Eduardo J. Pettigiani.

Decisorio de la SCJBA: Resolución N° 12/20

Voces: COVID19, Situaciones de violencia familiar y de género en contexto pandémico, utilización de las TICs (Whatsapp) para encauzar la situación en aislamiento.

Sumarios:

Dado que las medidas de aislamiento dispuestas a fin de mitigar la propagación del COVID 19, probablemente recrudecerán las situaciones de violencia familiar y de género, y que la combinación de ambas situaciones (encierro y recrudecimiento de las violencias), constituirá un obstáculo grave para el acceso a la justicia de las personas que se vean sometidas a las mismas (imposibilidad de contactarse con su abogado), se prorrogan, como medida general, hasta el 31 de marzo de 2020 y/o hasta que la situación de aislamiento social, preventivo y obligatorio cese, las medidas cautelares o de protección judicialmente decretadas (exclusión del hogar; prohibición de acercamiento y contacto; perímetros de exclusión; otorgamiento de dispositivos de alerta; internaciones; o, cualquier otra que haga a la protección de personas) por situaciones de violencia familiar, de género, restricción a la capacidad o adultos mayores, salvo que el juez de la causa tome una decisión en contrario en el caso en concreto y/o que la propia víctima o parte solicite su cese o una medida distinta.

Texto de la resolución:

La declaración del estado de emergencia sanitaria decretada en el ámbito de toda la Provincia de Buenos Aires (Dec.-202-132-GDEBA); las medidas extraordinarias adoptadas por la Suprema Corte de Justicia y la Presidencia para abordar dicha problemática (v. gr., Resolución de Corte N° 386/2020; y, de Presidencia N° 10/2020); el agravamiento del estado de situación que motivase el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia Nacional N° 297/2020; y, la delicada y problemática situación existente en materia de violencia familiar y de género a nivel provincial; y,

Considerando:

I. Que las medidas de aislamiento dispuestas a fin de mitigar la propagación del COVID 19 y sus efectos, probablemente recrudecerán las situaciones, lógicas y prácticas de violencia familiar y de género a que se ven sometidas las personas en situación de vulnerabilidad en general y las mujeres en particular.

Que la combinación de ambas situaciones (v. gr., encierro y recrudescimiento de las violencias), constituirá un obstáculo grave para el acceso a la justicia de las personas que se vean sometidas a las mismas (v. gr., imposibilidad de contactarse con su abogado), las cuales requieren de medidas urgentes para garantizar su derecho fundamental a la vida e integridad.

Que muchas de las medidas de protección dispuestas por los jueces y juezas de la provincia con anterioridad a la emergencia sanitaria declarada y al dictado de la Resolución de Corte N° 386/2020, pueden haber expirado, vencido o estén próximas a hacerlo, sin que la víctima —en el contexto descripto— haya podido urgir en debida forma su renovación o prórroga (v. gr., exclusión del hogar; prohibición de acercamiento y contacto; perímetros de exclusión; y/u, otorgamientos de dispositivo de alertas).

Que, en el marco de las directrices dispuestas por la Suprema Corte y la Presidencia tendientes a abordar la emergencia en curso, los Juzgados de Familia y los de Paz han manifestado por diversos medios su preocupación por la situación de las víctimas de violencia familiar y de género y la problemática de las interacciones por restricciones a la capacidad o de adultos mayores dispuestas, agudizada por las acciones de emergencia sanitaria de público conocimiento. Solicitan en tal sentido, la posibilidad de dictar una medida de alcance general que prorrogue de oficio tales resoluciones en el marco de las facultades conferidas por el artículo 11 de la Resolución N° 386/2020.

Que las limitaciones de personal existentes en los Juzgados producto de las distintas medidas dispuestas por la Suprema Corte de Justicia y su Presidencia a fina de cumplimentar con la emergencia sanitaria declarada, tornan dificultoso operativamente la actualización de las medidas cautelares y de protección sujetas a vencimiento.

Que, por otra parte, la respectiva notificación en cada causa podría poner en peligro a la propia víctima, si se diese el caso de que llegase una comunicación que no ha sido motivada en el

caso en particular (v. gr., el grupo familiar se encuentra en fase de reconciliación).

Que constituye un deber calificado del Estado y de cada una de sus autoridades públicas, mantener la debida vigilancia y adoptar medidas positivas que resguarden y protejan a dichos colectivos, obligación que se ve agravada en razón de la situación de emergencia dispuesta y las consecuencias que el confinamiento decretado puede —necesaria, probable y razonablemente— conllevar en términos de compromiso vital de derechos fundamentales (arts. 75 incisos 22, 23 y concs., Constitución Nacional; 36 y concs., Constitución Provincial; 2, 5, 11 y concs., CEDAW; 1, 7, 8 y concs., Convención de Belém do Pará; 1, 7, 26 y concs., Ley N° 26.485; 1 y concs., Ley N° 26.657; y, Leyes N° 12.569, 15.134 y 14.407; 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad).

Que, en el marco de las graves y excepcionales circunstancias descriptas, resulta apropiado disponer una medida de carácter general por la cual se prorroguen hasta 31 de marzo del presente y/o hasta que la situación de aislamiento social, preventivo y obligatorio cese, todas las medidas cautelares o de protección judicialmente dictadas en causas abiertas, salvo que el juez de la causa tome una decisión en contrario en el caso en concreto y/o que la propia víctima o parte solicite una medida distinta.

II. Que, en línea con lo expuesto, las mujeres en situación de aislamiento social, preventivo y obligatorio, pueden ver dificultado o imposibilitado el acceso a los medios habituales de comunicación y denuncia de situaciones de violencia de familiar y/o de género.

Siendo ello así, corresponde articular las medidas necesarias para garantizar el adecuado funcionamiento de los servicios destinados a la protección de las víctimas de violencia, así como la adaptación de las modalidades de prestación de los mismos a las circunstancias excepcionales a las que se ve sometida la ciudadanía en la emergencia declarada.

En este marco, es imprescindible llevar adelante acciones de apoyo y colaboración técnica-operativa adecuadas para la más eficaz utilización de los procedimientos y recursos, a fin de minimizar las posibles consecuencias negativas en la vida de muchas víctimas de violencia familiar y de género derivadas de las medidas de confinamiento dispuestas.

Por ello, el Sr. Presidente de la Suprema Corte de Justicia, en función de los poderes implícitos que asisten al Tribunal —particularmente en estas circunstancias de emergencia—, en ejercicio de sus atribuciones y las conferidas por los artículos 10 y 11 de la citada Resolución N° 386/2020, resuelve:

Art. 1° - Considerar prorrogadas hasta el 31 de marzo del presente año y/o hasta que la situación de aislamiento social, preventivo y obligatorio cese, las medidas cautelares o de protección judicialmente decretadas (v. gr., exclusión del hogar; prohibición de acercamiento y contacto; perímetros de exclusión; otorgamiento de dispositivos de alerta; internaciones; o, cualquier otra que haga a la protección de personas) por situaciones de violencia familiar, de género, restricción a la capacidad o adultos mayores, salvo que el juez de la causa tome una decisión en contrario en el caso en concreto y/o que la propia víctima o parte solicite su cese o una medida distinta.

Hacer saber a las fuerzas de seguridad provincial y municipal de dicha circunstancia a efectos de que, cuando las víctimas requieran de su protección, sepan que las medidas oportunamente dispuestas se encuentran vigentes.

Art. 2° - Disponer que la prórroga dispuesta por el artículo antecedente no deberá notificarse en cada causa judicial, a fin de evitar poner en peligro a la propia víctima por comunicaciones infundadas en el caso en particular.

Art. 3° - Autorizar a los Juzgados de Familia y de Paz en turno a recibir las denuncias por violencia familiar o de género provenientes de las respectivas Comisarías por cualquier canal telemático en los teléfonos oficiales, incluso utilizando la aplicación de mensajería instantánea WhatsApp o equivalente,

de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1.3. a) de la Resolución de Presidencia N° 10/2020.

Art. 4° - Sin perjuicio de las previsiones de la Resolución de Presidencia N° 10/2020, disponer que una vez recibida la denuncia el órgano judicial podrá utilizar los medios telefónicos y telemáticos a su alcance (incluida la aplicación WhatsApp) para informar de manera inmediata a las partes y/o autoridades competentes:

a) El Juzgado de Familia o de Paz que tomará intervención en el caso.

b) Los teléfonos y canales específicos para comunicarse de acuerdo al juzgado donde esté radicada la causa.

c) Cualquier medida que pudiese decretarse o disponerse en la causa, a efectos de su cumplimiento.

d) El envío y requerimiento de información relevante de la causa.

También podrán utilizarse dichos medios para la celebración de audiencias. Todos los actos que se realicen por aquellos medios gozarán de plena validez.

Art. 5° - Solicitar al Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual; de Seguridad; Justicia y Derechos Humanos; a las restantes autoridades provinciales competentes en la materia; y, a los Municipios que:

a) Arbitren los medios para crear un ente u órgano de recepción de los pedidos judiciales y de coordinación para evaluar las prioridades y programación de lo requerido, y la colaboración policial pertinente.

b) En el supuesto de soluciones crónicas y prolongadas de personas con restricciones a la capacidad o adultos mayores, se solicita que se procure mantener el aislamiento sanitario correspondiente, con el objeto de proteger adecuadamente su persona y evitar el contagio por el COVID 19.

c) Informen sobre cuáles son los recursos en sus respectivos ámbitos territoriales, telefónicos y on-line, para la actualización

de recursos contra la violencia de género —tanto presenciales como no presenciales— disponibles en la situación actual, a fin de articular con los Juzgados de Familia en turno y de Paz y, en su caso, concertar las tareas de coordinación y articulación interinstitucional necesarias en el marco de la emergencia.

Art. 6° - Solicitar al IOMA, Obras Sociales, Mutuales y cualquier prepaga, arbitren y extremen los medios para poder informar e intercambiar eventualmente información con los jueces intervinientes de manera telemática de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Resolución de Presidencia N° 10/2020, a los fines de optimizar la respuesta sobre problemas planteados en los procesos judiciales en la presente situación de emergencia.

Art. 7° - Instruir a la Subsecretaría de Tecnología Informática que se provea de celulares adicionales a los Juzgados de Familia en turno, solicitando —en caso de no contar con ellos— la colaboración al efecto a los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual.

Art. 8° - Hacer saber a la Subsecretaría de Tecnología Informática que los números de teléfonos de los Juzgados comprendidos en la presente, deberán encontrarse publicados en la página oficial de la Suprema Corte de Justicia de forma sencilla, a fin de asegurar su efectiva accesibilidad.

Art. 9° - Póngase en conocimiento la presente en el próximo Acuerdo de Ministros.

Art. 10. - Regístrese y comuníquese lo aquí resuelto vía e-mail y publicarlo en las páginas Web de la Suprema Corte de Justicia; a las fuerzas de seguridad provincial y municipal, a fin de que la notifiquen efectivamente a todas sus reparticiones por los medios más ágiles y eficaces; a la Defensoría del Pueblo; a la Procuración General provincial; a los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Seguridad, Salud y de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual; al IOMA;

al Boletín Oficial; y, al Registro Único de Casos de violencia contra las Mujeres, encomendando a la Dirección de Comunicación y Prensa de la Suprema Corte de Justicia su difusión en los medios de comunicación masiva. — Eduardo N. de Lázzari.

TRABAJOS DE GRADO Y POSGRADO



Obra de Eleonora Calderón
Pandemonium

Infierno

No hubo más que un cielo imaginario,
brujas de cuerpitos quemados,
la ética del espíritu santo depositada
como lengua de fuego sobre nuestras cabezas.
Pólvora y ¡fuego! La muerte
de razas inferiores,
la línea absurda del petróleo.
El lenguaje, suerte de pólvora sofisticada,
no resultan nuevas las frases "morite de amor"
o "muerto de hambre"
Mi viejo solía decir
"el secreto está en la sangre"
Casualidad roja. El amor como pozo de lava
angustia y ardor de estómago
coinciden ahí
en el sorbo de vino.
Las palabras serán cenizas
cuando la poesía tenga ojos de sangre
en la conquista.

Yo, que ardo cuando escribo duelos y recuerdos
¿quién seré mañana cuando me levanto?
La hoguera está:
caballo o Ave Fénix.

Autora: María Florencia Salvatore

Aborto legal o aborto desigual: Penalización del aborto a la luz de la ley de identidad de género¹

*Legal abortion or unequal abortion:
Criminalization of abortion in light
of the gender identity law*

*Estefanía Evelin Guercioni*²
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 261-298
DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e399>

I. Introducción

En la actualidad existe un combate jurídico, ideológico y moral, que gira en torno a la legalización del acceso al aborto legal, seguro y gratuito. Más allá de la procedencia de los argumentos esgrimidos por aquellos que se encuentran a favor y en contra del proyecto de legalización del aborto, no hace falta indagar mucho en ellos para toparse con fundamentos misóginos y discriminatorios –de ambos lados del debate–. En ese afán de “velar por la vida del niño por nacer” y “proteger el derecho de las mujeres a elegir sobre su propio cuerpo”, se dejan de lado ciertas realidades que nos demuestran que la conducta que

¹ Trabajo elaborado en el marco de la asignatura “Sentencia Judicial y Argumentación Jurídica” y del Proyecto DeCyT UBA, 2018-2020, “Principios Jurídicos” a cargo del Dr. Juan Pablo Alonso, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Agradezco a John A. Carlín Sánchez, integrante del cuerpo docente, por la lectura y los comentarios. Los errores me pertenecen.

² Estudiante de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UBA.

se intenta restringir, no se circunscribe solo al género femenino, y esto puede resultar en un castigo discriminatorio por el ejercicio de esa conducta.

En el presente trabajo, comenzaré definiendo conceptos claves para comprender el análisis expuesto; repasaré el concepto de norma, las problemáticas que se suscitan en torno a ellas, el concepto de principios, y el concepto de ley penal y cómo esta debe interpretarse en función de los elementos que la componen.

Agregando citas y comentarios de juristas reconocidos intentaré darles sustento a las afirmaciones formuladas. Las citas a Alchourrón y Bulygin nos esclarecerán qué son las normas y cuáles son los problemas que ellas presentan. Introduciendo fragmentos de Zaffaroni podré explicar cómo deben interpretarse y aplicarse las normas penales. Nuevamente con Alchourrón y Bulygin incluiré información, sobre qué son los principios y cómo es su funcionamiento.

Una vez definidos los conceptos de norma, principios, normas penales y su funcionamiento, pasaré a integrar las normas específicas en cuestión explicando cada una de ellas en sus partes pertinentes para desarrollar la idea central del trabajo.

El origen del conflicto normativo a tratar surge de la formulación normativa de los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal Argentino, que prevé la sanción de prisión para la mujer que causare su propio aborto o que prestara consentimiento para que otro se lo causare.

El mencionado conflicto encuentra fundamento en el hecho de que, hoy en día, y en virtud del derecho a la rectificación de Identidad de género, no solo las mujeres pueden resultar gestantes, y en consecuencia el aborto ya no es una práctica circunscripta solo a las mujeres.

Desde el año 2012, la Ley N° 26.743 –en adelante, Ley de Identidad de Género– consagra el derecho a la identidad de género de las personas, definiendo los alcances del concepto “identidad de género”, estableciendo procedimientos para el

acceso al ejercicio de ese derecho y sancionando todo tipo de falta al trato digno de las personas, en consonancia con lo dispuesto por la Ley Nacional N° 23.592 –en adelante Ley contra actos discriminatorios–.

Asimismo, como la libertad sexual y la identidad de género son derechos humanos consagrados a nivel nacional e internacional, trataré lo que dicen al respecto la opinión consultiva OC-24/17 emitida por la CIDH, y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con los fallos “Comunidad Homosexual Argentina c/ Inspección General de Justicia” y “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia”.

No entraré en el análisis del género como algo “natural” o “biológico” ya que es una discusión ampliamente dada y, a mi entender, resuelta en el campo de lo jurídico con la promulgación de la Ley de Identidad de Género. Me limitaré a partir de la idea de que la Ley de Identidad de género es tajante respecto de lo que se quiere decir con género, haciendo un breve análisis de esta, ya que es necesario comprender sus alcances para entender cómo esta entra en juego en el campo de la penalización del aborto.

Llegando al final de esta monografía se hará un breve análisis de lo que sucede desde el punto de vista de los sistemas normativos.

Por último, elaboraré una breve conclusión personal sobre por qué sostengo que la penalización del aborto, con la introducción de la Ley de Identidad de Género, vulnera el principio constitucional de Igualdad.

II. Las normas y el problema de su aplicabilidad

II.A. Concepto de norma

La obstaculización de la aplicación de las normas a los casos concretos no es propia del problema a tratar y sucede constantemente en todos los ámbitos del derecho, porque las

normas dependen de cómo estas son formuladas y de la voluntad legislativa al promulgarlas.

La teoría jurídica examina el problema del significado de las formulaciones utilizando la concepción lingüística mixta para determinar qué es una norma.

Siguiendo la concepción lingüística mixta las normas son el resultado de la conjunción de una formulación normativa como expresión lingüística y el significado de la voluntad real del legislador, por lo tanto, las normas son enunciados significativos.

Al momento de legislar, quienes están a cargo de la creación de normas están inevitablemente limitados para observar la universalidad de casos que deben regular, por lo tanto, es imposible que el legislador le dé a la norma un significado que aplique a todos los casos concretos, sin mencionar que estos formulan normativas para casos meramente abstractos.

Las normas al ser formulaciones lingüísticas están formadas por palabras, las cuales siempre se encuentran dotadas de significados. Las significaciones dadas a las palabras son tan numerosas como la cantidad de intérpretes de las mismas, estos intérpretes encuentran significados en las palabras en base a sus apreciaciones personales que dependen de factores culturales, sociales, raciales, generacionales, entre otros. Y dado que cada individuo puede hacer una interpretación meramente personal de la significación de cada palabra, y como quienes conforman los órganos creadores de normas son seres humanos individuales, es imposible que estos formulen normas que contemplen la totalidad de los casos y las interpretaciones que pueden hacerse de ellas, y es por eso que constantemente nos encontramos con conflictos interpretativos de las normas, que si no se dan por discrepancias interpretativas, se suscitan por la evolución constante del lenguaje y las sociedades destinatarias del mismo.

II.A.1. Normas penales y cómo interpretarlas

Las normas penales son normas que tienen por objeto penalizar conductas fijadas por las mismas. Es su formulación;

dado que las todas normas son enunciados significativos, la normativa penal no es la excepción respecto de la importancia de su formulación y la voluntad legislativa que le dan origen. En la formulación de la norma penal conviven conductas y elementos, que en conjunto forman el ámbito de lo que la norma busca sancionar, y es importante identificarlas para no excederse al momento de aplicar la norma al caso concreto.

Zaffaroni al respecto de las normas penales explica:

“...no se puede averiguar el carácter delictivo de una acción sin fijar antes su prohibición, (c) Su formulación legal es necesaria al derecho penal, porque sin ella éste no puede llevar a cabo una interpretación reductora del ámbito de lo prohibido, que debe partir de una limitación semántica. El tipo se expresa en lenguaje y éste jamás tiene precisión limitativa. Es un error pretender que el tipo fija lo prohibido, cuando en realidad el tipo proporciona un ámbito máximo de lo prohibido, que no puede exceder de su resistencia semántica pero que aun así es enorme. Si se entendiese como prohibido todo lo que cabe en el sentido literal de los tipos penales, el poder punitivo resultante sería inmenso, arbitrario e insoportable, por perfecta que sea la formulación típica de cualquier código. El tipo penal no es una fórmula que define lo prohibido, sino sólo una fórmula necesaria para que el derecho penal pueda interpretarla en forma reductora de los ámbitos de hipótesis de prohibición.”³

Lo cierto es que en el ejercicio del poder punitivo muchas veces se intenta forzar el caso concreto para que este “encaje” perfectamente en el tipo legal, o viceversa, se intenta “flexibilizar” el tipo legal para que este resulte describir la conducta a analizar en el caso concreto, cuando lo correcto según un ejercicio del derecho que respete los principios de legalidad y debido proceso -los cuales en materia penal son indiscutibles criterios de aplicabilidad últimos de las leyes penales- sería analizar acabadamente el tipo legal de manera restrictiva en

³ E. R. Zaffaroni, A. Alagia, A. Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, p. 434.

función del caso concreto, para asegurarse de que la norma describe exactamente la conducta dada en el caso dado y por ende, prescribe sancionarla.

El tipo penal es un instrumento legal, en gran parte de naturaleza descriptiva. Su función es individualizar las conductas humanas penalmente relevantes y los tipos legales nos señalan cuáles son las conductas que la ley no prescribe.

El tipo es necesario en términos lógicos porque sin el tipo sería difícil determinar la antijuricidad y la culpabilidad de una conducta que si no estuviera tipificada no sería relevante jurídicamente, y sin esa determinación los tipos penales serían aplicados de manera arbitraria y sujeta a la discrecionalidad del juzgador. Pero, sobre todo -y esto es lo que nos interesa particularmente respecto del tipo- el tipo legal es predominantemente descriptivo; porque los elementos descriptivos permiten individualizar una conducta, especialmente la significación del verbo y los sujetos que la realizan y los supuestos en los cuales la conducta está penada.

Por lo que no solo nos interesan los tipos penales en función de su interpretación lingüística si no en la interpretación lingüística del tipo y fundamentalmente de sus elementos.

Asimismo, Zaffaroni realiza un análisis de los elementos del tipo que nos es enriquecedoramente útil en el presente análisis:

“...Al realizarse el juicio de tipicidad, aparecen elementos que son individualizables a través del lenguaje común (mujer, por ejemplo), del lenguaje científico (como estupefaciente) o del lenguaje jurídico (como funcionario). Se trata de elementos que son interpretables y que pueden llamarse descriptivos en atención a la tradición. Los que requieren una precisión jurídica no dejan de ser descriptivos en este sentido, dado que su naturaleza no cambia porque para precisarlos deba aludirse al derecho en lugar de hacerlo a la medicina o a la física. La discusión en cada tipo, acerca de los elementos mencionados y su interpretación, generalmente gira en torno a la opción entre un entendimiento técnico y otro

corriente de los vocablos empleados, y es siempre una cuestión de extensión de los conceptos interpretables, o sea, de elección entre conceptos que tienen la misma naturaleza.”⁴

El problema es que los tipos son a veces absolutamente descriptivos. Cuando los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal se refieren a la “**mujer**”, precisar lo que es una **mujer** parecería no requerir valoración alguna porque el concepto de **mujer** es descriptivo. Es que los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal al introducir el concepto “**mujer**” como elemento necesario del tipo, deja fuera una numerosa cantidad de casos donde pueden existir abortos, que en los hechos no son necesariamente son consentidos o practicados por una mujer.

Lo que sucede respecto de la tipicidad contenida en los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal y su elemento limitador no es un problema de interpretación, porque el elemento “**mujer**” no es vago ni ambiguo –o al menos no es en lo que nos ocupa en este trabajo, porque existen precisiones jurídicas como la ley de identidad de género que nos fijan la pauta de cómo interpretar ese elemento–, sino que el elemento del tipo incluido en dicho articulado circunscribe la penalización de la conducta a una sola categoría de personas que pueden realizarla y las sanciona por su ejercicio, dejando afuera a aquellas personas que por un tecnicismo no entran en esa agrupación categórica, pero aún pueden realizar la conducta típica sin tener ninguna clase de consecuencia penal.

Ese tecnicismo da como resultado que, el aborto hoy en día, solo se encuentra penado en los casos donde la persona gestante que aborta es una mujer, sin tener en cuenta que no todos los gestantes actualmente y a los ojos de la ley, son mujeres. Como resultado de esa inobservancia respecto de la ley de identidad género y la pauta jurídica que de ella se puede inferir, de que mujer es quien se auto percibe como tal: ¿Obtenemos un

⁴ *Ibidem*, p. 437

trato discriminatorio, donde solo las gestantes que a los ojos de la ley son mujeres son penadas por abortar?

Ahí es donde comienza el conflicto jurídico: los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal –interpretada a la luz de lo dispuesto por la ley de identidad de género– y el principio de igualdad.

II.A.2. La norma penal, su pertenencia a un sistema jurídico y su aplicabilidad

El Código Penal con el que actualmente trabajamos los juristas y los estudiantes de derecho, no solo data del año 1921, si no que, también ha tenido, numerosas reformas hasta hoy, producto también de los cambios constantes dentro de la sociedad. Tantas fueron las reformas que ha perdido coherencia y se alteraron a las claras la proporcionalidad de las escalas penales y la tipificación de delitos. Un ejemplo de ello es la desproporcionalidad de las penas de los artículos 163 inciso 6º) y 119 primer párrafo del Código Penal, donde el delito de hurto de automóviles del artículo 163 inciso 6º) conlleva una sanción de 1 a 6 años de prisión, mientras el delito de abuso de menores del artículo 119 primer párrafo prevé una sanción de 6 meses a 4 años, por lo que el abuso de menores podría tener una pena menor que el hurto de un automóvil, poniendo la protección de la propiedad privada por encima de la integridad sexual de un menor.

El Código Penal no solo sufrió varias modificaciones, con el avance del tiempo se sancionaron leyes penales, y leyes que no son necesariamente penales pero que atraviesan directamente el lenguaje de las que sí lo son. Esto genera que la interpretación de las normas se vea afectada, y que gracias a ellas la voluntad legislativa termine en un entuerto respecto de la formulación normativa que sirve como medio lingüístico para la norma y el significado que el legislador pretendió atribuirle al enunciado normativo. Estas leyes no se encuentran integradas al Código y en consecuencia se origina una dispersión normativa que no guarda lógica con la codificación penal.

En total, a la fecha, el Código Penal de 1921 ha sufrido unas novecientas reformas parciales, para darnos como resultado el maltratado y casi irreconocible Código Penal Argentino.

Los problemas en relación con las normas que existen en el momento de la promulgación o derogación de otras normas, que dificultan la operatividad de las primeras, también son gajes de las ciencias jurídicas, y esto sucede porque los sistemas jurídicos son momentáneos. Cada vez que una nueva norma es agregada a un sistema jurídico, nos encontramos frente a un sistema diferente, porque el conjunto de normas que pertenecen al sistema es distinto.

En el caso de análisis nos encontramos inevitablemente frente a dos sistemas jurídicos⁵: el Sistema S1, donde el Código Penal con sus artículos 85, 86, 87 y 88, y la Constitución Nacional de 1994, con el principio de igualdad consagrado en su artículo 16, se encuentran vigentes; y el Sistema S2, donde los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal y el artículo 16 de la Constitución Nacional continúan vigentes, pero con la particularidad de que ahora se encuentra promulgada la ley de identidad de género, que también se encuentra vigente en el sistema S2.

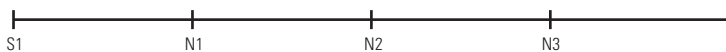
Gráfico de sistemas S1 y S2:



S1: Sistema 1

N1: artículos 85, 86, 87 y 88, Cód. Penal

N2: artículo 16, Constitución Nacional 1994



S1: Sistema 2

N1: artículos 85, 86, 87 y 88, Cód. Penal

N2: artículo 16, Constitución Nacional 1994

N3: Ley 26.743 de Identidad de Género

⁵ Donde en S1 se refleja la existencia simultánea de N1 y N2. En S2, la existencia simultánea de N1, N2, y N3 conforma un nuevo sistema de normas distinto de S1.

El segundo sistema nos deja con un problema de aplicabilidad de las normas; porque la aplicabilidad de los Artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal a la luz de la ley de identidad de género, es incompatible con el principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional, que sirve como criterio de aplicabilidad.

Al respecto de la relación entre vigencia y aplicabilidad de una norma, Eugenio Bulygin introduce términos como “tiempo interno” y “tiempo externo” de las normas, y nos explica cómo estos funcionan:

*“...las normas se refieren también a acontecimientos temporales. El tiempo en que los diferentes acontecimientos relevantes para un caso tienen lugar es determinante de la aplicabilidad de las normas a ese caso. La secuencia de todos los momentos temporales en los que la norma es aplicable a algún caso se llamará tiempo interno de la norma. El tiempo externo de la norma es una función de su pertenencia al sistema, el tiempo interno es una función de su aplicabilidad. Tiempo externo e interno de una norma no tienen por qué coincidir necesariamente. Una norma puede existir en un sistema o en varios sistemas sucesivos sin ser aplicable y viceversa...”*⁶

El que una norma pertenezca a S1 o S2 no es determinante de su aplicabilidad. Pero si tenemos en cuenta que existen criterios de aplicabilidad que también forman parte del sistema jurídico vigente, y estos se contraponen con las normas que también existen dentro de ese sistema jurídico, esas normas que no cumplen con los criterios de aplicabilidad no serían aplicables al caso concreto; en nuestro caso aunque los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal se encuentran vigentes en S2 (tiempo externo) los mismos no son aplicables (tiempo interno) por la vigencia en S2 de la ley de identidad de género y del principio de igualdad como criterio de aplicabilidad.

⁶ ALCHOURRÓN & BULYGIN, “Tiempo y Validez”, p.199.

II.B. Principios y su función como criterios de aplicabilidad

Se entiende por principios constitucionales o fundamentales, aquellas prescripciones que contienen directrices generales que delimitan el alcance axiológico y político de un determinado orden jurídico; son verdaderas normas jurídicas y forman parte integral del ordenamiento jurídico constitucional y como tal tienen el alcance de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la constitución.

Los criterios de aplicabilidad son meta normas de un nivel superior al resto de las normas, dirigidas a los jueces para que estos a través de ellas puedan establecer que norma de primer nivel es aplicable a un caso concreto.⁷

Los criterios de aplicabilidad fijan los momentos importantes, donde se determina qué normas pertenecientes a los sistemas que corresponden en esos momentos deben compararse.

A su vez establecen relaciones jerárquicas entre esas normas pertenecientes a sistemas distintos e imponen a los jueces el deber de aplicar aquella norma que resulte superior a las demás de acuerdo con esas relaciones jerárquicas.

Los criterios de aplicabilidad tienen diversos orígenes, y el criterio de aplicabilidad que nos interesa puntualmente en el caso de análisis es el que surge del artículo 16 de la Constitución Nacional; el principio de igualdad ante la ley.

II.C. Conflictos entre normas y principios

Establecidos los conceptos de norma, norma penal y su interpretación en materia penal, y el concepto de principios como criterios de aplicación de las normas, podemos decir que la forma de interpretar las normas penales debe someterse a los principios como esos criterios de aplicabilidad de las normas. También podemos decir que la función de estos principios es evitar el ejercicio desmedido por parte del estado del poder

⁷ *Ibidem*, p. 203.

punitivo, y garantizar que la norma sea ejecutada de la manera más “justa” posible.

Se observa en el presente análisis, que la conducta penada –en nuestro caso concreto, abortar– presenta un grave problema de la formulación normativa construida en abstracto, afectando la aplicabilidad de la norma penal en los casos concretos donde la conducta se reproduce, pero queda excluida la sanción por no cumplirse con uno de los elementos del tipo.

La interpretación de los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal, en función de la Ley de Identidad de Género, debe darse sobre la base de que existe un criterio de aplicabilidad que lo condiciona: el principio de igualdad.

Un sistema cambia porque se modifica alguna de sus consecuencias normativas, deja de ser el mismo sistema para convertirse en otro distinto del anterior.

Al introducirse una facultad implícita de la que antes no gozaban los seres gestantes -la de abortar y verse exento de las penas de los artículos 85, 86, 87 y 88 por haber ejercido el derecho de rectificación del género- se origina un nuevo sistema por modificarse las consecuencias normativas del sistema anterior.

II.D. El caso de análisis

II.D.1. Consideraciones previas sobre el caso de análisis

Está claro que desde la promulgación de la Ley de Identidad de Género el sistema normativo argentino no es el mismo. Lo interesante del caso es que la sanción de la Ley de Identidad de Género no sólo surtió los efectos perseguidos por el legislador, sino que también modificó el estatus jurídico de la penalización del aborto, creando una nueva categoría de personas que son capaces de gestar vida en su vientre e interrumpir esa gestación de manera voluntaria, sin ser alcanzadas por el tipo penal que persigue la sanción de esa conducta. Estas personas se encuentran en una circunstancia que las posiciona en una situación distinta y que las favorece respecto de las mujeres que abortan,

ya que a raíz del ejercicio de un derecho como la rectificación del género, y sin quererlo, se evaden las consecuencias jurídicas de una conducta delictiva a los ojos de la ley; mientras los gestantes que son hombres trans abortan y no les cabe sanción alguna por no encontrarse mencionadas en la norma que penalizan la conducta, aquellas personas gestantes que son mujeres serían penadas por el ejercicio de la misma conducta de abortar.

Resulta necesario aclarar que no es la rectificación del género una técnica de evasión de la ley, si no que en todo caso lo problemático es la falta de instrucción legislativa respecto de las temáticas en conflicto.

Desde el punto de vista de las normas, la Ley de Identidad de Género no solo generó un cambio en la base del sistema normativo en cuanto a la aplicación de los criterios de aplicabilidad –en nuestro caso de estudio, del principio de igualdad–, sino también en las reglas de inferencia, pues se crean nuevas situaciones jurídicas probables que permiten descartar la aplicación de las penas.

Todo lo expuesto *ut-supra*, constituye un vacío o laguna jurídica, en cuanto a que no se encontraría ni legislada ni regulada la conducta de la persona que se auto percibe como hombre, pero aún conserva la capacidad reproductiva del cuerpo femenino y decide abortar.

Kelsen expresó respecto de las llamadas lagunas lógicas que

“...En el caso de la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida. Y si en algunos casos se habla no obstante de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y si hubiera tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente.”⁸

⁸ KELSEN, Eudeba, *Teoría pura del derecho*, pp. 172-173.

Siendo más específicos, en este caso nos topamos con una laguna axiológica. Una laguna axiológica no es una simple laguna normativa; la laguna axiológica surge cuando una norma jurídica contempla algo que la sociedad no considera moralmente correcto, o viceversa, cuando la norma no contempla una determinada situación de hecho que necesita ser regulada debido a un aspecto moral. Las lagunas axiológicas se dan cuando la injusticia de la solución existe porque debería tomarse como relevante una propiedad que para el derecho no lo es:

“En este sentido, revisten particular importancia sus definiciones de los conceptos de laguna normativa, esto es, un caso definido en términos de las propiedades que han sido consideradas relevantes por la autoridad normativa al cual no se le ha correlacionado solución normativa alguna, y de laguna axiológica, que se produciría cuando, pese a la existencia en el sistema jurídico de referencia de una solución para cierto caso, tal solución es considerada axiológicamente inadecuada debido a que la autoridad normativa no ha tomado como relevante cierta distinción que debería haber sido tomada en cuenta.”⁹

En el caso concreto, el juez admitirá o no la existencia de elementos suficientes para considerar que el imputado es posible de ser condenado por los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal de la Nación, observando cuales son las propiedades relevantes del caso, y teniendo en cuenta el principio de igualdad como criterio de aplicabilidad de este.

II.D.2. Normas específicamente relevantes para el caso de análisis

II. D.2.1. El Principio de Igualdad

El principio de igualdad ante la ley es el principio constitucional que establece la irrelevancia de prerrogativas de sangre o de nacimiento, no admite títulos personales ni de nobleza, y

⁹ RODRÍGUEZ, “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, p. 349.

consagra la igualdad de todos los habitantes ante la ley, y la admisibilidad de estos en los empleos sin otra condición que la idoneidad.

La fuente normativa del principio de igualdad ante la ley surge del texto constitucional en su artículo 16.

La igualdad puede ser considerada de 3 maneras:

II. D.2.1.1. Igualdad de trato ante la ley formal

Esta es la interpretación tradicional de igualdad ante la ley. Todos los que forman parte de un mismo grupo conformado por el legislador deben tratarse de la misma manera. Sin embargo, no tenemos grado preciso de la validez de esa agrupación, ni cómo deben tratarse a los individuos incluidos en ella, ni qué características deben tener en común. Es la interpretación más restrictiva del artículo 16.

II. D.2.1.2. Igualdad de trato ante la ley material o como no discriminación arbitraria

La falta de precisión de la característica relevante, como para realizar la distinción que el Estado cometerá en su afán de regular el ejercicio de un derecho, le da origen a la idea de igualdad de trato ante la ley como discriminación no arbitraria.

Para perfeccionar el principio de “igualdad de trato en las mismas circunstancias”, deben determinarse de forma razonable las circunstancias elegidas como criterio para el trato diferente. Un criterio razonable que avalaría el trato diferente sería aquel que se relacione directamente con el fin de la norma, para que se pueda afirmar que no se viola el principio de igualdad si todos se encuentran en igualdad de circunstancias se los trata de igual forma –circunstancias relevantes, porque la circunstancia es el requisito mínimo para acceder a ese trato igualitario–. Pero este trato “genérico o neutral” parecería esconder la idea de que tratar a las personas de la misma manera significa tratarlos con igualdad, dejando de lado que en los hechos las desigualdades fácticas dejan a la idea de igualdad como un término abstracto

e inútil. No se tiene en cuenta la desigualdad fáctica a la que se enfrentan los sujetos de derecho en la realidad, sobre todo en los casos concretos, podemos identificar ese problema respecto de la existencia de mujeres que tienen capacidad de gestar y por lo tanto de provocarse un aborto, y por otro lado, la existencia de hombres trans biológicamente capaces para gestar y consecuentemente capaces para provocarse un aborto de igual manera.

II.D.2.1.3. Igualdad fáctica o discriminación positiva

El término discriminación positiva hace referencia a aquellas medidas cuya finalidad es reducir las prácticas discriminatorias en contra de sectores históricamente excluidos.

Para considerar la situación fáctica de quien es víctima de la desigualdad, no solo en los hechos, sino también en situaciones de exclusión social o de sometimiento por pertenecer a un grupo discriminado (en nuestro caso, las mujeres y las personas trans), se evalúa la situación particular de la persona, pero como parte del grupo discriminado. Esta forma de entender la desigualdad fue introducida en el artículo 16 de manera indirecta con la incorporación de medidas de acción positiva del artículo 75 inciso 23 a la Constitución Nacional en su más reciente reforma.

El artículo 75 inciso 23, consagra la facultad legislativa de promover medidas de acción positiva que garanticen una verdadera igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de derechos constitucionales y de tratados internacionales vigentes, respecto de derechos de los niños, las mujeres, los ancianos, personas discapacitadas, entre otros.

II.D.2.2. El derecho a la identidad de género como derecho humano

Los derechos humanos son un conjunto de premisas y/o derechos que le dan a todo ser humano la prerrogativa de ser respetado como tal y con todos los atributos de su humanidad. Los mismos pueden ser clasificados en: derecho a la dignidad y sus derivados (intimidad, honor, conciencia, etcétera); a la

vida (salud, etcétera); libertad, identidad, a la información, a la asociación, entre otros. Podemos afirmar que los derechos humanos se encuentran claramente alcanzados por el principio de igualdad y los incluye, con el fin de que todos los sujetos de derecho sean tratados como iguales, permitiendo su convivencia pacífica en sociedad.

El concepto de derechos humanos siempre abarcó un amplio abanico de derechos que se daban por sentado en la sociedad, pero con el avance de este concepto los derechos humanos fueron también mutando en su entidad y composición.

Con ese avance de las civilizaciones y los derechos humanos que estas consagran también surgieron normativas internacionales plasmadas en tratados internacionales que vinculan a los Estados que los ratifican al cumplimiento de ellos por sobre sus ordenamientos jurídicos.

La reforma de nuestra Constitución en el año 1994 derivó en una modificación importante en nuestras fuentes normativas, teniendo en cuenta que se le otorgó jerarquía de carácter constitucional a los Tratados sobre Derechos Humanos en el artículo 75 inciso 22, 2° y 3° párrafo.

Uno de los tratados sobre Derechos Humanos más importante de los que se encuentran consagrados en nuestro texto constitucional es el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–). Según el artículo 33 inc. b del mismo, es competente para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que se encuentra legitimada para brindar su interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, cuando sea consultada por los Estados miembros de la Organización, conforme el artículo 64 de la misma Convención. Estas consultas de los Estados miembros a la Corte Interamericana son evacuadas a través de Opiniones Consultivas.

En la opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 solicitada por Costa Rica, la corte se pronunció respecto de: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1., 3,7, 11.2, 13, 17, 18 y 24 , en relación con el artículo 1 de la convención americana sobre derechos humanos). Son clave las palabras de la CIDH cuando expresa:

“... las personas LGBTI también sufren de discriminación oficial, en “la forma de leyes y políticas estatales que tipifican penalmente la homosexualidad, les prohíben ciertas formas de empleo y les niegan acceso a beneficios, como de discriminación extraoficial, en la forma de estigma social, exclusión y prejuicios, incluso en el trabajo, el hogar, la escuela y las instituciones de atención de la salud”. Por ejemplo, todavía existen varios Estados de la región en los que se criminalizan las relaciones sexuales consensuales entre personas adultas del mismo sexo en privado, lo cual ha sido considerado por esta Corte y por diversos órganos de protección del derecho internacional de los derechos humanos como contrario al derecho internacional de los derechos humanos por violar los derechos a la igualdad y no discriminación, así como el derecho a la privacidad. Aunado a ello, este tipo de normas repercuten negativamente en la calidad de los servicios de salud, disuaden a las personas de recurrir a esos servicios, y pueden llevar a que se deniegue la atención o a que no existan servicios que respondan a las necesidades sanitarias específicas de las personas LGBTI e intersexuales. Además, en las jurisdicciones en las que se penaliza su comportamiento sexual, es mucho más probable que se supriman medidas preventivas que debieran ser ajustadas específicamente a estas comunidades. De la misma manera, el temor de ser juzgados y castigados puede disuadir a quienes practican un comportamiento homosexual de acceder a los servicios

de salud. Estos problemas se agravan en el caso de las personas que viven con el VIH/SIDA⁹⁸. Asimismo, el ACNUDH ha encontrado que, como consecuencia de este tipo de normas, es frecuente que las víctimas se muestren reacias a denunciar los actos de violencia perpetrados por un familiar por temor a las consecuencias penales que acarrearía la revelación de su orientación sexual.”¹⁰

La cita anterior es a todas luces clara cuando señala que el derecho a la identidad sexual y de género es indiscutiblemente un derecho humano, que se ve gravemente afectado por los impedimentos que sufren las personas LGBTI e intersexuales, y como ello puede repercutir en su vida sexual, afectiva, personal, privada y hasta familiar.

Respecto de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno, también en la jurisprudencia de la Corte Suprema, se puede advertir la recepción de algunas de las doctrinas y tesis protectorias de los derechos humanos, específicamente del derecho a la elección libre del género y la sexualidad.

Si bien el poder legislativo es el poder al que le incumbe la sanción de normas, se encuentra en cabeza del poder judicial el control constitucional de las normas sancionadas, ya que es custodio de los valores básicos del sistema político jurídico, y el medio de ejercicio de ese control son los fallos que estos emiten. Así, la Corte Suprema debe ejercer ese control respetando la Ley Fundamental tanto en las facultades que esta le asigna al órgano creador de normas, como en el texto de esta que consagra la jerarquía constitucional de los derechos humanos.

Existen dos fallos centrales de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde se tratan discusiones en torno a los derechos de las comunidades LGBTI e intersexuales.

En el fallo “Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia” (en adelante CHA) donde se discute si es ajustada a derecho la negativa de la Inspección

¹⁰ Corte IDH, Opinión consultiva OC-24/17.

General de Justicia al otorgamiento de personería jurídica requerido por la Comunidad Homosexual Argentina.

Luego de transitar todas las instancias previas, sin obtener la personería jurídica requerida, la CHA tuvo que promover recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación como última instancia para lograr el reconocimiento de su derecho como asociación, instancia en la cual, nuevamente recibió la negativa a su petitorio.

Uno de los votos que confirmó la resolución de la IGJ y de la Cámara de apelaciones denegando la personería, fue el del Dr. Belluscio, quien consideró que la asociación de la comunidad homosexual nada tenía que ver con el “bien común” y negó que estos sufrieran algún tipo de discriminación:

“El art. 33 del Código Civil, contrapone el bien común, esto es el de la sociedad en general, al interés particular de los individuos que crean la entidad, cuando exige que el primero sea el principal objeto de la asociación o fundación para que se autorice su funcionamiento como persona jurídica de carácter privado. En los Estatutos de la peticionante no resulta que su principal objeto sea el exigido por la ley. Por el contrario, se presenta como primordial el bien de sus propios integrantes, que parecen querer entablar su propia defensa contra una supuesta discriminación. Independientemente del juicio moral que pueda merecer una desviación del instinto sexual cuyos orígenes, no están bien precisados, tal discriminación no se da en nuestro país, donde -a diferencia de otros, inclusive en EUA donde la sodomía es delito cuya represión ha sido admitida como constitucional por la Corte- nunca ha existido punición penal de la homosexualidad y personas que padecen tal desviación han ocupado destacados lugares en la vida artística, literaria y aún científica. La ausencia de interés social es marcada en ciertos campos en donde se pretende excluir la discriminación, pues algunos son totalmente ajenos al legislador- que podría por ejemplo so color de impedir discriminación religiosa, imponer a una comunidad religiosa, la aceptación de

sacerdotes homosexuales- y otros resulta difícil interpretarlos ya que no se comprende en que consiste la “discriminación en lo familiar”, pues tampoco parece aconsejable, poner en un pie de igualdad a personas de conducta sexual desviada frente a instituciones como la adopción, tutela, aunque no se llegue al extremo de legalizar uniones homosexualesseudom matrimoniales. Aun cuando se admitiese que el concepto constitucional de bien común es que sostiene la recurrente (“todo aquello que haga posible que toda persona desarrolle plenamente sus potencialidades tendiendo al logro de su propia perfección”) no se advierte cual es la perfección que pueda alcanzarse mediante el desarrollo de la homosexualidad. La denegación de personalidad jurídica solicitada por la recurrente no viola derecho constitucional de asociarse con fines útiles. Tampoco está violada la ley 23.592 ya que la denegación no se funda en la condición de homosexual de los peticionantes, sino en el objeto de la entidad que pretende crear.”¹¹

Lamentablemente la CHA no pudo acceder a la personería pretendida. Del mismo fallo destacamos el voto en disidencia del Dr. Fayt, el que reivindicó los derechos de la comunidad homosexual a su protección, asociación, a la privacidad y a su dignidad, entre otros:

“Frente a la existencia de un grupo de personas, que pueden resultar afectadas en su dignidad, la que merece claramente protección constitucional, es legítima su organización a los efectos de la preservación de aquella. La protección de ese valor rector, la dignidad humana implica que la ley reconozca, en tanto no ofenda al orden y la moral pública, ni perjudique a un tercero, un ámbito íntimo e infranqueable de libertad, de modo tal que pueda conducir a la realización personal, posibilidad que por otra parte es requisito en una sociedad sana.”
 (...) *“La protección del ámbito de privacidad resulta uno*

¹¹ CSJN, “Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia”, disidencia del Dr. A. C. BELLUSCIO.

de los mayores valores del respeto a la dignidad del ser humano y un rasgo de esencial diferenciación entre el estado de derecho y las formas autoritarias de gobierno. Este es el sentido esencial que se le debe otorgar a lo que se ha dado en llamar el “derecho de las minorías” consagrado en constituciones modernas y que se induce en diversas disposiciones de la nuestra, arts. 16 y 19.”¹²

En disidencia también el Dr. Petracchi sostuvo:

“...las conclusiones de la IGJ acerca de que tal condición importa una anomalía psicológica y afecta, además, considerada en sí misma, la moral, las buenas costumbres, así como las bases de la institución familiar, por lo que aquella pública defensa no se compeadece con las exigencias del bien común, en modo alguno resulta arbitraria. En primer lugar, no se ha comprobado que esa pública defensa deba ser atendida como apología -alabanza, sino más bien como la lucha contra todo tipo de discriminación que pudiera afectar a las personas homosexuales, por lo cual dicha pública defensa se encuentra amparada por el art. 14 CN.”¹³

Por otro lado, distinto fue el caso del fallo de Corte “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia.”, donde también era pretendida la personería jurídica por la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual, contra la resolución denegatoria de la IGJ y confirmación de la misma por la Cámara de Apelaciones en lo civil, cuya sentencia resultó favorable para la actora:

“...el bien colectivo tiene una esencia pluralista, pues sostener que ideales como el acceso a la salud, educación, trabajo, vivienda y beneficios sociales de determinados grupos, así como propender a la no discriminación, es sólo un beneficio propio de los miembros de esa agrupación, importa olvidar que esas prerrogativas son

¹² *Ibidem*, disidencia del Dr. C. FAYT.

¹³ *Ibidem*, disidencia del Dr. E. S. PETRACCHI.

propósitos que hacen al interés del conjunto social como objetivo esencial y razón de ser del Estado de cimentar una sociedad democrática, al amparo de los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales incorporados en su art. 75, inc. 22.”(...)”Por respetable que sea la opinión personal de los jueces, ésta no puede prevalecer sobre las normas constitucionales ni con ellas se puede nutrir la elaboración dogmática de un concepto a partir del Código Civil en forma contraria a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales a ella incorporados.”¹⁴

También en esta sentencia se pronunció a favor de la actora el Dr. Fayt:

“...sostener, como lo hace el tribunal a quo, que el goce de igualdad de oportunidades de un sector determinado no hace al bien común de toda la sociedad configura una negación de aquella prerrogativa y una verdadera discriminación, inadmisibles en un tribunal de justicia, que contradice los fundamentos de normas federales, como la ley antidiscriminatoria 23.592, sin explicar el fundamento que habilitaría al Estado a conceder ciertos beneficios a unos y no a otros, ni dar un criterio objetivo o parámetros constitucionales que permitan conocer explícitamente las condiciones requeridas para ello... También considera irrazonable el actuar del Estado en tanto reconoce personalidad a determinados grupos, con una identidad sexual definida -comunidad homosexual- pero se la deniega en idénticas condiciones a otro, como es el conformado por los travestis y transexuales.”¹⁵

Mientras por un lado se acogen por los tribunales, la doctrina y la jurisprudencia los principios generales de los derechos humanos, otras normativas han surgido y están vigentes, y generan incoherencias con los principios generales del individuo.

¹⁴ CSJN, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia”.

¹⁵ *Ibidem*, voto del Dr. C. FAYT.

En este orden de ideas nos introducimos en el ejemplo elegido para desarrollar el presente trabajo: la incoherencia entre la vigencia y aplicación de los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal en el caso de las mujeres que abortan, y la inobservancia de la probable existencia de hombres trans que abortan, dejando sin efecto las protecciones de la Ley de Identidad de Género, de la Ley n° 23.592 -en adelante Ley contra actos discriminatorios-, del Pacto de San José de Costa Rica, y del principio de igualdad ante la ley de los ciudadanos consagrado en la Constitución Nacional.

II.D.2.3. La penalización del aborto

La prohibición de la práctica del aborto en **la mujer** se encuentra regulada en los artículos 85 a 88 del Código Penal Argentino, los cuales expresan que:

“ARTÍCULO 85. - El que causare un aborto será reprimido:

*1° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de **la mujer**. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de **la mujer**.*

*2° Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de **la mujer**.*

*El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de **la mujer**.*

ARTÍCULO 86. - Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

*El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de **la mujer** encinta, no es punible:*

*1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de **la madre** y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.*

*2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una **mujer** idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.*

*ARTÍCULO 87. - Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de **la paciente** fuere notorio o le constare.*

*ARTÍCULO 88. - Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, **la mujer** que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de **la mujer** no es punible.”*

Por lo expuesto en todos los artículos anteriores se determina que será obligatorio sancionar cuando **la mujer** gestante se provocare su propio aborto o prestara consentimiento a otro para que este lo cause. Si bien la sanción para **la mujer** que aborte se encuentra en el Artículo 88 del Código Penal, también se citan los artículos 85, 86 y 87 para reflejar que el problema de la introducción del término “**mujer**” en los tipos penales estudiados se presenta tanto en el artículo 88 como en los artículos 85, 86 y 87.

En los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal, podemos observar que los mismos se encuentran dirigidos a quienes causaren un aborto, pudiendo este ser un profesional de la salud, o no, e incluso la misma mujer encinta. Los elementos determinantes del tipo que nos interesan son “...**la mujer** que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare “, “...con el consentimiento de **la mujer**”, “...sin el consentimiento de **la mujer**”, y “...seguidos de la muerte de **la mujer**”. Se pone énfasis en esas formulaciones lingüísticas de la norma porque, valga la redundancia, son elementos determinantes del tipo, y esto quiere decir, que el aborto será punible en todos los casos de los artículos 85, 86, 87 y 88 cuando el aborto sea realizado sobre el cuerpo de una mujer, obviando que hoy en día no solo las mujeres pueden encontrarse encinta.

II. D.2.4. La Ley de Identidad de Género

La ley de Identidad de Género en su artículo 1° consagra el derecho a la identidad de género de la persona humana, al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género, y a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y en particular a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombres de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

En su artículo 2° se definen los alcances de lo que significa “identidad de género”, que es entendida por esta ley como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (el subrayado y las negritas me pertenecen).

Ahora bien, vamos a detenernos en esa definición de género como punto central de nuestro análisis de esta ley para establecer las reflexiones que podemos derivar de ella:

1) Una persona a quien se la designó mujer al momento de su nacimiento puede experimentar la vivencia interna e individual del género como la siente, y esta persona puede identificarse como hombre.

2) En base a la reflexión n° 1 podemos entender al género como una construcción social y una vivencia interna e individual.

3) En línea con la reflexión n° 2, podemos agregar que, el género es una construcción social pero que la vivencia interna e individual de una persona que se le asignó el género femenino al nacer, pero que se autopercibe como un hombre, no necesariamente quiere decir que esta no ejerza la vivencia personal de su cuerpo respecto de lo sexual y reproductivo como lo haría una mujer heterosexual, ni que resigne su función reproductiva de gestar por el mero hecho de autoperibirse como hombre.

4) Por todo lo anterior, y sin más preámbulo, es dable afirmar que hoy en día es posible, que un hombre trans -de

género masculino, hablando en términos de género como la construcción social que es- pueda ser perfectamente capaz de gestar vida en su vientre.

5) Por consiguiente, si un hombre trans es capaz de gestar vida en su vientre, este también es potencialmente capaz para causarse un aborto, o consentir que le practiquen un aborto.

El articulado presente en la ley de género prosigue estableciendo la forma de ejercer este derecho y los requisitos para la rectificación del sexo, cambio de nombre, etc.

A su vez, se destaca en su Art. 4° la innecesaria de intervención quirúrgica genital, ni la acreditación de terapias hormonales u otro tratamiento, lo que reafirma la posibilidad de ejercer el cambio de sexo sin resignar las facultades reproductivas propias del sexo de nacimiento. La ley continúa expresando que, una vez cumplidos todos los requisitos establecidos en la misma, y con el cumplimiento del trámite del artículo 6°, el ejercicio del derecho surtirá los efectos contenidos en el artículo 7° de la misma normativa.

El artículo 7^a dispone que los efectos de la rectificación del sexo y el/los nombre/s de pila, realizados en virtud de la mencionada ley, serán oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en el/los registros. Asimismo dispone que esta rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, de lo cual podemos inferir que, aún quienes ejerzan la rectificación de género, no solo podrán ejercer la paternidad/maternidad como lo deseen si no que tampoco podrá alterarse la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas correspondientes a la persona que fueran anteriores al ejercicio de ese derecho –y este artículo es el que deja zanjado cualquier cuestionamiento respecto de la Ley de Identidad de Género como mecanismo de evasión de obligaciones legales–.

Se introduce en el artículo 12 de la misma el derecho al trato digno; el trato digno se entiende como el respeto a la identidad de género adoptada.

Finalmente, para culminar, la Ley de Identidad de Género, en su artículo 13° designa la obligatoriedad de su aplicación. Por lo que toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo.

II. E. Interpretación del artículo 88 del Código Penal Argentino a la luz de lo dispuesto por la Ley 26.743 de Identidad de Género

II.E.1. Un ejemplo de caso concreto

En este apartado del presente trabajo, pasaremos a simular un caso concreto: en el caso propuesto una persona a quien se la designó como mujer al momento de su nacimiento, decide ejercer el derecho de rectificar su identidad de género, en función de que se autopercibe como hombre. Sin embargo, esta persona que ahora es un hombre, conforme las pautas fijadas por la Ley de Identidad de Género, ejerce su sexualidad de manera que se relaciona sexualmente con otros hombres y como resultado de esas vinculaciones, se embaraza. Más tarde decide interrumpir voluntariamente ese embarazo.

¿Cómo aplicaríamos la normativa penal que penaliza el aborto en este caso concreto? ¿A qué reflexiones podríamos arribar a partir del presente análisis?

De conformidad con las ideas de Zaffaroni tratadas en el inicio de esta monografía, el tipo penal es uno de los elementos del delito. Representa la base fáctica en torno a cuál gira la anti-juricidad, la culpabilidad y la punibilidad; por lo que, si nuestra conducta a analizar no encaja en el tipo penal, la misma no es

considerada típica, y como resultado no es posible aplicar la sanción prevista en ese tipo. La tipicidad es la correspondencia entre el hecho ocurrido en la realidad y el descrito en el tipo.

A su vez, la norma contiene elementos conceptuales del tipo, de carácter objetivo (descripción de hechos, cosas, personas, relaciones, sustentados en una naturaleza material objetiva, cuyo examen requiere una actividad mental sensorial cognoscitivo) y de carácter subjetivos (elementos psíquicos o internos del autor, que darán indicios o anticipos de antijuricidad, por ejemplo: situaciones anímicas como la emoción violenta). Existen otras clasificaciones de elementos del tipo penal que no son relevantes para la cuestión a tratar por lo que se las dejará de lado.

El problema que se nos presenta entre los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal y la Ley de Identidad de Género, se da en cómo la segunda afecta a los primeros respecto del tipo penal y sus elementos objetivos.

El elemento objetivo dado en los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal es **“mujer”**; para que la conducta descripta sea pasible de sanción, es estrictamente necesario que el elemento objetivo **“mujer”** se presente en el caso concreto en conjunto con la conducta penada del aborto.

Dado que, si en el caso concreto, un hombre trans, que es capaz de gestar vida en su vientre, decide interrumpir voluntariamente ese embarazo, y este caso fuera denunciado ante un juez, podrían darse dos escenarios:

- 1) El primero de los escenarios, sería el ejercicio del juez que aplicara los artículos 85, 86, 87 y 88 al caso a resolver, ignorando que el mencionado artículo no es pasible de ser aplicado porque no se cumple con los elementos del tipo, porque la Ley de Identidad de Género nos da una pauta clara de cómo debemos interpretar si una persona es una mujer o no lo es, y si esta pauta no se respeta, se estaría violando la aplicación de la Ley de Identidad de Género y todo lo dispuesto en ella -analizado ut-supra-, sin contar con que el juez estaría obviando

categoricamente la prohibición de analogía *in malam partem*, principio implícito en materia de derecho penal.

2) El segundo de los escenarios sería el ejercicio del juez en el cual este reconoce la imposibilidad manifiesta de aplicar los artículos 85, 86, 87 y 88 para darle solución al hecho controvertido, porque el juzgamiento ajustado a derecho del caso que respete todas las garantías constitucionales de legalidad y del debido proceso, son a las claras incompatibles con la aplicación de los artículos 85 y consiguientes a este supuesto donde el aborto no fue realizado por una **mujer**, ni con el consentimiento de una **mujer**, ni sin el consentimiento de una **mujer**, por no ser una **mujer** la persona gestante que decidiera interrumpir ese embarazo.

En términos de legalidad, el segundo escenario parecería el más probable y el más ajustado a derecho. Sin embargo, esta potencial solución al caso también presenta un problema; dejar de lado la aplicación de los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal en este caso concreto, resultaría lesivo del principio de igualdad ante la ley en otros casos donde la persona que abortara fuera una mujer, haciendo una distinción solamente basada en el género, y en materia jurisprudencial se abriría una puerta difícil de cerrar; se estaría dejando la operatividad de la norma a la suerte de un criterio discriminatorio por el cual, las mujeres serían penadas por abortar, y los hombres serían absueltos aunque hubieran realizado la misma conducta.

II. E.2. Frustración de la finalidad buscada por el legislador al penalizar el aborto

La finalidad de la penalización del aborto es básicamente, “evitar” la práctica de abortos, a través de una teoría de prevención general negativa que lo que sostiene es que la pena funciona apuntando a la generalidad de los individuos de una sociedad buscando que la coerción o amenaza de sanción conlleve el cumplimiento de tales normas.

Pero lo cierto es que no solo la amenaza de una pena no logra evitar la práctica de la interrupción voluntaria de embarazos, si

no que la prescripción normativa ni siquiera logra abarcar la universalidad de casos en los cuales podríamos identificar la conducta que se intenta evitar, todo esto como resultado de la inobservancia legislativa de la pertenencia del Código Penal a un sistema jurídico donde también existen normas que condicionan su aplicabilidad, sin mencionar que también existen principios que funcionan como criterios de aplicabilidad -como el principio de legalidad- que tornan incoherente al sistema jurídico y resulta en la inaplicabilidad de los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal.

II.D. Relaciones entre normas y entre normas y principios desde el punto de vista de los sistemas normativos

Según Alchourrón, habiéndose caracterizado el sistema de derecho como un sistema normativo cuya base está formada por enunciados de derecho válidos, que los juristas reformulen la base del sistema sustituyendo unos enunciados por otros, no afecta el contenido normativo y, por ende, la identidad del sistema, siempre que las consecuencias normativas sean las mismas.¹⁶

Esta circunstancia no se observa en el caso analizado, ya que sin quererlo con la promulgación de la ley de identidad de género, y todo lo que ella conlleva para la significación del género, tanto como esto afecta a los términos “hombre” y “mujer” y las prácticas biológicas intrínsecas de cada uno, se ignora que en los hechos se crea una categoría nueva de persona que no es mujer, que puede gestar, y que por lo tanto puede interrumpir esa gestación de manera voluntaria, y que la misma quedaría fuera de las consecuencias penales establecidas para esa conducta.

Al introducirse de esa manera el componente objetivo **mujer**, la figura del juzgador que tendrá a su cargo condenar o

¹⁶ ALCHOURRÓN & BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p.79.

absolver al imputado de abortar cobra mayor relevancia, y este debe adaptarse al sistema jurídico, a sus normas y principios.

En este caso estaríamos ante un conflicto entre normas y principios. Luis Prieto Sanchís en su análisis de la obra de Ronald Dworkin, sostuvo:

“... pretende mostrarnos una realidad jurídica mucho más rica y compleja, impregnada de elementos morales y compuesta no solo por “normas” específicas, sino también por “principios” que, si bien no pueden identificarse mediante la regla de reconocimiento u otro procedimiento análogo, deben ser y de hecho son ponderados por el juez a la hora de decidir un determinado conflicto o supuesto de hecho, en particular cuando se trata de un “caso difícil” para el que no se encuentra respuesta satisfactoria en el derecho explícito. Este sería el caso en el que el juez debe ponderar la circunstancia de cada imputado (...) cuando se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida, mientras que en los principios es necesario ponderar en cada caso el “peso” o importancia, de modo que su postergación ante un principio diferente no implica pérdida de vigor. Lo que supone, por tanto, que las normas constituyen tipos (estándares) fuertes, en el sentido de que ofrecen una razón suficiente para decidir el supuesto controvertido; los principios, en cambio, se presentan como modelos débiles, razones necesarias para decidir, pero que han de combinarse con otros elementos o criterios.”¹⁷

Esos “otros elementos o criterios” serán las circunstancias particulares del caso que serán evaluadas el juzgador.

El juez que se encuentre frente al caso de un hombre trans que se ha practicado un aborto, deberá fallar por la absolución del imputado dado que este es inocente de cometer un aborto a la luz de lo dispuesto por los arts. 85, 86, 87 y 88 si tenemos en cuenta que el sujeto acusado no es una mujer. En sí mismo parece un caso sencillo de resolver si se emplean

¹⁷ PRIETO SANCHÍS, “Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin”, pp. 356 y s.s.

adecuadamente las garantías y los principios penales propios del debido proceso. La dificultad surgiría al momento de juzgar con el mismo articulado a la mujer que se practique un aborto. El juez en ese caso -como en todo el resto de los conflictos judiciales- deberá contrastar las normas penales con principios, y teniendo en cuenta que los hombres trans serían inimputables del delito de abortar, resultarían explícitamente incoherentes las normas del Código Penal que sancionaran a la mujer por abortar frente al Principio de Igualdad ante la Ley consagrado en el artículo. 16 de la Constitución Nacional.

Según Dworkin, principios y reglas tienen ambas estructuras, y funciones diferentes, ya que se pueden sintetizar en 1) distintas maneras de regular las conductas; 2) distintas maneras de determinar su pertenencia a un ordenamiento jurídico.

Las reglas se aplican a las conductas “a todo o nada”; y los principios en cambio, dependen de la ponderación de los distintos principios en juego, de las consecuencias de la decisión y de un conjunto de circunstancias particulares que no se presentan ni se discuten cuando se juzga la aplicabilidad de una regla.

En nuestro caso de análisis las normas que se aplican “a todo o nada” son los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal, y con “a todo o nada” nos referimos a que el caso debe presentar todos los elementos del tipo para aplicar esas normas, y uno de los elementos necesarios es que el sujeto de la conducta sea una mujer, caso contrario, si el sujeto que aborta no es una mujer, la norma no será aplicable y por lo tanto el caso deberá ser desestimado.

Dentro del género de los principios Dworkin distingue entre directrices –los estándares que proponen un objetivo a ser alcanzado, una mejora en algún rasgo– y los principios en sentido estricto –como estándares que deben observarse ya que constituyen exigencias de “justicia equidad, o alguna otra dimensión de la moralidad–”.¹⁸

¹⁸ DWORKIN, Barcelona, *Los derechos en serio*, p. 72.

El principio de igualdad –incluso en cuestiones de género– no es solo una mera directriz, es un principio irrenunciable y un estándar que debe observarse en todo momento, ya que es la base de un debido proceso y del sistema de procesamiento de personas por cometer conductas típicas antijurídicas y culpables. De lo contrario, no habría criterio razonable para encarcelar y excarcelar personas, resultando en que el texto penal pasaría a ser inconstitucional y por lo tanto inútil a los fines de impartir justicia.

Nos refiere Alonso que Alexy, al respecto de conflictos entre reglas y principios, aporta otra óptica, ya que según la misma los conflictos entre reglas solo se solucionan introduciendo una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o declarando inválida una de las reglas.¹⁹

El problema es que cuando dos principios colisionan, el conflicto no se soluciona anulando un principio o incluyendo una excepción, sino a través de una ley de colisión que funciona de manera que en ciertos casos un principio prevalece sobre el otro, aplicando los mismos como mandatos de optimización, en la medida de que los hechos jurídicos y el universo de casos fácticos lo requieran. Un ejemplo sería la colisión entre el principio de Igualdad ante la ley, y el principio del Respeto a la Vida Humana, dado por la aplicación que debe hacerse de los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código penal en acusadas de abortar que son mujeres y la no aplicación de estos en acusados de abortar por no ser mujeres –no solo internamente, sino que también avalados por la ley–.

Introduciendo su óptica propia, Hart establece que los principios son más generales que las reglas debido a que un número determinado de reglas puede ser mostrado como un ejemplo de un principio; y que los principios hacen referencia a objetivos, metas, valores, propósitos, facultades o ideales que se presentan como algo deseable de conservar o de incluir,

¹⁹ ALONSO, *Interpretación de las normas y derecho penal*", p. 168.

otorgando una explicación y una racionalidad subyacente de las reglas, y también contribuyendo a su justificación.²⁰

Según el criterio de Hart, el principio es una generalidad, y aunque varias reglas puedan demostrar el cumplimiento de un principio, no siempre es así porque como se expuso al principio de este trabajo, las normas no aplican siempre a la totalidad de los casos. Si los principios se presentan como estándares de algo que se desea conservar e incluir, no se puede pensar en hacer excepciones cuando de aplicar una norma se trata dejando de lado un principio, menos aun cuando del Principio de Igualdad se trata, ya que el Principio de Igualdad es el principio que protege a los sujetos de derecho de condenas arbitrarias por excelencia, cuando, en definitiva, el derecho –sin sujetos– no es más que un conjunto de formulaciones normativas dotadas de significado.

III. Conclusión

En el caso de la penalización del aborto, se observa claramente como la imposibilidad fáctica de que el creador de normas contemple la totalidad de los casos que podrían requerir de la aplicación de esas normas, colisiona con los principios que el sistema normativo toma como metanormas; todo ello con la mera introducción de leyes que en principio parecería tener nula relación con la conducta prohibida.

La aplicación de los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal, son susceptibles de cometer graves violaciones al principio de igualdad ante la ley, que se encuentra consagrada en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Si una mujer aborta, y es penada por ello, mientras al mismo tiempo, un hombre trans que aborta, no es penado, se estaría dejando de lado el principio de igualdad únicamente por una diferenciación de género.

Entonces, la valoración o “ponderación” que hará el juzgador del caso, resulta determinante para que una persona quede

²⁰ *Ibidem*, p. 171.

con un estatus o categoría jurídica distinta del resto de los ciudadanos que realizan la misma conducta.

En una valoración más personal y alejada de las temáticas tratadas en el presente trabajo, creo que este problema jurídico se encuentra dado por una innegable falta de instrucción respecto de políticas y perspectivas de género, que dan lugar a que se perpetúen legislaciones lesivas de derechos humanos; machistas, porque en los casos propuestos a lo largo de este trabajo podemos observar que hay conductas delictivas que pueden ser cometidas tanto por hombres como por mujeres. Sin embargo, estas conductas solo son penadas cuando son cometidas por mujeres, dado que siempre se limitó a la mujer a su función reproductiva. Incluso hoy en día se mantiene la idea de que las mujeres somos “incubadoras de la vida humana” y al ser esa nuestra “función intrínseca” se nos debe castigar por decidir no cumplir con ella.

Asimismo, la transfobia instalada en varios sectores de la sociedad niega que hay personas que no se auto perciben de acuerdo con el sexo que le fue asignado al momento de su nacimiento, y a raíz de esa negación tampoco se observa que hoy un hombre puede portar la capacidad biológica de gestar vida en su vientre, y como consecuente, también es sujeto pasible de abortar.

Más allá de que cada ciudadano puede tener una postura tomada respecto de un tema y eso es perfectamente válido -y en función de ello quién evalúe mi trabajo puede estar de acuerdo, o no, con mis consideraciones personales-, estimo que es innegable el hecho de que las leyes, están hechas para ser cumplidas, con arreglo a la debida coherencia que deben presentar esas leyes conviviendo en un mismo sistema.

Es por todo ello que, aunque podamos estar de acuerdo, o no, con la legislación existente respecto del aborto, o del trato igualitario hacia las personas que se perciben de un género distinto al asignado en su nacimiento, no podemos ignorar que aún se siguen incumpliendo las leyes que los amparan como

sujetos de derecho que son, y como titulares de un derecho humano que aún es puesto en duda por una gran parte de la población.

Todos somos sujetos de derecho, y todos somos en mayor o menor medida titulares de derechos humanos. Reconocer la titularidad de nuestros propios derechos humanos, pero negar la existencia de aquellos con los cuales no estamos de acuerdo, es una práctica peligrosa, porque en definitiva ¿Quién está facultado para decirle al otro, que sus los derechos humanos que detenta son menos válidos que los que detentamos nosotros mismos?

En cuanto a las cuestiones jurídicas, concluyo que ante el presente conflicto normativo se presentan dos posibles soluciones:

1) Derogar la normativa de los arts. 85, 86, 87 y 88 del Código Penal, por resultar desactualizada, transfóbica, lesiva de los derechos fundamentales de igualdad ante la ley y los derechos humanos relativos a la sexualidad y la identidad de género.

2) Actualizar el texto de la normativa de los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal con miras a incluir a todos los individuos que puedan ser potenciales gestantes, como mujeres, hombres y personas no binarias –aún más, implementar el uso del lenguaje inclusivo para evitar nuevamente una falta grave de inclusión de todos los seres gestantes, y no vulnerándose así el principio de igualdad–.

Como último comentario, dejo planteada la necesidad de comenzar a implementar el lenguaje inclusivo no solo como medio lingüístico cotidiano y para respetar los deseos y concepciones de todas las personas, también como lenguaje científico pretendiendo zanjar estas cuestiones de discriminación y exclusión de antemano.

Bibliografía

- ALCHOURRÓN & BULYGIN (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- ALCHOURRÓN, BULYGIN (1991). *Análisis lógico y Derecho*, Madrid.
- ALONSO (2006). *Interpretación de las normas y derecho penal*, Edit. Del Puerto, Buenos Aires.
- CSJN (1991) “Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia”.
- CSJN (2006) “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia”.
- DWORKIN (1984). *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, Traducción de Marta Guastavino.
- KELSEN (1987). *Teoría pura del derecho*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, Argentina.
- PRIETO SANCHÍS (1985). “Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 5. Núm. 14, pp. 356 y s.s.
- RODRÍGUEZ (2017). “Lagunas axiológicas y relevancia normativa”, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 40, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR (2005). *Derecho Penal Parte General, Segunda edición*, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires.

La incorporación de la educación en Derechos Humanos en el sistema de educación pública, sector primaria, en el Uruguay¹

Incorporation of Human Rights education in the public education system, primary sector, in Uruguay

Ana Laura Piñeyro Jardim²

Universidad de la República - Uruguay

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 299-317

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e400>

I. Introducción

Desde 2008 el Uruguay cuenta con una nueva Ley General de Educación (Nº 18.437- 2008) y, a partir del mes de marzo de 2009, con un nuevo programa único de Educación Pública de nivel inicial y primaria, de aplicación en todo el territorio nacional. En estos dos documentos se observa la explícita enunciación, tanto de los principios y objetivos, como de los contenidos de la EDH. En la nueva Ley de Educación, en su artículo 40, se determina la creación de diferentes líneas transversales que deberán implementarse en todas las modalidades del Sistema Nacional de Educación (artículo 20), entre las que

¹ Trabajo realizando en base a la Tesis de Maestría en Derecho Humanos realizada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

² Licenciada en Psicología (Universidad de la Republica-UDELAR, Uruguay). Magister en Derechos Humanos (Universidad Nacional de La Plata-UNLP, Argentina)

se encuentra (artículo 40.1)³ la educación en derechos humanos (EDH)⁴. Esta está considerada como un derecho en sí mismo y un componente del derecho a la educación.

A su vez en la fundamentación del actual programa de educación inicial y primaria, se encuentran los derechos humanos como el marco⁵, tanto en la dimensión del conocimiento como en la práctica social integral.

Este nuevo marco, de incorporación explícita de la EDH tanto en la Ley General de Educación como en el Programa vigente de Educación Inicial y Primaria, implica cambios en la concepción del ámbito educativo. Sin embargo, la mera enunciación de estos conceptos en los documentos no cambia automáticamente la práctica y concepciones que orientan el quehacer cotidiano de docentes, familias y estudiantes. Se trata de un proceso complejo, que involucra ámbitos sociales, culturales, jurídicos, administrativos, vivencias, experiencias y condiciones materiales que permitan llevar adelante el trabajo. Consciente de la densidad de fenómenos que el hecho educativo encierra, la investigación de tesis que se presenta pretendió indagar, la forma en que estos cambios de paradigma se procesan en el sistema educativo de primaria.

³ Ley N° 18.437 *Artículo. 40,1*: La educación en derechos humanos tendrá como propósito que los educandos, sirviéndose de conocimientos básicos de los cuerpos normativos, desarrollen las actitudes e incorporen los principios referidos a los derechos humanos fundamentales. Se considerará la educación en derechos humanos como un derecho en sí misma, un componente inseparable del derecho a la educación y una condición necesaria para el ejercicio de todos los derechos humanos."

⁴ Las otras líneas transversales que se encuentran en el art. 40 de la Ley N° 18.437: b) la educación ambiental para el desarrollo humano sostenible; c) la educación artística; d) la educación científica; e) la educación lingüística; f) la educación a través del trabajo; g) la educación para la salud; h) la educación sexual; i) la educación física, la recreación y el deporte.

⁵ Programa de Educación Inicial y Primaria. Publicado por CODICEN-CEP. Montevideo, Uruguay, marzo 2009 (P. 12) "Las ideas directrices, que en el contexto del Programa dan sentido a la educación y se orientan hacia la construcción del ciudadano del siglo XXI son:

- **Democracia Social** que se fundamenta en los Derechos Humanos, la diversidad, la participación, el posicionamiento ético, el trabajo digno y la solidaridad.

- **Integralidad** a través de la estética, la educación ambiental, la promoción de la salud y la sexualidad.

Para ello se analizó:

- (1) los aspectos que se incorporan sobre la EDH en los documentos normativos de la educación pública en el Uruguay y su incidencia en las prácticas educativas, para lo cual se compara la actual ley general de educación con las anteriores;
- (2) el nuevo currículo para identificar los elementos incorporados y las metodologías sugeridas, y
- (3) las prácticas educativas, en particular si estas se llevan adelante desde una perspectiva de EDH y cómo.

Esta investigación aspira a ser un insumo de evaluación de la política pública educativa que se está llevando a cabo actualmente en el Uruguay. Pretende indagar la EDH desde una concepción de disciplina compleja,⁶ e identificar fortalezas o debilidades en su planteo como eje transversal del Sistema Nacional de Educación Pública, en especial en primaria. Se confía en que permitirá comprender las vinculaciones entre la ley, el currículo y las prácticas educativas - los tres elementos que hacen a la incorporación de los derechos humanos en la educación- para poder establecer si se están articulando de manera coherente y eficiente, de manera total o parcial.

II. Metodología

Para esta tesis de Maestría en Derechos Humanos, se realizó un trabajo de investigación que tuvo diferentes fases:

En una primera instancia, tuvo lugar la construcción de un marco teórico, junto a una investigación documental centrada en la normativa educativa del Uruguay y su desarrollo histórico en relación a los diferentes períodos socio-políticos.

Se realizó la construcción de un marco de referencia que permite la explicitación de algunos conceptos en torno a los

⁶ El término "*Complejo o Complejidad*". Se refiere a una comprensión del mundo como un todo, compuesto por partes que se encuentran entrelazadas y, en esa interacción, generan nuevas características. Uno de sus pensadores más destacados en el ámbito educativo y de las ciencias humanas es Edgar Morin. (MORIN, 1998)

cuales se llevó adelante todo el proceso de investigación. Es así que se elaboran una serie de recorridos teóricos, que permiten ir dando contenidos y encuadres de comprensión que acompañan el análisis realizado. Allí se referencia y define qué se entiende por derechos humanos, y una visión en la órbita del Derecho Internacional de los derechos humanos, del derecho a la Educación y a la EDH.

En el segundo momento de la investigación se realizaron una serie de entrevistas en profundidad a expertos en EDH que trabajan en áreas destacadas del sistema educativo y también a autoridades de la educación pública uruguaya que han sido protagonistas de la redacción de la normativa analizada. El objetivo fue indagar y comprender desde qué concepción y cómo ha sido la incorporación de la EDH en el sistema educativo uruguayo.⁷

En una última etapa se busco investigar las prácticas educativas en el terreno. Se tramitó el permiso, en el ámbito correspondiente y a través de las inspectoras generales del departamento de Montevideo, fueron designadas tres escuelas.⁸ El trabajo de campo consistió en una aproximación a las prácticas educativas con un enfoque etnográfico, a través de observación participante y entrevistas y talleres, con modalidad de Investigación Cualitativa.

La metodología de investigación cualitativa con orientación etnográfica, tiene raíces en la tradición de las ciencias sociales y supone una serie de condicionantes teóricas y metodológicas, donde se cruzan temas y disciplinas, en este caso la investigación en educación y la antropología. Esto lleva a que la metodología aplicada tenga características propias que se manifiestan en la

⁷ En motivos de extensión no se va hacer referencias explícitas a las entrevistas a expertos y autoridades.

⁸ El Consejo de Educación Inicial y Primaria (CEIP) de la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP) divide a Montevideo en tres grandes zonas (oeste, centro y este) para ordenar la jurisdicción a la que corresponden las escuelas otorgando una inspección para cada región.

modalidad de construcción del conocimiento: el modo como se llevan adelante las observaciones, la forma de análisis y elaboración de los conceptos y nociones teórico-metodológicas; y los procedimientos para obtener la confiabilidad y la validez. Esto implica que la búsqueda de conocimiento está orientada a la comprensión de ideas, de sentimientos y de significados, presentes en las descripciones obtenidas de las palabras y/o de las conductas y prácticas observadas (Tarrés, 2001).

III. Marco teórico de referencia. La EDH propuesta con anclaje en el Derechos Internacional de los Derechos Humanos

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la órbita del Sistema Universal (ONU) como en el ámbito Interamericano (OEA), existe una coincidencia de criterios con respecto al derecho a la educación y a la EDH. Así como en el artículo 26.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, el “Protocolo de San Salvador” en su artículo 13.2, se explicita la finalidad que debe tener la educación.

“... la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. ... la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupo raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz.”⁹

⁹ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. (OEA, 1989) PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. Art. 13,2.

Entendida así, el recibir una educación sistemática, de calidad, que permita a todas y cada una de las personas comprender los derechos humanos desde la dimensión de respeto mutuo para una convivencia responsable con la dignidad propia y la de las otras personas, grupos y pueblos implica asumir a la EDH como un derecho humano en sí mismo.

Esta concepción ubica al sistema de educación formal y en especial a la etapa de educación primaria, en un lugar de importancia para la promoción, prevención y realización de los derechos humanos. Ya que la obligación de los Estados es generar una política pública educativa con acceso universal a todos los niños y niñas en edad escolar¹⁰, se hace relevante esta prestación de enseñanza con un enfoque de EDH.

En este marco, las Naciones Unidas a través de la UNESCO y el ACDHUN¹¹ vienen impulsando diferentes iniciativas, como ser: el Decenio para la Educación de los derechos humanos (1995-2005); un “Plan de Acción, Programa Mundial para la educación en derechos humanos” (que comenzó en 2005, y se encuentra actualmente en su cuarta etapa); y se proclamó en el 2011 la “Declaración sobre educación y formación en materia de derechos humanos”.

“La meta de la educación en derechos humanos es forjar sociedades donde no se atropelle la dignidad humana. No basta con denunciar o castigar los abusos después que han ocurrido. Hay que evitarlo y para ello, es necesario que las personas conozcan sus derechos, los defiendan y, a la vez, respeten y defiendan su ejercicio por parte de los demás. La educación en derechos humano es un medio para promover ese conocimiento y respeto y, de esta manera, se convierte en un instrumento concreto de prevención de violaciones a los derechos humanos.

¹⁰ Artículo 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, 1966.

¹¹ Las siglas corresponden a : Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO y el Alto Comisionado para los Derechos Humanos ACDHUN

Al mismo tiempo, se propone construir una convivencia pacífica y democrática, cada día más respetuosa de la vida y las libertades individuales, más igualitaria, justa y solidaria para todos y cada uno. En breve: más humana. Vista de esta manera es el motor de transformaciones individuales y sociales.” (Rodino, AM. 1999: 4)

La EDH, considerada como un derecho en sí mismo, concepto que parte de las esferas internacionales. Llega al ámbito nacional con el desafío de poder transmitir los principios fundamentales de los derechos humanos, como ser la igualdad y la no discriminación, así como de profundizar la relación entre todos los derechos, destacando su interdependencia, indivisibilidad y universalidad.

Desde la normativa y estándares internacionales sobre derechos humanos, se deja claro la perspectiva integral y transversal que debe asumir la educación como derecho humano. Marca así una postura de protección y promoción de respeto hacia todas las personas para desarrollar sus potencialidades, transformar sus realidades de vida y construir una convivencia entre todos y todas, con pautas de respeto a la dignidad humana y a las diferentes culturas.

Los principios, objetivos de los derechos humanos se deberían encarnar en la experiencia cotidiana de las realidades vividas por las personas (Pérez Aguirre, 1999), desde sus propios contextos socio-culturales, y así fomentar y fortalecer sociedades donde se respete la dignidad humana y sus múltiples manifestaciones

Es en la órbita del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que podemos identificar la obligación de los Estados en adecuar su normativa interna, y llevar adelante políticas públicas donde la EDH esté presente, como estrategia para promover *“las actitudes y el comportamiento necesario para que se respeten los derechos humanos de todos los miembros de la sociedad”*.¹²

¹² Naciones Unidas, Plan de Acción, Programa Mundial para la EDH, primera etapa (Resolución 59/113B –Asamblea General)

Es así que la EDH cobra fuerza como un derecho en sí misma con un doble sentido, conteniendo una concepción del ser humano y de una forma de relacionarse entre las personas, y como prácticas concretas de convivencia respetuosa (Pérez Aguirrez, 1999). Esto quiere decir que la EDH implica una acción que incluye o contiene la finalidad de que se educa **en** y **para** los derechos humanos (Magendzo, 2008). Es decir educar en la filosofía de los derechos humanos y también para generar prácticas sociales y educativas donde se respete la dignidad de todas las personas involucradas (Rodino, 1999, 2003).

...estamos mucho más allá del tema de la mera información y la 'instrucción' sobre los derechos humanos. Quizás sea más accesible, aunque nunca fácil, transmitir información sobre ellos, su historia, el contenido de la Declaración Universal, las Convenciones... Pero educar es otra cosa. Educar es modificar las actitudes y las conductas. Es afectar los corazones, los estilos de vida, las convicciones. Y es evidente que esto no puede hacerse sino en el sentido de las actitudes del propio educador. No podemos concebir el proceso educativo más que como una especie de empatía, de mimesis de actitudes entre ambos sujetos del proceso educativo. Y esto me lleva a sospechar que la educación siempre será una tarea de carácter ético o no será. (Pérez Aguirre, L.1999)

IV. Marco normativo en Uruguay: Ley General de Educación N° 18.437

1. Antecedentes en las leyes

Se presenta una breve reseña sobre las leyes de educación que existieron en el Uruguay antes de la actual Ley General de Educación N° 18.437, promulgada en diciembre de 2008.

Entre los antecedentes cercanos de la actual ley se encuentra la Ley de Educación N° 14.101 del 4 de enero de 1973, sancionada previo a la dictadura cívico-militar que afrontará el país a partir de junio de 1973 hasta marzo de 1985. Esta

ley estableció un cambio en la estructura del sistema educativo que significó una organización más centralizada, con pérdida de autonomía para los diferentes niveles educativo (primaria, secundaria y enseñanza técnica).

En la restitución democrática se promulga el 28 de marzo de 1985 la “Ley de emergencia” N° 15.739. En ella podemos encontrar referencias claras al momento social e histórico que estaba viviendo el país y se restaura un orden de funcionamiento y de actuación en consonancia con la democracia recientemente alcanzada.

En julio del 1990 se promulga la Ley N° 16.115, que está compuesta de un artículo único, el cual establece la forma de organización de las autoridades de la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP).

2. Elementos de EDH en la Ley N° 18.437

La Ley N° 18.437 o Ley General de Educación regula toda la educación en el país incluyendo la primera infancia, los niveles de educación inicial, primario, secundario y terciario, educación policial, militar y educación no formal. Desde su inicio en el artículo 1¹³, ubica al tema de la educación como derecho humano fundamental y hace referencia a la obligación del Estado de garantizar dicho derecho para todos los habitantes a lo largo de la vida.

En el artículo 2 reconoce a la educación como bien público y social, con un alcance formativo de desarrollo integral de la persona humana, incorporando explícitamente el principio de no discriminación. La orientación que le da esta Ley a la educación (artículo 3) responde a un concepto integral de la vida humana bio-psico-socio-ambiental, incluyendo “*el ejercicio responsable*

¹³ *Artículo 1:* Declárese de interés general la promoción del goce y el efectivo ejercicio del derecho a la educación, como un derecho humano fundamental. El Estado garantizará y promoverá una educación de calidad para todos los habitantes, a lo largo de toda la vida, facilitando la continuidad educativa.

de la ciudadanía, como factor esencial del desarrollo sostenible, la tolerancia, la plena vigencia de los derechos humanos, la paz y la comprensión entre los pueblos y las naciones.”

El artículo 4 complementa al artículo 1, dando el marco de los derechos humanos para el ejercicio del derecho a la educación enmarcado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como otros instrumentos internacionales ratificados por el país y la Constitución Nacional.

El artículo 5 identifica a las y los educandos como sujetos del derecho a la educación.

El capítulo II de la ley enmarca los principios de la educación desde la universalidad y la obligatoriedad (artículos 6 y 7). También son principios de la educación la participación, la libertad de enseñanza y la libertad de cátedra (artículos 9, 10 y 11). Adicionalmente, el artículo 8 destaca los principios de diversidad e inclusión educativa.

Y como ya se mencionó la Ley instaure ejes transversales, siendo el primero la EDH (artículo 40,1) la que se considera como un derecho en sí mismo y un componente del derecho a la educación. El artículo 110 se crea una Comisión asesora en EDH para el Sistema Nacional de Educación Pública, que involucra desde el nivel inicial hasta superior e universitario.

La Ley General de Educación en su artículo 48 plantea como un principio la participación de los diferentes actores de la comunidad educativa y de la sociedad en su conjunto. Como ámbito del ejercicio de la participación de sus diferentes referentes, la ley crea los Consejos de Participación en cada uno de los centros educativos de todo el país (artículos 76, 77 y 78). Estos deben estar integrados por estudiantes, educadores, madres o padres y representantes de la comunidad. Cada Consejo de Participación reglamentará la forma de elección de sus miembros, así como su funcionamiento. Se destaca que para los centros de educación Media Básica y Media Superior como los de educación Técnico Profesional, los Consejos de Participación deberán tener al menos un tercio de representantes estudiantiles.

V. Breve reflexión del Programa de Educación Inicial y Primaria

En la actualización del presente Programa se observa que existe un progreso del Estado uruguayo en cuanto al tratamiento que se le da a la inserción y desarrollo de los derechos humanos dentro los programas curriculares de educación formal. Esto se ve tanto en su concepción más integral así como en el planteo de las áreas de conocimientos. En la justificación general del Programa se pueden comprender y aprehender con mayor cabalidad y complejidad los principios teórico-conceptuales de universalidad, integralidad y multidimensionalidad de los derechos humanos. A su vez se observa una mayor explicitación y tratamiento directo de temas de derechos humanos como contenido dentro del currículo escolar.

En el Programa se propone un tratamiento más destacado de temas y problemáticas vinculados con los derechos económicos, sociales y culturales, así como sobre la igualdad y no discriminación en diferentes esferas: de género, racial, social, laboral, económica y generacional. También se pretende generar reflexión y pensamiento crítico frente a situaciones de conflictividad social. Existe un trato importante y destacado de la educación para la ciudadanía y la democracia.

Asimismo está explicitada la búsqueda a través de los planteos didácticos de un sujeto de la educación más activo en su proceso de enseñanza aprendizaje, más protagonista. El posicionamiento y la reflexión frente a diferentes situaciones sociales son una metodología destacada desde el planteo teórico que realiza el programa. Esta búsqueda implica el desarrollo de una didáctica y una metodología que apunten a favorecer e impulsar habilidades y capacidades en los y las estudiantes que les permitan asumir una actitud de sujetos de derecho activos en la sociedad y tomar decisiones responsables y coherentes con los principios éticos de los derechos humanos.

En contraposición a los avances planteados en este nuevo Programa, se observa con preocupación un reducido tratamiento

de conocimientos sobre los sistemas y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (tanto universal como regional), así como la falta de información sobre las diferentes instancias de los mecanismos de protección y sus seguimientos. Se percibe además que no existe un señalamiento sobre los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ratificados por el Estado uruguayo, excepto la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño.

También podemos ver en el programa un tratamiento desparejo de elementos conceptuales sobre la concepción del sujeto integral y de educación integral. Si bien existe una tendencia hacia la integralidad, sobre todo discursiva, esto no se refleja en la formulación y tratamiento que se da al interior de cada área de conocimiento. Se encuentran contenidos esquematizados, listado de contenidos e información a ser trabajada, lo que da un resultado algo atomizado. Esto no facilita el tratamiento de estos contenidos en la práctica de forma integral e interrelacionada.

La forma en que los contenidos y temáticas son presentados no estimulan la integración y transversalización propuesta en los objetivos del programa. Se plantean algunas dudas respecto a su implementación. Por ejemplo ¿está todo el cuerpo docente capacitado para llevar adelante este Programa con una concepción acorde con la EDH? ¿O en la práctica queda librado a la comprensión y sistematización que cada docente realice para llevarlo adelante, según una visión de EDH y educación participativa, o como una mera reproducción de los contenidos?

VI. Especificidades del trabajo en campo

Esta fase de la investigación fue la más desafiante, en la medida que propuso la aplicación de nuevas técnicas y el adaptarse a los tiempos y formas de funcionamiento institucionales.

Para el desarrollo de esta fase de investigación fue importante diseñar una estrategia en diferentes etapas (ingreso a los centros, estrategia de intervención y estrategia de cierre).

Hubo que organizar, y por momentos reorganizar, los datos de forma que pudieran dar cuenta de un proceso de producción de conocimiento. En varios momentos tuve que replantear las estrategias de acercamiento al objetivo de investigación, re-adequando las modalidades de acceso.

En un primer momento había planificado como estrategia de intervención en las escuelas solicitar observar una clase por grado para cubrir los seis niveles que abarcan el sector de primaria. Pero luego de la estrategia de ingreso a los centros educativos que implicaba conseguir los permisos formales de las autoridades, así como alcanzar la disposición y acercamiento necesario de las inspectoras, directores y equipos docentes a través de una presentación personal y una presentación del trabajo de tesis a desarrollar, tuve que cambiar la modalidad de intervención por percibir actitudes de resistencia en el contacto espontáneo.

Alcanzar la confianza necesaria para lograr los climas intra-subjetivos apropiados para esta investigación fue fundamental. Ser paciente con los docentes, escucharlos primero, ser una presencia frecuente, conversar y esperar que ellos fueran quienes me invitaran a sus aulas u otras actividades, terminó siendo la estrategia emprendida siempre con el objetivo de establecer vínculos de confianza, de respeto hacia ellos y su labor profesional.

Fue ya transcurrido un mes, aproximadamente, de mi presencia en las escuelas, con una concurrencia semanal durante la cual me entrevistaba con los directores, secretarías, maestras comunitarias o integradora, interactuaba en los recreos con los maestros y maestras, así como con los niños y niñas, que fui accediendo a ser invitada a las clases o a presenciar algunas de las tareas significativas para los equipos docentes, como ser los talleres, los grupos integrados donde trabajan varios docentes.

La estrategia de cierre llevada a cabo en el trabajo de campo consistió en un taller con el equipo de maestros y maestras de cada una de las escuelas al finalizar el trabajo. Esta instancia consistió en una primera parte, trabajar en grupo con los y las docentes sobre sus opiniones sobre la EDH. También se destinó

en esta instancia de cierre, a trabajar en la devolución y algunas conclusiones de la investigación, ya que los maestros y maestras fueron actores de la misma, y por lo tanto es importante realizar un cierre temático y afectivo por la disposición, la información y la confianza brindada.

VII. Conclusiones

La incorporación de la EDH en el sistema educativo uruguayo implicó una adecuación a varios niveles. El ajuste de la normativa educativa a las tendencias internacionales de EDH, que el Uruguay está asumiendo, lleva a trascender la dimensión declarativa para enfocar su despliegue a nivel curricular y buscar la concreción en las prácticas educativas cotidianas.

La investigación constató la existencia de un ámbito educativo heterogéneo donde coexisten diferentes concepciones educativas y varios imaginarios del rol docente (la instrucción, la capacitación, el rescate social y la formación de sujetos de derecho) que dan lugar a una expresión conflictiva, desafiante y de transformaciones en las prácticas educativas. Por eso la investigación se movió en varios niveles (ley de educación, programa de estudios y prácticas escolares), buscando examinar diferentes dimensiones y su relación mutua, a fin de lograr una comprensión compleja del ámbito educativo y aportar a la incorporación de la EDH a la educación pública uruguaya.

La investigación realizada permite extraer las siguientes conclusiones:

1. Existen avances importantes en la Ley General de Educación N° 18.437 de 2008 en cuanto a la incorporación de la EDH en el sistema educativo

La ley es un paso decisivo en la incorporación de la EDH en el Uruguay al plantear como punto de partida a la educación como un derecho humano. La formulación de ejes transversales que destaca a la EDH como derecho en sí misma y parte importante del derecho a la educación (artículo 40.1), implica

un avance en política educativa. Con esta misma orientación creó un ámbito específico para el desarrollo de este enfoque: la Comisión de EDH en calidad de asesora del Sistema Nacional de Educación Pública (artículo 110).

2. La actualización del Programa de educación inicial y primaria en el ámbito de la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP, 2009) incluye progresos visibles pero plantea contradicciones para la implementación de la EDH

En la introducción del nombrado documento, los derechos humanos son una idea central. Están desarrollados ampliamente en su justificación y en la creación de un área de conocimiento ciudadano desplegada en las disciplinas de Ética y Derecho. Se incorporan de esta manera contenidos específicos y un planteo de la tarea educativa que destaca la participación activa de las y los educandos en los procesos integrales de enseñanza y aprendizaje y explicita su condición de sujetos de la educación y sujetos de derecho. No obstante, a pesar de los elementos que representan un avance importante en la incorporación de EDH en el Programa, el documento contiene algunos puntos que generan debilidades en el abordaje de la EDH en las prácticas. Ellos son la desagregación en disciplinas separadas y los listados de contenidos específicos, que no favorecen el desarrollo de un enfoque integral y transversal de la EDH.

3. La puesta en práctica de la EDH en la labor educativa concreta está atravesada por una serie de dificultades que obstruyen su implementación

3.1. Falta de formación docente

Existe un desconocimiento de los derechos humanos y de la EDH de parte de los y las maestras, en cuanto a sus contenidos, elementos valóricos y orientación para las prácticas escolares. Lo anterior genera, por un lado, un abordaje parcializado y por momento descontextualizado de la práctica educativa integral y, por otro lado, la dificultad de identificar los elementos

pedagógicos, académicos, valóricos y actitudinales que forman parte de la EDH.

El trabajo de campo permitió comprobar que distintos contenidos del Programa relacionados con la EDH y los derechos humanos no siempre eran comprendidos y abordados por los y las docentes como tales. Tal incompreensión obstruye el alcance de los objetivos de la propuesta y parcializa o diluye los contenidos de derechos humanos.

En gran parte del cuerpo docente se aprecia falta de conocimientos sobre el enfoque de la EDH como abordaje pedagógico y como una estrategia integral y transversal de la tarea educativa, encuadrada en fines y objetivos específicos. Como contraste, al mismo tiempo se identificó que muchos docentes están trabajando con metodologías y abordajes muy afines al enfoque de EDH, pero no lo identifican como tal. Esto parece deberse a que no cuentan con una buena comprensión de qué son los derechos humanos y cómo se concretan en la vida cotidiana de la convivencia.

3.2. Falta de recursos, técnicos y formativos que permita a los y las docentes instrumentar la EDH desde un abordaje integral y transversal

Los y las docentes son conscientes de sus desconocimientos o parte de ellos y plantean que necesitan actualizarse con una formación en EDH. Para incorporar este enfoque rescatan y valorizan los espacios de trabajo en equipo y de construcción dentro de los centros que encaren las problemáticas que se dan en las escuelas. Los equipos docentes reclaman mayor espacio para la reflexión y la problematización de la tarea educativa en la actualidad, como necesidad de co-construir visiones compartidas y abordajes conjuntos en las escuelas.

Como consecuencia del desconocimiento a menudo se reduce la EDH a actividades puntuales, a comentarios sobre contenidos específicos con poca contextualización, y a la incapacidad

para identificar algunos contenidos del propio Programa como temas de EDH.

La participación de los niños y niñas dentro de las escuelas está mal abordada, lo que produce una ausencia u omisión de esta dimensión del trabajo educativo tan importante para la EDH.

3.3. Falta de valorización de la temática en la evaluación y en la planificación estratégica

La mayoría de los y las docentes no jerarquizan la EDH en sus planificaciones, ni en su proceder, sea este académico (planificado) o espontáneo (de relación y comunicación diaria). Reconocen que no poseen recursos claros para la evaluación y monitoreo de espacios de su trabajo que involucren la EDH, desde elementos cognitivos hasta habilidades valóricas, éticas y para la acción. Existe la percepción en los maestros y maestras que el cuerpo inspectivo no valora, o no sabe como implementar estas áreas de trabajo, razón por la cual no sienten que se los guíe y capacite en la materia.

4. Incomunicación entre las autoridades, los especialistas encargados de desarrollar la política educativa (el pensar y escribir) y el cuerpo docente responsable de desarrollar la tarea educativa propiamente dicha (el hacer)

Se percibió claramente en diferentes oportunidades que existían problemas de incomunicación y falta de comprensión entre estos diferentes niveles y actores del sistema educativo. En consecuencia aparecen sentimientos de malestar docente ante las autoridades y las solicitudes de la burocracia escolar y acciones desarticuladas en la asignación de recursos técnicos o económicos y en las respuestas a las necesidades de las escuelas. El magisterio manifiesta sentirse desvalorizado por partes de las autoridades y los agentes de planificación y programación educativa.

5. Se identificaron prácticas educativas que no son visualizadas como EDH pero que deberían ser tomadas en cuenta para una real incorporación de la EDH en el sistema educativo. Deberían ser consideradas como puntos de partida para afianzar y desarrollar la EDH en el trabajo que los docentes ya están desarrollando

Si bien se identificaron debilidades del enfoque de EDH en las prácticas educativas, también se encontraron elementos alentadores para la implementación de un enfoque de EDH. Se trata de búsquedas de metodologías acordes a la educación integral y que promueven la convivencia desde el respeto y desarrollo de las personas.

Se observó en las tres escuelas estudiadas una labor de los equipos docentes con tendencia a desarrollar actividades planificadas, articuladas y coordinadas con un enfoque integral y participativo de la tarea educativa. Eso marca una tendencia positiva y esperanzadora, pues sugiere que los y las maestras están buscando transformar sus prácticas con una orientación hacia la EDH, aunque con frecuencia no lo expresen en estos términos.

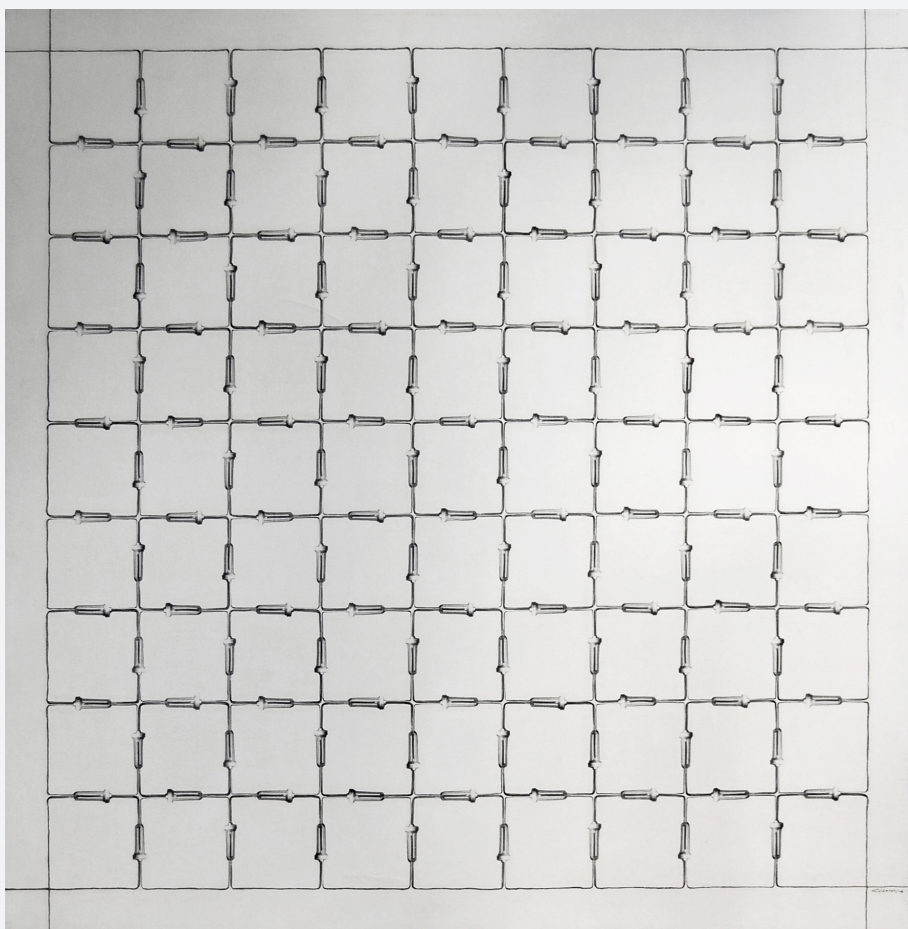
En las escuelas se destaca en general un trabajo intenso y comprometido hacia las tareas educativas. Aunque esto no necesariamente salga a la luz más allá del contexto concreto de cada escuela, se aprecia una preocupación por la vida escolar al interior de los centros, por procurar que cada día, cada momento que transcurre en la escuela, sea armónico y amigable entre los diferentes actores de la comunidad educativa.

En síntesis, si bien el ámbito educativo está marcado por múltiples tensiones y situaciones conflictivas, en las que aparecen diferentes concepciones sobre la tarea educativa por desarrollar y diferentes comprensiones y abordajes docentes —lo cual constituye un escenario heterogéneo y difícil para instalar la EDH— existen elementos alentadores y auspiciosos que pueden ser puntos de apoyo para profundizar y consolidar un enfoque sólido de EDH.

Bibliografía utilizada

- Congreso del Uruguay (2008). *Ley General de Educación N° 18.437*. Montevideo, Uruguay.
- Magendzo, Abraham (2008). *La escuela y los derechos humanos*. Ediciones Cal y Arena, México.
- Morin, Edgar: (1998). *Articular los saberes, ¿Qué saberes enseñan en las escuelas?*. Ediciones Universidad del Salvador, BsAs, Argentina.
- Organización Naciones Unidas (2005). “*Plan de acción para la primera etapa (2005-2007) del Programa Mundial para la educación en derechos humanos*”. Aprobado por la Asamblea General el 2 de marzo de 2005.
- Organización de Estados Americanos (1989) *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. (OEA, 1989) Protocolo de San Salvador.
- Rodino, Ana María. (1999) “La educación en valores entendida como educación en derechos humanos. Sus desafíos contemporáneos en América Latina.” Publicado en la *Revista IIDH/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 29, enero-junio 1999, San José, Costa Rica.
- (2003). “*Educación para la vida en democracia: Contenidos y orientaciones metodológicas*”. *Cuadernos Pedagógicos*, IIDH.
- Tarres, María Luisa, (2001) “*Observar, Escuchar y comprender, sobre la tradición cualitativa en la investigación social*”, Presentación, Prólogo, Cap:”*Lo cualitativo como tradición*”. Editado por Facultad Latinoamericana de Ciencia Sociales, El Colegio de México.

SECCIÓN ESPECIAL COVID/19 Y DERECHO



Obra de Eleonora Calderón
Pandemonium

70's

El viento es más cercano
en las veredas del otoño
peina un vals crepitante en las hojas
el cuerpo descansa de la felicidad
del enamoramiento.

La soledad va
del verde al amarillo
como un instante sin sombra.

En otoño soy en mí
hojas
del viento en resonancia.

Autora: *María Florencia Salvatore*

Reflexiones constitucionales a propósito del COVID-19¹

Constitutional reflections regarding COVID-19

Diego Valadés²

Universidad Nacional Autónoma de México - México

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 321-329

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e401>

La pandemia del COVID-19 también ha afectado la salud de las instituciones políticas y de la economía planetarias.

Cuando la emergencia haya quedado atrás, además del balance que se lleve a cabo, lo natural será que en los distintos países se recapitule acerca de lo ocurrido y de los ajustes que deberán emprender para afinar, corregir o fortalecer su aparato institucional.

Esta crisis ha hecho que por primera vez en la historia los habitantes de buena parte del planeta se hayan encontrado reclusos en sus casas habitación de manera simultánea, poniéndose a resguardo de la misma amenaza. Un sentimiento de temor cruzó por todos los hogares del mundo sin distinguir niveles socioeconómicos. Esto generó una conciencia de empatía global nunca antes registrada.

¹ *A Héctor Fix-Fierro, amigo muy querido y jurista muy admirado.*

² Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y del Sistema Nacional de Investigadores. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Es miembro de El Colegio Nacional, de El Colegio de Sinaloa, de la Academia Mexicana de la Lengua y de la Academia Mexicana de Ciencias, Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Doctor honoris causa de la Universidad de Buenos Aires. (ORCID 0000-0002-5551-4266).

El seguimiento noticioso sobre la diseminación del virus ha estado acompañado por el relativo a las diferentes medidas sanitarias, jurídicas, económicas y políticas que se van dando en los países afectados.

Un aspecto llamativo fue la drasticidad de las medidas adoptas en China, de las que Wuhan se convirtió en el punto emblemático. La pregunta acerca de si sería posible imponer semejantes restricciones en sociedades democráticas fue respondida en sentido afirmativo, como atestiguaron las calles y plazas de España e Italia, por ejemplo. Aunque los tiempos de reacción no fueron semejantes, la magnitud del parón sí lo fue. No tardó en darse otro hecho inusitado: el cierre de fronteras entre algunos países de la Unión Europea.

Llegada la pandemia a Estados Unidos se pusieron en marcha cuatro tipos de medidas: las internas de cada estado, las compartidas entre dos o más de ellos, las acordadas entre el Estado federal y uno o varios estados, y las dictadas para todo el país. Se adicionaron las disposiciones acordadas por las autoridades de nivel municipal. La multiplicidad de acciones exhibió los problemas de coordinación que ocasionan los errores de diseño en un Estado compuesto. Los Estados unitarios operaron sus decisiones de una manera más homogénea. Queda planteada la conveniencia de un análisis particular luego que la crisis sea remontada, para apreciar los resultados, conforme a las mediciones especializadas en salud, en los sistemas descentralizados, federales o regionales, y en los unitarios.

En el caso de México el COVID-19 ha sometido al Estado a un estrés de enormes proporciones. A la naturaleza del mal se asociaron múltiples factores que pusieron a la sociedad y a las autoridades en una tensión desusada. Es temprano para recapitular sobre los aciertos y los errores de las medidas aplicadas; sólo la perspectiva del tiempo permitirá una evaluación despojada de subjetividad. Los resultados serán valorados de manera empírica en términos de salud y en cuanto al impacto en el empleo, la pobreza y el producto nacional. Además, se podrá medir la eficacia de las instituciones, la confianza que

inspiraron y el aprecio social por los dirigentes y las políticas que adoptaron.

En México pueden distinguirse dos planos: el de la política coyuntural, donde se acentuó la polarización que ya venía de tiempo atrás, y el de la capacidad de respuesta institucional, que se vio condicionada por el verticalismo gubernamental combinado con la debilidad de los sistemas representativo y federal. El aspecto institucional está llamado a ocupar la atención post crisis y exigirá en el futuro cercano soluciones constructivas.

Hubo lugares, México incluido, donde un primer impulso negacionista pretendió minimizar la pandemia aduciendo que otras enfermedades causan un número más elevado de fallecimientos y que varias pandemias previas fueron más letales de lo que apunta ser la actual. Es cierto que esta no ha sido la más letal de la historia, ni siquiera de la contemporánea (recuérdese, por ejemplo, la mal llamada *gripe española*), en cambio sí ha sido la que ha ocasionado la mayor conmoción. Esto denota que emergió una sociedad planetaria que, además de compartir de manera directa y simultánea una experiencia adversa, plantea expectativas comunes. Para satisfacerlas habrá que contar con instituciones más responsables y mejor construidas para dar respuestas certeras y oportunas, y disponer de recursos científicos, económicos, financieros y tecnológicos capaces de satisfacer demandas imprevistas de magnitud excepcional.

Todo lo anterior exige un Estado constitucional operativo y funcional. En la medida en que todo cuanto está implicado en la solución de una emergencia exige capacidad de coordinación y ejecución, sólo el Estado democrático puede dar respuestas razonables, pues es el único ente organizado y con atributos coercitivos legítimos que existe.

Se necesita un Estado apto para responder a las exigencias crecientes de bienestar y seguridad que, a la vez, promueva los derechos humanos y satisfaga las aspiraciones democráticas de las sociedades. El COVID-19 es sólo uno de los fenómenos que

someterá a prueba a la humanidad. La falta de compromisos serios por parte de las grandes economías en cuanto a reducir los riesgos crecientes del cambio climático, augura una etapa de percances como inundaciones y sequías, ciclones e incendios, que ocasionarán hambre, desempleo, enfermedad, muerte, desplazamientos y posibles reacciones sociales de exacerbación.

Todo eso es remediable si se diseñan y adoptan a tiempo instituciones democráticas que limiten la discrecionalidad de los gobernantes. Como hemos visto en la experiencia de COVID-19, en sistemas de fuerte concentración del poder las soluciones se volvieron personales e inapelables. En los sistemas democráticos el poder está desconcentrado, por lo que se multiplican los sensores sociales y políticos. Esto los hace más receptivos y sensibles y por ende tienen mejores posibilidades de dar respuestas acertadas y oportunas.

En México, como en casi todos los países, la opinión acerca del manejo de la crisis sanitaria se dividió. Esto no es relevante. Lo que sí cuenta es que los órganos de representación política, federales y locales, tuvieron una presencia menor. No hubo deliberación acerca de las medidas sanitarias y por ende acabaron siendo decisiones dictadas de manera vertical, no secundadas por las fuerzas políticas, a diferencia de lo sucedido en los sistemas presidenciales reformados y en los sistemas parlamentarios. El Congreso de la Unión tampoco intervino en la aprobación de las medidas económicas para preservar las fuentes de trabajo. En un momento de máxima visibilidad de la actuación del poder, el sistema representativo mexicano se difuminó.

Otro factor que se hizo ostensible fue la insubstancialidad prevaleciente de los altos cargos y la ausencia de un servicio profesional administrativo de calidad. Predomina el modelo de funcionarios silentes, a veces incluso transparentes, que simbolizan la paradoja de ser servidores públicos refractarios al público. En los sistemas constitucionales democráticos los integrantes de los gobiernos son figuras con opinión y posición, expuestas al contacto con los medios y con los representantes políticos de la nación, obligadas a rendir cuenta permanente de

su actividad. En un sistema democrático las razones del poder deben ser explícitas siempre, y la idoneidad de los funcionarios principales debe ser valorada por los gobernados y por sus representantes, no sólo por quien los designa.

En cuanto al servicio civil, su carencia es típica de los sistemas patrimonialistas donde las elecciones sirven para escoger conquistadores. Los vencedores se asumen como usufructuarios del aparato administrativo y lo reparten conforme a afectos, afinidades, intereses o pactos. Las administraciones colonizadas exhiben su disfuncionalidad al verse en medio de presiones excepcionales como la emergencia sanitaria.

Durante esta difícil etapa se ha evidenciado la ausencia de la oposición. Hecha la salvedad de algunas figuras políticas, los partidos mostraron su irrelevancia. Esto también es parte del déficit institucional pues los partidos son la base de toda democracia representativa. Su debilidad no se debe a los resultados electorales ni a las capacidades de sus dirigentes sino al diseño institucional del sistema. En México las minorías políticas carecen de derechos. El sistema electoral es pulcro y eficaz, pero no basta por sí solo para asegurar la democracia institucional. Mientras que en una democracia bien construida la mayoría gobierna y la minoría controla, la Constitución mexicana sigue sin incorporar controles políticos eficientes que permiten a las minorías cumplir con sus funciones.

La crisis sanitaria ha dado oportunidad para que los ciudadanos del mundo se asomen a las realidades ajenas y las conviertan en propias. En tanto que gran parte de la población planetaria ha tenido que recluirse en sus espacios domésticos, un porcentaje importante ha dispuesto de tiempo para enterarse de los sucesos en otras latitudes. Al cobrar conciencia de los diferentes sistemas y estilos de gobierno ha aprendido, o al menos intuido, que sin un Estado potente sus derechos están en riesgo.

El regreso a la normalidad no será manso ni rutinario. La reconstrucción de las economías seguirá demandando una intervención decisiva del Estado. El gran desafío general consistirá

en que el Leviatán de nuestro tiempo esté basado en un poder cuyo buen diseño constitucional lo haga eficaz y controlable. De la posibilidad de construir controles políticos democráticos satisfactorios dependerá que el Estado cuente con instrumentos para impulsar el desarrollo, garantizar la seguridad y promover el bienestar, sin correr el peligro de deslizarse por la pendiente de la corrupción, la arbitrariedad y el paternalismo.

Otro reto que deberá afrontar el Estado constitucional del siglo XXI consiste en acelerar la construcción de los instrumentos administrativos, jurídicos, políticos y técnicos aptos para conjurar una nueva contingencia mundial, sanitaria o ambiental. La Organización Mundial de la Salud funciona de manera adecuada, pero el programa mundial del ambiente mantiene una dimensión menor y ha tropezado con la parsimonia de las economías mayores. Es indispensable aplicar todos los recursos de la diplomacia y de la política para consolidar ese organismo de ya muy larga gestación.

De la misma manera habrá que revisar los instrumentos mundiales y regionales de derechos humanos a efecto de incorporar nuevos conceptos. Uno de ellos, crucial para la democracia internacional y de las naciones, es el laicismo. La contingencia sanitaria sufrida ha reavivado las supersticiones y los fundamentalismos en perjuicio del Estado laico, y la laicidad del Estado es un presupuesto de las libertades democráticas, de la igualdad y del pluralismo.

La rotundidad de las medidas económicas aplicadas por numerosos Estados convierte una vez más a los aparatos de poder político en los rectores de la economía. Las decisiones de corte keynesiano han demostrado su potencial siempre que han sido puestas en práctica, pero J. M. Keynes también recomendó fortalecer el instrumental democrático. Para vigorizar la democracia los sistemas parlamentarios deberán resolver problemas como el de la investidura del gobierno, y los sistemas presidenciales el de la concentración personal del poder y la irresponsabilidad política de los gobiernos.

El sistema presidencial tiene sus puntos de mayor fortaleza en la periodicidad inalterable del mandato y en la certeza de la investidura, que evita situaciones como las padecidas en Bélgica (2010-2011, 2018-2019), España (2015-2016, 2019-2020) e Israel (2019-2020), también frecuentes en Italia y en otros países. La prolongación de gobiernos en funciones es soportada gracias a sistemas robustos de servicio civil. Aun así incomoda a la sociedad, expuesta a frecuentes convocatorias electorales y a la consiguiente crispación política que las acompaña. La investidura segura y la continuidad previsible del gobierno son las mejores soluciones que aporta el sistema presidencial y hacia donde podrían encaminarse algunos sistemas parlamentarios. La censura constructiva, de origen alemán, es un paso en esa dirección.

En un sentido inverso, los sistemas presidenciales tienden a parlamentarizarse mediante la inclusión constitucional de los gabinetes, donde sus integrantes discuten y aprueban los planes y las acciones de gobierno. Sus miembros están sujetos a la confianza del Congreso y acuden a las sesiones periódicas y sistemáticas de control. La regularidad electoral y la permanencia del jefe de Gobierno ayudan a evitar la inquietud y la animosidad generadas por comicios recurrentes, como sucede en los sistemas parlamentarios. Es previsible que los estados constitucionales tiendan hacia la flexibilidad que ofrece la hibridación de los sistemas básicos. La plasticidad de los diseños constitucionales contemporáneos propicia combinaciones creativas. Cuando los sistemas mixtos están bien equilibrados potencian las ventajas y atenúan los defectos de los modelos clásicos.

En México será necesario retomar el debate sobre la renovación institucional en las esferas federal y local. La carencia de controles políticos democráticos por parte de los congresos perpetúa la incompetencia de los gobernantes y el ejercicio irresponsable del poder; los caciques son una expresión de arbitrariedad y corrupción; la falta de espacios institucionales para

la deliberación, como podría ser un Consejo Social, mantiene la insularidad de las áreas económicas, sociales y profesionales del país, en perjuicio de posibles entendimientos y acuerdos que dinamicen nuestra vida científica, cultural y económica; la privación de instrumentos de acceso a la justicia y de un servicio civil de carrera muy profesional y riguroso en todos los niveles de gobierno, son una coartada para el patrimonialismo y la corrupción; la marginación de los representantes de la nación en la definición y evaluación de las políticas públicas, y la limitación de las minorías parlamentarias, merman el papel del sistema representativo y su credibilidad, y la concentración del poder presidencial es un arcaísmo que lastra al conjunto del Estado.

Además de reconfigurar el poder para racionalizar su ejercicio y defender la democracia, y de innovar la gobernanza internacional para la seguridad ambiental al planeta, es previsible un nuevo esquema de organización social. Los sindicatos se han significado por su declive paulatino; los sectores sociales favorecidos por políticas de renta básica carecen de organización y cohesión, y los organismos no gubernamentales avocados a la promoción y defensa de los derechos humanos actúan en campos segmentados y sin coordinación ente sí. La dispersión ha sorprendido a los trabajadores, asalariados y no asalariados, en un momento de máxima vulnerabilidad. Es probable que la ola de desempleo y sacrificios salariales auspicie el resurgimiento del concepto de clase y genere la reorganización del proletariado, con perspectiva global. Su mejor forma de lucha será a través de la democracia electoral y parlamentaria, como previó Ferdinand Lassalle desde el siglo XIX.

En adición a las profundas revisiones conceptuales y institucionales, el COVID-19 ha dado un ejemplo a gran escala de cómo las condiciones de emergencia hacen que las sociedades privilegien la vida sobre las libertades. Estas situaciones excepcionales pueden menudear (calamidades ambientales, ciclones, epidemias, erupciones volcánicas, incendios, inundaciones, terremotos, etc.) y hay casos en los que se pueden hacer

crónicas, como durante la violencia delictiva. Para semejantes circunstancias debe contarse con instrumentos institucionales que además de facilitar las respuestas coyunturales adecuadas, garanticen la continuidad democrática.

La experiencia en curso conducirá a pactos sociales y políticos de los que resultará una nueva racionalidad del poder en sus esferas nacional e internacional. Estas reflexiones sobre los efectos potenciales del COVID-19 son preliminares. Al concluir la etapa crítica habrá que integrar una agenda para examinar la dimensión, organización y función del Estado constitucional. Será parte de un debate democrático para el que tenemos que estar preparados. En México entramos al vendaval en condiciones institucionales deficitarias y debemos aprender la lección.

Estado de Malestar¹

State of discomfort

María Gracia Quiroga² y Raúl Gustavo Ferreyra³

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 330-335

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e402>

“El agua no ofrece resistencia. El agua fluye. Cuando sumerges la mano en el agua, lo único que notas es una caricia. El agua no es un muro sólido, no te puede detener. Pero el agua siempre va a donde quiere, y al final nada puede oponerse a ella. El agua es paciente. Las gotas de agua pueden erosionar la piedra. No lo olvides, hija mía. Recuerda que eres mitad agua. Si no puedes atravesar un obstáculo, rodéalo.

Es lo que hace el agua”.

Margaret AtWOOD, *Penélope y las doce criadas*

Hay un virus que recorre el mundo. No reconoce clases ni estratos sociales. Tampoco es un fantasma. En verdad, se trata de un “malestar” real, concreto, que ataca por igual a todos los seres humanos. El virus no discrimina; sí los seres humanos entre ellos.

Hace noventa años, en un estudio significativo por su riqueza para la lectura transdisciplinaria, Sigmund Freud sostuvo que el sufrimiento amenaza a los humanos por tres frentes: desde el propio cuerpo, desde el mundo exterior o natural y,

¹ La autora y el autor agradecen los valiosos comentarios del Prof. Dr. Raúl Serroni-Copello.

² Licenciada en Psicología (Universidad del Salvador). (ORCID 0000-0001-5685-840X).

³ Doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires) (ORCID 0000-0001-5089-8136).

por fin, desde las relaciones con otros seres humanos⁴. Entre las líneas sin escribir, todavía, el mal del “coronavirus” carece de vacuna, pero ha pandemizado a la humanidad entera. Sin que sepamos el origen del origen, porque siempre todo ha de tener un comienzo, aunque haya sido la consecuencia de una interrupción breve o extensa.

Con los conocimientos científicos y tecnológicos disponibles, no se alcanza a controlar y curar la enfermedad desatada por el virus. Mientras no se encuentre la sanación efectiva e inmediata, lamentablemente, se mantendrían las proyecciones sobre la enfermedad y tasas de morbilidad que provoca el virus diseminado y en escala global; deseamos decir: a todos los sitios del mundo.

Para contener parcialmente el malestar ocasionado, se ha ideado y puesto en funcionamiento un modelo que en la Argentina, por ejemplo, recibe el nombre de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (ASPO). Con tal herramienta sanitaria se intenta que el contagio de los individuos no alcance niveles calamitosos que desborden los propios recursos del sistema de salud. Una gran paradoja. El 2020 se iluminaba como el momento en el que la mayor cantidad de seres humanos dispondrían de la mayor capacidad de traslado en toda la historia, al menos en los últimos 250.000 años. No se cumplirá el pronóstico, porque se ha hecho necesario “aislar” al ser humano, preventiva y transitoriamente, de la comunión con sus semejantes.

Así, pues, la subjetividad de los miles de millones de individuos atraviesa una fase singular, jamás acontecida. Ahora es pronto para evaluar tan siquiera los datos de este encierro global de los individuos que integran las comunidades más diversas en los espacios más disímiles. Sin embargo, hay algo que sabemos: ignoramos por completo el impacto sobre la subjetividad que provocará el ASPO, en especial, sobre la estructura sistémico-familiar, la célula fundamental del tejido social.

⁴ FREUD, Sigmund (2010). *El malestar en la cultura*, Alianza, Madrid, [1930], p. 67.

También se ha producido otro episodio inédito. La ciudadanía nace y se desarrolla con la presencia de otros seres humanos, con quienes se ha de acordar un “método” para producir una regla que constituya el fundamento para ordenar las existencias de una comunidad determinada. Un “método” que oriente la elaboración y el cambio de patrones generales para “guía de las acciones” que deben o pueden ser realizadas y su consecuente evaluación. El malestar que ocasionan el virus y el aislamiento hace que el ejercicio y la tutela de la ciudadanía, precisamente, se desarrollen sin la realización cotidiana de derechos de libertad básicos; una circunstancia inimaginable, irrepresentable, durísima para la salud mental de todo individuo y la consecuente legitimación del orden jurídico constituyente del Estado en el que desarrolla su ciudadanía. Que no nos quede otro camino para proteger la vida termina constituyendo otro encierro más.

Pareciera que la humanidad ha comprendido la necesidad de compartir valores elementales respecto de cómo no dañarse, cómo cuidarse y cómo desarrollarse; incluso, si esa circunstancia amerita un nuevo campo semántico (volvemos a repetir, “transitorio”) para comprender el ejercicio de la ciudadanía plural. De manera constante hay que realizar un escrutinio riguroso de los derechos fundamentales; por ahora, no han sido jaqueados por el “ASPO”.

En el seno de todo Estado constitucional existe la pulsión del Estado policial; por eso, el escrutinio riguroso de las medidas transitorias adoptadas por un poder concentrado es un antídoto, nunca suficiente, para las tentaciones autocráticas. El “ASPO” significa la cuarentena, “limitada” y “de excepción” de muchos derechos fundamentales, jamás la “suspensión”. No distinguir que se trata, por ahora, de una limitación y no de una suspensión en Derecho constituiría el mismo error que no distinguir, en psicología, el bienestar del malestar.

El encierro obligatorio en las casas genera y generará en cada una de las individualidades diferentes comprensiones respecto del tiempo subjetivo y del tiempo cronológico. Actualmente

existe un solo cuidado prudente: quedarnos en nuestras casas; al tratarse de una situación intempestiva, conmovedora y obligatoria, la vida anímica de cada uno de nosotros/as tendrá diferentes reacciones por el mero hecho de haber escapado a la desgracia. El encierro al romper las rutinas cotidianas, aquellas que se corresponden con las estructuras cronológicas, deja nadando al individuo en su propio tiempo subjetivo e interno.

Las medidas preventivas adoptadas por los gobiernos de los diferentes países y el distanciamiento de los individuos del clan comunitario alientan situaciones de incertidumbre y frustración, que deben ser abordados de manera inmediata con nuevas instancias de tratamiento para la salud mental. Esa falta de certeza y esa frustración temida, sin dudas, anticipa o desata nuevos estados de miedo, angustia y amenaza entre los seres humanos. Dentro de este panorama, resulta clave cuidarnos del virus, pero también debe decirse con voz propia que la salud mental constituye un capítulo decisivo del derecho a la salud de toda persona.

El virus globalizado, como malestar en la salud de la humanidad, quizá tenga espacios beneficiosos. Uno de ellos se abre respecto del enjuiciamiento de los sistemas de salud, su cobertura, su extensión, sus eminentes o sus lamentables estructuras. E interpela sobre la posibilidad de repensar los sistemas de salud. El malestar desenvuelto por este virus global no se encontraba en los libros de Medicina, Psicología o Derecho; simplemente han existido algunos hallazgos o menciones anticipatorias. Por su forma de presentación y exteriorización, el virus encierra un mal radical y globalizado.

Sin embargo, las respuestas de las políticas públicas emergentes para su contención, hasta ahora, han sido estatales. Cada Estado propone, según su mejor y leal saber y entender, una solución tal como el virus le ha sido impuesto. Aquí no pasaremos revista a las soluciones alemana, española, italiana, estadounidense, china, coreana, argentina, colombiana, brasileña, chilena, ecuatoriana ni mexicana. Increíblemente, aunque

el virus muta, también las respuestas estatales han sido plurales, cuando, por necesidad y racionalidad básica, la respuesta debería haber sido “coordinada, cooperativa y solidaria”.

Muchas personas pueden sospechar que los Estados en que habitan y desarrollan su ciudadanía son reales “Estados de bienestar”. Francamente, al revisar los resultados de la calamitosa peste, muy pocos Estados en el mundo puedan revestir, en la letra y en la práctica, un real Estado de bienestar para sus ciudadanos y ciudadanas. La mayoría de las Leyes fundamentales del mundo se refieren al derecho a la salud y predicen un Estado de bienestar. Pero ha quedado demostrado que en la realidad efectiva ello no se realiza y, por ende, no se concreta el carácter imperativo de las lenguas escritas constituyentes de los Estados.

Además, el virus es un ataque global a la precariedad del sistema de salud. Sin salud no hay existencia humana digna. La pandemia nos obliga a repensar sobre nuevas formas de concepción y cooperativismo para el derecho a la salud, dentro de cada Estado y entre los Estados entre sí a nivel mundial, siempre dentro del contexto propiciado por la democracia para la arquitectura y coexistencia humana en el Estado de Derecho.

Las medidas adoptadas hasta ahora no han logrado contener el virus. Su mitigación se realiza con el “ASPO”. Este modelo extremo de distanciamiento entre las personas compromete la economía, la salud emocional, el equilibrio de la sociedad y el desempeño de las instituciones. Apoyar el “ASPO”, transitorio en el tiempo y justificado en el espacio del Derecho, como herramienta indispensable para proteger la existencia con vida de las personas de una comunidad y evitar el colapso sanitario también indica que no existe una respuesta correcta para combatir la pandemia. Probablemente, el concierto de la economía, la salud, la comunidad y el Estado permita inducir determinado equilibrio para el levantamiento de este estado de excepción o, acaso, su renovación parcial, como ha venido ocurriendo, no sólo en la Argentina. Porque hasta tanto no se encuentre la vacuna, el mal persistirá. Estuvimos, estamos y estaremos

en peligro. Mientras tanto, las decisiones gubernamentales, sus políticas públicas, deben adoptarse con un basamento explícito fundado en las ciencias.

Por lo tanto, no debería resultar extraña la discusión de una nueva constelación que, con bases igualitarias, exponga un giro radical y contemple la universalidad del derecho a la salud. Un mínimo básico, fundamental, irrenunciable, riguroso, intocable, que le corresponde universalmente a cada individuo por el hecho de ser humano y que por ser humano goza de esa protección universal individuada en su persona.

Pese a todo, hoy, 15 de abril de 2020 –mientras escribimos estas páginas–, somos cautos. La concepción de la salud como un derecho fundamental, universal, integral y público debería formar parte de una agenda de discusión, en todos los niveles: local, regional y estatal. Para dirigirse con su proa hacia un “programa mundial” solidario, que conquiste y concite en grado sumo la prevención y el cuidado de la salud de toda la humanidad. Para que otra pandemia no nos tome por sorpresa y sin vigilancia. Con responsabilidad hacia las generaciones futuras y la obligación que conlleva no descuidar la arquitectura de nuestro aparato psíquico.

En pocas palabras: que el Estado de bienestar, en toda su dimensión y complejidad, despoje o al menos contenga racionalmente al malestar viral que en el presente provoca dolor y sufrimiento al ser humano. Sin grandilocuencia: hombres y mujeres deberíamos unir fuerzas y luchar juntos hacia adelante, arrancar el malestar y procurar el bienestar.

Vigencia de los Derechos Humanos en el marco de los diferentes planes de Emergencia que han aplicado los Estados con motivo del COVID-19

Validity of Human Rights within the framework of the different Emergency plans that have been applied by the States on the occasion of COVID-19

*Maria Fatima Pinho de Oliveira*¹
Universidad Simón Bolívar - Venezuela

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 336-364

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e403>

I. A manera de introducción

En diciembre de 2019 en Wuhan, China, se conoció la noticia de un brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19). Para el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS), declaró que había alcanzado el nivel de pandemia mundial y le solicitó a los gobiernos que tomaran medidas urgentes y contundentes para detener la propagación del virus.

Entre tanto, cabe destacar que, las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos garantiza que todas las personas disfruten del derecho de salud y obliga a los gobiernos a adoptar medidas para prevenir las amenazas a la salud

¹ Profesora Asociado de la Universidad Simón Bolívar, adscrita al Departamento de Ciencias Económicas y Administrativas en Caracas, Venezuela. Abogado de la Universidad Santa María (USM, 1999). Especialista en Derecho Penal (USM, 2001) y Magíster en Derecho Penal (USM, 2008). Doctorando en Derecho Internacional Público de la Universidad Latinoamericana y del Caribe (ULAC). (ORCID 0000-0002-7539-5620). Correo electrónico: mpinho@usb.ve.

pública y brindar atención médica a quienes la necesitan; y bajo esta amenaza de emergencia y salud pública las restricciones a algunos derechos pueden justificarse siempre y cuando cumplan con los siguientes criterios: que tengan una base legal, sean estrictamente necesarias según evidencias científicas y no sean arbitrarias ni discriminatorias en su aplicación, sean de duración limitada, respeten la dignidad humana, estén sujetas a revisión y sean proporcionales para lograr su objetivo.

Efectivamente, la pandemia del COVID-19, asciende al nivel de una amenaza a la salud pública que, para garantizar el derecho a la salud, podría justificar restricciones a ciertos derechos, como los que resultan de la imposición de la cuarentena o el aislamiento y que limitan la libertad de tránsito o movimiento. Así mismo, una esmerada atención a derechos humanos como la no discriminación y principios de los derechos humanos como la transparencia y el respeto a la dignidad humana, puede fomentar una respuesta efectiva en medio de la agitación y los trastornos que inevitablemente resultan en tiempos de crisis, además de limitar los daños que provengan de la imposición de medidas muy generales que no cumplan con los criterios anteriores. (Human Rights Watch, 2020).

Las oficinas de Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Organización Mundial de la Salud, la Organización Panamericana de la Salud y Access Now, ante la pandemia de COVID-19, recomiendan a los gobiernos, que a través de la implementación de planes e intervenciones fundamentadas en el respeto a los derechos humanos y las garantías digitales, deben proteger la vida de los ciudadanos.

Estas instancias han mostrado su preocupación por el control de las libertades en los decretos de emergencia, las medidas de censura, la penalización de las opiniones en internet y la desinformación que se ha esparcido en entornos digitales y comunitarios a la par del nuevo coronavirus; donde la prioridad es la salvaguarda del derecho a la salud, el acceso al servicio de agua, el amparo de los migrantes, el respeto a las libertades

informativas, la protección de datos personales y los derechos digitales. (Chirinos, 2020).

En estas breves líneas se presenta un análisis de la vigencia de los DDHH en el marco de los diferentes planes de Emergencia que han aplicado los Estados con motivo del COVID-19, mencionando algunos derechos humanos y reflexionando sobre las medidas implementadas por algunos Estados.

II. Las Normas Internacionales en materia de Derecho Internacional

De conformidad con lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la mayoría de los países, todas las personas tienen derecho al “más alto nivel posible de salud física y mental” y los gobiernos están obligados a tomar medidas efectivas para “la prevención, el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas”. (Human Rights Watch, 2020)

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CDESC), que supervisa el cumplimiento del pacto por parte de los Estados, ha declarado que:

El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.

El derecho a la salud establece que los establecimientos, bienes y servicios de salud deberían:

- Ser suficientes en cantidad y disponibilidad.

- Ser accesibles y estar al alcance de todos, sin discriminación alguna, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población.
- Ser apropiados desde el punto de vista científico y médico, y ser de buena calidad.

Los *Principios de Siracusa*, adoptados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1984, y las observaciones generales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los estados de emergencia y la libertad de movimiento brindan directrices autorizadas sobre las respuestas gubernamentales que restringen los derechos humanos por razones de salud pública o emergencia nacional. Cualquier medida tomada para proteger a la población que limite los derechos y libertades de las personas debe ser legal, necesaria y proporcional. Los estados de emergencia deben tener una duración limitada y cualquier reducción de los derechos debe tener en cuenta el impacto desproporcionado en poblaciones específicas o grupos marginados. (Human Rights Watch, 2020)

Un grupo de expertos en derechos humanos de la ONU, el 16 de marzo de 2020, manifestaron que: "...las declaraciones de emergencia basadas en el brote de COVID-19 no deberían usarse como excusa para atacar a grupos, minorías o individuos particulares. No deberían utilizarse como una tapadera para acciones represivas con el pretexto de proteger la salud (...) y no deberían usarse simplemente para sofocar la disidencia". (Human Rights Watch, 2020)

Los Principios de Siracusa establecen específicamente que, como mínimo, las restricciones, deben:

- Imponerse y aplicarse de conformidad con la ley.
- Responder a un objetivo legítimo de interés general.
- Ser estrictamente necesarias en una sociedad democrática para alcanzar su objetivo.
- Ser lo menos intrusivas y restrictivas posible para cumplir su objetivo.

- Basarse en evidencia científica y no aplicarse de manera arbitraria ni discriminatoria.
- Tener una duración limitada, ser respetuosas con la dignidad humana y estar sujetas a revisión. (Human Rights Watch, 2020)

III. Algunos aspectos sobre los Derechos Humanos y el COVID-19

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michele Bachelet, declaró durante el Consejo celebrado en Ginebra, que “...los confinamientos, las cuarentenas y otras medidas de esa índole orientadas a combatir la expansión del COVID-19 deben aplicarse siempre en la más estricta observación de las normas de derechos humanos y de manera proporcional”. El nuevo coronavirus “pone a prueba a nuestras sociedades y todos aprendemos y nos adaptamos a medida que respondemos al virus. Pero es preciso que la dignidad y los derechos humanos sean los pilares fundamentales de ese esfuerzo y no una consideración accesoria”. (Chirinos, 2020).

A continuación se presentan un breve análisis en torno a algunos Derechos Humanos afectados por las medidas implementadas por el COVID-19.

Derecho a la Libertad

Cabe destacar que las cuarentenas, en particular las que afectan al derecho a la libertad y la seguridad personales, sólo son permisibles si se llevan a cabo de manera no discriminatoria y, aunque respondan, como este caso, a una necesidad pública o social apremiante, si tienen una finalidad legítima y son proporcionales a ella; deben ser de duración limitada y revisarse periódicamente, y si hay varios tipos de limitaciones posibles, debe adoptarse la menos restrictiva. (Amnistía Internacional, 2020)

Lo mismo sucede con las restricciones y prohibiciones de viaje, que también pueden afectar al derecho a la libertad de circulación. Cuando se impongan deben ser legítimas, necesarias y proporcionales, es decir, ser la menos restrictiva de las alternativas posibles, y no deben tener carácter discriminatorio. (Amnistía Internacional, 2020). Las medidas tomadas fueron el cierre de las fronteras y la prohibición de los vuelos nacionales e internacionales en varios países.

Derecho a la salud

De acuerdo a recomendaciones de Amnistía Internacional (2020), los Estados deben garantizar que todas las personas y comunidades afectadas tienen acceso a una información clara, accesible, oportuna y significativa sobre la naturaleza y el grado de amenaza para la salud, a la información sobre las posibles medidas que se tomen para mitigar los riesgos, y también a la información de alerta temprana sobre las posibles consecuencias futuras y las iniciativas de respuesta en curso. Sobre este punto del Derecho al acceso a la información será tratado más adelante.

Los Estados deben garantizar que todas las personas tengan acceso a la seguridad social, incluido el reposo por enfermedad, la atención a la salud y la licencia por maternidad, si están enfermas o en cuarentena o tienen que cuidar de personas dependientes afectadas, incluido niños y niñas debido al cierre de colegios.

Los estándares internacionales sobre el derecho a la salud indican que los bienes, las instalaciones y los servicios de atención médica, incluido el acceso a la atención y las vacunas y curas desarrolladas para COVID-19, deben estar disponibles en cantidad suficiente para todas las personas, especialmente para los sectores más vulnerables o marginados de la población, que deben tener acceso a ellos sin discriminación.

Ese acceso debe ser asequible para todas las personas. Esto significa que los Estados deberían trabajar con las partes implicadas (incluidas las compañías farmacéuticas) para conseguirlo, de

manera que todos los actores mantengan como prioridad la garantía de los derechos humanos. El derecho a la salud incluye tanto la salud física como la mental. Los Estados deben garantizar que el apoyo psicosocial esté disponible para posibles consecuencias de la epidemia de COVID-19 sobre salud mental y las medidas de contención posteriores, como la ansiedad o la depresión.

Algunas de las medidas aplicadas para mejorar la salud pública pueden tener consecuencias negativas en el derecho al trabajo y los derechos laborales, haciendo que las personas con trabajos precarios se vean afectadas de manera desproporcionada. Entre ellas figuran los trabajadores y trabajadoras migrantes, las personas sujetas a condiciones poco seguras o precarias de trabajo propias de la economía bajo demanda, las personas con bajos ingresos, las personas migrantes en situación administrativa irregular y las personas empleadas en el sector informal. Los Estados deben garantizar que todas ellas también tienen acceso a las prestaciones que ofrece la seguridad social.

Otros grupos de riesgo que deben ser tomados en cuenta son los trabajadores de la salud, los guardias y otros empleados de prisiones u otro personal encargado de hacer cumplir la ley que se ocupe de aplicar y hacer cumplir las medidas de salud pública, así como profesionales que no pertenecen al sector público que están trabajando para garantizar el acceso a servicios básicos, donde los Estados deben garantizar también que se establecen mecanismos en pro de su derecho a la salud como consecuencia de su exposición a COVID-19.

Entre los grupos vulnerables se tienen, las personas de edad y con dolencias médicas preexistentes (como asma, diabetes o cardiopatías) parecen estar más expuestas a enfermar de gravedad por el virus y por lo tanto los Estados deben hacer lo posible por protegerlas. También Personas que viven en la pobreza y con menor acceso a medidas preventivas, incluidas mascarillas y desinfectantes; personas sin hogar que se enfrentan a desafíos importantes para el autoaislamiento; personas migrantes en situación administrativa irregular; personas con ingresos más bajos y empleo inseguro; aquellas que no tienen más remedio

que vivir o trabajar cerca de otras que no tienen acceso a medidas preventivas adecuadas, como en las cárceles o en entornos laborales que presentan riesgos para la salud; o personas sin acceso adecuado a agua y saneamiento. Los Estados deben velar que puedan acceder a los mismos servicios que el resto de la población sin discriminación.

Bachelet considera que para “...combatir eficazmente la epidemia, es preciso velar por que todos tengan acceso al tratamiento y que no se niegue a nadie la atención sanitaria por motivos económicos o a causa de la estigmatización”. Indicó además que los gobiernos deben dar “especial importancia a la protección de la salud de los propios trabajadores sanitarios”. (Chirinos, 2020)

La CIDH también recomienda que los Estados garanticen el derecho a la salud “...a fin de que prevalezca el debido y oportuno cuidado a la población”. El organismo aconseja establecer planes para atender la salud mental. Para ello es importante implementar “medidas especiales para la protección y entrenamiento del personal sanitario”. (Chirinos, 2020)

Derechos de los migrantes y personas marginadas

La Red de las Naciones Unidas sobre Migración sugiere a los Estados proteger a los migrantes, por lo tanto las restricciones de movilidad durante las cuarentenas y las restricciones de desplazamientos no deben afectar “indebidamente” los derechos humanos de los migrantes y la posibilidad que tiene de “solicitar asilo”. “Las medidas deben incluir prevención, pruebas y tratamiento adecuados, acceso continuo y aumentado a refugios de emergencia para personas sin hogar sin barreras relacionadas con el estado migratorio; y suspensiones de desalojos”. Los expertos insisten en que “es particularmente importante que las autoridades hagan todo lo posible para enfrentar la xenofobia, incluso cuando los migrantes y otras personas están sujetas a discriminación o violencia relacionada con el origen y la propagación de la pandemia”. (Chirinos, 2020)

Los gobiernos deberían garantizar que se proporcionen todos los servicios de salud relacionados con el COVID-19, acceder a las pruebas, la atención médica preventiva y el tratamiento, sin estigma ni discriminación de ningún tipo, incluso por motivos de orientación sexual e identidad de género, (LGBT), este grupo en particular enfrentan discriminación para acceder a la atención médica, según informes de casos documentados por Human Rights Watch en países como EE.UU., Tanzania, Japón, Indonesia, Bangladesh, Rusia y el Líbano. En el caso de los inmigrantes indocumentados, los gobiernos deben tomar medidas para asegurar a las poblaciones vulnerables que no corren riesgo de represalias ni de ser deportados si acceden a cuidados vitales.

Todos los gobiernos tienen la obligación de garantizar que una grave crisis de salud pública no se convierta también en una crisis de derechos humanos porque las personas no puedan acceder a una atención médica adecuada. Por lo tanto los gobiernos deberían tomar medidas para garantizar que todas las personas tengan opciones de tratamiento y atención médica asequible y accesible.

La directora para las Américas de Amnistía Internacional, Erika Guevara Rosas, señaló que: “La condición migratoria es irrelevante para la dignidad y el derecho a vivir de todos los seres humanos. En lugar de incrementar los riesgos para la salud de la población, los gobiernos deberían hacer todo lo que puedan para protegerla”. Indicó además que: “Para combatir con eficacia el coronavirus, COVID-19, en las Américas e impedir miles de muertes evitables, los Estados deben liberar rápidamente a las personas en detención migratoria, (...) y garantizar que tengan acceso, sin discriminación, a atención médica para salvar sus vidas.” (Amnistía Internacional, 2020).

Las autoridades de varios países del continente americano, entre ellos, Canadá, Estados Unidos, México, Curazao y Trinidad y Tobago detienen de forma peligrosa y discriminatoria a migrantes y solicitantes de asilo, basándose únicamente en

la situación migratoria de esas personas, afirmó hoy Amnistía Internacional. Al hacerlo, empujan a muchas personas a entornos inseguros y poco higiénicos, contrario a las pautas internacionales de derechos humanos y salud pública. (Amnistía Internacional, 2020).

Tabla N° 1. Comparativa de países con ejemplos de casos sobre situaciones de DDHH en relación a Derechos de los migrantes

Países	Situaciones	Recomendaciones de Amnistía Internacional
CANADÁ	<p>La Agencia de Servicios Fronterizos de Canadá tiene en sus centros de detención migratoria a algunos cientos de personas con altas tasas de mortalidad.</p> <p>Las personas detenidas y sus familias afrontan un estrés psicológico sustancial, han estado sometidas a tanta angustia por el riesgo de contraer el COVID-19 mientras están detenidas que han iniciado una huelga de hambre para pedir ser liberadas.</p>	<p>Amnistía Internacional recomendó reducir rápidamente al mínimo el número de personas en centros de detención migratoria</p>
CURAZAO	<p>Las autoridades de Curazao detienen con frecuencia a migrantes y solicitantes de asilo procedentes de Venezuela, negándoles el acceso a la protección internacional.</p> <p>En marzo de 2020, la Plataforma Regional de Coordinación Interagencial estimó que había 16.500 personas venezolanas en la isla, pero se desconocía cuántas de ellas estaban en detención migratoria.</p> <p>Bajo detención Migratoria se han evidenciado pésimas condiciones, hacinamiento, abusos sexuales, falta de higiene y camas inadecuadas en las zonas en las que estaban detenidas personas en situación migratoria irregular.</p>	<p>Curazao debe liberar a todas las personas migrantes y solicitantes de asilo que se encuentran detenidas por su condición migratoria y otorgarles acceso a la atención de salud que requieran y a otros servicios esenciales.</p>

Países	Situaciones	Recomendaciones de Amnistía Internacional
MÉXICO	<p>Tras el cierre de la frontera las autoridades han fallado en no considerar alternativas a la detención para las personas migrantes que están actualmente detenidas, dada la imposibilidad de ser liberadas vía la deportación en autobús a Centroamérica.</p> <p>Se ha reportado que algunos centros de detención migratoria están superpoblados e incluso mezclan a niños y adolescentes con poblaciones adultas debido a la falta de espacio. En marzo 2020 se reportaron protestas en los centros de detención migratoria.</p> <p>Las autoridades mexicanas podrían no respetar su propia legislación migratoria al permitir un régimen de detención indefinida, lo cual incumpliría los estándares internacionales de derechos humanos.</p>	<p>México debe poner rápidamente en libertad a todas las personas migrantes y solicitantes de asilo que pueda de las que actualmente se encuentran en centros de detención migratoria; la salud mental y física de esas personas no se puede preservar en esos centros.</p> <p>Las autoridades mexicanas no solo deben liberarlas, sino también brindarles protección humanitaria de emergencia para garantizar que todas ellas tengan acceso sin discriminación a servicios esenciales, cuidados y seguridad, incluidas una alimentación y una atención de salud adecuadas.</p>
TRINIDAD Y TOBAGO	<p>No cuenta con una legislación nacional sobre personas refugiadas. El país sigue criminalizando y deteniendo a personas migrantes y refugiadas (especialmente aquellas que huyen de la crisis en Venezuela) que ingresan en su territorio de manera irregular. Eso es contrario a los estándares internacionales de derechos humanos. Amnistía Internacional no ha podido visitar el Centro de Detención Migratoria. Tampoco se les otorga acceso a otras organizaciones no gubernamentales y de derechos humanos</p>	<p>El gobierno de Trinidad y Tobago debe liberar a todas las personas migrantes y solicitantes de asilo que se encuentran en detención migratoria simplemente por ingresar al país de manera irregular o que esperan que se resuelvan sus solicitudes de asilo y darles acceso a la atención de salud que requieran y a otros servicios esenciales, sin discriminación.</p>

Países	Situaciones	Recomendaciones de Amnistía Internacional
ESTADOS UNIDOS	<p>El Servicio de Inmigración y Control de Aduanas del Departamento de Seguridad Nacional de Estados Unidos refirió un primer caso confirmado de COVID-19 en instalaciones de detención migratoria.</p> <p>Amnistía Internacional ha recibido testimonios perturbadores de personas detenidas sobre condiciones peligrosas en centros de detención migratoria del ICE, que ponen a quienes tienen problemas médicos preexistentes en mayor peligro de contraer el COVID-19 y de morir como consecuencia del virus.</p>	<p>Amnistía Internacional emitirá un informe documentando como oficiales del DHS y los centros del ICE no han adoptado medidas adecuadas para garantizar la salud pública (por ejemplo, suministrando jabón y gel desinfectante a las personas detenidas, facilitando el distanciamiento social según estándares internacionales y brindando servicios de salud adecuados y receptivos a quienes presenten síntomas de COVID-19).</p>

Fuente: Elaboración propia, Pinho (2020).

Acceso a la información

Según el derecho internacional de los derechos humanos, los gobiernos tienen la obligación de proteger el derecho a la libertad de expresión, incluido el derecho a buscar, recibir y difundir información de todo tipo, independientemente de las fronteras. Por lo tanto, los gobiernos son responsables de proporcionar la información necesaria para la protección y promoción de los derechos, incluido el derecho a la salud. Las restricciones permisibles a la libertad de expresión por razones de salud pública, mencionadas anteriormente, no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho. (Human Rights Watch, 2020)

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera como una “obligación de prioridad” proporcionar “educación y acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades”. Una respuesta al COVID-19 respetuosa con los derechos humanos debe garantizar la disponibilidad y la accesibilidad universal de información precisa y actualizada sobre el virus. (Human Rights Watch, 2020)

El acceso a la información pública también debe ser prioridad en este contexto de pandemia. Recomiendan a los funcionarios públicos garantizar la difusión de “información oportuna y transparente, técnicamente correcta y basada en evidencias”. “El público tiene derecho a la información que puede afectar su salud” y la de sus allegados, establece la Organización Mundial de la Salud. La Organización Panamericana de la Salud, además, considera indispensable “proporcionar información epidemiológica para realizar una evaluación de riesgos a nivel nacional, regional y global”. (Chirinos, 2020)

Naciones Unidas, la CIDH y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa manifiestan en una declaración conjunta que “los gobiernos de todo el mundo están obligados, en virtud de las normas de los derechos humanos, a proporcionar información fidedigna en formatos accesibles a todos”. Advierten que “cualquier intento de penalizar la información relativa a la pandemia puede crear desconfianza en la información institucional, retrasar el acceso a información fiable y tener un efecto silenciador en la libertad de expresión”. (Chirinos, 2020)

Así mismo, dichos organismos internacionales manifiestan que:

Los gobiernos deben hacer esfuerzos excepcionales para proteger el trabajo de los periodistas. El periodismo cumple una función crucial en un momento de emergencia de salud pública, en particular cuando tiene por objeto informar al público sobre información crítica y monitorear las acciones del gobierno. (Chirinos, 2020, s/p).

También alertan sobre los riesgos que se presentan en las medidas de censura, porque las restricciones informativas “no solo violan el derecho de las personas a la libertad de expresión y acceso a la información”, sino que limitan la capacidad de los ciudadanos de protegerse frente a la enfermedad. (Chirinos, 2020)

Al tomar medidas contra periodistas y trabajadores de la salud, algunos gobiernos no han cumplido con su obligación de proteger el derecho a la libertad de expresión. Esta situación limitó la comunicación efectiva sobre el inicio de la enfermedad y socavó la confianza en las acciones del gobierno y ponen en peligro la eficacia de la respuesta en materia de salud pública, menoscabando el derecho a acceder a información sobre la salud. (Amnistía Internacional, 2020). Bachelet, en otra intervención, informó que “Las autoridades nunca deberían sancionar a los profesionales de la medicina porque estos señalen las deficiencias de que adolece la respuesta a la crisis”. (Chirinos, 2020).

Tabla N° 2 Comparativa de países con ejemplos de casos sobre situaciones de DDHH en relación a los Derechos del Acceso a la Información y la Libertad de Expresión.

País	Situación
China	<p>Inicialmente retuvo información básica sobre el coronavirus del público.</p> <p>Se detuvieron a personas por informar sobre la epidemia en las redes sociales y a usuarios de Internet por “propagar rumores”, censuraron conversaciones en línea sobre la epidemia y restringieron los informes de los medios de comunicación.</p> <p>Caso: la policía detuvo a Li Wenliang, médico de un hospital de Wuhan donde se estaba tratando a pacientes infectados, por “difundir rumores” después de advertir acerca del nuevo virus en una aplicación de chat en línea. El medico murió a principios de febrero a causa del virus COVID-19.</p>

País	Situación
Irán	El brote surgió después de que las autoridades dañaran severamente la confianza pública al reprimir brutalmente las protestas antigubernamentales generalizadas. La tasa inusualmente alta de casos reportados así como la inconsistencia en las cifras anunciadas por funcionarios y fuentes de medios nacionales, han aumentado las preocupaciones de que los datos estén siendo deliberadamente manipulados o de que se estén recopilando y analizando inadecuadamente
Tailandia	Informantes en el sector de la salud pública y periodistas en línea se han enfrentado a demandas, represalias y actos de intimidación por parte de las autoridades. Denunciaron casos de presunta corrupción relacionada con el acaparamiento y la especulación de mascarillas quirúrgicas y otros suministros. Algunos miembros del personal médico fueron amenazados con medidas disciplinarias, incluida la terminación de sus contratos de trabajo y la revocación de sus licencias, por denunciar la grave escasez de suministros esenciales en los hospitales de todo el país.
Rusia	Caso: Arresto violento y la continuidad de la detención de la doctora rusa <i>Anastasia Vasilyeva</i> , líder de un sindicato de profesionales médicos que denunció debilidades en la preparación del sistema de salud para luchar contra el coronavirus, COVID-19.

Fuente: Elaboración propia, Pinho (2020).

Otros países si priorizaron la comunicación abierta y la presentación de información transparente sobre el número de casos del COVID-19, a saber:

Tabla N° 3 Comparativa de países que priorizaron la comunicación abierta

País	Medidas en pro de la Comunicación
Taiwán	Adoptó medidas inmediatas para combatir el virus, incluida la rápida difusión de información fidedigna al público. Los comunicados de prensa diarios de los funcionarios de salud y los anuncios de servicio público apuntan a contrarrestar la información errónea y han ayudado a calmar el pánico, restaurar la confianza del público y alentar la asistencia de las personas durante la crisis.
Singapur	Publicó y actualizó periódicamente estadísticas detalladas sobre el número y la tasa de infecciones y recuperaciones
Corea del Sur	Publicó datos de salud y los funcionarios emitían dos comunicados diarios para establecer la confianza del público y promover la vigilancia ciudadana
Italia	El gobierno ha celebrado conferencias de prensa diarias para compartir datos y ha implementado una agresiva campaña pública sobre mejores prácticas para que las personas se protejan a sí mismas y a otras de la propagación del virus.

Fuente: Elaboración propia, Pinho (2020).

Para Amnistía Internacional (2020), la tecnología puede y debe desempeñar importantes funciones durante esta pandemia del COVID-19, como difundir mensajes de salud pública y aumentar el acceso a los servicios de salud. Lamentablemente, el aumento de los poderes de vigilancia digital de los Estados (el acceso a los datos de localización de teléfonos móviles) amenaza la privacidad, la libertad de expresión y la libertad de asociación de tal forma que podría violar derechos y minimizar la confianza en las autoridades públicas, con el consiguiente menoscabo de la eficacia de las repuestas de salud pública. Tales medidas entrañan además un riesgo de discriminación que pueden perjudicar a comunidades ya marginadas.

En esta situación de pandemia, el derecho de los derechos humanos, sigue siendo aplicable. De hecho, el marco de los

derechos humanos tiene por objeto garantizar el equilibrio de los distintos derechos para proteger a las personas y las sociedades. Por lo tanto, los Estados no pueden excusarse de desatender el derecho a la privacidad y la libertad de expresión con el pretexto de gestionar una crisis de salud pública. Al contrario, la protección de los derechos humanos también promueve la salud pública. Es indiscutible que los gobiernos deben garantizar que toda restricción de estos derechos se ajuste a salvaguardar los derechos humanos. (Amnistía Internacional, 2020)

Derecho de Acceso al Agua y al Saneamiento

Los derechos al agua y el saneamiento son parte del derecho a un nivel de vida adecuado. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha reafirmado que los derechos al agua y el saneamiento son un componente esencial del derecho a un nivel de vida adecuado y “relacionados integralmente, entre otros derechos del Pacto, con el derecho a la salud”. (Human Rights Watch, 2020)

Como ha señalado la OMS, la provisión de agua potable, el saneamiento y las condiciones higiénicas son esenciales para proteger la salud durante el brote de COVID-19. La prevención de la transmisión de persona a persona del coronavirus puede respaldarse en la promoción de los derechos al agua y el saneamiento, y en el apoyo a la infraestructura y los técnicos de agua y aguas residuales para garantizar la aplicación de prácticas de agua, saneamiento e higiene de manera consistente y correcta en comunidades, hogares, escuelas, mercados e instalaciones sanitarias. (Human Rights Watch, 2020)

Miles de millones de personas en todo el mundo no tienen acceso a agua potable. La escasez de agua potable y saneamiento en el hogar, la escuela o en entornos de atención médica dificultará la adopción de medidas preventivas. En algunos casos, sin agua ni saneamiento adecuado, estos entornos en sí mismos pueden ser un lugar para la propagación de la enfermedad. (Human Rights Watch, 2020)

La infraestructura de atención médica de Venezuela es tan débil que la recomendación más básica, el lavado de manos, es difícil incluso para los proveedores de atención médica, quienes trabajan en condiciones precarias. Los médicos y enfermeras venezolanos entrevistados por Human Rights Watch en los últimos meses dijeron que el jabón y los desinfectantes eran prácticamente inexistentes en sus clínicas y hospitales. A medida que la inflación ha aumentado y los salarios se han devaluado, se ha vuelto imposible para ellos traer sus propios suministros. Los hospitales públicos en Caracas sufren escasez habitual de agua. En hospitales remotos, la insuficiencia ha durado semanas e incluso meses. Se ha pedido que los pacientes y el personal traigan su propia agua para beber y, en algunas ocasiones para descargar los inodoros. (Human Rights Watch, 2020)

Diversos expertos de la ONU expresan que ante la propagación del COVID-19 “los gobiernos de todo el mundo deben proporcionar acceso continuo a suficiente agua a las poblaciones que viven en las condiciones más vulnerables”. Enfatizan que “la lucha mundial contra la pandemia tiene pocas posibilidades de éxito si la higiene personal, la principal medida para prevenir el contagio, no está al alcance de los 2.200 millones de personas que no tienen acceso a servicios de agua potable”. Advierten, además, que el “acceso limitado al agua las hace más propensas a infectarse”. (Chirinos, 2020)

IV. Planes de Emergencia que han aplicado los Estados con motivo del COVID-19

A continuación para presentar este punto, se va a hacer una breve descripción de las medidas o planes de emergencia que han implementado algunos países de América Latina en la Tabla N° 4.

Tabla N°4 Comparativa de Venezuela y Centro América con sus Planes de Emergencia ante el COVID-19

País	Plan de Emergencia
Venezuela	<p>-Se decretó la Cuarentena social voluntaria, el Estado de Alarma y el cierre de restaurantes y tiendas no alimentarias. (Algarra, 2020)</p> <p>-Suspensión durante seis meses del pago de arrendamiento de inmuebles de uso comercial y de aquellos utilizados como vivienda principal y la prohibición de los desalojos forzosos.</p> <p>-Inamovilidad laboral hasta el 31 de diciembre de este año. Se activó un plan especial del pago de nóminas a través del sistema patria por un lapso de seis meses; suspensión de pago moratorio de intereses de crédito. Suspendió el pago de interés de pago de capital a todos los créditos otorgados por los bancos, aunque desde hace meses la banca no otorga créditos;</p> <p>-Prohibió,, durante los próximos seis meses, el corte de servicios de telecomunicaciones y de servicios públicos. (Natera, 2020).</p> <p>-Ministerio de Finanzas y Sudeban dictaron normas para favorecer a todos los sectores productivos; Se aprueba la suspensión de pagos de capital e intereses de todos los créditos del país por un lapso de 6 meses.</p> <p>-Se aprobó la exoneración de tributos y pago de cualquier arancel a la importación de materia prima, bienes de capital e insumos.</p> <p>-Se coordinó con empresas de telecomunicaciones para mejorar, ampliar y garantizar los servicios durante esta coyuntura y la prohibición, en los próximos seis meses, del corte de servicios de telecomunicaciones, televisión por cable, telefonía o cualquier medio de comunicación familiar. (Viera, 2020)</p>
Costa Rica	<p>-Gobierno anunció excepciones a la restricción vehicular. Y aumento de multas y sanciones por violación a la restricción vehicular durante emergencia por COVID-19</p> <p>-Cierre temporal de establecimientos clasificados como sitios de reunión pública.</p> <p>-Imposición de multas para quien violente ordenes sanitarias de aislamiento</p> <p>-Gobierno anunció excepciones a la restricción vehicular. Y aumento de multas y sanciones por violación a la restricción vehicular durante emergencia por COVID-19</p> <p>-Cierre temporal de establecimientos clasificados como sitios de reunión pública.</p>

País	Plan de Emergencia
Costa Rica	<p>-Imposición de multas para quien violente ordenes sanitarias de aislamiento</p> <p>-Ley de Alivia Fiscal ante el COVID-19: Contiene una moratoria sobre el Impuesto sobre el Valor Agregado, Impuesto Selectivo de Consumo y aranceles, durante los meses de abril, mayo y junio. Asimismo, contiene una dispensa del pago parcial del Impuesto sobre las Utilidades para los meses de abril, mayo y junio, así como una exoneración del Impuesto sobre el Valor Agregado para alquileres comerciales. Conceden moratoria de cuatro meses en pago de impuestos turísticos</p> <p>-Reducción temporal de jornadas de trabajo y medidas laborales en sector público para combatir el COVID-19: se dispondrá la permanencia de un máximo de 20 % de funcionarios en las instituciones, así como una abstención en el aumento salarial (Sayagués, 2020)</p>
Panamá	<p>-Ley general sobre medidas de emergencia para afrontar la crisis sanitaria causada por la pandemia del COVID-19: con el fin de adoptar temporalmente medidas de emergencia para proteger la vida de las personas, bienes y el patrimonio nacional ante el grave riesgo colectivo que representa la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del COVID-19.</p> <p>-Servicio Nacional de Migración extiende vigencia de permisos de residencia de extranjeros ante la situación de emergencia en Panamá y extienden la vigencia de los permisos de trabajos emitidos a trabajadores extranjeros ante la situación de emergencia en Panamá por el COVID-19.</p> <p>-Gobierno adopta medidas tributarias para aliviar el impacto económico producto del Estado de Emergencia Nacional, concede un plazo para el pago de tributos que se causen o deban pagarse durante dicho periodo sin que ello conlleve el pago de intereses, recargos y multas y extiende prórroga para la presentación y pago de tributos</p> <p>-Ministerio de Salud adopta medidas de movilidad ciudadana para mitigar la propagación de la pandemia de COVID-19 e implementa el Toque de Queda.</p> <p>-Aprobó Ley con medidas sociales especiales que suspenden temporalmente el pago de servicios públicos en atención al estado de emergencia nacional</p>

País	Plan de Emergencia
Panamá	-Autoridad Nacional de Aduanas estableció la implementación de un procedimiento temporal para la importación de mercancía bajo modalidad especial de envío de socorro (ayuda y asistencia humanitaria). (Sayagués, 2020)
Guatemala	<p>-Guatemala emite Ley de Emergencia para Proteger a los Guatemaltecos de los efectos causados por la Pandemia Coronavirus COVID-19. Vigilará que no se produzca acaparamiento; el personal del Estado debe estar disponible al llamado oficial con el objeto de permitir el correcto funcionamiento de las instituciones, y en consecuencia los servicios públicos; de igual forma se facilitará la contratación del personal técnico y profesional; Se prohíbe el cobro de multas, moras, gastos administrados o intereses, generados por atrasos en pago de cuotas correspondientes a centros educativos o de universidades; asimismo, los estudiantes no estarán sujetos a expulsión u otras sanciones;</p> <p>-También se menciona la espera de las obligaciones crediticias, otorgando diferimientos de hasta 6 meses sin intereses moratorios, también para las personas que suscribieron convenios de pago</p> <p>-Gobierno declara toque de queda y dicta medidas adicionales que deben tomarse en cuenta durante el Estado de Calamidad</p> <p>-Continuidad de servicios básicos y prohibición de corte de estos servicios: Prohibir el corte de servicios de energía eléctrica, agua, teléfono e internet, por pagos atrasados.</p> <p>-Congreso conoce de iniciativa para apoyar personas y familias que se vean afectadas económicamente por el COVID-19. (Sayagués, 2020)</p>
República Dominicana	<p>-Gobierno de la República Dominicana decreta medias de aislamiento y Toque de Queda.</p> <p>-Se otorgan beneficios del Fondo de Asistencia Solidaria al Empleado (FASE): La Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Trabajo publicaron los pasos y requisitos para acogerse al Fondo de Asistencia Solidaria al Empleado (FASE), un programa administrado por el Estado para apoyar a los trabajadores formales suspendidos debido a los efectos del COVID-19 con una transferencia monetaria a través de sus empresas.</p>

País	Plan de Emergencia
República Dominicana	<p>-Dirección General de Impuestos Internos establece medidas complementarias en relación al virus COVID-19: Aplazamiento de acuerdos de pago; Exención del pago de anticipos del Impuesto sobre la Renta (ISR).</p> <p>-Superintendencia de Electricidad emite instrucción sobre no suspensión de suministro eléctrico por falta de pago. (Sayagués, 2020)</p>
El Salvador	<p>-Se decretan medidas extraordinarias de prevención y contención para declarar el territorio nacional como zona sujeta a control sanitario, a fin de contener la pandemia COVID-19: indica quienes son las personas autorizadas para circular en el período de cuarentena.</p> <p>-Dirección General de Impuestos Internos comunica que declaraciones e informes deberán presentarse en línea: los plazos para la presentación de las declaraciones e informes tributarios no han sido modificados, por lo que se mantienen los establecidos en el calendario, Código Tributario y Leyes correspondientes.</p> <p>-Otorga beneficios fiscales relacionados con la contribución especial de turismo, el Impuesto sobre la Renta del ejercicio impositivo 2019 y el Pago o Anticipo a Cuenta de Impuesto sobre la Renta.</p> <p>-Se decreta: Suspensión del pago de la cuota de energía eléctrica por 3 meses; Suspensión del pago de la cuota de agua por 3 meses; Congelamiento del cobro de créditos hipotecarios, personales, tarjetas de crédito; Suspensión por 3 meses del pago de la cuota de teléfono, cable e internet; Suspensión por 3 meses de las cuotas de arrendamiento de los inmuebles.</p> <p>-Restringe temporalmente derechos constitucionales para atender la Pandemia COVID-19: La restricción a la libertad de tránsito; Respecto a la restricción al derecho de los habitantes a reunirse pacíficamente y sin armas, podrán prohibirse las reuniones de habitantes, salvo que las mismas tengan fines religiosos, culturales, económicos o deportivos, autorizadas previamente por dichas autoridades, pero se limita las aglomeraciones de más de 50 personas.</p> <p>-No se restringe la libertad de expresión, la libertad de difusión del pensamiento, el derecho de asociación, la inviolabilidad de la correspondencia, ni la interferencia o intervención de las telecomunicaciones, así como ningún otro derecho o libertad fundamental no comprendido en el Decreto. (Sayagués, 2020)</p>

País	Plan de Emergencia
<p>Honduras</p>	<p>-Gobierno anuncia medidas adicionales para afrontar el COVID-19: emite el decreto de Toque de Queda; Segmentación de la población conforme a la terminación de los dígitos de su tarjeta de identidad, pasaporte y/o carnet de residentes, para que puedan abastecerse de alimentos, medicinas, combustibles y realizar trámites; Queda prohibida la circulación de vehículos y salida de personas a nivel nacional; Está prohibida la apertura de restaurantes, establecimientos de comida rápida, cafés y otros similares dedicados a la venta de alimentos, incluyendo el servicio de entrega a domicilio; Durante la vigencia del toque de queda los supermercados, farmacias y gasolineras están autorizados a operar únicamente y sin excepción los días indicados; Se autoriza la circulación del transporte pesado de alimentos, combustible, insumos médicos, productos de exportación e importación, agroexportadores y otros necesarios para atender la emergencia nacional, siempre que cumplan con las medidas de bioseguridad recomendadas.</p> <p>-Secretaría de Trabajo y Seguridad Social anuncia medidas para garantizar el mantenimiento de los empleos y la sostenibilidad productiva de las empresas: Autorizar a los trabajadores y empleadores del sector privado para que de común acuerdo convengan que los días feriados que señala el Código de Trabajo se consideren como otorgados y gozados por parte de los trabajadores durante el período de vigencia del Estado de Emergencia Sanitaria Nacional por la propagación del COVID19. Los empleadores podrán conceder a cuenta de vacaciones, los días que en virtud del Estado de Emergencia los trabajadores no se presenten a trabajar en su jornada ordinaria. Se exceptúa de lo anterior, la obligatoriedad del patrono de poner en conocimiento al trabajador, con diez días de anticipación el goce de sus vacaciones</p> <p>-En materia tributaria: El Servicio de Administración de Rentas comunica que se continuarán atendiendo consultas y brindando asesoría a través del <i>Contact Center</i>: se amplían los plazos para presentación de ciertas declaraciones y de fecha límite de emisión de documentos fiscales; (Sayagués, 2020)</p>

Fuente: Elaboración propia, Pinho (2020).

México y Nicaragua sin implementar medidas

Frente a la tendencia general de clausurar fronteras y decretar encierros obligatorios para frenar la expansión del coronavirus, solo dos países en América Latina van a contracorriente de esta estrategia. (González, 2020).

El Gobierno Nicaragüense no ha dispuesto medidas especiales a la fecha, por lo que las obligaciones tributarias formales y materiales, las mantienen según lo dispuesto en sus normas internas; de igual forma, todo plazo se encuentra corriendo a la fecha. En ese sentido, el Gobierno hace un llamado a que las Compañías tomen las medidas necesarias con el fin de atender cualquier notificación o requerimiento de información por parte de las Autoridades, especialmente en aquellas donde se hayan dispuesto medidas de teletrabajo o similares. (Sayagués, 2020).

El gobierno Mexicano indicó que cada medida se implementará en su debido momento pero, ante las críticas, ya adelantó parte de la fase 2 de su plan de contingencia previsto para un escenario con cientos de contagios. Como consecuencia, todas las escuelas están cerradas y se dio inicio a una “jornada nacional de sana distancia” por un mes, en la que se recomienda a las empresas suspender actividades no esenciales o permitir que se hagan desde casa de manera remota, así como reprogramar eventos masivos. No fue sin embargo hasta el 19 de marzo de 2020 que el gobierno recomendó (no obligó) de manera pública a la población que se quedara en casa “si no es indispensable” salir. (González, 2020).

Para México, la fase 1 los casos son sólo de decenas, todos de importación o de contactos con esos afectados (ámbito familiar). La fase 2 ya es dispersión comunitaria, con contagios generados en la comunidad, pero todavía focalizados. La 3 es la epidémica, con miles de casos en todo el país. El subsecretario de Salud Hugo López Gatell, explicó, que a diferencia de otros países como China, Italia o Estados Unidos, que son de las economías más grandes, en México, aunque es la número 14

en el mundo, la desigualdad hace imposible que las medidas de resguardo como la cuarentena o la restricción de movilidad se endurezcan. México llegará a la fase 3 de COVID-19, la epidémica, y lo hará en aproximadamente 15 días según información del subsecretario de Prevención y Promoción de la Salud.

V. A manera de reflexión final

Como se observó en las comparativas de los planes tomados por los países, muchos de ellos aprobaron leyes de emergencia y han tomado medidas que restringen la libertad de circulación, asociación, expresión y reunión pública, así como el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a trabajar. Aunque algunas medidas de emergencia están justificadas, no los exige a cumplir que las medidas sean legales, necesarias y proporcionadas, que son temporales dada la situación y que están sujetas a una supervisión y revisión independientes; además no deben utilizarse como pretexto para negar la entrada a las personas refugiadas. Debe reconocerse el derecho a solicitar asilo, y no se debe devolver a las personas a lugares en los que pueda correr peligro de sufrir violaciones graves de derechos humanos, como actualmente está ocurriendo con muchos venezolanos que en estos momentos se encuentran pasando la frontera con Colombia para llegar a Venezuela motivado a que han sido expulsados de sus viviendas por no honrar el compromiso del pago del alquiler en virtud de las medidas de suspensión de los contratos de trabajo en el exterior.

Los Expertos de la ONU consideran que las restricciones a las libertades ciudadanas deben ser consideradas transitorias, y que deben ser aplicadas solo en el contexto de la pandemia. Cualquier respuesta de emergencia al coronavirus debe cumplir con los criterios establecidos: ser proporcionada, necesaria, no discriminatoria y no deben usarse como base para atacar a grupos particulares, minorías o individuos; además, no debe funcionar como una excusa para la acción represiva bajo pretexto de proteger la salud.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas emitió en su página web un comunicado oficial sobre el llamado a los Estados a no abusar o extralimitarse de las medidas de seguridad que impongan. Reconocen que el uso de los poderes en casos de emergencia es permitido por el derecho internacional en respuesta a amenazas significativas, pero se debe colocar los derechos humanos en el centro de la respuesta al brote del coronavirus.

Amnistía Internacional, por otro lado, ha publicado una serie de recomendaciones para los Estados de Europa en las que los insta a garantizar que sus respuestas a la COVID-19, sean conformes con sus obligaciones internacionales y regionales en materia de derechos humanos. *Europe at a Crossroads* establece unas directrices claras sobre lo que los gobiernos deben y no deben hacer en respuesta a la actual pandemia. Entre ellas se encuentra garantizar el derecho de las personas a la salud (para lo cual es necesario garantizar el derecho a la vivienda, el agua y el saneamiento) y garantizar la protección de los sectores más vulnerables de la sociedad. El acceso a la información es otro de los aspectos claves del derecho a la salud. Todas las personas tienen derecho a ser informadas de las medidas de respuesta adoptadas. No garantizar este derecho debilita la respuesta de los servicios de salud pública y pone en riesgo la salud de todo el mundo. No se sabe a ciencia cierta si Venezuela comunica cifras reales de la situación del COVID-19.

Lamentablemente en estos momentos, los grupos vulnerables (solicitantes de asilo, refugiadas y migrantes) que se encuentran en campos masificados, corren un mayor riesgo de contagiarse, por lo tanto urge que los Estados los protejan, incluso los que no tiene un hogar y los que están privados de libertad en prisiones, centros de detención para inmigrantes u otro tipo de instituciones. El Papa Francisco en su oración “Urbi et Orbi”, en la misa de Domingo de Resurrección (12 de abril de 2020) suplicó que se “reconforte el corazón de tantas personas refugiadas y desplazadas a causa de guerras, sequías y carestías. Que proteja a los numerosos migrantes y refugiados -muchos

de ellos son niños-, que viven en condiciones insoportables, especialmente en Libia y en la frontera entre Grecia y Turquía” pidió además que sea eliminadas las sanciones internacionales que pesan sobre algunos países y también abogó por la condonación de las deudas. (Telesur, 2020)

En esta situación de crisis sanitaria, la cooperación internacional y la solidaridad son decisivas. Los gobiernos con capacidad económica y técnica para hacerlo, deben ayudar a los que tengan menos recursos para estar preparados para enfrentar los brotes. Igualmente, los Estados deben proporcionar a otros Estados y a las organizaciones internacionales información pertinente sobre el grado de propagación del COVID-19 en sus territorios, sus consecuencias, y la información de que dispongan sobre su posible tratamiento. Esta crisis coloca además de forma palpable, la interconexión entre la exclusión, la desigualdad y las violaciones de derechos humanos. Pero también brinda a los gobiernos la oportunidad de realizar los cambios radicales que se necesitan para ser una sociedad ideal, que respeta y coloca los derechos humanos sobre cualquier medida que se adopte.

VI. Bibliografía

- Algarra, Álvaro. (2020). *Venezuela: aumentan medidas sanitarias en mercados por COVID-19*. Voz de América. [Consulta Abril 8, 2020]. Recuperado de: <https://www.voanoticias.com/a/venezuela-aumentan-medidas-sanitarias-en-mercados-por-covid-19-/5351897.html>
- Amnistía Internacional. (2020). *Américas: Los gobiernos deben poner fin a las detenciones peligrosas y discriminatorias de migrantes y solicitantes de asilo*. [Consulta Abril 8, 2020]. Recuperado de: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/americas-los-gobiernos-deben-poner-fin-a-las-detenciones-peligrosas-y-discriminatorias-de-migrantes/>
- Amnistía Internacional. (2020). *AI presenta un decálogo de derechos humanos para afrontar la pandemia del coronavirus*. [Consulta Abril 7, 2020]. Recuperado de: <https://www.es.amnesty.org>

org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/amnistia-internacional-presenta-un-decalogo-de-derechos-humanos-para-afrontar-la-pandemia/

Amnistía Internacional (2020). *Rusia: Las autoridades detienen a la doctora que denunció deficiencias en la respuesta al coronavirus*. [Consulta Abril 8, 2020]. Recuperado de: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/rusia-las-autoridades-detienen-a-la-doctora-que-denuncio-deficiencias-en-la-respuesta-al-coronavirus/>

Amnistía Internacional. (2020). *Los Estados deben respetar los derechos humanos al emplear tecnologías de vigilancia digital para combatir la pandemia*. [Consulta Abril 8, 2020]. Recuperado de: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/los-estados-deben-respetar-los-derechos-humanos-al-emplear-tecnologias-de-vigilancia-digital-para-co/>

Amnistía Internacional. (2020). *Europa: Prioridades de derechos humanos para los Estados en su respuesta al coronavirus*. [Consulta Abril 8, 2020]. Recuperado de: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/europa-prioridades-de-derechos-humanos-para-los-estados-en-su-respuesta-al-coronavirus/>

Chirinos, Mariengracia. (2020). *Derechos humanos para atender la pandemia de COVID-19*. [Consulta Abril 7, 2020]. Recuperado de: <https://prodavinci.com/derechos-humanos-para-atender-la-pandemia-de-covid-19/>

González Díaz, Marcos. (2020). *Coronavirus: por qué México y Nicaragua son los países de América Latina con menos medidas restrictivas frente al covid-19*. Corresponsal de BBC News Mundo en México y Centroamérica. [Consulta Abril 8, 2020]. Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52059566>

Human Rights Watch.Org. (2020). Dimensiones de derechos humanos en la respuesta al COVID-19. Hora: 4:32 PM EDT. [Consulta Abril 7, 2020]. Recuperado de: <https://www.hrw.org>.

Natera Febres, David. (2020). *Medidas económicas del gobierno para encarar emergencia del Covid-19 sobrecargan al sector privado*. Correo del Caroní. [Consulta Abril 7, 2020]. Recuperado de: <https://www.correodelcaroni.com/salud/>

- coronavirus/4795-maduro-confirmando-77-casos-de-coronavirus-y-medidas-economicas-que-recaen-en-el-sector- %E2 %80 %A6
- Sayagués, Rafael. (2020). *Medidas especiales de los gobiernos de Centroamérica respecto a COVID-19*. EY Building a better working world. Actualizado a Abril 3, 2020. [Consulta Abril 7, 2020]. Recuperado de: https://www.ey.com/es_cr/tax/medidas-especiales-covid-19
- United Nations Human Rights. Office of the High Commissioner. (16, Marzo 2020). *COVID-19: States should not abuse emergency measures to suppress human rights – UN experts*. Ginebra. [Consulta Abril 7, 2020]. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25722&LangID=E>
- Telesur, (2020). *El Papa pide eliminación de sanciones y condonación de la deuda*. TeleSUR – JGN, Noticias Mundo. [Consulta Abril 12, 2020]. Recuperado de: <https://www.telesurtv.net/news/papa-francisco-mensaje-urbi-orbi-pascua-pandemia-20200412-0006.html>
- Tomasino, Erick. (2020). *El Salvador: Covid-19 y estado de excepción*. [Consulta Abril 7, 2020]. Fuente: Rebelión. América Latina y Caribe. Recuperado de: <https://rebellion.org/covid-19-y-estado-de-excepcion/>
- Viera Rivas, Romer. (2020). *Activado plan especial de pago de nóminas para pequeñas, medianas empresas y comercios*. Edición Impresa: Correo del Orinoco, pagina 2. Número 3.739. [Consulta Abril 8, 2020]. Recuperado de: <http://www.correodelorinoco.gob.ve/wp-content/uploads/2020/03/Edici%C3%B3n-Impresa-Correo-del-Orinoco-N%C2%B0-3739-Mi%C3%A9rcoles-25-de-Marzo-de-2020-1.pdf>

La fuerza de los fuertes (a partir de un cuento de Jack London)

*The strength of the strong
(from a Jack London story)*

Raúl Gustavo Ferreyra¹ y Ricardo Rabinovich-Berkman²
Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 365-373

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e404>

I. ¿Por qué Jack London?

Hace algo más de cien años, Jack London publicó un libro de cuentos titulado *La fuerza de los fuertes* (*The strength of the strong*, New York, Macmillan, 1914). Allí incluyó la maravillosa narración homónima. Nos ha parecido interesante tomarla en estos momentos que atraviesa la humanidad. El autor en sí presenta, además, un particular atractivo en tales circunstancias. Veamos por qué.

Jack London fue el seudónimo de un norteamericano que vivió su breve existencia de cuatro décadas a caballo entre finales del siglo XIX y principios del XX. Posible hijo extramatrimonial de una intelectual luchadora, llevó desde muy joven una vida aventurera. Fue mariner, pirata de ostras y buscador de oro, entre otras cosas. Esas andanzas, esenciales para su producción literaria, contribuyeron a minar su salud y anticiparle la muerte³.

¹ Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires (ORCID 0000-0001-5089-8136).

² Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires.

³ KERSHAW, Alex, *Jack London*, New York, St. Martin, 1999, *passim*.

London nunca pudo terminar sus estudios universitarios. Sin embargo, a pesar de unos traumáticos comienzos como escritor, consiguió algo que pocos en su época (y en otras) han logrado: vivir de sus obras. Eran éstas fundamentalmente novelas y cuentos, aunque también produjo ensayos, notas periodísticas, poemas y obras teatrales. Su éxito económico llegó a ser extraordinario y lo llevó a ser propietario de una importante hacienda en California y vivir de manera desahogada, con largos viajes al exterior⁴.

El contacto de London con la clase trabajadora y los sectores pobres de la sociedad norteamericana, así como sus experiencias como corresponsal en la Guerra ruso-japonesa lo fueron aproximando al socialismo. Abogó por la sindicalización de los trabajadores, por la desmilitarización de los países y por la mejora de las condiciones laborales de los obreros. Hay evidencias, sin embargo, de que en sus últimos años el volverse terrateniente puso en jaque sus ideas socialistas.

Como muchos de los intelectuales de su época, quizás la amplia mayoría, London era un fervoroso partidario de la eugenesia. Creía en los postulados darwinianos de Francis Galton, que tanto influyeron en Cesare Lombroso. Se identificaba con la perspectiva de Estados celosamente controladores de la salud pública y fomentadores de la mejora de la especie. Sostenía la esterilización de los delincuentes y de los enfermos mentales. Es muy probable que en su primer matrimonio, del que nacieron sus dos hijas, primaran por ambas partes criterios eugenésicos por sobre los afectivos.

Las concepciones eugenésicas solían conllevar connotación racista, algo que ha empañado la memoria de London. No existen evidencias concretas, sin embargo, de un pensamiento

⁴ Son notables los elementos paralelos que muestra la vida de London con la de su compatriota Edgar Rice Burroughs, nacido cuatro meses antes que él. Ambos cultivaron la ficción científica, florecieron en el ambiente californiano (Rice Burroughs había emigrado), ganaron fortunas con sus escritos y compraron "ranchos". Además, compartían en varios aspectos ideas de base y una preocupación por la antropología genética positivista.

discriminatorio (a diferencia de Edgar Rice Burroughs). Sus escritos y sus actitudes muestran más bien un repudio a las posturas supremacistas. Pero sí, como en muchos otros intelectuales contemporáneos, se nota una visión racial de los grupos humanos, atribuyendo características determinadas a las diferentes “razas”.

Tanto el socialismo como la eugenesia –y, como era de esperarse, el positivismo de cuño darwiniano– quedaron plasmados en muchas de las obras de London. Algunas de ellas son nítidamente autobiográficas. Otras construyen narraciones ficticias pero localizadas en el mundo real, a menudo en escenarios que él había conocido en sus viajes. Con el tiempo se hizo presente un tercer género, en el que se mostró magistral: la ficción científica, tan cultivada en aquellas décadas por literatos angloparlantes, que le confirieron un giro de crítica socio-político-jurídica (especialmente en la novela y el cuento de anticipación), casi ausente en los otros contextos (característicamente el francés).

Puede irse entendiendo, entonces, el porqué de la elección, en estos momentos por los que la atraviesa humanidad, de Jack London.

II. China, las pestes y el fin de la humanidad

En *La fuerza de los fuertes*, además del cuento homónimo que hemos tomado como eje, aparece una narración que hoy puede generar especial asombro. Se trata de “La invasión insuperada” (*The unparalleled invasion*), del género de ficción científica de anticipación. London la concibe a modo de texto histórico escrito en un futuro lejano. Éste es un recurso bastante empleado por autores del género pues ofrece posibilidades extraordinarias. Suele conocerse como “historia futura”⁵. A nuestro autor le venía muy bien, porque le gustaba el narrador en tiempo pasado, fuera o no un personaje.

⁵ Quizás el ejemplo más célebre y perfecto sea *El cuento de la criada*, de la canadiense Margaret Atwood (1985).

La invasión insuperada se presenta como extracto de un libro de historia⁶. Narra cómo Japón, transformada en potencia occidental tras su triunfo en la guerra de 1904 contra Rusia (que London cubrió como corresponsal), moderniza a su vez al Imperio chino. Pero la apabullante capacidad de crecimiento demográfico de China la lleva, una vez occidentalizada, a una expansión imparable, que la convierte en dueña del Asia, presionando en las fronteras orientales de Europa. El primer ministro chino reconoce abiertamente que su país, con el correr del tiempo, ocupará el mundo entero sin necesidad de ejército, por el simple incremento de su población.

Fracasan todas las tentativas militares de derrotar a China. Un enorme ejército francés entra en el país y desaparece. El Imperio no se inmuta cuando las flotas extranjeras bombardean sus costas (no existía aún una fuerza aérea). Entonces un oscuro científico estadounidense propone sitiar con todas las fuerzas del resto del mundo al gigante asiático y, desde dirigibles (“naves aéreas”), lanzar millares de frasquitos de vidrio frágil con virus de diversas enfermedades graves contagiosas.

El resultado es devastador. Pronto, la casi totalidad de la población china fallece a consecuencia de las epidemias. Los pocos sobrevivientes que quedan son asesinados por las tropas que, esperado un período prudencial, entran al país. Lo que las más sofisticadas armas convencionales no habían conseguido en décadas es concretado por unos virus en semanas. China ya no existe.

Las potencias vencedoras se reparten los territorios del extinto imperio y se disponen a disfrutar de un mundo definitivamente libre de chinos. Con el correr del tiempo, sin embargo, se alzan tensiones entre ellas. Fundamentalmente, renace la vieja querrela franco-alemana por Alsacia y Lorena. Temerosos los países de los efectos letales que podría traer una guerra mundial biológica, se reúnen en 1987 en Copenhague y “se

⁶ V. https://en.wikisource.org/wiki/The_Strength_of_the_Strong/The_Unparalleled_Invasion.

comprometen solemnemente a no usar nunca entre ellas los métodos de guerra de laboratorio que habían empleado en la invasión de China”⁷.

Mientras escribía estos cuentos, London redactaba una novela del mismo género: “La plaga escarlata” (*The scarlet plague*)⁸. El argumento se hilvana como la narración de un personaje que recuerda el pasado para sus tres nietos, de modo muy semejante a Barba Larga, el protagonista de “La fuerza de los fuertes”. Con la diferencia de que, mientras este último cuento está situado en un escenario no identificado, aparentemente prehistórico, el otro se ubica en la California del año 2073.

Probablemente inspirado por el cuento de su compatriota Edgar Allan Poe, “La máscara de la muerte roja” (*The masque of the red death*), de 1842, y quizás también por la novela *El último hombre* (*The last man*), de la inglesa Mary Shelley (1826), London imagina una plaga invencible que mata a la mayor parte de la humanidad. Los escasos sobrevivientes regresan a un estado tribal primitivo y sus descendientes evidencian una disminución intelectual importante. De hecho, se parecen bastante a los cavernícolas prehistóricos de “La fuerza de los fuertes”⁹.

Ambas narraciones, contemporáneas del cuento al que nos dedicaremos luego, muestran tres aspectos característicos de la literatura de London: el trasfondo socialista, la visión de la humanidad dividida en razas con atributos específicos y el positivismo darwiniano. Este último se vincula probablemente con la propensión a destacar aspectos biológicos (los virus lanzados sobre China, la pandemia imparable, etc.) y con la presencia

⁷ Traducción nuestra. La idea de la guerra biológica y del terrorismo biológico ya habían aparecido en el cuento “El bacilo robado” (*The stolen bacillus*), de George W. Wells, publicada en 1895.

⁸ New York, Macmillan, 1915 (había sido escrita en 1910 y había aparecido en 1912 en *London Magazine*).

⁹ No deja de ser preocupante que tanto Shelley como London imaginan el arribo de las plagas invencibles, que exterminarán a la humanidad o la dejarán muy disminuida, en escenarios cercanos a nuestra época actual.

de consideraciones eugenésicas. Los tres, conjugados, estarían relacionados con una perspectiva antropológica evolucionista-genética y la concomitante fuerte –aunque crítica– aparición del concepto de progreso.

“La fuerza de los fuertes”, “La invasión insuperada” y “La plaga escarlata” comparten uno de sus principales temas, que se presenta también en otras obras de London: la enorme dificultad inherente a la convivencia humana. Tanto hacia dentro de cada grupo (como coexistencia de individuos o de familias) como hacia el exterior (en tanto coexistencia de grupos). La problemática de la organización social, de la distribución económica y de la normativa jurídica eran tópicos que, a todas luces, quemaban en la fecunda mente del autor estadounidense. A menudo, sus narrativas terminan arrojando conclusiones pesimistas. Casi siempre, involucran preguntas sin respuesta.

Como las que hoy se nos presentan.

III. La fuerza de los fuertes

En “La fuerza de los fuertes”, el viejo Barba Larga relata a sus tres nietitos, en tiempo inmemorial, las dificultades que atravesaban las individualidades sesgadas al no estar en comunidad, razón por la cual no “sabían cómo apoyarse mutuamente y hacerse fuertes”. Cada individuo luchaba por sí mismo, no conocía la organización y, por tanto, tampoco el “secreto de la fuerza”.

En el siglo XXI toda comunidad se constituye por intermedio de una Ley fundamental. Quizá se confirme la afirmación: “Donde hay sociedad, hay Derecho”; en ese mismo espacio y en esa misma temporalidad habrá personas encargadas de crear las normas y otras personas encargadas de realizarlas, incluso su cambio.

La peste abarca casi el todo el mundo. Al hundir nuestras miradas, además, se comprueba que pronto sucederá: todo el mundo quedará apestado.

Para enfrentar la pandemia del virus se utilizan diversos modelos. Curiosamente, en todos ellos, la discusión pareciera ser la misma: el juego de los derechos a la salud y la dinámica de la economía. Así, hay modelos que deciden privilegiar la salud por “encima” de la economía y modelos que deciden privilegiar el movimiento de la economía por encima del derecho a la salud.

A mediano plazo, gran parte de los habitantes del mundo sufrirá el malestar de la peste. Una tesis indisputable. La “mutualidad” para hacerse fuertes, anunciada por London, configura la aproximación más rotunda a la “solidaridad”. La solidaridad, que los humanos del cuento de London construyen con un duro aprendizaje y luego pierden al calor del ansia de poder y de riqueza, es una pieza capital del constitucionalismo. La solidaridad individualiza el sendero al determinar que ningún ser humano podrá obrar solo, que requiere de las demás personas.

En la Argentina, la palabra no se encuentra textualmente en la Constitución. En su Preámbulo vigente desde 1853 se anuncian las seis directivas. El arraigo y justificación del Estado. Así, “constituir la unión nacional”, “afianzar la justicia”, “consolidar la paz interior”, “proveer a la defensa común”, “promover el bienestar general” y “asegurar los beneficios de la libertad” son rematadas por una fórmula mutual y fraterna: “para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina”. Una concepción mínima de solidaridad. Con seguridad nunca superior al mero asistencialismo vertical.

Sin dudas, además, los derechos fundamentales políticos y sociales (en especial), cuyo reconocimiento se realiza en la Constitución federal, implican la existencia de la otredad. Se hace complejo, acaso imposible, pensar una comunidad de personas, iguales ante el Derecho, que carezcan de esa fraternidad para el ejercicio de los derechos sociales y los derechos políticos.

Como el viejo Barba Larga, podemos narrar nuestras versiones del pasado, pero desconocemos el futuro. No sabemos qué sucederá después de la pandemia. Ignoramos si el modelo capitalista, con sus versiones vernáculas y más salvajes, persistirá o perecerá.

El virus, como decimos más arriba, arroja diferentes respuestas. Hay modelos asiáticos que, para combatir, controlar, reducir o mitigar la pandemia, fundados en el Big Data, son inconciliables, por ejemplo, con el estatuto de la libertad garantizado por la Constitución argentina y todas las Leyes fundamentales de América Latina. En “La invasión insuperada”, London dedica varias reflexiones a la diferencia cultural insoslayable entre aquellas culturas, muy respetables por cierto, y las de raíz europeo-americana.

Hasta ahora, en Argentina y en muchos otros países, se han limitado los derechos fundamentales. Una situación transitoria que debe ser escrutada con rigor todos los días para despejar, devaluar y exorcizar cualquier tentación autoritaria. En el relato que el viejo Barba Larga narra a sus nietos hay advertencias sobre el poder y sus sutiles incrementos, y cómo estos pueden, si sobrepasan los límites tan difíciles de determinar, acabar destrozando todo el entramado social que tanto ha costado construir y preservar.

El “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, como se lo denomina en Argentina, encuentra encaje en la Ley fundamental del país, de donde emergen los límites aceptables al poder. Hay quienes, sin fundamento jurídico, se han animado a llamarlo “arresto domiciliario”. Un disparate. Quizás Barba Larga, desde su amarga experiencia (porque su comunidad acabó disuelta), suspiraría que sin salud no puede haber existencia con vida digna. La dignidad vital para adquirir esa cualidad debe ser de una persona saludable, incluyendo su salud mental.

El virus puede haber provocado el cierre de muchas fronteras, pero no parece que haya, en general, destruido la solidaridad entre las personas (con excepciones, por cierto, pero eso

era de esperarse). Quizá se haya caído en la cuenta, finalmente, sobre aquello que London destaca en su cuento: la necesidad de la cooperación mutua entre las personas.

La demoníaca globalización (una realidad falaz que London no conoció pero seguramente hubiera repudiado), con su conocida ausencia de mutualidad, ha perdido la máscara. La peste ha demostrado cabalmente que el horizonte de proyección de la globalización derriba cualquier posibilidad de “bienestar general”.

La sociedad erigida por los cavernícolas de la narración de Jack London no sucumbió, a diferencia de las de otros de sus cuentos, ante el ataque de epidemias letales. Perekó frente al embate de otras plagas tanto o más despiadadas: la ambición desmedida, el ansia de enriquecimiento a partir de la explotación del prójimo, la falta de solidaridad esencial.

La globalización, la injusta división del trabajo y distribución de la riqueza son, también, verdaderas e inocultables pandemias. Lamentablemente, por ahora, no estamos inmunizados contra esas enfermedades.

Covid, el miedo y el estado de emergencia

Covid, fear and the state of emergency

*Luciano Vernetti*¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 374-400

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e405>

... la “sana, vigorosa, amplia y decidida vida parlamentaria es un paradigmático escenario para el desenvolvimiento de la democracia constitucional”.

Raúl Gustavo Ferreyra²

I. Reflexiones preliminares

La llegada del Corona virus (COVID-19) a China y luego al resto de los países, su meteórica expansión, y el gran número de fallecimiento de adultos mayores especialmente en algunos países, ha traído consigo la peor de las enfermedades “el miedo”.

Agamben recientemente ha dicho:

“El miedo es un mal consejero, pero trae a colación muchas cosas que fingíamos no ver. Lo primero que muestra claramente la ola de pánico que paralizó al país es que nuestra sociedad ya no cree en nada excepto en la vida desnuda. Está claro que los italianos están dispuestos a sacrificar prácticamente todo, condiciones de vida normales, relaciones

¹ Abogado, especialista en Tributación por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. (ORCID 0000-0002-5370-8438).

² Ferreyra, Raúl Gustavo. (2016). “Notas sobre derecho constitucional y garantías”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Ediar, p. 185-186.

sociales, trabajo, incluso amistades, afectos y creencias religiosas y políticas por el peligro de enfermarse. La vida desnuda, y el miedo a perderla, no es algo que une a los hombres, sino que los encegece y los separa.”³

El miedo y el temor tienen dimensiones distintas, según el alcance o afecte a uno o varios individuos de una sociedad. Espinoza Rojas sostiene que: “...las últimas décadas fueron marcadas por eventos cataclísmicos que auguraban una época oscura venidera: la gripe aviar, la gripe AH1N1, grandes terremotos y tsunamis, guerras, etc. Sin embargo, quizás uno de estos eventos más importantes fue el 11 de setiembre, el cual trajo consigo el miedo colectivo al terrorismo y sus consecuencias...”⁴.

El miedo colectivo ha transformado el mundo, y con él aspectos esenciales de los derechos fundamentales. El miedo generado por el 11S restringió de una manera impensada a fines del siglo XX el derecho a la privacidad de los individuos, hoy la seguridad y las medidas de prevención contra el terrorismo colocan a todas las personas en un estado de sospecha que permite al Estado coartar o restringir los derechos individuales. El miedo colectivo cambió el peso de los derechos en el 2001.

A fin de avanzar en el concepto del miedo colectivo, explica Barrera Méndez:

“Un miedo colectivo es miedo compartido por una parte importante de un grupo o de una sociedad. Para fines pedagógicos se puede observar que el miedo, el pánico y el miedo colectivo son variaciones de temor, en diferentes niveles de análisis (individual, grupal, intergrupal o colectivo), y es una emoción intensa compartida por un grupo o sociedad ante la percepción de un estímulo amenazante, cuyas fuentes pueden ser: psicosociales, políticas,

³ Agamben, Giorgio. (2020). “CHIARIMENTI”, en <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti>. Traducción realizada por Martina Bisio.

⁴ Espinoza Rojas, Johan. (2017). “Breves reflexiones sobre las imágenes del miedo al fin del mundo: el caso de las pandemias en la pantalla”. Revista De Filosofía De La Universidad De Costa Rica, 56(145), en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/filosofia/article/view/28260>

*económicas, culturales, espirituales, del cuidado de la salud, de manipulación de los medios de comunicación o más.*⁵

Dupuy expone el pensamiento de L. Crocq (escuela Francesa) quien define al pánico como:

“Miedo colectivo intenso, sentido simultáneamente por todos los individuos de una población, caracterizado por la regresión de las conciencias a un estadio arcaico, impulsivo y gregario, que se traduce en reacciones de desbandada de agitación desordenada, de violencia o de suicidio colectivo”⁶.

Korstanje, siguiendo a Dupuy, explica que para la escuela Americana el pánico es mucho menos irracional y salvaje:

“no es de extrañar que en la mayor parte de las situaciones de caos y crisis se esté muy lejos del pánico en sí mismo. Si bien éste implica un proceso de ruptura con las normas sociales, re-socialización, no sugiere la posibilidad de una individualización extrema. En estos estados colectivos, el sujeto no regresa a su estadio arcaico animal (como supone la escuela francesa) como así tampoco se encuentra sujeto a los instintos más primitivos, sino guiado por un intenso miedo busca una solución racional; es precisamente cuando no encuentra la salida o alternativas cuando se torna preso de la irracionalidad.”⁷

El miedo colectivo debe necesariamente ser contenido debido a que si es llevado a sus extremos más irracionales puede tornarse en un factor social disgregante.

⁵ Barrera Méndez, Juan Antonio (2010). “El miedo colectivo: el paso de la experiencia individual a la experiencia colectiva”, Distrito Federal - México Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, El Cotidiano, núm. 159, enero-febrero, 2010, pp. 5-10, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32512747002>.

⁶ Dupuy, Jean-Pierre (1999). “El pánico”, Barcelona Ed. Gedisa, traducción Marta Bris Marino y Ramon Ardell Argüles, p. 41

⁷ Korstanje, Maximiliano E. (2009). “Pánico y mercado: contribuciones y limitaciones de Jean-Marie Dupuy al estudio del terror financiero” en Contribuciones a la Economía, julio 2009 en <http://www.eumed.net/ce/2009b/mek.htm>

Para calmar el miedo es necesario que exista una sensación de seguridad. Sentirse seguro y protegido nos rememora a nuestra niñez, a esa protección paternal en la cual si se siguen los consejos dados nada malo sucederá.

Los problemas que acarrea el COVID-19 son nuevos e incipientes y su solución no se avizora como próxima. En materia sanitaria la pandemia no ha terminado, sino que estamos imbuidos en ella y aún no se conoce cuál será su extensión. En materia económica los impactos actuales producen alarma y preocupación, no sólo por la magnitud del daño que producirá sino también por el tiempo en que se demorará en conjurar el mismo. Finalmente esperemos que la crisis sanitaria y económica no desemboquen en crisis sociales.

En este contexto, rodeados por el temor social, los Estados intentan darnos seguridad mediante reglas que nos protegen de nuestra propia desidia, con un control y cuidado ante dicho incumplimiento.

Zaffaroni dice que

“En primer lugar, la invocación permanente de la emergencia como razón de Estado se remonta a Hobbes: ante cualquier arbitrariedad del Estado, es preferible sufrirla a optar por la resistencia, pues con ella desaparece la autoridad y se produce la guerra de todos contra todos.”⁸

Recientemente Boaventura de Sousa Santos afirmaba:

“Existe un debate en las ciencias sociales sobre si la verdad y la calidad de las instituciones de una determinada sociedad se conocen mejor en situaciones de normalidad, de funcionamiento corriente, o en situaciones excepcionales, de crisis”⁹.

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2003). Prologo en Ferreyra, Raúl Gustavo. (2003). “La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa”. Ed. Ed.Hammurabi, p. 10

⁹ Boaventura de Sousa Santos (2020). “Coronavirus: todo lo sólido se desvanece en el aire...”, Diario Página 12, 17 de marzo de 2020, <https://www.pagina12.com.ar/253465-coronavirus-todo-lo-solido-se-desvanece-en-el-aire>

Hoy, en el medio de esta crisis, se busca analizar la misma mirando las herramientas que ha previsto la Constitución para estos tiempos, lo cual dará un marco para ir evaluando su funcionamiento y capacidad para conjurar el miedo.

II. La emergencia en la Constitución Federal Argentina

La Constitución Federal Argentina (CFA) 1853-60 reguló la emergencia únicamente en dos institutos, la intervención federal y el estado de sitio. En este sentido los artículos 6 y 23 de la CFA, receptaron dichos institutos los cuales fueron ampliamente utilizados. La característica, en común, de los mismo es que ambos se vinculan con hechos sociales.

Dichos artículos, no parecen adecuados para dar respuesta a la situación que hoy se está viviendo. Sólo la existencia de una desobediencia social relevante a las disposiciones dictadas para preservar la salud, podrían habilitar a la declaración del estado de sitio por las vías constitucionales. En relación con la intervención federal, para la aplicación de esta debería estar en peligro el funcionamiento republicano de sus instituciones.

En este breve repaso no podemos dejar de recordar que la reforma constitucional de 1949, creó el instituto de estado de prevención y alarma¹⁰.

¹⁰ El art. 34 establecía “En caso de conmoción interior o de ataque exterior, que ponga en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso, respecto de las personas, a arrestarlas o trasladar las de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino. Podrá declararse asimismo el estado de prevención y alarma en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población. Una ley determinará los efectos jurídicos de tal medida, pero ésta no suspenderá, sino que limitará transitoriamente las garantías constitucionales en la medida que sea indispensable. Con referencia a las personas, los poderes del presidente se reducirán a detenerlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, por un término no mayor de treinta días.”. Monti, Natalia (2015). “Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario”, Buenos Aires, Ed. SAJ, p 203.

La figura del estado de prevención y alarma no tuvo efectiva aplicación durante su vigencia. La misma era una figura de menor impacto que el estado de sitio y para situaciones menos graves y no requería para su aplicación por parte del Poder Ejecutivo, la existencia de una conmoción que afectara a la Constitución o a las autoridades.

Expresamente el texto constitucional hablaba de una “alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población”.

Dicha descripción parece ajustarse a lo que sucede en la actualidad con la crisis generada por la irrupción del virus COVID-19.

El Ejecutivo podía establecerlo por tiempo limitado, afectando ello a todo el territorio del país o a parte de este, debiendo dar cuenta al Congreso (art. 83, inc. 19). El Congreso debía reglamentar mediante una ley los efectos jurídicos de la medida.

Dicho instituto fue motivo de duras críticas, pero de forma coincidente con Dalla Vía¹¹ se puede afirmar que las críticas doctrinarias a este instituto se fundamentaron más en la desconfianza respecto de su abuso o mala aplicación, que a las características propias de la previsión del estado de excepción y alarma.

Sobre la utilización histórica de la emergencia en argentina, Ferreyra expone:

“La “emergencia pública” tiene poca asociación con el derecho de la revolución triunfante. Empieza aproximadamente en 1920 y continúa en nuestros días. Casi todos los gobiernos constitucionales apelaron a ella, cuyo resultado más evidente fue o la suspensión o la frustración –según el caso– de derechos subjetivos de raíz constitucional. Existe una emergencia finita que

¹¹ Dalla Via, Alberto Ricardo (2004). “Manual de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, LexisNexis, p. 272.

juega dentro de la Ley Fundamental; otra, carece de propiedades jurídicas, todo lo desjuridiza, porque provoca distorsiones profundas en la regla de reconocimiento, trayendo como testimonio inmediato y evidente la no observación de fragmentos constitucionales. Esta emergencia descrita como infinita, porque no tiene término, provoca que la regla conceptual deja de ser la democracia; no es la decisión del pueblo la que decide la alteración de sus propios derechos fundamentales.¹²

D'Ors exponiendo en relación con el estado de excepción comenta:

“Ha sido siempre una grave cuestión —decía Abraham Lincoln en un discurso de 1864— la de si un gobierno que no resulte demasiado fuerte para las libertades de su pueblo puede ser lo suficientemente fuerte para mantener su existencia en grandes emergencias... la concentración del poder en una sola persona había sido siempre una necesidad en los momentos de emergencia pública... pero el problema estaba en que aquel poder excepcional tendía por sí mismo a prorrogar el estado de excepción... Entre estos dos términos, la necesidad originaria y la perduración subsiguiente, está el problema político todo del estado de excepción”¹³

Luego agrega:

“En efecto, el poder excepcional puede presentarse como un elemento extraño en la constitución, que irrumpe en su vida desde fuera y suspende su vigencia, o como un elemento intrínseco a la misma, ya que la constitución puede tener prevista una solución para los casos de emergencia. En este segundo caso, el poder excepcional no suspende la constitución misma, sino que la realiza

¹² Ferreyra, Raúl Gustavo (2006). “Poder, democracia y configuración constitucional”. Cuadernos Electrónicos, 3. En [http://www.circulodoxa.org/documentos/Ferreyra, 2004 \(I\).pdf](http://www.circulodoxa.org/documentos/Ferreyra,2004(I).pdf), p.39

¹³ D'ORS, ÁLVARO Y PÉREZ-PEIX (1961). “Cicerón, sobre el estado de excepción”, Cuadernos de la Fundación Pastor, ISSN 0532-8551, N° 3, 1961, pp. 11-31, p. 12.

en una de sus previsiones; el poder de excepción no es entonces menos constitucional que el previsto para la situación considerada como no excepcional. Se trata de un poder excepcional, pero normal. Es más; si la constitución de cualquier pueblo puede servir ante todo como norma preventiva de los peligros que amenazan a la comunidad, ninguna disposición constitucional cumple mejor ese propio fin que aquella en que se provea para los casos de peligro emergente. Nada más constitucional, en este sentido, que las disposiciones que otorgan poderes excepcionales.”¹⁴

La solución constitucional de la reforma de 1994 ha sido reforzar al Poder Ejecutivo en los tiempos de crisis. Se ha buscado regular la situación de emergencia mediante la constitucionalización de dos institutos: la delegación legislativa y los decretos de necesidad y urgencia. La reforma constitucional acentuó notablemente las potestades del presidente¹⁵.

La solución constitucional argentina no ha sido novedosa. Reforzar al Poder Ejecutivo o a quien detenta al poder, parece ser una solución habitual, aún en estados de naturaleza democrática.

II.1. La constitución reformada y la crisis del año 2001

En el año 2001, frente a la profunda crisis económica, las herramientas legales utilizadas se caracterizaron por la asignación y utilización por parte del Poder Ejecutivo de poderes propios del Poder Legislativo, ya sea mediante decretos de necesidad y urgencia o decretos delegados. Más aún en el pináculo de la crisis se llegó hasta el dictado del estado de sitio, antes de la renuncia del presidente De la Rúa.

¹⁴ D´Ors, ÁLVARO y Pérez-Peix (1961). “Cicerón..”, ob.cit. p. 13.

¹⁵ Ferreyra, Raúl Gustavo (2009). “Rasgos de la democracia Argentina eficacia de las garantías constitucionales 1983-2008: división de poderes y democracia delegativa versus protección de la libertad?” en Estudios Constitucionales, año 7 (número2), ps. 255–278, en <https://doi.org/10.4067/S0718-5200200900020001>, p. 270

Las disposiciones constitucionales no rigieron plenamente en esos momentos, sino que de una u otra forma el Poder Legislativo cedió sus propias facultades al Poder Ejecutivo, en la idea imaginaria o mística de que un Poder Ejecutivo fuerte puede conjurar por sí sólo cualquier crisis. Pero en aquel momento ello no alcanzó para sortear la crisis y el país sucumbió a finales de aquel año.

La ausencia del congreso en aquel momento mediante su voluntario apartamiento no coadyuvo a superar la crisis.

Es necesario frente a una situación de crisis la profundización de la democracia, y ello requiere necesariamente del funcionamiento del Poder Legislativo. Como expresa Zaffaroni “Contra la crisis, más democracia”¹⁶.

Se comparte lo que señala Ferreyra¹⁷ en cuanto a que a través del proceso de producción legal el Congreso debe cooperar con la autodirección política de la sociedad, a la que sus miembros representan.

III. Política y crisis

La dinámica política de la crisis no sólo pone en contraste la velocidad con la cual pueden tomar decisiones el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, sino que también -en ocasiones- hace aflorar las pequeñeces de la política¹⁸.

La emergencia produce una situación en la cual es conveniente para el Poder Legislativo ceder sus poderes (o no ejercerlos) y al Poder Ejecutivo le conviene recibirlos. Para el legislativo

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl (2002). “Contra la crisis, más democracia”, Diario Clarín, Buenos Aires.

¹⁷ Ferreyra, Raúl Gustavo (2003). “La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa.” Buenos Aires, Hammurabi, p. 62.

¹⁸ Un ejemplo actual de ello ha sido la denominada “travesía por la democracia” mediante la cual un grupo de diputados se oponía a las sesiones virtuales planteando su ilegalidad. Véase una reseña periodística en <https://www.lapoliticaonline.com/nota/126160-travesia-por-la-democracia-el-viaje-de-los-diputados-de-cambiemos-para-sesionar-en-cuarentena/>

significa desprenderse de la responsabilidad de participar en la resolución de la crisis, éste cede sus poderes al ejecutivo y de ese modo se deshace de la responsabilidad política. El ejecutivo puede tomar decisiones autónomas sin consultar a nadie, y si logra sortear la crisis el éxito es todo propio. La delegación o la convalidación del uso de poderes de urgencia es conveniente para ambos.

Ferreyra señala que:

“El congreso se encuentra diseñado constitucionalmente para cumplir su privilegiada función de vehículo y caja de resonancia de la representación y opinión popular, respectivamente. Cuando estas transmisiones, repercusiones o intermediaciones no se dan, o cuando los órganos legislativos no saben, no quieren o no pueden interpretar los requerimientos y peticiones populares, se produce un notable alejamiento entre los representantes y sus representados que es sumamente peligroso”¹⁹

Ahora bien, es importante que esa caja de resonancia durante las crisis funcione más que nunca, si ello no ocurre la opinión pública queda condicionada a la que exponen los medios de comunicación²⁰.

Pero esta situación no es novedosa, explica Ferreyra que:

“Tampoco las grandes conmociones mundiales tuvieron a los parlamentos y congresos como cajas de resonancia del sentir de las expresiones ciudadanas, y consecuentemente no jugaron un rol institucional sobresaliente en su representación; ni por supuesto tampoco, en la solución de las consecuencias del flagelo”²¹

Si bien la propia CFA habilita dicha situación ya que al regularlo lo hace de una manera laxa.

¹⁹ Ferreyra, Raúl Gustavo (2016). “Notas...” ob. cit., p. 203.

²⁰ En este sentido Ferreyra advierte de ello. Véase Ferreyra, R. G. (2016). “Notas...” ob. cit., p. 203.

²¹ Ferreyra, Raúl Gustavo (2016). “Notas...” ob. cit., p. 212.

El funcionamiento del Congreso, aunque sea en forma esporádica, revisando las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo en uso de atribuciones extraordinarias y legislando sobre temas de emergencia da institucionalidad en el medio de la emergencia.

Esa institucionalidad tranquiliza y aleja el miedo.

Hoy, transitando esta etapa primigenia de la crisis y con el Congreso buscando la forma de funcionar, el Poder Ejecutivo a fin de obtener la institucionalidad se apoyó en los Gobernadores²². Así todas las presentaciones relevantes las hizo junto a ellos, y esa imagen de institucionalidad trajo algo de tranquilidad.

IV. Duración de la crisis

Walter Benjamín fue el primero²³ en caracterizar la existencia de un estado de excepción permanente. El citado autor en su octava tesis señala: “La tradición de los oprimidos nos enseña que el ‘estado de excepción’ en el cual vivimos es la regla. Debemos adherir a un concepto de historia que se corresponda con este hecho”²⁴.

Agamben señala:

“...desde el momento en que “el estado de excepción [...] ha devenido en la regla” (Benjamin, 1942, p. 697), no sólo se presenta cada vez más como una técnica de gobierno y no como una medida excepcional, sino que inclusive deja también salir a la luz su naturaleza de paradigma constitutivo del orden jurídico.”²⁵.

Agamben cita a Rossiter quien expresó:

“Al describir los gobiernos de emergencia en las democracias occidentales, este libro pudo haber dado la impresión

²² Recordemos que la CFA establece “Artículo 128.- Los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación.”

²³ Agamben, Giorgio (2005). “Estado de excepción. Homo sacer, II, I.”, F. C. Costa, Trad., Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, p. 36.

²⁴ Benjamin Walter, citado por Agamben, Giorgio (2005). “Estado...”, ob. cit., p. 111.

²⁵ Agamben, Giorgio (2005). “Estado...”, ob. cit., p. 32.

de que las técnicas de gobierno tales como la dictadura del ejecutivo, la delegación de los poderes legislativos y la legislación a través de decretos administrativos son por naturaleza puramente transitorias y temporarias. Una impresión tal sería ciertamente equívoca [...]. Los instrumentos de gobierno aquí descriptos como dispositivos temporarios de crisis han devenido en algunos países, y pueden devenir en todos, instituciones durables y permanentes inclusive en tiempos de paz”.²⁶

Las situaciones relatadas por estos autores permiten reflejar lo que ha sucedido en Argentina desde la década de 1980.

La reforma de 1994 como se expuso anteriormente recepta la emergencia dentro de su texto. Para ello utiliza una técnica criticable, prohíbe la delegación legislativa (art. 76 CN)²⁷ y prohíbe el dictado de decretos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3 CN)²⁸, para luego de tan tajantes prohibiciones habilitar la delegación y el dictado de decretos de necesidad y urgencia mediante fórmulas poco claras²⁹. Coincidentemente con Ferrera se puede afirmar que ambos son instrumentos de franca naturaleza legislativa, siendo ello una competencia constitucional atribuida al Congreso.³⁰

Agamben sostiene que el estado de excepción es ese momento del derecho en el que se suspende el derecho precisamente

²⁶ Agamben, Giorgio (2005). “Estado ...”, ob. cit., p. 36.

²⁷ Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo

²⁸ El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

²⁹ Bianchi afirma “Basta con leer el Artículo 76 para advertir que se trata de una disposición poco clara.” (Bianchi, A. B. (2015). “La delegación legislativa: evolución y estado actual”, 3. Forum. Anuario del Centro de Forum de Derecho Constitucional, en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/delegacion-legislativa-evolucion-estado.pdf>, p. 26.)

Bidart Campos por su parte señala “La excepción permisiva viene concedida para “materias determinadas de administración” o de “emergencia pública”. Las expresiones son harto vagas y muy poco concisas, por lo que tememos que se las invoque en demasía con cualquier pretexto y con escasa precisión.” (Bidart Campos, German (2001). “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo 3. Buenos Aires: Ediar, p. 155)

³⁰ Ferrera, Raúl Gustavo (2016). “Notas...”, ob .cit. p. 214 nota al pie N° 30.

para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia. O también: la forma legal de lo que no puede tener forma legal, porque es incluido en la legalidad a través de su exclusión³¹. Así se suspende por vía de excepción la aplicación del derecho, con un fin superior que es el mantenimiento de la sociedad.

Hablando sobre las implicancias del COVID-19, Agamben³² afirma que la epidemia deja en claro que el estado de excepción se ha convertido realmente en la condición normal. Así introduce dos nuevos conceptos, crisis perenne y emergencia perenne afirmando que la sociedad que vive en un estado de emergencia perenne no puede ser una sociedad libre.

Cabe preguntarse si el art. 76 y 99 inc. 3 de la CFA son esas válvulas de escape que presenta el propio sistema constitucional para garantizar su mantenimiento. La realidad demuestra que esas válvulas de escape funcionan en tiempos de crisis, pero el problema ha sido su cierre. Por una u otra razón existen urgencias o emergencias que las mantienen abiertas.

La realidad a las que hoy nos enfrenta el COVID-19 nos muestra que los efectos del virus en materia sanitaria y en materia económica han llegado para quedarse un tiempo que no será corto, y en ese proceso hasta el 12 de abril de 2020 (un mes de la declaración de emergencia por el COVID-19) se dictaron 19 decretos de necesidad y urgencia.

V. Emergencia

La emergencia es un estado dentro del cual la constitución debe adquirir una centralidad máxima. Tal es así que, aún con los defectos señalados, ella provee herramientas que pueden ser utilizadas para conjurar la emergencia y también establecer controles. Además, dichas herramientas sólo pueden ser válidamente utilizadas en la medida que no abroguen derechos fundamentales.

³¹ Flavia Costa en la introducción de Agamben, Giorgio. (2005). "Estado...", p. 5

³² Agamben, Giorgio (2020). "CHIARIMENTI", ob. cit.

Puede afirmarse que emergencias como la provocada por el COVID-19 ponen a prueba al texto constitucional y a la institucionalidad.

Es dable recordar la caracterización de la emergencia para luego evaluar la magnitud de los poderes para conjurarla.

Häberle afirma que:

“La finalidad del “estado de excepción” o la llamada “emergencia de Estado” es también la protección de la Constitución. Se trata de todos los peligros graves para la permanencia del Estado o de la seguridad y el orden públicos, lo que no puede resolverse mediante las vías normales previstas por la Constitución, sino que su defensa y medidas solamente son posibles con medios excepcionales...”³³

La Corte Argentina ha caracterizado la emergencia como aquellas situaciones que:

“... derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien, inevitables con los recursos ordinarios y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios, también, extraordinarios: a veces, son acontecimientos de carácter físico (terremotos, epidemias), económico, social o político (como una revolución), pero lo que tipifica la existencia o no de la emergencia “ no es la naturaleza del hecho determinante, sino su modo de ser extraordinario, la gravedad y amplitud de sus efectos y la necesidad imperiosa de establecer normas adecuadas para restablecer los intereses públicos afectados”³⁴.

En “Peralta” la Corte Suprema dijo que, una emergencia requiere que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad³⁵.

³³ Häberle, Peter (2016). “El Estado Constitucional”, México, Universidad Autónoma de México, p. 274.

³⁴ CSJN (1957). “Perón, Juan Domingo”, 21/07/1957, Fallos 238:76.

³⁵ CSJN (1990). “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo”, 27/12/1990, Fallos 313:1513.

Hernández analizando el tema indica:

“...los distintos elementos que caracterizan la emergencia: a) son situaciones excepcionales, previsibles o no, que afectan el orden constitucional; b) los hechos que las producen pueden ser originados en diversas causas: políticas, económicas, sociales o de la naturaleza; c) para enfrentar estos hechos, el derecho crea diversas instituciones de emergencia, que varían según las legislaciones; d) estas instituciones producen un acrecentamiento de facultades en los poderes estatales y particularmente en el Ejecutivo y correlativamente, un descaecimiento o restricciones en los derechos y garantías individuales; e) debe existir un verdadero estado de necesidad”³⁶.

Ha existido un intento de la justicia en distintos niveles en definir ontológicamente cuando puede considerarse que existe emergencia, pero las definiciones han sido sinuosas y con cierto dejo de vaguedad.

La emergencia provocada por el COVID19 no genera dudas en cuanto a que se trata de una situación de excepción, de extrema gravedad y urgencia.

VI. Magnitud de los poderes de emergencia del Estado Federal

Sin lugar a duda hoy se está frente a una situación que ha desdibujado los límites habitualmente preconcebidos frente a una hipotética situación de emergencia. Como se expuso, frente a la existencia de la emergencia el Poder Ejecutivo Nación echó mano a uno de los mecanismos constitucionalmente previstos, los Decretos de Necesidad y Urgencia (CFA art. 99 inc. 3)

Como expresa la frase popular, la realidad supera a la ficción, y siempre que se analizan o estudian poderes de emergencia,

³⁶ Hernández, A. M. (2003). “Las emergencias y el orden constitucional”, Vol. Serie Estudios jurídicos, Núm. 47, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Rubinzal-Culzoni editores, en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1082-las-emergencias-y-el-orden-constitucional-2a-ed>, p. 7.

surgen como hipótesis de su aplicación situaciones de urgencia o gravedad, ya sean estas derivadas de hechos más cercanos a la naturaleza (vgr terremotos) o de otras circunstancias (vgr crisis económica), en la que se adoptarían medidas de emergencias que restringirían generalmente ciertos derechos. Por lo general no surgen de dicho análisis la posibilidad de limitar libertades individuales básicas de las personas, y menos por un largo tiempo.

Sagüés afirma “La constitución de poder restringido o moderado reconoce un amplio espectro de derechos personales, sin perjuicio de su restricción en situaciones de emergencia, pero encuadrando esas limitaciones según pautas de razonabilidad”³⁷. En estos tipos constitucionales se admitiría la limitación o restricción de los derechos personales en función de situaciones de emergencia.

Ferreyra explica que “La libertad constitucional de cada hombre está limitada por la libertad de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.”³⁸.

En época de emergencias esas limitaciones pueden ser más profundas, pero no suprimidas.

VI.1. Emergencia y Pactos

La centralidad del texto constitucional en tiempos de emergencia no se limita o circunscribe a las cláusulas constitucionales de emergencia que regulan los institutos, sino a todo el plexo constitucional.

La reforma de 1994 de la CFA, coetáneamente a la constitucionalización de nuevos institutos vinculados a la emergencia, modificó el artículo 75 inc. 22 que incorpora a los tratados de Derechos Humanos como parte del conjunto de derechos, deberes y garantías constituciones.

³⁷ Sagüés, Nestor. Pedro (2007). “Manual de derecho constitucional”, Buenos Aires, Ed. Astrea, p. 57.

³⁸ Ferreyra, Raúl Gustavo (2009). “Rasgos ...” ob. cit. p. 267.

Por ello se nos exige en estos tiempos de crisis analizar someramente cuáles son las previsiones que los tratados contienen para situaciones de emergencia, dado que su observación es inexcusable.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XXVIII expresa:

“Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático...”³⁹

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁰ establece:

“Artículo 4°

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará

³⁹ <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

⁴⁰ <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión. Observación general sobre su aplicación”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴¹ en su artículo 4° prevé:

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.”

Por su parte la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴² establece en su art. 29.2 que:

“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 27° estipula:

“En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social...”

⁴¹ <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

⁴² <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

La Corte Interamericana en la Opinión Consultiva (“OC”) 8/87 dice que “no se trata de una ‘suspensión de garantías’ en sentido absoluto” y aclara que “lo único que podría suspenderse o impedirse sería [el] pleno y efectivo ejercicio [de los derechos]”⁴³.

Para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el Consejo de Europa, permite que se tomen medidas que deroguen las obligaciones del Convenio en el caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la Nación, con exclusiones parecidas a las del Pacto Internacional.

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece:

“Artículo 2°

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.
2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.”

La Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas dispone:

“Artículo I

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:

- a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;...

Artículo X

⁴³ Levi, Daniel (2013). “Art. 27. Suspensión de garantías” en Alonso Regueira, Enrique M. (2013). “La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en Derecho Argentino”, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 481

En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.

En la tramitación de dichos procedimientos o recursos y conforme al derecho interno respectivo, las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Artículo 11°. Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias

Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.

Los restantes tratados incorporados⁴⁴ no estipulan previsiones algunas al respecto.

⁴⁴ Ellos son: 1) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 2) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 3) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y 4) Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.

VI.2. Finalidad, alcance y controles de las medidas

Hamilton en el Federalista sostenía

“Si el gobierno nacional se viera en uno de esos casos de emergencia, no habría otro medio que el de la fuerza. Los medios que se pongan en juego deben guardar proporción con la importancia del mal.”⁴⁵

“La seguridad contra los peligros externos es el más poderoso impulsor de la conducta nacional, y pasando el tiempo, hasta el amor a la libertad acaba por ceder a sus dictados. La destrucción violenta de las vidas y propiedades inherente a la guerra, el esfuerzo continuo y la alarma que acompaña a un estado de constante peligro, obligarán a las naciones más apegadas a la libertad, a buscar la seguridad y el descanso en instituciones que tienden a destruir sus derechos civiles y políticos. Para estar más seguras, acaban por estar dispuestas a correr el riesgo de ser menos libres.”⁴⁶ (la negrita es agregada)

Estas dos afirmaciones de Hamilton, con más de doscientos años de antigüedad, mantienen su vigencia. Dos aspectos valen la pena destacar de los pasajes transcritos, el primero, que aún en la emergencia los medios para conjurarla deben ser razonables y guardar proporción con la importancia del mal, y el segundo que aún las naciones más libres frente al peligro estarán dispuestas a ser menos libres a cambio de ser seguras.

Claro ejemplo de esto último fue lo ocurrido en el mundo luego del 11S.

Retomando con el alcance de las medidas frente a la emergencia, es interesante traer a colación a Häberle quien afirma:

“...El objetivo de cualquier disposición sobre situaciones de emergencia debe ser el restablecimiento, tan

⁴⁵ Hamilton, Alexander, Madison, James, y Jay, John. (1787). “El Federalista.”, XXVIII. (Hamilton).

⁴⁶ Hamilton, Alexander, Madison, James, y Jay, John. (1787). “El Federalista.”, XXVIII (Hamilton).

pronto sea posible, de la ‘normalidad constitucional’. La idea de la última ratio o de la prohibición del exceso debe guiar a todas las medidas de excepción, como el quebrantamiento de las competencias normales de los parlamentos en favor del ejecutivo (concentración de poderes) o de la limitación o suspensión temporales de los derechos fundamentales. Bajo estas estrictas condiciones requiere la primacía de la Constitución escrita, suspender en partes la Constitución, ‘a fin de poder restablecer su vigencia ilimitada’. Es en esta medida que el estado de excepción forma parte plenamente de las instituciones ‘normales’ del Estado constitucional y no se encuentra, per se, en contradicción con él.”⁴⁷

El máximo tribunal en relación con las medidas para combatir las situaciones de emergencia en el precedente “Tobar” ha señalado:

“Las medidas tendientes a conjurar la crisis deben, pues, ser razonables, limitadas en el tiempo, un remedio y no una mutación de la sustancia o esencia de la relación jurídica y están sometidas al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales (Fallos: 243:467; 323:1566; 323:2492 y pronunciamiento del 1 de febrero de 2002 en la causa B.32.XXXVIII PVA “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”, y voto concurrente del juez Fayt)”⁴⁸.

Ferreyra⁴⁹ haciendo un análisis de la función del máximo tribunal afirma que prácticamente a partir de 1920, en casi todas las décadas, la CSJN ha dictado, por lo menos, un

⁴⁷ Häberle, Peter (2016). “El Estado...” ob. cit., p. 274

⁴⁸ CSJN (2002). “Tobar, Leónidas c/ Estado Nacional -Ministerio de Defensa- Contaduría General del Ejército - Ley 25.453 s/ amparo ley 16.986”, 22/08/2002, Fallos: 325:2059, cons. 8.

⁴⁹ Ferreyra, Raúl Gustavo (2006). “Poder...”, ob. cit., p. 39 véase en especial nota 55.

pronunciamiento sobre emergencia y Constitución, y que ellos han justificado la adopción jurídica de remedios extraordinarios cuyo rasgo fundamental es la limitación temporal y razonable del ejercicio de los derechos.

Las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo son revisadas en el juego del sistema de frenos y contrapesos, por el Poder Legislativo y por el Poder Judicial.

El art. 99 inc. 3 de la CFA regula claramente que es función de la Comisión Bicameral Permanente la consideración de las decisiones adoptadas mediante decretos de necesidad y urgencia por el Poder Ejecutivo, y con posterioridad a la intervención de la misma corresponde su tratamiento por cada una de las cámaras.

En cuanto al rol del Poder Judicial frente a la emergencia ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

“La legislación de emergencia responde al intento de conjurar o atenuar los efectos de situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza, y constituye la expresión jurídica de un estado de necesidad generalizado, cuya existencia y gravedad corresponde apreciar al legislador sin que los órganos judiciales puedan revisar su decisión ni la oportunidad de las medidas que escoja para remediar aquellas circunstancias, siempre que los medios arbitrados resulten razonables y no respondan a móviles discriminatorios o de persecución contra grupos o individuos.”⁵⁰

Entiendo que las medidas adoptar por el poder ejecutivo para afrontar la emergencia deben cumplir los siguientes aspectos:

- a) Guardar una razonable proporción entre la medida adoptada y el problema que se busca solucionar.
- b) Ser transitorias o prever su revisión temporal. La adopción en tiempo de crisis de medidas de carácter permanente

⁵⁰ CSJN (2009). “Bankboston N.A. c/ Jane Javier Esteban s/ejecución hipotecaria”, 10/11/2009, Fallos 332:2468.

no sólo no parece a priori como razonable, sino que corre un serio riesgo que una vez que han desaparecidos los motivos que la fundaron se tornen irrazonables y por tanto inconstitucionales.

c) Deberían tener una mínima interferencia sobre los derechos, con ello se quiere señalar que las restricciones o limitaciones que se imponen a los derechos individuales deben ser las mínimas para conjurar el peligro o intentar reducir sus consecuencias.

d) Deberían ser rápidamente revisadas por el poder legislativo.

VII. Conclusiones

La emergencia del COVID-19 no tiene precedentes y ha infundido un profundo temor en la sociedad.

En este contexto, y en el marco que suministra la propia CFA el Poder Ejecutivo ha asumido su función de líder frente a las emergencias. Por otro lado, el Congreso luego de más de un mes no ha podido lograr los consensos para sesionar a pesar de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un “paso de comedia” rechazó una acción entablada por la Presidenta de Senado y despejó la certeza sobre la validez de las sesiones virtuales.

Las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo, miradas coetáneamente con el desarrollo de la pandemia y desde la urgencia, no sólo en el contexto argentino sino en el contexto mundial parecerían razonables.

Se aprecia de igual modo que existe un apoyo casi unánime a las restricciones de las libertades frente a la pandemia del COVID-19. Sin dudas el apoyo se funda en dos aspectos, el primero de ellos la existencia de un miedo colectivo frente a un virus declarado en pandemia y el segundo la necesidad de seguridad -en el más amplio de los sentidos- frente a esta situación crítica.

Cuando pase el tiempo y este nos otorgue otra perspectiva seguramente se podrá realizar un análisis más profundo y meduloso sobre la razonabilidad de las medidas.

Finalmente, esperemos que más pronto que tarde, superemos esta pandemia. Sin duda el mundo ya no será igual. Sin embargo, no se debe permitir que el miedo actual genere restricciones permanentes en los derechos más allá de lo necesarios para superar este terrible mal.

Bibliografía

- Agamben, Giorgio (2005). “Estado de excepción. Homo sacer, II, I.”, F. C. Costa, Trad., Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora.
- Agamben, Giorgio (2020). “CHIARIMENTI”, en <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-chiarimenti>. Traducción realizada por Martina Bisio.
- Alonso Regueira, Enrique M. (2013). “La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en Derecho Argentino”, Buenos Aires, Ed. La Ley.
- Barrera Méndez, Juan Antonio (2010). “El miedo colectivo: el paso de la experiencia individual a la experiencia colectiva”, Distrito Federal - México Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, El Cotidiano, núm. 159, enero-febrero, 2010, pp. 5-10, en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32512747002>.
- Bianchi, A. B. (2015). “La delegación legislativa: evolución y estado actual”, 3. Forum. Anuario del Centro de Forum de Derecho Constitucional, en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/delegacion-legislativa-evolucion-estado.pdf>
- Bidart Campos, German (2001). “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo 3. Buenos Aires, Ediar.
- Boaventura de Sousa Santos (2020). “Coronavirus: todo lo sólido se desvanece en el aire...”, Diario Página 12, 17 de marzo de 2020, en <https://www.pagina12.com.ar/253465-coronavirus-todo-lo-solido-se-desvanece-en-el-aire>
- D’ORS, ÁLVARO Y PÉREZ-PEIX (1961). “Cicerón, sobre el estado de excepción”, Cuadernos de la Fundación Pastor, ISSN 0532-8551, Nº. 3, 1961, pp. 11-31.

- Dalla Vía, Alberto Ricardo (2004). "Manual de Derecho Constitucional", Buenos Aires, LexisNexis, p. 272.
- Dupuy, Jean – Pierre (1999). "El pánico", Barcelona Ed. Gedisa, traducción Marta Bris Marino y Ramon Ardell Argües.
- Espinoza Rojas, Johan. (2017). "Breves reflexiones sobre las imágenes del miedo al fin del mundo: el caso de las pandemias en la pantalla". Revista De Filosofía De La Universidad De Costa Rica, 56(145)., en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/filosofia/article/view/28260>
- Ferreira, Raúl Gustavo (2003). "La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa." Buenos Aires, Hammurabi.
- Ferreira, Raúl Gustavo (2006). "Poder, democracia y configuración constitucional", Cuadernos Electrónicos, 3, en [http://www.circulodoxa.org/documentos/Ferreira, 2004 \(I\).pdf](http://www.circulodoxa.org/documentos/Ferreira, 2004 (I).pdf) .
- Ferreira, Raúl Gustavo (2009). "Rasgos de la democracia Argentina eficacia de las garantías constitucionales 1983-2008: división de poderes y democracia delegativa versus protección de la libertad?" en Estudios Constitucionales, año 7 (número2), ps. 255-278 en <https://doi.org/10.4067/S0718-5200200900020001>.
- Ferreira, Raúl Gustavo. (2016). "Notas sobre derecho constitucional y garantías", Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Ediar.
- Häberle, Peter (2016). "El Estado Constitucional", México, Universidad Autónoma de México.
- Hamilton, Alexander, Madison, James, y Jay, John. (1787). "El Federalista."
- Hernández, A. M. (2003). "Las emergencias y el orden constitucional" , Vol. Serie Estudios jurídicos, Núm. 47, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Rubinzal-Culzoni editores, en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1082-las-emergencias-y-el-orden-constitucional-2a-ed>.
- Korstanje, Maximiliano E. (2009)."Pánico y mercado: contribuciones y limitaciones de Jean-Marie Dupuy al estudio del terror financiero" en Contribuciones a la Economía, julio 2009, en <http://www.eumed.net/ce/2009b/mek.htm>
- Monti, Natalia (2015). "Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario.", Buenos Aires, Ed. SAIJ.

Sagüés, Nestor. Pedro (2007). “Manual de derecho constitucional”, Buenos Aires, Ed. Astrea.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2002). “Contra la crisis, más democracia”, Diario Clarín, Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2003). Prologo en Ferreyra, Raúl Gustavo. (2003). “La constitución vulnerable. Crisis argentina y tensión interpretativa”. Ed. Ed.Hammurabi, p. 10.

Jurisprudencia

CSJN (1957). “Perón, Juan Domingo”, 21/07/1957, Fallos 238:76.

CSJN (1990). “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA.) s/ amparo”, 27/12/1990, Fallos 313:1513.

CSJN (2002). “Tobar, Leónidas c/ Estado Nacional -Ministerio de Defensa- Contaduría General del Ejército - Ley 25.453 s/ amparo ley 16.986”, 22/08/2002, Fallos: 325:2059, cons. 8.

CSJN (2009). “Bankboston N.A. c/ Jane Javier Esteban s/ejecución hipotecaria”, 10/11/2009, Fallos 332:2468.

Nuestro derecho y la postpandemia

Our right and the post-pandemic

E. Raúl Zaffaroni¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 401-414

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e406>

I. Pandemia y colonialismo

Cuando se producen cambios de poder planetario, da la sensación de que la historia *se acelera*. Los cambios actuales eran previsible. Entre otros, Francisco lo dijo en la *Laudato si: esto no se sostiene*. La pandemia precipita las cosas, pero además de las advertencias de la OMS, tampoco es algo nuevo en la historia.

Si quitamos la máscara ideológica del *neoliberalismo*, veremos que el mundo está sufriendo un *totalitarismo*, en este caso *financiero*, que practica una nueva forma de colonialismo que podemos llamar *tardocolonialismo*, para diferenciarlo de las etapas anteriores, es decir, del *originario* y del *neocolonialismo*. Esta nueva *etapa colonial* ahora se enrosca sobre sí y paraliza la economía mundial.

El colonialismo tiene su historia, que no debe confundirse con la *historia universal*, como pretendía Hegel. Esa historia nos dice que no es la primera vez que una hegemonía mundial *se enrosca*, ni tampoco son ajenas a esto las infecciones.

¹ Abogado, doctor en Derecho, profesor de derecho penal, ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, actual Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La *revolución mercantil* -que posibilitó el colonialismo-, fue impulsada por el comercio europeo con oriente, que llevó las ratas y la peste bubónica, matando a un tercio de la población europea.

Lanzados al colonialismo *originario*, los españoles contaminaron a los indios con enfermedades, producto de la domesticación europea de animales, contra las que los indios no tenían anticuerpos, lo que mató a la mitad de la población originaria. Al mismo tiempo, jerarquizó tanto su sociedad que, cuando con la revolución industrial apareció la burguesía europea, fue incapaz de crearla en España y se derrumbó su imperio.

Para satisfacer el extractivismo insaciable, se cometió el crimen del esclavismo contra los africanos, que trajeron la fiebre amarilla y, cuando el *neocolonialismo* quiso facilitar la comunicación interoceánica con el canal de Panamá, esa infección hizo fracasar la primera tentativa de construirlo.

El *neocolonialismo* cometió horripilantes genocidios, especialmente en África, hasta desembocar en una guerra *interimperialista* que, al final, desencadenó la llamada *gripe española*. En la segunda etapa de esa tragedia se *enroscó*, pues el genocidio fue cometido en su propio territorio, victimizando a personas tan pobres en melanina como sus líderes.

Ahora el *tardocolonialismo financiero* de las transnacionales, con su brutal depredación del medio ambiente y la destrucción indiscriminada de equilibrios biológicos, fue generando virus en serie, hasta producir uno que paralizó la economía mundial.

El actual recorte arbitrario de lo que nos explica la ciencia biológica, pretende que el *enemigo* sea el virus y, por ende, estaríamos en *guerra contra el virus* cuando, de existir alguna *guerra*, debería serlo contra la fábrica de virus en serie, que es, justamente, el actual totalitarismo financiero depredador del medio ambiente, que ha producido la *vaca loca* (por alimentar rumiantes con harina de cadáveres), la gripe asiática, la de Hong Kong, el VIH, la gripe porcina, el SARS, el Ébola, el coronavirus modelo 2015 y ahora la nueva versión 19.

Como si eso fuese poco, fabrica luego las *vacunas*, las patentan y las venden a quienes pueden pagarlas: cada año mueren en la India 100.000 niños de neumonía, mientras la transnacional dueña de la patente de la vacuna embolsa miles de millones de dólares.

Esclavitud, sometimiento a servidumbre, crímenes masivos atroces, genocidios, glotonería hegemónica, concentración ilimitada de riqueza, suicidios de las sucesivas oligarquías engeguedas por su afán insaciable de poder y generación de epidemias, son fenómenos entrelazados y presentes desde la gestación del colonialismo en Europa hasta todas sus sucesivas etapas en el mundo.

II. La naturaleza del totalitarismo financiero

Es claro que estamos sometidos a un poder planetario que concentra ilimitadamente riqueza, con la consiguiente exclusión genocida de miles de millones de personas, para lo cual ejerce sobre nuestra región un despiadado colonialismo succionador, mediante endeudamientos concertados por sus *virreyes* locales, que nos somete a jurisdicciones extranjeras.

Lo cierto es que este *totalitarismo financiero* equivale hoy a los de entreguerras, es decir que, para legitimar genocidios, ya no se usan camisas pardas ni negras ni se prometen paraísos de razas superiores puras o de sociedades sin clases en que todos seremos felices, sino que se vaticina una *felicidad generosamente derramada* desde la riqueza crecientemente concentrada.

El discurso con que se enmascara este totalitarismo no está escrito en *Mein Kampf*, sino en las obras de Milton Friedman y Friedrich von Hayek. Tampoco se promete el *ario puro* y el *hombre nuevo*, sino el *homo economicus*.

Este discurso es el que ahora confronta con los Derechos Humanos, incorporados al derecho internacional desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Mientras estos últimos

proclaman que todo ser humano es *persona* y, por el hecho de existir tiene unos derechos elementales y básicos, la ideología que se autodenomina *neoliberal* afirma que, por el mero hecho de haber nacido, un sujeto no tiene derecho a reclamar nada (así, von Hayeck). Si bien no todos los acólitos de esta idolatría son tan explícitos y sinceros, los cadáveres en el Mediterráneo o el experimento *pinochetista* de Friedman, demuestran que comparten esa premisa.

Los gerentes de este totalitarismo financiero no pueden hacer otra cosa que obtener ganancias sin respetar límite alguno, puesto que, con la *financiarización* de la economía, las corporaciones transnacionales son manejadas por tecnócratas que deben cumplir con ese objetivo o son reemplazados.

En ejecución de estos mandatos ineludibles, la conducta de los gerentes del totalitarismo financiero pasó a ser delincuencial a gran escala: extorsiones, trabajo esclavo, *macroestafas*, evasión fiscal, administraciones fraudulentas, destrucciones de ecosistemas, extinción de especies, desertificación, contaminación de aguas y atmósfera, encubrimiento de tráfico ilícitos, reciclajes de dinero, empresas fantasmas y, llegado el caso, también golpes de Estado y fusilamiento de población civil, todo se lo permiten sin límite alguno. La *criminalidad organizada* (*organized crime*) más poderosa del planeta es la que ejercen estos gerentes con sus *macrodelitos*. No debe extrañar, porque todos los totalitarismos *fueron criminales*; sólo cambian sus métodos, conforme a sus contextos de poder.

III. La situación *tardocolonial*

En nuestra realidad colonial de extrema concentración de riqueza, con los más altos coeficientes de Gini del planeta, la paralización hará caer en la pobreza a fajas de las clases medias. A las fuertes protestas de la *prepandemia* se sumarán las fajas medias *desclasadas*. Nuestros Estados no estuvieron preparados para responder con racionalidad a las demandas anteriores y, menos aún, lo estarán para las que vengan.

Si aspiramos a que la conflictividad que anuncia esta emergencia halle soluciones no violentas y, por ende, a que nuestros Estados puedan ofrecer *soluciones racionales en el marco democrático y republicano*, el primer paso debe ser reconocer la dura realidad de la que deberemos partir, es decir, de Estados debilitados, escuálidos, muy poco democráticos y –quizá menos aun- republicanos.

El mito más negativo –por inmovilizante- nos hace creer que vivimos en Estados con instituciones sólidas, basadas en principios democráticos y republicanos, garantizados en el plano regional por un derecho internacional eficaz, cuando nada de eso es verdad. Nadie compraría otro atuendo si creyese que el que lo viste es de máxima elegancia, cuando en realidad está en harapos que ni siquiera cubren sus partes pudendas.

Si bien *no existe un único modelo democrático*, el que se generalizó en la región es el de las *democracias plurales*, en que la ciudadanía canaliza su voluntad a través de partidos políticos. Pues bien, de este modelo institucional democrático, en nuestros Estados sólo quedan restos.

Esto obedece a que los partidos políticos sólo existen formalmente, pues su función canalizadora la ejercen las corporaciones que monopolizan la comunicación en cada país: desde el análisis funcional, cada una de ellas es un partido político y, además, por *monopólica*, es un *partido único*. El monopolio de estos partidos únicos funcionales al poder colonial se presenta como *derecho a la libertad de expresión*, cuando en realidad es su más abierta negación.

En las concentraciones urbanas, el voto de altos porcentajes de ciudadanía se manipula, conforme a los conocidos *once principios de Göbbels*, llevando al extremo el consabido teorema de Thomas: *no importa que algo sea verdad o mentira, lo que importa es que se lo dé por cierto y en ese caso produce efectos reales*. Son las *profecías autorealizadas*. Las *fake news* circulan a mayor velocidad que la información correcta, incluso

por las *redes* –cuya tecnología *también es monopólica*–, donde se arman ejércitos de *trolls* y de ingenios que simulan personas.

De este modo se determina la conducta de buena parte de la población, que de buena fe vivencia la *realidad creada por los actores disfrazados de comunicadores*, algunos tan consustanciados con los personajes de sus libretos que llegan a creer las mentiras que divulgan.

Estos partidos políticos únicos y mediáticos fabrican a los *virreyes* locales del totalitarismo financiero y, por ende, como todo aparato de propaganda totalitario, no reconocen ningún límite ético ni legal.

Los políticos son rehenes de estos *partidos únicos*, que les marcan las agendas, sabiendo que entre los que luchan por el poder siempre habrá algunos más inescrupulosos que, sin duda, llevarán ventaja sobre los que ofrezcan alguna resistencia, como también sobre los que sean menos genuflexos por temor o por restos de dignidad y ética, pero que tampoco se animen a denunciar y menos a resistir sus amenazas de linchamiento. Saben muy bien que, en muchos casos, estos últimos también cederán a sus directivas, porque juegan con su ingenuidad, haciéndoles creer que su silencio los cubre de ser blancos de sus disfrazados de comunicadores.

Los políticos más inescrupulosos disputan para convertirse en candidatos a *virreyes* de los partidos únicos mediáticos, pues saben que cuando éstos los ungen como tales, tienen altísimas probabilidades de trepar a los gobiernos, con una falsa aureola de democracia. A veces, cuando al *virrey* ha ejercido su poder colonial con demasiada avidez y torpeza, su reelección fracasa, como en la Argentina. En algún otro caso, el *virrey* traiciona a su propia fuerza política, proclamándose tal una vez en el gobierno.

Esas democracias de partidos mediáticos únicos suelen asumir formas *plebiscitarias*, puesto que, una vez en el gobierno, los *virreyes* ejercen *plenos poderes* en abierta violación a los principios republicanos, a veces mediante plebiscitos explícitos, pero en la mayoría de los casos, de hecho y ante la indiferencia

pública, sostenida por la desinformación de la misma publicidad del régimen.

La primera preocupación de los *virreyes* es el reacomodamiento de los poderes judiciales a su gusto, puesto que de ellos depende la impunidad de sus mandantes, socios y amigos, como también la persecución y difamación de sus opositores y obstaculizadores.

Del grado de previo deterioro de la organización judicial depende la facilidad de estas maniobras. Por lo general, las corporaciones judiciales se integran con personas que privilegian su estabilidad laboral, por lo cual, la docilidad se obtiene, en primer lugar, con el ofrecimiento de algunas racionalizaciones o mecanismos de huida que permitan su *pax burocrática*.

Al igual que en cualquier estamento profesional, en el judicial hay algunos inescrupulosos y también unos pocos delincuentes, de los cuales se sirven los *virreyes* y que, por regla, se ofrecen a servirlos, sea en procura de rápida promoción jerárquica, por afán mediático, por aspiración al estrellato político o por corrupción.

Nuestros *virreyes* cumplen el mandato *metrópolitano* eliminando a quien les molesta. Este colonialismo no los mata, como a Sucre, Moreno, Monteagudo, Dorrego o al mismo Bolívar, si antes no lo hubiese hecho la tuberculosis, ni los manda al exilio, como a San Martín. Elimina a los líderes políticos groseramente, con golpes de Estado abiertos, como en Bolivia, pero otras veces orquesta golpes *blandos*, que prostituyen a la política, pues explotan los bajos instintos de lo peor de ella.

La eliminación de líderes populares por decapitación pública se completa con campañas de los *partidos* mediáticos de los *virreyes*, en combinación con un pequeño grupo de jueces patológicos, en bandas de las que forman parte activa agentes de servicios secretos, delincuentes que cobran su *arrepentimiento*, testigos falsos, fiscales extorsionadores, policías corruptos, etc.

Para estos discípulos de Freisler y Vichinsky, todo es válido: misteriosos escritos detallados; increíbles memoriosos; insólita

velocidad procesal; invocación aberrante de la doctrina jurídica; clonación de procesos; pluralización de *bandas*; gobiernos considerados asociaciones ilícitas y, por supuesto, violación de normas procesales básicas. De no ser suficiente, se amenaza y persigue a algún juez que moleste, porque así lo exige la lucha contra el *flagelo de la corrupción*, convertida en el nuevo Satán de este tiempo, con el que pactarían las nuevas brujas, que son los políticos populares.

Mientras estos *shows de manos limpias* son dramatizados por los partidos políticos mediáticos, los *virreyes* -y sus socios, parientes y amigos- endeudan a nuestros países, comprometiéndolos por décadas, al tiempo que se benefician con negociados encubiertos por sus cómplices judiciales.

A esto se le llama *lawfare* o *guerra legal*, cuando en realidad es una *guerra ilegal* en todo sentido. Tal es la dimensión que ha cobrado este recurso, que es materia de análisis cada día más intenso en las academias jurídicas.

El último *virrey* argentino acabó también con el Legislativo, válido del poder de ahogar económicamente a los gobiernos provinciales. Nuestro federalismo se fue por la cloaca al igual que la separación de poderes republicana, con el ejercicio de plenos poderes, no otorgados por nadie. Otros son más burdos, embargando bienes de los legisladores de la oposición o amenazando a sus familias.

¿Qué queda de la república, de la democracia y hasta del Estado mismo? Sólo el resquicio de sentido de realidad de una parte de la ciudadanía, porque -por fortuna- no existe un sistema perfecto de *matricería humana*.

IV. ¿Qué hacemos ahora?

Ante la evidencia de que los Estados -como repúblicas y democracias debilitadas- no podrán superar sanamente la conflictividad inevitable de la *postpandemia*, nos urge pensar en un nuevo modelo de Estado que, tarde o temprano surgirá, así como lo hizo el *New Deal* de Roosevelt, o sea, en un modelo

neoprovidente, con mínima equidad desconcentradora de riqueza, capaz de reconstruir las democracias y las repúblicas, asimilando las experiencias de nuestras accidentadas historias.

En nuestro constitucionalismo no habrá de faltar creatividad para pensar modelos de *Estados fraternos* que, junto a la *libertad* y la *igualdad*, no olviden la *fraternidad*. Nuestros movimientos populares de todos los tiempos nos dejaron pistas redistributivas, que se deben profundizar.

De nuestra región surgió el *constitucionalismo social* con la Constitución Mexicana de 1917; también apareció el *ambiental*, con las Constituciones de Ecuador y del Estado Plurinacional de Bolivia. Seguramente de aquí habrá de surgir el *constitucionalismo socioambiental*, configurador de los nuevos Estados *neoprovidentes y fraternos*.

Las emergencias están dando la razón a los políticos decapitados por los partidos políticos mediáticos y, donde falten, otros surgirán, como sucede en toda emergencia. La política y el vacío son incompatibles: ante el reclamo de las ciudadanías, algo emerge. Además, nuestros pueblos siempre han producido caracteres políticos fuertes; esta capacidad no se ha perdido, pese a los aparatos publicitarios de los partidos mediáticos únicos.

Esta tarea jurídica creativa se impone, pues no es suficiente con sacudirse la dependencia colonial, sin perfilar nuestros futuros Estados, porque la historia demuestra que esa actitud es un gravísimo error. En efecto: cuando hace doscientos años nos liberamos del colonialismo originario, nuestras oligarquías y sus intelectuales *iluminados* quisieron imponer -a sangre y fuego- a los pueblos de nuestra región -supuestamente bárbaros e ignorantes-, modelos incompatibles con nuestras realidades (la llamada *civilización* genocida). Sobre esas pretensiones se montó el neocolonialismo, lo que costó muchas más vidas y dolor que la propia lucha por la independencia. Ni siquiera podemos descartar que buena parte de las fallas de nuestro presente sea consecuencia de ese error originario.

Pensar desde ahora el modelo de Estado al que queremos llegar no es un sueño vano, un entretenimiento de ociosos ni implica caer en la *utopía*, sino que es una tarea indispensable: se trata, nada menos, que de montar la brújula, otear el norte, clarificar el objetivo.

Debemos pensar con urgencia qué Estado queremos, qué institucionalización es necesaria para reconstruir la democracia y la república, cómo recuperar el Estado para la política, cómo volver a una democracia plural con partidos políticos no mediáticos ni *por acciones*, cómo establecer cierto orden institucional que impida que cualquier *virrey* circunstancial ejerza la suma del poder público y, sobre todo, cómo revertir el modelo de sociedad con 30 % de incluidos y el resto excluido, que nos intentó imponer el colonialismo del totalitarismo financiero.

No somos ingenuos, sabemos que, en la *postpandemia*, especialmente frente a las clases medias que caerán en la pobreza, los *virreyes* y los otros agentes, pretenderán atribuir todos los males a los políticos que no respondan al partido mediático único, usarán sus campañas sucias, sus *fake news*, las dramatizaciones de sus actores y actrices disfrazados de comunicadores y periodistas; no ahorrarán recurso alguno, recurrirán y pondrán en práctica sus impudicias coprófilas más abyectas e inhumanas. ¿Podrán con todo eso impedir la vuelta de los líderes populares *decapitados* por los partidos mediáticos únicos o el surgimiento de nuevos lideratos en nuestros países?

Frente a las respuestas demasiado pesimistas, nuestras historias nos enseñan que, con marchas y contramarchas, nuestros pueblos siempre toman conciencia y triunfan. Prueba de esto es que, de no ser por nuestros movimientos populares, quizá no hubiésemos podido escribir estas líneas ni el lector leerlas, porque es muy probable que hubiésemos sido analfabetos, que hubiésemos muerto en la infancia, que tuviésemos menos neuronas por carencia de proteínas en los primeros años o fuésemos desaparecidos por alguna dictadura genocida.

El *cardenismo* mexicano, el *aprimismo* peruano, el *velasquismo* ecuatoriano, el *varguismo* brasileño, el *yrigoyenismo* y el *peronismo* argentinos, etc., tuvieron muchos defectos, incluso algún autoritarismo, pero en el balance final, todos esos defectos empalidecen frente a los genocidios de los *virreyes* que en todos los tiempos los combatieron y, en definitiva, a ellos debemos la ampliación de la *ciudadanía real* en nuestra región. Nuestros pueblos no perdieron ni perderán esta vocación, pese a los esfuerzos tecnológicos de los actuales partidos únicos mediáticos.

V. ¿Quiénes deben pensarlo?

Cuando en Querétaro, los diputados constituyentes campesinos y obreros propusieron las normas que dieron origen al constitucionalismo social, los objetaron los *licenciados* formados en las universidades del *porfiriato*. Por suerte triunfaron los primeros. Es llegada la hora de no repetir el error de los últimos.

Es tarea de la academia jurídica superar su vocación elitista y su falsa *asepsia política*, dejando de lado las pretensiones de quienes se encargan de ofrecer discursos facilitadores de mecanismos de huida hacia la *pax burocrática* judicial, postulando un derecho *apolítico, neutro, incontaminado*, que niegue la esencia *cultural, histórica y política* del derecho, en definitiva, funcional a los *virreyes* de turno.

El propio estructurador del método dogmático jurídico –Rudolf von Jhering–, a poco dio un giro hacia la realidad social y, con las inevitables limitaciones de su época y lugar, redefinió al *derecho como lucha*.

La hora llama a los juristas de nuestra región, en homenaje a demanda de recuperación de la soberanía de nuestros pueblos por vía democrática y en el marco republicano y no violento, a *sumergirse y empaparse de las necesidades y reclamos de los más victimizados por el tardocolonialismo financiero*, para discutir la mejor manera de concretarlos en la forma jurídica de nuevos proyectos de Estado.

Esto no significa un desvío reaccionario hacia un *romanticismo jurídico* que pretenda la captación de *sentimientos*, sino que lo que se exige es comprensión de necesidades, que es algo muy diferente, porque parte del *respeto al otro*, a la *persona en concreto* que reclama *ciudadanía real*.

Debemos ser conscientes de que esos proyectos no deben ser elaboraciones de gabinete, sino que su *contenido* habrá de surgir de los reclamos fundados en las necesidades de las capas más sufrientes de nuestras ciudadanías, que son o pasan a ser mayoría, debiendo ser las principales proveedoras de su contenido. A los juristas corresponde únicamente la tarea de elaborar el *envase jurídico* más eficaz posible. La demarcación de *contenido* y *envase* es fundamental, para que nadie incurra en el error de los *licenciados* de Querétaro, pretendiendo elitistamente dar el contenido de lo que sólo debe ser la necesaria envoltura normativa del reclamo de los pueblos.

Teniendo en cuenta que la *postpandemia* exigirá un esfuerzo conjunto de los pueblos de nuestra región, corresponderá a los internacionalistas meditar el reforzamiento de los organismos regionales, la resurrección de otros y la creación de nuevos, así como reencausar a los que se han vuelto funcionales al totalitarismo financiero y, sobre todo, perfeccionar el reaseguro del sistema regional de Derechos Humanos, para darle la eficacia y prontitud de que ahora carece.

Nuestros jueces no nacen de incubadoras, sino que los formamos en las universidades, revisemos con cuidado y a la luz de las necesidades de nuestros pueblos, lo que estamos teorizando y enseñando: es la hora de una extrema responsabilidad académica.

VI. ¿En qué punto estamos?

El grado de esfuerzo que demande llevar al plano de la realidad los nuevos Estados *neoprovidentes y fraternos* que es indispensable que pensemos, dependerá en gran medida de la dinámica del poder planetario en la *postpandemia*.

Es claro que la actual paralización de la economía global es el ocaso del totalitarismo financiero, pero no sabemos si es el comienzo o el fin de esta caída. Si se tratase del comienzo, restaría una lucha por delante; si se tratase del fin, sería un amanecer y en breve deberíamos lanzarnos a la construcción del Estado *postpandemia*.

¿El mundo –la humanidad– se halla en una situación que guarda cierta semejanza a 1939, a 1945 o a los años intermedios? No faltan quienes creen que el ocaso ni siquiera comienza y que, por el contrario, se reforzará en la *postpandemia*; imaginan diferentes *distopías*.

Creemos que el *camino de distopía* choca con un grave inconveniente, puesto que, como conduce a una hecatombe total y esa perspectiva –a pesar del *negacionismo*– se va haciendo demasiado inocultable, genera creciente pánico generalizado.

El segundo inconveniente del *camino distópico*, es que con urgencia debería eliminar o deslegitimar a todos los organismos internacionales. Si bien en su momento éstos fueron creados por los poderosos, con la desaparición del mundo bipolar adquirieron dinámica propia y generaron su personal técnico, o sea que, a pesar de su dependencia financiera, se autonomizaron y obstaculizan cada vez más al totalitarismo financiero.

Este distanciamiento estalla hoy en confrontación, pues es inédito el desafío y la difamación contra la OMS. Todo indica que a la OMS seguirán todos los organismos universales y regionales, no sólo de Derechos Humanos, sino aun los más técnicos y especializados. Cualquier perspectiva *distópica* no podría avanzar sin acabar con los organismos internacionales, con el discurso de Derechos Humanos y también con todo el derecho internacional, incluyendo a la propia Cruz Roja.

Si bien estos organismos están lejos de gobernar el mundo, su empoderamiento tampoco puede subestimarse, en especial por el desprestigio que acarrea a quienes confrontan con ellos, sin perjuicio del que, por otras razones, van cargando ahora esos voceros.

Asumiendo incluso la posición del *comienzo del fin*, que sería la más pesimista entre las no *distópicas*, nos hallaríamos frente al desafío de una lucha por liberarnos de la actual etapa de colonialismo.

Teniendo en cuenta que siempre *el derecho es lucha*, en cualquier caso, debemos comenzar a meditar qué haremos una vez independientes o, lo que es casi lo mismo, para qué queremos la independencia., pues la caída de otro colonialismo no debe tomarnos desprevenidos, como hace dos siglos largos.

Que nos ilumine Dios, la razón o lo que cada uno crea con total y absoluta libertad de conciencia, porque en esta hora los errores tendrían consecuencias demasiado graves.

Causas y consecuencias de la Pandemia COVID-19. De la inmovilidad de la humanidad a la circulación desconcentrada de personas¹

Causes and consequences of the Covid-19 Pandemic. From the immobility of humanity to the deconcentrated circulation of people

*Dino Di Nella*²

Universidad Nacional de Río Negro - Argentina

*Victoria Ibáñez*³

Universidad Nacional del Comahue - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 415-485

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e407>

I. Introducción

Cuando comenzamos a reflexionar sobre los aspectos sociales y jurídicos vinculados a la COVID-19, poca cosa circulaba aún por las revistas científicas y sociales. Evidentemente estaba en proceso de elaboración, porque un par de semanas después,

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto PI-UNRN-40-C-803, de la Sede Atlántica de la Universidad Nacional de Río Negro.

² Abogado (UNLP), Sub Director del Centro de Investigación en Derecho Crítico de la UNLP. Profesor Ordinario Efectivo Adjunto Categoría II (Programa Incentivos a la Investigación) Grupo Internacional Copolis-Adalquí Sede Atlántica - Universidad Nacional de Río Negro Oficina 5, AV. Don Bosco y Leloir. Viedma (08500). Río Negro. Argentina.

³ Abogada (UNLP), integrante del Centro de Investigación en Derecho Crítico de la UNLP y del Colectivo de Acción Jurídica, Social y Cultural Adalquí.

pronunciarse sobre la actualidad fue como una obligación que tendrían los y las intelectuales (que pretendan jactarse de ser tales). Principalmente, cabía hacerlo respecto al devenir futuro, ante una eventual bisagra, un antes y un después de la COVID-19, que devendría proféticamente en irreductibles e inevitables transformaciones sociales. Una especie de ATR intelectual de la ley y el nuevo orden.

Sin embargo, parece que las reflexiones y eventuales conclusiones se basan en una empírea aun escasa y provisional, o en ausencia de toda evidencia; puros indicios contruidos sobre conjeturas y verosímiles de diversa índole y calado. Sobre la base de un escaso saber sobre el SARS-Cov-19, tenemos la certeza de que las estadísticas están insalvablemente viciadas, incluyendo en aspectos tan elementales como el número exacto de personas infectadas (debido a la falta de pruebas de laboratorio) o de fallecidas (debido a la sub-notificación de casos). E incluso, si desde un mero acto de fe quisiéramos creer, los números no nos dicen nada sobre los determinantes sociales de las personas damnificadas (Sousa Santos, 2020).

La principal dinámica que observamos tiende más a la radicalidad, exacerbación o simple desarrollo desinhibido de los trazos característicos de las sociedades y estados pre-pandémicos, que a su transformación novedosa. En todo caso, la pandemia ha operado como un acelerador de procesos latentes o en marcha.

Se suele escuchar a un político decir que nunca hace zanjas tan grandes que después no las pueda saltar... porque todo es muy dinámico y siempre hay que mantener la posibilidad del diálogo con quien sea. No es la pretensión de estos párrafos construir abismos inconmensurables; apenas esmerilar los extremos mas filosos de la realidad social y jurídica a la que nos han llevado con la pandemia.

La pandemia y la cuarentena suelen abordarse de manera indiferenciada, pero conviene no hacerlo de ese modo. Por un lado, hay que distinguir los discursos, las prácticas y las medidas socio sanitarias destinadas al abordaje de la enfermedad

COVID-19. Y por otro lado, deben observarse las medidas destinadas a la reducción del riesgo de transmisión comunitaria del Coronavirus SARS-CoV-2. La enfermedad, tanto su prevención como su tratamiento y eventual cura, tienen diversos tipos de respuestas. Y la prevención y elusión de la circulación del virus por su transmisión comunitaria en aglomeraciones de personas concentradas en un espacio físico cerrado, tiene otro tipo de respuestas. Dentro de estas últimas, la inmovilización humana por encierro en un lugar de confinamiento determinado es solo una de las múltiples medidas posibles, que presupone evidentemente, la priorización de unas necesidades sobre otras. Poder pensar críticamente sobre estos aspectos, es fundamental para concebir todas las alternativas que seamos capaces de elaborar.

Desde ya, conviene dejar en claro nuestra total adhesión a que los estados tengan un rol activo en la prevención y elusión de la circulación del virus, sin ningún tipo de subordinación al economicismo que todo lo subordina a la producción de plusvalía. Aun así, hay cierta tendencia a tratar a los que discrepan de la línea del santo confinamiento, como simples idiotas infectados de mentalidades fétidas proto-fascistas de un barrio cheto de cualquier país cool, o con un odio irracional a la ciencia (ciencicracia del tecno-academicismo de la élite global), o devotos adherentes a un anticuado fundamentalismo religioso (de los seguidores más irracionales de Trump) (Harrington, 2020). Vernáculamente, por supuesto, no cabe otra que el mote de trosko/a que le hace el juego a la derecha, aunque la derecha nunca nos haya interpelado ni marcado ninguna agenda.

Este texto se efectúa sin más pretensiones y recursos que la capacidad persuasiva devenida de la argumentación expuesta, y la convicción de que todo ejercicio del poder estatal no debe ser ilimitado. Uno de los límites de ese ejercicio del poder es su crítica. Asumimos que la valoración de los textos académicos sobre temas abiertos, no zanjados, de actualidad, y en especial, cuando tratan de procesos sociales de la masividad que conlleva una pandemia, se efectúa en condiciones asimétricas de poder. Los errores, dificultades, fracasos, perjuicios y daños son

socializados, repercutiendo en las agencias con menos poder; y los aciertos, logros, beneficios y frutos suelen ser aprehendidos por quienes han tenido mayor prestigio o visualización. Se diga lo que se diga, la superación de la Pandemia propenderá hacia el fortalecimiento de las posiciones relativas de los oficialismos (políticos, económicos, intelectuales, académicos...) en todo el mundo. Ante las crisis y su superación, se prefiere reforzar los aspectos más positivos y esperanzadores, como la cantidad de gente que se ha salvado (mas que la cantidad de personas que han muerto o que se podrían haber evitado). En ese discurso exitista de salida amable de la gran debacle, quienes señalen las partes ocultas, las debilidades de las estrategias en marcha o las consecuencias dañinas de las decisiones adoptadas, será extirpado como simple chivo expiatorio (temerario, ignorante, acientífico). Bien; acostumbrades ya, asumimos el riesgo. Haremos en este trabajo un abordaje sociojurídico de indagación crítica — a partir del marco y contexto en que se desarrolla— de la medida de inmovilización humana residencial generalizada como medida de anticipación a la transmisión comunitaria del virus SARS-Cov-19 y las posibilidades de adoptar otras menos gravosas a la integralidad de los derechos humanos. Porque ninguna pandemia que conlleve una emergencia sanitaria crítica, un desastre o una catástrofe, puede transformarse en un estado de excepción. Y porque como se verá en los siguientes párrafos, salvar vidas y asumir el resto de las consecuencias de las pandemias ya desatadas, también puede hacerse democratizando los espacios públicos y comunitarios necesarios para reducir sus daños y erradicar las causas que las generan.

II. Las causas de las Pandemias

Abordar el surgimiento de las enfermedades zoonóticas —aquellas transferidas de animales a humanos— implica atender su principal causa, es decir, el impacto de las actividades humanas en los ecosistemas. Esto significa reconocer las estrechas relaciones entre la salud humana, animal y ambiental. En

las últimas décadas, las enfermedades zoonóticas representan el 75 % de todas las enfermedades infecciosas emergentes en humanos (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA, 2016). El ébola, la gripe aviar, la gripe por el virus H1N1, el síndrome respiratorio del Medio Oriente (MERS), la fiebre del Valle del Rift, el síndrome respiratorio agudo severo (SARS), el virus del Nilo Occidental, el virus del Zika y el nuevo COVID-19 son solo algunas de las que han causado pandemias o han amenazado con causarlas; dejando claro que la del SARS-Cov-19 no será la última.

Más allá de los aspectos microbiológicos y específicamente virológicos, las principales actividades humanas que han influido en la generación de pandemias y repercutido en la salud de millones de personas, son la destrucción de ecosistemas naturales, el tráfico de fauna, la extinción de especies silvestres, el cambio climático planetario y el proceso de urbanización global (Mastrangelo y Ruiz, 2020).

Estas actividades humanas no son simple desidia de algunos ni se han producido por generación espontánea, aleatoria o azarosa; sino que derivan directamente del modelo de explotación económica extractivista-productivista —principalmente el agro-negocio, la mega-minería y la explotación petrolera— en su actual fase del tardo-colonialismo financiero, que a su vez, responde al paradigma consumista, exitista e individualista productor del homo-economicus actual (Zaffaroni, 2020).

Así, al cambiar el uso del suelo para los asentamientos, la agricultura, la tala o las industrias y sus infraestructuras asociadas se han producido alteraciones importantes en estos ecosistemas, eliminando las fronteras o diferenciaciones de los hábitats naturales que normalmente separan a los humanos de la vida silvestre. Más aún, se han facilitado los puentes para que los patógenos pasen de los animales a las personas, por ejemplo, al reducir la biodiversidad que ayuda a regular las enfermedades —cuanto más biodiverso es un ecosistema, más difícil es que un patógeno se propague rápidamente—.

La situación se agrava con la crisis climática provocada por el aumento sin precedentes de las emisiones de gases de efecto invernadero en nuestra atmósfera. Los cambios en la temperatura, la humedad y la estacionalidad afectan directamente la supervivencia de los microbios en el medio ambiente y la evidencia sugiere que las epidemias serán más frecuentes a medida que el clima siga transformándose.

Por ello, el conflicto entre economía y vida solo puede ser negado por quienes no quieren escuchar. Evitar muertes es un tema económico, sin más. Joan Queralt afirma en este sentido que en todo caso la pregunta que cabe es ¿Cuántos muertos vale un punto del PBI? (Queralt, 2020) Y desde allí, ¿Si los que mueren son 10.000 personas, se justifica parar de producir y perder un punto del PBI? ¿Cuándo la curva baje y sean 30 las personas fallecidas en un determinado período, ya se cambia de fase y se reactiva la producción de mercancías?. ¿Y si se muere una sola persona, se puede asumir eso como un efecto colateral de un determinado sistema productivo y sanitario, y ya está?

Por lo menos en este contexto actual, pareciera que “no está”. Claramente parece consolidarse cierta deslegitimación de los sectores capitalistas neoliberales —principalmente en ciertas áreas como en las políticas sanitarias—. Aparecen discursos que reclaman subordinar, al menos parcialmente, a algunos sectores de la economía, a las reglas de un Estado que permita establecer un nuevo ethos centrado en lo público y en la satisfacción de ciertos derechos básicos de toda la humanidad. Recordemos igualmente que dicha deslegitimación no es dialéctica ni estrictamente confrontativa. Solo cuestiona la hegemonía de la producción de renta por sí mismas; en ese marco, desde una economía social realista, nunca “salvar una vida humana” puede ser una idea antieconómica.

Ahora bien, esta deslegitimación del neoliberalismo —que pareciera afectar solo a la producción de renta financiera especulativa— no es óbice para que el sistema conserve todo su poder fáctico, toda su capacidad de incidencia, para forzar decisiones que le resulten favorables a sus intereses. Por lo tanto,

es una deslegitimación política —o del ámbito de su filosofía política— pero en ningún caso, implica su derrota.

De cualquier forma, el deterioro progresivo en la vida y la salud de las comunidades y la reducción de la capacidad de la respuesta inmunológica humana ante las diferentes agresiones a la que ha llevado este sistema de producción, consumo y maximización de la renta financiera; es incuestionable. Para el Instituto de Salud Socioambiental,

“...Los modos de producción explotan nuestros territorios, con la consecuente contaminación del agua, aire y suelo con agrotóxicos, microplásticos, metales pesados y gases tóxicos, imponen la deforestación con corrimiento de la frontera agrícola, la explotación animal en condiciones deplorables, constituyen un medio de cultivo ideal para la génesis de mutaciones virales (...) Si no nos reconocemos como parte de un todo viviente, dinámico y naturalmente cíclico, será complejo salir fortalecidas de esta crisis...” Instituto de Salud Socioambiental, 2020).

En el mismo sentido, Inger Andersen, directora ejecutiva del PNUMA, manifestaba que “... Estamos íntimamente interconectados con la naturaleza, nos guste o no. Si no cuidamos la naturaleza, no podemos cuidar de nosotros mismos...” (Andersen, 2020)

Las tecnologías que organizan ese gobierno de la vida han sido fundamentales para el despliegue del capitalismo. Para Foucault (1974), el gobierno de la vida constituye un ámbito autónomo de actuación y regulación de la vida misma, sus formas y límites, sus amenazas y defensas. La población se constituirá como una categoría que estará en la encrucijada de todo un conjunto de saberes y tecnologías de gobierno a través de la medicina, la sociología, la biología, la psicología, la psiquiatría y, cómo no, la estadística como aproximación transversal a todas ellas.

La escala biopolítica permite, en efecto, conocer y gobernar fenómenos considerados hasta entonces como accidentales o azarosos, a partir de poder determinar su frecuencia, incidencia o patrones de repetición a lo largo del tiempo. Se desplegarán así todo un conjunto de mecanismos destinados a gestionar la

seguridad, detectar situaciones de riesgo o “peligrosidad”, que permitan determinar el modo de intervención política necesaria. Peligrosidad en términos de enfermedad, a través de la higiene pública, el control y gestión de las enfermedades, prevención de las epidemias, políticas de salud tanto en casas y lugares de trabajo como en barrios y ciudades. Peligrosidad también en términos de criminalidad, necesidad de determinar qué riesgos de criminalidad son inherentes a determinados sujetos, lugares o situaciones, el control y vigilancia generalizados de la población como métodos que permitan intervenir en caso necesario.

El mismo Foucault sostiene que el ser humano constituye una materia prima, como la tierra o los recursos naturales, que los agentes con poder se esfuerzan en potenciar para extraer todos los beneficios posibles. Ugarte nos lo presenta así:

“...La imagen de un Estado—guardabosques que espera al momento adecuado para hacerse con la mejor madera es sustituida por la de un Estado—jardinero que todos los días vigila las plantas y abona, poda, injerta, elimina las malas hierbas, riega y cosecha cada fruto en el tiempo adecuado; momento éste que varía de una planta a otra: pensemos en la capacidad que tienen las vacunas para proteger a los individuos, el empeño en reducir las muertes por accidentes de tráfico a través de medidas como el carné por puntos, el esfuerzo por aumentar la movilidad de los afectados por una enfermedad grave a través de la inversión de enormes recursos en investigación...” (Ugarte Pérez, 2005).

La biopolítica va, pues, de la mano de la instauración de la norma como un mecanismo de orden y organización social cuya centralidad pone en crisis el orden social que pivotaba en torno a la ley. En efecto, si la ley era concebida como un mecanismo que prohíbe, impidiendo y limitando determinadas acciones, la norma actuará positivamente prescribiendo o regulando qué es lo que debe suceder, y cómo. Eso no significa que la ley desaparezca o retroceda en favor de la norma, pero sí quedará resituada a partir de ese nuevo paradigma de gobierno.

Así, mucho más allá del androcentrismo, el concepto de vida se amplía en todas sus dimensiones sociales y culturales, poniendo en superioridad a la vida humana.

III. El rol de los Estados y la hegemonía del poder

El proceso ecoambiental descrito es fruto de un proceso en el que cinco mil pueblos son gobernados en el marco de casi 200 Estados que regentan un sistema económico global de una concentrada hegemonía de los capitales de especulación financiera internacional con la maximización de la renta como única meta (Di Nella e Ibáñez, 2020). Estos Estados son básicamente gobernados por élites de algunos pueblos, con la consecuente subordinación del resto. Para poder ejercer esa dominación —y buscando la legitimación de ese poder estatal— se instrumentan dispositivos de homogeneización de las diversidades en todas sus facetas.

Así, construirán una única identidad nacional, una única ley para un mismo territorio, una única soberanía —delegada en la soberanía estatal—, una única voz en la interpretación de las voluntades y deseos populares. Con ello se intentará configurar sujetos que respondan a una inclusión meritocrática, vinculándola a su capacidad de consumo. El sistema de la maximización de la renta mercantil y su capacidad de acumulación financiera, sumado a ese perfil meritocrático y exitista, será el “gran ethos” ordenador de la sociedad capitalista, patriarcal y adultocéntrica. Esta gran maquinaria de control y subordinación del conjunto de las disidencias a ese modelo hegemónico —paradójicamente el 87 % de la población mundial— produce y reproduce una gran fábrica de desigualdad social (Di Nella 2006).

Sin embargo, lejos de permanecer impasibles, los diferentes grupos generarán —en el marco de diversos movimientos sociales— procesos de permanente contraste y conflicto con el “sujeto de mercado”. Claro ejemplo de ello, serán los movimientos feministas en su disrupción con la hegemonía patriarcal y androcéntrica, las resistencias vinculadas a los movimientos

ecologistas y las luchas de los pueblos naciones del mundo en sus reivindicaciones etno—nacionales.

También podemos mencionar los movimientos que plantean una nueva arqueología no adultocéntrica y desvinculada de la idea tradicional de las niñas, niños y adolescentes como simples personas de futuro; se trata de una concepción de sujetos en una etapa más de la vida, que merece ser vivida como cualquier otra.

Del mismo modo, surgen reivindicaciones de personas que producen algún tipo de plusvalía en un nuevo ethos, que no es simplemente el de trabajadoras/es para la producción de mercancías y la renta empresaria. Por el contrario, se vinculan a la economía de los cuidados para la vida humana; convergentes también con los modelos ecofeministas de existencia (Di Nella, Giordana y otras, 2019).

Esto se suma a una convulsión planetaria más generalizada, en dónde —solo en 2019— se han producido grandes revueltas en lugares tan disímiles como Hong Kong, Líbano, Francia, Catalunya, Puerto Rico, Colombia, Perú, Ecuador, Haití, Uruguay, Venezuela, Bolivia y Chile (Fiore, 2019). Todas ellas tienen en común un gran descontento de la población con medidas estatales puntuales pero sintomáticas del tardo-colonialismo financiero (Zaffaroni, 2020), que superaron el reclamo inicial de renuncia de los mandatarios que las habían ordenado, para convertirse en movimientos más profundos con reclamos económicos, políticos o sociales radicalmente transformadores.

Ante esto, lo que hay es un Estado en permanente disputa entre esas fuerzas sociales y comunitarias y las élites de los sectores económicos concentrados. En esa constante confrontación, algunas de las reivindicaciones se consagran en derechos humanos que en muchos casos funcionan como meras compensaciones de las exclusiones, marginalidades y externalidades que genera este modelo de producción y consumo y la subordinación del Estado a él. Sin embargo, este reconocimiento de las reivindicaciones sociales como derechos humanos no fueron ni son simples concesiones de los sectores dominantes.

Cada coma, cada letra, cada palabra de esa consagración de derechos son el producto de la puja en esa correlación de fuerzas popular-comunitarias y económico-financieras. Para Dussel (2006: p.142),

“...Los nuevos derechos no se “sacan” de la lista de los derechos naturales, emergen por el contrario de las luchas populares. Los nuevos movimientos sociales toman conciencia, a partir de su corporalidad viviente y doliente, de ser víctimas excluidas del sistema de derecho en aquel aspecto que define sustantivamente su praxis crítica liberadora. (...) Esta negatividad es vivida como una “falta-de derecho a” un derecho vivido como necesario por la intersubjetividad pero inexistente positivamente. Es decir, los nuevos derechos se imponen a posteriori, por la lucha de los movimientos, que descubren la “falta-de” como “nuevo-derecho”...”.

Es probable que durante los próximos años nos encontremos cada vez más, con nuevos-viejos discursos y dispositivos que actualizan históricamente las disputas entre el *homo economicus* (como constructo del proyecto del tardo-colonialismo financiero) y el *homo comunitas* (como proyecto eco-socio-feminista). Indefectiblemente, ello conlleva abordar las causas de los procesos socioambientales que padecemos y no solo la gestión de sus consecuencias.

En torno a ello, será relevante observar la enorme brecha abierta entre las declaraciones formales de los derechos colectivos, económicos, socioambientales y culturales; y su vigencia sociológica. Más aún, será necesario observarlo desde una perspectiva sociojurídica crítica que nos permita tensionar la real trascendencia del derecho en las relaciones humanas como imperativos o construcciones de consensos y acuerdos. Todos ellos deberán hallarse a partir del respeto de los disensos y las discordancias.

En la pre-pandemia el Estado, inicial y predominantemente al servicio del capital, estaba respondiendo a los movimientos sociales y sus reivindicaciones de vigencia sociológica de

diversos derechos humanos, con políticas de control y subordinación violenta. Pero el propio Estado estaba siendo desbordado e interpelado en su legitimidad, desde la lógica del estado de derechos y la pluralidad de construcciones diferenciadas de los pueblos naciones del mundo, reflejando las contradicciones de la sociedad.

Acá estábamos en el escenario pre-pandemia, desarrollando en ese contexto gran parte de nuestra existencia, cuando irrumpió la COVID-19: la pandemia, el virus, la enfermedad y la muerte. Sin embargo, no es una irrupción inédita. Comparando con otras grandes causas de muerte masiva, podemos comprobar que la peste negra (año 1348) mató 30 millones de personas en dos años; en la epidemia del cólera (1900) murieron un millón de personas; la Primera Guerra Mundial (1914) terminó con un saldo de 15 millones de muertos en 4 años; y la Segunda Guerra Mundial (1945) provocó 60 millones de muertos en 6 años. Pero la gripe de Kansas (conocida sin embargo como Gripe Española, 1918) fue la peor epidemia humana de la historia. Hasta hace pocos años no existía conciencia pública ni información accesible sobre su verdadera magnitud. Fue la causa del mayor número de muertos en el menor tiempo en la historia de la humanidad, ya que en menos de ocho meses murieron entre 30 y 100 millones de personas (Müller, 2010).

Es muy factible que superada la etapa mas crítica o traumática de la COVID-19, las personas rápidamente se comporten con cierta indiferencia, incluso como si no hubiese existido o se tratase de un episodio lejano que nada tiene que ver con la vida cotidiana. Tras una tragedia masiva el silencio y/o la evasión suele ser una estrategia para poder seguir una vida —en apariencia— normal. Sin embargo, la memoria viva de la sociedad hace imposible borrar las huellas de tal fenómeno, volviendo una y otra vez en forma de memoria oral, literatura o arte.

Quien no puede callar es el Estado. Desde el advenimiento de la pandemia por la COVID-19, uno de los emergentes sociales es la legitimación de lo estatal para regular estas cuestiones con amplias restricciones de derechos colectivos e individuales

homogéneos. Además, la gestión estatal de la pandemia se ha caracterizado por la centralización y concentración del poder público en todos sus niveles, desde las comunidades hacia los diferentes niveles del Estado. Y dentro del Estado, la centralización y concentración se produce desde los gobiernos municipales y provinciales hacia el gobierno central y hacia los poderes u órganos ejecutivos unipersonales, concentrando en una o dos carteras ministeriales la gran mayoría de las decisiones.

Todo ello se produce en el contexto de un estado federal —aunque no lo parezca, Argentina lo es—. Las presidencias no tienen excelentes gobernadores/as; son las/los gobernadoras/es quienes implementan medidas a través del/la presidenta/e, del congreso o de la administración de justicia federal que tienen. Las personas pueden ser buenas o malas gobernando y lo serán indistintamente en el gobierno federal como en los estados federados. El problema tiene que ver con la baja incidencia de las comunidades en esos gobiernos. Máxime en un país con semejante enormidad territorial, donde se impone la necesidad de contar con gobiernos próximos a sus pueblos y a sus necesidades.

Por otro lado, los mecanismos legislativos deben funcionar como una de las formas de ejercicio del poder público en cualquier período. Sin embargo, el gobierno federal se ha asimilado al Poder Ejecutivo. La existencia del recurso instaurado por el pacto de olivos del menemato-alfonsinista en 1994 —por el cual es constitucional sanear legalmente 20 decretos de necesidad y urgencia en períodos ordinarios de sesión legislativa de una sola cámara— no reemplaza la necesidad de un mayor republicanismo y democratización de dicho poder público a través de decisiones más colegiadas y participativas en las respuestas a la pandemia.

Esta participación por parte del Congreso, subordinada a las decisiones ejecutivas en tiempo y forma, también ha sucedido con todo el sistema de la Administración de Justicia. El Poder Judicial ha quedado absolutamente relegado en esta dinámica, como si su servicio público y esencialidad tratara de simples

beneficios o cuestiones menores respecto de la vida cotidiana de las personas. Para que se establezcan las garantías jurídicas frente a las personas físicas o jurídicas obligadas son imprescindibles sus intervenciones en períodos de restricción de derechos. Máxime cuando se fundamentan en una prevención genérica, difusa, potencial y objetiva; éstas nada tienen que ver ni con la conducta, ni con las circunstancias de la persona a la que se le restringen sus derechos humanos básicos. Por el contrario, es cuando más deben diseñarse mecanismos de acceso a la justicia ágiles que permitan respuestas inmediatas a medidas de carácter absolutamente excepcional como las adoptadas por el Poder Ejecutivo Nacional. Recordemos, muchas de las decisiones gubernamentales que están instrumentando —según sus mentores— el confinamiento domiciliario en núcleos de convivencia familiar uniresidencial, se hacen a través de resoluciones administrativas de menor jerarquía.

Hasta el momento son pocos los casos que han llegado a instancias judiciales, aunque paradójicamente todos afectan derechos colectivos y muchos derechos esencialísimos de los grupos más vulnerabilizados. Un ejemplo lo constituyen los derechos de niños, niñas y adolescentes, en relación a la continuidad de sus vínculos dentro de los regímenes de comunicación con sus progenitores no convivientes que hasta hace no mucho estaban prohibidos (vg., fallo Juzgado Civil 4 V., E. P. c/ F.P., D. s/Divorcio, Buenos Aires, mayo de 2020). Cabe entonces determinar cuáles son esos servicios legislativos y judiciales esenciales que no pueden cesar durante una pandemia, y brindarlos.

En conjunto se observa el consolidado dirigismo personalista del proceso de respuesta a la pandemia, que acabó subordinando las dinámicas y procesos sociales de protesta pre-pandemia —e incluso a gran parte de las confrontaciones políticas partidarias— a los designios de un puñado de cargos gubernamentales unipersonales de los Estados. Ello no ha redundado, claro está, en que los gobiernos aborden de manera prioritaria y urgente las causas y factores estructurales que

originan las protestas globales, ni el surgimiento de los virus. Por tanto, no tendremos más remedio que abocarnos a gestionar las consecuencias de las pandemias.

IV. Gestionar las consecuencias de la Pandemia

En el abordaje de las consecuencias de las pandemias viene prevaleciendo la homogeneización poblacional, esencialmente sobre la base bio—médica de los factores de riesgo de transmisión comunitaria del Coronavirus SARS-CoV-2 causante de la enfermedad denominada —desde febrero de 2020— COVID-19.

Esta distinción resultará relevante en sus perspectivas clínicas y virológicas. La perspectiva clínica se refiere a cuando una persona tiene síntomas de la enfermedad; es tratada —ante la ausencia de vacunas— manteniendo en funcionamiento y/o reforzando y ayudando con paliativos al sistema inmunológico del cuerpo humano hasta que pueda combatir el virus, y su cura clínica, consiste en la ausencia de esos síntomas. La perspectiva virológica comprueba mediante pruebas de laboratorio (test, hisopados u otros medios) que hay presencia del virus en el cuerpo humano, y su cura consiste en la ausencia del virus dentro de ese organismo. Por tanto, personas clínicamente curadas pueden seguir bastante tiempo más con el virus en su cuerpo y consecuentemente, contagiando a otras personas.

En este trabajo nos abocaremos principalmente a la transmisión comunitaria del Coronavirus SARS-CoV-2. En este sentido, el virus se ubica en las gotículas de las secreciones (mucosa, saliva...) que están o salen despedidas de la nariz, la boca o los ojos de una persona infectada (están también en la sangre, pero no es frecuente estar en contacto con la sangre de otras personas). En general, estas gotículas permanecen dentro del cuerpo humano y cuando salen son relativamente pesadas, no llegan muy lejos y caen rápidamente al suelo o a los objetos que estén debajo de la boca o la nariz.

El Coronavirus SARS-CoV-2 “sobrevive y se reproduce”, básicamente, dentro de un cuerpo humano o animal vivo y durante

un período reducido de tiempo —aun no determinado pero que durará varias semanas—. Tras ese tiempo la propia acción del organismo lo extingue o expulsa. Si no es incorporado dentro de otro cuerpo humano o animal vivo, el Coronavirus SARS-CoV-2 puede sobrevivir —no “reproducirse”— en las gotículas depositadas sobre superficies u objetos. Lo hacen durante períodos muy breves de tiempo que varían según el tipo de material (según la OMS, y aunque no es seguro que tenga capacidad para contagiar, puede sobrevivir hasta 72 horas en superficies de plástico y acero inoxidable, menos de 24 horas en superficies de cartón, y menos de 4 horas en superficies de cobre).

Contrario sensu, el Coronavirus SARS-CoV-2 “desaparece o muere” básicamente de tres maneras:

- De forma inmediata, al ser puestos en contacto con desinfectantes domésticos comunes, como jabón, lavandina o alcohol en gel.
- Luego de un período de tiempo, de permanencia fuera del cuerpo humano o animal, sobre las superficies u objetos (aunque no se lo ponga en contacto con desinfectantes).
- Luego de un período de tiempo, de permanencia y reproducción dentro del cuerpo humano o animal, por la propia acción del sistema inmunológico del organismo.

Sin pretensiones reduccionistas pero dimensionando asertivamente la cuestión, las personas tienen dos únicas acciones muy concretas a emprender:

A) Una acción respecto al Coronavirus SARS-CoV-2 existente en las gotículas depositadas en las superficies o manos: estas se pueden limpiar fácilmente con desinfectantes domésticos comunes que matarán el virus, o aislar de la presencia humana o animal a la zona u objetos, durante 24/72 hs. —dependiendo los tipos de material—.

B) Otra acción sobre el Coronavirus SARS-CoV-2 existente en las secreciones de personas o animales infectadas: debe evitarse que las gotículas “viajen” por el aire al ser despedidas por boca o nariz al ladrar, lambetear, hablar,

toser o estornudar (con distintos tipos de obstáculos, como barbijos o codos flexionados, etc.), o dejando que viajen y se precipiten al suelo sin llegar a otras narices, bocas, ojos o manos; es decir, ubicándose a una distancia no menor a un metro. Eventualmente, claro está, no poniendo a las gotículas de las secreciones de terceras personas infectadas en contacto directo con las propias secreciones o nariz; sea por el contacto oral o físico; sea por el contacto de nariz, boca u ojos con objetos o partes del cuerpo —generalmente, las manos— depositarios de las gotículas con el virus.

Como puede observarse, sobre la base de su origen biológico y acción química, la posibilidad de sobrevivencia y transmisión del Coronavirus SARS-CoV-2 depende exclusivamente de los comportamientos humanos, convirtiéndolo en una cuestión eminentemente psicosocial y congruentemente, política.

Las medidas que se adoptarán en consecuencia y que se vieron de forma generalizada y masiva, son de dos tipos:

- A) Aquellas destinadas a facilitar la adopción de las citadas dos únicas acciones de extinción del Coronavirus SARS-CoV-2; y
- B) Aquellas destinadas al control, relevamiento, acompañamiento, estímulo, asistencia y vigilancia del cumplimiento de las mismas.

En cuanto a las orientadas a facilitar la adopción de las dos acciones descriptas, las medidas por excelencia que ha recomendado entre otros la OMS, han sido:

- 1) Desinfectar superficies y objetos de forma habitual.
- 2) Lavarse las manos a fondo y con frecuencia.
- 3) Evitar tocarse los ojos, la boca y la nariz.
- 4) Cubrirse la nariz o boca con el codo flexionado, pañuelo o barbijo o tapabocas.
- 5) Mantener una distancia de al menos un metro con las demás personas.

Prácticamente todas las demás están orientadas a asegurar su efectividad mediante el control, relevamiento, acompañamiento, estímulo, asistencia y vigilancia del cumplimiento de las cinco descriptas, o bien, a remediar o reducir los perjuicios o daños de su incumplimiento. Y los puntos de partida serán el abordaje de aquellas situaciones en que se considerarán “situaciones de alto riesgo de transmisión” o de mayor probabilidad; es decir, de ausencia de adopción de tales medidas.

La mayor probabilidad de que las personas no puedan desinfectar superficies y objetos de forma habitual, lavarse las manos a fondo y con frecuencia, evitar tocarse los ojos, la boca y la nariz, cubrirse la nariz o boca con el codo flexionado, pañuelo o barbijo o tapabocas en cada ocasión, o mantener una distancia de al menos un metro con las demás personas, se dan cuando concurren a estadios, teatros, escuelas, centros comerciales, lugares de trabajo cerrados y transportes públicos, entre otros espacios ampliamente masificados. Básicamente, en esas circunstancias y momentos, las 5 acciones descriptas son de cumplimiento casi imposible.

La reacción ante ello ha pivotado sobre dos ejes:

A) La acción sobre las personas portadoras del Coronavirus SARS-CoV-2 en sus cuerpos para que en ningún caso entre en interacción con concentración de personas o espacios físicos cerrados en los que éstas puedan circular. Aquí se habla de “confinar” (encerrar, desterrar a un lugar que se convertirá en su residencia habitual y donde tienen que permanecer forzosamente) a estas personas en espacios físicos cerrados —preferentemente en una habitación individual de su hogar con su propio baño—. El confinamiento significa separar a las personas que están enfermas con síntomas de COVID-19 para evitar su interacción con el resto de personas y con el entorno físico en donde se depositarían las gotículas infectadas. Es en toda regla una privación de libertad, con independencia de las medidas adoptadas para su cumplimiento y que su orden legitimante no se vincule con la seguridad pública o la persecución punitiva.

La medida se procura de una duración de 14 días para provocar la desaparición o expulsión de la carga viral de SARS-CoV-2 por el transcurso del tiempo y la actuación del propio organismo.

B) La acción sobre las personas no portadoras del Coronavirus SARS-CoV-2 en sus cuerpos, con finalidades preventivas con diferente intensidad y temporalidad, consistió en la privación y/o restricción de derechos vinculados a las interacciones entre personas y su entorno. Obviamente, esta medida podría ser sustituida por pruebas masivas de laboratorio (los tests o hisopados) que acreditan la existencia o no de carga viral de SARS-CoV-2. Ello otorga además certeza y previsibilidad a la población y las personas, evitando tal restricción masiva de derechos.

A su vez, estas últimas han originado:

B.1) La prohibición de que ciertas personas no portadoras pero susceptibles o con alta probabilidad de serlo, interactúen con otras personas o circulen en espacios físicos potencialmente concurridos. Aquí se habla de “Cuarentena”. Significa restringir las actividades o separar a las personas que no están enfermas pero que pueden haber estado expuestas a la COVID-19, con finalidades preventivas, durante el tiempo en que se podrían manifestar los síntomas de la enfermedad que denunciaría la presencia del virus en el cuerpo humano (en principio, también hasta 14 días). Igualmente, esta medida podría ser sustituida por la realización de las pruebas de laboratorio a una parte relativamente reducida de la población.

B.2) La regulación de densidades variables de concentración de personas en espacios abiertos o cerrados (regulación de la circulación según características de las actividades —esenciales o no esenciales—, proporciones según metros cuadrados de superficie por habitante, por bandas horarias, etc.). Aquí se habla de “distanciamiento

social” aunque en realidad refiere a estar físicamente distante. La OMS recomienda mantener una distancia de al menos un metro con las demás personas. Es una medida general que todas las personas deberían adoptar incluso si se encuentran bien y no han tenido una exposición conocida a la COVID-19.

B.3) La prohibición de (asistencia a) actividades que conllevan alta concentración de personas durante un período de tiempo, como los eventos en estadios, teatros y escuelas, entre otros.

En conjunto, la lógica descripta es la que corresponde al “paradigma de la prevención por regulación de la movilidad o circulación desconcentrada de personas”. No obstante, requiere la realización de las pruebas de laboratorio a las personas seleccionadas por su susceptibilidad de carga viral, y el acompañamiento y contención comunitaria en la salud mental de la población toda.

Esta es la medida estrella impuesta a los Estados durante esta pandemia: evitar o reducir la concentración de personas en espacios físicos cerrados eventualmente muy concurridos. Y, por extensión —solo por extensión— en los espacios públicos que son necesarios transitar hacia y desde esos espacios físicos cerrados.

V. La circulación del virus: La humanidad inmovilizada

Muchos Estados han apelado a otra manera de evitar o reducir la concentración de personas valorada —y valorable— de forma absolutamente disímil según las distintas posiciones sociales y políticas en que cada quien se encuentre: el denominado “Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio” (ASPO), referenciado mediáticamente por el excluyente lema “#Quedate en casa”. El DNU 297/2020, en su parte dispositiva lo impone desde las 00 horas del día 20 de marzo de este año, y fija como condición para su respeto la permanencia en el domicilio o residencia habitual en la que se encontrasen a las 00 horas de ese día.

Tal denominación comporta serios equívocos, ya que según sus formas de implementación la medida no conlleva “Aislamiento”, porque se prevé el confinamiento en unidades de convivencia familiar. No es “Social”, sino físico. No es “preventivo”, sino anticipado a cualquier circunstancia a prevenir respecto de las conductas o sintomatología de las personas confinadas. No es “Obligatorio” sino prohibitivo, previéndose su transgresión —salvo los casos del amplio régimen de excepciones— como parte de una acción típica del Código Penal.

La lógica del aislamiento, en todo caso, exagera un dispositivo de control donde los sujetos son presentados como seres “aislados/as”, negando la dimensión social de su existencia y proponiendo una “salvación individual” ante el peligro que implican los/as otros/as.

Insistimos, no es posible pensar al ser humano de una forma aislada; por ello en este trabajo consideramos que la sustantividad de la medida consiste en la inmovilización humana residencial masiva, por confinamiento en unidades de convivencia familiar.

En cualquier caso, la propuesta estatal de inmovilización humana o ASPO, es destacada como la medida principal a la que habrían apelado casi todos los gobiernos y autoridades del mundo (López Garrido, 2020). Además, la inmovilización debe interpretarse como un medio para lograr un fin; en este caso, evitar la socialización con concentración de personas sin distanciamiento físico, higiene personal y desinfección espacial.

La diferencia no es menor; si el fin es inmovilizar, el confinamiento en unidades de convivencia familiar parece ser la única vía apta para dejar de moverse durante un tiempo prolongado, y su transgresión hace a esas personas sospechosas de querer ir contra el derecho a la vida y la salud de todos. Si en cambio, el fin es evitar la concentración de personas, las medidas son múltiples. La inmovilidad puede ser incluso contraproducente (o hasta una invitación a la desobediencia), como en los casos en donde permanecer quieto o dejar de moverse, implica

seguir estando masificado en una institución total. Pero sobre todo, lo que conlleva es una traslación en la meta a alcanzar: de evitar la concentración de personas —donde las medidas de distanciamiento, higienización personal y desinfección física-espacial se hace muy dificultosa—, a lograr la inmovilización física de toda la ciudadanía, como fantasía, ideal, ficción jurídica y estrategia de control social.

De todas formas, una de las principales cuestiones a destacar se relaciona con el impacto en el principio y derecho a la integridad de los derechos humanos. El DNU 297/2020 menciona el Artículo 14 de la Constitución Nacional, las libertades personales y los Tratados Internacionales, para justificar la posibilidad de restringir el ejercicio de derechos cuando mediaran —entre otras— razones de salud pública. Contando ya con algunos fallos judiciales que lo avalan, el Poder Ejecutivo Nacional ha resuelto múltiples privaciones y/o restricciones de derechos. En apariencia, ha quedado sujeto tanto al procedimiento legislativo previsto para los DNU como al estricto control judicial en su implementación. Todo, antes de una declaración de estado de sitio —que compete al Poder Legislativo— para limitar legítimamente los derechos que se ejercen en el espacio público.

Las restricciones de derechos, máxime si no hay estado de sitio ni conmoción interior declarada, debe ser la mínima indispensable para poder ejecutar aquellas medidas que se consideran inevitables, y por lo tanto, el examen de congruencia entre el fin y el medio utilizado debe ser constante. Un posible modo puede ser visibilizando de manera permanente que estamos en una realidad más que delicada en relación al ejercicio del poder para la restricción de derechos humanos, y no para su garantía. Desde esta perspectiva de derecho crítico se hace inevitable repasar —respecto de las principales medidas— cuáles han sido esas restricciones de derechos que se han adoptado. Luego, respecto a los fines declamados, cabe observar la proporcionalidad de las respectivas medidas y eventualmente, su correspondiente control judicial.

En este sentido, cabe mencionar que se priva, impide o restringe sustantivamente el ejercicio de diversos derechos humanos básicos que se ejercen en dicho espacio público, como son los derechos políticos, derecho de asociación, derecho de reunión, derecho de protesta y de peticionar a las autoridades, derecho de participación social, derecho al hábitat, derecho a los cuidados de la vida humana en un ambiente sano, derecho a la recreación y el ocio, y especialmente, derecho a la convivencia comunitaria.

En particular, cabe resaltar que dicho confinamiento familiar se presenta en condiciones muy desiguales y que la mayoría de las veces implica también la imposibilidad del ejercicio del derecho al trabajo para quienes están en condiciones de mayor precariedad laboral. Ello profundiza aún más esas condiciones de exclusión y desigualdad, vulnerando de un modo casi inconmensurable el Artículo 14 bis de la Constitución Nacional y todos sus derechos derivados.

Quienes son partidarios/as de esta inmovilización parten de una premisa salomónica, pero bien sencilla: si todas las personas que habitan el planeta (y no solo las portadoras del SARS-CoV-2) permaneciesen quietas, inmóviles durante 14 días, a metro de distancia entre sí, desinfectando el espacio físico inmediato contiguo que habitan; toda la pandemia se detendría al instante. Se solucionaría el problema de la enfermedad de la COVID-19 e incluso la existencia misma del coronavirus SARS-CoV-2 (Ramonet, 2020).

Su contracara, igual de radical, es aquella por la cual se debería inocular el virus a todas las personas del planeta, contemplar la supervivencia de las inmunológicamente más fuertes y asumir el nuevo estatus de inmunización colectiva. También, y como siempre, hay algunas elaboraciones más moderadas, como las denominadas “inmunidad de rebaño”.

Se estaría apelando además, de manera exclusiva —y casi excluyente de las cinco acciones referenciadas por la OMS— a una sexta y única medida: dejar transcurrir el tiempo necesario sin interacciones humanas físicas (generalmente, varias semanas

más que 14 días) para asegurar la ausencia o expulsión del Coronavirus SARS-CoV-2 de todos los cuerpos humanos contagiados, sin rastros en ninguna superficie u objeto que pudiesen originar rebrotes.

Por supuesto, tal escenario de inmovilización humana total no es factible, pero su impulso será suficiente para contraponerlo al “paradigma de la prevención por regulación de la circulación desconcentrada de personas”, pregonando otra perspectiva paradigmática en torno a la “inmovilización humana residencial masiva, por confinamiento en unidades de convivencia familiar”. Como punto de partida ontológico y, a la inversa, la circulación desconcentrada de personas, el ejercicio de los derechos y la movilidad —a veces a cuenta gotas, en otras “fases”, muy generalizadas— será la excepción y no la regla. Lo que pasa a regir es una lógica presuntiva de factibilidad de esta misma premisa: qué es lo posible o viable. Y lo mas parecido, posible y viable al “todo el mundo inmóvil, quieto donde está” es el confinamiento en unidades de convivencia familiar, en el entendimiento de que es dónde se puede “ubicar, parar o aquietar” a la gente.

Se pretende evitar la circulación de la gente, a la vez que se permanece en un lugar con reducida concentración de personas porque hay, obviamente, menos personas en cada unidad convivencial que en otras modalidades de convivencia o interacción comunitaria. Desde esta perspectiva de la Inmovilización, las mismas medidas de regulación de la circulación serán vislumbradas como “concesiones” excepcionales al “#Quedate en casa” y la casa, hogar o vida y convivencia familiar, pasarán a ser el lugar normalizado de existencia y permanencia. En cambio, la restricción a la vida social en la calle, el espacio público y convivencia comunitaria —donde la grupalidad nuclear familiar es solo una de las que la integran—, reforzarán la implementación de medidas de “excepción”. La restricción de derechos continuará siendo la regla y las políticas represivas y de control policiales seguirán siendo las principales herramientas que el Estado establece para “combatir” el virus o el “crimen” del incumplimiento.

Evidentemente, esta medida conlleva una manera de interpretar y de hacer efectiva la desconcentración de personas con SARS-CoV-2; no solo la gente —toda la gente— evitaría concentrarse con otras personas, sino que nadie transitaría el espacio público.

Ante esto, caben replantearse las preguntas de la gran disputa global que se viene señalando con el objetivo de comprender cuál es la capacidad que tiene un Estado democrático para dar respuestas a una pandemia como la que estamos atravesando —o cualquier otra— en el marco del enfoque de inclusión por el ejercicio de derechos que debe caracterizarlo. Y también, indagar en la potencial reacción ante los diversos modelos comunitarios de resistencia social que buscan, justamente, salir de ese modelo único y hegemónico de integración social estratificada.

Pero aquí no acaba la cosa. Porque esta medida genérica, masiva e indistinta de profunda, estructural y transversal restricción de derechos, tiene en sociedades plurales y profundamente desiguales, algo más que importantes excepciones a su homogeneidad práctica. Si en términos biológicos la enfermedad COVID-19 puede afectar por igual a todas las personas sin distinción, no se producirá ni distribuirá de igual forma la respuesta médico—sanitaria de las personas enfermas, ni la transmisión del Coronavirus SARS-CoV-2 circulará de forma homogénea entre las personas, grupos y territorios sometidos a fuertes desigualdades sociales por razones de clases, sexo—genéricas, etarias y étnico—nacionales, residenciales y socio-vinculares, entre otras. Por eso, insistimos, si el virus no discrimina entre clases sociales, el estado y sus políticas públicas, por acción y por omisión, sí.

VI. Regulación de la Inmovilización Humana Residencial Masiva. El poder siempre vacía la calle

Para empezar a responder sobre la capacidad que tiene un Estado democrático de intervenir desde un enfoque de ejercicio de derechos ante una pandemia, debemos comenzar por abordar el colosal dispositivo de control social actualmente existente. En

efecto, no hacía falta ningún virus para saber que la población de una ciudad sólo puede ser radicalmente controlada a través de la prohibición o restricción de circular libremente por las calles de esa ciudad. Esta práctica no es novedosa, existe hace siglos y suele llamarse “toque de queda”. Lo que parece variar son las razones que lo permiten y su consenso. La cultura y el discurso del miedo se combinan con las lógicas de la otredad como peligro, como enemigo. Siempre actualizando los discursos pero sin modificar la esencia de sus estrategias.

En primer lugar, observamos discursos liberales que exacerbaban el goce irrestricto de derechos individuales sin ningún tipo de injerencias estatales o comunitarias. La más clásica de sus reivindicaciones ha sido el derecho de propiedad individual frente a gravámenes de políticas tributarias o respecto de la función social de la propiedad colectivizada. Aunque también los ha sido el derecho a la movilidad.

En segundo lugar, surgen las denuncias de sectores del comunitarismo y el realismo marginal sociológico. Las libertades individuales que —en apariencia parecer— teníamos, no rigieron nunca ni rigen para los sectores más vulnerabilizados. Estos sectores protestan de manera vehemente contra la centralización, la concentración y la personalización del poder público que, a su criterio, implementan amplias y generalizadas restricciones de derechos individuales homogéneos y de incidencia colectiva. Proponen, en cambio, formas de democratización, de contención y de resolución comunitaria, a partir de políticas que sean representativas de las asimetrías territoriales, interseccionales y materiales realmente existentes en la diversidad de grupos sociales (Di Nella, 2006).

En tercer lugar, existe un amplio sector de la sociedad con un alto grado de acatamiento de las medidas —incluso por aquellos sectores que podrían ser identificados como los más perjudicados/as—. De una manera u otra, estos sectores piensan que todo esto vale la pena padecerlo porque el peligro es real. La lógica parecería ser: hay un virus y si no se pone en juego la propia existencia por inanición, no hay que salir. Se padece el

asilamiento domiciliario, la restricción dineraria, la pérdida de la fuente laboral mercantil; pero se intenta soportar el mayor tiempo posible por miedo de transmitirse el virus.

Para lograr el cumplimiento de la inmovilidad, básicamente se opta por el amedrentamiento social. Se escucha por todos los medios, la producción de estadísticas oficiales y no oficiales (de base científica muy endeble) con la cantidad de muertes y la cantidad de contagios, es decir, la cantidad y el peligro inminente que hay fuera del acatamiento de las medidas. Los discursos patrióticos de salvación, dirigidos a prácticas de salvación individual y de equilibrio personal, serán la herramienta para instalar la bondad de “#quedate en casa” que “nosotros” desde el Estado nos vamos a ocupar.

Los discursos exacerbarán la capacidad destructora que tiene el virus y la peligrosidad que implica circular en los espacios públicos. Construirán la hegemonía del peligro de la calle; históricamente, los espacios de disputa política, de lucha social, de organización comunitaria, de encuentro vital. Es justamente ese espacio público —el mismo de la resistencia y lucha social—, donde está el peligro, el virus, ese “bicho” casi corpóreo, humanizado, bíblica y bélicamente erigido en un enemigo invisible. Un virus que acecha afuera, en los tradicionales espacios de solidaridad comunitaria, en las calles y plazas que pensábamos siempre de las madres y el pueblo pero que (¿ahora?) amenazan con políticas de limpieza ciudadana practicada por policías y militares (Almeda Samaranch, 2020).

El discurso hegemónico dirá: “Estamos en guerra contra el virus”. Por lo tanto, se impone la necesidad del mayor aislamiento social como salida individual del conflicto a partir del confinamiento domiciliario y familiar. Se azuzará la idea de que hay “un algo” en la calle; metáfora inconclusa del “algo habrán hecho” (pero, para la progresía, esta vez real) que hace que no tengamos que circular ni articular nada fuera de nuestros seguros hogares más que la “vigilancia social” del cumplimiento de la cuarentena.

La clase gobernante, por su parte, lo aprovecha para jactarse del éxito de las medidas de confinamiento, no necesariamente por méritos propios, pero sí por su popularidad. En cualquier caso, puede percibirse en ello cierta narrativa cuasi religiosa, que pretende legitimar (o construir) los consensos en torno a modelos securitarios y/o tecnocráticos de control social. No se trata de una normalidad exacerbada de la desigualdad social en las situaciones de excepción expuestas; nos encontramos de forma palmaria, desinhibida y transparente, ante realidades pre-existentes que usualmente permanecían subyacentes, implícitas, anestesiadas, atemperadas, edulcoradas en discursos obicuos de posiciones en apariencia componedores. Por ello, afloran con mayor puridad y acritud, la bondad y la maldad, la osadía y el temor, la solidaridad y el egoísmo que cada quien ya practicaba con anterioridad, sin conversión alguna (Sztajnszrajber, 2020).

VI.1. Modelos sanitaristas tecno/securitarios, de control del cumplimiento de la Inmovilización Humana Residencial Masiva

Frente a los modelos intersectoriales de salud comunitaria encontramos diversas variantes de los modelos sanitaristas tecnocráticos y securitarios. Estos se presentan a sí mismos como la voz de “autoridad”, portadora de “la verdad”, configuradora de la ciencicracia, escenificada en los llamados “expertos” y “especialistas”. Reproduciendo los tradicionales paradigmas del positivismo clásico con una mirada absolutamente biologicista de la salud, negando sus dimensiones socio-económicas y políticas.

Sin embargo, ante la Pandemia de la COVID-19, no hay aún una sola posición científica, ni un consenso básico sobre aspectos fundamentales de las cuestiones en juego. Prima la incertidumbre, abatiendo las verdades absolutas y de control humano sobre la “naturaleza”. Nuevamente se derrumba, como lo han hecho a lo largo de la historia, la creencia absoluta en el poder y en las “certezas de la ciencia”.

Por otra parte, en casi todo el mundo hay un enfoque “reduccionista” del saber sobre el virus en general y del saber

científico en particular. Una prueba cabal de ello es la permanente remisión de los gobernantes a unas pocas disciplinas (Epidemiología, Virología, Infectología y Medicina) dejando afuera o minusvalorando las ciencias sociales y humanas (Psicología, Sociología, Demografía, Geografía, entre otras) indispensables para abordar lo que se ha reconocido, es un tema claramente psicosocial, de comportamientos humanos (Aranda, 2020).

Estos modelos tecnocráticos se combinan estrechamente con diversas variantes de los modelos securitarios donde la salud pasa a ser parte de las lógicas de vigilancia-control y no de la prevención-promoción. Así, la salud entra en un campo donde el otro/a es lo peligroso. Lo cual requerirá, además de la “ciencia”, construir dispositivos que mantengan a ese riesgo alejado y controlado para “protegerse” del virus.

Por otro lado, es paradigmático el desdén hacia las múltiples formas de conocimiento y saber popular que estos modelos proponen. Esta invisibilización aparece como respuesta en el marco de las dinámicas socio comunitarias de regulación de la conducta humana, que han sido totalmente marginalizadas. Recordemos además, que los pueblos naciones originarios, en el marco de su derecho a la autodeterminación, tienen el derecho a asumir las prácticas estatistas de conformidad a sus propias culturas y formas de organización política, social y sanitaria ancestral.

Frente a estos modelos, el de la intersectorial de salud comunitaria afirma que el estado de salud-enfermedad, tanto a nivel individual como social, resulta de la interacción de factores que se abordan de manera interdisciplinaria e intersectorial (comunidad, estado y privado), operando jerárquicamente en diferentes niveles de determinación. Existen determinantes básicos a nivel sistémico (ambiente, genoma, etc.), determinantes estructurales a nivel socio-estructural (estratificación social, mecanismo de redistribución de la riqueza, etc.), determinantes próximos a nivel institucional-familiar (estilos de vida, sistemas de salud, etc.) y determinantes a nivel individual (el propio

estado de salud). La principal ventaja de esta propuesta es que propone un enfoque integral para el estudio de los determinantes del proceso que incluye los factores demográficos, epidemiológicos, económicos, sociales, políticos, etc. (Frenk et al., 1991; Arredondo, 1992).

Aun así, la primera reacción de la gran mayoría de los Estados ha sido claramente la de apelar al modelo securitario clásico dentro del discurso de la defensa o “salvación nacional”. En efecto, durante la pandemia surgió con intensidad el nacionalismo y el salvacionismo en defensa y en nombre de la patria. Sin embargo, el nacionalismo no es sino un sentimiento de adhesión a un territorio, su memoria histórica y su pueblo, al que puede dársele sentidos diversos y hasta antagónicos. Las ideas de nacionalismo relativas a la adhesión a una tierra y a un paisaje —sobre la base de una historia común, que acaban forjando una identidad compartida como pueblo nación— son inevitables. Es una manera de concretar sentimientos y pensamientos que permiten tener cosas en común con otra gente —y a menudo es la única que se posee—. No es, por tanto, ni de derechas ni de izquierdas *per se*; puede estar al servicio de fuerzas políticas e históricas totalmente distintas.

Ahora bien, esa publicitada necesidad de salvarnos entre todos y todas, implicará el cumplimiento de una serie de pautas muy restrictivas de los derechos, determinada por el propio Estado. También, va a posibilitar que ciertas personas de carne y hueso traduzcan esas pautas estatales en decisiones personales con capacidad de incidir política y socialmente en el conjunto de la sociedad. Ese decisionismo centralizado de los procesos hecho en nombre de la defensa nacional es el que va a ir definiendo la oportunidad, justicia, gradualidad, espacialidad e intensidad de la Inmovilidad humana residencial y sus efectos en millones de personas.

En este sentido, puede observarse en los análisis la construcción de una narrativa casi apocalíptica, estructuralmente religiosa y securitaria; que viene a acentuar cierta predisposición social a consensuar teórica y fácticamente con las medidas

adoptadas para hacer frente al peligro real de transmisión comunitaria del virus. En efecto, el acatamiento masivo al confinamiento domiciliario, el disciplinamiento personal, el control y vigilantismo vecinal, la alta tolerancia a la militarización del espacio público y a la punición de la transgresión y la reproducción de la victimización y vulnerabilización de los grupos sociales marginalizados; son solo algunos ejemplos que permiten vislumbrar hasta que punto las estrategias de abordaje de la pandemia y la inmovilización humana residencial masiva responden a comportamientos sociales que presentan grandes consensos sociales y políticos.

Así hemos visto, por lo menos en las primeras semanas, un período de entendimiento político y colectivo en torno a dichas medidas. Ello pudo estar vinculado a la rápida reacción del gobierno para la construcción de un consenso social con todos los sectores que lo apoyaban y apoyan, pero también de sectores de la oposición con responsabilidades de gestión pública. Tal legitimidad se edifica en la eficacia y eficiencia de la gestión estatal como gran actor para capear la crisis pandémica (recordemos además, que esta realidad aparece en el marco de un gobierno muy nuevo a solo algunas semanas de su asunción).

Por supuesto, ello no quiere decir que ciertos sectores del activismo social no salgan especialmente fortalecidos o legitimados. Por ejemplo, aparece consolidada en todo el arco político ideológico la necesidad de una política de salud pública preparada para el abordaje en situaciones extraordinarias de incidentes críticos, desastres o catástrofes (Di Nella y Yacachury, 2018). Del mismo modo, se han hecho palpables la legitimidad de las reivindicaciones de los movimientos ambientalistas vinculados a la interdependencia del hábitat y la sanidad planetaria. También, en tanto que la salud es un acontecimiento político y a la vez personalísimo, se ha hecho evidente la legitimidad de todos aquellos movimientos sociales que, como los feminismos, venían postulando que lo político no se reduce a los aspectos macrosociales o estructurales, sino que se juega en el plano de lo personal —incluso de lo

íntimo— en nuestra cotidianidad y en la operatividad concreta de nuestras relaciones vinculares.

No obstante, no debería sorprender la transversalidad ideológica que sostiene las medidas estatales más restrictivas del ejercicio de los derechos. En realidad, hasta los sectores más neoliberales concuerdan con la necesidad de un Estado gendarme (de amplia presencia policial y militar en el espacio público) con una intervención social subsidiaria, justamente, focalizada en las extraordinarias situaciones críticas, desastrosas o catastróficas que puedan surgir —si cabe, como meras fallas del mercado a corregir o reorientar—. En ningún caso ello implica una hegemonía neo-social-demócrata o neo-keynesiana sino más bien sus mínimos comunes denominadores con el neoliberalismo. Las características de esos mínimos comunes —sedimentados en las prácticas burocráticas de los Estados desde hace décadas— son los que engendrarán, tal como venimos comentando, los dos modelos o variantes de gestión tecno-securitaria del derecho a la salud (el modelo sanitarista tecnocrático y el modelo sanitarista securitario). Estos modelos siempre mantienen su predominancia, aunque sea rotando en su coexistencia —a veces de forma complementaria, otras articulándose y en ocasiones sucediéndose entre sí durante diversos períodos—.

VI.2. Participación ciudadana y control social

La necesidad de una mayor participación para el desarrollo de un control social más estricto en el contexto sociopolítico actual fomentó la participación ciudadana en esta “guerra de todos contra el enemigo invisible” (así dicho, con lenguaje inclusivo, pero en las antípodas ontológicas de su sentido). En efecto, la presencia de la ciudadanía en la acción de control del espacio público —que tradicionalmente ha sido asignada al Estado— es recogida por dos corrientes de pensamiento político muy disímiles (Aniyar de Castro, 1999):

- a) La concepción política de la globalización-descentralización presupone el debilitamiento del Estado en beneficio

de la desregulación de las relaciones sociales y económicas, reduciéndolo a cuestiones básicas o estratégicas (defensa de fronteras, impuestos, legislación, etc.). También, conlleva un deslizamiento del control interno de la vida social y de la solución del mayor número de necesidades y conflictos hacia los gobiernos locales, las comunidades y el sector privado.

b) La concepción avanzada de democracia social (la democracia participativa) parte de que el despliegue de la energía social es una forma de perfeccionar la democracia. La participación en la gestión y la toma de decisiones de las políticas sociales se consideran fundamentales. Se revalorizan estos espacios de acción para mejorar las respuestas a las necesidades sociales desde la propia cosmovisión del mundo de las personas que habitan el territorio (generalmente locales).

La convergencia de posturas políticas tan disímiles es una ventaja para la aceptación generalizada de medidas como el control vecinal para el cumplimiento de la inmovilización residencial por amedrentamiento o simple represión. Estas formas de participación vecinal suelen degenerar en atropellos de carácter antidemocráticos, como hostigamientos, ciberacosos, reclamos de expulsiones de edificios y formas de justicia por mano propia, entre otras. En situaciones extremas han llegado traducirse en cercas electrificadas, uso de perros asesinos, linchamientos, homicidios por encargo, escuadrones de la muerte y otras formas de violencia extralegal.

También entrarían en estas prácticas los llamados al público para conseguir detenciones. Desde los modestos “autoridades solicitan ayuda para perseguir a un fugitivo” hasta las “recompensas” con premios que mercantilizan el deber ciudadano de no ocultar el conocimiento de un delito o la presencia de la persona transgresora. Precisamente, para evitar la “participación vigilan-tista” se debe prever un buen sistema de participación controlado dentro de los límites legales.

Por ello, insistimos, debe actuarse con mucha prudencia ante mensajes potencialmente “confusos”, como los de policializar y

militarizar el espacio público o invocar al vigilantismo vecinal. Por ejemplo, los modelos de control y denuncia vecinal durante el confinamiento se expresaron en medidas de 0800 para que la gente llame y denuncie a sus vecinas y vecinos que no estarían cumpliendo la cuarentena. Otro ejemplo son las nuevas sanciones, multas y secuestros de vehículos —transferidas al nivel local—; formas múltiples de control informal, formal y punitivo-represivo como medio de construcción de modelos de ejemplaridad social.

Por otro lado, encontramos los mecanismos de inteligencia digital que van desde la geolocalización y rastreo de dispositivos móviles de las personas en cuarentena, al uso de aplicaciones móviles destinadas al control de todas las personas en sus movimientos. Este modelo de inteligencia reproduce el autodenominado “ciberpatrullaje”, consistente en la manipulación de millones de datos privados, íntimos o personales que lesionan masivamente múltiples derechos. Aún es una incógnita lo que harán con esa big data mundial. ¿Realmente hay capacidad algorítmica o humana para ejercer ese control en tiempo real de nuestras vidas?. Edward Snowden afirma que la cibervigilancia no pretende un rastreo en directo de determinadas personas o sectores sociales sino la construcción de una big data que permita actuar expost. Cuando resulte estratégico destruir a alguien en particular, podrán utilizar en su contra todo lo que ha realizado durante años en el móvil, las redes y el correo.

Tal circunstancia no parece ser sino la actualización histórica de mecanismos de muy antigua data. Las noticias falsas, el lawfare, las denuncias arbitrarias y hasta la brujería responden al mismo patrón de control por argumentación retórica sobre la base de verosímiles y no de persuasión por pruebas o evidencias. Una vez más, ciertos mecanismos, como la video-vigilancia cibernética, no son nuevos modelos de control y represión. Pensemos, por ejemplo, en las enseñanzas que nos legó hace décadas Pink Floyd.

En cualquier caso, no podemos desentendernos de los efectos sociales de la percepción compartida de vigilancia total y permanente sobre nuestras vidas. Tal como sucedía con la

selectividad penal para el amedrentamiento, hoy veremos estas prácticas en testeos cibervigilantes; cuentan incluso con programas televisivos que propagandizan la eficacia del instrumento de control remoto de fechorías de malandras y afines, por medio de la camarita o las redes sociales.

En la masividad de la orquesta mundial de los datos en red tal vez la clave está, pese a la herida narcisista que pueda provocarnos en nuestra vanidad, en que no le importamos tanto a nadie o le resultamos absolutamente inofensivos. Por eso, aun disponiendo de la capacidad tecnológica para hacerlo, nadie nos vigila. Y cuando lo hacen, con la disidencia social activa están haciendo lo de siempre, solo que por otros medios (Delgado, 2020). Ese es el auténtico control: nos espían y controlan al modo y con los recursos del siglo XXI pero como siempre; o no nos espían en ningún modo pero hacen que creamos que sí. Entonces, logran un verdadero control e inhibición popular, incluso la autoindulgencia en la valoración y justificación de la propia pasividad ante lo injusto o la hiriente desproporcionalidad de la desigualdad.

Sea con la represión policial y militar, con modelos de inteligencia artificial o con formas de vigilantismo social; estos discursos y prácticas del miedo provocarán un aumento del estrés y de la angustia a partir de la construcción de una calle absolutamente peligrosa, hostil. Ello acabará amedrentando a toda persona que intente diferentes tipos de salida comunitaria o no-estatal de la pandemia. El desafío es entonces, desarrollar medidas eficaces para evitar la concentración de personas que reproduzcan la transmisión de la COVID-19, a partir de la menor restricción posible de los Derechos Humanos.

VI.3. Restricción de derechos para el abordaje virológico. La construcción de la categoría de “sospechoso”

Uno de los constructos que más limita la menor restricción posible de los Derechos Humanos es la categoría de “sospechoso”. En primer lugar, esta refiere a una realidad biológica,

es decir, a un indicador de carácter probabilístico que indica la susceptibilidad de incorporar o haber incorporado en el propio organismo el virus SARS-Cov-19. En términos biomédicos, dicha susceptibilidad está relacionada con la noción de riesgo; en virtud de su estructura genética un individuo es más o menos vulnerable a una exposición ambiental desencadenante. Como en toda “sospecha”, hay indicadores que no prueban pero sí construyen indicios de verosimilitud de portación del virus. En este caso, los principales son tres:

- a) los síntomas en la propia persona;
- b) los síntomas o pruebas de terceras personas con las que no ha mediado el distanciamiento social o se han compartido espacios físicos cerrados; y
- c) la presencia en “zonas afectadas”, consideradas tales por la existencia de transmisión comunitaria o masiva del virus en esos espacios físicos o territorios.

Como puede observarse, ninguna de las tres instancias que ubican —en términos médico-clínico-epidemiológico— a una persona determinada como “sospechosa” derivan de actos voluntarios de la misma. Son en cambio, consecuencia directa de la propia biología y característica propagación viral del SARS-Cov-19. Sin embargo, la construcción de la “sospecha” transita —por analogía y/o extensión semántica— hacia el lenguaje jurídico y mediático, como sospecha de comisión de un hecho delictivo o una transgresión legal o del deber ser. Si se es sospechoso de portar el virus, se es sospechoso de no haber realizado voluntariamente los comportamientos que, hipotéticamente, podrían haberlo evitado. Extremando este razonamiento, puede afirmarse que quien no permanezca inmóvil en su domicilio o allí en donde esté, a un metro de distancia de otro sujeto y con desinfección del espacio circundante, es también un “sospechoso” de querer contagiar el virus. Esta construcción metafórica de la preterintencionalidad u obrar cuasi-temerario, permitirá afirmar que la simple movilidad es “ir a buscar al virus” lejos del confinamiento residencial de nuestras casas.

Ante estos ojos, entonces, todas/os somos contruidos y presentados —incluso jurídicamente— como sospechosos de propagar el virus, no como consecuencia de lo que hacemos (eventualmente, movilizarnos o circular por la calle) o somos (sujetos de derechos viviendo en sociedad), sino como meros cuerpos u organismos biológicos con capacidad reproducir y transmitir comunitariamente el virus. Siendo además un virus que enferma y mata al ser humano, el movimiento de nuestros cuerpos es hasta un arma mortal.

La deriva argumentativa aquí escogida puede tener ribetes cinematográficos, pero no por ello deja de responder al perfil criminológico-mediático que se presenta. En este sentido, cabe mencionar a las personas que provienen de los márgenes de la “sospecha”: laborantes precarizados, trabajadoras/es en la vía pública, trabajadores/as de la sanidad pública (reiteradamente víctimas de acoso domiciliario o callejero) personas en situación de calle, residentes en instituciones totales que salen de ellas, repatriados o migrantes de zonas afectadas, convivientes con esas personas, entre otros/as.

Es cierto que la portadora y transmisora potencial del virus es la persona en movimiento, pero lo que determina la posibilidad de contagios son ciertas formas de socialización e interacción entre personas. Lévinas (1993) afirmaba que el encuentro con las/os otros/as es la captación de una experiencia de alteridad y de trascendencia. Lacan (1968) lo desarrolló como el conocimiento paranoico del mundo en el encuentro con el/la otro/a. Es ahí donde las personas se topan con este temor al vecino/a, sea conocido/a o no. El otro/a es sospechoso en su búsqueda de libertad, la percepción de una pequeña diferencia en la alteridad le arroja inmediatamente en la categoría de aquellos de quienes se debe desconfiar. En consecuencia, estas formas de socialización e interacción vienen sobre-determinadas por factores objetivos, subjetivos, roles y estatus que conforman las posiciones sociales en la estratificada estructura social.

VII. Desigualdad y grupos vulnerabilizados por la IHRM

A esta altura puede parecer una verdad de perogrullo que la pandemia ocasionada por el virus SARS-Cov-19 y la enfermedad humana que ocasiona no ha hecho más que retratar —con una dosis de crudeza más alta de la habitual— las enormes desigualdades que configuran a las sociedades humanas. En cambio, la adopción de la Inmovilización Humana Residencial Masiva (IHRM), no ha hecho mas que reproducirla y acrecentarla.

Robert Castel (1997) sostenía que el término exclusión pretende denominar lo que no se puede nombrar, es decir, la falta de palabra que unifique la crueldad. Se dice que el virus no discrimina clases sociales pero parecería que el Estado sí. La Inmovilización Humana Residencial Masiva y la implementación de modelos de control social autoritarios para su cumplimiento ha sido su gran corroboración. En efecto, el mismo Estado que debería garantizar derechos es el que al mismo tiempo reproduce la violencia de la exclusión, de la invisibilización. Ello inevitablemente debe ser entendido como parte de los procesos políticos y sociológicos que conllevan una serie de realidades de vulnerabilidad asociadas, entre otras cosas, a la feminización de los cuidados de la vida humana, el racismo, la xenofobia, la violencia, los prejuicios sociales, la pobreza, el aislamiento socio-vincular y otras grandes desigualdades en el acceso y ejercicio de derechos.

Esas desigualdades son, además, constructos interseccionales que atraviesan la vida de las personas, sus prácticas sociales y sus instituciones, afectando el acceso a derechos y oportunidades. Dicho de otro modo: clase, género, generación, etnia, nacionalidad, estatuto migratorio (entre otras variables) se cruzan y configuran el impacto de toda medida estatal implementada de forma generalizada en toda la población. La propia consigna “#Quedateencasa” ha sido una decisión estatal que ha revictimizado a grupos ya vulnerabilizados en sus derechos, condenándolos a la intemperie, a un dejar morir, donde el propio Estado decide quien importa y quien no (Mbembe, 2003).

Ello se expresará en sucesivos niveles de opresión que afectarán especialmente a determinados sujetos en los que confluyen más de una de estas categorías, como si fuesen capas de una misma cebolla. Recordemos: lo que no está expresamente regulado a favor de la parte más débil de la relación de poder, está implícitamente regulado a favor de la parte más fuerte.

Sin pretensión de agotar el abordaje de las distintas realidades de desigualdad y exclusión, creemos necesario mencionar algunos de esos impactos diferenciales en los diversos colectivos especialmente vulnerabilizados.

VII.1. Personas confinadas en unidades de convivencia familiar

Esta es la medida por excelencia de los gobiernos, para evitar la concentración de personas. Supone que la convivencia familiar siempre tiene una concentración de personas menor que las dinámicas de interacción en espacio público. Por lo tanto, la idea es sacar a la persona del espacio público, confinándola en espacios de menor concentración de personas. Igualmente, muchas veces hemos visto cómo el domicilio “real” que nos obligan a declarar (pretendidamente único y personalísimo), no se corresponde con nuestra/s residencia/s cotidiana/s. Esto presume el desarrollo de la convivencia familiar armoniosa y, sobre todo, la obligación de permanecer en un único lugar durante todo el confinamiento. Incluso, durante el comienzo de la medida, se estableció el deber de permanecer en el lugar en el que se hallaba a las 00.00 horas del día 20 de marzo de 2020 —momento en que entró a regir el primer DNU sobre la materia—.

La medida presupone otras cuestiones subyacentes, como que todos convivimos en familias nuclearizadas, o sostenemos las estrategias capitalistas de producción de renta de la misma forma. En efecto, la inmovilización residencial que propone el Estado parte de esas simples falacias, porque imagina un hogar, modelo familiar y arquitectura habitacional de tantos metros cuadrados y habitaciones por residente. Parte también de la presunción de que este confinamiento se desarrolla en equilibrio

psíquico; y para cuando no sea así, propone como alternativa una serie de actividades domésticas –básicamente, “ocupar el tiempo” y entretenerse– que drenarán y auto-depurarán los aspectos adversos del proceso de aislamiento físico y vincular.

La movilidad residencial de ninguna manera puede ser reducida o asimilada a un privilegio de los sectores de clase alta o integrada de la sociedad, para su mayor ocio y esparcimiento. Solo puede verlo así, un Estado que se dirige a una sociedad auto-referenciada en esos sectores. Por el contrario, si se mira desde abajo, observaremos que las estrategias de crianza y desarrollo de los sectores mas pauperizados se caracterizan por una menor adhesión a la residencialidad única o a una nuclearización de los modelos de crianza. Al desarrollar una mayor comunitarización de sus relaciones sociales y afectivas, una medida de confinamiento domiciliario penaliza especialmente a estos colectivos, con un impacto claramente diferencial en cada uno de ellos (Almeda Samaranch, Camps, Di Nella y Ortiz, 2016).

La inmovilización residencial por confinamiento en unidades de convivencia familiar, ni siquiera existe en el caso de las personas en situación de calle. La consecuencia de la medida no fue otra que su represión y linchamiento social. Esto, en el marco de una exacerbación de los estereotipos vinculados a una supuesta voluntad transgresora de estas personas. En definitiva, en ningún momento fueron previstas ni asumidas como prioritarias las personas en situación de calle, para darles una respuesta que no implique la mayor exposición a la transmisión del virus.

Cabe destacar que otro sector afectado de modo excesivamente desigual con la imposición estatal de “quedarse en casa” ha sido el de las mujeres. Respecto a las desigualdades en los modos de distribución de los cuidados de la vida humana, la consecuencia fue la revictimización de las mujeres y la suprafeminización de los cuidados. Ello no solo ocurrió en los grupos familiares, de pares y comunitarios, sino también en sus lugares de trabajo mercantiles, especialmente de aquellos que se desarrollan en la vía pública, como las ventas ambulantes y los servicios sexuales.

Por otra parte, la convivencia forzosa en unidades familiares, necesariamente potencia exponencialmente el riesgo de padecer las violencias machistas, pero sobre todo restringe la posibilidad de articular estrategias e interactuar en las redes comunitarias; muchas de las veces, las únicas mallas de contención y sostén de estas mujeres. Este modelo ficticio de convivencia familiar, lo único que hace es continuar reproduciendo las condiciones de violencia patriarcal.

Las estadísticas dan cuenta de una alta tasa de femicidios y travesticidios. “...En lo que va del 2020, del 1 de enero al 5 de abril son 100 los femicidios y travesticidios confirmados: 85 mujeres y niñas, 15 travestis y trans. Entre el 1 de marzo y el 4 de abril fueron halladas 28 mujeres, niñas y travestis víctimas de femicidio o travesticidio, según el relevamiento de organizaciones sociales y ONGs a partir de noticias en los medios de comunicación o publicaciones en redes sociales. No hay datos oficiales. Desde el 20 de marzo, cuando empezó la cuarentena obligatoria por coronavirus, fueron encontradas o asesinadas casi la mitad: 16 mujeres, niñas y travestis muertas por la violencia machista...”. (Lavaca, 2020).

Así, el “aislamiento” es el escenario perfecto para el despliegue de las violencias machistas, un escenario que permite cumplir deseos arraigados de los violentos: controlar, someter y anular socialmente a las víctimas. Así, entonces, las vulnerabilidades y desprotecciones se expanden.

Por otro lado, recordemos que ante el confinamiento familiar, el derecho a la libre elección de la convivencia familiar es uno de los más vulnerados, porque no puede ser autodeterminado y autogestionado. El lugar de confinamiento y la modalidad de convivencia en que se realizará, está impuesta por el estado; ello no solo restringe los derechos sino que además reproduce la desigualdad.

Por último, si la única modalidad convivencial prevista es la nuclearización familiar en la vivienda de residencia habitual y no hay otras posibilidades a considerar, es porque se parte

de dos grandes presunciones: las personas no se mueven ni cambian de lugar, y tampoco tienen posibilidad ni necesidad de desarrollar interacciones convivenciales con otros sujetos que no sean las del núcleo familiar parsoniano.

VII.2. Mujeres monomarentales, tiempos y trabajos totales

Las tareas de cuidado recaen mayormente en las mujeres. Ello está ampliamente contrastado en la literatura con perspectiva de género —especialmente la derivada de los feminismos—, así como en la experiencia vital de quienes han sido socializados/as en grupos de convivencia androcéntricos —en una sociedad patriarcal, casi todas las personas que no transitan por las disidencias sexo-genéricas—. De este modo, las circunstancias del hogar y la desigual distribución de las tareas domésticas de cuidado repercuten de forma muy negativa en las posibilidades de empleo femenino, en su fortalecimiento y promoción (Di Nella, Almeda Samaranch y Ortiz, 2014).

Esto es más grave durante períodos de confinamiento en unidades de convivencia familiar, donde más que nunca, se exige cuidado de las personas en construcción de sus autonomías relativas —niños, mayores y en general, personas dependientes en el hogar—. Resulta obvio que si están encerradas todo el día o gran parte de él (sin acceso a escuelas, centros de día, etc.) sus necesidades son aún más elevadas y complejas.

Asimismo, las mayores exigencias de cuidados en el hogar acaban afectando las posibilidades promocionales del trabajo mercantil, especialmente en el caso de mujeres sobreexplotadas en tareas domésticas y de cuidado remuneradas.

Definitivamente, la gestión de los tiempos y trabajos totales (de cuidados de la vida humana, y de empleo mercantil) en esta época de pandemia se torna un puro malabarismo femenino, pocas veces asistido por los servicios públicos o equilibrado con las responsabilidades de cuidado que también tienen sus homólogos masculinos. En este sentido, hay que tener en cuenta a las familias monomarentales —donde la mujer es la

principal responsable del hogar y convive con sus hijas e hijos sin grandes apoyos o ayudas en su vida familiar cotidiana (Di Nella, 2017)–. En esos casos, la mujer adulta debe asumir sola la responsabilidad de la gestión de todas las tareas de cuidado de las personas confinadas —y muchas veces, gran parte de la realización de las propias tareas—. Ya de por sí, las monomarentalidades engrosan los grupos familiares más pobres y vulnerables de la sociedad. Cuando la mujer esta empleada en trabajos mercantiles esenciales que la fuerzan a laborar fuera del domicilio familiar —relacionados con la salud, la limpieza sanitaria y la alimentación, generalmente en condiciones de precariedad— la situación se agrava todavía más; son pocas o nulas las posibilidades de conciliar los cuidados y trabajos no remunerados y los trabajos remunerados. Y si la mujer está empleada en trabajos mercantiles que la fuerzan a diferentes modalidades de teletrabajo, se ven resentidas sus contribuciones y prestaciones, especialmente respecto a las expectativas de la patronal. Sus dinámicas, planificaciones y resultados suelen presuponer la existencia de hogares unipersonales (con libre o muy flexible disponibilidad horaria) o biparentales (con una presunta paridad en la distribución temporal o rotativa de roles de cuidados en el ámbito doméstico de la pareja o personas adultas convivientes), circunstancia inexistente en la monomarentalidad.

Por estas razones —entre muchas otras; ver detalle en Almeda Samaranch y Di Nella, 2011—, las monomarentalidades suelen experimentar mayor estrés laboral, exceso de cansancio, sobrecarga familiar, falta de tiempo para el autocuidado, dificultades para conciliar el sueño, y sobretodo, obturación casi total para contar con el apoyo comunitario de la red social o de la familia extensa —recordemos; con anterioridad al confinamiento las redes comunitarias eran la principal malla de contención de la gran mayoría de estas familias (Almeda, Camps y Di Nella, 2016)—.

Otro punto de partida generalmente erróneo es dar por sentado que con hijas e hijos adolescentes tal dificultad desaparece.

Se presupone que ellos/as podrían ayudar y/o asumir algunas o todas las tareas domésticas pero, por el contrario, durante el confinamiento este período vital suele acentuar los conflictos familiares y personales. Por ejemplo, la restricción relacional con grupo de pares o la insatisfacción de otras necesidades propias de las y los adolescentes, quedan supeditadas o subordinadas a las posibilidades del hábitat, la infraestructura de la vivienda y los medios informáticos-comunicaciones disponibles.

Como nos enseñan los feminismos interseccionales, si vamos añadiendo variables sociológicas a la modalidad de convivencia familiar monomarental, tales como la clase social, la pertenencia a una minoría étnica o población originaria, el hecho de ser migrante, tener capacidades especiales o hijos/hijas con ellas, entre otras variables; las realidades vividas por la inmovilidad humana residencial agudizan notablemente su vulnerabilidad y aumentan las desigualdades, las pobreza y sus exclusiones.

VII.3. Personas pertenecientes a Pueblos originarios y sectores periurbanos

Las medidas oficiales dirigidas desde el paradigma del igualitarismo formal u homogeneidad poblacional se topan con la realidad innegable de la diversidad de pueblos y comunidades indígenas. Estas medidas los invisibilizan y violentan, vulnerando sus derechos y afectando sus estrategias de supervivencia y formas de vida. Tampoco respetan las propias formas de organización política y social de estos pueblos y comunidades, que lejos están de querer reproducir la transmisión del coronavirus. Pero principalmente, se ha vulnerado su derecho humano a la autodeterminación, violentando y restringiendo aún más sus propias formas, sus propios modos de responder desde ese proceso de comunitarización de su vida. Así, por ejemplo, la pregunta de cómo responder comunitariamente para evitar la transmisión del virus, encuentra respuestas radicalmente distintas para los pueblos originarios respecto de aquellas personas

que están en lugares urbanizados (Di Nella, 2020). Tengamos en cuenta también que las grandes concentraciones poblacionales que tienen los sectores urbanos distan mucho de las realidades de los territorios comunitarios o incluso de muchos barrios populares.

La nuclearización de la familia no es la misma en los países europeos que, por ejemplo, en los sectores populares de las sociedades de Abia Yala-Amerindia. Esto es algo a tener en cuenta para construir medidas menos eurocéntricas y androcéntricas. Los sectores populares tienen modalidades de convivencia y reproducción de la vida y de contención social que no se corresponden con los modelos o tipos idealizados. Por ende, los primeros sectores afectados por las medidas de confinamiento van a seguir siendo aquellas personas que dependen más de estrategias comunitarias de supervivencia y bienestar. Por lo tanto, quienes tienen tendencias a la comunitarización de sus vínculos se verán mucho más afectados/as que quienes sostienen estrategias de mercantilización; en consecuencia, se deben asumir otras respuestas. (Di Nella, 2017).

Por otra parte, es imprescindible asumir que según estas cosmovisiones, cuando se enferma una persona no se enferma el cuerpo sino un sujeto en su integralidad. Este sistema, sin embargo, lo que hace es dejarlo absolutamente solo para que luche contra esa infección viral desde su propia y exclusiva capacidad, hábitat, capital material y resistencia. Sin ningún tipo de contacto con algún familiar o vínculo social significativo, ello supone abrir una diferencia abismal entre las personas, según sus posibilidades individuales de superar una enfermedad en condiciones de aislamiento total.

Si bien es cierto que el aislamiento físico resulta necesario para reducir y prevenir las posibilidades de propagación y transmisión del virus, lo que no puede hacerse es soslayar el muy alto costo que tiene el aislamiento para las personas enfermas, especialmente para aquellas que por razones culturales, sociales o económicas, dependen más de sus redes sociovinculares

y comunitarias. La eficacia del sistema sanitario público no sólo depende de generar más camas y tener más personal, sino también de que las personas no se sientan totalmente aisladas y abandonadas en su forma de transitar la enfermedad.

Lo que estamos planteando es que la inmovilización humana en unidades residenciales de nuclearidad familiar para los colectivos más vulnerabilizados, caracterizados por el mayor desarrollo de estrategias de supervivencia y dinámicas sociovinculares de base comunitaria no nucleares, conlleva un agravamiento absoluto y relativo de sus condiciones de vida respecto de otros sectores sociales. Esta circunstancia –especialmente reflejada en la realidad de villas y barriadas de las zonas metropolitanas de las grandes ciudades, también merece ser denunciada en su clasismo, etnocentrismo, androcentrismo, adultocentrismo y racismo excluyente, explícito o subyacente.

VII.4. Población migrante y desplazada

En un modelo que básicamente reduce la posibilidad de movilidad territorial la población migrante se encuentra especialmente afectada, porque va a quedar confinada en territorios en donde no tienen redes socio vinculares amplias.

El cierre de fronteras ha sido una de las primeras medidas adoptadas por los Estados a nivel mundial. Esta medida implica necesariamente un aumento más que significativo de personas en situación de migración forzosa internacional y dentro de cada uno de los países. La precarización laboral, las imposibilidades de acceder a derechos básicos como la educación, la salud o la seguridad social sin DNI, las situaciones de vulnerabilidad de las mujeres frente a las violencias machistas y a la explotación sexual, entre otras; configuran un proceso de deshumanización de las personas migrantes (Butler, 2009).

Por otro lado, el actual gobierno nacional dispuso un Ingreso Familiar de Emergencia (IFE) para trabajadores informales y monotributistas de las primeras categorías. Esta medida, al igual que la AUH, requiere de la “residencia legal” de al menos dos

años en el país y de DNI. Ahora bien, la ausencia de políticas públicas de regularización migratoria del anterior gobierno nacional no ha hecho más que elevar a cifras exorbitantes el número de personas sin acceso a los trámites de radicación —y por ende a la obtención de DNI—. En consecuencia, gran parte de la población migrante queda excluida de acceder a dichas prestaciones.

Varias autoras y autores (entre otras, Gil Araujo y Rosas, 2020, con quienes coincidimos) proponen que la categoría de “habitante” de un territorio amplía de manera significativa la perspectiva de derechos frente a los estatus jurídicos de “residente” o “ciudadano” utilizados hasta el momento. Esta categoría elimina las distinciones para el acceso a derechos básicos y está reconocida en la Constitución Nacional, cuando establece que el Estado se compromete a “...asegurar los beneficios de la libertad...para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino...” (Preámbulo) y que “...Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos ...” (Artículo 14 y cc.). Se trata de una reivindicación necesaria, no solo en un contexto de emergencia sanitaria vinculada al reconocimiento de la personalidad humana como sujeto de derechos. Las personas migrantes viven situaciones de profunda precariedad material y simbólica, donde más de una vez el acceso a derechos parecería ser un privilegio. Por ello, insistimos, la figura de “habitante” constituye una herramienta legal y discursiva más que necesaria para garantizar sus derechos humanos.

VII.5. Trabajadores/as mercantiles remunerados/as

Las y los trabajadores de los denominados servicios esenciales son aquellos/as que están destinados/as a dar respuesta directa a la atención de personas; por ejemplo, los/as agentes sanitarios. Pero podríamos pensar también en aquellas personas que han tenido que interactuar en un espacio público restringido así dispuesto en tiempos de pandemia, como por ejemplo, los recolectores de residuos o el personal de seguridad.

Estas personas no contaron con equipamiento adecuado, oportuno y suficiente, ni mucho menos con un dispositivo de acompañamiento apropiado para la psico-profilaxis sociolaboral y el abordaje de su salud mental.

Las personas trabajadoras del sistema de reparto domiciliario tampoco fueron específicamente previstas; no sólo se las explota, como ya se lo hacía habitualmente con pseudos contrataciones de personal autónomo, sino que hoy esas condiciones las/os dejan totalmente a la intemperie. Incluso el Estado, con la tecnología disponible —por ejemplo, aplicaciones para la geolocalización— podría haber previsto la organización de un dispositivo para facilitar la gratuidad de los envíos a domicilio de toda la sociedad. Esto hubiese reducido, también, la afectación de toda la dinámica mercantil y las condiciones laborales y familiares de las personas que necesitan trasladarse de sus domicilios.

En el caso del personal de seguridad, se construyó un imaginario de intervención puramente represivo, muy lejos de los modelos de una policía comunitaria, sin ningún tipo de capacitación o entrenamiento para la aproximación empática de los sujetos ni para acompañarlos en su comprensión de la necesidad de confinamiento. Estos mismos agentes han quedado más que expuestos y se han transformado en posibles agentes de transmisión y contagio; desarrollando sus actividades y los operativos sin los recursos ni los insumos necesarios para hacer una real prevención.

Por otro lado, se han propuesto múltiples formas de teletrabajo. Es cierto que ya había con anterioridad a la pandemia, una tendencia creciente al trabajo individualizado y domiciliario. En realidad, es parte de un proceso más amplio en el que —en una economía de servicios— los aspectos presenciales han perdido parte de su necesidad. En efecto, la tendencia al teletrabajo era previa a la COVID-19, especialmente en ámbitos de mayor vulnerabilidad laboral y capacidad patronal para la mayor explotación. Una vez más, con la pandemia lo que ocurre es que

los procesos en marcha se han agudizado, trasvasando desde los sectores más precarizados al conjunto de la población.

Sin embargo, no todos los sacrificios a los que se ha incoado a la población eran inevitables. Se ha forzado a realizar el trabajo con insumos familiares, naturalizado el uso de recursos personales como el internet y las propias computadoras y esquemas de organización. A ello se le suma la virtualización del proceso de escolarización de personas menores de edad, que implica la exacerbación de la transferencia de las tareas de cuidado y apoyo —principalmente en las mujeres—. Cuando se está confinado en el hogar también se reproduce la superposición y la multiplicidad de tareas, de tal forma que el teletrabajo viene a acentuar aun más las dificultades para dar cobijo al derecho a la desconexión laboral mercantil. Si bien el carácter tuitivo del derecho laboral ofrece cierta protección al respecto, estas condiciones laborales no están explícitamente legisladas, ni sometidas a convenios colectivos de trabajo o paritarias que la contemplen (Távora, 2020). Ello, además de prestarse a diversos abusos, machaca en las desigualdades ya existentes de feminización de los cuidados de la vida humana.

En consecuencia, nuevamente surge la pregunta: ¿Cómo asumir colectivamente la distribución de responsabilidades laborales y qué sacrificios o esfuerzos por parte de toda la población o de algunos sectores resultan necesarios para que eso no recaiga en los sectores más vulnerabilizados?

Respecto a las personas que trabajan en el pequeño comercio urbano de proximidad también caben hacer algunas reflexiones. La concentración oligopólica que caracteriza nuestras economías presenta una gran carterización de las cadenas de producción y comercialización de insumos básicos para la vida cotidiana de las personas inmovilizadas residencialmente. Una política de control de precios no puede sino dirigirse de forma absolutamente prioritaria a estos sectores mercantiles y sus grandes superficies de ventas. Sin embargo, fueron sistemáticamente autorizadas por el Estado a funcionar sin mayores

limitaciones, lo que conllevó a una competencia despiadada por los márgenes de ganancia. Esta situación dejó en condiciones realmente adversas a todo el mercado minorista.

Así, el mercado minorista quedó contra las cuerdas. Su única estrategia de comercialización viable ha sido buscar su subsistencia en la oportunidad comercial, a veces vinculada a la franja horaria de atención al público, a veces a la relación de vecindad o proximidad, y otras en calidad de prestamista fiduciario de última instancia de personas de la economía informal sin más aval que la palabra empeñada. En cualquier caso, trabajan con una escala de comercialización muy baja en términos cuantitativos, que obliga a procurar un margen de ganancia por producto en base a un mayor precio que el de las grandes superficies. Efectivamente, puede detectarse una suba de precios en mercados minoristas, sea por el menor circulante monetario y/o por la caída de las ventas. La consecuencia será el aumento de la tasa de ganancia por producto vendido, aunque con una reducción en el número de ventas en comparación con su situación anterior a la inmovilización human residencial ordenada por decreto.

No obstante, las/os pequeñas/os comerciantes han sido presentados/as —torpemente—, como personas simplemente avaras que tienen el mismo afán de rentabilidad que cualquiera de estos corsarios de las grandes superficies. No parecen entender el impacto de las dinámicas de hiper concentración de las ventas en las grandes superficies y supermercados durante el confinamiento residencial. Esta generalización debe ser revisada para evitar la estigmatización de pequeños/as comerciantes que, en todo caso, sostienen los intercambios de base comunitaria. Porque, como sabemos, ellos/as no se han ido de sus zonas de residencia por hincarse en fortunas millonarias.

VII.6. Población inmovilizada en instituciones totales

Finalmente, cabe mencionar a las poblaciones que se encuentran transitando las diversas instituciones totales; poblaciones

que están básicamente en situaciones de confinamiento, de encierro o de privación de su libertad.

Todas las instituciones totales comparten algunos rasgos comunes, ya sean geriátricos, psiquiátricos, institutos para personas menores de edad o cárceles. Uno de los rasgos que comparten es que esta modalidad de confinamiento no presupone una concentración reducida de personas. Son modelos que implican, por definición, la masificación, sin ninguna relación con las medidas previstas para ordenar la inmovilización residencial. Más aún, se presenta casi siempre con una realidad de sobre-masificación, lo cual implica que, como estrategia de abordaje preventivo epidemiológico, sea un dispositivo más que paradójal.

Otra particularidad es que esa concentración de personas se produce en la interacción permanente con el personal de contacto que constantemente entra y sale de esas instituciones totales. Su situación de riesgo se ve fuertemente exacerbada, además, porque muchas de las personas son inmuno-suprimidas. En esto, las grandes silenciadas y olvidadas, las que nunca se nombran ni se les permite organizarse ni expresarse, son las personas que se encuentran confinadas en los institutos psiquiátricos.

Otro colectivo que esta invisibilizado son las personas convivientes en geriátricos y centros de día o nocturnos. En muchos países ya está claramente desarrollada la institucionalización de la mercantilización de la vida humana. Allí vemos situaciones en las que se han encontrado a más de 20 personas adultas mayores muertas en un geriátrico. Esto, nuevamente, nos genera una tensión como sociedad, donde la perversión del sistema se expresa en la terrible paradoja de que aquellos lugares para cuidar son los verdaderos agentes de muerte, del “dejar morir” o incluso, del “hacer morir”.

Finalmente, creemos necesario puntualizar, lo que resulta un verdadero oxímoron infectológico. Las instituciones totales con personas privadas de libertad, que no solo implican una gran concentración de personas conviviendo, sino que la

concentración de personas es forzosa e impuesta por el propio Estado que los/as obliga a ese tipo de confinamiento. A más de ello, en el caso de las personas privadas de su libertad nos encontramos con una población en su gran mayoría condenada por delitos menores o incluso solo procesados. Y en caso de existir condenas, en general los hechos están vinculados a delitos contra la propiedad o están íntimamente relacionados al consumo de estupefacientes.

Por otra parte, se trata de una población con una alta tasa de factores de riesgo por enfermedades previas, donde las medidas para evitar su contagio son extremadamente reducidas. El aislamiento territorial de esos espacios de concentración de personas se centra casi exclusivamente en la restricción de las visitas y/o sus interacciones, sin adoptar ningún tipo de medida efectiva con el personal penitenciario que se encuentra en interacción permanente y rotativa con la población encarcelada.

Toda esta realidad en épocas de pandemia también deja entrever una tensión desorbitante en las lógicas jerárquicas de los derechos y deberes en juego: el deber de punición y control, frente el derecho a la vida y la supervivencia. Pareciera que la única medida factible para que estas personas no se instituyan en el descarte poblacional de nuestras sociedades es el confinamiento en unidades convivenciales de pequeñas dimensiones.

De este modo, la principal medida eficaz para reducir los daños que el Estado provoca a la propia población confinada en establecimientos penitenciarios, no puede ser otra que la desmasificación y la consecuente ubicación en lugares de menor concentración de personas. Esa es la única posibilidad real de evitar el verdadero genocidio en acto que implica la actual política penitenciaria en épocas de coronavirus.

En consecuencia, observamos la necesidad de un abordaje alternativo al modelo securitario del control del cumplimiento de la inmovilización humana residencial en sus diversas fases, incluso para la eficacia del propio modelo previsto.

En este punto, podemos remitirnos al concepto acuñado por el jurista Raúl Zaffaroni, para referirse a las realidades del sistema carcelario mucho antes de la pandemia: el “genocidio por goteo” (Zaffaroni, 2015), es decir, la eliminación sistemática o generalizada de un grupo humano. El grupo humano víctima tendrá algo en común ya sea la etnia, la nacionalidad o el estar preso; lo sistemático significa que existe una estructura que permite o promueve la muerte y lo generalizado quiere decir que las muertes son múltiples. Como sabemos y es voz populi, las cárceles y otras instituciones totales como las que hemos mencionado son “depósitos” de personas donde la vida y la muerte están divididas por muy finos hilos. Solo queda saber si en contextos de pandemia este genocidio, será por goteo o a chorros.

VIII. Regulación de la movilidad y circulación desconcentrada de personas

Ya sabíamos que las pulgas sueñan con comprarse un perro. Ahora nos consta que los/as infectólogos/as del mundo, al servicio de los Estados y sus decisores gubernamentales, sueñan con un confinamiento inmovilizador de la humanidad. Pero... ¿Era previsible una pandemia? Sí, lo era e incluso ya venía siendo anunciado por la OMS y por diversas personalidades y organizaciones sociales y científicas (Ramonet, 2020, PNUMA, 2016). ¿Era previsible la necesidad de pruebas de laboratorio o test masivos? Sí. ¿Era posible la realización de test masivos? Sí, claro. Y ante la detección temprana de potencial transmisión comunitaria del coronavirus SARS-Cov-19, ¿Es posible la cobertura total de test a personas susceptibles de contagio? Sí. Y si no hay o no se dispone de dichos test, ¿Se agotaron todas las vías posibles de conseguir/producir el test? Nos preguntamos incluso, ¿Se podría simplemente ordenar que quien tuviese síntomas o sea un paciente asintomático con indicadores de riesgo adoptase voluntariamente el autoconfinamiento? Sí. Entonces, solo en el caso de no confiar en la autogestión social cabría

como única medida la inmovilización preventiva y obligatoria de todo el mundo. Eso sí, lo que siempre es posible si hay test para todos/as, es hacer pruebas de laboratorios masivos y confinamientos solo a las personas contagiadas, de manera mucho más fácil y económica que a toda la población.

Entonces, la medida de confinamiento para la inmovilización masiva se explica sola. Surge como consecuencia de la ausencia o falla de política pública sanitaria respecto de la disponibilidad pruebas de laboratorio para una selección de la población. Y como resultado, también, de la falta de una política pública de salud mental comunitaria, que garantice el acompañamiento psicosocial, comunitario y económico necesario para evitar la concentración de personas, en condiciones de distanciamiento físico, higiene personal y desinfección espacial. Ante estas faltas no hay otra manera de actuar que no sea, claro, encerrando a todo el mundo en casa y reprimiendo y penando a quien no lo pueda cumplir —o no lo quiera hacer, en ejercicio de derechos no restringidos por ninguna sentencia judicial—.

Otro aspecto se relaciona con la valoración del riesgo y las potenciales consecuencias del fracaso de la misma; es decir, la proporcionalidad de la medida. Se trata de ponderar los efectos de la inmovilización, no con la situación epidemiológica actual, sino con el riesgo y los eventuales daños sociales y personales que puede conllevar esta medida respecto de aquellos que se quieren evitar. Por ejemplo:

- Si se extiende, no hay vacunas, no hay curas y, por tanto, habría consecuencias atroces.
- Si se extiende en un tiempo breve y próximo, el sistema sanitario colapsaría (lo que transforma en determinante, ganar tiempo para hacer el sistema sanitario con mas infraestructura y personal, es decir, se restringen derechos para desarrollar políticas que permitan implementar el derecho a la salud),
- Si se extiende en ciertos espacios, no se podría evitar la transmisión en las aglomeraciones con concentración

de personas (hogares de barrios populares o instituciones totales que conlleva una alta tasa de contagio).

Así, la inmovilización no resulta ser la medida más efectiva para abordar la enfermedad de la COVID-19, ni para evitar la circulación o transmisión del virus SARS-Cov-19. Es solo lo más eficiente para obtener el tiempo necesario a los efectos de poder asumir los déficits de la política pública de salud al momento de producirse la previsible pandemia.

Son muchas las medidas a diseñar y los dispositivos a implementar, para graduar algún tipo de contacto que no implique el aislamiento permanente de las personas en espacios físicos diferenciados —y sin que ello conlleve, claro está, la interacción masiva en el espacio público o en espacios físicos cerrados—.

Entre esas medidas están:

- Test masivos para el conjunto de la población.
- Cuarentenas selectivas para grupos de personas enfermas o personas de grupos de riesgo biomédico.
- Reuniones manteniendo distancia física de 1 metro, como por ejemplo en un supermercado.
- Infraestructura para interacciones físicas antipandémicas, como por ejemplo en una farmacia.
- Insumos y tecnologías para higiene personal y desinfección física espacial (logística de horarios, antiaglomeraciones, reducción de densidad poblacional, desinfección, vestimentas y objetos especiales, etc.).

Es evidente también que en los pueblos pequeños sin transmisión comunitaria del virus, es totalmente viable la adopción de medidas de inmovilización comunitaria no residencial (permitiendo desplazamientos dentro de un pueblo externamente aislado). En lugares con alta densidad poblacional la medida tiene una mayor complejidad pero, aun así —si están puestos los objetivos en evitar la concentración de personas restringiendo y afectando lo menos posible los derechos— es viable.

Otra propuesta es el denominado “Pasaporte sanitario”, consistente en una serie de controles previos —y generalmente

voluntarios— de las personas para que se “visen” un conjunto de indicadores de ausencia de carga viral en el organismo, con un eventual seguimiento por geolocalización o red móvil internacional (Ramonet, 2020). Esto permitiría la libre circulación de las personas sin afectación de sus derechos.

Desde otra perspectiva, también cabe destacar que el ocio y esparcimiento en el espacio público no provoca, necesariamente, concentración de personas, si el mismo es regulado (distanciamiento, densidad poblacional movilizadora presunta, etc.). La concentración de personas es provocada por el ocio desregulado y la producción masiva de mercancías para la renta del capital (porque la producción para el autoconsumo, tampoco) ¿Que tanto pierde —o cuanto menos gana— el gran capital? Se podrían privar o restringir menos derechos —por ejemplo, a la convivencia comunitaria, a la visita y relación familiar o por círculos relacionales con asistencia técnica de proximidad—, pero necesariamente la gradualidad debería discriminar lo que más concentración de personas genera: la producción mercantil de bienes.

En el ámbito de las relaciones personales podrían generarse con agentes de salud comunitaria, modalidades de aproximación y interacción familiar segura y asistida. Por ejemplo, de contacto entre integrantes de familias extensas que, sin entrar en la interacción física, puedan reducir el impacto producido por el aislamiento vincular. Se trataría de permitir el contacto directo —con los controles necesarios e incluso a una distancia prudencial— durante determinado tiempo, en lugares acondicionados para ello.

Otra medida fundamental para prevenir la enfermedad de la COVID-19 es la organización del dispositivo sanitario para la atención médica fuera del modelo médico hegemónico tradicional de la enfermedad. Para ello, es fundamental, asumir las perspectivas feministas interseccionales que nos señalan la confluencia de los regímenes de bienestar y las políticas públicas de salud en la asunción de tiempos y tareas de cuidados desde los sectores comunitarios, privados y estatales. En efecto, no

corresponde asimilar las políticas públicas a las prestaciones estatales. La propia comunidad ha tenido que asumir autogestionadamente gran parte de dichos cuidados, especialmente respecto a la salud mental de la población no hospitalizada en la sección de agudos.

Así, el dispositivo sanitario debe ser reconocido y diferenciado en por lo menos 3 instancias de abordaje de la COVID-19. En primer lugar, encontramos la situación de aquellas personas asintomáticas o eventualmente con síntomas menores. Su abordaje requiere una intervención estatal reducida a la regulación de la medicalización y el seguimiento de un confinamiento domiciliario. El sistema sanitario público absorbe, descansa y descarga —casi por completo— en los propios recursos comunitarios residenciales, es decir, en las unidades de convivencia familiar —en general y mayoritariamente, en las mujeres que lo integran—. En consecuencia, la gestión de la prevención y los insumos necesarios para evitar el contagio de quienes van a estar recluidos en una casa, implica una delegación de la logística y los cuidados sanitarios respectivos, al sector más feminizado de la comunidad.

En segundo lugar, encontramos la situación de aquellas personas con síntomas graves, cuyo abordaje requiere una internación y asistencia hospitalaria. Eso implica una disponibilidad de camas, acompañamientos e infraestructuras que no disponen los endebles sistemas sanitarios estatales y privados. En consecuencia, el sistema sanitario público se nutrirá no solo de los recursos de salud estatales (una parte de la infraestructura de internación hospitalaria y de los centros de atención primaria) y privados (camas en sanatorios, clínicas y hospitales privados). Incorporará también los recursos de salud comunitarios residenciales (hogares con capacidad de absorber total o parcialmente los cuidados intensivos) y no residenciales (gimnasios, clubes deportivos, y otras infraestructuras comunitarias en condiciones de servir como improvisados campamentos sanitarios) para permitir que una gran cantidad de personas reciba los cuidados intermedios y los acompañamientos sanitarios correspondientes.

En tercer lugar, encontramos la situación de aquellas personas con síntomas agudos, cuyo abordaje requiere una intervención y asistencia hospitalaria en zonas de terapia intensiva o con asistencia respiratoria. En estos casos, se ha pensado el abordaje del tratamiento de la enfermedad desde el dispositivo de asistencia médica hospitalaria. En efecto, el sistema sanitario público se ha diseñado casi exclusivamente desde los recursos estatales hospitalarios, básicamente en modalidades de mayor aislamiento posible de las personas enfermas.

Como puede verse, los dispositivos de salud pública han contado predominantemente con recursos estatales, privados y comunitarios destinados al abordaje de personas portadoras del virus SARS-Cov-19. Pero poco y nada han instrumentado para el abordaje de la salud mental de toda la población y el acompañamiento de los cuidados de la vida humana, tanto en las tres instancias mencionadas como en personas no contagiadas, especialmente en el enorme espacio intermedio que hay entre la autogestión de los efectos de la inmovilización residencial en unidades de convivencia familiar y la atención de personas con cuidados en la internación intrahospitalaria.

Por último, cabe decir que muchas de estas medidas han sido implementadas progresivamente, desde el momento en que este artículo comenzó a pensarse. Es posible entonces que algunas afirmaciones y discusiones puedan ir quedando saldadas. Pero lo que no se ha modificado, es la lógica de excepción y la consecuente restricción de derechos que estas medidas aún suponen y que siguen afectando de modo muy diferencial a sectores totalmente excluidos de las lógicas de implementación de las políticas públicas. Por ello, insistimos, la premisa inicial continúa siendo el confinamiento y la restricción de derechos.

IX. El modelo iushumanista, comunitarista democrático participativo, como alternativa de control del cumplimiento de la movilidad desconcentrada de personas

Resulta imperioso reaccionar ante la propuesta estatal de regulación y control que promueve conductas asertivas

absolutamente funcionales a la adhesión acrítica de órdenes estatales. Como sociedad no podemos limitarnos a reproducir las máximas positivistas “dura lex, sed lex” (dura es la ley, pero es la ley), perspectiva en donde la ley hay que cumplirla porque es la ley.

En realidad, la capacidad de obediencia que tiene la sociedad es apabullante. Cualquier sistema social funciona a partir de la obediencia, y no solo en los regímenes totalitarios; la democracia misma se basa en la obediencia voluntaria a la decisión colectiva soberana, asumiéndolas con responsabilidad y lealtad. La distinción la encontramos en la concepción del poder. Podemos referirnos a la orden estatal como disciplina de obediencia a los pueblos que lo integran, construida en base a consensos sociales compartidos por los sectores más excluidos de la misma. O podemos referirnos al poder estatal como expresión de su capacidad de forzar la obediencia a decisiones sin consenso democrático en beneficio de los sectores dominantes. La diferencia es relevante; de ello devendrá el ejercicio del poder estatal como un mandato de obediencia popular, o como un acto de mera dominación social (Dussel, 2016). Incluso, cualquier convivencia humana basada en normas compartidas implica un cierto grado de obediencia voluntaria en las formas toleradas de desobediencia. En cierta jerga se la denomina tener “códigos”, en otras son imperativos morales, pero lo cierto es que rebelarse puede ser también, en ciertos casos, una obligación.

En este sentido, más de una vez, gran parte de la población debió asumir la lucha contra su propia “zona de sacrificio” ante leyes o decisiones gubernamentales que resultaban profundamente injustas. Entonces, se apeló al legítimo recurso de resistir a la opresión, como derecho a resistir al derecho positivo vigente. Para Rita Segato, la ley es

“...un campo de lucha donde, sin duda, el juego de las fuerzas en conflicto y el control de la fuerza bélica es decisivo, en última instancia. Su legitimidad y el capital simbólico que representa para la clase que la controla y administra depende de que contemple desde su estrado

un paisaje diverso, en cuyo contexto preserva la capacidad de mediación...” (2004, p. 6).

El derecho puede quedar absolutamente viciado, licuado en esta máxima de cumplir la ley por su mera fuerza normativa, sin ninguna canalización institucional efectiva para poner en valor los propios derechos humanos como constructo axiológicamente superior de los estados democráticos de derechos. En esas circunstancias, resulta una opción necesaria la resistencia a ese marco normativo. Se les propone a extensos colectivos vulnerabilizados de la sociedad su resignada asunción de prácticas sanitarias. Para ellos, tal mansa asunción no puede resultar sino en su automutilación extirpadora de la sociedad. Por esta razón, la respuesta social que estos colectivos dispongan ante la pandemia debe pasar por la gestión y organización comunitaria de prácticas que no les resulten suicidas, se adapten o no a ciertos actos administrativos ministeriales.

Otro aspecto del análisis tiene que ver no ya con el mero condicionamiento por amedrentamiento o represión para que se cumplan las normas que establecen la inmovilización residencial, sino con las causas de los “incumplimientos”. Observando esas causas, vamos a encontrar condiciones de factibilidad material absolutamente desiguales. Un ejemplo son las personas cuyas estrategias de supervivencia se nutren de la explotación económica por la venta mercantil ilegal de su fuerza de trabajo (changarines, trabajadoras de casas particulares, empleados tercerizados como falsos autónomos, entre otras). Ante el confinamiento domiciliario, éstos se encuentran con la pérdida casi total de sus ingresos dinerarios y la paralización y/o ruptura total de las redes socio-comunitarias de solidaridad e intercambio en especie de bienes y servicios indispensables para su subsistencia. Claramente, su remedio no será una prestación económica excepcional de \$10.000 en los grupos familiares con personas menores de edad o bonos de 3000 pesos para jubilados/as; el abordaje requerido es mucho más complejo.

Por otro lado, en condiciones tan adversas como las de estos colectivos, se hace inviable sostener el confinamiento

exigido con la Inmovilización Humana Residencial Masiva, sin poner a disposición los dispositivos de contención psicosocial y vincular requeridos para cumplir con esta medida.

En efecto, resulta necesario reforzar esta construcción vincular y comunitaria en toda su complejidad e integralidad. No se trata de salir a tomar el aire y dar una vuelta, como quien satisface una necesidad fisiológica propia o de los perros que se paseen. Se trata de una respuesta psicosocial de fortalecimiento comunitario y re-construcción de la malla vincular de contención de las personas, procurando que el aislamiento y distanciamiento social no se transformen en aislamiento vincular. Ante cada pandemia debe asumirse que las personas necesitamos vincularnos incluso físicamente, tejiendo estas redes de construcción y convivencia comunitaria.

Ello requiere de dispositivos de intervención que aborden las necesidades sentidas de la sociedad durante su confinamiento. El personal de salud mental comunitaria debe coadyuvar a un trabajo colectivo con todas las personas damnificadas por las medidas preventivas adoptadas en virtud de la situación crítica —y no necesariamente, o solo, sobre las personas con patologías psíquicas preexistentes—.

Estos modelos son, respecto a la Inmovilización Humana Residencial Masiva, mucho más efectivos; por lo menos, en términos de respeto de los derechos humanos, del derecho a la vida, a la salud, del derecho de reunión, de los derechos de relacionamiento social y, especialmente, para ejercerlos en una democracia participativa que inocular como paradigma su menor restricción posible.

En consecuencia, cabe partir de una intervención direccionada a re-vincular, para escuchar activamente, interactuar con estas personas confinadas, y enfrentar las limitaciones y violencias de los modelos de control que no buscan las causas generadoras de las pandemias y sus enfermedades. Construir, en definitiva, estrategias de sostenimiento de los confinamientos en las situaciones de desastres, con capacidad de intervenir

social y comunitariamente en la generación de dinámicas de encuentro y contención comunitaria (Di Nella, Y. y Di Nella, D., 2020).

En suma, como afirmó ya en los años 50 del siglo pasado Pichón Riviere, “...En tiempos de incertidumbre y desesperanza, es imprescindible gestar proyectos colectivos desde donde planificar la esperanza junto a otros...”.

X. Reflexiones Finales

Ya no es novedad que el capitalismo salvaje y sus diversas formas de crueldad, no resultan sustentables para la vida humana ni para los recursos naturales que nos rodean. Tampoco lo es que esta pandemia nos encuentra en sociedades absolutamente desiguales. En muchos países se anuncia como respuesta a ello en la post-pandemia COVID-19, la inyección de grandes sumas de dinero público y un rescate universal. Aspiran a que con eso se garantice un orden —o por lo menos cierto orden o estabilidad mundial—, apto para sustraer del devenir las acciones de protesta y la reconducción que puedan incoar los movimientos sociales. El tardocolonialismo financiero pretenderá tranquilizar así a las masas, en base de medidas que no afectarán la distribución del poder y la riqueza. Es un retorno —al menos, metafórico— al impulso del Estado de Bienestar, que justamente llegó después de una crisis.

Para su implementación, se está diseñando un centralismo estatal con capacidad de imponer reglas comunes para toda la población. Lo primero que aparece, es que la principal de estas medidas ha sido el denominado aislamiento preventivo social y obligatorio. Según hemos justificado aquí, esta medida es en realidad una inmovilización humana residencial masiva por confinamiento forzado en unidades de convivencia familiar nuclearizada con privación y/o restricción generalizada de derechos, a los fines de reducir la concentración de personas. Lo segundo a observar, es la exacerbación de los rasgos tradicionales del Estado gendarme para procurar su cumplimiento: cierre

de fronteras; restricción generalizada de derechos; vaciamiento del espacio público; condicionamiento de las estrategias de organización comunitaria; homogeneización de la diversidad de determinantes sociales de riesgos de contagio a través de la sobre ponderación de las personas de riesgo por determinantes biopolíticos. Así, las personas de edad avanzada, las mujeres en situaciones de embarazo o las/los trabajadores sanitarios, serán los únicos destinatarios de la protección, asimilándolos al concepto de población de riesgo. El resto, debería estar totalmente integrado a sus reglas estandarizadas, centradas en la medida de la inmovilización masiva referenciada mediáticamente por el excluyente lema “#Quedate en casa”. Pero la realidad es tozuda; los efectos de las medidas estatales son claramente diversos en cada colectivo o comunidad en particular.

En escenarios como el actual, los derechos humanos no pueden ser privilegios de unos pocos. El reconocimiento como sujeto de derechos, inherente a la condición humana, es una obligación internacional asumida por los Estados en múltiples Tratados internacionales. La condición de “habitante” del mundo debería bastar para garantizar el acceso sociológicamente igualitario a esos derechos, porque recordemos: ninguna persona puede ser ilegal.

Desde este enfoque de derechos y de forma más propositiva, la congruencia y proporcionalidad reclamada a las medidas adecuadas para la prevención de la transmisión comunitaria del virus SARS-Cov-19 la encontramos en las adoptadas por diversos países que se han encargado de reducir o eliminar —con muchísimo éxito— las negativas consecuencias descriptas en este trabajo. La principal de las medidas ha sido la selectividad de las personas que quedan obligadas al confinamiento, evitando esa anticipación genérica que conlleva la inmovilización humana residencial masiva. Para ello, como hemos comentado, dispusieron de pruebas de laboratorio por test de coronavirus con un dispositivo muy ampliado pero destinado exclusivamente a aquellas personas que portan la enfermedad y de todas las personas de su entorno. A estas personas se las somete a

medidas muy estrictas y obligatorias de confinamiento, pero no al resto de la sociedad que, aun con las precauciones sanitarias correspondientes, se mantiene en pleno ejercicio de sus derechos. El control sobre las personas portadoras de la carga viral se efectúa, además, durante un tiempo limitado y articulado entre el de cuarentena y el del tratamiento de la enfermedad.

Por supuesto, hacer ese seguimiento cuando hay 100.000 personas contagiadas es radicalmente diferente a cuando hay 1000 personas. Desarrollar ese control con premura es lo que garantiza la capacidad de anticiparse a la circulación comunitaria del virus y a la transmisión de la enfermedad para poder adoptar medidas de desconcentración de personas que no conlleven la inmovilización humana residencial masiva de toda la población. Subsidiariamente, y antes que la inmovilización masiva, cabe recurrir a medidas de control por pruebas de hisopados o test para toda la población, es decir, también para los casos asintomáticos con susceptibilidad de riesgo de contagio.

Este tipo de control del contagio permite que la persona asuma su responsabilidad. A su vez, da la posibilidad de saber si se porta el virus o no, incluso siendo asintomático. Consecuentemente, las medidas se efectúan con mayor tranquilidad y predisposición que en el caso del confinamiento por mera anticipación. Asimismo, la actividad social y comunitaria se vería mucho menos afectada, al igual que el régimen de salud pública, previniendo su saturación.

Recordemos también que para algunas personas y grupos sociales es muy fácil cumplir la inmovilización residencial; y para otras es prácticamente imposible o inevitable. Es necesario diferenciar, matizar y adecuar a cada habitante y a los diversos grupos sociales las políticas públicas efectivas para que no deriven en un igualitarismo puramente formal. Ello incluye la construcción de indicadores de éxito de las políticas públicas que —por su generalización o referencia a la media del conjunto de la sociedad— no se tornen absolutamente arbitrarias para la gran mayoría de sus destinatarias.

En esa dirección, los Estados deben evitar el mero despliegue de agentes de ley y orden para el control punitivo-represivo de la población. Por el contrario, caben políticas públicas integrales que garanticen también y principalmente agentes de salud comunitaria para el acompañamiento y primeros auxilios psicológicos de toda la población. Por un lado, claro está, incluyendo a la que quedará en confinamiento físico diferenciado. Y por otro lado, con dispositivos de salud socio-comunitarios para el resto de la población, de tal forma que puedan cumplir en las mejores condiciones posibles el distanciamiento físico, la higiene personal y la desinfección de su espacio circundante.

El modelo de abordaje de la pandemia que se ha propuesto en este texto, de intervención selectiva y contención comunitaria de la salud mental de toda la población, no incita a la ausencia de medidas socio-sanitarias al solo efecto de facilitar la producción mercantil; no adhiere a la temeraria abstención o dejación de cometidos estatales indelegables en materia de salud pública; no pretende exarcarbar las libertades individuales de los privilegiados de siempre en detrimento de los derechos de los colectivos más vulnerabilizados a su supervivencia. En cambio, es un modelo que no afecta la integralidad de los derechos humanos, ni confunde la prevención de transmisión viral con una difusa anticipación de mediatas o remotas relaciones de causalidad entre las acciones humanas restringidas y el riesgo real a evitar. Las medidas llevadas a cabo en las primeras semanas de confinamiento residencial familiar, han permitido que el régimen de salud pública se recueste casi exclusivamente sobre los recursos socio-comunitarios de cuidados en el ámbito doméstico, generalmente feminizados. También, han sido aptas para dotar de tiempo a los sectores estatales para el montaje de estructuras sanitarias de emergencia biomédica, que no obstante las retrataron en su precariedad.

Aunque sabemos que muchas de las consideraciones y propuestas al momento de escribir este artículo han comenzado a ser implementadas, seguimos insistiendo que no estamos ante un estado de excepción y que las consecuencias de las medidas

sobre los colectivos más vulnerabilizados pueden ser —en términos socioeconómicos y en cantidad de muertes derivadas— aún peores que los del propio virus.

Por eso, no podemos dejar de observar y revisar las consecuencias nocivas de la delegación del poder decisonal sobre los asuntos que nos afectan a todos/as en instancias centralizadas y concentradas del ámbito gubernamental. Las personas que deciden en nombre de esos gobiernos siguen siendo personas de carne y hueso que están resolviendo hasta sobre nuestras vidas. Como pueblos, no podemos quedar al designio de la voluntad artesanal del/la buen/a o mal/a gobernante/a de turno. Las consecuencias que padezcan nuestras comunidades ante esta pandemia tampoco deben quedar sometidas a las características personales de quienes, circunstancialmente, nos gobiernan.

La inmovilización humana residencial puede y debe ser sustituida por medidas cogestionadas intersectorialmente, más eficientes y justas. Esas formas de democratización participativa y comunitaria de la gestión y abordaje de las situaciones de desastres, catástrofes y otros incidentes críticos, como la pandemia de la COVID-19, son la única garantía de obediencia de la representación política al poder popular soberano. De otra forma, la representación política se constituye en mera dominación social al servicio de los sectores dominantes del tardo-colonialismo financiero.

Resulta imperioso, entonces, apropiarnos del territorio que habitamos, anclándonos en un paisaje que excede lo estrictamente natural. Lejos de las lógicas capitalistas, debe hacerse desde la plena consciencia que nos constituye y sostiene vincularmente con quienes compartimos la vida.

Salvar vidas y asumir el resto de las consecuencias de las pandemias ya desatadas, puede y debe hacerse, democratizando los espacios públicos y comunitarios necesarios para reducir sus daños y erradicar las causas que las generan. Nos gusta pensarlo. Y tenemos el derecho de hacerlo.

XI. Referencias bibliográficas

- Almeda Samaranch, Elisabet (20/04/2020). Cárceles de mujeres y desigualdad en época de coronavirus. Columna del Col·lectiu de Solidaritat amb els Països Catalans de Viedma-Patagones. Recuperado el 30/04/2020 de <https://www.adalqui.org.ar/carceles-de-mujeres-y-desigualdad-en-epoca-de-coronavirus/>.
- Almeda Samaranch, Elisabet; Camps Calvet, Clara; Di Nella, Dino; Ortiz, Rosa (2016): Familias monoparentales, inclusión y comunidad. ARXIUS de Ciències Socials. Vol. 34; pp. 59-78. ISSN: 1137-7038. Valencia: UV.
- Almeda Samaranch, Elisabet; Di Nella, Dino (Eds.) (2011). Las familias monoparentales a debate (Cinco volúmenes). Barcelona: Copalqui Editorial.
- Andersen, Inger (03/04/2020). Coronavirus: llego para quedarse?. Recuperado el 30/04/2020 de <https://www.unenvironment.org/es/noticias-y-reportajes/reportajes/coronavirus-llego-para-quequedarse>
- Aniyar de Castro, Lolita (1999). La participación ciudadana en la prevención del delito. Antecedentes, debates y experiencias. Maracaibo: Universidad de Zulia.
- Aranda, Darío (07/05/2020). ¿La pandemia del pensamiento único?: Reflexiones más acá del cientificismo. Recuperado el 13/05/2020 de <https://www.lavaca.org/notas/la-pandemia-del-pensamiento-unico-reflexiones-sobre-el-discurso-cientifico/?fbclid=IwAR1DB1uOe7A6c5YYn6zzxOnHf0jcXe-91taZXEr6mpvrhvQHHjAu4mSh0J>
- Arredondo, Armando (1992). Aportes de las ciencias sociales para el análisis de la morbi-mortalidad. Revista Mexicana de Educación Médica. México: Educación Médica.
- Butler, Judith (2009). Dar cuenta de sí mismo. Violencia, ética y responsabilidad. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Camps, Clara; Di Nella, Dino (2020). Contra hegemonías anti-represivas. Un estudio de caso de la protesta en Barcelona (2011-2015). Revista Política y Sociedad, 57(1); pp. 146-173. ISSN: 1130-8001. DOI: <https://doi.org/10.5209/poso.60271>. Madrid: España.

- Castel, Robert (1997). *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*. Buenos Aires: Paidós.
- Di Nella, Dino (2006). *Exclusión Social y Grupos Vulnerables*. Barcelona: Copalqui Editorial.
- Di Nella, Dino (2017). *Dinámicas de Género, Familia y Hábitat en mujeres urbanas mapuche. Familias monoparentales, vulnerabilidad social y acceso al suelo, la vivienda y el hábitat urbano en el valle inferior de río Negro*. Proyecto de Investigación UNRN-40-C-649. Resolución Rectoral Nº 332/18. Viedma: Universidad Nacional de Río Negro.
- Di Nella, Dino (2018). *Derechos Humanos y Desigualdades Sociales*. Redea, Revista Derechos en Acción, Vol. Nº 8; pp. 54-79. ISSN: 2525-1678. La Plata: Universidad Nacional de La Plata.
- Di Nella, Dino; Almeda Samaranch, Elisabet y Ortiz, Rosa (2014). *Perspectiva no androcéntrica en los estudios sobre familias monoparentales. Reflexiones e implicaciones metodológicas*. Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social, (14) 2; pp. 181-207. Bellaterra: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Di Nella, Dino; Giordana, Patricia; Loggiacco, Camila; Arribas, Julián; D'Alfonso, Luis; Almeda, Elisabet; Camps, Clara, (2019). *Sociología, Derecho y desigualdades sociales*. ARXIU de Ciències Socials, vol. 40; pp. 65-70. ISSN: 1137-7038. Valencia: UV.
- Di Nella, Dino; Ibáñez, Victoria (2020). *Pueblos, libre determinación y pluralismo jurídico. Aproximación sociojurídica crítica en Puelmapu y el Principat de Catalunya*. Revista Clivaje. Estudios y testimonios sobre el conflicto y los cambios sociales; ISSN: 2014-6590. Barcelona: Universidad de Barcelona
- Di Nella, Yago, Di Nella, Dino (2020). *“Operar es vincular”. Movimientos sociales, prácticas profesionales y políticas públicas de salud comunitaria, para el ejercicio del derecho humano a la salud mental de la población*. Revista electrónica Cuestion/Question. Vol. 1, mayo: Incidentes III. Parte I: Prácticas; DOI: <https://doi.org/10.24215/16696581e319>. La Plata: Universidad Nacional de La Plata.
- Di Nella, Yago; Yacachury, Martín (2018). *Abordaje Psicosocial en situaciones de desastres, catástrofes e incidentes críticos*. Fundación Adalquí. Recuperado el 30/04/2020 de <https://operares>

vincular.adalqui.org.ar/wp-content/uploads/2020/03/Di-Nella-y-Yacachury-2018-Abordaje-Psicosocial-en-situaciones-de-desastres-catástrofes-e-incidentes-cr %C3 %ADticos-2.pdf

- Dussel, Enrique (07/12/2016). Decolonialidad del poder. Ruta pedagógica. Recuperado el 30/04/2020 de <http://www.comunalizarelpoder.com.ve/sentidos-comunes/decolonialidad-del-poder/modulo-1>
- Dussel, Enrique (2006). 20 tesis de política. Por Enrique Dussel; pp. 176. México: Siglo XXI: Centro de Cooperación Regional para la Educación de Adultos en América Latina y el Caribe.
- Fiore Viani, Gonzalo (24/10/2019). La hora de los Pueblos. Portal Tinta Roja. Recuperado el 07/05/2020 de <https://latinta.com.ar/2019/10/la-hora-de-los-pueblos/>
- Foucault, Michel (1974). La naissance de la médecine sociale. Segunda conferencia del curso de Medicina Social de la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Río de Janeiro: Universidad del Estado de Río de Janeiro.
- Frenk, Julio (et. al.) (1991). Elements for a theory of transition in health. Revista de Salud Pública de México; Vol. 33 (5), pp. 448-462; ISSN: 0036-3634. México: Instituto Nacional de Salud Pública.
- Gil Araujo, Sandra; Rosas, Carolina (30/04/2020). De extranjeros y habitantes en tiempos de pandemia. Sociología en cuarentena. Recuperado el 13/05/2020 de <https://sociologiaencuarentena.tumblr.com/post/616821948793716736/de-extranjeros-y-habitantes-en-tiempos-de-pandemia>
- Guardo Mónica (2018). El abordaje de “Una Salud”, más esencial que nunca. Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública; 35 (4); pp. 558-60; ISSN: 1726-4642; DOI: <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2018.354.4144>. Lima: Instituto nacional de Salud.
- Harrington, Thomas (23/05/2020). L'independentisme hauria d'estar, ideològicament, contra el confinament. Recuperado el 24/05/2020 de <https://www.vilaweb.cat/noticies/lindependentisme-hauria-destar-ideologicament-contra-el-confinament/>.
- Instituto de Salud Socioambiental (InSSA) (23/04/2020). Hoy COVID-19... ¿y mañana?. Recuperado el 07/05/2020 de <http://>

- www.biodiversidadla.org/Recomendamos/Hoy-COVID-19-y-manana
- Lavaca Coop. (06/04/2020). 100. Editorial. Portal La Vaca. Recuperado el 07/05/2020 de <https://www.lavaca.org/notas/cien/>
- Lévinas, Emmanuel (1993). *Humanismo del otro hombre*. Madrid: Caparrós Editores.
- López Garrido, Diego (09/05/2020). FAQs, Debat sobre l'estat d'alarma. Preguntes Freqüents, TV3. Recuperado el 10/05/2020 de <https://www.ccma.cat/tv3/alcanta/preguntes-freqüents/preguntes-freqüents-lluis-llach-el-catedratic-diego-lopez-garrido-i-el-periodista-salvador-alsius/video/6042203/>
- Mastrangelo, Matías; Ruiz, Guillermina (29/03/2020). "Cinco formas en las que transformando el ambiente creamos una pandemia". Recuperado el 30/04/2020 de <https://www.lavaca.org/notas/cinco-formas-en-las-que-transformando-el-ambiente-creamos-una-pandemia/>
- Mbembe, Achille (2003). *Necropolitics*. *Public Culture*, Volume 15, Number 1; pp. 11-40. New York: Duke University Press. Recuperado de <https://muse.jhu.edu/article/39984>.
- Müller, Mónica (2010). *Pandemia: Los secretos de una relación peligrosa: Humanos, virus y laboratorios*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) (2016). *Frontiers 2016: Emerging issues of environmental concern*. Recuperado el 07/05/2020 de <https://www.unenvironment.org/resources/frontiers-2016-emerging-issues-environmental-concern>
- Queralt, Joan (09/05/2020). FAQs, Debat sobre l'estat d'alarma. Preguntes Freqüents, TV3. Recuperado el 10/05/2020 de <https://www.ccma.cat/tv3/alcanta/preguntes-freqüents/preguntes-freqüents-lluis-llach-el-catedratic-diego-lopez-garrido-i-el-periodista-salvador-alsius/video/6042203/>
- Ramonet, Ignacio (29/04/2020). *Coronavirus: La pandemia y el sistema-mundo*. Recuperado el 30/04/2020 de <https://www.pagina12.com.ar/262989-coronavirus-la-pandemia-y-el-sistema-mundo>
- Santos, Boaventura de Sousa (12/05/2020). *Coronavirus: La pandemia, los Estados y el mercado*. Recuperado el 13/05/2020 de

<https://www.pagina12.com.ar/265415-coronavirus-la-pandemia-los-estados-y-el-mercado>

- Segato, Rita (2004). Antropología y Derechos Humanos: alteridad y ética en el movimiento de los Derechos universales. En Cañón, Hugo Omar (org.): Derechos Humanos: sistemas de protección. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes / Prometeo.
- Sztajnszrajber, Darío (24/04/2020). Pensar la Cuarentena. Universidad Nacional de Hurlingham. Recuperado el 30/04/2020 de <https://www.youtube.com/watch?v=NeU8J0nTjE8>
- Távora, Melissa (25/05/2020). El derecho a la desconexión laboral. LP es el portal jurídico. Recuperado el 25/05/2020 de <https://lpderecho.pe/derecho-desconexion-laboral-regulacion-peru/>
- Ugarte Pérez, Javier (Comp.) (2005). La administración de la vida. Estudios biopolíticos. Barcelona: Anthropos.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio (12/05/2020). Nuestro derecho y la postpandemia. La Tecl@ Eñe. Recuperado el 13/05/2020 de <https://lateclaenerevista.com/nuestro-derecho-y-la-postpandemia-por-e-raul-zaffaroni/?fbclid=IwAR3cllmwRwz8ciYPqdflrPrs4qrqnH5vY5PxDTGF5AT7XKB7tjVUWRiAQs4>
- Zaffaroni, Raúl Eugenio (2015). Violencia letal en América Latina. Cuadernos de Derecho Penal (139; pp. 57-76; ISSN: 2027-1743. <https://doi.org/10.22518/20271743.455>

El Congreso de la Nación Argentina y su funcionamiento a distancia. Una necesaria interpretación dinámica del texto constitucional frente a la crisis desatada por el Covid-19

*The Congress of the Argentine Nation and
its remote operation. A necessary dynamic
interpretation of the constitutional text in
the face of the crisis unleashed by Covid-19*

Guillermo Raúl Moreno¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 486-496

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e408>

I. Introducción

La situación desatada como consecuencia de la pandemia por el Covid-19 a escala global colocó al mundo entero ante una crisis nunca antes conocida.

La humanidad en su conjunto está afrontando un inesperada y difícil situación producto de la propagación del “coronavirus”, portador de una enfermedad de fácil contagio y con alta tasa de mortalidad. Los sistemas sanitarios se encuentran colapsados, la economía mundial se ha alterado considerablemente y la humanidad en su conjunto se encuentra en gran medida paralizada.

¹ Profesor de Historia Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. (ORCID 0000-0002-6334-659X). Correo electrónico: guillermoraulmoreno@yahoo.com.ar.

La gravedad de la situación que estamos atravesando llevó a las autoridades públicas de todos los países a la imperiosa necesidad de adoptar medidas de excepción, como lo fueron en el caso de nuestro país la declaración de emergencia sanitaria², primeramente, y más tarde la decisión de establecer el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”³.

Las consecuencias de la situación catastrófica que afrontamos en estos días, como así también de las medidas que se debieron adoptar frente a ella, tiene múltiples efectos colaterales y no deseados en distintas esferas de nuestra comunidad. Una de estas tiene que ver con el funcionamiento de los órganos del Estado, y en particular de los cuerpos legislativos.

El desafío radica entonces en lograr la continuidad de la actividad de los parlamentos en su doble rol constitucional de legislar y controlar a los otros poderes de Estado sin vulnerar la Constitución Nacional. Pues, si el funcionamiento de los órganos legislativos es imprescindible en una República Democrática como la nuestra, se deberá apelar a una interpretación dinámica o evolutiva del texto constitucional que permita la utilización de sistemas tecnológicos que claramente no pudieron ser tenidos en cuenta por el constituyente al momento de regular el funcionamiento del Congreso Nacional.

II. Diferentes formas ensayadas para la continuidad de la actividad de los Parlamentos en tiempos de pandemia

La COVID-19 es una enfermedad infecciosa respiratoria aguda, que puede llegar a ser grave, causada por un nuevo coronavirus. La presencia de COVID-19 fue reportada por primera vez a fines de 2019 en Wuhan, China, y desde entonces la infección se ha diseminado ampliamente por todo el mundo. Estos cuadros suelen estar acompañados de fiebre y síntomas respiratorios (tos y disnea o dificultad para respirar). En los

² DNU n° 260/2020 (BO 12/03/2020)

³ DNU n° 297/2020 (19/03/2020)

casos más graves, pueden causar neumonía, síndrome respiratorio agudo severo, insuficiencia renal e, incluso, la muerte.⁴

Esta crisis sanitaria y social sin precedentes obligó a la mayoría de los países a tomar medidas tendientes a reducir la posibilidad de contagio entre la población. Pues, debido a que hasta la fecha no se cuenta con un tratamiento antiviral efectivo ni vacunas que prevengan el virus, el aislamiento social y la distancia prudencial entre las personas aparece como única solución para prevenir la enfermedad. Así, se dispuso la prohibición de aglomeraciones masivas (espectáculos públicos, ya sea en lugares abiertos o cerrados); la paralización de los transportes públicos de pasajeros; la suspensión de clases en todos los niveles educativos, entre muchas otras medidas.

La epidemia de COVID-19 fue declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) una emergencia de salud pública de preocupación internacional el 30 de enero de 2020, en tanto que el 11 de marzo de este año fue declarada como una “pandemia mundial”. Al momento de escribir estas líneas, los infectados en el mundo llegan a 4.804.711 con 318.527 fallecimientos.⁵

Como consecuencia de la pandemia, los parlamentos del mundo debieron adoptar diferentes formas para poder continuar desarrollando sus funciones. Y es aquí en donde pasa a cumplir un rol fundamental la utilización de las nuevas tecnologías de las telecomunicaciones para que los mismos puedan sesionar.

Los órganos legislativos no deberían paralizarse ante la emergencia global, y por ello se han ensayado distintas variantes en tal sentido. Las mismas podrían resumirse en las siguientes:

- a) Presencia de parlamentarios con estrictas medidas de bioseguridad en lugares distintos y más espaciosos a los recintos habituales o con mayor distanciamiento (Legislatura de Catamarca)

⁴ Ampliar en página web de la OMS: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>

⁵ Fuente: Johns Hopkins University

- b) Presencia reducida de parlamentarios con derecho a voto en representación de sus bancadas o bloques políticos (Francia, Italia, Alemania)
- c) Sesiones a través de videoconferencias y votación electrónica a distancia. (Rumania, Holanda, Ecuador, Colombia, Perú, Chile, entre otros)
- d) Sistemas que combinan la presencia reducida de algunos legisladores en el recinto sumando la votación electrónica remota del resto de los miembros del cuerpo (Holanda, España)

III. El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Fernández de Kirchner, Cristina en su carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación S/acción declarativa de certeza”

La Dra. Cristina Fernández de Kirchner, en su carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación, promovió ante la Corte de Suprema de Justicia una acción declarativa de certeza para que el máximo tribunal, en el marco de la emergencia desatada por la pandemia causada por el COVID, despeje el estado de incertidumbre respecto de la validez constitucional de sesionar a través de medios virtuales y remotos en aplicación del art. 30 del Reglamento interno de la Cámara de Senadores en cuanto establece que “los senadores constituyen cámara en la sala de sesiones y para los objetos de su mandato, salvo gravedad institucional”⁶

En ese sentido, la accionante señaló estar convencida que resultaría absolutamente válida la sesión remota, en el marco de excepcionalidad, en tanto se garanticen la identificación y la voluntad de los legisladores.

Pero al mismo tiempo refirió que en los últimos años pudo observar maniobras de todo tipo, incluidas las judiciales

⁶ Se puede acceder al texto completo de la presentación en: <https://www.senado.gov.ar/upload/33154.pdf>

(inconstitucionalidades y medidas cautelares), tendientes a impedir la aplicación de leyes que afectan a intereses de grupos económicos. De allí, según su criterio, sería indispensable que el Máximo Tribunal Federal se pronuncie acerca si es constitucionalmente posible que la Cámara de Senadores sesione mediante medios digitales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID19.

Insistió en su presentación que el estado de crisis hace imprescindible que el Parlamento Nacional sesione con el objeto de legislar sobre aquellas materias a las cuales la propia Constitución impide al Poder Ejecutivo hacerlo mediante decretos de necesidad y urgencia, como las son la materia penal y especialmente la tributaria (art. 99 inc. 3 C.N.).

Afirma la Dra. Cristina Fernández que se está frente a un escenario que afecta el funcionamiento de uno de los tres poderes del Estado Argentino, y que por tal motivo debe examinarse su petición a la luz de la doctrina de “gravedad institucional”, herramienta a la que históricamente acudió el Máximo Tribunal para superar los óbices formales.

Por su parte, el Procurador General Interino se pronunció aconsejando desestimar la solicitud de la actora por considerar que la exigencia de un “caso” o “causa” excluye la posibilidad de dar trámite a acciones que procuren declaraciones generales. Pues a su criterio, la presidenta del Senado se limitó a requerir un pronunciamiento del máximo Tribunal sin que exista una “causa judicial”. Además, señaló en su dictamen que para el supuesto que la CSJN no compartiera su opinión y entendiera que en los autos si existe una causa judicial y justiciable, el caso en examen no corresponde a la competencia originaria del Máximo Tribunal de la Nación.

Finalmente la sentencia de la Corte Suprema en su parte dispositiva resolvió (por mayoría)⁷ que el “Senado de la Nación

⁷ Lleva la firma de los Dres. Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Rosatti, (según su voto, concurrente, es decir, basado en fundamentos distintos pero con la misma conclusión). Por su parte, el voto del Dr. Rosenkrantz, dispone el rechazo “in límine” de la acción.

tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción incoada”.⁸

Nótese que si bien la pretensión fue desestimada, la Corte Suprema claramente accedió a la solicitud de un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad de las sesiones virtuales en el Parlamento Nacional. Pues, sostuvo que, de acuerdo a la doctrina de la Corte, no corresponde que el máximo tribunal se pronuncie sobre actos de los otros poderes que ya están previstos en la Constitución. De esta forma señaló que “el llevar adelante las sesiones del Senado bajo una modalidad remota en lugar de la tradicional forma presencial, orbita dentro de las atribuciones propias del Poder Legislativo referentes a la instrumentación de las condiciones para crear la ley...[y] no supone en sí misma una posible invasión del Poder Legislativo al ámbito de competencias que la Constitución asigna a los demás poderes del Estado.”⁹

En los últimos párrafos del decisorio, la CSJN (para que no queden dudas sobre su posición frente a lo peticionado) sostuvo que “la cuestión sobre el carácter presencial o remoto de las sesiones del Senado aparece, así, como un asunto que la Constitución defirió de forma privativa y exclusiva a su prudencia política. Bajo estas consideraciones, corresponde al mandato constitucional del H. Senado de la Nación el arbitrar los mecanismos necesarios para facilitar la realización de su más alta razón de ser: la representación del pueblo de la Nación en la deliberación de sus asuntos que lo atraviesan como tal.”¹⁰

⁸ CSJ 000353/2020/CS001, 24/04/2020

⁹ Cons. 16, 3er párrafo de la sentencia en análisis.

¹⁰ Cons. 17, último párrafo.

IV. Los considerandos del Máximo Tribunal vinculados al objeto del presente estudio sobre la necesidad de una interpretación e integración dinámica de la Constitución Nacional

Ahora bien, ya sabiendo el resultado de la decisión reseñada, quisiera que nos detengamos en algunas consideraciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia y que se vinculan con el subtítulo que lleva el presente trabajo.¹¹ Es decir, sobre la necesidad de una interpretación dinámica o evolutiva de la Constitución, siempre inserta en una realidad histórica, que permita a los magistrados la resolución de situaciones que jamás pudieron ser tenidas en cuenta por el constituyente fundacional o reformador.

El *obiter dictum* (“dicho de paso”) es de uso frecuente en las decisiones de los Tribunales Superiores. Se trata de argumentos expuestos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que corroboran la decisión principal, pero carecen de poder vinculante, pues su naturaleza es meramente complementaria.¹²

Una decisión judicial, como bien se ha señalado, puede comportarse como una fuente valiosa de conocimiento no sólo jurídico, sino histórico, sociológico o etnográfico, ético o político. Son vestigios, restos, que hablan no sólo de una sociedad, de una cultura o de una historia, sino también de personas e ideas. Modos de pensar y comportarse. De modo que al analizar *obiters* todas estas perspectivas pueden ser consideradas.¹³

En línea a lo que estamos comentando, la Corte Suprema deslizó una idea central sobre la responsabilidad de los altos tribunales federales (cons. 5°, 1er párrafo) al sostener que “la historia contemporánea del derecho demuestra que los aciertos -y los errores- en la construcción del moderno Estado

¹¹ Una necesaria interpretación dinámica del texto constitucional frente a la crisis desatada por el Covid-19

¹² En esos términos se pronuncia el Prof. DOMENECH, Ernesto, “*Dicho sea de paso. Ober dicta*”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP, 2014.

¹³ DOMENECH, Ernesto, Ob. cit.

constitucional responden muchas veces a la capacidad -o falta de ella- de los más altos tribunales constitucionales en receptor y traducir imperiosas demandas en contextos históricos cambiantes y a veces, también, imprevisibles”.

Este argumento será profundizado más adelante por el Dr. Rosatti con meridiana claridad. Así, en su voto concurrente, sostiene que sin perjuicio del rechazo de la petición intentada, y teniendo en cuenta la crisis sanitaria que afecta la vida institucional en nuestro país, resulta conveniente que el Alto Tribunal formule algunas consideraciones adicionales, invocando el principio de “colaboración ínter-poderes”.

Sostiene el Dr. Rosatti que la Constitución al reglamentar el funcionamiento del Congreso de la Nación no previó el trabajo no presencial (o a distancia) de sus miembros en el marco de las sesiones. Pero de esa circunstancia “no se deriva la inconstitucionalidad de tal sistema, dado que no podría pedírsele a los constituyentes (originarios o reformadores), que imaginaran un futuro (o este futuro) tecnológico, respectivamente. La ausencia de normas para atender a situaciones actuales, pero inexistentes al momento de sancionarse la Constitución (o de reformarse), no convierte a las soluciones posibles en inconstitucionales, sino que exige un esfuerzo interpretativo para ponderar si tales remedios son compatibles o no son compatibles con el espíritu del texto constitucional, siendo de suma significación considerar, además de la letra de las normas, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad”¹⁴

Debemos tener presente que una Constitución es una obra humana, y como tal, perfectible e incompleta. Nos enseña el Prof. Sagües que la “Constitución no es un sistema cerrado ni omnicompreensivo. Más todavía: toda Constitución es, necesariamente, y de algún modo, imprevisora”.¹⁵

¹⁴ Cita jurisprudencia del propio Tribunal (Fallos: 320:875; 320:2701; 327:4376; 328:1146, entre muchos otros).

¹⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “*Reflexiones sobre la imprevisión constitucional. Interpretación e integración*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/8.pdf>, pag.97.

La idea de futuridad de una Constitución, entendida como una norma llamada a sobrevivir durante generaciones, nos lleva a suponer que sería imposible que ésta pudiese contemplar las infinitas posibilidades que puede deparar un destino incierto y en permanente cambio. Pues entonces, no debería preocuparnos que las Cartas constitucionales no prevean situaciones que ni remotamente pudieron ser tenidas en cuenta por el constituyente.

Pues, hacemos nuestras las consideraciones del maestro Sagües: “una Constitución demasiado previsora, y por ende, detallista, minuciosa, casuística, puntillosa y con vocación de ser “dueña del azar”, resultaría a la postre una suerte de Constitución-cárcel, un instrumento nocivo que so pretexto de regular todo el porvenir, de hecho lo reglamentaría mal, ya que pretender disciplinar útilmente hoy a la totalidad de los acontecimientos del futuro puede significar tanto una misión utópica, como también axiológicamente discutible”¹⁶

Volviendo al voto concurrente del Dr. Rosatti, y en consonancia con lo expuesto, encontramos allí una cita jurisprudencial muy antigua de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos que viene a consolidar esta forma de interpretar e integrar de manera dinámica y evolutiva a la Constitución. Sostuvo la Corte norteamericana en “Martín vs. Hunter” (1816) que “la Constitución es, en términos generales, un instrumento de gobierno, hecho y adoptado por el pueblo para finalidades prácticas— Inevitablemente utiliza un lenguaje general. No satisface los propósitos del pueblo al sancionar esta carta fundamental de nuestras libertades, proporcionar una especificación minuciosa de sus poderes o establecer los medios por los que aquellos poderes serán puestos en ejecución_ Se entendió que el instrumento no era meramente para llenar las exigencias de unos pocos años, sino para soportar, a través de un largo lapso, los hechos encerrados en los inescrutables designios de la Providencia. No podía preverse que nuevos cambios y modificaciones de poder podrían ser indispensables para realizar los objetos

¹⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro, Ob. Cit. Pag. 99.

generales de la carta; _De ahí que sus poderes hayan sido expresados, en términos generales, dejando a la legislatura, adaptar, de tiempo en tiempo, sus medios propios para realizar objetos legítimos, y moldear y modelar el ejercicio de sus poderes según su propia discreción y el interés público que requieran”.¹⁷

Volviendo una vez más al fallo en estudio, concluimos que a todas luces sería más que injusto reprocharles, no solo a los constituyentes originarios sino también a quienes llevaron adelante la última reforma constitucional en nuestro país en 1994, no haber contemplado en el texto constitucional la posibilidad de celebrar sesiones virtuales o por videoconferencias en las Cámaras Legislativas.

Concluimos, suscribiendo una vez más las palabras del Dr. Rosatti: “La Constitución Argentina tiene todas las respuestas a las posibles incertidumbres jurídicas, aun (o con mayor razón aún) en momentos de crisis. Solo hay que empeñarse en encontrarlas.”¹⁸

V. El caso del Congreso de la Nación Argentina

Luego del pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que habilitó la posibilidad de sesiones virtuales en el Congreso de la Nación, tanto el Senado como la Cámara de Diputados lograron llevar adelante sin inconvenientes sus sesiones remotas.

Así, ambas cámaras debutaron con sus sesiones remotas en las cuales se logró garantizar la identidad de cada legislador o legisladora, el quorum, el debate y la votación.

En el caso de la Cámara de Diputados, 193 legisladores se conectaron de manera remota y otros 47 se hicieron presente

¹⁷ Cita del Voto del Dr. Rosatti, cons. 11°, último párrafo: conf. Suprema Corte de EEUU, “Martín vs. Hunter”, 1 Wheat. 304, 326, año 1816, “La Constitución de los Estados Unidos de América”, trad. por Segundo V. Linares Quintana y Mario Amadeo, Buenos Aires, 1949, ed. Kraft! t. I, ps.. 68/ 69.

¹⁸ Cons. 15, anteúltimo párrafo.

en el recinto con las debidas medidas de bioseguridad y manteniendo las distancias recomendadas.

Las autoridades de la Cámara baja se inclinaron por la plataforma Webex por considerar que, al contar con una encriptación de datos, da mayor seguridad a la sesión remota. Además, esta plataforma se complementa con la Red Privada Virtual (VPN) de la Cámara de Diputados, con la que cada legislador valida su identidad a través del sistema biométrico del Registro Nacional de las Personas (Renaper).

Por su parte, el Senado también llevó adelante en una jornada histórica su primera sesión virtual, la que se prolongó por varias horas de debate. En el recinto solo se hicieron presente de forma presencial sus autoridades mientras que los senadores y senadoras participaron de manera remota desde sus provincia por videoconferencia.

VI. Conclusión

El derecho positivo es fruto del arbitrio humano, es un ente o cosa variable, mudable y susceptible de cambio. No existe la vigencia eterna o atemporal del derecho.¹⁹ De allí que la Constitución, no obstante su anhelo de futuridad, es perfectible, incompleta e imprevisora, como lo es cualquier actividad humana.

En el presente trabajo nos detuvimos a analizar el importante papel que juega el interprete de un texto constitucional en circunstancias excepcionales y acuciantes como la que en (mala) suerte nos toca atravesar por la pandemia del Covid-19. Un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la que acudió la Presidenta del Senado en busca de un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de las sesiones virtuales del Congreso, nos sirvió de guía para tal fin.

Las crisis si son superadas, como confío ocurrirá con la actual, nos fortalecen. Gracias a la experiencia que nos dejará, seremos, sin dudas más, prudentes y más sabios.

¹⁹ FERREYRA, Raúl Gustavo, "Fundamentos Constitucionales", Ediar, Bs. As., 2015, p.26.

SECCIÓN ESPECIAL
DERECHO CRÍTICO



Obra de Eleonora Calderón
Pandemonium

80's

Una lista mayúscula
volcánica
para decir
cada cosa
que ya tiene su nombre,
ayorna alrededor
del bache que invisible
aflije.

Ellas luchan como
Vulcano
que magulla el hierro
yunque
de insistir.

Ellas van
cual yegua
colérica
de muerte
que embiste
el orgullo
del silencio.

Autora: María Florencia Salvatore

La genealogía y la crítica: De Michel Foucault a Enrique Marí

*Genealogy and the critic: From Michel Foucault
to Enrique Marí*

Sofía Aguilar¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 499-510

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e409>

I. Introducción

El campo de los estudios críticos del Derecho en la actualidad es vasto, diverso y complejo. En este sentido resulta inadecuado y simplista tratarlo como un todo homogéneo ya que incluso el término “crítica” ha tenido diversos alcances en la historia de la filosofía y continúa haciéndolo en la actualidad. Esto mismo, con otras particularidades, se replica en el campo de la filosofía del Derecho. Debido a ello, en este trabajo me he propuesto analizar un asunto bastante acotado, esto es, la influencia que ha tenido Michel Foucault en la obra de Enrique Marí, autor pionero y central en la perspectiva crítica filosófica jurídica Argentina. En particular, daré cuenta de cómo la genealogía en tanto método y la crítica, con las características específicas que le atribuye Foucault, son re apropiados en algunos de los trabajos por Marí para analizar problemas específicos del campo de la filosofía del Derecho. Sostengo que la perspectiva que se desprende de la puesta en juego de estas herramientas continúa teniendo una fuerte vigencia para pensar problemas

¹ Abogada, docente de la Facultad de Derecho de la UBA y becaria doctoral del CONICET.

contemporáneos del Derecho y habilita líneas de trabajo absolutamente relevantes para pensar nuestro presente.

II. La genealogía y la crítica en Michel Foucault

En este apartado me interesa caracterizar brevemente tanto la genealogía como la crítica en la obra de Michel Foucault para, posteriormente, mostrar cómo estos elementos reaparecen en los trabajos de Marí tratando específicamente asuntos del campo de la filosofía del Derecho.

Foucault es un autor que pone las relaciones de poder en el centro de sus indagaciones. Esas relaciones de poder funcionan como una dimensión de análisis que atraviesa todos los temas que toma por objeto de estudio. Sin embargo, el poder no es entendido de forma tradicional como dominación cruda o desnuda, sino que siempre se presenta en relación con el saber. Es decir, el par saber-poder es lo que permite problematizar ciertos aspectos de sus temas de interés desde una perspectiva que lo separa de otros enfoques. De ese modo, Foucault problematiza algunos conceptos tradicionales de la filosofía, inclusive la propia idea de racionalidad.

En su obra podemos delimitar dos enfoques metodológicos: la arqueología y la genealogía. A lo largo del desarrollo de su obra hubo variaciones en la intensidad del uso de los enfoques. En 1970, en *El orden del discurso* (Foucault: 2005), se ocupa brevemente de la genealogía, y a partir de *Vigilar y castigar* (Foucault: 2006) y de *Historia de la sexualidad* (Foucault: 2013) ya podemos advertir claramente que el enfoque genealógico empieza a primar sobre el arqueológico (Dreyfus y Rabinow: 2001).

Foucault toma el concepto de nietzscheano de genealogía y lo re-significa. En su texto *Nietzsche*, la genealogía, la historia (Foucault: 1980) contrapone la idea de “origen” a la de “procedencia” para explicar el concepto de genealogía. Indica que Nietzsche, cuando remite a la genealogía, rechaza la búsqueda de un origen (Ursprung), ya que ello supone la aceptación de

esencias, identidades cuidadosamente replegadas sobre sí, formas en sí de lo estudiado. Buscar el origen de algo equivale a la búsqueda de una supuesta primera identidad; y al preguntarse así por lo ya dado, por lo que es en sí mismo, olvida los intentos trunco y fallidos que lo preceden. La genealogía, por el contrario, pretende mostrar algo que se distancia de las identidades trans-históricas, o mejor dicho, explicar que esas identidades o esencias no existen en sí mismas, son constructos contingentes. La genealogía, entonces, no busca el “origen” de algo, sino su “procedencia” (Erfindung). Con este concepto pretende advertirnos que detrás de las cosas siempre existe algo muy distinto a su propio origen, lo que Foucault denomina “un comienzo innombrable” (Foucault, 1980: 13), resultado de cristalizaciones de luchas personales, en definitiva, invenciones. Al remitirnos a la procedencia nos aproximamos a lo que se encuentra en el comienzo fáctico de las cosas, mostrando la discordia y el disparate fundantes.

La genealogía, entonces, pone su foco en las interrupciones (en vez de las constantes), mostrando la dispersión que es propia de los sucesos, percibiendo los accidentes que los instauran, las desviaciones sutiles, los errores y los malos cálculos que han producido existencias válidas para nosotros. Se trata de “...descubrir que en la raíz de lo que conocemos y de lo que somos no están en absoluto la verdad ni el ser, sino la exterioridad del accidente.” (Foucault:1980: 13)

Así, para Foucault, la procedencia implica siempre el surgimiento de prácticas en un contexto temporalmente situado y por ende rastreable, mientras que el origen es mítico y, por lo tanto, insondable. La genealogía rechaza la idea de que una misma cosa se despliega históricamente conservando su identidad esencial, meta-histórica. Más bien intenta dar cuenta de los procesos de configuración de las relaciones de poder, siempre contingentes. Pero la genealogía no sólo toma distancia así del enfoque histórico tradicional, sino también del marxista. El genealogista -diagnosticador de las relaciones modernas de saber-poder-cuerpo (Dreyfus y Rabinow, 2001: 134)- busca

percibir la singularidad en los procesos históricos, porque para él “no hay esencias fijas, ni leyes subyacentes ni finalidades metafísicas”. Evita la búsqueda de los sentidos profundos, que no serían más que meras ficciones o ilusiones.

Así entendida, la tarea genealógica consiste en realizar una morfología de las relaciones de poder, de luchas de fuerzas, y de “las estrategias sin estrategias” (Dreyfus y Rabinow, 2001: 138). No es relevante quiénes son los actores de esas relaciones de poder, sino qué efectos de verdad ellas producen.

Hecha esta breve caracterización de la genealogía resulta conveniente a continuación explicar también qué entiende Foucault por “crítica”. Esta cuestión no parece ser un tema central en la obra de Foucault. En principio, para él la crítica es una cierta forma de relación con algo (la cultura, la historia, etc), una actitud, acaso un instrumento.

En ¿Qué es la crítica? (Foucault, 2018) indica que a partir del siglo XV, correlativo al proceso de laicización creciente de la sociedad civil, se desarrolla lo que denomina “gubernamentalización”, que consiste en la aparición de un conjunto de instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones, cálculos y tácticas novedosas para el ejercicio de poder sobre la población. En otras palabras, surge el “arte de gobernar”. Sus instrumentos técnicos principales son los dispositivos de seguridad, y su saber específico, la economía política. Así, la gubernamentalidad sería la tendencia en Occidente a la prevalencia de un tipo específico del ejercicio del poder, el ‘gobierno’, sobre otras formas tales como el poder soberano o el poder disciplinario (Foucault; 2006: 136). En definitiva se trata de un modo específicamente moderno de articulación entre saberes (v. gr. estadísticas) y prácticas de poder (v. gr. políticas económicas públicas) sobre la población. Según Foucault, la crítica vendría a ser justamente lo opuesto, esto es, una actitud que pueden adoptar los sujetos y que implica una resistencia ante esa gubernamentalización de la vida, la decisión de no ser gobernado, el “arte de no ser gobernado de determinado modo”.

Si la gubernamentalidad procura la sujeción de los individuos por medio de ciertos mecanismos de poder que invocan la autoridad de la verdad, la crítica sería el movimiento opuesto por el cual el sujeto se auto-atribuye el derecho de interrogar a la verdad acerca de sus efectos de poder, y al poder, acerca de sus discursos de verdad. Si la gubernamentalidad es el arte del gobierno, la crítica es el arte de la inservidumbre voluntaria, de la indocilidad reflexiva. Y su función principal es la de-sujeción, esto es, el desajuste o corrimiento del sujeto en relación al juego de lo que Foucault llama “política de la verdad” (Foucault, 2018: 52).

Foucault agrega que su caracterización de la crítica no se encuentra muy lejos de la definición que Kant había dado de la Ilustración (*Aufklärung*). Según su interpretación, para Kant el *sapere aude* (coraje de saber) que definía a la Ilustración implicaba también reconocer los límites del conocimiento. Es decir, Foucault ya ve en Kant una suerte de sospecha o desconfianza en torno a la razón. Sin embargo para Foucault existen dos vías de la crítica. Por un lado, la sugerida por Kant, que se plantea en relación al conocimiento. Esta se trata de una investigación sobre la legitimidad de los modos de conocer y se pregunta ¿qué falsa idea se ha hecho el conocimiento o la razón sobre sí mismos? ¿A qué dominación se han encontrado ligados? Esta perspectiva es, al parecer, la de la crítica tradicional, incluida la Escuela de Frankfurt.

Pero por otro lado, Foucault propone habilitar una dirección diferente para la reflexión crítica, que tome como objeto de análisis una serie de elementos en los que pueda señalarse conexiones entre mecanismos de coerción y contenidos de conocimiento. No se busca saber que es verdadero o falso sino conocer los lazos, las conexiones que pueden ser señaladas entre ellos. La pregunta sería: ¿qué hace que un elemento de conocimiento pueda tener los efectos de poder referidos? No se busca mostrar el error o la ilusión (como en el caso de los estudios críticos sobre la ideología) sino de observar las relaciones de saber-poder.

Esas relaciones de saber-poder son las que generan un sistema y al mismo tiempo lo hacen universalmente aceptable, pero que invisibilizan las condiciones de su particular emergencia, su procedencia. Por lo tanto no es posible analizar estos emergentes como identidades o esencias universales que toman existencia necesaria en la Historia, sino sólo como singularidades y contingencias. Así, esta segunda vía de la crítica, que es la que sigue el propio Foucault, se encuentra íntimamente enlazada a su noción metodológica de genealogía, porque se trata de exponer las condiciones de aparición de una singularidad a partir de múltiples elementos determinantes de los que es efecto (Foucault, 2018: 70).

III. La influencia foucaultiana en la obra de Enrique Marí

Como he indicado previamente, Enrique Marí es uno de los fundadores de la Crítica jurídica en la Argentina. Este autor asumen en sus trabajos la influencia de Foucault expresamente y daré cuenta de ello a partir del análisis de dos artículos: “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden” (Marí, 1986) y “Moi Pierre Riviere o acerca del mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales” (Marí, 1993). No desconozco que hay en Marí otras variadas influencias, particularmente psicoanalíticas y literarias, pero la de Foucault parece central respecto de su metodología.

En el artículo “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden” (Marí, 1986), Marí explica algunos de sus puntos de partida para abordar el fenómeno jurídico. Considera posible la elaboración de una historia del poder y de sus dispositivos de legitimación, que coincidiría con una historia de la racionalidad. Esto ya de por sí constituye un primer punto en común con Foucault.

Lo que Marí llama en ese trabajo “dispositivo de poder” estaría conformado por tres elementos: fuerza (o violencia), discurso del orden e imaginario social. El elemento fuerza/violencia es previo y constituyente del dispositivo de poder, pero

no es suficiente para la reproducción y sostenimientos de las relaciones sociales en su configuración asimétrica. Es decir, si bien es posible fundar un orden en la fuerza/violencia, no es posible mantenerlo en el tiempo sólo a partir de ella. En este sentido, la fuerza deberá ser recubierta de otros mecanismos más refinados que la conviertan en poder. Y allí intervienen los otros dos elementos del dispositivo de poder. Sin embargo, la fuerza no desaparece del dispositivo; solamente queda recubierta o invisibilizada, e incluso replegada por los otros dos mecanismos: el discurso del orden y el imaginario social. Es decir que una vez fundado el dispositivo de poder, la fuerza es ya siempre poder. La fuerza funda y es eso mismo que funda lo que la convierte en poder. Según Marí, los tres elementos del dispositivo de poder (fuerza, discurso del orden e imaginario social) se encuentran enlazados y operando constantemente en la generación y sostenimiento de las asimetrías en las relaciones sociales.

El segundo elemento del dispositivo de poder (discurso del orden) tiene, según Marí, la función de presentar como natural o divino al resultado de una determinada relación asimétrica de fuerzas. Es decir, el discurso del orden presenta a esas relaciones asimétricas como un orden necesario, provechoso, justo, etc. En la Modernidad, esa justificación del reparto desigual del poder en relaciones asimétricas no se hace con cualquier clase de discurso, sino particularmente con aquellos discursos expertos que, muy bien elaborados, apelan a la autoridad de la razón, la ley, la ciencia: “[El discurso del orden] Es el lugar de la razón, del ámbito cognoscitivo, de la teoría y las representaciones racionales, que es también el espacio de la ley (Marí: 1986).

Al igual que en Foucault, se advierte aquí que las relaciones entre saber, poder son inescindibles. Y como en el pensador francés, también Marí asume la inseparabilidad entre racionalidad y poder. Este sólo puede ser tal, o sea, hacerse poder y no mera fuerza o violencia, en la medida en que resulta legitimado por discursos que lo racionalizan, esto es, que lo recubren de un carácter racional. La razón no es vista en Marí como

una constante trans-histórica o supra-histórica, sino como un discurso histórico más que se modifica en relación con el imaginario social (tercer elemento del dispositivo de poder). Y en este sentido, como en Foucault, es preferible hablar de racionalidades (en plural) históricas, ligadas a lo que en cada situación socio-histórica se asume como producción de conocimiento (inseparable de la reproducción de asimetrías sociales).

El tercer elemento del dispositivo de poder es el imaginario social. Y en este punto Marí retoma otro presupuesto foucaultiano: no es posible comprender los discursos sin sus prácticas. El imaginario social está conformado por aquellas representaciones, prácticas, rituales, distribuciones de espacios y marcas que, en definitiva “ponen en relación al hombre con la solemnización de la palabra” a partir de la interpelación de las emociones, la voluntad y los deseos (Marí, 1986: 93). Es dentro del imaginario social donde se hace posible materialmente la reproducción del discurso del orden. Y el Derecho opera también dentro de este tercer elemento, ya no como simple ley (en el sentido de mandato) sino como norma (en el sentido de normalización, conducta ritualizada). Así, el Derecho, es tanto discurso como práctica, y no funcionan el uno sin el otro. Describir al Derecho de este modo implica un esfuerzo por desencantarlo, mostrarlo en su contingencia, su historicidad y en la precariedad de las re configuraciones constantes de elementos en constante lucha.

Por otro lado, en *Moi, Pierre Riviere habiendo degollado a mi madre, mi hermana y mi hermano...* (Foucault: 1976), Foucault había propuesto un análisis de la formación interrelacionada de los discursos médico, psiquiátrico y psicopatológico, o sea, del cruzamiento de los campos criminológico, médico-legal y jurídico penal. El otro artículo de Marí mencionado en al inicio de este apartado, *Moi, Pierre Riviere... y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales* (Marí, 1993), como ya se sugiere desde su mismo título, está evidentemente basado en aquellas consideraciones foucaultianas.

En este texto, Marí se propone hacer un análisis de la relación conocimiento/poder en el seno del discurso jurídico

considerándolo como un entramado de otros discursos expertos. ¿Cómo aparecen (o no aparecen) otros discursos expertos en el campo del Derecho? ¿Cómo se produce el discurso jurídico? ¿Bajo qué principio de control ingresan esos otros discursos expertos en el discurso jurídico? ¿Qué hace que esos otros discursos expertos, que contribuyen a formar el discurso jurídico, luego se desvanezcan y aparezcan sólo como auxiliares?

Según Marí, la regla de formación del campo semántico jurídico es a su vez una regla de elisión, esto es, una regla de invisibilización de los mismos elementos que lo conforman. Y el ingreso de otros discursos expertos en el discurso jurídico no resulta armónico ni pacífico, sino mediado por luchas políticas. Su tesis central es que las decisiones del discurso jurídico son gobernadas por un discurso ausente. Existiría una discontinuidad, un hiato, entre el proceso de producción del discurso jurídico y su producto; un desajuste que es desconocido, es decir ocultado ulteriormente por el propio discurso jurídico. Sólo mediante este ocultamiento se puede decir o creer que existe un objeto jurídico específico, diferenciado de otros y con un campo semántico homogéneo y propio. Por eso sería precisamente en lo concreto de la praxis social de la producción del discurso jurídico, es decir, en lo que se silencia en el discurso oficial final, donde se debe rastrear el ejercicio del poder. O sea, sería mediante la investigación genealógica del expediente que podrían sacarse a la luz esas relaciones de poder silenciadas.

Como ejemplos de esto, Marí toma dos casos resonantes: el de Pierre Riviere, famoso en Francia y estudiado por Foucault y su equipo; y el del llamado “Petiso Orejudo”, famoso en Argentina. En ambos casos la pregunta a formular es: ¿cómo es que se los condena habiendo tan claras y evidentes señales de su incapacidad para discernir? ¿Cómo se pasa del artículo legal, que exime de la condena a quien delinque en estado de demencia, a una sentencia condenatoria?

Según Marí, eso no es el resultado de diferentes interpretaciones posibles de una norma legal ni tiene que ver tampoco con la aplicación de reglas que permitirían deducir la solución

“correcta” del caso. Para el iusfilósofo argentino, un suceso singular (el enjuiciamiento de Riviere o del Petiso Orejudo) desencadena una suerte de lucha o batalla entre diferentes discursos expertos; todos hablan de la misma cosa, pero desde diferentes saberes. Así, un hecho concreto viene a ser como un pivote alrededor del cual giran y se entrecruzan discursos heterogéneos, que entablan entre sí relaciones no pacíficas sino conflictivas. Al igual que en un campo de batalla, en esas lides hay avances y retrocesos de los discursos enfrentados, es decir, relaciones de fuerza; y la sentencia y sus fundamentos no son más que el resultado de esa batalla. O sea, para Marí, el destino carcelario del loco-criminal no era vislumbrable ni en los textos jurídicos ni en los de la psiquiatría, sino en discursos ausentes o apenas mencionados al pasar. Lo que queda invisibilizado o silenciado es la política, el verdadero factor de control en la producción del discurso jurídico (por ejemplo, en el caso de Riviere, al momento en que se lo juzgaba había ocurrido un atentado contra el rey que imposibilitada políticamente atenuar su condena dado que se quería evitar abrir la posibilidad de una analogía con la tentativa del regicida).

Así, Marí piensa que el discurso jurídico produce un tipo de verdad específica que no es ni metafísica ni empírica, sino que expresa la racionalidad de una sociedad determinada en un momento histórico específico. No hay allí homogeneidad ni uniformidad semántica, sino discontinuidad a partir de luchas por el predominio. De modo que no se trata de una creación arbitraria del juez, sino que éste refleja de alguna manera las relaciones de fuerza en pugna. Pero ese producto que es el discurso jurídico, sólo es comprensible por lo que descarta en el proceso de su propia formación, por lo que elide expresar... Lo verdaderamente determinante del discurso jurídico sería así eminentemente clandestino. Marí replica el gesto foucaultiano que descentra la mirada hacia lo periférico, esto es, hacia la capilaridad de las prácticas concretas invisibilizadas. Y esa mirada hacia lo periférico, a su vez, significa recurrir a una estrategia de investigación que rastree discontinuidades, rupturas y

comienzos inconfesables y mezquinos. En otras palabras, lo que Foucault ha definido como genealogía. Pero además es clara la asunción de la actitud crítica Foucaultiana en sus estudios. Marí recorre sus objetos desde esa perspectiva, señalando las conexiones entre mecanismos de coerción y contenidos de conocimiento. No le interesa escribir en el registro de la distinción entre lo verdadero o falso sino mostrar las conexiones entre discursos y prácticas que son dejadas de lado por otros enfoques.

IV. Conclusiones

En los apartados anteriores he, por un lado, explicado brevemente las características de la genealogía y de la crítica en el trabajo de Michel Foucault y, por el otro, mostrado cómo estos son retomados por Enrique Marí, quien como he indicado al comienzo de este trabajo se trata de un autor pionero de la perspectiva crítica en la filosofía del Derecho en Argentina. Si bien los trabajos que he abordado fueron producidos hace ya algunos años los aspectos metodológicos que se ponen en juego en los mismos tienen plena vigencia y siguen siendo útiles. A pesar de que se han producido algunos cambios en el campo de la filosofía del Derecho desde ese entonces hasta ahora, estos trabajos continúan siendo disonantes respecto de otras perspectivas más extendidas que dejan deliberadamente de lado la dimensión de las prácticas y la relación con la política o bien de aquellas que se enfocan en decir lo que el Derecho “debe ser”.

Me parece importante resaltar la potencia que sus trabajos tienen para habilitar constantemente nuevas preguntas respecto de la relación entre discursos y prácticas en el Derecho, y con ello instalar temas que de otro modo pasarían inadvertidos. La asunción de estas perspectivas hace visible la precariedad, la lucha y la reconfiguración de procesos en el espacio de lo social en donde el Derecho juega un papel que se aleja del que muchas veces las teorías tradicionales le asignan. Al re

delimitarse el Derecho y sus funciones también se tensionan las fronteras del campo de la filosofía del Derecho, dado que este tipo de apuestas es impensable sin recurrir a perspectivas interdisciplinarias y transdisciplinarias que, por supuesto, hacen tambalear las jerarquías entre los actores.

A pesar de que la genealogía interroga sucesos del pasado, la apuesta es a explicar o comprender más adecuadamente el presente. Pero esto no implica clausurar interrogantes. De lo que se trata entonces es de comprender las prácticas de nuestra cultura, es decir, de ofrecer interpretaciones que no tienen esencia, permanencia ni unidad oculta, pero sí su propia coherencia específica (Dreyfus y Rabinow, 2001: 154)

Bibliografía

- Dreyfus, H. y Rabinow, P. (2001). *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*. Buenos Aires, Nueva Visión.
- Foucault, M (1976). *Yo, Pierre Riviere, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano...Un caso de parricidio del siglo XIX presentado por Michel Foucault*. Barcelona. Tusquets.
- Foucault, M. (1980). “Nietzsche, la genealogía, la historia” en *Microfísica del poder*. Madrid, Las ediciones de la Piqueta.
- Foucault, M. (2005). *El orden del discurso*. Buenos Aires, Tusquets.
- Foucault, M. (2006) *Vigilar y castigar*. Nacimiento de la prisión. Argentina, Siglo XXI.
- Foucault, M. (2013). *Historia de la sexualidad La voluntad de saber*. Argentina, Siglo XXI.
- Foucault, M. (2018). *¿Qué es la crítica?*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- Marí, E. (1986). “Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n° 3. (pgs. 93-111). España, Universidad de Alicante.
- Marí, E. (1993). *Moi, Pierre riviere...y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales*. Papeles de Filosofía, Buenos Aires, Biblos.

Azar y contingencia: Universos en disputa

Chance and contingency: Universes in dispute

Nora Wolfzun¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 511-524

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e410>

Acabo siempre aludiendo al centro sin la menor garantía de saber lo que digo, cedo a la trampa fácil de la geometría con que pretende ordenarse nuestra vida de occidentales

Julio Cortázar, *Rayuela*.

Lewis Carroll era escritor y matemático. La trama que el autor desarrolla en su magistral *Alicia en el país de las maravillas* se despliega en el marco de una jugada de naipes sin reglas, o con leyes que cambian sin causa alguna. La lectura de *Alicia* recrea un piso imaginario y cognitivo propicio para introducirnos en las reflexiones filosóficas de Quentin Meillassoux en su libro *Después de la finitud*, en el que el concepto de transfinito (infinito de infinito) lo lleva a afirmar categóricamente que las propias leyes que gobiernan nuestro mundo y sus cosas pueden ser de otra manera, sin razón alguna, abonando la idea central del libro: la contingencia radical como absoluto especulativo.

El presente trabajo diseña su campo de relevancia en torno al intercambio de categorías, insumos y recursos analíticos entre la Crítica Jurídica y el Realismo Especulativo, específicamente centrado en la lectura de *Después de la finitud*, de Meillassoux.

¹ Docente de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Publicado hace ya casi una década, tuvo un impacto masivo en la historia inmediata de la filosofía y una fuerte incidencia en temas fundamentales de la escena contemporánea (como la crítica de las ideologías y el retorno de lo religioso), revitalizando al mismo tiempo, según nos cuenta Nocetti en la nota a la presente edición, el desolado paisaje filosófico a partir de las desapariciones de Deleuze y de Derrida.

Después de la finitud y los debates que generó y genera, puede ser pensado como el más reciente punto de inflexión al interior de un movimiento filosófico francés que Alain Badiou (2013, p. 9-25) ubica en la segunda mitad del siglo XX, período que el autor llama ‘filosofía francesa contemporánea’ y cuya batalla conceptual en torno a la idea de sujeto acusa la herencia de Descartes.. Sobre este trasfondo filosófico, en la primera década del siglo XXI irrumpe un movimiento que en principio se lo puede leer como una empresa de signo inverso, preocupada no en los problemas del sujeto, sino en la condición real del objeto (Quentin Meillassoux, Graham Harman, Ian Hamilton Grant y Ray Brassier dieron por fundado el llamado Realismo Especulativo en el año 2007). A pesar de las tendencias contradictorias al interior de esta corriente, sus integrantes confluyen, sin embargo, en sostener un elemento común: la primacía del objeto y el repudio de la “filosofía del acceso humano” (correlacionismo).

En el prefacio de *Después de la finitud*, Alain Badiou retoma una problemática central en la obra de Meillassoux, que partió en dos la historia del pensamiento. ¿De dónde proviene la necesidad de las leyes de la naturaleza en la medida en que la experiencia sensible no puede garantizar ninguna? Frente a este planteo, llamado ‘problema de Hume’ en nombre de quien lo expuso en su forma más clara, Kant concluye que esta necesidad, al no poder provenir de nuestra recepción sensible (que sería cambiante y caótica), debe provenir de otra fuente: la actividad constituyente de un sujeto universal que llama sujeto trascendental. Esta distinción entre recepción empírica y la constitución trascendental es el marco obligado de todo pensamiento moderno. Sin embargo, Meillassoux por

un lado deshace las pretensiones necesitantes de la metafísica clásica y por el otro, la partición crítica entre empirismo y trascendencia. Demuestra que otra comprensión del problema de Hume había quedado disimulada y que nos lleva a una partición distinta: no hay ningún fundamento aceptable para la necesidad de las leyes de la naturaleza. Su ‘demostración’ es que hay una sola cosa absolutamente necesaria: la contingencia de las leyes de la naturaleza a partir de la teoría matemática del transfinito. Una de sus tesis centrales es la que sostiene el alcance ontológico del teorema de Cantor, que determina la pensabilidad matemática de la des-totalización numérica. Lo cuantificable no constituye un todo y esa in-totalización recibe el nombre de transfinito. Con el teorema de Cantor, lo posible es intotalizable (Meillassoux, 2015, p. 166-169).

Discutir en torno a la estabilidad o contingencia de las leyes es un problema filosófico ya repertoriado, dice Meillassoux. El problema de Hume para este autor concierne al hecho de saber qué nos garantiza que la física misma y no tal o cual teoría (Karl Popper), sea posible mañana (Meillassoux, 2015, p. 140). Para dar cuenta del problema de Hume, se han perfilado tres respuestas: metafísica, escéptica y trascendental kantiana, que Meillassoux critica para luego fundamentar la propia, de tipo especulativo².

² Haremos una breve referencia a las tres miradas. La respuesta metafísica consiste en demostrar la existencia de un principio absoluto que gobierna nuestro mundo. A la manera de un discípulo de Leibniz, se demostraría la existencia necesaria de un dios perfecto. La eternidad y estabilidad de nuestro mundo estará garantizada por la eternidad de la perfección divina misma. La respuesta escéptica, que responde a la perspectiva de Hume, rechaza toda solución metafísica al problema de la causalidad. O sea que no podemos establecer vía razonamiento la estabilidad futura de las leyes naturales. Hay dos medios de establecer la verdad de una existencia o de una inexistencia: la experiencia y el principio de no-contradicción. Ninguno de esos dos nos permite demostrar la necesidad de la conexión causal. Nuestra creencia en la necesidad de las leyes proviene del hábito o el acostumbramiento. La respuesta trascendental de Kant, más precisamente la deducción objetiva de las categorías desarrollada en la “Análítica de los conceptos” de la *Crítica de la Razón Pura*, consiste en una demostración a través del absurdo: supongamos que no hay ningún tipo de necesidad causal. Lo que resulta para Kant es un desorden fenoménico tal que ninguna objetividad e incluso ninguna conciencia, podrían subsistir duraderamente. La hipótesis de la contingencia de las leyes está refutada por el hecho de la representación.

Las tres perspectivas sostienen un postulado común: todas consideran como un punto adquirido la verdad de la necesidad causal (Meillassoux, 2015: 145). Se trata de una evidencia que nunca se cuestiona. La respuesta especulativa reformula el problema de Hume: en lugar de preguntarnos cómo demostrar la necesidad que se supone verídica de las leyes físicas, debemos preguntarnos cómo explicar la estabilidad manifiesta de las leyes físicas si éstas se suponen contingentes. ¿Cómo puede resultar un mundo estable a partir de leyes contingentes? Formulado de esta manera, el problema puede recibir, según Meillassoux, una respuesta satisfactoria.

Conocemos la aventura que dio lugar a las geometrías no-euclidianas (por el absurdo, se llegó a una nueva geometría tan coherente como la euclidea pero diferente de ella). Lo que Meillassoux propone es intentar lo mismo, pensar a través del absurdo en suprimir el nexo causal: poco a poco vamos a descubrir que ese universo no causal es un universo tan susceptible de coherencia como el universo causal y tan capaz de dar cuenta de nuestra experiencia presente, pero liberado de los enigmas inherentes a la creencia en la necesidad física.

La respuesta especulativa afirma, como uno de sus ejes centrales, que la contingencia de las leyes naturales es inaccesible al razonamiento aleatorio (Meillassoux, 2015: 161), es decir, contingencia y azar están enmarcados por distintos universos de sentido.

El azar presupone un conjunto previo de leyes que permiten su efectación. La noción de azar es sólo pensable bajo la condición de leyes físicas inalterables. En cambio, la contingencia puede afectar las condiciones mismas que permiten a los acontecimientos azarosos producirse. Una resolución especulativa satisfactoria del problema de Hume debería exponer en qué podría consistir una condición precisa de estabilidad del caos. Esta condición existe, es de naturaleza matemática: se trata de lo transfinito, susceptible de conducirnos a una distinción rigurosa entre contingencia y azar. La axiomática 'standard' de los conjuntos (o la teoría llamada ZF por Zermelo-Fraenkel)

progresivamente elaborada en la primera mitad del siglo XX a partir de los trabajos de Cantor, contiene como una de sus propiedades más destacables la pluralización ineludible de las cantidades infinitas. El teorema de Cantor enuncia lo siguiente: dado un conjunto cualquiera, cuente sus elementos, luego compare ese número con el número de los posibles reagrupamientos de esos elementos. Se obtendrá siempre el mismo resultado: el conjunto 'B' de los reagrupamientos de un conjunto 'A' es siempre más grande que 'A', así 'A' sea infinito. Desde la revolución cantoriana del conjuntismo, nada nos permite afirmar que lo concebible es necesariamente totalizable, porque un elemento fundamental de dicha revolución consistió en la destotalización del número. Para una respuesta especulativa, semejante totalización de lo concebible no puede de ahora en más ser garantizada a priori (Meillassoux, 2015: 165). Disponemos de una axiomática susceptible de ofrecernos medios para pensar que lo posible es intotalizable, refutando la inferencia necesarista de Kant y con ella la razón de creer en la necesidad de las leyes físicas.

Meillassoux enfatiza el hecho que el pensamiento más poderoso del acontecimiento incalculable es un pensamiento todavía matemático y no artístico o poético o religioso (2015:174): refiere a una realidad que no se deja medir por ningún número, finito ni infinito, y cuya sobre-inmensidad es la que permite la estabilidad del mundo visible.

Rupturas y puntos de encuentro con la Crítica Jurídica

El fin del mundo común ha llegado cuando se ve sólo bajo un aspecto y se le permite presentarse únicamente bajo una perspectiva.

Hannah Arendt, *La condición humana*

Este trabajo se propone generar un puente analítico entre la contingencia como absoluto especulativo y las reflexiones en torno al derecho desde las formulaciones de la Crítica Jurídica,

puente que nos habilite a pensar en sintonías y rupturas entre ambas perspectivas.

El mundo en que vivimos constituye una explosión fenoménica de gran magnitud, frente a la cual lecturas reduccionistas sólo colaboran en profundizar el empobrecimiento analítico y conceptual. El derecho como fenómeno social, es mucho más que un conjunto de normas: es facticidad y validez, convención y azar, orden y transformación, verdad y ficción, tecnología y práctica social, agencia y sistema, consenso y coerción (Cárcova, 2007: 165). La práctica social del derecho condensa en tiempo y espacio un cierto sentido de lo jurídico a través de estrategias que responden tanto a movimientos de conservación y estabilidad (que le otorgan seguridad y fijeza) como movimientos de transformación que imprimen la contingencia y dinámica indispensables para un derecho flexible y epocal.

Desde el punto de vista epistemológico, las interrogaciones de Meillassoux sobre ‘estabilidad’, ‘necesidad’ (su diferencia, su no inferencia, etc.) y ‘contingencia’ afectan a la misma definición que damos del derecho en tanto práctica social que articula funciones de conservación y de cambio. O sea que tanto la definición como las funciones del derecho crítico se ven interrogadas por el desarrollo de Meillassoux, desde el centro conceptual de sus postulados básicos (la capacidad del derecho de articular orden y azar) hasta otros temas derivados e igualmente medulares, como el diseño de los derechos humanos y la crítica de las ideologías.

Comencemos por una mirada rupturista entre ambas perspectivas: si hay un tema que unifica a las distintas corrientes al interior del Realismo Especulativo es su rechazo del llamado ‘correlacionismo’. Las perspectivas jurídicas críticas, por el contrario, muestran un fuerte apego y adhesión al eje correlacionista. Veamos.

Uno de los problemas fundamentales de la filosofía hasta la emergencia del pensamiento kantiano era pensar la sustancia; a partir de Kant, la correlación, es decir, el pensamiento no podía salir de él mismo para comparar el mundo en sí y el mundo

para nosotros: en el momento que pensamos que tal propiedad pertenece al mundo en sí, esa propiedad se revela ligada a nuestro pensamiento. Ya no es el sustrato (la Idea, el átomo, Dios) sino el correlato (sujeto-objeto, noético-noemático, lenguaje-referencia) el nuevo eje estructurador del pensamiento moderno.

Meillassoux describe dos correlacionismos, débil y fuerte. El modelo 'débil' de Kant mantiene la pensabilidad de la cosa en sí, pero no admite su conocimiento (la aplicación de las categorías a lo suprasensible). La cosa en sí es no contradictoria y efectivamente existe. Podemos pensarla pero no podemos conocerla, está por fuera de nuestras representaciones.

Para el modelo 'fuerte' de correlacionismo, es ilegítimo tanto pensar como conocer el en-sí. Este modelo responde al círculo correlacional. Nadie volvió de una exploración de un en-sí para garantizarnos semejante absolutividad del sentido. Todo es correlato ser-pensamiento.

Este modelo fuerte y la irremediable facticidad de las formas (no podemos más que describir las formas espacio-tiempo) está representado por la filosofía analítica de Wittgenstein del *Tractatus*, por la cual sostiene que la forma lógica del mundo no puede ser dicha a la manera de un hecho en el mundo sino 'mostrada'; escapa de las categorías de la ciencia o de la lógica. Escapa del discurso de la lógica el hecho mismo de que el mundo sea decible. "Hay, ciertamente, lo inexpresable. Se muestra, es lo Místico". Es la expresión de una imposibilidad (Meillassoux, 2015: 73). Por su parte, Heidegger (*¿Qué es metafísica?*) afirma "el ente es". Que haya ente (hombre) escapa a la soberanía de la lógica y de la razón metafísica, y esto en virtud de una 'facticidad' de ese 'hay'. Esto marca nuestra incapacidad de dar fundamento absoluto de lo que es. En síntesis, son dos operaciones inherentes al renunciamiento del absoluto y al primado del correlato.

Los dos medios principales de la correlación en el siglo XX, la conciencia y el lenguaje, son, en términos de Francis Wolff (*Dire le monde*), objetos-mundo: para ellos, todo está

adentro, porque para poder pensar en algo hay que poder tener conciencia de ello. Y entonces nos quedamos encerrados o en la conciencia o en el lenguaje, que lo dice. En este sentido, no tienen exterior. Pero en otro sentido, están completamente vueltos hacia el exterior, porque tener conciencia es tener conciencia de algo. Y hablar es necesariamente hablar de algo. Es como una jaula transparente, dice Wolff. Todo está afuera, pero es imposible salir. Se trata de un 'afuera claustral' (Meillassoux, 2015: 31). No disponemos de ningún punto de vista desde el cual podamos observar esos objetos-mundo desde el exterior. Son dos caras de un frente a frente. Es en este sentido que los modernos, dice Meillassoux, hemos perdido 'el gran afuera', que era indiferente a que lo pensemos o no.

El derecho crítico responde al piso epistemológico de lo que Meillassoux llama 'correlacionismo fuerte'. La co-implicancia sujeto-objeto es estructura fundamental del mismo. En Heidegger, la co-pertenencia originaria entre hombre y ser, llamada Ereignis, es fiel a la exigencia correlacional, porque ser y hombre no pueden ser planteados como dos 'en-sí' que sólo entrarían en relación en una segunda instancia. Por el contrario, están constituidos originariamente por su pertenencia mutua originaria (Meillassoux, 2015: 33).

El derecho crítico refiere a una situación determinada, a un cierto marco contextual, a un cierto juego de lenguaje, a una comunidad interpretativa, desechando enunciados jurídicos para todos los hombres, en todas las épocas y lugares. El derecho como un juego de lenguaje (en el sentido que Wittgenstein le da al sintagma) legitima sus enunciados de manera inmanente y contextual; gesta un cierto sentido de lo legal y lo prohibido, lo justo y lo injusto, con insumos diversos que emergen de los niveles normativos, sus interpretaciones y del imaginario social, articulando convención e invención de manera constante y dinámica. Nunca se habla tabula rasa: nuestros discursos, escritos, textos, jamás son dados o simples hechos de la naturaleza. Los efectos de sentido jurídico son productos históricos y culturales, procesos vivientes, atravesados por tensiones múltiples,

ambivalencias, contrasentidos. El derecho en tanto experiencia modula su singular relación con la referencia, con lo real, con lo posible, con lo virtual, con lo irreal (Antoine Berman, 2014: 17).

Para un derecho crítico, entonces, el derecho es correlato y correlato fuerte. No existe el ‘gran afuera’, sino que responde a la imagen de Francis Wolff de una jaula transparente cerrada en el círculo correlacional ser-sujeto, y al mismo tiempo abierta hacia afuera. Hay una renuncia a pensar un absoluto, admitiendo la facticidad de lo dado como hecho y como invariante estructural, lo cual marca nuestra incapacidad, desde el pensamiento, de saber acerca de ella.

Puntos de encuentro

Sin embargo, la Crítica Jurídica adhiere a pensar la categoría de la ‘necesidad’ en términos afines a los desarrollos de Meillassoux. Veamos entonces algunos sub-temas del derecho crítico frente a las postulaciones realistas.

Las funciones del derecho

El derecho como fenómeno social sedimenta sentidos epocales en torno a lo justo y lo injusto, lo legal y lo prohibido, pero al mismo tiempo habilita estructuralmente sus posibilidades de transformación. La estabilidad del derecho garantiza el orden y puesta en regla de las conductas humanas, al mismo tiempo que habilita su modificación. El derecho crítico se mueve, entonces, entre estrategias de estabilidad (=conservación) y contingencia (=transformación, lo no repertoriado) pero no apela a la necesidad, es decir, invoca en su trama la estabilidad pero no la necesidad. Precisamente la categoría de la ‘necesidad’ es la que Meillassoux combate frontalmente, es decir, hay un punto de encuentro entre el autor y la Crítica Jurídica en torno a este eje analítico.

La estabilidad es sedimentación, anclaje más o menos duradero en el tiempo, encauzamiento de expectativas de comportamiento, pero no necesidad o fijeza ontológica alguna, lo cual

implica sustraer la carga necesarista de importantes temas jurídicos. Cómo se piensa la ‘estabilidad’ en el derecho, o dicho de otra manera, cómo se ‘conserva’ sentido jurídico: en la práctica cotidiana de los usuarios del derecho, ellos recrean y dan vida a las figuras jurídicas; los operadores o expertos jurídicos lo conservan en su tarea hermenéutica, ratificando un cierto sentido de lo justo o lo injusto; las normas son depositarias de la sedimentación de sentido de un grupo social determinado. La estabilidad en derecho genera la previsibilidad necesaria para actuar sobre un piso jurídico consensuado y contextual. Por otro lado, y al mismo tiempo, la trama jurídica habilita su propia transformación, es decir, reconoce en los operadores jurídicos una actividad hermenéutica al interior de la cual pueden producir pequeños o grandes deslizamientos de sentido, desde retoques hasta importantes innovaciones. Pero no sólo los expertos ejercen una función transformadora al operar con el material jurídico, sino la sociedad civil en tanto destinataria del derecho puede generar cambios a través de reclamos y reivindicaciones de distinto tenor. En sintonía con el razonamiento de Meillassoux, la estabilidad no implica necesidad y la contingencia de las prácticas jurídicas no deriva en un hiper-caos, sino que la constancia de las mismas está asegurada por la infinita posibilidad de los mundos. El llamado a la filosofía del derecho es concebir los mundos en plural.

Derechos humanos

Pensar lo transfinito implica no sólo un replanteo de las funciones paradójales del derecho, sino que es un desafío para quienes afirman la existencia de derechos humanos ‘totalizables’, eternos, necesarios, universales. Para la Crítica Jurídica, los derechos humanos son contingentes y no necesarios, históricos, contextuales, en línea con la idea de in-totalización cantoriana, que nos permite abordar especulativamente el tema de los derechos humanos, sin ninguna necesidad de acudir a la metafísica.

“Los llamados derechos humanos o fundamentales no demandan ninguna metafísica, ni siquiera de una metafísica constructiva.

Sólo pueden ser pensados como construcciones humanas, históricas y contextuales. Adquisiciones civilizatorias que se transforman con el desarrollo de la evolución social, su progresiva ampliación, expansión y consolidación” (Cárcova, 2008: 133)³.

La historia nos muestra que la lucha por el reconocimiento de la calidad de persona, la libertad, la igualdad, la autonomía, es producto de largas marchas y contramarchas, avances y retrocesos. Lo que llamamos derechos humanos son una creación occidental, ciertas garantías consagradas como fundamentales para la convivencia social y que adquirieron carácter positivo como plexo de derechos y vinculados a ciertas formas de la moral social vigente, pero no adquieren carácter de derechos por su contenido moral, sino por su sanción positiva, tal como se encuentra prevista en el orden jurídico. La definición de derechos humanos responde a valores y concepciones que son propias de una cultura y no de todas las culturas (Cárcova, 2008: 136-137)

Las necesidades humanas son infinitas y el orden de prioridades no es cuestión de metafísica, sino de decisión política, producto de un proceso de lucha social por la apropiación del sentido. La relativa indeterminación de los derechos humanos permite que se resignifiquen epocalmente, al ritmo de las transformaciones en el campo de las valoraciones y de los conocimientos especializados.

La fundamentación (consensual y contextual) de los derechos humanos sólo es posible sin metafísica, en línea con el desarrollo de Meillassoux y la idea de in-totalización numérica.

Crítica de las ideologías

El abandono de la metafísica dogmática es la condición mínima de toda crítica de las ideologías, que consiste en demostrar la contingencia de una situación social presentada como inevitable y necesaria (implica desmontar lo necesario en

³ Cárcova (2008: 133-140) plantea discrepancias con Robert Alexy, quien ancla la existencia de DDHH en su ‘fundamentabilidad’, dimensión que presupone elementos metafísicos.

relación con lo contingente). La resignificación que hace Meillassoux de las nociones de necesidad y de contingencia está en sintonía directa con la crítica de las ideologías que tematiza la Crítica Jurídica. El derecho es un discurso ideológico que gestiona sus niveles de visibilidad e invisibilidad (alude-elude), movilizandando estrategias de necesidad y de contingencia. Lo que es 'necesario' (un paradigma necesario, una teoría jurídica necesaria, la invocación de algún principio necesario) es sólo funcional a un esquema de poder y deviene 'contingente' (y viceversa) según las luchas de sentido, es decir, como productos precarios y temporales de las confrontaciones semánticas para el logro de algún sentido hegemónico. El abandono de la carga necesarista que Meillassoux nos propone permite gestionar los niveles de alusión y elusión, cuya dinámica es el motor de toda crítica ideológica.

La in-totalización como apuesta del derecho

Azar y contingencia pertenecen a universos de sentido diferentes. Cada vez que hablamos de azar o de álea, se perfila el tema del Dado-Todo (la clausura inalterable del número de posibles). También, observa Meillassoux, el azar conecta con la aparente gratuidad del juego, con cierta liviandad de la vida, pero también con el frío (y clausurado) cálculo de las frecuencias (el mundo de los seguros de vida, de los riesgos ponderables, por ejemplo).

El término contingencia, en cambio remite al latín *contingere*, lo que sucede lo suficiente para que nos suceda, algo que por fin sucede, algo diferente, que escapando a todos los posibles ya repertoriados, pone fin a la vanidad de un juego donde todo, incluido lo improbable, es previsible.

Pensar la contingencia como absoluto especulativo (poder ser/poder no ser sin razón ni causa alguna) nos permite reflexionar en torno al derecho en sus posibilidades de transformación dinámica y contextual. Lejos de abandonar las milenarias y refinadas técnicas jurídicas que apuntalan virtuosamente la

previsibilidad y la seguridad en el campo del derecho, habrá sin embargo que estar siempre alerta frente a la clausura y el excesivo dogmatismo que hacen irrespirable la vida del derecho, lo asfixian, le impiden dar lo que tiene de innovador y sensible de cara a los cambios y a la diferencia. La idea de Meillassoux acerca de la necesidad de la contingencia nos acerca a un derecho más humano.

Bibliografía

- Alexy, Robert (2008). "¿Derechos humanos sin metafísica?", en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, La Ley-Número 6.
- Badiou, Alain (2013). *La aventura de la filosofía francesa*, Eterna Cadencia, Buenos Aires.
- Berman, Antoine (2014). *La traducción y la letra o el albergue de lo lejano*, Dedalus Editores, Buenos Aires.
- Cárcova, Carlos (2007). *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, LexisNexis, Buenos Aires.
- Cárcova, Carlos (2008). "Nota sobre el artículo "¿Derechos humanos sin metafísica? De Robert Alexy". Derechos humanos: naturaleza y cultura", en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, La Ley-Número 6.
- Harman, Graham (2015). *Hacia el realismo especulativo*, Caja Negra, Buenos Aires.
- Latour, Bruno (2012). *Nunca fuimos modernos*. Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- Meillassoux, Quentin (2015). *Después de la finitud. Ensayo sobre la necesidad de la contingencia*. Caja Negra, Buenos Aires.
- Meillassoux (2007). *Contingencia y absolutización de lo uno*. Conferencia en La Sorbona, en el Coloquio "Metafísica, ontología y henología", organizado por Paris-I el 16 de marzo.
- Ricoeur, Paul (2009). *Tiempo y Narración III*, Siglo Veintiuno, España.
- Vattimo, Gianni (2014). *De la realidad a la verdad*. Editorial FEDUN, Buenos Aires.

Wolfzun, Nora (2014). "El derecho: una verdad traducida", en *Los derechos fundamentales en la Constitución: interpretación y lenguaje*, Jurisprudencia Argentina, AbeledoPerrot, Buenos Aires.

Zizek, Slavoj (2008). *Ideología. Un mapa de la cuestión* (comp.), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

Márgenes del derecho. Estudio iusfilosófico crítico del discurso jurídico

Margins of law. Iusphilosophy critical study of the legal speech

Gonzalo Ana Dobratinich¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 525-541

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e411>

1. Susurros epistemológicos, bisbiseos metodológicos

La palabra no puede abarcar la complejidad desde los límites de sus categorías analíticas. El sentido cambia en un constante devenir (Nietzsche, 1990, p. 35). Si bien es absurdo negar la figura del autor porque hay obra, si podremos invisibilizarlo a los fines de otorgar preponderancia al discurso (Borges, 1974, p. 641). El salto del autor es inmediato porque su constitución está en su producción. No hay voces de autoridad, sino escritos en circulación (Borges, 1974, p. 698).

La lectura vehiculiza la forma en que luego se constituirá la obra, por ello se destaca y resalta el rol que cumple el lector. Un lector contextualizado y creado en cada una de sus lecturas.

Los significados en constante movimiento, las capas textuales sobre las cuales se superponen y conviven los saberes,

¹ Investigador becario doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" (Universidad de Buenos Aires). Doctorando en Derecho (Universidad de Buenos Aires - Universidad de Málaga). Magister en Filosofía del Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesor (Universidad de Buenos Aires - Universidad Nacional de José C. Paz). (ORCID 0000-0002-6548-8700). Correo electrónico: gonzaloanadobra@gmail.com

el recorrido caótico, arbitrario e incierto en que se vinculan las obras, en definitiva, la múltiple y necesaria intertextualidad. Esta articulación explícita o implícita de varios textos entre sí, será un rasgo distinto en el entramado que permite la estructuración y funcionamiento de los saberes. Los códigos que se van intercalando y dando lugar a los textos, darán la impronta dialógica que habita en cada uno de ellos. La polifonía es intervenida tanto a nivel intersticial de la obra (espacios, tiempo, personajes) como en su externalidad (autor, género). La confusión de voces permitirá esa comunicación desde una horizontalidad, que rompe con toda una perspectiva heredada de asepsia metodológica y linealidad temporal, capaz de organizar la forma en que comprendemos la cultura.

El proceso remite a un laberinto de lecturas que complejizan el acceso a la punta del hilo, su *ἀρχή* literaria. Las intermediaciones textuales se atomizan en ramificaciones de sentido muy sutiles. La dificultad por poder establecer el punto inicial encuentra su fundamentación en las superpuestas capas intertextuales que van sedimentándose y formando un producto cuyos puntos de inicio y finales son difíciles de establecer.

Poder remover las superposiciones textuales no solo nos explica cómo se ha formado el discurso sino entender el modo en que conocemos y nos vinculamos con nuestro entorno, es decir, la funcionalidad. El discurso debe ser fragmentado a nivel metalingüístico. Su conceptualización es de por sí necesaria para diseccionar la forma en que se organiza y conocer sus propósitos e intereses.

Estas dos instancias nos introducen en los estudios y perspectivas analíticas de Michael Foucault y Paul Ricoeur, partiendo de perspectivas diferentes más no excluyentes entre sí. El abordaje foucaultiano irá dirigido a las condiciones de formación del discurso, en tanto que Paul Ricoeur pondrá el foco en las subjetividades intervinientes e intervenidas en el discurso.

2. Lo discursivo desde una perspectiva foucaultiana

En su texto *El orden del discurso*, Foucault propone que el análisis del espacio discursivo debe realizarse en primer lugar desde un “conjunto crítico” capaz de mostrar cómo se han formado las necesidades, prohibiciones, limitaciones, coacciones y desplazamientos trastocados en el discurso. En segundo lugar, se exige un “conjunto genealógico” que intente establecer cómo se ha formado el discurso y cuáles fueron los medios de dicho desarrollo.

El trinomio saber-poder-discurso (Foucault, 2013, p. 37) será una constante desde la cual el autor francés estructurará gran parte de su pensamiento. El orden en que se encadenan los enunciados no será un mero acto de organización lingüística y estructuras sintácticas sostenidas por toda una perspectiva estructuralista, sino hechos estratégicos que guardan estrecha vinculación con los intereses de los sujetos participantes: “El discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que quiere uno adueñarse” (Foucault, 1996, p. 15).

La producción discursiva se controla y disgrega a través de minuciosos procedimientos que velan por su contingencia e historicidad, a los fines de darle una cobertura de aparente objetividad. En este sentido es que las estrategias pedagógicas permiten el ingreso de los individuos a todos los discursos, lo cual es una forma política de mantener o trastocar los discursos mediados por el saber y el poder (Foucault, 1996, pp. 45-46).

Foucault entiende que el conjunto de enunciados constituyentes de un determinado discurso responden a un mismo sistema de formación. Reglas que no solo exponen los significados del discurso sino que también exigen silencios, vacíos, límites (Fitzpatrick, 1998, pp. 192-195), recortes y exclusiones (Derrida, 1998, pp. 9-14). Los discursos no se desarrollan como actos individuales o sistemas cerrados sino que: “Los discursos religiosos, judiciales, terapéuticos, y en cierta parte también

los políticos, no son disociables de esa puesta en escena de un ritual que determina para los sujetos que hablan tanto las propiedades singulares como los papeles convencionales” (Foucault, 1996, p. 41).

El análisis foucaultiano pone sobre relieve la intertextualidad que opera en la formación de los discursos, en donde los significados y enunciados son mediados por las instancias de poder que visibilizan e invisibilizan sus funciones: “Todos ellos, y dentro de su heterogeneidad, no forman ni una obra ni un texto, sino una singular querella, un enfrentamiento, una relación de poder, una batalla de discursos y a través de los discursos” (Foucault, 2006, p. 18).

Estos entramados epistemológicos, propuestos por el autor francés, pueden ser trasladables al derecho, el cual se nos presenta narrativamente. Acontece como un terreno discursivo pasible de ser indagado desde el análisis lingüístico. En torno a ello, Marí (1980) expone:

La realidad es más compleja que las diversas formas que la teoría jurídica –especializada o no– o cualquier otro de los dispositivos que se involucran el término lato “derecho” (se trate del corpus normativo o de la maquinaria judicial) dicen poner en juego para describirla, sistematizarla, acuñarla o aplicarla. (p. 56)

Es así, que en estas instancias de análisis epistemológico, y casi de manera indirecta y desintencionada, nos vemos conducidos a reformular y deconstruir la manera en que conceptualizamos al derecho.

3. Entramados, movimientos y exhumaciones discursivos del derecho

Bajo estas nuevas perspectivas, el derecho se nos presenta y desenvuelve como una práctica social específica de índole discursiva (Cárcova, 2012, p. 120), en donde su formación estará intervenida por un complejo entramado de saberes. Los términos que participan en dichos enunciados están en constante movimiento

semántico, listos para ser constituidos y reformulados. En este orden de ideas, consideramos que el universo jurídico debe ser analizado desde la totalidad social que lo contiene y forma, a través de una perspectiva multidisciplinaria, caracterizada por la superposición e interferencia de los diferentes tipos de discursos en donde se pliega y despliega.

El modo en que categorizamos y planteamos la realidad moldeará nuestro pensamiento y al mismo tiempo que implicará una determinada forma de actuar en sociedad. Toda intención analítica intenta la supresión de la arbitrariedad y contingencia del lenguaje, mediante “caprichosas” categorías. Las conceptualizaciones amplían la participación de los fenómenos pero al mismo tiempo excluyen otros (Derrida, 1989, pp. 383-401). Pero casi de manera simultánea, en cuanto damos cuenta de la arbitrariedad opacada en categorías pretendidamente universales, puras y transparentes, visibilizamos una sofisticada forma de la ficción (Vaihinger, 1992, pp. 33-35; Marí, 2002, p. 305-312).

Este posicionamiento intenta atomizar una disciplina como la jurídica, difícilmente matizable dado su sistema de auto-legitimación integrado por diferente niveles (Marí, 1991, pp. 307-310). Dentro de esta posición que comprende al derecho como un fenómeno signado por la intertextualidad, se pretende desmembrar las dimensiones discursivas participantes y exteriorizar el modo en que se construyen. Ya no se pondrá el foco únicamente en la estructura de las disciplinas, sino también en la función que éstas cumplen. Es en esta funcionalidad y en las vinculaciones que se pueden establecer entre ellas, es donde se puede articular y dar cuenta de los diferentes discursos que participan en la construcción del saber jurídico.

Desde un punto de vista teórico como pragmático, debe pensarse el ámbito del derecho desde una visión integradora capaz de dar cuenta de todos los insumos que intervienen en su formación. Adentrarse en su estudio puede implicar una tarea nada sencilla. El lenguaje específico, los usos concretos, los modismos característicos y las diferentes categorías emergentes

distan de ser un espacio fácilmente asequible, no solo a quienes participan activamente en el ejercicio del derecho en sus múltiples formas sino también para aquellos que nunca han tenido un acercamiento directo con estos espacios (Entelman, 1991, pp. 305-310).

Pensar en el derecho como una totalidad, lleva consigo conocer las áreas que lo conforman como tal y lo constituyen como un conjunto sistemático. Requiere necesariamente partir de bases epistemológicas y metodológicas capaces de dar estabilidad y precisos insumos que permitan comprender y llevar a cabo su desarrollo. Esas bases sobre las cuales se ubique este conocimiento, ayudará al desarrollo no solo teórico de la materia sino además a un significativo aporte para su aplicación en torno a las versátiles interacciones humanas.

El derecho por lo tanto exige que sea repensado desde la multidisciplinariedad. Como discurso no solo desprende elementos instrumentales o de forma, que hacen hincapié en la completitud y consistencia normativa, sino que en él también juegan otros tipos de elementos como la historicidad, la ideología y el poder, entre otros (Legendre, 1982, pp. 96-97). El relato jurídico mantiene una narratividad (Martyniuk, 2006, p. 50-58) y como tal debe ser sometido a un análisis de las instancias intertextuales que inciden en su formación y aplicación (Calvo González, 1996, p. 25), ese espacio paradójico en que el derecho expone, descubre pero al mismo tiempo calla y opaca.

En este sentido, Francois Ost (2007) indica:

¿Quién se extrañará de que, en esas condiciones, el Derecho sea a la vez estable y efímero o experimental, duro y blando (hard y soft), coyuntural y principal? (...). ¿Quién no se percata de que el Derecho proviene a la vez del centro del orden normativo mismo y de la periferia, del desorden (o de órdenes distintos) que prevé en el exterior?. (p. 121)

En este sentido, es que el texto jurídico no solo debe pensarse como una instancia marcada por la intertextualidad sino

que al mismo tiempo es un entramado discursivo pasible de ser interpretado (Eco, 1992, p. 24-33).

En un primer nivel encontramos las estructuras del discurso jurídico, en tanto que en un segundo nivel localizamos las interpretaciones acerca de dichas normas realizadas por los operadores jurídicos y su posterior despliegue en el imaginario social (Marí, 1986, p. 93-105). Ellos producirán y darán sentido al derecho, advertencia que lejos de parecernos una limitación, emerge por el contario como una apertura al lenguaje, una democratización de la formas de análisis epistemológicas, una atomización de la cultura jurídica, o quizá una simple taza de té (Wittgenstein, 1989, p. 15).

Por ello, es que no solo se debe dar cuentas de la estructura del derecho sino también de la función que tiene para los operadores jurídicos (Cossio, 1962, pp. 1088-1089). El acto que crea simultáneamente al sujeto intérprete y a la obra interpretada. No hay obra sin sujeto y viceversa. Y decimos sujeto, porque lejos está de ser definido como autor o lector (Eco, 1990, p. 9-13). El papel del productor desde la teoría literaria contemporánea, empieza a ser de cuestionada existencia participativa en el acto creativo de la lectura.

En su obra *¿Qué es un autor?*, Foucault (2010) expone, en lo que parece ser un diálogo permanente con la obra de Roland Barthes, que “la función-autor es característica del modo de existencia, de circulación y de funcionamiento de ciertos discursos en el interior de una sociedad” (p. 21). La crítica se dirige a la figura del autor que pretende ser puesta como un hecho fundamental, sin embargo dependiendo de las condiciones de formación del discurso exigirá mayor o menor participación.

El autor no es un simple elemento del discurso, sino que ejerce un determinado papel: garantiza un orden, delimita, ordena, excluye y opone textos (Ruiz, 2003, p. 1). Su aparición dependerá de las intenciones de continuidad del relato establecido, dejando por momento espacios al segundo autor de la obra, el lector. El autor no es más que una de las especificaciones

posibles de la función-sujeto, no es indispensable la permanencia de su forma y existencia (Barthes, 2013, pp. 75-84).

En este sentido las perspectivas de la estética de la recepción impulsan el análisis de las mutaciones de los códigos culturales, su proceso de decodificación del significado y el uso de los textos. Los modos de expresión del ámbito jurídico, no serán ajenos a estos considerandos.

4. La textura de los intérpretes

En el ámbito del derecho, el legislador ha segmentado la realidad en un plexo normativo y ha “desaparecido” de la escena (recurso metafórico, en tanto consideramos que el legislador cumple una función elemental en la formación del discurso jurídico). La norma queda allí, la sociedad pide que hable y el juez “con su prudencia y sana crítica” tendrá que hacerlo. La cuestión interpretativa será un extenso debate en el área jurídica y quizá los aportes desde la lingüística puedan echar luz sobre este fenómeno que de a poco se separa, como lo indica Paul Ricoeur (1983, p. 25), de la concepción hermenéutica romántica de Schleiermacher y Dilthey que proponen comprender al autor mejor de lo que él mismo pudiera comprenderse.

En este proceso interpretativo de la norma hay un “intérprete” situado frente al texto, que tendrá que estructurar la subjetividad que su autor (el legislador) intentó plasmar. La intertextualidad normativa es mediada por una interrelación de lecturas sujetas por lo que Jauss (2000), desde la teoría de la estética de la recepción, llama un “horizonte de expectativas” (p. 19).

Tal como Ricoeur lo expresa en *Tiempo y narración: Configuración del tiempo en el relato histórico* (1983), el texto implica la pre-comprensión de un mundo común, en ese acto el texto es suspendido del mundo de su referente, situación necesaria para que la obra no se cierre sobre sí misma y al mismo tiempo permita abrirse a segundos referentes, los intérpretes (pp. 45-56).

Es por ello que consideramos que el derecho también se imprime en este espacio en tanto suspende su referente y necesita ser reinterpretado, reestructurando su sentido. Su primer obrador desaparece ante la injerencia de la figura del nuevo autor, el juez.

La imagen implica la caracterización de un determinado modo de ser del discurso jurídico. El hecho de tener una determinada figura que aparece en una instancia específica y que nos insta a decir “esto ha sido decidido por un juez”, implica que el discurso no es un acto indiferente y pasajero sino que se recibe de una determinada manera. La figura del segundo referente condiciona la recepción del texto por parte de los individuos que conforman el tercer nivel, la sociedad.

Esa aceptación expresa (legalidad) y tácita (legitimidad) que la figura del juez reúne como autor e intérprete, exige que pensemos en el vacío de su existencia en términos de nombre propio: “el nombre de autor no es pues un nombre propio como los demás” (Foucault, 2010, p. 19). La implicancia del juez-autor condiciona nuestra forma de concebir el discurso jurídico.

Su muerte o inexistencia no tiene que ver solamente con una ausencia física del sujeto sino con la ausencia de un referente particularizado, con la indeterminación del hablante o bien con la aceptación de la voz de autoridad en tanto su significado no permite lugar a la redefinición conceptual.

5. Ruidos y silencios en torno a lo jurídico

En la disección del lenguaje jurídico, observamos significados en constante movimiento, múltiples y necesarias intertextualidades, capas discursivas, recorridos caóticos, arbitrarios e inciertos en los que se superponen una miríada de enunciados.

Tampoco debemos pensar que bajo estas perspectivas el terreno comunicativo sería imposible, en tanto cada sujeto responde y posee una realidad complejamente diferenciada de otros, situación que haría imposible toda interlocución. Sin

embargo, nos parece importante resaltar que aquellos sonidos que emitimos y hemos dado en llamar lenguaje, poseen una genealogía cargada de poder, de fuerzas en pugna, historia, transformaciones etimológicas, recursos lingüísticos.

Los textos poseen esa interesante función paradójica de mostrar y ocultar, así como sus tintes de opacidad (Cárcova, 2007, pp. 38-46). Esta opacidad que tiñe al derecho, la utilización del mismo lenguaje para ocultarse y encriptarse, con todo lo que implica en materia de saber-poder. Un espacio en el que solo algunos juristas pueden hablar, conocer y participar.

Todo discurso dice y desdice, expone a la vez que esconde algo, está allí para ser interpretado y hablado: “Ciertas instituciones, normas o prácticas cumplen una función distinta de la que “dicen” cumplir. Que se despliegan ideológicamente, es decir, en un doble juego de alusión y elusión, de reconocimiento y desconocimiento” (Cárcova, 2012, p. 150).

El derecho nos une a la vez que nos separa, nos iguala a la vez que nos desiguala, nos enseña en un ámbito en el que nos excede la miríada de leyes, reglamentos, decretos, ordenanzas y dictámenes que surgen a diario. La presunción del conocimiento de la ley por todos los individuos, contrasta con una práctica judicial en donde el derecho es desconocido, o no comprendido, por la mayoría de los individuos. Un abismo entre el derecho y los sujetos a los cuales se dirige y pueden hacer uso del mismo. Sujetos atravesados por un sinfín de normativas escritas en un lenguaje hermético, apoyado en enrevesados tecnicismos del que harán uso los instrumentos jurídicos:

Una vez más: el poder asentado en el conocimiento del modo de operar del derecho ejerce, en parte, a través del desconocimiento generalizado de ese modo de operar. La preservación de ese poder requiere la reproducción del efecto de desconocimiento. Requiere, en fin, opacidad. (Cárcova, 2007, p. 164)

Frente a este panorama, consideramos que el papel del receptor, lector, intérprete, ejecutor, actor, en definitiva, de todo

sujeto frente a un mensaje no es solo de mera recepción o ejecución, sino que hay una activa participación del sujeto pasivo que recibe el mensaje y lo reinterpreta. Todo proceso comunicativo lleva consigo una multiplicidad de implicancias. Para actualizar estructuras de sentido se necesita de creadores así como también de intérpretes, y una audiencia que recepte y dé su devolución al respecto (Cárcova, 2009, p. 41). Al igual que una partitura, dispuesta a ser interpretada, ya en otro tiempo, otro espacio y por otro sujeto diferente de su autor, el lenguaje participa en una constante “traducción” dando como resultado un complejo entramado de discursos culturales, políticos y hermenéuticos, entre otros. No hay discurso sin hablante e intérprete.

Tal como se distingue: “El derecho tiene, junto a un función positiva, también una función negativa que es intrínseca a su propia naturaleza” (Cárcova, 2012, p. 146). Muchos son los documentos que nos permiten, no solo entender lo que sucede en el contexto en el cual son realizados y puestos en marcha, sino observar las incidencias de acontecimientos pasados y sus proyecciones futuras:

La autoridad depende de la existencia de un núcleo determinado de significados, porque en su ausencia no hay una manera normativa o pública de analizar lo que alguien dice o escribe, con el resultado de que la interpretación se convierte en un asunto de análisis individuales y privados, ninguno de los cuales se somete a verificación o corrección. (Palti, 2012, p. 232)

Julia Kristeva (1997), pionera del desarrollo del término de intertextualidad, indica en torno a ello que el significado de un texto no se transfiere, sino que es mediado por una serie de códigos que involucran otros textos (p. 3).

Todo lo expuesto intenta asentarnos sobre una base sólida desde la cual poder analizar cómo se establece el sentido del discurso jurídico en su totalidad (normas, teorías, sentencias) y examinar cómo los principales actores jurídicos intervienen en esa producción (Kennedy, 1999, pp. 102-115). La tarea del

legislador parece ser la de un sujeto que ha hecho una enorme obra artística; lo que sigue es tarea del juez. Este es quien deberá pulir la obra, ponerle el título correspondiente y ubicarla en la sala de exposición que le parezca más pertinente. Pero no todos los jueces deciden de la misma manera en lo que al derecho respecta (Cárcova, 2012, p. 155).

6. Nuevos espacios para desarticular los montajes jurídicos

Es necesario dar cuentas que, desde una perspectiva iusfilosófica, el derecho es pasible de ser analizado por una multiplicidad de posiciones y ópticas. La pretendida asepsia metodológica de determinadas posiciones iusfilosóficas que intentan reducir al derecho en pura normatividad, permite entender qué es el derecho y cómo se ejerce. La tarea que los jueces realizan involucra otras actividades aparte de la aplicación de las leyes generales a casos particulares. La idea de subsunción que predomina como argumento justificativo en torno a la interpretación judicial no revela los mecanismos que se emplean, así como tampoco explicita si el proceso es puramente intelectual, o bien participan elementos volitivos. Ello implica que los magistrados realicen una tarea puramente retórica y de cuestionable utilidad ante un proceso significativamente más complejo. El estudio de un determinado caso judicial no puede limitarse al análisis de las normas que lo contienen sino a los sujetos que participan, tal como jueces, fiscales, partes, testigos, peritos.

Ello nos indica que las interpretaciones y análisis que los jueces hagan del derecho no son un terreno signado por el consenso y el acuerdo compartido, sino que; por el contrario, cada postura dará su perspectiva en torno a cada una de las aristas que conforma el derecho en su totalidad.

En esta instancia de análisis consideramos necesaria la participación de la teorías narrativistas en el derecho a los fines de desdoblar el sentido que los actores jurídicos imprimen a las normas, al mismo tiempo que permitan dar cuentas de las valoraciones, intereses, ideas y perspectivas que cada uno utiliza.

El discurso jurídico se construye desde la subjetividad. En este acto siempre hay elección y selección. Ello implica que no se pueda establecer una única forma de producción. El carácter discursivo desde el cual se constituye el derecho (normas, producciones teóricas) es lo que nos lleva a sostener que dicho espacio se materializa como proceso social de producción de sentido, *verbi gratia*: vivienda digna, buena fe, matrimonio, capacidad, persona, moral o buenas costumbres, entre otros, son conceptos jurídicos cuya definición dista de ser completa y omnicompreensiva. Hay una constante circulación de sentido, más que un discurso de la verdad, aunque ésta haya sido una constante voluntad en la historia del derecho (Foucault, 1991, p. 66). Ningún individuo tiene el privilegio de poder establecer la correcta interpretación del derecho. La circulación del sentido jurídico será constante, y consiste en algo más que palabras.

Estas perspectivas de análisis narratológicas adquieren mayor relevancia en torno al análisis del fenómeno jurídico como discurso. Si pensamos por ejemplo en una sentencia como acto jurídico veremos su organización discursiva. El acercamiento y posterior decisión del juez se dará por medios de informes, escritos, comentarios y pruebas que le irán acercando para desentrañar “lo verdadero”. Sobre los hechos, el magistrado no ha participado de manera presencial, este distanciamiento “corrompe” la verosimilitud entre las prescripciones legales y la realidad.

La realidad jurídica es construida desde la interpretación. Hay un gran número de participantes que inciden en dicha formación. La heterogeneidad y complejidad de la comunicación, en donde se exige la decodificación de sus enunciados, dan cuentas de que no se trata de un proceso unívoco.

Lejos de pensar que estas resignificaciones del relato jurídico lo conviertan en un espacio anómico, permiten su actualización y adecuación a las situaciones sociales actuales, caracterizadas por sus contantes y vertiginosos cambios. La perspectiva intertextual en materia jurídica surge como un intento de visibilización y formación de un derecho más integral, capaz de escuchar

y hacer participar otras perspectivas, a los fines de dar una respuesta más completa a los dilemas que se le presentan.

Todas las herramientas analíticas desde las cuales se puede analizar y entender el derecho como relato, hacen que no se lo conciba como una reproducción y explicación automática de la situación histórica en que se presenta, sino que es la invitación a recurrir a otros discursos como forma de una interpretación más amplia y profunda. Son conjuntamente un análisis cultural, político, económico, social, cognitivo, entre otros. No podemos ligarnos a lo meramente estructural y formal de un discurso. Aun así, si deseáramos hacerlo, tendríamos que saber que la misma estructura es efecto de otros discursos antecedentes.

7. Conclusiones

Los trazos, las oraciones y las pautas exponen (al mismo tiempo que ocultan) toda una percepción del sentido contextual, y el derecho no es ajeno a este espacio. Tratar de dar cuentas de esa *mise en abyme*, en la cual el derecho no se reduce a la pura normatividad, sino que debe ser analizado desde la intertextualidad y multidisciplinariedad. La voluntad de verdad aferrada a sus enunciados, imprime en cada postulado la idea de una forma de entender los fenómenos que se conocen, pero la forma en que se estructuran llevará consigo toda una cosmovisión e intencionalidad de lo que quiere constituirse como derecho y, dada su injerencia en el entorno, toda una visión de los elementos que conformarán la sociedad.

Significados en constante movimiento, enunciados superpuestos que se van sedimentando, recorrido caótico, arbitrario e incierto en que se va desarrollando el saber jurídico, dan cuenta del concepto de intertextualidad. En este orden de ideas destacará el concepto de interpretación, que en sus textos exige la participación de un lector que cambiará constantemente el sentido del texto. Por otro lado, da cuentas del papel que posee el fenómeno de la ficción, en tanto permite la ruptura y la resignificación del espacio de lo que consideramos “lo real”. Se da

ese espacio paradójico en el cual se debate la figura de lo real y lo inexistente, la ideología y la voluntad de verdad.

Los conceptos de intertextualidad y de ficcionalidad son inescindibles y complementarios entre sí y, al mismo tiempo, devienen directrices no solo en su obra específicamente sino en el análisis de todo tipo de discurso entre los cuales destacamos el discurso jurídico.

Las múltiples interpretaciones que inciden en las aplicaciones y transformaciones del espacio jurídico, sumado al papel performativo que se trasluce desde la ideología, vienen a dar cuenta del aspecto sectorial y particular que tiene el derecho; su lenguaje jurídico se desarrolla y construye desde la intertextualidad.

Queda esa sensación que enfrentarnos al análisis del discurso jurídico, es soportar las variaciones de sentido y todo lo que ello provoca en nuestro mundo simbólico históricamente construido. Posicionarse frente a esta perspectiva, como actores jurídicos, es estar dispuestos a escuchar un discurso que posiblemente hemos omitido de manera intencional o no queremos escuchar. Es pararse sobre un terreno endeble que empezará a estremecerse instantáneamente, y no habrá arquetipos, conceptos cerrados, conocimientos unívocos ni seguridades epistemológicas en donde sostenerse. Un cuestionamiento constante y la impostura ante lo que está dicho y presumido bajo el umbral de la “naturalidad”. El desengranaje y deconstrucción de la normalidad, para luego intentar unir las piezas y ver qué figura verdaderamente escondía el borroso rompecabezas discursivo. Aunque se nos vaya la vida intentar des-ocultar lo que esconde detrás de todo ese cúmulo de hechos y palabras: “Quizá del otro lado de la muerte, sabré si he sido una palabra o alguien” (Borges, 2013, p. 560).

Bibliografía

- Barthes, R. (2013). *El susurro del lenguaje*. Buenos Aires: Ed. Paidós.
 Borges, J. L. (1974). *Obras completas*. Buenos Aires: Ed. Emecé.
 Borges, J. L. (2013). *Poesía completa*. Buenos Aires: Ed. Debolsillo.

- Calvo González, J. (1996). *Derecho y narración: materiales para una teoría y crítica narrativista del D°*. Barcelona: Ed. Ariel.
- Cárcova, C. M. (2007). *La opacidad del derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- Cárcova, C. M. (2009). ¿Hay una traducción correcta de las normas?. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, III(4), 33-42. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/152>
- Cárcova, C. M. (2012). *Las teorías postpositivistas*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- Cossio, C. (1962). Crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica en nuestra época, *La ley*, pp. 1088-1092. Recuperado de <http://capacitacion.hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2015/12/La-critica-de-la-jurisprudencia-Carlos-Cossio.pdf>
- Derrida, J. (1989). *La escritura y la diferencia*. Barcelona: Ed. Anthropos Editorial del hombre.
- Derrida, J. (1998). *Márgenes de filosofía*. Madrid: Ed. Cátedra.
- Eco, U. (1990). *Obra abierta*. Barcelona: Ed. Ariel.
- Eco, U. (1992). *Los límites de la interpretación*. Buenos Aires: Ed. Lumen.
- Fitzpatrick, P. (1998). *La mitología del derecho moderno*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI.
- Foucault, M. (1991). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Ed. Gedisa.
- Foucault, M. (1996). *El Orden del Discurso*. Madrid: Ed. La Piqueta.
- Foucault, M. (2006). Yo, Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano. Barcelona: Ed. Tusquets.
- Foucault, M. (2010). ¿Qué es un autor?. Buenos Aires: Ed. El cuenco de plata.
- Foucault, M. (2013). *Vigilar y castigar*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI.
- Jauss, H. (2000). *La historia de la literatura como provocación*. Barcelona: Ed. Península.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá: Ed. Siglo del Hombre Editores.

- Kristeva, J. (1997). Bajtin, la palabra, el diálogo y la novela. En Navarro, D. *Intertextualité: Francia en el origen de un término y el desarrollo de un concepto* (1-24). La Habana: Ed. UNEAC.
- Legendre, P., Entelman, R., Kozicki, E., Abraham, T., Marí, E., Le Roy, E., & Vezzetti, H. (1982). *El discurso jurídico*. Buenos Aires: Ed. Hachette.
- Marí, E. (1980). “Moi, Pierre Riviere...” y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias jurídicas y sociales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 59, 81-110.
- Marí, E. (1986). Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden. *Doxa*, III, 93-111.
- Marí, E. (2002). *La Teoría de las Ficciones*. Buenos Aires: Ed. Eudeba.
- Marí, E., Ruiz, A. E. C., Cárcova, C. M., Entelman, R., Ost, F., Van de Kerchove, M., & Kelsen, H. (1991). *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- Martyniuk, C. (2006). *Sobre la norma del gusto, la normatividad del arte y la narración de la justicia*. Buenos Aires: Ed. Coyoacán.
- Nietzsche, F. (1990). *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Ost, F. (2007). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de jueces. *Academia, Revista sobre enseñanza del derecho*, 4(8), 101-130.
- Palti, E. J. (ed.). (2012). *Giro lingüístico e historia intelectual*. Buenos Aires: Ed. Universidad Nacional de Quilmes Editorial.
- Ricoeur, P. (1983) *Tiempo y narración: Configuración del tiempo en el relato histórico*. D.F.: Siglo XXI.
- Ruiz, A. E. C. (2003). El derecho como discurso y como juego. *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 38, 1-5. Recuperado de http://latcrit.org/media/medialibrary/2014/01/10_uiapr_ruiz.pdf
- Vaihinger, H. (1922). *Die Philosophie “als ob”*. Leipzig: Ed. Verlag von Felix Meiner.
- Wittgenstein, L. (1989). *Conferencia sobre ética*, Barcelona: Ed. Paidós.

Mujeres, acción y diferencia. Esbozos para un feminismo crítico

*Women, action and difference.
Outlines for a critical feminism*

Marina Gorali¹

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 542-553

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e412>

“Nunca se convierte ya en hoy mismo”

W. Benjamin

Introducción

¿Cómo pensar lo femenino? ¿Es posible ubicar allí algo del orden de lo identificable que permita inscribirnos como parte de un conjunto? ¿Cómo tramitar las diferencias? ¿Cómo articular una propuesta de acción que soporte lo inasible de la subjetividad misma? ¿Cómo impulsar las condiciones jurídicas que atribuyan

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Abogada - Facultad de Derecho UBA. Licenciada en Ciencia Política - Facultad de Ciencias Sociales UBA. Investigadora del proyecto Ubacyt Modalidad I “Leer el derecho” dirigido por el Dr. Cárcova. Profesora Adjunta de Filosofía del Derecho UBA a cargo de los cursos del CPO “Lecturas contemporáneas acerca del derecho” y “El conocimiento del derecho”, Cátedra Dra. Ruiz, Facultad de Derecho, UBA. Profesora de Sociología jurídica de la Universidad Nacional de Avellaneda (UNDAV). El abordaje de las asignaturas tiene por objeto efectuar aportes formativos críticos con apoyo en la semiótica jurídica que sirvan de base para la comprensión y articulación de acciones frente a problemas jurídicos contemporáneos (acceso a la justicia, violencias, género, justicia y construcción social de la memoria, opacidad del derecho, migraciones, interpretación judicial, pluralismos jurídicos, diferencia e interculturalidad). (ORCID: 0000-0002-720-5699). Contacto: marinagorali@derecho.uba.ar/mgorali@undav.edu.ar.

un rol activo al Estado en la protección de los derechos de las mujeres frente a la violencia estructural? ¿Cómo desplazar esta esfera de inscripción moderna de la violencia sacrificial que produce día a día cada vez más cuerpos desechables? El presente trabajo pretende abordar estos interrogantes dando cuenta de la necesidad de forjar un feminismo crítico que sitúe los discursos de género lejos de toda lectura fácil y simplista. Este desafío supone consolidar un movimiento feminista que problematice y desarticule ciertas categorías medulares de la teoría jurídica de nuestra modernidad occidental, categorías que:

- a) han imposibilitado comprender la complejidad y desplazamientos de los procesos de constitución subjetiva,
- b) han ignorado las micropolíticas de la diferencia y las disputas/ renegociaciones que éstas implican,
- c) han presupuesto una temporalidad teleológica como marco de acción,
- d) no han dado cuenta cómo los paradigmas de excepción se han convertido en formas paradigmáticas de gobierno, constituyéndose en una de las esferas de inscripción moderna de la violencia sacrificial.

Se trata, en definitiva, de habilitar un modo de pensar los discursos de género que permita reinscribir la crítica no como develamiento de una supuesta “verdad esencial” oculta sino como una praxis que transforme a partir de los propios límites que el orden simbólico instituye. Esto es, entender que toda conciencia social se constituye como (y en) una cadena semiótica. Circunstancia que exige interrogar la pretensión de hallar una conciencia (en este caso de la mujer) en estado positivo y puro. En todo caso, la posibilidad de la acción radica precisamente en sustraerse a esa pretensión de corte positivista desorganizando ese objeto y re-eslabonando la cadena signica. Esto supone asimismo desplazar la noción de sujeto unificado/ identidad original. El sujeto es, ante todo, el sujeto de una carencia, de una falta. Como resultado, cualquiera sea la identidad que tenga, se constituye mediante actos de identificación y lenguaje.

En este sentido, Chantal Mouffe advierte sobre la necesidad de desplazar las identidades sustancializadas como una condición fundamental para la formulación de una política feminista:

Para las feministas comprometidas (...).sólo cuando descartemos la visión del sujeto como un agente al mismo tiempo racional y transparente para sí mismo, y descartemos también la supuesta unidad y homogeneidad del conjunto de sus posiciones, tendremos posibilidades de teorizar la multiplicidad de las relaciones de subordinación. (Mouffe, 1999, p. 5)

II. Identidad narrativa y diferencia

En *La Condición humana* Arendt (1958) escribe “La cualidad específica de revelación de la acción y la palabra, la manifestación implícita del sujeto que actúa y habla, está tan indisolublemente ligada al flujo vivo del actuar y el hablar que sólo puede ser representada (...) por medio de la mimesis” (p.210). La revelación del “quien” supone así una política de la narración. Para Arendt, el relato, en tanto expresión de la acción narrada, se constituye como el lugar de realización del pensamiento esencialmente político. En este sentido, la acción prevalece bajo la condición de su narratividad, de ser una acción narrada. La acción individual no constituye pues la acción maravillosa, sólo se vuelve tal en la medida en que sea memorable. Son las y los espectadores los que hacen de la polis una organización creadora de memoria o de historia. Para que una historia se convierta en una historia contada debe existir, en primer lugar, un inter-est (entre-dos) por el cual adquieran forma la memoria y el testimonio. Es entonces por el relato como se realiza el pensamiento esencialmente político. El relato es la dimensión inicial en la cual viven los hombres y las mujeres, la dimensión de un bios y no de una zoé. El relato es la acción más inmediatamente compartida y en tal sentido la más inicialmente política. Este aspecto será retomado también por P. Ricoeur. Renunciando a toda pretensión del sujeto por

fundarse y conocerse a sí por “sí mismo”, Ricoeur entiende que toda comprensión de sí debe ir mediatizada por el análisis de los signos, símbolos y textos. Este criterio para deducir la identidad de yo como identidad simbolizada es ampliado en “Tiempo y Narración” en el sentido de una identidad narrada. Allí nos invita a pensar en la narración como la clave de la identificación subjetiva. La historia narrada dice el quién de la acción. La identidad del quién no es, pues, ella misma más que una identidad narrativa. Hablar de identidad narrativa es reconocer la incapacidad del sujeto de captarse instantáneamente. Ricoeur supera así una visión sustancialista del sujeto: sin narración no hay identificación posible ni del individuo ni de las comunidades. Identificación que se producirá en el ámbito práctico del relato de sus actos.

¿Cómo pensar entonces lo femenino en el marco de estas reflexiones? En primer lugar, advertir la importancia de interrogar los discursos que presuponen un núcleo homogéneo de una verdad transparente del “ser mujer”. Estos discursos suelen sostenerse sobre la base de presupuestos sustancialistas o bien del naturalismo positivista. Lejos de ello, las construcciones subjetivas que convergen en el significante “mujer” se constituyen mediante complejos actos de identificación y lenguaje. Identificaciones que desplazan y reinscriben posiciones en campos de pertenencia cuyas fronteras son siempre móviles y sujetas a tensiones y disputas. La distinción entre exterior e interior no es necesariamente delimitable ya que éstas implican fórmulas de diferenciación que tramitan esos límites. Esto supone comprender también que los propios grupos “identitarios” constituyen mecanismos por los cuales establecen formas de exclusión e inclusión en diversos planos de diferencia. Los rituales, en este sentido, constituyen un momento privilegiado donde es posible advertir el despliegue y renegociación de estas tensiones.

Las estadísticas sobre femicidios constituyen un espacio que da cuenta de ello. Contar es, ante todo, un acto político. Resulta, en este sentido, imprescindible sostener políticas de censo y registro que amplíen la propia categoría de “femicidio”.

Circunstancia que supone no sólo contabilizar, sino interrogar la propia categoría de mujer. Esto implica asimismo la obligación del Estado de proteger los derechos de todas las mujeres frente a la violencia estructural. Responsabilidad amparada por el propio bloque constitucional,² que demanda del Estado ya no un mero rol neutral o pasivo sino, por el contrario, exige un papel activo en la prevención y protección de grupos sometidos a procesos estructurales de discriminación y violencia.

En un nivel más complejo, es preciso comprender también que la diferencia sexual puede ser pensada (se juega) en el plano de lo que el estructuralismo denomina “la posición”. Como bien explica Deleuze (1982), no se trata de un sitio en una extensión real, ni de lugares en extensiones imaginarias, sino de sitios y lugares en un espacio propiamente estructural, es decir topológico. La estructura es en sí misma un sistema de elementos y de relaciones diferenciales. Ella es diferencial en sí misma, y diferenciadora en su efecto. Mientras que lo imaginario tiende a reflejar y a reagrupar sobre cada término el efecto total de un mecanismo de conjunto, la estructura simbólica asegura la diferenciación de los términos y la diferenciación de los efectos.

Ahora bien, ¿cómo se organizan estas posiciones? ¿Qué las distribuye? Contra el carácter dual de la imaginación -explica Deleuze- el Tercero interviene en el sistema simbólico, distribuyendo las series, desplazándolas relativamente, haciéndolas comunicar y sobre todo, impidiendo a la una abatirse imaginariamente sobre la otra. “Deuda, carta, pañuelo o corona”, la naturaleza de este objeto es siempre desplazado en relación consigo mismo.

Tiene como propiedad no estar donde se lo busca, pero en revancha también la de ser encontrado donde no está”. Se dirá que “falta en su lugar” (...)También, que falta en su propia semblanza (...) que falta a su propia

² Cfr. Abramovich, V. “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Anuario de Derechos Humanos, 2010. pp. 167-182.

identidad. Es en este sentido que el desplazamiento, y más generalmente todas las formas de cambio, no forma un carácter añadido desde afuera, sino la propiedad fundamental que permite definir la estructura como orden de los lugares bajo la variación de las relaciones. (Deleuze, 1982, p.9)

Toda la estructura es movida por aquel objeto que es, ante todo, una casilla vacía, que falta en su propio origen. Distribuyendo las diferencias en toda la estructura, haciendo variar las relaciones diferenciales con sus desplazamientos, el objeto = x constituye el diferenciante de la diferencia misma.

¿Qué implicancias tiene ello a nivel de los discursos de género? Fundamentalmente pone en evidencia la imperiosa necesidad de admitir el carácter incompleto de la subjetividad misma. Esta incompletitud constitutiva muestra cómo la diferencia sexual lejos de ser un conjunto firme de oposiciones simbólicas estáticas, es el nombre de “una incógnita” que resiste cualquier simbolización. Pero es precisamente esta imposibilidad la que (paradójicamente) da lugar a la posibilidad misma de la lucha por el significado de la “diferencia sexual”.³ Circunstancia que exige repensar no sólo las políticas y estrategias de acción sino, ante todo, la idea misma de acción (y la temporalidad que ella trae aparejada).

III. Género, tiempo y acción

En “*El tiempo de las mujeres*” Kristeva (1979) sitúa la problemática de las mujeres en una interrogación sobre el tiempo: aquel que el movimiento feminista hereda, aquel que su aparición modifica. En este sentido ubica dos momentos del movimiento feminista: el primero, universalista en su trayectoria, globaliza los problemas de las mujeres de diferentes edades, culturas, situación socio-económica bajo la etiqueta de la Mujer

³ Ver el debate entre Judith Butler, Ernesto Laclau y Slavoj Žižek en *Contingencia, hegemonía, universalidad*. Diálogos contemporáneos en la izquierda. Buenos Aires, FCE, 2000.

Universal. Frente a esta primera corriente, que se reconocería en una concepción del tiempo lineal y teleológico -el tiempo del proyecto-; es posible ubicar una nueva generación de mujeres que llegaron al feminismo tratando de dar lenguaje a las especificidades y experiencias culturales y corporales que la generación anterior dejó mudas. Al exigir el reconocimiento de una singularidad irreductible y resplandeciente en sí misma, plural, fluida, no idéntica, este feminismo se situaría -a criterio de la autora- fuera del tiempo lineal de las identidades.

Creo que es precisamente en este pasaje, en esta torsión, donde es necesario inscribir la posibilidad misma de la acción: en un cuestionamiento profundo de la instrumentalidad y la linealidad temporal como modo de pensar la transformación. Vuelvo a Arendt (1957): “La historia real en que estamos comprometidos mientras vivimos no tiene ningún autor visible o invisible, porque no está fabricada”. (p.105) Al modo de la *Jetztzeit*⁴ benjaminiana o del teatro de Brecht, el actuar interviene ya no bajo el modo del cálculo sino de la interrupción⁵. H. Bhabha explica que en Brecht, la interrupción es el método dramático que posibilita precisamente la ruptura del encantamiento al que el naturalismo teatral y la normalización someten al público (Bhabha, 2013, 38). Es en esta doble función de apertura e interrupción que, entiendo, la acción exhibe su capacidad propiamente transformadora. Como bien dice Benjamin a propósito del estreno de la obra “La madre” de Brecht “La dialéctica no necesita de las nebulosas lejanías: su casa son las cuatro paredes de la praxis, y ahí, puesta en pie en el umbral del instante, dice las palabras con las que acaba “La madre”: “Nunca se convierte ya en hoy mismo”. (Benjamin, 1932, 118) Es en definitiva Pelagia Vlásova, doblemente explotada en tanto trabajadora pero también en tanto mujer y madre, quien porta

⁴ El término “*Jetztzeit*” se lo suele traducir como “tiempo-ahora”.

⁵ La imponente Movilización por el derecho al aborto legal seguro y gratuito durante el tratamiento del proyecto en la Cámara de Diputados de la Nación, muestra la capacidad propiamente transformadora de la acción. Lo que se ha dado en llamar la “Revolución de la hijas”.

la posibilidad misma de la revolución. La función materna lejos ya de ser denunciada como cómplice es, al decir de Benjamin, “*la praxis hecha carne*”. O dicho en otras palabras: el agente de la transformación.

IV. Simbolismo y redistribución: un falso dilema

Suele leerse a menudo una cierta preocupación por parte de algunas/os autores⁶ por las consecuencias que los discursos de la diferencia vendrían a provocar en relación a una supuesta “suspensión silenciosa de los análisis de clase”. Suspensión que reduciría la economía a un sitio discursivo, renaturalizando al capitalismo como una consecuencia inadvertida.

En esta misma línea, Nancy Fraser acusa a cierto feminismo -formado a la luz del giro lingüístico- de haber atenuado toda pretensión de transformación social dirigiendo sus energías más en valorizar la diferencia que en promover la igualdad económica. (Fraser, 2015, p.17)

Estas afirmaciones requieren una serie de consideraciones:

En primer lugar (yendo a los dichos de Fraser) cabe interrogar si es posible disociar epistemológicamente “producción” de “cultura”. Distinción que sólo una lectura esquemática de Marx podría reivindicar. Como bien señala Foucault (1976) “Marx es demasiado astuto como para admitir esto”. (p.30) Un lúcido marxista como E. Gruner (2006) explica que la crítica supone necesariamente una cierta teoría de lo simbólico. El ser humano se relaciona con (y organiza) su realidad a través de la mediación simbólica (empezando por el propio lenguaje). La “interpretación” (crítica) consistiría así -para el autor- en interrogar críticamente esas construcciones simbólicas para mostrar -incluso para producir- sus vacíos, sus “agujeros de sentido” (puesto que no son verdades eternas, nunca están plenamente completas, no pueden explicarlo todo), y entonces construir,

⁶ Wendy Brown, Slavoj Žižek, entre otros.

producir, un sentido nuevo sobre esos “blancos” o ausencias. Por ello el autor insiste en que Marx no interpreta a la “sociedad burguesa”: lo que Marx interpreta es la interpretación “burguesa” de la sociedad, es decir, la construcción simbólica que la “burguesía” ha producido sobre su propia praxis. (Gruner, 2006, p.124)

Por otro lado, esta pretendida dicotomía entre “redistribución” y “políticas de la diferencia” (una -la segunda- implicaría un supuesto abandono de la otra -la primera-) olvida que los propios conceptos de clase, producción, economía, ponen en juego significantes que, en modo alguno, se encuentran fuera de disputa. Por el contrario, expresan -inscriben- el espacio mismo de la lucha. Como explica Voloshinov, todo producto ideológico aparece como signo que se constituye como “*la arena de la lucha social*”. (Voloshinov, p.47) En este sentido, para el autor, un signo sustraído de la tensa lucha social se convierte en algo muerto, sin vida.

V. Hacia un Feminismo crítico

Reinscribiendo lo señalado, necesitamos forjar perspectivas críticas que:

- a) interroguen los discursos que presuponen un núcleo homogéneo de una verdad transparente del “ser mujer”;
- b) desplacen las identidades sustancializadas como una condición fundamental para la formulación de una política feminista que permita teorizar la multiplicidad de las relaciones de subordinación;
- c) asuman que las construcciones subjetivas que convergen en el significante “mujer” se constituyen mediante complejos actos de identificación y lenguaje. Identificaciones que desplazan y reinscriben posiciones en campos de pertenencia cuyas fronteras son siempre móviles y sujetas a tensiones y disputas;
- d) den voz a una nueva generación de mujeres que llegaron al feminismo tratando de dar lenguaje a las especificidades y

experiencias corporales y culturales que la generación anterior dejó mudas;

e) sostengan políticas que interroguen la propia categoría de mujer;

f) admitan el carácter incompleto de la subjetividad misma. Incompletitud que muestra cómo la diferencia sexual lejos de ser un conjunto firme de oposiciones simbólicas estáticas, es el nombre de “una incógnita” que resiste cualquier simbolización;

g) comprendan que es precisamente esta imposibilidad la que (paradójicamente) da lugar a la posibilidad misma de la lucha por el significado de la “diferencia sexual”;

h) den cuenta cómo los paradigmas de excepción se han convertido en la regla, constituyéndose como una de las esferas de inscripción moderna de la violencia sacrificial que produce día a día cada vez más cuerpos desechables;

i) demanden del Estado un rol activo en la protección de los derechos de las mujeres frente a la violencia estructural;

j) sitúen la acción en un cuestionamiento profundo de la instrumentalidad y la linealidad temporal como modo de pensar la transformación;

k) entiendan que la crítica supone necesariamente una cierta teoría de lo simbólico. Circunstancia que, en modo alguno, supone abandonar la lucha por la inclusión social y las igualdades económicas. Por el contrario, permite comprender que la relación con las posiciones de clase están siempre mediadas por el lenguaje. Lenguaje que se constituye no sólo como sistema de diferencias sino como la arena misma de la disputa social.

Es, en definitiva, asumiendo estas complejidades y paradojas que podrán aproximarse líneas de reflexión crítica que operen como marco y soporte de una posible transformación. Transformación que permita consolidar un feminismo crítico que porte la igualdad y la diferencia como voces de una misma articulación.

Referencias bibliográficas

- Arendt, H. (1957) Labor, trabajo, acción. Una conferencia. En *De la historia a la acción*, Buenos Aires: Paidós.
- (1958) *La condición humana*, Buenos Aires: Paidós.
- Babba, H. (2013) Reconocimiento, derechos y vecindad: hacia una ética de las comunidades paradójicas. En *Nuevas minorías, nuevos derechos*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Benjamin, W. (1932) Un drama familiar en el teatro épico. Con ocasión del estreno de *La madre* de Brecht. En *Walter Benjamin, Obras*, Libro II, Madrid: Abada Editores.
- Brown, W. (1995) *States of injury*. New Jersey: Princeton University Press.
- Butler, J. Zizek, S. Laclau, E. (2000) *Contingencia, hegemonía, universalidad*. Diálogos contemporáneos en la izquierda. Madrid: FCE.
- Cárcova, C. M. (2014) Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho en las sociedades complejas Revista *Jurisprudencia Argentina*, Número especial, Los derechos fundamentales en la Constitución: interpretación y lenguaje. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 13-26.
- Deleuze, G. (1982) En qué se reconoce el estructuralismo. En “*La isla desierta y otros textos*”, Valencia: Editorial Pre-textos.
- Foucault, M. (2005) Redes de poder. En Ferrer, Christian *El lenguaje libertario: antología del pensamiento anarquista contemporáneo*, La Plata: Terramar.
- Fraser, N. (2015) *Fortunas del feminismo. Del capitalismo gestionado por el Estado a la crisis neoliberal*. Madrid: Traficantes de sueños.
- Gorali, M. (2014) Derecho, comunidad política e interpretación. En Cárcova, C. M. Los derechos fundamentales en la Constitución: interpretación y lenguaje. Revista *Jurisprudencia Argentina*, Número especial, Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 33- 40.
- (2015) Derecho y Estructuralismo: algo de lo que es preciso hablar en voz alta. Revista digital Carrera Docente, Año IV, Nº 6, Facultad de Derecho, UBA, pp.31-42.

- Gruner, E. (2006) Lecturas culpables. Marx(ismos) y la praxis del conocimiento. En *La teoría marxista hoy. Problemas y perspectivas*, Buenos Aires: CLACSO.
- Kristeva, J. (1979) El tiempo de las mujeres. Revista 34/44, Universidad Paris VII, N° 5, pp 5-19.
- (1999) *El genio femenino: Hannah Arendt*. Buenos Aires: Paidós.
- Lamas, M. (1994) *Cuerpo: diferencia sexual y género*. Debate Feminista, N° 10, México.
- Merry, S. E. (2001) Las mujeres, la violencia y el sistema de derechos humanos. En Margorie Agosin (ed.) *Women, Gender, and Human Rights. A Global Perspective*, Londres: Rutgers University Press.
- Mouffe, Ch. (1999) Feminismo, ciudadanía y política democrática radical. En Lamas, M. (comp) *Ciudadanía y feminismo*, Mexico: Instituto Federal Electoral.
- Ricoeur, P. (1985) *Tiempo y Narración I. Configuración del tiempo en el relato histórico*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Ruiz, A. (2001) *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Editores del Puerto Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA.
- Sneh, P y Cosaka, J. (2000) *Del lenguaje del exterminio al exterminio del discurso. La shoa en el siglo*. Buenos Aires: Xavier Bóveda.
- Spivak, G. (1997) Estudios de la subalternidad: deconstruyendo la historiografía. En *Debates Post Coloniales*, La Paz: Aruwiyiri – historias.
- Voloshinov, V. (1929) *El marxismo y la filosofía del lenguaje*. Buenos Aires: Ediciones Godot, 2009.

Paridad de género en clave republicana

Gender parity in a republican key

Verónica María Gómez

Universidad de Buenos Aires - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 554-571

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e413>

Introducción

La sanción de la Ley 24.012 (Congreso de la Nación Argentina, 1991) que, hace casi tres décadas, estableció un cupo femenino obligatorio del treinta por ciento (30 %) para las listas a cargos electivos nacionales, fue una respuesta del Parlamento argentino a la subrepresentación grosera que entonces afectaba a las mujeres.

Antes de su aplicación, ellas apenas alcanzaban un cinco por ciento (5 %) de la Cámara de Diputados (período 1992-1993) y un tres por ciento (3 %) del Senado de la Nación (período 2000-2001). La distancia entre esos porcentajes y la población expresaba un déficit democrático, algo insatisfactorio en los acuerdos políticos que lo admitían (Phillips, 1995).

Sin dudas, la implementación de esa norma significó un antes y un después en el acceso a la participación parlamentaria. Para el período 2018-2019, las mujeres ya ocupaban el treinta y nueve por ciento (39 %) y el cuarenta y dos por ciento (42 %) de las bancas de esas Cámaras, respectivamente.

Empero, cuando se estudian en detalle los términos en los que se ha dado esa inclusión y muchas de las prácticas que subsisten en el ámbito de la política, se advierte que la mayor

presencia femenina no ha tenido correlato necesario en un complejo de relaciones más igualitarias.

Hay evidencias que son abordadas en la primera sección de este trabajo, sobre las graves dificultades que enfrentan las mujeres a la hora de intervenir en los procesos de toma de decisiones y elaboración de agendas públicas, sin que el cupo haya resultado suficiente para superarlas o siquiera ponerlas en debate.

En la segunda sección, se sostiene que las limitaciones mostradas por dicha herramienta están estrechamente vinculadas con los principios propios del liberalismo político que han nutrido la fundamentación desarrollada en defensa de las acciones afirmativas y con la palmaria separación entre la esfera pública y privada que esa doctrina filosófica ha fomentado.

Se considera que la consagración de la paridad de género dispuesta a través de la Ley 27.412 (Congreso de la Nación Argentina, 2017) en aras de acercarse a una representación legislativa de carácter proporcional, constituye una buena oportunidad para repensar ese marco teórico.

Por eso, en la última sección antes de las reflexiones finales, se propone como alternativa una argumentación de la paridad basada en las ideas republicanas del autogobierno y la libertad como no dominación, en el convencimiento de su aporte a una discusión que excede lo numérico para poner en cuestión cómo y quiénes detentan realmente el poder.

1. La política como dominio masculino

Como se señaló en la introducción, los parámetros androcéntricos que dominan la esfera política no se han visto sustancialmente alterados con el correr de los años, a pesar del salto cuantitativo que produjo la implementación de la Ley de Cupo.

Estos patrones continúan expresándose en la marcada diferencia que persiste entre las chances de ambos géneros para ocupar lugares de decisión dentro del Parlamento. Es un claro

ejemplo del llamado “*techo de cristal*” que enfrentan las mujeres que aspiran a cargos altos, una “*barrera organizacional, vertical, transparente y efectiva*” que las condiciona más allá de su experiencia y preparación (García Beaudoux, 2018).

A mediados de 2019, dos tercios de las autoridades del Congreso de la Nación eran varones. En el Senado ocupaban los dos cargos más importantes y en la Cámara de Diputados, todas las presidencias y vicepresidencias. Las mujeres encabezaban respectivamente, el treinta y siete por ciento (37 %) y el veintinueve por ciento (29 %) de las comisiones permanentes, cinco y diez puntos por debajo del porcentaje que obtenían en el conjunto de cada uno de esos cuerpos legislativos.

El techo de cristal expresado en esos porcentajes también obtura la participación de mujeres en espacios no alcanzados por cuotas de género, como los Ministerios del Poder Ejecutivo, el primer lugar de las listas y los cargos electivos que son unipersonales.

Para la misma etapa, en el Gobierno Nacional sobre un total de once Ministerios nueve correspondían a varones incluida la Jefatura de Gabinete. Algo similar ocurría en la Ciudad de Buenos Aires, donde las ministras eran tres entre diez y sólo el veinte por ciento (20 %) de las Comunas era presidido por jefas comunales que, en su momento, encabezaron la lista ganadora. Era paradigmática la Provincia de Buenos Aires que, aun siendo gobernada por una mujer, no contaba con una sola ministra en su gabinete y en donde nada más que cuatro de sus ciento treinta y cinco municipios eran administrados por intendentas.

Salvo casos excepcionales, las áreas de gestión asignadas a mujeres han estado identificadas con labores de cuidado e imágenes estereotipadas de lo femenino que trasladan la división sexual del trabajo reinante en la esfera privada al ámbito de lo público. Es producto de una “*segregación horizontal*” que las relega de otras materias como la economía, el manejo de la obra pública, la defensa y la seguridad (García Beaudoux, 2018). Si se

repasan las jurisdicciones ministeriales y las comisiones legislativas a cargo de mujeres, aun predominan aquellas que abordan la educación, la salud, el desarrollo humano, la promoción social, la familia, la niñez, la juventud y la tercera edad.

El vaciado de los ámbitos institucionales de decisión y que muchos asuntos importantes se resuelvan al margen de mecanismos de control público (Ovejero, Martí & Gargarella, 2004), también ha atenuado la capacidad de incidencia femenina. Son numerosas las instancias informales que reproducen la exclusión, a través de las cuales se intercambia información, se contruyen consensos y se toman resoluciones que después son ratificadas orgánicamente. Reuniones de camaradería, encuentros hasta altas horas de la noche, cenas o asados con empresarios, partidos de fútbol y otras formas de interrelación que refuerzan los vínculos y liderazgos masculinos, demarcando zonas que permanecen ajenas a las mujeres y en las que no son bienvenidas.

Del mismo modo, los criterios a partir de los cuales se pondera la personalidad o el carácter de las y los dirigentes favorecen crudamente a los varones (Phillips, 1995). Es común que se destaquen cualidades como la autoridad, la racionalidad, la firmeza, la mesura, el carisma y la oratoria que el imaginario colectivo reconoce propias de la masculinidad. Cuando las mujeres en el poder exponen esos atributos son tildadas de autoritarias, soberbias, difíciles o faltas de empatía, pero cuando adoptan otros tradicionalmente determinados como femeninos, sin medias tintas, pasan a verse maleables, indecisas o débiles. Las trayectorias políticas femeninas están siempre bajo la lupa, son más vulnerables a las críticas del público y la intimidad de las mujeres que excepcionalmente llegan a trascender, suele estar sometida a una mirada mucho más rigurosa que la que pesa sobre las vidas de sus pares varones.

Todos esos impedimentos también actúan cercenando los temas que se someten a los poderes públicos y condicionan el abordaje de muchos que son centrales para la satisfacción de

las demandas de igualdad. Desde la sanción de la Ley de Cupo hasta ahora, hubo pequeños avances normativos, pero como regla, la incorporación de más diputadas y senadoras al Parlamento Nacional no ha garantizado respuestas efectivas frente a la realidad de vulneración de derechos y discriminación que padecen las mujeres.

Muchas veces, las mismas representantes no divisan lo anterior como un conflicto y acuerdan con situaciones que oprimen a su propio género, influidas ellas mismas por una historia y un contexto de subordinación que recorta la información a su disposición, deforma su perspectiva y moldea sus preferencias (Ovejero, Martí & Gargarella, 2004).

El proyecto por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito que tuvo tratamiento parlamentario en Argentina durante el 2018, grafica ese punto porque más allá del reclamo contundente del movimiento feminista y el apoyo de organismos internacionales como ONU Mujeres y la Organización Mundial de la Salud, prácticamente la mitad de las diputadas y senadoras se expresaron por la negativa a través de un voto en contra o una abstención.

Esa divergencia es especialmente problemática porque estrecha las expectativas sociales en torno a la importancia al sexo de quienes nos representan, en la medida en que el proceder de ambos géneros en los espacios de representación no varía significativamente y una asamblea legislativa balanceada no asegura que se atiendan en forma adecuada las necesidades e intereses de las mujeres (Phillips, 1995).

Ante ese escenario en el que se ponen de manifiesto múltiples desigualdades, la pregunta que se impone es por qué la vigencia de la Ley de Cupo no bastó para desentrañarlas ni coadyuvó al desarrollo de estrategias dirigidas a quebrar la impronta eminentemente masculina que impera en la arena política.

En la próxima sección, se ensaya una respuesta que entrelaza esa contrariedad con los fundamentos liberales que han sustentado teóricamente este tipo de medidas de acción positiva.

2. Los inconvenientes de la fundamentación liberal

Con raíces en la filosofía contractualista, el liberalismo establece una separación drástica, una dicotomía entre la esfera de lo público y lo privado. La primera asociada a lo universal, racional e imparcial, se encuentra regida por el contrato social, la convención entre individuos preexistentes, libres e iguales entre sí. Como contrapartida, la segunda todavía sujeta a las leyes de la naturaleza, tiene como centro a la familia y se relaciona con lo particular y emocional.

Comúnmente no se advierte que esa distinción entre la política y la vida doméstica propone, al mismo tiempo, una división sexual. Según John Locke (1821 [1690]), las diferencias naturales convierten a las mujeres en el “*sexo más débil*” y avalan la sumisión de la esposa al marido cuya voluntad debe primar en todas las decisiones, por ser el más fuerte, hábil y capaz. Como subordinadas naturales, las mujeres son excluidas de la condición de individuos y la participación en el mundo público (Pateman, 2018).

El ámbito privado se presenta como un marco para que los individuos ejerzan su juicio y persigan sus intereses, protegidos de cualquier interferencia estatal. Las leyes en sí mismas, son vistas como una intromisión a la libertad personal. La política debe permanecer abstraída de esa esfera, ubicándose por encima de los intereses en conflicto y las relaciones desiguales que se registran en su seno.

La democracia se vuelve indiferente a los procesos a partir de los cuáles se configuran las preferencias, aunque se vean falseadas por un transfondo de distribución inequitativa del poder y el funcionamiento de instituciones sociales discriminatorias (Sunstein, 2004).

Bajo ese esquema teórico, las acciones afirmativas entendidas como aquellas que establecen prioridades o cupos a favor de las y los miembros de determinados grupos sociales con el fin de corregir desigualdades de hecho, no tienen cabida porque consisten en una intromisión no deseada del Estado que desconoce

el mérito evaluado en base a la competencia y la experiencia de las personas, como postulado básico a partir del cual deben asignarse los cargos públicos. El cupo de género es inadmisibles porque ignora la supuesta incapacidad de las mujeres para desenvolverse en la esfera política y desarrollar un sentido de justicia que es, en esencia, una virtud pública, convencional. La presencia de mujeres dentro de los poderes estatales es percibida como una amenaza, un desorden que se resuelve segregándolas a las tareas de reproducción (Pateman, 2018).

Recién con la irrupción del liberalismo igualitario de John Rawls se genera dentro de esta corriente de pensamiento, un campo fértil para la justificación de las acciones afirmativas. Aunque el autor nunca escribió en lo personal sobre esas medidas, sí se expresó a favor de la importancia de defender su constitucionalidad e influyó en su debate a partir del clima intelectual que produjo (Nagel, 2003).

En su Teoría de la Justicia, Rawls (2006 [1971]) disputa expresamente al mérito, no tanto como requisito para el acceso a determinados puestos, sino como razón exclusiva del éxito individual y las disparidades existentes en el seno de una sociedad. Allí, reconoce que *“los hombres nacidos en posiciones sociales diferentes tienen diferentes expectativas de vida”* y a modo de respuesta enuncia el principio de la diferencia que consagra la igualdad de oportunidades y brinda sostén a la disposición de desigualdades económicas y sociales siempre que resulten en beneficio de los menos aventajados.

Sin embargo, los argumentos a favor de las acciones afirmativas que se elaboraron sobre esa base fracasaron en el objetivo de lograr que los efectos de las cuotas - en particular, de género - fueran más allá de asegurar umbrales mínimos de presencia a los grupos excluidos.

Entre ellos, pueden mencionarse los que conciben a las acciones afirmativas como una política que pretende reparar las consecuencias de un pasado injusto y ayuda a contrarrestar la discriminación encubierta o inconsciente que continúa ejerciéndose

contra distintas minorías. Su finalidad es lidiar con una falla en la igualdad de oportunidades vinculada a las desventajas que enfrentan las personas pertenecientes a sectores con una historia de opresión, en la competencia por el ingreso a determinadas instituciones (Nagel, 2003).

Por otro lado, aparecen las justificaciones que defienden la denominada “*discriminación inversa*” a pesar de la pérdida que conlleva para algunos individuos, al amparo de los beneficios que comporta para la comunidad en general, tanto en un sentido utilitarista como idealista (Dworkin, 1989).

La diversidad de quienes tienen a su cargo roles políticos, empresariales o profesionales importantes es apreciada cual valor trascendente (Dworkin, 2000), que de alcanzarse puede aminorar las tensiones sociales y construir una sociedad más equitativa (Dworkin, 1989)

Esas razones que, en una etapa inicial, se esbozaron como cimiento de las acciones afirmativas que utilizaban clasificaciones raciales, son las que también han predominado para apoyar teóricamente a las cuotas de género, como se observa en buena parte de los discursos expresados en las sesiones del Congreso de la Nación, en las que se aprobó la aludida Ley 24.012¹.

El primer inconveniente de estas elucidaciones es que entienden a las acciones afirmativas como una especie de mal necesario. Consideran que las versiones más fuertes de este tipo de medidas son “*intrínsecamente indeseables*”, más allá de su eventual legitimidad como método para perseguir determinados objetivos concernientes al bienestar de la Nación (Nagel, 1981).

En ese sentido, resaltan su excepcionalidad y ponen de manifiesto una preocupación constante por acotar al máximo

¹ Para profundizar véase Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 46° Reunión, Sesión Ordinaria de Prórroga (Especial) del 6/7 de noviembre de 1991. Con los alcances que se analizan a continuación, estos argumentos están presentes de manera desordenada, entre otros, en los discursos de Botella (p. 4094), Álvarez (p. 4110), Quarrachino (p. 4.123), Lázara (p. 4127), Estevez Boero (p. 4.129), Berhongaray (p. 4.137), Raimundi (p. 4.149), Ortiz Pellegrini (p. 2156) y Gómez Miranda (p. 4.169).

sus alcances, ansiando encorsetar la aplicación de las acciones afirmativas a ciertos ámbitos - en especial, la educación superior - donde se espera, contribuyan a mejorar las oportunidades de sus destinatarios, en las selecciones que “*de la manera normal*” otros ciudadanos realicen de empleados, profesionales o funcionarios públicos (Dworkin, 2000-B).

Estas medidas son imaginadas como mecanismos establecidos para reducir una injusticia social pasada, presente o futura, sin que esto implique asegurar una representación proporcional de los distintos grupos (Nagel, 1981), ni que las instituciones deban tener la misma composición que la sociedad como un todo (Dworkin, 2000-B). Esos reparos, hacen que sea muy difícil extender su potencial argumentativo a la paridad de género.

Tales visiones enfatizan el carácter temporal de las acciones afirmativas aunque, curiosamente, ninguna se detiene a analizar las causas de las desigualdades existentes ni se plantea como meta revertirlas. Sólo ponen la lupa en algunos de los efectos negativos que producen en los grupos afectados o la armonía de la vida colectiva, en procura de morigerarlos.

Entonces, tampoco sorprende que centren sus observaciones en las preferencias de los sectores dominantes para desalentar prejuicios (Dworkin, 1989) y pasen por alto las formas en que los contextos opresivos condicionan las opciones de los propios sectores desventajados, en ocasiones, al extremo de favorecer actitudes y prácticas de sus integrantes, funcionales a la reproducción de la discriminación.

Al margen de lo expuesto, todo indica que la principal limitación que afronta el liberalismo igualitario para indagar acerca de los magros resultados de la aplicación de cupos de género, tiene que ver con que ni Rawls ni los filósofos que dialogan con él en pos de una democracia progresista, problematizan la tensión entre convención y naturaleza en la que se sostiene la separación de la esfera pública y la vida doméstica para asignar roles diferentes a varones y mujeres (Pateman, 2018).

En su obra, Rawls (2006 [1971]) supone que las personas participantes en la posición original son “*cabezas de familia*” y reivindica a la familia monógama como una gran institución social que está basada en lazos afectivos. Al hacerlo, no sólo evidencia el arraigo que tienen las creencias patriarcales sobre las características adecuadas del individuo (Pateman, 2018), sino que también deja fuera del alcance de los principios de justicia a las relaciones de dominación que se dan en el ámbito doméstico que sigue siendo el adecuado para la mujer. La familia interactúa con la esfera pública a través del padre que representa los intereses de sus miembros como si fueran comunes y negando cualquier conflicto interno.

No es extraño que la irrupción de las mujeres en la escena pública sea percibida como un hecho anómalo o como una ampliación de las labores de cuidado que desempeñan en sus hogares (Pateman, 2018) y que se traduce en la división también sexual de las responsabilidades políticas, descrita en la segunda sección de este trabajo. Esto se concatena con los discursos que - incluso desde posturas feministas - reinvidican diferencias morales entre los géneros y destacan como virtud particular de las mujeres a la sensibilidad social.

En distintas interpretaciones republicanas, las asimetrías en el poder interpersonal son en sí mismas objetables y asoman como un enemigo real de la libertad (Pettit, 2012), ofreciendo junto a la noción de autogobierno, un buen punto de partida para revisar las propuestas liberales y animarse a darle forma - como en la próxima sección - a nuevas argumentaciones de la paridad de género.

3. Una perspectiva republicana de la paridad de género

Las elecciones nacionales de Argentina celebradas en octubre de 2019 fueron las primeras donde, en cumplimiento de la mencionada Ley 27.412, las listas para ingresar a la Cámara de Diputados tuvieron que intercalar varones y mujeres con

la aspiración de llegar en el mediano plazo, a una integración paritaria de ese cuerpo legislativo².

Ya no se trata de instaurar un piso mínimo de representación femenina sino de promover que la proporción de mujeres en la sociedad se vea reflejada en la distribución de las bancas del Congreso Nacional. Es un cambio no menor que abre la oportunidad de desplegar un nuevo horizonte teórico, superador de la concepción restrictiva y excepcional de la discriminación positiva o inversa con la que el liberalismo igualitario ha convalidado las acciones afirmativas.

La premisa republicana del autogobierno puede ser útil para fundar que quienes conforman la mitad postergada de la población tengan acceso a las listas de cargos electivos en condiciones de igualdad, pero también y fundamentalmente, para interrogarse acerca de cómo conseguir que esa paridad de género se traduzca en la remoción de los muchos obstáculos que en pleno Siglo XXI, impiden el balance de poder entre varones y mujeres. El enfoque que vincula la “*presencia*” de las mujeres en los órganos de gobierno con la representación y la participación política, es una invitación a este tipo de razonamiento (Phillips, 1995).

Aproximándonos a una caracterización del autogobierno, Philip Pettit (2012) relaciona la legitimidad política con un sistema de control democrático en el que las chances de participar están disponibles por igual para cada ciudadano y ciudadana. Conforme su formulación, esto demanda que las personas tengan la misma capacidad de ejercer influencia sobre el gobierno y compartan equitativamente la posibilidad de fijar a través de esa influencia, la dirección en la que actúa el Estado, para que resulte aceptable por el conjunto.

² En el mismo sentido, la Presidencia de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina dictó la Resolución N° 1657 del 13 de diciembre de 2019, a efectos de extender los alcances de la Ley 27.412 y garantizar la paridad de género en la designación de las presidencias de las comisiones de ese cuerpo legislativo.

Delineado en esos términos, el autogobierno implica más que vehicular el ingreso de mujeres a una asamblea legislativa y nos interroga acerca de si los roles que ellas asumen dentro de ese y otros poderes del Estado, son los adecuados para que su influencia sea determinante. En particular, favorece una visibilización crítica de los techos de cristal y la segregación horizontal que -descritos en la primera sección- hacen que las opiniones de las dirigentes políticas no tengan peso en los niveles más altos del poder o sean menospreciadas en la resolución de un sinnúmero de problemas trascendentes para la sociedad.

La preocupación que expresan las y los republicanos por trazar un diseño institucional que promueva una deliberación pública y transparente de los asuntos que conciernen al bien común, también desalienta el funcionamiento de cualquier espacio informal de decisión que tenga como consecuencia la exclusión de las mujeres. El proceso deliberativo es alterado por las disparidades de poder que permiten que un sector condicione la participación de otro.

Es que, como indica Pettit (2012), la capacidad de influir en el gobierno exige que las personas disfruten de una esfera de decisiones con relativa independencia de los demás y de ese modo se emparenta con otro pilar del pensamiento republicano: la libertad como no dominación, que es vulnerada cuando la voluntad de una persona está subordinada al poder de interferencia de un tercero, aunque nunca se concrete.

Así como la legitimidad política requiere que la libertad entendida bajo esa óptica sea respetada por parte del Estado, para este autor la justicia social reclama que también esté presente en las relaciones entre individuos, entre grupos, o entre individuos y grupos. Pettit (2012) insinúa que es difícil que una persona sojuzgada en el ámbito privado pueda tener injerencia en los quehaceres estatales. Esa faceta de su desarrollo teórico puede hacer una gran contribución al debate sobre las acotadas repercusiones cualitativas que han tenido las cuotas de género, en tanto anima a desarticular una organización social que

perpetúa mecanismos estructurales de dominación y revalida patrones de comportamiento que importan una invasión en la facultad de elegir de las mujeres.

Admitir que el contexto recorta y/o manipula las opciones de las que ellas disponen, es un paso imprescindible para reflexionar desde otro ángulo, acerca de la actitud complaciente que muchas militantes y dirigentes políticas muestran hacia el papel secundario y hasta decorativo que se les reserva. También para fomentar el desarrollo y fortalecimiento de una autoconciencia femenina en torno a que - en la definición de prioridades de agenda y en el tratamiento de variadas cuestiones económicas, laborales, sanitarias y culturales - los intereses de las mujeres son distintos y pueden estar en conflicto con los de los varones.

Cass Sunstein (1991) examina todavía más acabadamente el carácter endógeno de las preferencias personales que, lejos de ser fijas o estables, se adaptan a un amplio rango de factores entre los que enumera a la existencia de “*condiciones de fondo injustas*”. En ese marco, describe cómo la maniobra de culpar a las víctimas de la discriminación opera para deteriorar su autoestima, nublar su discernimiento y hacer que asuman como natural e inevitable la situación de injusticia que soportan.

Para este filósofo, corregir los procesos a través de los cuáles se forman las preferencias es un objetivo de la democracia y la valoración positiva que hace de las propuestas de representación proporcional (Sunstein, 1991), bien es susceptible de extenderse a las políticas de paridad de género, en cuanto debieran facilitar el escrutinio de las preferencias y el reconocimiento de las funciones creativas del desacuerdo, aumentando la probabilidad que los resultados políticos incorporen todos los puntos de vista y sean una expresión saludable de valores colectivos. Sería coherente con su interpretación respecto a que el principio constitucional de igualdad veda las “*castas*” o las “*ciudadanías de segunda clase*” y prohíbe convertir a características moralmente irrelevantes y altamente visibles como el sexo de las personas, en una base de desventaja sistémica (Sunstein, 1998).

En consonancia con lo anterior, tanto Pettit como Sunstein consienten la legitimidad de las intervenciones estatales dirigidas a corregir las asimetrías de poder que tienen lugar en el ámbito doméstico. En aras de la justicia social, el primero expone la necesidad de brindar recursos y protección para garantizar la libertad como no dominación en las relaciones particulares y ofrece como herramienta la sanción de leyes que empoderen a la parte vulnerada (Pettit, 2012). El segundo, aprueba las interferencias del gobierno que procuran resolver las complicaciones relativas al origen de las preferencias que las personas expresan y los esfuerzos por avanzar en la igualación de la distribución de las labores de cuidado (Sunstein, 1991).

Estas ideas republicanas desdibujan la distinción entre la esfera de lo público y lo privado, además de atacar la división sexual de roles que el liberalismo -incluso igualitario- ha desprendido de esa separación. De esa forma, sirven al impulso de un cambio sustancial de la percepción social que atribuye cualidades diferenciadas a cada género y jerarquiza aquellas consideradas masculinas. Dejan de condenar el entrometimiento de las mujeres en ciertas áreas de gobierno y convocan a utilizar la misma vara para medir el desempeño de los y las dirigentes políticos.

La teoría de la justicia social de Pettit y los análisis que Sunstein hace de las preferencias personales bosquejan una buena respuesta a las advertencias que Anne Phillips (2004) hace en relación a una eventual conexión entre el feminismo y las tesis republicanas, a los que califica de “*aliados difíciles*” en virtud de la dicotomía demasiado tajante entre lo público y privado que -según ella- todavía abrazan estas últimas y el valor que le asignan al intereses general y a la imparcialidad en desmedro del autointerés, colocando una carga pesada sobre los grupos que recién comienzan a articular sus reclamos distintivos.

Esto no quiere decir que las dudas de la autora no sean legítimas, incluso si se toman como referencia a estos dos filósofos. Si bien intuye que en la práctica es casi imposible que

existan escindidas, Pettit (2012) ubica a la legitimidad política en un lugar de predominio sobre la justicia social porque -conforme su criterio- una falla en el primer terreno compromete más profundamente la robustez de la libertad mientras que una ocurrida en el segundo sólo hace vulnerable a las personas ante algunos de sus conciudadanos. La posición de Sunstein también se vuelve errática porque cuando subraya que el contenido de las acciones afirmativas es una responsabilidad democrática y tiene que ser sometido a la deliberación pública (Sunstein, 1996), le resta importancia a su propio llamado de atención respecto a cómo ese proceso se ve distorsionado por el hecho que existan grupos más organizados que otros producto de disparidades en el bienestar y la influencia de la que gozan, y distintas clases de coerción pública y privada (Sunstein, 1991).

Más allá de esas disgresiones, ambos introducen elementos que interesan al objetivo de revelar la contradicción práctica que existe entre la igualdad política formal y la subordinación social de las mujeres. Aceptar que la vida política y la personal están indisolublemente conectadas, sin prioridades ni jerarquías, es una condición indispensable para que la paridad de género en las listas de cargos electivos tenga correlato en un ejercicio más igualitario del poder.

No vamos a lograr una ciudadanía democrática plena de las mujeres hasta tanto se generen cambios radicales en la esfera doméstica que involucren a los varones y liberen a las mujeres de la función exclusivamente reproductiva que guardó para ellas el contractualismo (Pateman, 2018).

Reflexiones finales

Como en otras partes del mundo, la aplicación del cupo femenino en Argentina vino a resaltar la importancia democrática de la representación femenina y trajo aparejado un incremento relevante en el número de las bancas ocupadas por mujeres en el Congreso Nacional. El valor de esa conquista es enorme pero no quita que transcurridas más de tres décadas

desde su aprobación, en los hechos, las elites políticas continúan siendo predominantemente masculinas.

Los datos empíricos que se describen en forma sintética en la primera sección, dan cuenta de la preponderancia que aun conservan los varones en el acceso a puestos no alcanzados por esa u otra acción afirmativa, otros que tienen altos niveles de exposición y capacidad de decisión, o se refieren a temáticas que exceden lo específicamente social. También revelan cómo la matriz masculina de los mecanismos de poder, retroalimentados por un contexto social que tergiversa los intereses que las mujeres expresan, sesga la deliberación y circunscribe las agendas públicas.

En estas páginas, se ha intentado relacionar la minúscula eficacia del cupo femenino como disparador de medidas capaces de revertir esas y otras desigualdades de género en la política, con los fundamentos liberales que han primado como soporte jurídico-político de las acciones afirmativas reduciéndolas a dispositivos excepcionales de discriminación inversa o positiva, con alcance temporal y restringido en su contenido, destinados a ajustar alguna incorrección en la igualdad de oportunidades y achicar el impacto de las injusticias sociales, sin combatir sus causas y favoreciendo un status quo que pospone a las mujeres. No es casual que la división sexual entre lo público y lo privado heredada del contractualismo clásico, no sea cuestionada sustancialmente y se mantenga fuera de la órbita de la discusión democrática.

La paridad de género en las listas ha inaugurado otro capítulo en la lucha por la igualdad política que al encaminarse a una composición legislativa de varones y mujeres que espeje a la sociedad, ya no admite ser comprendido bajo el cariz de las acciones afirmativas y obliga a ensayar nuevas líneas argumentales, más ambiciosas en su finalidad transformadora.

De acuerdo a lo esgrimido en la sección anterior, los pilares republicanos del autogobierno y la libertad como no dominación constituyen un insumo valioso para esa tarea porque nos interpelan acerca de la capacidad de influencia de las representantes femeninas en los procesos formales e informales de

toma de decisiones y los efectos que en su carrera y su práctica política, tienen las discriminaciones de género que se suceden en el ámbito privado.

El acceso a los cargos electivos es un pre-requisito indispensable aunque insuficiente si la meta perseguida es que las mujeres tengan el mismo poder de incidir en la cosa pública que los varones. Para alcanzarla hace falta deconstruir la relación antagónica entre lo personal y lo político, en busca de un reparto equitativo de las responsabilidades familiares y una participación pública verdaderamente igualitaria.

No se quiere que la filosofía republicana encaje a la perfección con las inquietudes del movimiento feminista. No obstante, su notoria incomodidad con que áreas importantes de decisión individual estén sujetas a la voluntad de otras personas, la sitúa mejor que al liberalismo de cara al desafío inclusivo de propugnar una distribución más igual del poder.

Es legítimo preguntarse si esa lógica que parece funcionar como sustentación de la paridad de género con miras a acentuar su dimensión cualitativa, puede extenderse a la incorporación proporcional de otros grupos excluidos de las instancias de representación, sin riesgos de agudizar la fragmentación social. Pero esa es materia de otro trabajo.

Referencias

- Congreso de la Nación Argentina (6 de noviembre de 1991). *Ley de Cupo Femenino*. Boletín Oficial del 3 de diciembre de 1991. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/411/norma.htm>.
- Congreso de la Nación Argentina (22 de noviembre de 2017). *Ley de Paridad de Género*. Boletín Oficial del 15 de diciembre de 2017. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/300000-304999/304794/norma.htm>.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Dworkin, R. (2000). *Affirmative Action: Does it work?* Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality, 386-408.

- Dworkin, R. (2000-B). *Affirmative Action: Is it Fair?* Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality, 409-426.
- García Beaudoux, V. (2018). *Carreras de Obstáculos y Laberintos de Cristal*. El Atlas de la Revolución de las Mujeres. Le monde diplomatique, 66-69.
- Locke, J. (1821 [1690]). *Two Treatises of Government*. Londres: Whitmore and Fenn y otros. Recuperado de <https://archive.org/details/twotreatisesofg00lockuoft>.
- Nagel, T. (1981). *A defense of affirmative action*. Report from the Center for Philosophy & Public Policy, 6-9.
- Nagel, T. (2003). *John Rawls and Affirmative Action*. The Journal of Blacks in Higher Education, 82-84.
- Ovejero, F., Martí, J. L. & Gargarella, R. (2004). *Introducción. La alternativa republicana*. En F. Ovejero, J. L. Martí & R. Gargarella, Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad (pp. 11-73). Barcelona: Paidós.
- Pateman, C. (2018). *El desorden de las mujeres. Democracia, feminismo y teoría política*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Pettit, P. (2012). *On the people's terms*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Phillips, A. (1995). *The Politics of Presence*. Oxford: Clarendon Press.
- Phillips, A. (2004). *Feminismo y Republicanismo: ¿Es ésta una alianza plausible?* En F. Ovejero, J. L. Martí, & R. Gargarella, Nuevas Ideas Republicanas. Autogobierno y Libertad (pp. 263-283). Barcelona: Paidós.
- Rawls, J. (2006 [1971]). *Teoría de la Justicia*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Sunstein, C. R. (1991). *Preferences and Politics*. Philosophy & Public Affairs. Volúmen 20. Nº 1, 3-34.
- Sunstein, C. R. (1996). *Public Deliberation, Affirmative Action, and the Supreme Court*. California Law Review, 1179-1999.
- Sunstein, C. R. (1998). *Affirmative Action, Caste and Cultural Comparisons Correspondence*. Michigan Law Review, 1311-1320.
- Sunstein, C. R. (2004). *Más allá del resurgimiento republicano*. En F. Ovejero, J. L. Martí & R. Gargarella, Nuevas Ideas Republicanas. Autogobierno y Libertad (pp. 137-190). Barcelona: Paidós.

¿Lo sustantivo del derecho penal?

The substantive of criminal law?

Natalia Monasterolo¹ y Laura Judith Sánchez²
Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 5/Nº 15, Otoño 2020 (21 marzo a 21 junio), 572-592

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e414>

“Somos seres humanos sin saber lo que es hoy un ser humano”

Luis Alberto Spinetta

1. Dar cuenta de “algo”

Este texto intenta ensamblar la micropolítica del lazo, desde donde suscribimos las autoras, con una mirada crítica de la “dogmática penal” y su enseñanza en las universidades.

El lazo social está saturado de discursos que se sitúan en diversos horizontes ideológicos y al mismo tiempo, está suturado por pequeños filamentos que sostienen ese vínculo entre el sujeto y lo social y que aquí llamamos micropolítica del lazo. Desde ese lugar microscópico, cotidiano y situado es que escribimos; y lo hacemos en término políticos, puesto que se encontrarán con una posición deliberada, subjetivante y significativa entre nosotras (en tanto sujetas) y la palabra.

¹ Feminista. Abogada, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Docente de Derecho Penal I, todos, por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Coordinadora del Seminario interdisciplinario de Salud Mental y Derechos Humanos del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la mencionada facultad.

² Profesora. Feminista. Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Magister en Criminología por la Universidad Nacional del Litoral. Becaria Post-doctoral del CONICET.

A principios del 2001, Ricardo Piglia nos decía:

[E]n la Argentina la amistad y la conversación entre amigos(as)³ se ha convertido en un hecho político. Es decir, ese intercambio privado, ajeno al interés y a la lógica económica y a la noción de utilidad, ligado al uso, al tiempo perdido y al espacio contra público, se ha convertido –por efecto de la lógica despótica de la racionalización económica y del control policial– en una forma de construir y sostener redes sociales extra estatales y micro-políticas. La amistad aparece ligada a formas privadas de resistencias y actúa como alternativa en medio de la masiva unanimidad de los discursos públicos y de la deliberada disgregación de los lazos de solidaridad promovida desde el poder. Sólo los(las) amigos(as) saben que entenderse es difícil y solo ellos(as) hablan el lenguaje argentino en medio de la imposición generalizada del sentido único y del uso oficial de una jerga tecnocrática arrogante y vacía. La conversación entre amigos(as) es una condensación cifrada y microscópica de la convivencia posible en medio de la destrucción programada en la Argentina actual. (Piglia, 2001, 9)

Salvando las distancias contextuales, este fragmento expresa muy bien el lenguaje en que se es(ins)cribe este texto, que es fruto de una conversación entre amigas y que pone a circular distintas ideas y lecturas acerca del juego de la “dogmática penal”, especialmente en lo que respecta al proceso de traducción que se realiza desde la concurrencia de un conflicto social hasta la tipificación del hecho como delito. Ese proceso de conversión opera con múltiples mediaciones que suponen también horizontes políticos. El ocaso de este horizonte es el derecho penal, que mantiene su doble juego de artificialidad funcional del poder y segregación subrepticia de lo social. Desde allí se edifica una arquitectura social cuyos cimientos quiméricos están

³ La incorporación de la inclusión entre paréntesis del género femenino en la cita nos pertenece.

sostenidos por un lenguaje y una labor crítica sin los cuales se tornan imposible. En ese con-texto acontece *lo penal*.

Existe una idea muy extendida, particularmente en sociedades occidentalizadas como la nuestra, respecto a la comisión de un delito. Detalles más detalles menos, suele asumirse sin demasiada discusión que cuando alguien realiza conductas fuertemente desaprobadas por el “tejido social”, con seguridad ha cometido un delito y, por esta misma razón, merece un castigo.

Así, si una persona mata o lastima a otra, toma un automóvil que no le pertenece o incluso lanza deliberadamente una piedra para romper una vidriera, rápidamente se enciende un razonamiento cuasi-común que a una velocidad quizá más rápida que la de la luz no escamotea la versión de que allí, frente a esa muerte, ese golpe, ese apoderamiento o ese destrozo, se produjo un delito. Luego, a una velocidad similar aquello suscribe un pacto con el castigo, y el castigo es, para este razonamiento patrimonio de un universo colonizado en clave contractual y punitiva, la cárcel o el presidio. Por supuesto que más tarde, frente a este planisferio sin accidentes geográficos, la cuestión adquiere otras dimensiones, y entonces, aparecen los picos, las montañas y los valles, por allá surge algún curso de agua y por aquí se despliega una masa oceánica.

Es decir, la idea de persona se complejiza y resulta necesario efectuar distinciones (¿Sólo humana? Parece que también hay otras⁴), el castigo se hace *campo* y allí revela su máscara multiforme (¿Sólo la cárcel? ¿Qué decir de los diversos modos

⁴ Una clave para entender los avatares de la noción de humanidad enlazada a la de persona puede encontrarse en el significante que contienen las propias normas. Por ejemplo, cuando el derecho penal prescribe quien “mate a otro” sufrirá tal o cual pena, en ese otro que muere y en ese otro que mata se inscriben sin dudas características de lo que configura una persona. El asunto pasa por elucidar qué o quiénes portan ese rasgo, un asunto que en los últimos tiempos se ha complejizado, sobre todo desde la admisión de ciertos animales como personas no humanas. Aunque el debate que inaugura esta cuestión supera las posibilidades de este artículo vale la mención para comprender cuánto se juega en la premisa que construye un precepto penal.

de aplicar malestar?⁵), las conductas malas y cuestionables se hilvanan en un abanico de actitudes que ya no resultan indiscutidamente reprochables (¡También odiar, desear y ayudar a morir pueden ser delitos⁶!); el mundo, el mundo mismo se presenta entonces como una paleta de diferentes matices, y ya no se trata del color, sino de advertir las milimétricas diferencias que justifican el salto de un tono al siguiente.

Con todo, el juicio y el castigo asumen una relación marital, e inauguran de este modo una palestra de técnicas modulables en manos de operarios y operarias (*en*)roladx⁷s en torno a una periferia de expectativas divergentes, cuyo desenlace –a veces anticipado, otras no–, encaja en un corsé punitivo cocido a mano con el hilo de la vigilia constante.

Pero hay más, una cosa más. De esa “otra cosa” se trata este texto, y como esa cosa adquiere aquí, allá y más lejos, el carácter de una intermediación, este es un texto sobre las mediaciones, que para nosotras son interferencias, pero también sobre los encuentros.

⁵ La cárcel, pese a los eufemismos legales, aquí y allá, ha supuesto en tanto castigo alguna dosis de dolor suministrado (Christie, 1988). El sufrimiento de este modo circunda entre los muros de la prisión. Desde las propias condiciones de detención hasta la extensión del castigo a los familiares y amigos/as de las personas detenidas, como un *continuum punitivo* (Ferrecio, 2017), dan cuenta de ello. Pese a las reformas penitenciarias, la comida sigue siendo incomible, la salud sigue interpelado el cuerpo desde todos los rincones de la prisión y los derechos se presentan suscribiendo el estatuto de privilegios. Por su parte, como todo “tejido social” supone una conexión entre el sujeto castigado y su entorno y por esa vía el mal-trato se hace extensivo a las visitas, los estigmas se heredan de padre o madre a hijos, se expanden como un virus de propagación entre los parientes colaterales y les amigos. A esa producción de malestar social, que de a momentos coquetea con el delito, nos referimos aquí.

⁶ La pregunta es entonces ¿Qué justifica la intervención del derecho penal en circulaciones tan íntimas? Parece vislumbrarse aquí una moralina perfeccionista.

⁷ Como podrá advertirse a lo largo del texto –si es que ya no se ha hecho–, nos valdremos de cierta anarquía lingüística para expresar aquéllas palabras con sesgo sexual. A veces apelaremos a la “x” (todxs), otras a la “e” (todes), y en ocasiones distinguiremos entre la “o” y la “a” (todos y todas). Lo hacemos de este modo –para comenzar–, porque criticamos la tonalidad machista del español; y no tomamos una decisión respecto a una de esas variantes –para continuar–, porque asumimos que en este punto todo se encuentra en discusión, y este no es un texto diseñado para clausurar esa discusión.

Los encuentros, algunos, son potencias de fuga, salvoconductos para visualizar las pasarelas que imponen modos de circulación, y habilitar, al mismo tiempo, la idea de otros puentes donde la ruta dibuje un paisaje distinto; por esa razón lo que finalmente persigue este escrito es bosquejar otra forma de hacer camino, re-articulando los mojones que han mapeado la ruta que va de la matanza al homicidio, del golpe a la lesión, del vehículo ajeno al robo y de la piedra arrojada al daño; en rigor, de *lo que hacemos y somos*, al delito.

Dicho de otro modo, nos preguntamos ¿En qué momento las acciones humanas se convierten en delitos? ¿Cuál es la matriz en la que se asientan?; y, en última instancia ¿De qué manera contribuye la “dogmática penal” con el proceso de criminalización que termina en la selectividad del sistema penal?

Hemos transitado el aprendizaje del derecho integradas a un campo poblado de reglas indiscutidas, con ese arsenal nos formamos y aprendimos a mapear⁸. Luego, de una u otra forma llegó el tiempo de la aplicación, de poner en marcha la maquinaria analítica germinada durante tanto tiempo de escucha sumisa y obediente. Más tarde apareció la ocasión de la enseñanza; nos encontramos compartiendo espacios e inquietudes, experiencias de militancias⁹ románticas y dolientes, conjunciones autónomas y al mismo tiempo enlazadas, y particularmente, muy especialmente, nos encontramos habitando la misma incomodidad.

¿Qué es la incomodidad? ¿Qué potencia anida allí para poner en guardia y movimiento a los cuerpos inquietos? Quizá la incomodidad posee algún punto de contacto con la locura.

La locura es una experiencia temida, terriblemente temida, y cuando está allí, cuando finalmente se instaló, tendencialmente

⁸ Después de todo, parece que lo que nos enseñan y pretenden que enseñemos es a repetir la ruta, el mapa.

⁹ En nuestro contexto aún se estila usar la palabra militancia sin demasiado reparo de su origen y vinculación con lo militar. Estamos advertidas de la necesidad de hacernos la pregunta acerca de los alcances y desplazamientos sobre este vínculo; sin embargo, hemos optado por darle el uso corriente a la palabra para no extraviarnos en la discusión.

liberadora. Estar loca, estar loco, es, quizá, estar por fuera, mirar al margen de la escena, como quien adopta la perspectiva del espectador o de la espectadora y entiende, calcula, imagina, prefigura qué es lo que se cocina ahí, en esa pieza teatral en la que cada personaje se ha creído una existencia inventada.

La incomodidad es también una forma de mirar distinto. Colocarse un par de gafas que hacen síntoma para que tu cuerpo, ese cuerpo subjetivado de pies a cabeza, vibre profundamente, tiemble, se estremezca, y finalmente te diga: “Esto no funciona, algo va mal”.

La locura, la incomodidad y el feminismo, son, de alguna forma, parientes cercanos. Mejor aún, olvidemos las lógicas del parentesco, son amantes de verano; intensxs, apasionados, fugaces, pero dispuestxs a volver a amarse ante cada nuevo calor.

De modo que, gracias a este feminismo amoroso asido de la loca incomodidad, pusimos a rodar las discusiones que cobran forma en este texto. Nos encontramos incómodas, feministas, locas y entonces, haciendo base en esa estructura analítica, exportada, colonizadora, germánica y tasada, pensada para desgajar nada menos que el delito (como se verá, la dogmática penal), nos dijimos ¿Por qué asumir esta epistemología así, sin más?

2. Teoría, dogmática y *bla bla bla*. Algunas claves para pensar

Hay un registro memorístico¹⁰ casi inevitable para quienes, de uno u otro modo hemos estudiado derecho de una manera ortodoxa y, en esa ortodoxia, hemos circulado por la matriz de la academia. Ese registro nos habla acerca de la dogmática, del derecho penal, de la dogmática penal, de la forma de teorizar el delito y de la teoría del delito al fin.

¹⁰ El uso de la memoria como un recurso casi exclusivo para aprender el derecho penal demuestra el carácter inventivo y contra-intuitivo que reviste esta rama del derecho.

Como este no es un texto de dogmática penal (aunque sí acerca de ella), y aspira a no convertirse en eso¹¹, ahondaremos en ese registro que anida ahí, en el hueco oscuro de nuestra formación jurídica, apelando al recuerdo vivo, un recuerdo que formatea todos los caminos y nos hace decir que “cuando hablamos de lo que hablamos no podemos hablar de otra cosa más”.

Las primeras imágenes de la teorización dogmática acerca del delito nos colocan al comienzo de una gran escalinata, una escalera artística y monumental, como toda ficción jurídica.

Estamos ahí, paradas frente a una hilera de escalones minuciosamente diseñados, escalones que reproducen palmo a palmo las dimensiones de su antecesor, y que, hacia el interior, replican la escalinata, a veces más corta, a veces más larga, que le otorga forma a esa sucesión de peldaños.

¿Lo puedes ver? ¿Imaginas esa icónica seguidilla de ascenso hacia el delito?

El primer escalón se llamó alguna vez acción, el segundo tipo, el tercero antijuridicidad y el cuarto culpabilidad. Con el tiempo el primero pasó a conformar el segundo, a integrar su escalerilla interior, el segundo en ocasiones se lió con el tercero y el cuarto cedió escalones que fueron a parar al peldaño del tipo; alguna vez se dijo que existía un quinto escalón; la punibilidad¹².

Estas variaciones, patrimonio de diversos posicionamientos teóricos, no alteraron sin embargo la explicación frente a semejante diseño arquitectónico, una explicación analítica y lineal: El delito, para configurarse como tal, integra una sucesión lógica de relaciones antecedentes y consecuentes, en las que cada categoría debe ser agotada (o escalada, podríamos asumir) para acceder a la siguiente, es decir: un hecho social debe ser identificado como una acción que a su vez debe estar descripta

¹¹ Lo cual en modo alguno se distancia de un enfoque fuertemente crítico.

¹² No se trata más que de las fusiones y alteraciones que se produjeron en la teoría del delito a partir de las diferentes escuelas de la dogmática penal.

en la ley y configurar un tipo penal, que desde luego debe ser contrario al derecho (antijurídico) y luego debe probarse la culpabilidad con todo el entuerto que eso supone acompañado de una vasta discusión entre el dolo y la culpa. Una vez concluido ese ejercicio ascendente, trepado y superado el último escalón, podrá asumirse que la muerte ocasionada fue homicidio, que el golpe constituyó lesión, que el vehículo tomado consolidó un robo y que la piedra lanzada al vidrio se tradujo en un daño.

Antes, podrían ocurrir millones de cosas, que también componen una pieza teórica, y entonces, la muerte no ser homicidio, el golpe no constituir lesión, el vehículo no ser el objeto de un robo y el vidrio roto rehuir a la clasificación de un daño. Estas creaciones impeditivas perfeccionan las mini-escalinatas constitutivas de cada gran peldaño: Creación de riesgos permitidos, errores de tipo o de prohibición, causas de justificación o de exculpación, inimputabilidad y hasta excusas absolutorias, son las abstracciones inventadas para colocar nombre a diferentes acontecimientos que poseen la capacidad del traspiés¹³; si algo de ello sucede, te resbalas y, sencillamente, ya no puedes trepar¹⁴.

Pero no sólo se trata de la muerte, el golpe, el vehículo o la piedra, puedes imaginar mil y un escenarios más, como esa recopilación de relatos orientales inventados para escapar de la muerte; algo así como “Las mil y un versiones del mismo arquetipo”.

Y es que de todos modos, aun con esto, reversionando el camino del ascenso y colocando más y más exigencias a cada escalera interior, siempre acabarías atravesando la misma estructura:

¹³ Y acá emergen derivas entorno a la punibilidad. Por ejemplo, si no se crea un riesgo o hecho prohibido el tipo objetivo no se configura y por tanto no llegaremos a la punibilidad, pero, dogmáticamente hablando ello atenderá a la atipicidad. En cambio, si estamos ante una excusa absolutoria, el hecho, la conducta, será típica, antijurídica y culpable, pero NO punible. En todo caso, lo que importa aquí es que los propios elementos de la teoría del delito resultan insuficientes en sí mismos para dar respuestas a todos los casos y eso mismo habilita la pregunta acerca de la pertinencia de la epistemología de la dogmática penal.

¹⁴ Como si cada escalón estuviera compuesto por una sucesión de capas internas, al igual que una mamushka, una cebolla, un alcaucil, o la cucaracha de Lispector, la que GH se comió.

“perfecta”, “armónica”, “precisa”, “aséptica”, empinada, pálida e inmutable, al igual que una escultura de pulcro marfil.

He aquí entonces la explicación dogmática del delito, su fruto máspreciado (quizá) y más espiado por un universo académico como el nuestro, que mira lejos, hacia el occidente germánico, donde la teoría germinó.

Ese es el recuerdo vivo que se hace carne y cobra forma visceral, particularmente, en quienes estudian, analizan, enseñan, practican y apre(h)enden el derecho penal. Un producto exportado, envuelto en atractivo papel celofán, con aroma a strudel y poblado de referencias idiomáticas que bloquean nuestra lengua madre, porque esta es una lengua ancestralmente anclada en el estar, como veremos luego.

Aun cuando una gran parte de América (y aquí nos referimos particularmente a la nuestra ¿Hace falta aclarar más?) esté constituida por una enorme masa de mestizas y mestizos, e incluso cuando la globalización no nos resulte una narrativa ajena, esa escalera transportada en barco a través de varias leguas marinas siempre se revela distante y ajena, sin embargo allí estamos, montados a la carrera por comprenderla, desmenuzarla, encontrarle algún resquicio olvidado, porque tal vez así, algunas, algunos, podamos obtener la “carta de pertenencia”. Así de lejos estamos, así de confundidxs, así de desamorades.

3. El hallazgo de las constelaciones

La noción de constelación remite, de uno u otro modo, a la de conjunto. Las constelaciones agrupan objetos, elementos, personas, sujetos, cosas, sustancias, que, de alguna manera, poseen algo en común.

Las constelaciones no siguen órdenes lineales, van y vienen, tienen focos más cercanos o más remotos, puntos intensos y difusos, rectas y curvas, pero, como sea, traducen un encuentro, una convergencia que delimita fronteras maleables; aunque fronteras al fin.

Las constelaciones estelares se proyectan en el firmamento pergeñando imágenes míticas; las familiares en una abstracción vincular que remonta a lo ancestral, lo que anida en las entrañas.

La idea de constelación, que no es lo mismo que la constelación en sí, y que constituye parte del impulso de este texto, emergió por la potencia del encuentro con otra voz feminista¹⁵.

Rumbeábamos un fin de semana de noviembre en medio de esas conversaciones que se originan de manera impensada, cuando te juntas a dialogar con otras y no esperas demasiado pero curiosamente sucede mucho. Circulábamos por ahí cuando ella le dijo a una y esta le contó a la otra que una figuración plasmada por la primera para explicar las relaciones “en el derecho” le había generado un ruido, una molestia; una molestia que luego fue eco y la impulsó a requerirle un poco más de detalle, otra cuota narrativa, algo de la experiencia atravesada.

Ella había señalado algo así como: “la pirámide kelseniana tanto tiempo utilizada para explicar las relaciones jerárquico-normativas ya no aplica; yo antepongo en mi curso la lógica de las constelaciones”. Se refería a su curso como docente universitaria en un terreno en el que se discurría sobre filosofía. Ese fue uno de los tantos tallos germinales para pensar este texto.

Le pedimos pormenores y nos compartió materiales de lectura, nos señaló su ruta de acceso (o una de estas); algunos análisis de Boaventura de Sousa Santos, un libro propio y el esquema utilizado habitualmente en sus clases¹⁶.

Allí encontramos que Santos, en su libro llamado *La globalización del derecho*, acude a la noción de constelaciones

¹⁵ Fue Luciana Álvarez, doctora en filosofía y titular de una de las cátedras de filosofía de la Universidad Nacional de Cuyo, quien nos compartió esta figuración y, como se verá más luego, nos arrimó materiales de lectura para pensarla.

¹⁶ Estos son los acontecimientos que cimienta un feminismo afincado en las micro-relaciones amorosas. Ella nos compartió la llave de sus producciones sin requerir certificaciones ni seguridades, y creemos que lo hizo porque de algún modo, en ese encuentro impensado que nos permitió conocernos, fluyeron los lazos invisibles de esa potencia feminista que no puede más que colectivizarse sin rigideces ni pertenencias hegemónicas.

jurídicas para referirse a la concepción del derecho en las sociedades modernas.

Dice ahí que estas sociedades: “En lugar de estar reguladas por un único ordenamiento jurídico (...) están reguladas por una pluralidad de ordenamientos jurídicos, interrelacionados y distribuidos socialmente de varias maneras”, lo cual conduce a la cuestión del pluralismo jurídico, vinculado a la idea de que “más de un sistema jurídico opera en una misma unidad política”¹⁷ (1998, 23-24). Es que para este autor hay tres campos y ordenamientos jurídicos que entran en contacto a la vez y ninguno puede entenderse sin los otros; estos son el campo local, nacional y el transnacional. Superar la ficción del derecho acuñado en el estado moderno como patrimonio exclusivo de la nación, conduce a desembarazarnos de los formalismos jurídicos y buscar una “mirada consteladora”, es decir, más compleja y menos acabada del derecho. Se trata de vislumbrar el potencial regulador del derecho, pero fundamentalmente emancipatorio (Santos, 1998, 19-23).

De este modo, la concepción de una pluralidad de ordenamientos jurídicos allí propuesta intenta

contrarrestar el prejuicio romántico de gran parte del pensamiento jurídico pluralista, mediante la reconstrucción teórica del campo jurídico para evitar la igualación de todos los ordenamientos jurídicos en una unidad geopolítica, y particularmente mediante la negación de la centralidad del derecho estatal en las formaciones socio-jurídicas modernas. (1998,26)

Y entonces ante la pregunta de ¿Por qué llamar a esto derecho y no sencillamente “sistemas de reglas”, “gobiernos privados”, etc.? Santos señala que el interrogante en cuestión bien podría ser respondido a través de otro interrogante “¿Por qué no?” (ibid).

¹⁷ Santos explicará más adelante que en lugar de pluralismo jurídico prefiere referirse a una pluralidad de ordenamientos jurídicos (1998, 24)

De allí que el derecho penal también pueda ser leído en esta clave, entendiendo las (inter)relaciones entre los distintos ordenamientos y no como una mera reproducción de lo que en otras latitudes regularon. El derecho en general y el derecho penal en particular si no rompe el pacto de silencio con la ficción de la mera reproducción se ve condenado a ser servil al poder. Y en esa labor, aquéllas y aquéllos que tenemos algún grado de participación en el campo también jugamos algún papel.

Un recorrido por otra de sus obras, *Crítica de la razón indolente*, nos encontró con una suerte de denuncia abierta ante la inercia, ante el desperdicio de la experiencia práctica (Santos, 2000)

Este libro señala, para comenzar, algo que nos puso el cuerpo a palpar: “Lo que ignoramos es siempre la ignorancia de una cierta forma de conocimiento, y, viceversa, lo que conocemos es siempre conocimiento de cierta forma de ignorancia” (2000,30).

¿Inquietante verdad? Andamos por el mundo discriminando saberes, hegemonizando la palabra, escupiendo teoría autorizada, construyendo reductos aislacionistas del conocimiento, y resulta que, a fin de cuentas, no hacemos más que ignorar. Ignorar por todos lados, aquí, allá, más acá y más allá; ignorar.

Pero no acaba allí la cosa, el libro remonta incluso a un lugar más profundo, pues sin tapujos ni remiendos se refiere a la ciencia actual como una ciencia sexista; no sólo occidental y capitalista sino fundamentalmente sexista. Una ciencia poblada de binarismos que ubican del lado fuerte lo varonil y masculino, y en el costado débil y objetualizado la variante femenina. Una ciencia construida por hombres para Hombres: universal, fuera de la naturaleza, competitiva y atroz. Una ciencia no cooperativa (1998, 97-98)

Pensamos entonces en el derecho, en nuestro modo de impartirlo y aprenderlo, un derecho inscripto en esa clave, un derecho que elucubra matrices rígidas para gobernar la vida, o

algunas, algunas vidas. Pensamos así en el derecho penal y en su forma de hacerse una herramienta deliberativa. Pensamos con esto en la teoría del delito, ensalzada como la gran lengua traductora de las conductas reprimidas.

Y cuando andábamos dándole la vuelta a esa cuestión cuasi rumiante, reparamos en eso de “aprender”, un aprender sin “h” mediadora, un aprender llano, inasible, extraño, una rareza que nos esforzamos por tomar de algún lado y pulir, pulir “meritocráticamente” para poder pertenecer a cierto gueto extranjero.

Por eso entendimos que lo colonial y masculino eran parte constitutiva de ese patrimonio que cargamos con tanto esfuerzo y que, al mismo tiempo, sostiene las estructuras analíticas basales que nos han sido dadas para pensar el derecho.

El juego de las constelaciones planteado por Santos como forma de observar una realidad multiforme nos condujo por la ruta del cuestionamiento, nos permitió comprender (gracias a ella y el lazo amoroso, claro) que lo que anida en el fondo es un modo occidental y patriarcal de prefigurar lo jurídico, y que, en este embrollo, la teoría del delito es el soldado feroz apostado a las puertas del palacio de hierro.

4. La filosofía del ser y “el sexo del derecho”

Cuando en 1962 Rodolfo Kusch escribió *América Profunda*, señaló en la introducción algo que ahora, frente a esto que intentamos desgajar, cobra especial sentido “La primera solución para los problemas de América apunta siempre a remediar la suciedad e implantar la pulcritud” (2000,13)¹⁸.

De este modo, a partir de dicha premisa, lo que dirá Kusch es que en América (particularmente Sudamérica) se ha implantado una dicotomía que afincada en el temor a lo americano, discrimina dos grupos antagónicos: “por un lado, los estratos

¹⁸ La cita corresponde a la edición de las Obras Completas de Kusch efectuada por editorial Fundación Ross en el año 2000. De ahora en adelante todas las citas atenderán a ese volumen.

profundos de América¹⁹ con su raíz mesiánica y su ira divina a flor de piel y, por el otro, los progresistas y occidentalizados ciudadanos” (2000, 18). Este será el germen del concepto nodal del texto, un texto construido al calor de la etnografía, en donde el autor desnudará el choque abrupto entre una filosofía occidental montada sobre el predicado (la filosofía del ser) y una americana, profundamente americana, concentrada en la latencia del “estar”; “estar siendo”.

Nos resulta particularmente atractiva esta distinción porque creemos que allí anida alguna pista de acceso a esa forma de pensar el derecho que refuerza las lógicas analíticas y estratificadas que aquí criticamos, y porque, como veremos seguidamente, articula con “el sexo del derecho”²⁰ como continuidad del sostenimiento de esas estructuras.

Esta idea de Kusch permite modular la crítica a la razón del derecho penal (léase: la dogmática penal) en dos sentidos. Por un lado, este derecho es montado a partir de la exportación de las prescripciones normativas, desde otros con-texto y muchas veces forzando la traducción. Por otro lado, la “occidentalización de las ideas” significó introducir, y en muchos casos imponer, “la europeización del pensamiento” contribuyendo a reforzar las jerarquías en el derecho, es decir, un proceso de colonización por la vía del derecho.

Kusch identifica en la sincretización americana la perdurabilidad de una dicotomía que ha colocado del lado fuerte y racional la objetivista filosofía del “ser”, y del lado sensible

¹⁹ Si bien Kusch se refiere continuamente a América, efectúa disquisiciones en el texto que permite inferir que dicha referencia se circunscribe a Sudamérica.

²⁰ Preferimos hablar del “sexo del derecho”, tal como lo hace Olsen, antes que de la “sexualización del derecho”. Inicialmente, la idea del “sexo del derecho” se presenta como afirmación encubierta. Mientras, la sexualización del derecho pareciera un hecho auto-evidente y hasta intencional. Por ello, creemos que la potencia de hablar del “sexo del derecho” es precisamente ese abrupto de algo que aparece como menos evidente. En algún sentido, nos atrevemos a pensar y con ello decir que casi nunca –por no decir nunca– nos representamos al derecho con un sexo. En ese sentido, la sexualización parece más una contorción erótica, mientras el sexo es pre-figurativo.

e irracional la filosofía indigenista del “estar siendo”. El derecho, tal como lo conocemos, tiene bastante que ver con esto, al legitimar una maquinaria dispuesta a reproducir los dualismos afincados sobre el binomio fortaleza/debilidad que en sus multiformes réplicas retornan, todo el tiempo, al clivaje que divide lo audible, digerible y aceptable, de aquello que, por oposición, sencillamente no lo es.

Por su parte, Frances Olsen propone en su artículo “El sexo del derecho”, un examen descriptivo que conecta de algún modo con esta cuestión y nos ayuda a vincularla con la potencia del feminismo. Allí la autora plantea, básicamente, que desde los socráticos en adelante el mundo occidental se ha construido fundamentalmente en base a sistemas duales (pasivo/activo, racional/emocional, objetivo/subjetivo, etc.), y que estos revelan en lo sustancial tres características nodales para pensar el derecho:

Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. Segundo, los términos de los dualismos no son iguales sino que constituyen una jerarquía (...) Y tercero, el derecho se identifica con el lado “masculino” de los dualismos. (2000, 26).

Asiéndose de esta idea, Olsen señala que si el derecho integra un sistema jerarquizado en el que las mujeres han sido identificadas con el lado irracional y, por antonomasia romántico, las feministas han ensayado diversas críticas a esa estructuración a fin de salir (y esto es nuestro) de la encerrona trágica.

Identifica así, en esa discriminación, tres clases de críticas; en rigor, estrategias con alguna variante de resistencia.

Una primera crítica asentada en la necesidad de invertir las reglas del binomio e identificar a las mujeres con el lado fuerte (es decir, favorecido), lo que implicaría aquí su asociación con lo racional y activo. Una segunda, concentrada en resaltar la identificación de las mujeres con lo irracional y pasivo, pero en discutir que este sea su lado débil, para señalar entonces que lo que está mal no es el binomio en sí, sino la forma de jerarquización

que se le impone. Y finalmente una tercera crítica que apuesta por la androginia, rechazando no sólo la sexualización sino también la jerarquización de los dualismos (2000,29).

Sin dudas la primera crítica/estrategia se vincula directamente con el feminismo liberal, y, como bien permite leer Olsen, con el que ha cobrado auge en las luchas feministas de los tiempos más actuales. Esta estrategia legítima y refuerza el valor del derecho como forma de gobernar la vida, mas sostiene de algún modo el *statu quo*, en tanto no hace más que variar los roles de los actores en juego.

¿Pero que hay con la segunda y tercera estrategia? ¿Anida allí algún salvoconducto, alguna línea de fuga a lo que el derecho es y será?

Para la segunda estrategia, que como hemos señalado acepta la sexualización de los dualismos, las cualidades femeninas serían algo así como la potencia del cambio, la fuerza oculta que permitiría una verdadera revolución moral. Ya no se trataría de eludir estas características sino de asumirlas y abrirlas al juego, un juego al que deberían ingresar los varones para tomar un poco, al menos un poco de aquello.

Aunque Olsen no lo diga de este modo entendemos que eso es lo que su texto permite leer, e incluso lanza una suerte de advertencia hacia el final:

“Tomar en cuenta la experiencia femenina y la cultura, la psicología, la imaginación o el lenguaje de las mujeres, puede ser una forma de recuperar aquello que ha sido excluido u oscurecido por la cultura dominante, pero también puede conllevar la aceptación de la sexualización de los dualismos” (2000,32).

Tal vez le asistamos razón a Olsen al efectuar esta última advertencia, al menos desde su perspectiva jurídica, pero no así para lo que intenta fundar este texto.

Creemos que la resignificación de algunos atributos femeninos podría resultar un buen punto de escape para replantear las tramas que anidan en el tejido social, para arrojar luz sobre

esos túneles subterráneos que han permitido la supervivencia de las fraternidades que se encuentran sobre la superficie, esas que se apoderan del discurso del saber y dibujan las fronteras del mundo. Después de todo ¿Quién cimienta esas geografías visibles?

Pero todavía resta inspeccionar la tercera crítica-estrategia descrita por Olsen; la de la androginia. Para esta postura es tan posible atacar la sexualización (primera posición) como la jerarquización (segunda posición). La idea que gira en torno a esta conceptualización crítica es muy sencilla; no deben ser considerados atributos sobrevalorados ni la racionalidad ni la irracionalidad, ni la cosa pública ni la doméstica, ambos polos son igualmente valorables, porque sostener lo contrario equivaldría a una legitimación de los dualismos y allí radica el núcleo del problema.

Por ello quienes defienden una postura andrógina advierten en la crítica a la sexualización (que apuesta a una mutación de lugares) y a la jerarquización (que intenta subvertir los lugares de poder) un modo remozado de sostener “lo que nos ha sido dado”, ese *statuo quo* que tanto cuestionan.

También coincidimos con esta tercera postura, pese a que no descartamos la estrategia planteada por la segunda posición crítica que esta deshecha.

Lo que nos parece útil de este posicionamiento es la potencia que guarda para cuestionar lo estatuido; pero no desde su configuración sino desde su sola existencia. Ahora bien, en ese deshacerlo todo quizá sea necesario replantear algunas variables para sobrellevar el camino hacia la deconstrucción. Allí es donde la segunda postura cobra fuerza, al menos como táctica cortoplacista. En ese sentido, pensar algunas de las luchas feministas que vienen trazándose en el campo jurídico permiten reinventar y resignificar los sentidos del propio derecho penal²¹.

²¹ En esa línea pueden leerse los debates a favor de la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo o los agravantes cuando se trata de violencias de género específicas.

Sin embargo, es necesario advertir el riesgo que supone el uso de la dogmática penal sin más. Percibir, como hemos planteado, que tiene el potencial para reforzar las jerarquías coloniales y sexuales. Las disputas por los sentidos simbólicos pueden caer en la trampa de verse legitimando un sistema de reglas servil al poder. He aquí la advertencia que nos hace la autora.

El análisis efectuado por Olsen en su conjugación con lo plasmado por Kusch arroja claridad sobre el asunto que “pone de cabezas” este texto, y que, en esa loca inversión, lo ha puesto a rodar.

En efecto, de una u otra forma, ambos están develando una estructura relacional que ha obliterado la raíz más profunda de nuestra pervivencia. La agonía del “estar siendo” y el develamiento del sexo del derecho, son emergentes de un mundo construido en clave occidental pero que siempre será mestizo y que mientras apunte a las dicotomías hegemónicas, no hará más que introducirnos en laberintos inútiles, en tanto cualquier salida nos conducirá al mismo lugar: La reelaboración y el perfeccionamiento de teorías ancladas en categorías duras e impenetrables, estáticas, incuestionables, dogmáticas... Como la fe.

5. Retornar al problema: Pensar al delito

Entonces, si se trata de asumir nuestro mestizaje, si debemos subvertir los dualismos²² para acabar por fin con las dicotomías, si las lógicas del predicado ancladas en el “ser” y el sexo del derecho no son más que la resultante de nuestro saber colonizado, si somos una constelación de existencias fluidas y mutables en lugar de una arquitectura de vigas inmóviles. Si esto es lo que hemos podido advertir con el recorrido efectuado hasta ahora ¿Cómo estudiar al delito? ¿Cómo apre(he)nderlo? ¿Cómo enseñarlo sin apartarnos de estas coordenadas?

²² Lo que al mismo tiempo significa admitir la polisemia de la realidad, lo polimorfo de la propia humanidad.

No es extraño escuchar, o al menos no lo ha sido para nosotras y una buena parte de la generación que habitamos, que existe una diferencia basal en estudiar al delito como fenómeno social, manifestación psicológica, expresión cultural y estructura categorial.

La criminología, la sociología y la antropología se ocupan de otras cosas, se nos dijo siempre. Investigan causas y efectos de una conducta antisocial –o profundamente social, según cómo se lo mire– e indagan sus variables culturales, los valores que hacen de aquello un comportamiento reprochable y los detonantes que articulan para que así suceda.

Luego, luego está la dogmática, despojada de toda contaminación ambiental, pulcra y pura, dispuesta en su asepsia a analizar el delito, eso mismo que las otras disciplinas intentan explorar.

Ahí están esos planetas epistémicos distantes, allí mismo, sin tocarse ¿Pero funciona de este modo el universo? ¿Existe tanta desconexión en la masa estelar? ¿Se encuentran los sujetos que habitan el mundo tan desconectados? La imagen de las constelaciones proyecta una estela para pensar distinto. Quizá se trata de romperlo todo, tomar una enorme maza imaginaria y voltear el edificio de las categorías; o, mejor aún, acudir a esas operaciones de ingeniería que dinamitan construcciones gigantescas en un parpadear de ojos.

¿Lo puedes visualizar? Explosivos ubicados en los puntos más estratégicos de esa construcción dogmática que teoriza el delito (sus escalones), y luego, una vez dispuestos, reforzada la seguridad circundante, medidos los decibeles, calculados los efectos expansivos, llegaría la orden, secundada por una buena cuenta regresiva. Finalmente, se impondría ante nuestros ojos la magia de la destrucción, el derrumbamiento en milésimas de segundos, y después, después, la nada, los escombros, el terreno limpio, y allí, allí mismo, la necesidad de crear algo nuevo, distinto ¡Cuánto espacio disponible para recomenzar!

¿Cómo diseñaríamos una nueva narrativa para explicar y estudiar al delito? ¿Cómo armaríamos el relato sin recaer, otra vez, en el juego de las jerarquías rígidas y duras? ¿Cómo

enseñaríamos tanta complejidad sin intentar reducirla, una vez más, a una sucesión de escalones de pulcro marfil?

Quizá se trate de comenzar a pensar desde los efectos, los ambientes que nos atraviesan y atravesamos, las articulaciones históricas y presentes, la subjetividad implicada, el “gino-pismo” del lenguaje que nos marca, los resquicios de la palabra olvidada, todo eso que nos hace ser lo que “somos y seremos” sin dejar de pensar en donde “estamos y estaremos”.

Tal vez a partir de allí, olvidando todo lo que nos has sido impuesto, y tomando algunas de las herramientas que el feminismo decolonial nos arrima, podamos elaborar una epistemología nueva y propia para pensar y enseñar algo sobre lo que implica el delito.

¿Si somos una constelación de acontecimientos y de fuerzas, no sucede acaso lo mismo con lo que hacemos, con el modo en cómo nos relacionamos y reaccionamos frente a ello? Y el delito ¿No es una forma de vinculación? ¿Cómo continuar sosteniendo el relato esquizo que analiza un mismo lazo como si se tratara de asuntos distintos?

Pero como bien sostuvimos en otro punto la destrucción absoluta así, sin más, quizá posea costos muy difíciles de afrontar, por eso necesitamos armarnos, urge pensar en un feminismo que subvierta los valores cuestionados, que reconfigure las políticas microscópicas que nos unen, que diseñe tácticas visibles y sensibles, afincadas en el discurso de la amorosidad, que le revelen al mundo, a nuestro mundo, que es posible, muy posible habitarlo de otro modo.

En esa micropolítica de la amorosidad -feminista por donde se la vea-, resultará más tangible planificar la deconstrucción, una destrucción con eje en la reconstrucción, un arrasamiento con miras a la reforestación.

Vista de este modo la tarea parece sino imposible al menos titánica, pero no debemos olvidar nuestro histórico formateo, allí se encuentran algunas huellas para vigilar nuestro pensamiento y colocarnos en guardia; quizá para refundar.

¿Podría la tortuga haberle ganado a liebre sin asumir lo que era y caminar sin tregua? ¿Y si la zorra hubiera intentado otro método para llegar a las uvas? ¿La moraleja de la fábula se mantendría igual?

Lo que intentamos señalar con esto es que si existen varios finales posibles, diversas salidas, múltiples líneas de fuga, en fin, una constelación de acontecimientos, es posible pensar al delito desde otros puntos para diseñar un relato que permita enseñarlo sin mediaciones abstractas y distantes.

Abandonemos de una vez la indolencia, y dejemos la fe para los creyentes, que no cuestionan los dogmas, simplemente los asumen.

Bibliografía

- Christie, Nils (1988). *Los límites del dolor*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ferreccio, Vanina (2017). *La larga sombra de la prisión. Una etnografía de los efectos extendidos del encarcelamiento*. Buenos Aires: Prometeo.
- Kusch, Rodolfo (2000). *América profunda* en *Obras completas* T. II. Santa Fé. Argentina: Fundación Ross.
- Olsen, Frances (1990). “El sexo del derecho” en Kairys, D. (ed.), *The Politics of Law*. Nueva York: Pantheon.
- Piglia, Ricardo (2001). *Tres propuestas para el próximo milenio (y cinco dificultades)*. *Del otro lado de este libro: Mi León Rozintchner*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Santos, Boaventura de Sousa (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Colombia: Universidad Nacional de Colombia, ILSA.
- (2000). *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. San Pablo, Brasil: Cortez editora.

Escriben en este número:

AGUILAR, Sofía
AMOSA, Fernando
ANA DOBRATINICH, Gonzalo
BALDI, Eduardo
BARRIVIERA, Natalia L.
RODRÍGUEZ FEBLES, Javier
BOHOSLAVSKY, Juan Pablo
ECHEVESTI, Rosario
DI NELLA, Dino
FERREYRA, Raúl Gustavo
GARCÍA ÁLVAREZ, Dianet
FOURNIER DUHARTE, Niurka
PRESA, Diego Gabriel
GÓMEZ, Verónica María
GORALI, Marina
GRECO, Juan José
GUERCIONI, Estefanía Evelin
IBÁÑEZ, Victoria
MONASTEROLO, Natalia
MORENO, Guillermo Raúl
MUÑOZ. Lorena

PINHO DE OLIVEIRA, Maria
RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo
VERNETTI, Luciano
PIÑEYRO JARDIM, Ana Laura
VALADÉS, Diego
QUIROGA, María Gracia
SÁNCHEZ, Laura J.
WOLFZUN, Nora
ZAFFARONI, E. Raúl



REVISTA DERECHOS EN ACCIÓN



WWW.REVISTAS.UNLP.EDU.AR/REDEA
WWW.DERECHOENACCION.COM.AR