

GUILLERMO EDUARDO BARRERA BUTELER

Director

EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POST-PANDEMIA COVID-19

TOMO II

*Colección de Estudios Críticos
de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Córdoba*

COORDINADORES:
MAXIMILIANO RAIJMAN
RICARDO DANIEL EREZIÁN

Córdoba
2020

**PANDEMIA Y CONSTITUCIÓN EN LA ARGENTINA ACTUAL.
REFLEXIONES DESDE LA CÁTEDRA “B” DE DERECHO
CONSTITUCIONAL FACULTAD DE DERECHO.
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA**

ANDRÉS ROSSETI ¹

MARTA FAUR

CLAUDIO E. GUIÑAZÚ

ROMINA VERRI

FÉLIX LÓPEZ AMAYA

MARCELO BERNAL

Sumario: I. *Introducción. Breves comentarios sobre este texto y “lo constitucional” en los tiempos actuales en Argentina*, por Andrés Rossetti; II. *Nociones sobre el Cuidado y el Modo-de-Ser-en-el-Mundo*. 1. La Crisis de los Cuidados. 2. Intrusión del Feminismo en el campo científico: la Ética del Cuidado. 3. Economía del Cuidado. 4. La Construcción Social del Cuidado, por Marta Faur. III. *Impacto de la pandemia en la dicotomía público/privado en Argentina*, por Claudio E. Guiñazú. IV. *Preocupaciones constitucionales en tiempos de pandemia: desigualdad y emergencia. La necesidad de repensar los mecanismos decisorios*. 1. Introducción. 2. Desigualdad y emergencia. 3. La necesidad de repensar los mecanismos decisorios. 4. Reflexiones finales. Por Romina Verri; V. *Derechos laborales y gremiales de los trabajadores estatales durante la emergencia sanitaria*. 1. Régimen legal de trabajadores privados y estatales en la emergencia sanitaria. 2. Alcances del DNU N° 297/2020. 3. Derechos gremiales durante la emergencia sanitaria. 4. La “erosión” de la democra-

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor titular de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales – Conicet, UNC.

cia, por Félix A. López Amaya; VI. *La coordinación intergubernamental frente al Covid 19 en experiencias de países federales*. 1. Presentación. 2. 2. Un modelo de autoridad coordinada. El caso de los EEUU. 3. Un modelo de autoridad inclusiva. El caso argentino. 4. Un modelo de autoridad superpuesta. La experiencia de Alemania. 5. Breves consideraciones finales. Por Marcelo Bernal.

I. Introducción. Breves comentarios sobre este texto y “lo constitucional” en los tiempos actuales en Argentina. *Por Andrés Rossetti*

Recibí con interés y entusiasmo la iniciativa de la Facultad de invitar a las cátedras a participar en una publicación conjunta. Son tiempos especiales los que estamos viviendo y las consecuencias que de ellos derivan, en el campo jurídico entre tantos otros, son muchas tanto en el presente, como en lo que viene. Si bien han aparecido muchas publicaciones e intervenciones de variado tipo -algunas apresuradas, otras repetitivas, pocas profundas e interesantes- en estos días reflexionando sobre estos aspectos creo que la idea de solicitar a una cátedra en su conjunto la elaboración de un único texto es particularmente especial porque estimula la confrontación de ideas entre sus integrantes, cosa que prácticamente no sucede -o al menos no sucede por cómo está estructurado el sistema de cátedras en la Facultad de Derecho de la UNC, pese a que puede suceder por iniciativas y “micro-realidades” en algunas de sus cátedras- en el ámbito de nuestra Facultad. En efecto, las cátedras son, más bien, un conjunto de docentes aglutinadxs, principalmente, por razones de tipo burocrático-administrativo en donde cada docente -más allá del programa y la bibliografía de la materia que se supone debe seguir, tenga la jerarquía que tenga en el interior de la cátedra- suele hacer lo que desea con su curso ya que tiene las mismas características en todos los casos, se trate de una o un profesor/a titular, adjuntx o asistente. Las cátedras no se suelen formar y unificar, con algunas pocas excepciones, teniendo en cuenta el enfoque de lo jurídico, las coincidencias variadas o por otras razones “razonables” para nuclear a sus integrantes sino, como dije, ello sucede principalmente por un mero mecanismo administrativo. Esto no es lo deseable en la universidad cuna de la reforma universitaria pero en nuestra unidad académica es así. Por tanto, reitero, una iniciativa como ésta viene, en algún sentido, a facilitar una “ruptura” con ese esquema administrativo y permite abrir un diálogo especial al interno de la cátedra, que considero positivo.

Lo recientemente dicho comporta una clara dificultad frente a la idea de redactar un texto que involucre a toda una cátedra. Las cátedras, por cierto, no son -aunque no siempre sea entendido así- un ámbito de manejo exclusivo -y hasta en algunos casos arbitrario- de quien ejerce su titularidad sino que, como debe ser todo lo vinculado con la educación y con la vida, se trata de espacios que deben ser horizontales donde todas las voces deben ser escuchadas y el diálogo debe ser una instancia fundamental y permanente en su dinámica. ¿Pero cómo hacer coincidir, en un único texto, voces tan diferentes desde lo ideológico, desde el enfoque de lo jurídico, desde la visión de lo constitucional que se da siempre pero más aún en cátedras como las nuestras? No era, para nada, una tarea fácil y el desafío era intenso. Todo, además, debía realizarse en un tiempo exiguo. Pareció oportuno, entonces, abrir el juego a todxs lxs docentes de la cátedra pero, a su vez, dejar que cada unx de ellxs pueda decir lo que le pareciera oportuno, asumiendo en forma individual su pensamiento y posición pero en un contexto de comunidad de cátedra. Se invitó a todxs lxs docentes con curso a cargo a escribir un texto corto, y en mi carácter de titular yo haría, tal como Ud. puede comprobarlo mientras lee este escrito, la introducción al texto único “compartido”. No todxs se sumaron pero sí una buena cantidad. Así tenemos los escritos de lxs profesorxs Félix López Amaya (adjunto), Marta Faur, Marcelo Bernal, Claudio Guiñazú y Romina Verri (asistentes) que reflexionan sobre aspectos de la materia.

El orden de los escritos fué pensado empezando por los más cercanos a los derechos y siguiendo por los que se concentran más próximos a lo institucional.

El primer escrito es de la Prof. Marta Faur con un texto titulado *No-ciones sobre el Cuidado y el Modo-de-Ser-en-el-Mundo*. En el mismo ella parte desde los problemas generados por el creciente auge del capitalismo y la profundización de las desigualdades y otros aspectos que han llevado a que hoy “cuidar”, como tantos otros aspectos, se maneja con las lógicas del mercado y no necesariamente, como lo exige nuestra Constitución (al menos la formal), con la lógica de los derechos. En su texto analiza distintos aspectos vinculados con la “centralidad del cuidado”, dejando en claro el vínculo que el texto tiene con la realidad actual que se vive. Visualiza la relación del tema con la ética y con la economía, siempre desde un prisma en el que las visiones desde los feminismos son tenidas en cuenta. En la parte final de su escrito deja en claro que la ética del cuidado es profundamente democrática debido a su pluralismo y que promueve voces de resistencia contra las tan arraigadas, en sociedades como la nuestra, dualidades y je-

rarquías en materia de género (y patriarcado, agrego yo) que las caracteriza en tanto sociedades de mercado.

El texto de Faur sirve para reflexionar sobre la discusión encendida que ha habido en referencia a las atribuciones del gobierno de tomar ciertas medidas, en las que se invocaba la idea de cuidado, que se vinculan con la restricción de derechos, especialmente el de circulación y sus efectos sobre otros. Es claro que en un contexto de pandemia y encontrándose en juego la vida y la salud de las personas, las potestades del gobierno, en sus distintas esferas, quedan habilitadas, debido a la emergencia, para tomar medidas extraordinarias para enfrentarla. Por cierto, el texto y la dinámica constitucional posibilitan un abanico de decisiones que respetan, si tomadas con razonabilidad, el marco permitido. El aislamiento social preventivo obligatorio (ASPO) impuesto por el gobierno nacional con el DnyU 297/20 del 19 de marzo de este año a partir del día siguiente y sus posteriores prórrogas entra dentro de ese margen. Esto no quita que puedan hacerse valoraciones variadas sobre la medida. Ella ha sido considerada, en forma mayoritaria, como una medida temprana. En mi caso, quizás debido a mi realidad personal que tenía en ese momento familiares y amigxs en la zona más involucrada con la enfermedad del planeta (me refiero a Lombardía, en el norte de Italia), creo que incluso se demoró más de la cuenta en ser tomada, más allá que luego -pero ya conociendo los datos- la misma dejó resultados satisfactorios en relación con la protección de los derechos e intereses de la sociedad y sus integrantes. Todo esto, por cierto, se vincula, entre otros, con lo dispuesto en el art. 19 CN y los límites que el Estado puede poner a nuestras conductas que varía en circunstancias “normales” a cuando entran en juego otros elementos y factores como los que se viven hoy.

En el punto siguiente, Claudio E. Guiñazú analiza en *Impacto de la pandemia en la dicotomía público/privado en Argentina* una cuestión por demás interesante. Parte del recrudecimiento de la ya existente desigualdad socioeconómica con la pandemia y plantea que las consecuencias de todo este proceso son hoy impredecibles, con lo que acuerdo. Luego señala que el ASPO aparece como la única herramienta efectiva para mitigar la propagación del virus (y sus consecuencias, también vinculada con la existencia de posibilidad de atención sanitaria y demás, agrego yo) y que todo esto genera “deslizamientos” en la frontera entre lo público y privado. Para su análisis usa tres criterios (heterogéneos) de Nora Rabotnikof, sobre lo público. Su alocución final refiere que el ASPO responde al interés público (de la colectividad) en el primer criterio de los trabajados por la autora, ya que evita la propagación del virus y sus consecuencias. Respeta, pero en

este caso ya más parcialmente, el segundo criterio (el de publicidad como visibilidad, como lo manifiesto y ostensible), porque las decisiones que se toman son conocidas pero habla de “opacidad” ya que hay disparidad de información y hasta sobreabundancia de la misma. La faz de lo público como uso accesible a todos, tercera acepción de la autora trabajada, se ve menoscabada ya que efectivamente se ve impedido el uso del espacio público y por tanto las relaciones interpersonales quedan confinadas a lo doméstico o lo virtual, con los problemas que esto conlleva (mayores índices de violencia de género; desigualdad notable en el acceso a lo virtual por razones económicas y otras, etc.) en razón fundamentalmente de las características de la sociedad en que vivimos pese a los esfuerzos realizados para mitigarlos de parte del gobierno.

El texto de Guiñazú nos motiva a pensar en la pandemia pero fundamentalmente en la post-pandemia en la que la necesidad de construir, finalmente, un mundo (y un país) en donde el respeto de los derechos humanos para todos sea la regla aparece como una especie de imperativo categórico. ¿Seremos capaces de respetarlo? La pregunta, lamentablemente, es retórica ya que los sectores privilegiados, y en Argentina esto es notable tal como se ha visto en relación con el (intento) de colocar una contribución de parte de quienes tienen “grandes fortunas” y que no parecen dispuestos a ceder ninguno de ellos, más allá que no dejan de demostrar con ello no sólo su “miserabilidad”, sino también su “bobeza” por la anomia que comporta vivir en un país al margen de la ley, parafraseando a Nino², pero yo diría de vivir en un país al margen del respeto de los derechos humanos más elementales.

El punto que sigue es redactado por la Prof. Romina Verri. Su título es *Preocupaciones constitucionales en tiempos de pandemia: desigualdad y emergencia. La necesidad de repensar los mecanismos decisivos*. En este texto, dejando en claro lo problemático de escribir sobre procesos que se encuentran en pleno desarrollo, lo que comparto, se abordan dos grandes ejes que son la desigualdad y la virtualidad, claves ambos en relación con lo constitucional a nivel mundial y particularmente a nivel nacional en general, pero que se visualizan y profundizan mucho más como aspectos a tener en cuenta en los tiempos de la emergencia y la pandemia actual. Sobre la desigualdad, resalta la realidad pre-pandemia de desigualdad y pobreza(s) notable en nuestro país pese a lo que señala el texto constitucional pero destaca que la crisis sanitaria ha puesto más en evidencia esa

² En relación con el título (y contenido) del libro de Carlos S. NINO *Un país al margen de la ley* (Emecé, Buenos Aires 1992).

situación “inconstitucional”. Aporta datos estadísticos que confirman sus dichos y señala que el ASPO debiera haber sido implementado con niveles de igualdad razonable, lo que se comparte en teoría, pese a que ello exige un trabajo serio, constante y duradero de diferentes gobiernos y otros actores lo que no se ha dado y esas precondiciones no podían implementarse frente a la pandemia que llegó en pocos meses. Es más, algunas buenas políticas fueron realizadas ya que con la implementación del ASPO se buscó, simultáneamente, aumentar (duplicando) el número de lugares disponibles para enfrentar las situaciones de mayor riesgo sanitario y otras medidas urgentes (ayudas económicas, congelamiento de alquileres, prohibición de despidos, etc.) que han servido para mitigar los efectos negativos. El otro eje de análisis es el de la virtualidad que, como bien dice Verri, ha “venido para quedarse”. Más allá de algunas ventajas que esto puede generar, creo que las desventajas son mayores. La autora señala particularmente, de nuevo, la cuestión de la desigualdad, en este caso en el campo de lo informático y virtual que vuelve aún más evidente lo dicho precedentemente. Lo resalta en el campo de la educación, pero es válido para otros sectores. Su discurso se concentra en el plano de las decisiones políticas y la exigencia de deliberación que ellas, se supone, debieran comportar y su tensión con lo virtual. Termina con un mensaje esperanzador señalando que de las situaciones críticas -y que duda hay que esta que estamos viviendo lo generan “*condiciones propias para repensarnos*”. Acuerdo con lo dicho, pese a que temo que esas nuevas condiciones que se piensen e impongan no es seguro que vayan a ir en la dirección del mayor reconocimiento de derechos, de una mayor igualdad, de una mayor “humanidad” y respeto de los derechos humanos.

El siguiente análisis está a cargo del Prof. Félix A. López Amaya y lleva el título *El resguardo de los derechos de los trabajadores estatales en el marco de la emergencia sanitaria en la Nación, Provincias y Municipios*. En este texto se aborda el relevante aspecto de los derechos laborales tantas veces vulnerados y olvidados en Argentina pese a su protección constitucional. Resalta que el DnyU que dictó el ASPO (297/20) estableció la exigencia del goce íntegro de los ingresos habituales de lxs trabajadorxs -según reglamentación- y señalaba que las provincias y municipios implementarán lo dispuesto en el mismo. Recuerda, a su vez, que en el reparto de competencias entre Nación y Provincias fijado en la CN la materia laboral ha sido expresamente delegada a la Nación (75 inc. 12 CN) para luego citar y resaltar la centralidad de la protección constitucional de los derecho laborales y jurisprudencia convalidatoria en este sentido. Deja en claro, por

otro lado, que la normativa dictada por el gobierno nacional tiene fuerza de ley y debe ser cumplida, no autorizando a los gobiernos provinciales a no respetarla, máxime en el contexto de la emergencia sanitaria declarada y que se vive. Lo mismo plantea en relación con los derechos gremiales y normas dictadas en ese sentido (DNYU 260/20 y otros). Advierte, en base a lo dicho, sobre la violación que comportan las medidas adoptadas por gobiernos provinciales o municipales -en particular frente a sanciones vinculadas con protestas sociales en reclamos de legítimos derechos incluso a representantes gremiales- afectando la situación laboral y patrimonial de trabajadores y trabajadoras. Cierra su texto con una advertencia sobre la “erosión democrática” que están padeciendo, tomando palabras de Roberto Gargarella, los sistemas constitucionales y advierte que la emergencia implica un riesgo para su agravamiento. En este sentido, entiende, el Poder Judicial se torna fundamental para proteger la efectiva vigencia de los derechos.

El texto es rico en su análisis y nos lleva a pensar en la protección de los derechos en general y los laborales y gremiales en particular que no pueden ser menoscabados irrazonablemente pese a la situación generada por la emergencia. El tema laboral formal es un gran problema y lleva a las reflexiones que acabo de transcribir pero por cierto el trabajo informal (y la desocupación) se han visto ampliamente perjudicados con el ASPO y la emergencia. Hubo medidas como la IFE que han ayudado a paliar la situación pero las perspectivas post-pandemia son por demás preocupantes y exigen una reacción fuerte desde lo estatal en protección de derechos no sólo laborales sino también que garanticen, al menos, la subsistencia básica: a la alimentación, vivienda, salud, educación.

Se vuelve siempre a la necesidad económica ya que, como es bien sabido, todos los derechos cuestan. Igualar en el reconocimiento de los derechos exige igualar en lo estructural. Es necesario tomarse la igualdad en serio, cosa que en nuestro país -más allá de lo normativo- no se ha hecho, pese a esfuerzos puntuales variados de algunas gestiones y momentos.

El último de los puntos trabajados está a cargo del Prof. Marcelo Bernal bajo el título *La coordinación intergubernamental frente al Covid 19 en experiencias en países federales*. Aquí se aborda el importante tema de la coordinación intergubernamental en países federales con particular atención a la situación de emergencia que se vive en todo el mundo. Para ello, el autor parte de una tipología de Deil S. Wright que señala tres modelos diferentes: el de la autoridad coordinada, la inclusiva y la superpuesta para confrontarla con tres importantes realidades de países federales. Ellos

son Estados Unidos de Norteamérica, Argentina y Alemania países que, en ese orden, encajan en los modelos tipológicos fijados por el autor referido. Su análisis lleva a mostrar que el modelo alemán parece haber sido el que mejor ha funcionado en la pandemia/cuarentena vivida, en distintas formas, a nivel global y en los países trabajados. Aclara, a su vez, que todo lo analizado, por estar en curso, puede ser revisado y concluye que los federalismos cooperativos parecen ser más eficientes porque dan espacio a los estados subnacionales para que tengan un mayor protagonismo, incluso en situaciones de emergencia y excepcionalidad como las vividas.

El texto sirve para reflexionar sobre nuestro federalismo y sus contradicciones, donde normativamente uno puede leer el art. 121 CN y llevarse una conclusión equivocada. El poder político, por razones fundamentalmente económicas pero no solo, está en el gobierno central, de esto quedan pocas dudas. Esto es así debido a muchos otros factores pero, desde lo normativo es autorizado por nuestra CN mediante las conocidas como “facultades concurrentes” que, debido a su ambigüedad, permiten considerar que se ha delegado en el gobierno central una enorme cantidad de decisiones políticas. Esto en un contexto en el que el régimen de coparticipación federal profundizó aún más la centralización económica y la reforma constitucional de 1994 no estuvo a la altura de las circunstancias al regular el marco para una nueva (supuesta) ley repleto de “buenas intenciones” pero de casi imposible realización desde el punto de vista político, tanto que ya, pasados más de 25 años, la misma no ha sido (y difícilmente lo sea por su diseño constitucional de aprobación) sancionada. Pese a lo dicho, cabe resaltar que durante el manejo de la pandemia hasta el momento en que esto se escribe, ha habido un notable intento tanto del gobierno nacional como de los gobiernos provinciales -con los matices que la generalización requiere- por intentar coordinar armónicamente algunas de las cuestiones cruciales vinculadas con el manejo de la crisis.

Los temas elegidos por lxs docentes que escriben son interesantes y actuales. Las alternativas eran muchas y notables. No se pretendió -y no hubiese sido posible- abarcar exhaustivamente los diferentes aspectos que repercuten y seguirán repercutiendo en temas constitucionales en razón de la pandemia, el Covid-19, la emergencia y demás.

De hecho durante el tiempo de la pandemia, de la cuarentena y desde el dictado del ASPO, (con sus diferentes variantes), desde marzo a hoy, mediados de julio del 2020, lxs “constitucionalistas” -no queda claro si su determinación es una cuestión de autopercepción, de rotulación mediática o qué, pero sí parece que aumentan día a día- han tenido una profusa ac-

tividad participando de numerosos encuentros virtuales vía Meet, Zoom y otras plataformas. Más allá de repeticiones y de algunos excesos de protagonismo las iniciativas han mostrado muchas cosas. Entre ellas, que “lo constitucional” ha sido y es clave en el manejo de esta emergencia tan especial que estamos viviendo en el país y en el mundo. Claro, habría que reflexionar que se entiende por “lo constitucional” ya que por más expertxs que fueren quienes disertaban, muchxs no parece que tuviesen claro que se entiende, que se usa, que se califica como “lo constitucional”. Se mezcla continuamente el deber ser (no se sabe según la axiología de quien) con el ser y, lo más preocupante, se queda, muchas veces, en un “constitucionalismo” vacío, meramente -en el mejor de los casos- normativo, casi de laboratorio alejado de la realidad, del contexto y, no digamos de los mas vulnerables que más necesitan del derecho para lograr una sociedad diferente a la actual, que -como bien se señala en muchos de los textos de este capítulo- tiene índices de vulneración de derechos, de desigualdad extrema y estructural y de discriminación enormes que la vuelven no solo indecente e indigna, sino también “inconstitucional” en mi visión, pese a que no siempre es interpretado de esta forma. Pareciera que este juego algo “extraño” de lxs constitucionalistas que sostienen “inconstitucionalidades” -no puedo negar, ni afirmar, la buena o mala fe con que lo hacen- muchas veces abiertamente caprichosas nos obliga a pensar que hemos hecho, que estamos haciendo con la disciplina. Por cierto, vale recordar que esta disciplina ha sido dictada por personas que han participado activamente -o al menos avalado fuertemente- las diferentes dictaduras que se han sucedido en nuestro país. En efecto, casi podría decirse que la mayoría entre quienes tienen una edad que así lo permite y de quienes son calificados como “maestros” del derecho constitucional argentino (no uso concientemente la x en este caso porque es una disciplina donde las mujeres han sido discriminadas y de hecho, no casualmente, pocas han llegado a ocupar lugares relevantes) se encuentran en esta situación. Esto comporta que quienes parecen llevar la “voz cantante” en el campo constitucional en nuestro país sean, en muchos casos, personas cuanto menos “conservadoras” y que no tengan una visión de protección de lo social, de la democracia, de la igualdad y de los derechos (normalmente los derechos sociales y otros distantes del derecho de propiedad). Lo dicho es una generalización que requeriría precisiones, matices y aclaraciones que no entran en el breve espacio de este texto.

Como prueba de lo dicho, enumero, en forma incompleta, algunos puntos relevantes:

Se ha criticado la no declaración del estado de sitio frente a la pandemia. Creo que hubiese sido “equivocada”. Ello por cuestiones procedimentales en cuanto a la forma de declaración no estando en funcionamiento efectivo el Congreso y, principalmente, por el riesgo en relación con las atribuciones que el instituto confiere al Ejecutivo. Por último, parece innecesaria la declaración para hacer frente a la emergencia sanitaria, tal como pudo verificarse en lo vivido;

Se objetó la razonabilidad de las restricciones a ciertos derechos constitucionales impuesta por el ASPO, por varias razones entre ellas las de haber sido dictadas por DnyU. Esta lectura que en muchos casos se hizo de, entre otros, el artículo 30 de la Conv. Americana de DH es limitada ya que no abarca la completitud de la reglamentación al respecto que incluye la posibilidad de DnyU, máxime en circunstancias como las vividas en Argentina, y que luego, dicho sea de paso, están siendo avaladas por el Congreso.

Se exigió que era necesario realizar sesiones virtuales del Congreso. Esto cambió (y cambia), según el momento y las circunstancias. Luego, eso sí, hubo una cuasi masiva crítica de lxs constitucionalistas a la acción declarativa de certeza (ADC) presentada por la Presidenta del Senado. Dicha presentación, más allá de “tecnicismos procedimentales”, solo puede ser criticada en su razón por quien no conoce la realidad argentina. En efecto, si se sabe un poco de política y del sistema del (insólito) control de constitucionalidad que existe en nuestro país -un/a “constitucionalista” se supone que estos dos aspectos los conoce- cuesta no entender las razones que justificaron tal presentación avalada, justamente, por los precedentes que incluyen incluso cautelares y demás decididas por distintxs jueces/zas que dejaban al menos parcialmente “neutralizadas” las medidas decididas. La acción logró que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunciase -aún haciéndolo en su contra- y que al resolver estableciera que al menos en sus aspectos “formales” las decisiones que el Congreso tomara virtualmente no podrían fácilmente ser cuestionadas por su “forma”³.

Podría continuar con muchos otros temas. Por ejemplo, el tema de las fuerzas de seguridad usadas para controlar la “cuarentena”; la supuesta “masiva” excarcelación que no fué; las medidas puntuales adoptadas para aislar focos de infección en distintos lugares del país; el

³ Caso CSJ 353/2020/CS1 “*Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza*” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictado el día 24 de abril del 2020..

pronunciamiento de “intelectuales” dando el calificativo de “infectadura” a lo que se vive en Argentina; la intervención de la firma Vicentín y su anunciada (pero no concretada, aún) expropiación; entre otros muchos aspectos más que podrían analizarse. No da el espacio y creo que como “muestreo” lo dicho vale.

Estas líneas introductorias sirven para empezar a pensar lo que viene en los puntos siguientes. Como breve reflexión final, cabe manifestar que el tiempo que vivimos es excepcional, único y es de esperar que se supere pronto. En el mismo puede ser más razonable restringir algunos (pocos) derechos que en la llamada “normalidad” pero esto debe encontrarse en conexión con la causal de la declaración de emergencia y por cierto, debe ser en forma temporal, excepcional, con respaldo “legal” y proporcionado. Lo sucedido en Argentina ha sido, al menos hasta ahora, bien manejado y es de esperar que siga así. Por cierto, hay riesgos para la democracia. Los viene habiendo desde hace tiempo. Sin embargo me inclino por pensar que ese riesgo parece venir más desde fuera de quienes gobiernan que desde quienes están ejerciendo el poder. Es de esperar que la defensa de la democracia se mantenga durante la pandemia pero incluso se intensifique cuando ella termine. El período post-pandemia será particularmente problemático y hay que estar a la altura de las circunstancias. La vuelta a la “anormalidad” (de violación de derechos continua y constante, de márgenes de desigualdad estructural absurdos, de niveles de pobreza vergonzosos, etc.) en que vivíamos, que hoy paradójicamente llamamos vuelta a la normalidad, debiera servirnos, cuando se dé, para tomar conciencia del horror, de lo injusto, de lo aberrante de la sociedad en que vivíamos y empezar a luchar, juntxs, para cambiar. Esto exige grandeza, en particular de lxs más poderosxs. ¿Podemos tener esperanza? Tengo mi respuesta, dejo que cada uno elabore la propia, pero sea cual sea, desde una posición de respeto de los derechos humanos, hay que bregar para que no existan muchas alternativas sino que, con los matices que todo modelo societario e institucional puede tener, haya una única respuesta: una sociedad respetuosa de todxs los derechos para todxs.

II. Nociones sobre el Cuidado y el Modo-de-Ser-en-el-Mundo, por *Marta Faur*^{4*}

1. La Crisis de los Cuidados

El capitalismo se constituyó desde siempre en algo más que un sistema productivo, en tanto dispuso y organizó las relaciones laborales y de nuestras vidas⁵. La mercantilización fue transformando al *cuidado* en intercambio económico, priorizando a miembros de la sociedad con posibilidad cierta de acceder a los cuidados esenciales para la salud y prolongación de sus vidas.

A las desigualdades crecientes, se suman desde la segunda mitad del Siglo XX, otros factores del descuido de lo comunitario. Las nuevas tecnologías determinan un modo diverso de relacionarnos, con impacto creciente en la forma en que nos cuidarnos mutuamente. Esta cuestión nos pone frente a problemas de orden ético: así como el ordenador no puede sustituir al buen enseñante, un producto farmacéutico no puede sustituir una conversación, aunque evite el dolor de cabeza, ni una monitorización del enfermo en estado crítico representa por sí el éxito de la reanimación. Convertimos al concepto del cuidado en un artefacto, que puede ser fabricado, adquirido y comprado en gimnasios, chequeos y masajes, y se convierte en el único objetivo de la vida, con el consiguiente descuido de la salud afectiva, la salud mental, la comunicación, la afectividad y vida interior.⁶ Este modelo de desarrollo vigente, fundado en la racionalidad instrumental y la lógica de la competitividad, pone también en tensión las relaciones de cuidado entre las personas y para con la naturaleza.⁷

⁴ Docente de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UNC. Doctoranda en Ciencia Política, Centro de Estudios Avanzados (CEA), Universidad Nacional de Córdoba.

⁵ Benjamin; W. (2013): *Capitalismo come religione*, trad. it. de C. Salzani. Génova: il Melangolo, p. 43.

⁶ GARCÍA ROCA, Joaquín (2017) *La construcción social del cuidado*; en *Documentación Social N°187* Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada. Madrid: Edición Especial, pp. 133-134.

⁷ BOFF, Leonardo (2002) *El cuidado esencial. Ética de lo humano, compasión por la tierra*. Madrid: Trotta, p. 84. Boff le denomina *dictadura del modo-de-ser-trabajo*, que acarrea la instrumentalización de la naturaleza y la instrumentalización de las relaciones humanas. Las diferentes facetas del quehacer humano se miden según criterios cuantitativos de eficacia y eficiencia; y los espacios -y sobre todo los tiempos- se organizan de forma invisible a merced de los intereses del neoliberalismo y del crecimiento económico. Este modo-de-ser-trabajo nos ha conducido, de mano del desarrollo

En sentido amplio, cuando hablamos de cuidado se hace referencia a todas las actividades que realizamos en la sociedad para conservar la vida humana y de la naturaleza, nuestros cuerpos y nuestro entorno.

La acción, el gesto, la preocupación, el interés y la actitud de cuidar resulta inherente a la condición humana. Puede ser considerada desde la perspectiva personal, psicológica o sociocultural, lo cual implica adecuar la atención a las necesidades de cada sociedad.⁸ En los últimos años el concepto de cuidado (care) se convierte en una de las fortalezas del pensamiento feminista, componente de la tríada que funda su bagaje teórico: patriarcado, género, cuidado.⁹

Virginia Held plantea al cuidado como una práctica, o un complejo de prácticas, y un valor, o complejo de valores. Como práctica nos muestra cómo responder a las necesidades y por qué lo tendríamos que hacer. Construye confianza, preocupación mutua y vínculos entre las personas. No se trata de una serie de acciones individuales sino de una práctica de desarrollo conjunto con sus actitudes respectivas. Comporta atributos y criterios que pueden identificarse, recomendarse y mejorarse continuamente a

tecnológico y de las ansias de control sobre la naturaleza, a protagonizar un deterioro medioambiental sin precedentes en la historia del planeta Tierra. Así mismo, la lógica del modo-de-ser-trabajo ha acarreado no solo la instrumentalización de la naturaleza, sino también la instrumentalización de las relaciones humanas. Las propias instituciones se preocupan cada vez menos del ser humano y más de la economía y los intereses del crecimiento ilimitado. Un modo-de-ser-en-el-mundo, el modo-de-ser-trabajo, que no solo provoca deterioro medioambiental, sino que genera injusticia social, a la par que infelicidad personal.

⁸ Montserrat PULIDO FUENTES y María Fátima DA SILVA VIEIRA MARTINS-Una mirada antropológica en torno al cuidado. Desafíos y oportunidades; en Documentación Social N°187 Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada. Madrid: Edición Especial, año 2013.

⁹ La introducción al concepto de cuidado, junto a la presencia cada vez mayor de la dimensión de género, ha hecho desplazar el énfasis de un Estado de Bienestar masculino basado en el welfare (bienestar material y monetario) en otro centrado cada vez más en el well-being (bienestar que responda a las necesidades de las personas). Finalmente, se concibe el cuidado como una actividad que conlleva costes, tanto financieros como emocionales, que desbordan los límites entre lo público y lo privado. Las importantes cuestiones analíticas que se plantean en este contexto son cómo se comparten los costes implicados, a nivel individual y macrosociológico. De este modo, el concepto de “cuidado social” pasa a ser una categoría analítica para el estudio de los Estados de Bienestar y su evolución. Daly y Lewis, en en Flaquer, Lluís, op. cit.

medida que las atenciones de cuidado adecuadas se acercan cada vez más al buen cuidado.¹⁰

Además de constituirse en práctica, el cuidado también es un valor. Las personas cuidadoras y las actitudes de cuidado deberían de ser valoradas y podemos hacer muchas evaluaciones de cómo las personas se interrelacionan en torno a una constelación de consideraciones morales asociadas con las atenciones de cuidado o con la ausencia de éstas. Por ejemplo, podemos inquirir si una relación es de confianza y de mutua consideración o bien si es hostil o reivindicativa. Podemos preguntarnos si las personas están atentas y responden a sus necesidades respectivas o bien si son indiferentes entre ellas y están meditabundas o ensimismadas.¹¹

La crisis a la que hacemos referencia no es producto de la reciente pandemia del coronavirus. Es crisis de cuidados, que frente a los riesgos de contagio nos coloca en la disyuntiva de revalorizar lo público, el sentido de la comunidad, y los valores que unen y dan sentido a queelijamos vivir y defender vivir en sociedad. La centralidad del cuidado, reclama entonces que las sociedades tendrán que imponer límites al concepto de desarrollo en maridaje con la eficacia, en tanto socava la construcción comunitaria. Esto se hizo presente en el año 2000 en la Declaración Internacional de la Carta de la Tierra, al reconocer al cuidado como marco de sentido y eje transversal para abordar los retos del medio ambiente, los derechos humanos, el desarrollo y la paz en el mundo. Desde el Preámbulo de la Carta de la Tierra se nos convoca expresando “La elección es nuestra: formar una sociedad global para cuidar la Tierra y cuidarnos unos a otros o arriesgarnos a la destrucción”.

Destacamos dos postulados de la modernidad implicados en el concepto de desarrollo vigente, que se ponen en cuestión ante la emergencia del Covid-19: 1- el reduccionismo que daba preponderancia a lo económico por sobre las otras dimensiones del desarrollo; porque en la relación fines y medios, lo económico es solo un *medio* que queda sujeto al *fin último* de preservar y mejorar nuestras vidas. Que de modo alguno pueden quedar sometidas al ritmo de lo económico. 2- la relación binaria público/privado, muestra ya barreras desplazadas. El aislamiento y las exigencias

¹⁰ Autora citada en Flaquer LLuis (2013) Los trabajos de cuidado: de una obligación tradicional a un derecho social; en La ética del cuidado, Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas. Nº 30. Barcelona: 2013, p. 75.

¹¹ HELD, V. The Ethics of Care: Personal, Political, and Global. Oxford: Oxford University Press, 2006; en Flaquer, Lluís, op. cit.

del cuidado para evitar el contagio, permiten re-valorizar la importancia de los vínculos de solidaridad y diversos aspectos del cuidado, mostrando público aquello que se sesgaba como de carácter privado.

Como señala el Informe CEPAL 2020, la pandemia pone de relieve, de forma inédita, la importancia de los cuidados para la sostenibilidad de la vida y la poca visibilidad que tiene este sector en las economías de la región, en las que se sigue considerando una externalidad y no un componente fundamental para el desarrollo. La crisis sanitaria en curso pone en evidencia la injusta organización social de los cuidados en América Latina y el Caribe. Urge pensar las respuestas a las necesidades de cuidados desde un enfoque de género, ya que, como ha demostrado la Comisión Económica para América Latina y el Caribe en reiteradas ocasiones, son las mujeres quienes, de forma remunerada o no remunerada, realizan la mayor cantidad de tareas de cuidados.¹²

En la presente nota rescatamos, desde la perspectiva de género, algunas ideas y conceptos que posibilitan dimensionar la práctica (acción) y valores que implican al Cuidado, esto nos lleva a discutir: la Ética del Cuidado; la Economía del Cuidado; y la Construcción Social del Cuidado, ligado finalmente a las categorías Naturaleza y otras especies no humanas, al Estado y al Derecho al Desarrollo Progresivo de los Estados, al Derecho al Desarrollo Humano, a la Sociedad igualitaria y la Democracia.

2. Intrusión del Feminismo en el campo científico: la Ética del Cuidado.

Carol Gilligan participa de la crítica feminista que desde los años ochenta emerge frente a las ética y filosofía tradicional, identificadas con la sociedad patriarcal. Con sustento en la teoría psicoanalítica de N. Chodorow, profundiza al cuidado desde el punto de vista ético, y concluye que hombres y mujeres no tienen por naturaleza códigos morales diferenciados, sino que la formación de las identidades femenina y masculina está propiciada por experiencias surgidas en el marco de las relaciones parentales.

Gilligan entiende al cuidado como opción de estar en relación con los demás como persona que cuida. Cuidar pasa a ser responsabilidad ética de las mujeres, pero no por ello las relega a posiciones subordinadas; sino que en su análisis detecta una diferente voz moral más relacional, que situaba

¹² INFORMES COVID-19. La pandemia del COVID-19 profundiza la crisis de los cuidados en América Latina y el Caribe (Abril de 2020). CEPAL- Naciones Unidas.

como preferente la preservación de las relaciones, en oposición al razonamiento masculino, que estaría más conectado con el respeto a normas morales universales y derechos formales, preservando la autonomía y la individualidad.¹³ La diferente perspectiva moral de las mujeres, es el resultado de la división sexual del trabajo y de la aguda división entre lo público y lo privado. Hombres y mujeres desarrollan dos perspectivas morales diferenciadas en función de la desigual distribución de responsabilidades.¹⁴ Lo que hasta ese momento había sido considerado un problema en el desarrollo de las mujeres, fue redefinido como un problema del marco interpretativo, una limitación en la concepción de la condición humana, una omisión de ciertas verdades sobre la vida.¹⁵

El planteo diferencial que haría la autora, parte del saber que, como humanos, somos por naturaleza seres receptivos y relacionales, nacidos con una voz -la capacidad de comunicarnos- y con el deseo de vivir en el seno de relaciones, ¿cómo hablamos de ética? Disponemos en nuestro interior de los requisitos tanto para el amor como para la ciudadanía en una sociedad democrática. Entonces, ¿qué se interpone en el camino?.¹⁶ Abona esta observación con estudios de principios de la década de 1980, cuando comenzaron a observar a lactantes no ya solos, sino en compañía de las personas que los cuidaban, y descubren a un niño/a que no habían imaginado, que de forma activa buscaba y participaba en relaciones receptivas.

Estas observaciones obligan a invertir los interrogantes en torno al desarrollo humano. En vez de preguntarnos cómo adquirimos la capacidad de cuidar de otros, cómo aprendemos a adoptar el punto de vista del otro

¹³ La diferente voz moral que desarrollan las mujeres a la luz de la socialización y la praxis del cuidar, fue develada en 1982 por Carol Gilligan en su libro *In a Different Voice*. Conocida como ética del cuidado. Esta teoría desafía la Teoría del Desarrollo Moral elaborada por Lawrence Kohlberg, en base a ideas de J. Piaget, sobre la respuesta moral de 84 sujetos varones. Su formulación lleva a superar anomalías en lo elaborado hasta ese momento por Kohlberg, entre ellas: 1. El sesgo en el estudio empírico, en tanto basó la investigación exclusivamente en la experiencia moral de sujetos masculinos; 2. La puntuación persistentemente baja de las mujeres al ser comparadas con sus iguales varones.

¹⁴ GILLIGAN, Carol (2013) Daño moral y la Ética del cuidado- La Resistencia a la Injusticia: una ética feminista del cuidado; en *La ética del cuidado*, Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas. N° 30. Barcelona: 2013. GILLIGAN, Carol (2014) "Moral Injury and the Ethic of Care: Reframing the Conversation about Differences", *Journal of Social Philosophy*, 45, n.º 1, pp. 89-106.

¹⁵ GUILLIGAN, op. cit. 2014, p. 89.

¹⁶ GUILLIGAN, op. cit. 2013, p. 13.

y cómo superamos la búsqueda del interés propio, se impuso cuestionarnos *cómo perdemos la capacidad de cuidar de otros*, qué inhibe nuestra facultad de empatía y nuestra sensibilidad hacia el clima emocional de nuestro entorno, por qué somos incapaces de percibir la diferencia entre estar o no estar en contacto y, lo aún más doloroso, cómo perdemos la capacidad de amar.

La centralidad del daño moral está dada por la destrucción de la confianza que amenaza nuestra capacidad de amar, por la existencia de una facultad de resistencia. Y reivindica las leyes del amor como algo que no tiene nada de pequeño y en absoluto de privado. “(...) Del mismo modo que un cuerpo sano ofrece resistencia a la infección, una psique sana se resiste al daño moral. La investigación con niñas y jóvenes mujeres aclaró tanto la existencia de una facultad de resistencia como el mecanismo de la traición. La cabeza se separa del corazón; la mente del cuerpo; y la voz personificada, la voz que transmite “el sentimiento de lo que sucede” se escinde de las relaciones y se acalla. De sus registros, Tanya reflexiona a sus dieciséis años: “La voz que defiende mis creencias está enterrada muy dentro de mí”. Tanya no ha perdido la voz de la integridad, pero el silencio ensombrece sus relaciones y mermará sus facultades para ejercer de ciudadana en una sociedad democrática”.¹⁷

La novedad es que elementos como responsabilidad por el Otro/a, la relación, la solidaridad, que pertenecen al ámbito doméstico, se convierten en nuevos valores. Gilligan insiste en sus obras, con un punto fundamental: el cuidado y la asistencia no son asuntos de mujeres; son intereses humanos. Para definir esta discusión tal y como es, no hay más que mirar a través de la óptica del género: la justicia se coloca junto a la razón, la mente y el Yo (los atributos del “hombre racional”), mientras que al cuidado, se le relaciona junto a las emociones, el cuerpo y las relaciones (cualidades que, como las mujeres, se idealizan a la vez que se menosprecian en el patriarcado).¹⁸

¹⁷ GULLIGAN, op. cit. 2013, p. 20

¹⁸ “(...) La asociación entre una voz atenta y las mujeres de mi investigación fue una observación empírica que admitía excepciones (no todas las mujeres son atentas y cuidadosas) y en absoluto limitada a las mujeres (el cuidado es una facultad humana). Sin embargo, por razones que pasaré a exponer en breve, las mujeres están mejor preparadas para resistirse a la separación entre la noción de sí mismas y la experiencia de las relaciones y para integrar el sentimiento con el pensamiento”, GILLIGAN, op. cit. 2013, p. 54.

El enfoque del cuidado privilegia las capacidades que tienen los cuidadores y las personas asistidas y solo se activa cuando se reconocen portadores de algún tipo de capacidad. No cuida el capaz al incapaz, ni el autónomo del discapacitado, ni el sano del enfermo; en el ejercicio del cuidado nos cuidamos todas y todos mutuamente. Y no hay posibilidad que haya carencia de alguna capacidad para compartir. Cuidar es inseparable de incluir. Y una sociedad, que cuida al conjunto de personas y en todo momento, es decididamente inclusiva, subraya la bidireccionalidad tanto por parte de las personas como por parte de la sociedad. En una sociedad inclusiva se mueven todos, no se trata de que alguien se incorpore a la sociedad como a un club de tenis -documento, habilidad e interés-, sino de asumir como propios los valores que sostienen Otros/as.¹⁹

En el tiempo postmoderno resulta complicado hablar de una voz honesta o de una cara auténtica. El respeto hacia las diferencias culturales complica aún más la búsqueda de una verdad moral. Ante la crisis de cuidados, interpela Gilligan, ¿Podemos defender los valores de la libertad individual y de culto sin traicionar nuestro compromiso con los derechos humanos? En estos debates, la situación de las mujeres ocupa una y otra vez un primer plano. ¿Puede una sociedad democrática sancionar o hacer la vista gorda a la subordinación de las mujeres en el patriarcado? ¿Ofrece la ética del cuidado un camino a través de este embrollo? ¿Nos puede servir de guía para impedir la traición a lo que está bien?²⁰

3. *Economía del Cuidado.*

El concepto de economía del cuidado, es de difusión relativamente reciente, y refiere a un espacio bastante indefinido de bienes, servicios, actividades, relaciones y valores relativos a las necesidades más básicas y relevantes para la existencia y reproducción de las personas, en las sociedades en que viven. Como todo concepto en construcción, sus alcances y límites son difusos. Podría argumentarse que en realidad toda actividad humana tiene como objetivo final la propia reproducción, como personas y como sistema social. Pero la economía del cuidado, con sus ambigüedades,

¹⁹ Con este modelo Gilligan pretende desactivar las relaciones de poder y revertir la ideología del conquistador, que convertían al mundo y a los otros en objeto de conquista, no confunde la felicidad con el éxito, ni el sentido de la vida con la competitividad, ni el ser humano con la masculinidad; GARCÍA ROCA, op. cit., p. 134.

²⁰ GILLIGAN, op. cit. 2013, p. 30.

refiere a un espacio más acotado²¹. Se trata más bien de aquellos elementos que *cuidan* o *nutren* a las personas, en el sentido que les otorgan los elementos físicos y simbólicos imprescindibles para sobrevivir en sociedad.²²

Pensemos en los bienes y actividades que permiten alimentarnos, educarnos, vivir en hábitat adecuado, el cuidado material y económico que requieren costos, y el cuidado psicológico. Relacionar el concepto del cuidado con el de economía implica poner la mirada en aquellos aspectos que generan, o contribuyen a generar, valor económico. Interesa entonces, la relación entre cómo las sociedades organizan el cuidado de sus miembros y el funcionamiento del sistema económico.

De este modo, la dimensión económica del cuidado viene a configurarse como todo aquel trabajo directo e indirecto que se realiza en los hogares, especialmente de los más dependientes: habitualmente no remunerado e históricamente delegado a las mujeres. La naturalización de la desigualdad por su parte, se expresa en cómo se gestionan las necesidades de cuidado: cada hogar tiene el cuidado que puede pagar. En tanto asignada como responsabilidad familiar, por la delegación a “lo privado” durante el neoliberalismo, se impone un sistema de acumulación creciente e ilimitado, caracterizado por el trabajo no remunerado de las mujeres y el agotamiento de cuerpos femeninos.

Configuremos esta esfera con algunos datos recientes. Destaca el INFORME COVID-19. La pandemia profundiza la crisis de los cuidados en América Latina y el Caribe, de Abril de 2020- CEPAL Naciones Unidas: “(...) Las desigualdades de género se acentúan en los hogares de menores ingresos, en los que la demanda de cuidados es mayor (dado que cuentan con un número más elevado de personas dependientes). Se acentúan, además, otras desigualdades, ya que es muy difícil mantener el distanciamiento social cuando las personas infectadas habitan en viviendas que no cuentan con el suficiente espacio físico para proporcionar atención sanitaria y proteger a los grupos de alto riesgo de la exposición al virus.”

La desigualdad en el acceso a los servicios básicos sigue siendo una problemática regional. Por ejemplo, en 2018, un 13,5% de los hogares de la región no tenía acceso a fuentes de agua mejoradas, situación que se

²¹ RODRÍGUEZ ENRIQUEZ, Corina (2005) Economía del Cuidado y Política Económica: Una Aproximación a sus Interrelaciones. Naciones Unidas- CEPAL, 38° Reunión Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y Caribe. Mar del Plata- Argentina: sep. 2005, p. 3.

²² Unifem (2000) Progress of the World's Women. Washington DC.

agudizaba en las zonas rurales, donde la cifra alcanzaba el 25,4%. Por otra parte, las mujeres que viven en hogares con privaciones de acceso a agua potable dedican al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado entre 5 y 12 horas semanales más, respecto de las mujeres que habitan en hogares sin este tipo de privaciones. La presión sobre los sistemas de salud afecta significativamente a las mujeres: ellas representan el 72,8% del total de personas ocupadas en ese sector en la región. El aumento de la presión ejercida sobre los sistemas de salud se ha traducido en una serie de condiciones de trabajo extremas, como extensas jornadas laborales, que se suman al mayor riesgo al que se expone el personal de la salud de contagiarse del virus. Para sobrellevar esta crisis de manera sostenible, garantizar a las mujeres empleadas en el sector de la salud condiciones de trabajo decente, debe constituir una prioridad.

A su vez, las mujeres que trabajan en este sector no dejan por ello de tener a su cargo en el hogar personas dependientes o que necesitan cuidados. Deben seguir asistiendo a sus trabajos con esta responsabilidad, lo que las somete a sobrecargas de trabajo y un mayor nivel de estrés durante esos períodos. Cabe mencionar que esta situación se da en un contexto regional en que persiste la discriminación salarial, pues los ingresos laborales de las mujeres que trabajan en el ámbito de la salud son un 25% inferiores a los de los hombres del mismo sector (CEPAL, 2019).

La pandemia en Argentina, se gestiona con una serie de medidas por parte del Poder Ejecutivo nacional que abarcaron diversos aspectos de cobertura del cuidado. Se jerarquiza el cuidado para el conjunto de la sociedad en función de protegernos del contagio, sea en forma individual y también como acción del conjunto social. En atención a diversos grupos afectados por la parálisis de la actividad económica, distintas medidas remiten a la concepción de Estado-cuidador: el Ingreso Familiar de Emergencia, que prevé una cobertura esencial para la alimentación; la prohibición de despidos; la asistencia a pequeñas y medianas empresas.

Queda al descubierto también, como en la mayor parte de los países del mundo, los déficits y desigualdades en el modo en que se organiza el cuidado socialmente. Porque durante la cuarentena desaparecen la escuela, las instituciones de cuidado de niñas y niños, y todo otro servicio atinente al cuidado. La familia queda a cargo exclusivo de la protección y resguardo: es decir, mayoritariamente las mujeres, en quienes recae históricamente el cuidado de familiares próximos de todas las edades (niñas, niños, abuelas, abuelos). Si bien los hombres vienen haciendo labores domésticas, la cul-

tura política argentina delata la continuidad de “la traición” configurada en el estudio Gilligan.

4. La Construcción Social del Cuidado

Como aspecto interesante de este tópico, destacamos la (obligada) integración de aspectos de la Moral con la Política, tal como nos legara la antigüedad a partir del pensamiento aristotélico, relación que en el curso de la modernidad los pensadores liberales intentaran deslindarlas y vaciar de contenido a la actividad política. Asimismo, la temática del cuidado se vincula de modo fluido con categorías como la de Estado, derecho al Desarrollo Progresivo de los Estados (Art. 26 Conv. Americana), derecho al Humano, Sociedad, lo cual reclama valores que posibiliten alcanzar espacios de buen vivir (buena sociedad) donde el cuidado sea recuperado como elemento intrínseco a los seres humanos.

De las discusiones del feminismo, ahora sabemos que el patriarcado deforma la naturaleza tanto de las mujeres como de los hombres, aunque de manera distinta. También sabemos cuándo, cómo y por qué lo hace²³. Pero, al igual que un cuerpo sano combate la infección, una psique sana se resiste a elementos ajenos a la naturaleza humana. Los hallazgos empíricos en los distintos campos de las ciencias humanas convergen en un mismo punto: somos, por naturaleza, homo empathicus en vez de homo lupus. La cooperación está programada en nuestros sistemas nerviosos; nuestros cerebros dan más luz cuando optamos por estrategias cooperativas en vez de competitivas -la misma región cerebral que se ilumina con el chocolate-²⁴. Los descubrimientos en neurobiología y antropología evolutiva se suman a los de psicología del desarrollo para transformar el paradigma cambiando la pregunta. En vez de plantearnos cómo adquirimos la capacidad de cuidar, nos preguntamos: ¿Cómo perdemos nuestra humanidad?

Ello nos pone frente al núcleo de discusión que abordamos: cómo rescatar y reconstruir el modo-de-ser-cuidado, el modo-de-ser-en-el-mundo,

²³ GUILLIGAN, op. cit. 2013, p. 63.

²⁴ RILLING, James K.; GUTMAN, David A.; ZEH, THORSTEN R.; PAQGNONI, G.; BURNS, Gregory S.; KILTS., C. «A Neural Basis for Social Cooperation», *Neuron*, 35, 2 (julio de 2002); en Gilligan 2013:63.

que rescata nuestra humanidad más esencial ²⁵. Porque gracias al cuidado dejamos de ver como objetos a la naturaleza y todo lo que existe en ella.

La comprensión mutua -una estructura horizontal- es intrínsecamente democrática. Si la facultad de comprensión mutua -como la empatía, telepatía y cooperación- es innata, como confirman hallazgos científicos, esta capacidad se debe romper o, como mínimo, relegarse a la periferia. Porque el objetivo del proceso de iniciación al patriarcado, de tener éxito, instala en la psique elementos ajenos a la naturaleza humana.

En búsqueda de sociedades más igualitarias, la ética del cuidado viene a dar algunas respuestas. Porque es profundamente democrática ya que es pluralista y está destinada a promover voces de resistencia contra las dualidades y las jerarquías producidas por el género en las sociedades de mercado. Al igual que el multiculturalismo, constituye una política de reconocimiento de la diferencia. Pero que el cuidado de los demás deba hacerse en silencio, es la prueba de que nuestras sociedades todavía no son plenamente democráticas.²⁶ Y también, deja al descubierto que la ética del cuidado sigue amenazada. Si la cuestión radica en que, en un contexto democrático, el cuidado es una ética humana... Si cuidar es lo que hacen los seres humanos, cuidar de uno mismo y de los demás es una capacidad humana natural... la cuestión vital entonces no radica entre cuidado y justicia, entre mujeres y hombres, sino entre la Democracia y el patriarcado.

Reafirmamos junto a las voces del feminismo: la cuestión del cuidado no es un asunto de mujeres. Se trata de una necesidad de todas las personas ante nuestra vulnerabilidad e interdependencia. Se trata de la vinculación directa con la posición que adoptamos frente a lo que nos rodea, a cómo tratamos a las personas y otros entes vivos, y cómo cuidamos de los bienes finitos de la naturaleza. Abordar e incorporar la cuestión de la organización del cuidado es clave cuando se aspira a sociedades más igualitarias, por lo que deviene imprescindible profundizar la incorporación de sus aspectos esenciales a las agendas de discusión Política y de políticas públicas.

²⁵ BOFF, L. Ob. Citada pág. 84.

²⁶ BRUGÈRE, F. *L'éthique du "care"*. París: PUF, 2011; autor citado por Gilligan, Ob. Citada 2013.

III. Impacto de la pandemia en la dicotomía público/privado en Argentina, por Claudio E. Guiñazú

El espectro del riesgo global finalmente parece haberse corporizado como amenaza real²⁷. Bajo la forma de una pandemia con rasgos catastróficos, la crisis sanitaria sin precedentes desencadenada por el virus Covid 19 determinó la declaración de emergencia en muchos países del orbe, así como el confinamiento de millones de personas. Son medidas adoptadas en un contexto de *excepción*, a fin de proteger la supervivencia de muchos seres humanos. La pandemia nos enfrenta crudamente a la vulnerabilidad humana, en sus dos dimensiones, individual y social. Ha recrudecido las desigualdades socioeconómicas, ya que su impacto es mucho más intenso en quienes “en las condiciones de normalidad” preexistentes veían cotidianamente vulnerados sus derechos al agua potable, a la alimentación, a la salud, entre otros derechos de subsistencia. Ello es particularmente problemático para Latinoamérica, donde la desigualdad constituye un rasgo dominante²⁸. Las consecuencias de la pandemia –no sólo económicas– resultan hoy impredecibles. Nos encontramos ante una suerte de presente distópico, inimaginable hace escasamente un año, a la vez que ante un futuro incierto. Pero también ante un presente incierto y un futuro avizorado distópico por muchos, y promisorio, por pocos. Aún siendo global, la crisis no fue encarada por los Estados como “comunidad global”, sino a través de medidas individuales de cada gobierno, según dispares criterios y prioridades. En general, sus respuestas aparecen gobernadas por la *incertidumbre*²⁹, y legitimadas por saberes expertos médicos, esencialmente refutables, lo

²⁷ La expresión “riesgo global” es aquí retórica. En *La sociedad del riesgo global* (trad. Jesús A. Rey, Siglo XXI, Madrid, 2002, p. 78) Ulrich Beck caracteriza las enfermedades y desastres naturales como “dramas humanos”.

²⁸ Cfr. STIGLITZ, Joseph E., *El precio de la desigualdad*, trad. Alejandro Pradera, Taurus, Bs. As., 2012, p. 136.

²⁹ En *Vida líquida* (trad. Albino Santos Mosquera, Paidós, Bs. As., 2006, p. 10), Zygmunt Bauman describe a la “incertidumbre constante” como un rasgo de la “vida líquida precaria” propia de la modernidad. Con la pandemia este rasgo se expande a las dimensiones individuales y colectivas de la existencia humana. “Alojar la incertidumbre significa, por lo menos, dos cosas: soportar el silencio y dar tiempo a la pregunta. No saber si el mundo será diferente o el mismo, no saber si comienza el comunismo, no saber si se confirma un capitalismo policial, no saber si es una biopolítica excepcional. No saber... Y la muerte... no es otra cosa que la vida, su lógica interna... Ya estamos todes muriendo. Cada vez, el fin del mundo, a cada momento. Eso que no se sabe, eso que ronda en el ambiente, también puede ser un modo de transcurrir estos días: la incertidumbre”. Bisset, Emanuel, entrevista en *La Voz del Interior*, edic. del 05/04/20,

que se aprecia incluso en ciertos titubeos de la OMS³⁰. La incertidumbre se explica -de algún modo- ante la presencia de esta racionalidad experta³¹; lo que conspira contra la capacidad de conocer y decidir de los gobiernos, haciendo que sus decisiones sean en esencia preventivas y provisorias. Provisoria también será la reflexión que aventuremos en el momento que está transcurriendo, *pensando en gerundio*, por usar una feliz expresión³².

2. El *estado de excepción* presenta una articulación compleja con el orden jurídico-constitucional, puesto que abre un espacio de indeterminación para cuyo análisis resultan insuficientes -según Agamben- las lecturas “topográficas” que pretenden explicarlo bajo una oposición dentro/fuera de tal orden³³. Distinto es el caso respecto de las medidas adoptadas durante tal estado, que -en virtud del “potencial político de las catástrofes”³⁴- suele dar lugar a una mayor concentración de poder estatal, y a mayores restricciones a los derechos, diferentes a las impuestas en tiempos de “normalidad”³⁵. No cualquier restricción es admitida, ya que las constituciones y los instrumen-

disponible en: <https://www.lavoz.com.ar/numero-cero/de-butler-a-chul-han-mundo-que-nos-espera> (accedido el 28/05/20).

³⁰ Repárese, por caso, en sus marchas y contramarchas respecto del uso de barbijos ante la pandemia.

³¹ Cfr. BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, cit., p. 196.

³² MÉNDEZ, Lucas, “No volvamos a la normalidad porque en la normalidad está el problema”, en Svampa, Maristella y ot., *La fiebre ASPO*, Pablo Amadeo editor, La Plata, 2020, p. 249. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1k-YzHu9LgPa-jOuqz8WS5XKjfbj-EqAvM/view> (accedido el 29/05/20).

³³ “En verdad, el estado de excepción no es ni externo ni interno al ordenamiento jurídico, y el problema de su definición concierne precisamente a un umbral, o a una zona de indiferenciación, en el cual dentro y fuera no se excluyen sino que se indeterminan. La suspensión de la norma no significa su abolición, y la zona de anomia que ella instaura no está (o al menos no pretende estar) totalmente escindida del orden jurídico”. Agamben, Giorgio. *Estado de excepción*, trad. de Flavia Costa e Ivana Costa, Adriana Hidalgo, Bs. As., 2010, p. 59.

³⁴ BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María R. Borrás, Paidós, Bs. As., 1998, p. 30. Ver también SOLDANI, Giulio N., “Políticas de la catástrofe. Nuevos paradigmas entre excepción, gobierno, riesgo y soberanía”, en *Leviathan*, N° 2, ps. 54-77, 2011. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/318033087_Políticas_de_la_catastrofe (accedido el 03/03/20).

³⁵ TROPER, Michel, “El estado de excepción no tiene nada de excepcional”, trad. de Enrique Guillén López, en *RDCE*, N° 27, 2017, disponible en: http://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/08_TROPER.htm (accedido el 04/03/20). A partir del derecho positivo francés y europeo, el autor sostiene que “el estado de excepción es siempre un estado definido jurídicamente”, criticando la posición de Agamben.

tos internacionales limitan la cuestión³⁶, aunque resulta también objetable la ausencia de medidas para proteger los derechos³⁷. Menos explorada es la incidencia del referido potencial en la generación de nuevas instituciones, más solidarias e inclusivas³⁸. Tópico de interés para sociedades desiguales como las latinoamericanas. De otro lado, las constituciones instituyen la capital distinción entre las esferas del *poder público* y de las *relaciones privadas*, rasgo estructural de las sociedades modernas, que refleja también la distinción entre *Estado* y *sociedad*³⁹. Este dualismo está sin embargo pleno de contradicciones y sujeto a crisis constantes⁴⁰.

3. Existe consenso en que la pandemia modificó sustancialmente la normalidad preexistente, por lo que muchos Estados adoptaron medidas excepcionales a fin de proteger los derechos a la vida y a la salud, donde el “*aislamiento obligatorio*” de los seres humanos parece ser “*la única*

³⁶ Cfr. arts. 23, 28, 29, 36, 75 inc. 22, 76 y 99 inc. 3 de la CN; y arts. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

³⁷ No hay respuesta única, ya que el orden jurídico está atravesado por *principios unificadores* en tensión, la *autonomía privada*, base ideológica del Estado de derecho, y la *intervención estatal*, base ideológica del Estado de bienestar. ERIKSSON, Lars D., “Tendencias conflictivas en el derecho moderno”, en Aarnio, Aulis, Garzón Valdés, Ernesto y Uusitalo, Jyrki (comp.) *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, ps. 113 y ss. Esta tensión se presente en la Constitución argentina, aunque el art. 75 inc. 22 CN ha robustecido el modelo de “Estado social”. Cfr. GIALDINO, Rolando E., “La producción jurídica de los órganos de control internacional de los derechos humanos como fuente del derecho nacional. Fuentes *universales* y *americanas*”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, T. II, p. 681. Este modelo admite “la necesidad de la intervención estatal múltiple para compensar desigualdades. Así, se ‘desmercantilizan’ áreas de la vida social, colocándolas bajo el alcance del derecho público. La autonomía de la voluntad contractual sufre limitaciones...”. ETCHICHURY, Horacio J., *Igualdad desatada*, UNC, 2013, p. 70.

³⁸ Es un caso emblemático el *Informe Beveridge*, elaborado a pedido del gobierno británico en plena segunda guerra mundial, que proponía un sistema sanitario fundado en la universalidad, solidaridad y equidad, financiado con impuestos, y fue implementado luego de la guerra. El informe tuvo sus detractores, pues en su momento “fue asimilado al nazismo por los precursores del neoliberalismo, como Friedrich Hayek”. BALIBAR, Étienne, “*Ciudadanía*”, trad. Rodrigo Molina-Zavalía, Adriana Hidalgo, Bs. As., 2013, p. 81.

³⁹ DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 37.

⁴⁰ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, “El Estado y el derecho en la transición posmoderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho”, en Courtis, Christian (comp.) *Desde otra mirada*, Eudeba, Bs. As., 2009, ps. 456-457.

herramienta” para mitigar la propagación del virus⁴¹. Estas medidas producen *deslizamientos* en las fronteras entre lo público y lo privado, rasgo presente en los orígenes mismos del estado de excepción⁴². La protección de derechos persigue -por un lado- poner coto a tales deslizamientos, a la vez que -por el otro- los exige⁴³. Seguidamente se ofrece un breve análisis del impacto de las medidas adoptadas por el Gobierno argentino ante la crisis en la dicotomía público/privado, empleando para ello las categorías analíticas proporcionadas por Nora Rabotnikof. En 3.1 se describe brevemente el *Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio* (ASPO) -y otras medidas dirigidas a los sectores más vulnerables-, y algunos de sus vínculos con el derecho a la salud; en 3.2. se presentan las tres acepciones propuestas por la autora para tal dicotomía; finalmente, en 3.3 se enmarcan el ASPO y demás medidas en tales acepciones, identificando los deslizamientos y articulaciones más salientes.

3.1. La crisis encontró a Argentina sumida en una emergencia económica, sanitaria y social, entre otros aspectos (cfr. art. 1, Ley 27.541), en cuyo marco, luego que la OMS declarase el brote de Covid-19 como “pandemia”, el Poder Ejecutivo amplió la emergencia sanitaria previamente declarada (DNU 260/20). Allí restringió la circulación de ciertas personas⁴⁴ imponiéndoles el ASPO, el que resultó luego ampliado a toda la población (DNU 297/20), con el fin de mitigar los contagios y el impacto en el sistema sanitario, exceptuando a quienes desempeñan actividades consideradas “esenciales”⁴⁵; que fue sucesivamente prorrogado⁴⁶. La mayoría de la población debió *permanecer en su residencia habitual*, abstenerse de concurrir a su lugar de trabajo y de *desplazarse por rutas, vías y espacios*

⁴¹ FERREYRA, Raúl-G., “El tiempo de la peste”, en *Derechos en Acción*, UNLP, Año 5, N° 14, p. 22.

⁴² Rastreando los arcanos del estado de excepción, Agamben se remonta hasta el *iustitium*, un instituto del derecho que se activaba ante un peligro para la República. Destaca así que “el iustitium parece poner en cuestión la consistencia misma del espacio público; pero, por otro lado, también la consistencia del derecho privado queda a la vez inmediatamente neutralizada”. AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p. 95.

⁴³ Ver el párrafo precedente y sus citas.

⁴⁴ Casos “sospechosos”, casos “confirmados” médicamente, y los “contactos estrechos” con ambos, etc.

⁴⁵ Tales como personal de salud, fuerzas de seguridad, FFAA, autoridades superiores de los gobiernos nacional, provincial, municipal y de CABA, y muchas otras consignadas en el art. 6 del DNU 297/20.

⁴⁶ Mediante los DNU 325/20, 355/20, 408/20, 459/20, 493/20 y 520/20 –que lo prorrogó hasta el 28/06/2020-.

públicos. Esto motivó una mayor presencia de las fuerzas de seguridad en los espacios públicos. A partir del DNU 529/20 se flexibilizó el ASPO para las zonas que registren ciertos parámetros epidemiológicos, donde rige ahora el *Distanciamiento Social Preventivo y Obligatorio*, facultando a las autoridades sanitarias provinciales a disponer aislamientos preventivos⁴⁷, limitar la circulación por horarios y zonas, y aprobar protocolos para actividades industriales, comerciales y deportivas⁴⁸.

El ASPO se inscribe en un discurso predominantemente sanitarista preventivo, donde resalta la *rectoría*⁴⁹ del Ministerio de Salud de la Nación como autoridad central de un sistema sanitario *doblemente fragmentado*⁵⁰ como el argentino. Responde a las obligaciones emergentes del art. 12, ap. 2 inc. c) del PIDESC para *proteger* el derecho a la salud, que exige adoptar medidas necesarias para “la *prevención* y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas... y la *lucha* contra ellas”⁵¹. Además de la libertad ambulatoria, el aislamiento restringe otras esferas de autonomía individual, incluso en el propio derecho a la salud⁵², incidiendo en otros derechos

⁴⁷ A quienes provienen de otras provincias, previa intervención de la autoridad sanitaria, y por 14 días.

⁴⁸ Cfr. arts. 2 a 9 del DNU 529/20.

⁴⁹ En políticas de salud, la rectoría requiere “mayor responsabilidad... de los gobiernos centrales”, entre otras cosas, ante “la aparición de nuevas amenazas como las epidemias...” y exige “mayor capacidad” de conducción, regulación y ejecución de las funciones esenciales de salud pública”. Tobar, Federico, “Políticas de salud: Conceptos y herramientas”, disponible en: <http://www.fsg.org.ar/>, (accedido el 14/07/2017). La OMS enuncia, entre las funciones estatales esenciales en salud, la reducción del impacto de emergencias y desastres en salud.

⁵⁰ Ello obedece a la presencia de tres subsectores: la medicina pública, las obras sociales y el sector privado. ASE, Iván y BURIJOVICH, Jacinta, “La estrategia de Atención Primaria de la Salud: ¿progresividad o regresividad en el derecho a la salud?”, en *Salud Colectiva*, 2009; 5(1), p. 39. A su vez, conforme la organización federal, el subsector público se distribuye en los niveles nacional, provincial, CABA y municipal.

⁵¹ La Observación General N° 14 (OG N° 14) del Comité DESC (“*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”) precisa esta expresión en su párr. 16. Conforme la obligación “de proteger” el Estado debe adoptar medidas para evitar “violaciones del derecho a la salud por terceros” (párr. 51).

⁵² El *contenido normativo* de este derecho “entraña libertades y derechos. Entre las *libertades* figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo..., entre los *derechos* figura el relativo a un sistema de protección de la salud...”. OG N° 14, párr. 8. La salud es a su vez necesaria para llevar a cabo cualquier plan de vida. LEMA AÑÓN, Carlos, *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 234.

sociales, como el trabajo, la educación, la alimentación y la vivienda. Ello confirma la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos, cualquiera sea su generación⁵³. Si bien el ASPO cosechó elogios de la OMS, sus efectos socioeconómicos tienen un *impacto diferenciado* para los derechos de personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad⁵⁴. En razón de ello se adoptaron medidas destinadas a proteger el empleo formal⁵⁵, el trabajo precarizado, los desempleados, los beneficiarios de programas sociales, y los adultos mayores⁵⁶. Tales medidas se complementan con otras destinadas a reforzar la asistencia ante violencias de género, y la protección del colectivo LGTBI⁵⁷; a ampliar las políticas de seguridad alimentaria emprendidas en virtud de la emergencia declarada por Ley 27.541⁵⁸; y a la

⁵³ ROSSETTI, Andrés, “¿Los derechos sociales como ‘derechos de segunda’? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias con los derechos ‘de primera’”, en Espinoza de los Monteros, Javier y Ordoñez, Jorge (coord.) *Los derechos sociales en el Estado Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 314. La salud ocupa, no obstante, un lugar destacado, ya que “aparece como parte de otros derechos (al trabajo y a la seguridad social), como límite al ejercicio de otros derechos (circulación, manifestación religiosa, asociación, etc.) y como derecho propiamente dicho”. LEMA AÑÓN, Carlos, op. cit., p. 52.

⁵⁴ Cfr. CIDH, Res. 1/2020, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, Parte B, Sección III.

⁵⁵ Como el mantenimiento del derecho a percibir ingresos (DNU 297/20), la prohibición temporal de despidos incausados y de suspensiones por fuerza mayor y por falta o disminución del trabajo (DNU 329/20).

⁵⁶ Incremento del *Seguro de desempleo* (DNU 332/20) y extensión de su plazo (Res. 260/20 MTEySS). Creación del *Ingreso Familiar de Emergencia* (DNU 310/20) para personas desocupadas, ocupadas informalmente, ciertos monotributistas, monotributistas sociales, o trabajadores de casas particulares. Creación de *Bonos especiales para los sectores más vulnerables*, que perciben la AUH, AUE, jubilados con haber mínimo, personas con discapacidad, y quienes desempeñan tareas para prevenir y contener la pandemia.

⁵⁷ La Res. 15/20 del MMGyD excluyó del ASPO a las mujeres y personas LGTBI que salgan de sus domicilios ante hechos de violencia para hacer una denuncia penal o requerir auxilio o asistencia. Durante la pandemia también se ampliaron los canales para recepción de denuncias.

⁵⁸ El DNU 297/20 excluyó del ASPO a las personas afectadas a atender comedores escolares y comunitarios. La Res. MDS 8/20 persigue garantizar alimentos a las familias más vulnerables a través de: la tarjeta Alimentar, prestaciones para comedores escolares, comunitarios y merenderos, prestaciones a personas y/o familias en forma directa y/o a través de ONG’s, el apoyo a productores de alimentos de la economía solidaria y popular, el cooperativismo y la agricultura familiar, y el fortalecimiento de redes comunitarias. Esta política abarca distintos niveles del Estado, organizaciones sociales, sindicatos, organizaciones empresariales, etc. Con la pandemia se reforzó la asistencia

protección de la vivienda, las producciones familiares, las actividades profesionales, las cooperativas, y las micro, pequeñas y medianas empresas⁵⁹.

3.2. La distinción de los límites entre lo *público* y lo *privado* se ha ido modificando a lo largo de la historia, y los conflictos por su definición obedecen a modos específicos de entender la vida política, incluso la lucha política misma. Al igual que otros conceptos políticos relevantes, su definición dista de ser unívoca, y su utilización en el contexto de vocabularios políticos diferentes identifica y construye problemas también diferentes⁶⁰. Tales límites son móviles y su deslizamiento, en uno u otro sentido, es objeto de disputas políticas, según distintos intereses culturales y económicos. Se trata además de una dicotomía compleja, pensada de modo distinto desde diversas tradiciones de pensamiento, lo que dificulta su reducción a una noción unificada⁶¹. Rabotnikof identifica tres criterios heterogéneos para trazar la diferencia entre lo público y lo privado. *a. Lo público como lo que es de interés o de utilidad común a todos*, concerniente al colectivo, a la comunidad y a la autoridad de allí emanada, por oposición con *lo privado*, entendido como lo atinente a la *utilidad e interés individual*, designando también que “es singular y personal... que en su origen pretende sustraerse

alimentaria a comedores escolares y comunitarios, y se creó un Banco de maquinarias y materiales (Res. 131/20 MDS) para personas con alta vulnerabilidad, a fin de generar una fuente de ingresos.

⁵⁹ El DNU 319/20 congeló las cuotas de créditos hipotecarios sobre inmuebles destinados a vivienda única, suspendiendo las ejecuciones hipotecarias de aquéllos. El DNU 320/20 congeló el precio de alquiler de inmuebles destinados a vivienda única urbana o rural; habitaciones destinadas a vivienda familiar en pensiones u hoteles; inmuebles destinados a actividades comunitarias; inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones familiares; inmuebles alquilados por monotributistas; alquilados por profesionales autónomos para su labor; por Micro, Pequeñas y Medianas Empresas; o por Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas. También suspendió los desalojos de estos inmuebles por alquileres impagos, prorrogando las locaciones hasta el 30/09/20.

⁶⁰ RABOTNIKOF, Nora, “El espacio público: Caracterizaciones teóricas y expectativas políticas”, en Quesada, Fernando (ed.) *Filosofía política I. Ideas políticas y movimientos sociales*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía 13, Trotta, Madrid, 2002, p. 136.

⁶¹ CHAPARRO MEDINA, Paola y BUSTOS GARCÍA, Brenda A., “El dispositivo de excepción en las sociedades contemporáneas: apuntes para reflexionar en torno al cuerpo femenino”, en *RELACES*, N° 26, Año 10, p. 38. Disponible en: www.relaces.com.ar (accedido el 03/03/20). Remontándose a la organización política del derecho romano, sostienen las autoras que “las formas en que se ha organizado lo público y lo privado en nuestras sociedades contemporáneas se mantendrán como un *pliegue*, pese a las transformaciones en el ámbito jurídico” (itálicas agregadas).

al poder público”⁶², entendido como poder de la colectividad⁶³. **b. Lo público como lo que es visible, manifiesto y ostensible**, que se desarrolla a la luz del día, emparentado con la noción ilustrada de *publicidad*; en contraste con lo *privado*, concebido como lo *secreto*, preservado y *oculto*, sustraído a comunicación y examen⁶⁴, y a la mirada de otros⁶⁵. **c. Lo público como lo que es de uso o accesible para todos**, abierto, en contraste con lo *privado* entendido como lo *cerrado*, sustraído al uso y disposición de otros, con acceso vedado⁶⁶. Aquí lo público, por “no ser objeto de apropiación particular, se halla abierto, *distribuido*” tal como las plazas (cuando no tienen cercos) y calles. Por su parte, *la cerca* constituye el símbolo más emblemático de lo privado como apropiación⁶⁷.

3.3. Parece claro que el ASPO responde al interés público (como interés de la colectividad) en evitar la propagación de la pandemia, y que es también público (en la segunda acepción) desde que los instrumentos que lo disponen han sido publicados y están accesibles en la web, pero -desde el prisma de las razones que lo fundamentan- si bien no son secretas ni ocultas, resultan cuanto menos “opacas”, en virtud de la disparidad de criterios médicos y la sobreabundancia de información –por momentos confusa- que circula al respecto. Aparece como tendencialmente “privatista” (desde la tercera acepción) ya que restringe el uso de calles y plazas,

⁶² RABOTNIKOF, Nora, “Lo público hoy: lugares, lógicas y expectativas”, en *Iconos*, N° 32, Flacso-Ecuador, Quito, Sept. 2008, p. 38.

⁶³ “La recuperación de este primer sentido en términos jurídicos será básica para la distinción entre derecho público y derecho privado, así como para lo que se ha dado en llamar “dicotomías derivadas”: sociedad política y sociedad doméstica, ley pública y contrato privado, voluntad general y voluntad particular”. *Idem*.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ “Este segundo sentido no ha coincidido históricamente con el primero. Ni lo público (en el primer sentido de lo común a todos) fue siempre tratado públicamente, ni lo privado (también en el primer sentido de lo individual) se preservó tampoco de la mirada de los otros, de la luz pública. Aquí, la connotación espacial, en la medida en que hablamos de visibilidad y ocultamiento, es casi directa”. *Ibidem*, ps. 38-39.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 39.

⁶⁷ “Algo puede ser público [como no oculto], desarrollarse a la luz y no ser público (en el sentido de accesible o disponible para todos). Los códigos de caballería, la fiesta barroca... combinan visibilidad con algún tipo de clausura, apertura a la mirada y exclusión en cuanto a la disponibilidad. Antes de la instauración del sufragio universal, el carácter público de los procesos electorales (a pesar de tratarse de la designación de una autoridad común) no coincidía con su accesibilidad pública. De alguna forma, este tercer sentido, que remite a la oposición abierto-cerrado, es el que más relaciona público-privado con la dimensión de inclusión-exclusión”. *Idem*.

espacios públicos, “abiertos”, por donde usualmente fluyen las relaciones interpersonales, y confina a la gran mayoría al espacio “doméstico”, cerrado⁶⁸, donde sólo discurren las relaciones próximas⁶⁹. En el marco del confinamiento, el resto de las relaciones, en materia laboral, de educación y esparcimiento parecen haber encontrado un cauce en el espacio virtual a través de las redes sociales. Al menos para quienes disponen de medios para acceder a ellas. Otras articulaciones se vislumbran si se observan las medidas adoptadas para mitigar el impacto diferenciado del ASPO sobre los sectores especialmente vulnerables. De nuevo, tales medidas obedecen al interés público (de la colectividad) en garantizar derechos sociales (vivienda⁷⁰, trabajo⁷¹, alimentación⁷² y protección social⁷³), evitar contagios, y cumplir obligaciones internacionales contraídas por el Estado. Igualmente públicos (manifiestos) son los instrumentos que dispusieron tales medidas, aunque no lo son tanto sus condiciones de ejecución. A diferencia del ASPO, también pueden entenderse estas medidas como públicas (en términos de acceso y distribución) puesto que posibilitan a los sectores más excluidos por el aislamiento acceder a alimentos e ingresos necesarios para su subsistencia⁷⁴. Existe en estas medidas una articulación significativa entre el Estado y entidades de la sociedad civil, tales como organizaciones no gubernamentales, comedores y cooperativas, sindicatos y organizaciones empresariales, que posibilitan intervenciones sociales de proximidad, más adecuadas a las demandas específicas de los destinatarios⁷⁵.

⁶⁸ A contrario del sentido “distributivo” del libre acceso y disponibilidad de espacios públicos.

⁶⁹ Dificilmente pueda sostenerse, sin embargo, que el Estado se haya “apropiado” de estos espacios públicos.

⁷⁰ Ello se aprecia en las restricciones a la libertad contractual y a la propiedad individual materializadas en las medidas adoptadas para proteger la vivienda única ante los acreedores hipotecarios, y en los contratos de locación.

⁷¹ Vgr. la suspensión de despidos y la continuidad en el pago de haberes durante el ASPO. Empero el impacto de la pandemia en el trabajo merece un análisis más detenido, ya que el teletrabajo ha restringido esferas de privacidad y flexibilizado ciertos límites instituidos en protección del trabajador.

⁷² Ver cita al pie sobre la Res. MDS 8/20 y medidas para garantizar alimentos a las familias más vulnerables.

⁷³ Vgr. Ingreso Familiar de Emergencia.

⁷⁴ De algún modo, la emergencia volvió “público” para estos sectores lo que en tiempos de normalidad no lo era.

⁷⁵ Entiende Supiot que “el auge de solidaridades civiles frente al estado social... puede aliviar la solidaridad nacional y contribuir a restaurar su fuerza y su legitimidad. Pero

El ASPO mitigó algunos riesgos pero acrecentó otros, tal como la *violencia de género*, en virtud del confinamiento en el espacio doméstico, presumido prima facie seguro, que expone a las mujeres a mayores riesgos⁷⁶. También aumentó el riesgo de *violencia institucional* debido a la mayor presencia de fuerzas de seguridad en las calles, puesto que la democratización de tales fuerzas es aún una asignatura pendiente en Argentina. Tal vez el mayor riesgo sea el derivado de la omnipresencia de las redes sociales en las vidas cotidianas, que se vio intensificada en virtud de la notable apelación al espacio virtual para realizar diversas actividades con motivo del ASPO, educativas, laborales, financieras, mercantiles, de esparcimiento, etc... Si lo que caracteriza la propiedad son las relaciones de poder, antes que la relación con las cosas⁷⁷, parece necesario volver la atención sobre las empresas de telecomunicaciones y sus propietarios, por cuyas manos pasa actualmente información sobre las decisiones, preferencias e intereses de la más diversa índole, de millones de personas. Tal concentración de poder exige de regulación y contralor de los Estados⁷⁸, tanto en tiempos de normalidad como de excepción. Pero resulta igualmente riesgosa concentrada en poder de estos últimos. Tanto en tiempos de normalidad como de excepción.

al mismo tiempo puede socavar sus bases y precipitar un movimiento general de repliegue comunitario”. SUPIOT, Alain, “Grandeza y miseria del Estado Social”, trad. Pedro A. Jiménez Manzorro y Javier A. Mondragón, en *Informes* N° 101, Fundación 1° de mayo, Madrid, 2012, p. 14.

⁷⁶ Violencia que fue tradicionalmente concebida como asunto “privado” en las tres acepciones expuestas, esto es, como atinente al interés individual y ajena al poder público, como asunto que debe permanecer secreto y oculto, y sin acceso a agencias estatales que permitan ponerle coto.

⁷⁷ BOCCON-GIBOD, Thomas, “Duguit, et après? Droit, propriété et rapports sociaux”, en *Revue Internationale de Droit Économique*, 2014/3, ps. 285-300. Disponible en: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-285.htm> (accedido el 08/05/20).

⁷⁸ Al referirse a los problemas “mundiales” actuales, que desbordan el esquema nacional de la política y exigen respuestas globales, Beck menciona las industrias de las telecomunicaciones, la energía, los servicios financieros y la industria de la alimentación. BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, cit., ps. 23-24.

IV. Preocupaciones constitucionales en tiempos de pandemia: desigualdad y emergencia. La necesidad de repensar los mecanismos decisorios, *por Romina Verri*

I. Introducción.

El mundo transita situaciones de profunda incertidumbre y conmoción, en razón de la emergencia sanitaria desatada a raíz de la pandemia provocada por el virus Covid19. Este panorama ha atravesado las estructuras normativas, institucionales, políticas y sociales a nivel global. Los países se vieron superados frente a las demandas que generó (y genera) la enfermedad y sus consecuencias, aún en desarrollo. Todo ello dejará sin dudas, huellas profundas en los individuos, en las sociedades y en sus instituciones que serán objeto de análisis interdisciplinario en tiempos de post pandemia. Lo que me permito en esta oportunidad, es formular algunas reflexiones sobre problemas que resultan de interés para el derecho constitucional sin pretensiones de exhaustividad en el abordaje de las temáticas.

Bernal⁷⁹ señala la dificultad de efectuar comentarios sobre procesos que se encuentran en desarrollo, punto con el que coincido, porque en tanto los procesos se encuentren transcurriendo, la mirada sobre ellos, en algún sentido será siempre prematura y parcial, lo que generará inevitablemente un ajuste del análisis una vez superada la situación de emergencia. Además, será compleja la asepsia emocional, porque somos parte de un suceso movilizador de alcance mundial, que está en curso y cuyas consecuencias aún no es posible dimensionar.

Las situaciones de “excepción” y “emergencia” son preocupaciones históricas del constitucionalismo, toda vez que implican la toma de medidas que salen de la órbita de los mecanismos regulares, e incluyen el fortalecimiento del poder y un eventual compromiso de la esfera de los derechos. En virtud de lo señalado, en estos momentos es particularmente importante incentivar el pensamiento crítico y la reflexión.

La crisis ha desnudado las oportunidades previas perdidas, esto es así, ya que habíamos advertido como sociedad situaciones complejas y problemáticas previas a la llegada de la emergencia sanitaria, vinculadas a

⁷⁹ BERNAL, M. “La respuesta estatal, los derechos y las políticas públicas atravesados por la crisis sanitaria del Covid-19. Debates y posibles agendas”, en Allard Neumann, R y otros; *“El Crepúsculo de las simples cosas. Lecturas esperanzadas y perspectivas críticas para un Sur en pandemia”*, Specchia N. y Ortega, J. (Ed.), 1a ed. - Editorial UNC, Córdoba, 2020, pp. 38-45.

los obstáculos para el acceso a los derechos⁸⁰ de gran parte de la población argentina, sin que se hubiera actuado en consecuencia para reparar desequilibrios e inequidades, al menos los poderes públicos no mostraron estar a la altura de esos desafíos⁸¹. Esto implica que el escenario en el que nos encontró la situación de emergencia sea realmente complejo, además de desbalanceado en términos nacionales en razón de las asimetrías territoriales, demográficas y socioeconómicas que caracterizan el entramado social y político argentino, todo lo que gravitó sobre la gestión de la crisis intensificando las dificultades. Como se mencionó, todas esas cuestiones (en materia de derechos no atendidos y en cuanto a problemáticas para gestionar asimetrías) eran situaciones conocidas, pero no abordadas de modo suficiente y oportuno. Esas cuentas pendientes que no saldamos como sociedad política afloran ahora de modo abrupto-aunque no novedoso- y nos obligan a afrontar las consecuencias de lo que omitimos y lo que abordamos con destacada insuficiencia, debiendo asumir los márgenes de exclusión en los que se mueve e intenta sobrevivir un alto porcentaje de la población.

Se presentarán dos preocupaciones, una sobre los aspectos que reedita la emergencia en términos de las deudas pendientes en materia de igualdad real, situaciones de déficits igualitarios preexistentes y de larga data, que la pandemia ha resaltado y agudizado. Otro punto relacionado con la insuficiencia de resortes institucionales decisionales adecuados para hacer frente a situaciones críticas, en este segundo punto, se destaca la obsolescencia de los métodos y su verticalidad.

⁸⁰ Lo que Barcesat denominaría “derecho al derecho” (Barcesat, 1987, citado por Bidart Campos, 1988: 17), vinculado al derecho a acceder a los derechos, superior de la intención del mero reconocimiento normativo, el compromiso es mayor e incluye la remoción de los obstáculos que impiden en acceso a los mismos.

⁸¹ Rossetti al reflexionar sobre las cuentas pendientes en materia de derechos en la etapa posterior a la Reforma de 1994, señala que “pese a la existencia de estas nuevas normas dictadas en materia de igualdad, no parece que en Argentina los poderes públicos, tanto el legislativo como el ejecutivo y el Judicial, hayan realizado seriamente, acciones positivas a favor de las personas citadas en el inc. 23 del art. 75 CN, o a favor, en general, de toda la población.”, p. 129, en ROSSETTI, A., “La igualdad y la Reforma Constitucional de 1994 en Argentina ¿Cambios? en Alegre, M. y Gargarella, R. (Coordinadores), *El Derecho a la Igualdad, Aportes para un constitucionalismo igualitario*, 2º Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 121-136.

2. Desigualdad y emergencia

Debemos comenzar por reconocer que la reforma de 1994 significó un avance respecto al texto originario, en términos de fortalecimiento normativo de derechos y garantías, incluyendo cambios significativos en materia de igualdad, despegándose del formato limitado de la igualdad formal o legal, para incluir el compromiso constitucional con la igualdad real de oportunidades⁸². Sin embargo, ello no se tradujo en el logro de un nivel suficiente de accesibilidad a los derechos que conforman el amplio abanico de derechos constitucionalmente resguardados. Rossetti expone con precisión que en la reforma de 1994 se produjeron “cambios de suma importancia en relación al techo ideológico de la Constitución y se reforzó la parte “social” de su texto normativo.” Menciona la incorporación de los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional, lo que estima “ha fortalecido notablemente el cúmulo de derechos que los habitantes de la Nación tienen reconocidos y, también con ello se ha reforzado el plexo normativo en lo que respecta al principio/garantía/derecho de igualdad”⁸³.

Ahora bien, la ausencia de vigencia sociológica de esos compromisos es también una verdad a todas luces, un recorrido superficial sobre los balances vinculados al goce efectivo de dichos derechos a 26 años de la reforma, muestra que aún hay mucho por resolver.

Lo que hizo la crisis sanitaria es mostrar el problema con crudeza y profundizar las falencias que ya registrábamos en materia de accesibilidad, no hizo más que recordarnos que nos comprometimos a mucho y concretamos poco. El profesor Bidart Campos describía el punto como una especie de parálisis constitucional, al expresar “el proyecto de convivencia demo-

⁸² Solo a modo de breve recorrido se indican: La promoción del desarrollo humano y el progreso con justicia social (art. 75 inc. 18 CN), la igualdad real de oportunidades con perspectiva individual, social y regional (art. 75 incs. 2; 18; 19 CN), compromisos estatales claros en cuanto a la protección especial de grupos vulnerables, obligación de dictar medidas de acción positiva para la compensación de desigualdades (art. 75 inc. 23 CN), el reconocimiento de la igualdad en materia de género y el establecimiento constitucional de cuotas de resguardo de la participación política de la mujer (art. 37 CN), el reconocimiento “tibio e impreciso” de los derechos de pueblos indígenas (art. 75 inc. 17 CN), la jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos y la posibilidad de otorgarle ese rango a otros tratados de la temáticas por las mayorías agravadas prevista en la CN (art. 75 inc. 22 CN), entre otros.

⁸³ Rossetti, op. cit. p 126.

crática, de desarrollo y de equilibrio social no recorre su trayecto si acaso se estanca en la letra de un texto constitucional”⁸⁴.

Solo dos ejemplos-vinculados de algún modo-ponen en evidencia lo que señalábamos: en primer lugar, las deudas pendientes se reflejan en los altos porcentajes de pobreza y exclusión. Aquí conviene tener presente que los niveles de pobreza⁸⁵ en Argentina no los creó el Covid-19, ya existían y resultaron agravados por la crisis sanitaria. En ese punto, resultará difícil sostener que cubrimos los compromisos constitucionales en una sociedad con elevados niveles de pobreza, que indican que una gran parte de la población no accede a bienes y servicios básicos (alimentación, vivienda, servicios esenciales, entre otros). En segundo lugar, y de la mano del primer problema, generan cierta preocupación los procesos de digitalización de numerosos mecanismos, ya que el puente para el acceso a muchos derechos está dado por la situación de contar con medios materiales e intelectuales para resolver las exigencias de la informatización, y si damos por cierta la brechas de desigualdad, parece al menos complicado sostener que tenemos o podemos llegar a un nivel aceptable de “igualdad digital”, ya que aquí, nuevamente, podríamos afirmarla en términos formales, pero no el sentido de registro efectivo de acceso al derecho en condiciones de suficiencia y calidad.

El porcentaje de pobreza en Argentina⁸⁶ no logra perforar la barrera del 25% hace 30 años, habiendo alcanzado en el segundo semestre de 2019 porcentajes superiores al 35% (o al 40% según las mediciones), y si se mide en relación a la niñez, un 50% de los niños se encontraba en esa situación en el mismo período. Lo que generó la pandemia es un agravamiento de condiciones ya inaceptables, existiendo proyecciones de aumentos de esos niveles para el 2020 de un 5% o 6%, en las mediciones más optimistas. Por lo tanto, las brechas de desigualdad son reprochables hace al menos un cuarto de siglo.

⁸⁴ BIDART CAMPOS, G. *Los equilibrios de la libertad*, Ediar, Bs. As. 1988, p. 236.

⁸⁵ Por cierto que la definición de pobreza es altamente problemática, pero no se ingresará en ese punto por exceder las pretensiones del trabajo.

⁸⁶ Fuentes: <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel4-Tema-4-46-152> (informe Indec-consulta 27-6-2020) -<http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2020/2020-OBSERVATORIO-Infoma-01-2020.pdf> (informe Observatorio de la Deuda Social (OSDA) UCA-consulta 27-6-2020).<https://news.un.org/es/story/2020/06/1476542>(estimación ONU sobre proyección de pobreza en Argentina para 2020-consulta 27-6-2020).

Además, esto se agrava en momentos de emergencia sanitaria, si consideramos las condiciones como el hacinamiento y la inseguridad alimentaria severa, que afectan a más del 7% de los hogares urbanos argentinos. Existe un 10% de los hogares sin conexión a red de agua potable y más de un 28% que no tiene acceso a red cloacal (datos 2019)⁸⁷. Las condiciones de salubridad, algunas, aconsejadas y otras impuestas desde el Estado (el aislamiento social se dispuso de modo obligatorio), se tornan difíciles de lograr sin agua potable o sin cloacas; y el hacinamiento, dificulta el cumplimiento del aislamiento social, además de potenciar contagios. Por ello, la mención rápida de algunos pocos indicadores, se efectúa solo a los efectos de mostrar que el virus es un problema para nosotros y para el mundo, pero la desigualdad que no supimos abordar ni compensar, es nuestra; era preexistente y se potenció. El aumento de la pobreza era un punto inevitable en esta situación de crisis sanitaria y económica, sin embargo, lo que genera el mayor reproche constitucional, es que las deficiencias igualitarias tienen como mínimo- si consideramos como referencia, la reforma de 1994- más de 20 años de antigüedad.

El concepto *sui generis* de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”⁸⁸ contenido en las normas de emergencia sanitaria dispuestas en Argentina, era un concepto que requería de precondiciones para poder ser implementado, entre ellas, un nivel de igualdad medianamente razonable (condición que de no existir afecta el funcionamiento de todo dispositivo legal por su carácter de general y abstracto), toda vez, que resulta dificultoso acatarlo en condiciones de insuficiencia edilicia, alimentaria y económica, la misma suerte corren las recomendaciones sanitarias respecto al lavado de manos en los supuestos de no accesibilidad al agua potable.

Otro punto que despierta curiosidad es la apresurada digitalización de los procesos institucionales, financieros, educativos, administrativos, judiciales, entre otros. Es probable que la virtualidad haya venido para quedarse, y que en tiempos de restricciones de circulación y movilidad haya

⁸⁷ Fuente: http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2020/OBSERVATORIO-COMUNICADO-ODSA%20INFORMA-%202-31_03_VF.pdf. Informe del OSDA UCA-Desigualdades sociales en tiempos de pandemia del 31-3-2020 (consulta realizada 27-6-2020). El informe se refiere a hogares urbanos argentinos. El informe indica que considera: hacinamiento (Hogares en los que residen 3 o más personas por cuarto habitable); inseguridad alimentaria severa (Hogares en los que en los últimos 12 meses, padecieron situaciones de privación de alimentos y experimentaron sensación de hambre por motivos económicos).

⁸⁸ Decreto PEN N° 297/2020 y sus prórrogas.

sido el medio para impedir la paralización absoluta y haya posibilitado las comunicaciones, pero desde el derecho constitucional puede resultar interesante analizar el tema en clave igualitaria, emergiendo aspectos para problematizar. No “todos” cuentan con conectividad de calidad que les permita usar a los medios digitales como mecanismo de acceso a otros derechos (educación formal o informal, banca electrónica, entre otros), funcionando entonces, la digitalización como un obstáculo más en el ya accidentado camino de acceso a los derechos. Si atendemos la situación de que la informatización se da en entornos con casi la mitad de la población en condiciones socioeconómicas complejas, resulta al menos difícil de sostener que quien esté preocupado por su alimentación⁸⁹, o tenga limitaciones para el acceso a bienes y servicios básicos, se encuentre en condiciones óptimas para el acceso a los recursos informáticos que le permitan “vivir” la informatización sin que implique un proceso restrictivo más en relación a sus derechos. El mero hecho de poseer un celular con acceso a la red de internet no resulta suficiente, se trata del acceso a bienes informáticos que incluyen aparatología con tecnología acorde a los requerimientos de los procesos digitalizados, la posibilidad de contar con computadoras y equipos individuales por persona, afrontar costos de mantenimiento, y contar con conexión de calidad a la red de internet. A lo que podemos sumar las complejidades que demanden los requerimientos que la era de la virtualidad, demande en términos de alfabetización digital para toda la población, ya que da la sensación que accede el que puede, el autodidacta o el que tiene amigo o familiar que auxilie en el proceso, lo que no parece una política de estado.

En educación, hay datos que muestran que no todos poseen los recursos informáticos que el proceso exige, ya que tener internet no implica estar suficientemente conectado para transitar los procesos educativos, solo se mencionan algunos datos recopilados por el Observatorio Argentinos por la Educación: 1 de cada 5 alumnos de primaria no tiene conexión a internet en la casa y en las provincias más pobres ese índice aumenta, casi el 20% de estudiantes de primaria no dispone de conectividad en el hogar y el 23% no tiene computadora propia ni de su familia, en cuanto a la calidad de la conectividad, en casi el 50% el tipo de conexión está debajo del mínimo que

⁸⁹ La posibilidad de acceso a la canasta básica de alimentos se utiliza para la medición de datos de indigencia y la canasta básica total (para la medición de la pobreza, en los informes del OSD de la UCA, aunque no hay acuerdo metodológico sobre la medición del dato, pero ese punto nos excede y no opaca la reflexión de fondo).

se requiere para tomar clases remotas o participar de actividades sincrónicas⁹⁰. Si bien estos datos no agotan el universo, muestran que el proceso de digitalización de los procesos educativos puede agudizar los problemas de desigualdad en un sector muy sensible, invisibilizando una vez más a los colectivos que quedan afuera del proceso.

3. La necesidad de repensar los mecanismos decisorios

Otro punto crítico que a su vez condiciona el cumplimiento de los compromisos constitucionalmente asumidos en materia de derechos, es la obsolescencia de los procesos decisorios, su verticalidad y la ausencia de participación plural y sectorial en la elaboración de las decisiones públicas. Gargarella, al reflexionar sobre el punto resalta cierta descompensación entre los compromisos normativos y las realidades que muestran márgenes de desigualdad preocupantes, indicando que uno de los puntos a retocar para generar escenarios de eventuales mejoras, son los procesos mediante los que tomamos decisiones. El Profesor retoma la idea de poner a funcionar una “sala de máquinas⁹¹” pero “refuncionalizada, modernizada y democratizada en su composición”. En esta línea se pregunta si el derecho puede aportar, respondiendo afirmativamente, si se lo concibe como “conversación” inserto en un proceso dialógico y plural. En ese sentido piensa en la democratización de la “sala de máquinas”, de modo tal que los procesos decisorios reflejen cada vez más la voluntad deliberada de la ciudadanía y no decisiones tomadas al arbitrio de uno o de unos pocos, e impuestas verticalmente.

Aldao, Ronconi y Clérico postulan una idea-propuesta similar, relacionan la operatividad de los derechos con la cuota de participación de los grupos interesados en la ejecución y delimitación de esos derechos, al mencionar que la “igualdad multidimensional se vincula con la paridad participativa”, los autores rechazan posturas que miran la desigualdad e

⁹⁰ Fuente: [https://www.infobae.com/educacion/2020/04/30/coronavirus-en-argentina-1-de-cada-5-alumnos-no-tiene-internet-y-queda-afuera-de-las-clases-virtuales/\(consulta-27-6-2020\)](https://www.infobae.com/educacion/2020/04/30/coronavirus-en-argentina-1-de-cada-5-alumnos-no-tiene-internet-y-queda-afuera-de-las-clases-virtuales/(consulta-27-6-2020)).

⁹¹ El autor denomina “sala de máquinas” a la parte orgánica de la Constitución, o bien a los aspectos del derecho constitucional vinculados a la organización y funcionamiento del poder. GARGARELLA, R, “La “sala de máquinas” durante la emergencia”, en página Diálogo derechos humanos, nota publicada 18 de junio de 2020. Recuperada de <https://dialogoderechoshumanos.com/la-sala-de-maquinas-durante-la-emergencia>.

intentan enfrentarse a ella con “respuestas desde afuera”, esgrimen que “no se resuelve el tema solo con redistribución de recursos, sin considerar el contexto ni los sujetos involucrados”⁹².

En la pandemia, los márgenes de participación en el país (que tenían más el rasgo de comunicación de decisiones ya tomadas que de deliberación efectivamente compartida), eran facultad discrecional del ejecutivo nacional. La excepcionalidad y la emergencia explican parte de esa situación, por la premura temporal, pero no dan cuenta de todo el panorama, ni alcanzan a justificar las altas cuotas de verticalidad que se registran en el modo en que tomamos decisiones y nos obliga a repensar dichos mecanismos. Como se expuso previamente, el sistema normativo e institucional, no contiene resortes que hagan posible un espacio mayor para la horizontalidad, la participación sectorial o intergubernamental, y que de ese modo obliguen a quien toma decisiones colectivas a mediarlas con cuotas específicamente establecidas de participación popular o interinstitucional. Por ello el rediseño de estos mecanismos puede arrojar luz a los problemas actuales, frente a los cuales, las herramientas tradicionales resultan insuficientes para dar respuesta.

4. Reflexiones finales

La situación de emergencia desnudó al menos dos aspectos vinculados a los derechos, que no son novedosos pero continúan siendo problemáticos. Mostró una vez más que la robustez de la conformación del entramado normativo de un Estado, no es todo, en términos de derechos, sino solo un aspecto, importante pero claramente insuficiente⁹³. Apreciamos nuevamente que los derechos en Argentina reposan en las normas, pero no en los hechos, los márgenes de desigualdad indicados, resultan ilustrativos al respecto. Hay otro punto al que prestarle atención, ya que si el sistema constitucional - dentro del cual, las normas son solo un componente-, no responde a las demanda que se le presentan, corremos el riesgo de generar (o profundizar) un peligroso proceso de descreimiento en el “sistema constitucional” como resorte rector del sistema jurídico y político. El marco

⁹² ALDAO, M; Ronconi L. y CLÉRICO L., en Gargarella, R. y Guidi, S. (Directores), *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, T I, La Ley, Buenos Aires, 2019, pp. 486-535.

⁹³ Una Constitución con vigencia normológica pero no sociológica, acusa una patología constitucional. Bidart Campos, op cit, pag. 226.

normativo argentino, y en especial, el constitucional, está repleto de buenas intenciones, sin que con ello hayamos podido lograr la implementación de un equilibrio aceptable de las fuerzas que conviven en una sociedad, que esgrimen intereses contrapuestos y hasta antagónicos, y que es función del sistema político de base constitucional contener y canalizar, pero no lo logrará aumentando las brechas de exclusión y los márgenes de verticalidad en la toma de decisiones, que son los aspectos que se critican aquí.

Bidart Campos señalaba que era relevante para el logro de la vigencia real de los compromisos constitucionales, que la sociedad “creyera” en la Constitución, que compartiese su supremacía dentro del sistema legal y se involucrara con su cumplimiento. Sostenía que podía abonar ese objetivo el comprender que la Constitución escrita, “no debe ser un acuerdo sectorial, no debe venir impuesta por un sector (por mayoritario que sea) sobre el resto de la sociedad. Debe ser expresión de un acuerdo alcanzado a través de la participación sectorial⁹⁴. Este punto abre nuevos desafíos para futuros procesos constituyentes.

Así como se hizo referencia a las oportunidades perdidas, las situaciones críticas, si bien son momentos en que los tienen lugar los balances de errores, también generan las condiciones propicias para repensarnos, reformular valores, objetivos, metas, procesos, procurando encontrar escenarios superadores, por ello, es posible permitirnos algún margen de optimismo y creatividad.

V. Derechos laborales y gremiales de los trabajadores estatales durante la emergencia sanitaria, por Félix A. López Amaya^{95*}

1. Régimen legal de trabajadores privados y estatales en la emergencia sanitaria.

La emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, fue declarada en la Nación Argentina por Ley 27.541 del 23 de diciembre de 2019, delegando expresamente facultades en el Poder Ejecutivo Nacional, en función del art. 76 de la CN, hasta el 31 de diciembre de 2020

⁹⁴ BIDART CAMPOS, op. cit., pp. 238-239.

⁹⁵ *Abogado, Profesor Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, UNC. Correo electrónico: lopezamayaestudio@gmail.com

y con arreglo a las bases de delegación establecidas expresamente en el art. 2 de la referida norma.

En el inc. g) del art. 2, de la L. 27.541 se dispone concretamente, como base de la delegación de atribuciones al PEN, la función de: “impulsar la **recuperación** de los salarios atendiendo a los sectores más vulnerados y generar mecanismos para facilitar la obtención de **acuerdos salariales**. (el resaltado no está en el original).

Vale decir, que la lógica de la emergencia nacional declarada por la Ley, con relación al sector de los trabajadores y trabajadoras, tanto del sector público como los privados, es la de impulsar la recuperación o el aumento de los salarios y que se creen ámbitos convencionales colectivos para realizar acuerdos salariales que respondieran a esa lógica y finalidad de la emergencia, pero nunca se fija o establece la posibilidad que los sectores de los empleadores privados o estatales, puedan reajustar o recortar haberes y menos aún, si estos no surgieren de un acuerdo salarial previsto expresamente por la ley.

Por ello, todo recorte o reajuste de remuneraciones de trabajadores públicos o privados dispuesto unilateralmente, resulta contrario a las disposiciones de la ley de emergencia, y en definitiva vulnera los derechos constitucionales que surgen del art. 14 bis de la CN y art.23.4 de la CP, que protegen al trabajo en sus diversas formas y a la remuneración justa.

2. Alcances del DNU N° 297/2020.

Por medio del Decreto de Necesidad y Urgencia, DNU N° 297/20, de fecha 19/03/2020, el Presidente de la Nación establece la medida del “*aislamiento social, preventivo y obligatorio*” que rige en principio, hasta el 30/03/2020, pero se prorroga periódicamente, llegando (hasta la fecha de esta presentación), hasta el día 17/07/2020, con el fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, para todas las personas que habitan en el país o se encuentran fuera de él en forma temporaria, pudiéndose prorrogar el plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica vigente.

El “aislamiento social, preventivo y obligatorio” consiste que durante el tiempo que se ha determinado, todas las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en el lugar en que se encuentren y abstenerse de concurrir a los lugares de trabajo, salvo las excepciones que se fijan como servicios esenciales en la misma norma.

En el art. 8 el DNU N° 297/20, establece que durante la vigencia del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al **goce íntegro de sus ingresos habituales**, en los términos que establezca la reglamentación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Esta norma, se complementa con la del art. 10, que determina concretamente que las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios dictarán las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en el presente decreto, como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el art. 128 de la CN, sin perjuicio que tanto las provincias, como la CABA y los municipios puedan adoptar medidas en ejercicio de sus competencias propias.

En la distribución de competencias establecidas en la CN se fijan las disposiciones de base que son las señaladas en el DNU, dictadas en el marco de las atribuciones y delegación de facultades del Presidente en virtud del art. 76 CN, quedando reservadas a las provincias y municipios las materias locales constitucionales (art. 5 CN) y las reservadas en función del art. 121 CN.

En este reparto de competencias efectuado por la CN, la materia laboral, tanto individual, social y colectiva, como la gremial, son de atribuciones delegadas por las provincias a la Nación según el art. 75 inc. 12 de la CN, cuando dispone que las normas (códigos) del trabajo y de la seguridad social, son códigos de fondo, quedando reservado a las provincias su aplicación a través de los procedimientos locales. Además, en materia de derechos laborales, no es factible distinguir entre trabajadores privados y estatales, porque en ambos caso se trata de contratos de trabajo, uno de empleo privado y otro de empleo público, puesto que si no fuera así, sería discriminatorio, lo que ya ha sido resuelto a favor de la igualdad entre unos y otros por la Organización General del Trabajo (OIT), de Ginebra, a través del dictado del Convenio 111, O.I.T. 1968, vigente en Argentina y por la doctrina judicial elaborada por la CSJN, en numerosos precedentes, como la del caso “Madorran”⁹⁶, y “Asociación Trabajadores del Estado (ATE) s/ acción de inconstitucionalidad”⁹⁷, entre otros.

Esta aplicación y vigencia del DNU 297/2020, para los trabajadores del sector estatal, se desprende del art. 10 de la norma, que establece la manda, que las Provincias y los Municipios deben dictar las normas para

⁹⁶ CSJN, Fallos 330:1989.

⁹⁷ CSJN Fallos 336: 672.

implementar el DNU N° 297, no para violarlo, sino para cumplirlo, por lo tanto, no autoriza a los Gobernadores de Provincia, agentes del gobierno federal (art. 128 de la CN), ni a los intendentes municipales para violentar dicha norma nacional; sin perjuicio, de las atribuciones propias de los gobiernos locales para reglamentar y dictar las normas correspondientes al ejercicio del poder de policía local y sobre todo lo relacionado con la emergencia nacional sanitaria declarada.

Ante ello, los gobiernos provinciales y municipales, no cuentan con facultades por encima de la Constitución Nacional, para legislar sobre la materia salarial, SAC y vinculada a los derechos constitucionales, como la remuneración justa, el principio de igual remuneración por igual tarea, la estabilidad del empleado público y la carrera administrativa, limitando o avasallando esos derechos laborales, durante la emergencia sanitaria y con fundamento en la misma, puesto que tales medidas resultarían inconstitucionales y arbitrarias. Claro está, reiteramos, que los gobiernos locales pueden reglamentar y regular los regímenes de empleo de sus trabajadores y trabajadoras, como el dictado del estatuto de personal, del escalafón, régimen de ascensos, carrera administrativa y la ordenanza de remuneraciones, pero siempre con el límite de la CN, establecidos en las normas de base del art. 14 bis y de la razonabilidad del art. 28 de la CN, puesto que si no fuera así, se afectaría el principio de la supremacía constitucional del art. 31 CN.

Algunos podrán plantear que las cuestiones de empleo público son de competencia local, ya sea provincial o municipal, enarbolando la autonomía, pero en materia de legislación sobre empleo y de trabajo, las provincias han delegado esta competencia al gobierno federal, en función del art. 75 inc. 12 de la CN.

Además, todas las disposiciones que se realicen durante el tiempo de la emergencia y del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” son provisorias y durante ese plazo, si no se establece la transitoriedad o provisoriedad de las medidas que se adoptan en contra de los trabajadores estatales en la emergencia, las mismas resultarían nulas e inaplicables.

Debe tenerse presente, que el salario de los trabajadores y trabajadoras, no solo es un derecho laboral, sino que constitucionalmente y convencionalmente, es un derecho humano de cada empleado, y como tal cuenta con una tutela constitucional preferente, tal como lo tiene resuelto la CSJN, resguardando el bloque de constitucionalidad de la tutela de los derechos de los trabajadores, que deben garantizarse durante la emergencia y solo pueden ser limitados, por una causa debidamente justificada, fundada, siempre y cuando, la medida sea transitoria, no discriminatoria y no

confiscatoria. Solo en estos supuestos, pueden ser restringidos los derechos humanos al salario justo y sus conexos. Esta concepción tuitiva, protectoria del trabajo, surge del principio de la preferente tutela constitucional reconocida a partir del art. 14 bis CN y ha sido reflejada por la CSJN, en modernos precedentes.

Así, en la causa “Asociación Trabajadores del Estado – S/acción de inconstitucionalidad”, en un caso de recorte salarial a los empleados de la Municipalidad de Salta, invocando una ley de emergencia, la CSJN⁹⁸, resolvió declarar la inconstitucionalidad de la medida y reconoció que el salario es un derecho humano fundamental, diciendo, que: *“Corresponde declarar la inconstitucionalidad del decreto 5/2003 de la Municipalidad de la Ciudad de Salta, respecto de la quita salarial dispuesta con base en una invocada situación de emergencia económica si parece haber olvidado cuatro principios de jerarquía constitucional: el trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional, la justicia social, el principio de progresividad y el derecho a perseguir su bienestar material, tres principios del Derecho Internacional de los Derecho Humanos constitucionalizado: el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, el compromiso de abstenerse de tomar medidas que interfieran directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo que hubiese alcanzado un empleado y el principio pro homine, y también que el art. 14 bis de la Constitución Nacional es cláusula operativa y, por ende, susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas.”*

Y agrega una definición, lo que significa el salario para el trabajador, para su subsistencia y la de su familia, ya que se trata del medio con el que se **“gana la vida”**, y lo resalta afirmando: *“...el salario es el medio por el cual el trabajador “se gana la vida” (ps. 2055/2056). Dato elemental, por cierto, pero de esencial relevancia para esta litis, toda vez que constituye el eje mayor para esclarecerla. En efecto, la expresión entrecomillada, no por su sencillez, deja de ser más que elocuente para mostrar la directa e indisociable atadura que une alar emuneración con la vida misma de un empleado y, regularmente, de su familia (v.gr. PIDESC, art. 7.a.ii). Ganarse la vida es obtener, como mínimo, lo necesario para acceder a la salud: a la educación; a la cultura; aun nivel de vida adecuado, lo cual incluye, inter alia, alimento adecuado, vivienda adecuada y vestido adecuado, al*

⁹⁸ CSJN, Fallos 336:672, Caso ATE S/acción de inconstitucionalidad.

*descanso, entre muchos otros bienes del terreno de los derechos humanos económicos, sociales y culturales”.*⁹⁹

Con ello, en definitiva, la Corte ratifica que el salario no puede ser afectado en tiempos de emergencia. Se pueden producir modificaciones y reformas en el diseño administrativo de la organización del estado, pero esa medida no puede significar reajustar y recortar salarios.

3. Derechos gremiales durante la emergencia sanitaria

El art. 19 del DNU N° 260/2020, invitó al sector del trabajo y de los trabajadores a cooperar en la implementación de las medidas recomendadas y dispuestas en la normativa de la declaración de la emergencia sanitaria, afín de evitar aglomeraciones de personas, para mitigar el impacto del contagio de la pandemia del Covid-19, refiriéndose concretamente a las entidades sindicales.

En función de esta norma el Secretario de Trabajo del MTE y SS de la Nación dictó la Resolución N° 238/2020, por la que dispuso en su art. 1°, suspender la celebración de los procesos electorales, todo tipo de asambleas y/o congresos gremiales, ordinarios como extraordinarios, como así también todo acto institucional que signifique la movilización, traslado y/o aglomeración de personas, de todos los sindicatos inscriptos y registrados en la autoridad de aplicación.

En el art. 2, dispone que la realización de los demás actos sea analizada en forma particular, a los fines de compatibilizar el resguardo de la salud pública y la regularidad institucional de los sindicatos.

Esta normativa de la Secretaría de Trabajo, se complementa con la Resolución N° 489/2020, que establece que la suspensión de los procesos electorales y las asambleas o congresos se extenderá hasta el 30 de setiembre de 2020; y entre los fundamentos de la norma, deja a salvo que se preserva la libertad sindical y la autonomía sindical y al mismo tiempo protege la salud pública en el mismo nivel o jerarquía.

Por lo tanto, aquellas medidas que han sido adoptadas por las administraciones de los gobiernos locales o municipales, afectando la situación laboral, patrimonial y de derechos humanos de trabajadores y trabajadoras durante la emergencia sanitaria, han violentado los preceptos normativos

⁹⁹ CSJN, ATE, S/ADI, Fallos 336:672.

establecidos en el DNU N° 297/2020 (arts. 8 y 10) y normas reglamentarias, y todas aquellas medidas persecutorias o represivas llevadas adelante por el Ministerio Público Fiscal en contra del ejercicio de la libertad sindical y del derecho a la protesta con base constitucional en el derecho de reunión, el derecho a peticionar a las autoridades, el derecho de asociación, a la libertad de expresión y a la libertad sindical, resultan inconstitucionales por violar la Ley Fundamental y la normativa del DNU del Presidente de la Nación, que tienen jerarquía de ley.

La Justicia de la ciudad de Buenos Aires, así lo reconoció, en el caso de la Asociación Bancaria, resuelto por la Jueza del Trabajo del Juzgado N° 73, disponiendo que se permita la actividad sindical durante el aislamiento social y obligatorio, ante las constantes trabas por parte de la entidad bancaria a los delegados que intentan constatar el cumplimiento de los protocolos de seguridad de los trabajadores.¹⁰⁰

En la Municipalidad de 3 de Febrero, Provincia de Buenos Aires, el Intendente dispuso recortes salariales durante la emergencia, medida que fue dejada sin efecto a partir oportuna intervención del Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires.

En Córdoba, en cambio, se han imputado judicialmente a trabajadores municipales de la Municipalidad de Córdoba y a la Secretaria General del gremio que los agrupa, con motivo que se reunieron para solicitar una audiencia en el Concejo Deliberante, antes del tratamiento y sanción de una ordenanza que contempla graves recortes salariales durante la emergencia, pero que tendrán efectos y aplicación en forma permanente.

Ante estas situaciones, es necesario resaltar que el estado de emergencia, no suspende los derechos y las garantías constitucionales como en el estado de sitio, sino que a los fines de salvaguardar la salud pública, se deben aplicar las medidas y sanciones tendientes a esos fines sanitarios, no a la privación del ejercicio de los derechos constitucionales, laborales y gremiales, máxime en un estado de derecho donde el funcionamiento de los poderes de control político y judicial también se encuentran limitados en su ejercicio y funcionamiento.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 5 establece “*que ninguna disposición de este Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos*

¹⁰⁰ [www.conclusión.com.ar/gremiales>cautelar-a-favor](http://www.conclusión.com.ar/gremiales/cautelar-a-favor).

encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidas en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.”; norma que tiene jerarquía constitucional en función del art. 75 inc. 22 de la CN.

La tutela judicial efectiva, nuevo paradigma vigente a partir de la Reforma de 1994, no solo reconoce y resguarda nuevos derechos y garantiza el acceso a la jurisdicción de los trabajadores en forma individual, social y colectiva, sino también a las organizaciones gremiales durante la emergencia sanitaria.

4. La “erosión” de la democracia.

La concentración de facultades en los poderes ejecutivo, por un lado, y la restricción de los derechos constitucionales de la ciudadanía, en aras del bien público, por el otro, con la finalidad de combatir los efectos y contagios de la pandemia generada por el Covid 19, no debe constituir el fundamento de la suma del poder político y en la resignación de derechos y garantías del pueblo, especialmente de los trabajadores y de los sectores más vulnerables. El sistema democrático constitucional se encuentra en crisis desde hace bastante tiempo y la emergencia puede ser una ocasión más, para su agravamiento, como en su momento lo fueron los gobiernos de las dictaduras en Argentina y en América Latina.

En un reciente artículo de Roberto Gargarella, rescata la importancia de respetar los procedimientos democráticos establecidos en tiempo de emergencia, y citando a Stephen Holmes, dice que *“es precisamente en estas circunstancias críticas cuando aparece más necesario que las autoridades políticas “aten sus manos” al mástil de la Ley”*.¹⁰¹

Agrega que, en la democracia epistémica y deliberativa, como lo señalaran Carlos Nino y Habermas, resulta imprescindible tener deliberaciones colectivas inclusivas, al momento de definir las políticas públicas, porque es necesario escuchar las voces de todos “los potencialmente afectados”, siendo imprescindible el dialogo político entre los diversos poderes y con los afectados.

En estas circunstancias Gargarella, (con citas de Ginsburg y Huc 2018), se refiere a la **“erosión democrática”**, afirmando que implica un

¹⁰¹ GARGARELLA, Roberto, Democracia y Emergencia en América Latina, <http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/se-3/>

*“proceso de decadencia instrumental pero en última instancia sustancial en los tres predicados básicos de la democracia: elecciones competitivas, derechos liberales de expresión y asociación y el estado de derecho”, y añade: “..... hace unas décadas, esta “erosión gradual y desde el interior” generalmente se reflejó en golpes militares violentos y abruptos, que (por diferentes razones), en el siglo XXI se hicieron muchos menos comunes que antes. Sin embargo, este cambio político (es decir, el paso de la ruptura abrupta a la ruptura gradual de la democracia) no debería hacernos olvidar a los latinoamericanos las lecciones aprendidas de nuestra difícil historia política y social”.*¹⁰²

En ese marco, la restricción a la libertad de expresión y al ejercicio de la libertad sindical, sumado a la criminalización de la protesta social durante la emergencia sanitaria, nos conduce nuevamente al tema sobre el debate de la democracia constitucional, puesto que ésta se debilita y erosiona, al aprovecharse el poder político de los órganos ejecutivos, fortaleciendo su posición dominante por sobre los derechos de los ciudadanos y del pueblo, generando desigualdades, sin dialogo institucional con las minorías y la participación de los afectados. La Constitución a partir de la Reforma de 1994 reconoce y garantiza los derechos humanos, sociales, colectivos, económicos y culturales, en forma robusta y amplia, pero en muchos casos, y sobre todo en esta pandemia del Covid 19, aparece como insuficiente en diversas ocasiones frente a desigualdades y violaciones de derechos de los sectores más vulnerables. Por lo tanto, se profundiza, se ahonda, en tiempos de la emergencia el poder dominante, por cuanto se delegan facultades legislativas al poder ejecutivo y en muchas casos, esas delegaciones resultan atribuciones exorbitantes y desmesuradamente irrazonables, que provoca la inacción del congreso o del poder legislativo, no solo en el ejercicio de la atribución de sancionar las leyes, sino también en la función política esencial de todo sistema democrático, que es la del control de los actos del poder ejecutivo. La erosión de la democracia comienza con la falta de control, de quien tiene a su cargo la función del control en las democracias actuales, que es el control por parte de las minorías políticas.

Con el agravante, que esa concentración de facultades en el titular del PE, conlleva también a la falta de control o del control efectivo y razonable por parte del poder judicial.

¹⁰² GARGARELLA, Roberto, Democracia y Emergencia en América Latina, <http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/se-3/>

Por ello, los trabajadores privados y estatales, y como dice Gargarella, “*los pobres necesitan tener una oportunidad justa para exigir sus derechos fundamentales y presentar demandas contra el Estado cuando éste viola o no satisface adecuadamente sus derechos sociales constitucionales*”. (op. cit.).

Bajo las atribuciones de la Constitución Nacional al Poder Judicial, se torna esencial su funcionamiento para la efectiva vigencia de los derechos y garantías en ella reconocidos, durante la emergencia sanitaria.

VI. La coordinación intergubernamental frente al Covid 19 en experiencias de países federales, por Marcelo Bernal¹⁰³

1. Presentación

Con mucho interés hemos aceptado como cátedra la invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba para aportar a una obra colectiva en donde se llevan a cabo reflexiones y propuestas enmarcadas en la crisis y postcrisis devenidas de la pandemia global desatada por el virus Covid-19.

Las dimensiones de análisis podrían llegar a ser infinitas, como riesgoso el intento de arribar a apreciaciones ligeras que rápidamente sean descartadas por el curso de los acontecimientos. Por ello, este aporte a tan valiosa obra consta apenas de una serie de reflexiones personales situadas en los campos de investigación en las que me desempeño habitualmente, esbozando problemáticas que han emergido de la mano de la crisis del denominado Coronavirus, e intentando analizar críticamente el desempeño y la calidad de las respuestas estatales a las mismas.

Las ideas que aquí se presentan están vinculadas con nuestro trabajo de investigación orientado al estudio de sistemas federales comparados, federalismos subnacionales y coordinación intergubernamental, intentando analizar las respuestas estatales y las trayectorias recorridas en estos frenéticos meses por países con sistemas de gobierno federales.

¹⁰³ Abogado y Magister en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de Córdoba, y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Cuyo. Profesor de Derecho Constitucional y Público Provincial y Municipal en las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas de la UNC, en la Universidad Siglo 21 y en la Universidad Nacional de Catamarca. Investigador y autor de numerosas publicaciones especializadas. Actualmente se desempeña como Codirector de la Editorial de la UNC.

Para ello, me pareció interesante pivotear en el abordaje tipológico de Deil S. Wright, pionero de los estudios sobre coordinación intergubernamental, quien en su obra clásica “Para entender las relaciones intergubernamentales”¹⁰⁴ clasifica a los modelos de relaciones de autoridad interjurisdiccional multinivel en tres formatos: a) el modelo de *autoridad coordinada*; b) el modelo de *autoridad inclusiva*; y c) el modelo de *autoridad superpuesta*.

Si bien dicha tipología fue esbozada para caracterizar de manera evolutiva y comparada la creciente interrelación de un emergente gobierno multinivel en Estados Unidos, la misma nos servirá de soporte para comparar las respuestas estatales en materia de coordinación entre niveles de gobierno ante esta emergencia sanitaria, analizando los casos de tres países federales: EEUU, Alemania y Argentina.

Las consideraciones a las que se arriban no son más que reflexiones de tipo personal, dado el poco tiempo transcurrido desde el inicio de la pandemia y de la ausencia de estudios y de datos sobre la materia. Por ello, algunas de las comparaciones se acompañan de opiniones de expertos o se basan en trabajos de investigación y divulgación de publicación reciente.

2. Un modelo de autoridad coordinada. El caso de los EEUU

Tomando la clasificación de Wright antes expuesta, la trayectoria de las respuestas estatales frente a la crisis sanitaria en los EEUU se condice con los elementos de un modelo de *autoridad coordinada*. En el mismo, siguiendo a Wright, los límites que separan al gobierno nacional y al de los Estados subnacionales son claros y bien determinados. Cada esfera de gobierno es independiente de la otra y suprema en sus propias competencias.

Si bien dicha caracterización estaba anclada en el denominado *federalismo dual*, más propio del siglo XIX y mediados del siglo XX, la disociación de posiciones y de acciones evidenciadas entre el gobierno federal y los Estados miembros de la Unión frente a la pandemia aparenta ser un evidente retroceso en materia de coordinación federal multinivel.

Siendo ello una conjetura, lo seguro es que dicha clasificación no define la historia de la intergubernamentalidad ni los profusos espacios de coordinación existentes en dicho país, sino que refleja una coyuntura his-

¹⁰⁴ Primera edición en inglés, Brooks/Cole Publishing Company, 1978. Primera edición en español, Fondo de Cultura Económica de México, 1997.

tórica específica -la crisis del Covid19- y un atípico modelo de conducción del país por parte del presidente Donald Trump, que de manera directa y centralizada ha moldeado la respuesta norteamericana a la pandemia.

Abonando en este sentido, en un reciente aporte a través del *Forum of Federations*, los destacados especialistas Kincaid y Leckrone¹⁰⁵ señalaban: “Nunca tantos estadounidenses han dicho tanto sobre el federalismo en tan poco tiempo como durante la pandemia de COVID-19. Pero la opinión está dividida. Algunos ven el federalismo como un salvavidas, otros como un asesino. Los últimos creen que los estados son laboratorios de muerte porque no actuaron de manera uniforme y el gobierno federal no ordenó un cierre nacional (...) El otro campo dice que las muertes serían mayores si los estados hubieran esperado una acción federal (...) La respuesta de los Estados Unidos al COVID-19 ha sido menos que ideal. Tiene el mayor número de casos y muertes reportados en el mundo. El primer caso de EE. UU. Fue diagnosticado el 20 de enero en el estado de Washington en un hombre que había visitado Wuhan, China. COVID-19 llegó a Nueva York desde Europa. Circuló en la región de la ciudad de Nueva York durante varias semanas antes de que se diagnosticara el primer caso el 1 de marzo. La primera acción del gobierno federal en respuesta se tomó el 31 de enero cuando el presidente prohibió la entrada de la mayoría de los extranjeros que habían visitado China recientemente.”

Resaltando el valor de una respuesta federal al problema de la crisis, Kincaid y Leckrone añaden que “los gobernadores cerraron la economía de los Estados Unidos porque los estados, no el gobierno federal, poseen el poder policial. Este es el poder de legislar para la salud, el bienestar, la seguridad y la moral de los ciudadanos. El gobierno federal solo tiene poderes limitados y delegados. El poder policial se encuentra entre los poderes no delegados reservados a los estados por la Décima Enmienda (1791) a la Constitución de los Estados Unidos (...) El presidente Trump encendió una tormenta de fuego constitucional el 13 de abril cuando declaró que tenía poder “absoluto” y “total” para anular a los gobernadores y reabrir la economía. Llamó a los gobernadores recalcitrantes “amotinados”. Pero Trump se retiró al día siguiente, después de una reacción violenta de los gobernadores, miembros del Congreso y académicos constitucionales. Posteriormente, el presidente sostuvo

¹⁰⁵ Federalism and the COVID-19 Crisis in the United States of America. file:///C:/Users/berna_yduvr54/OneDrive/Escritorio/Art.%20Coronavirus/FORUM%20of%20FEDERATIONS_Federalism%20and%20Covid-19.pdf

una conferencia telefónica con los gobernadores y se comprometió a cooperar con ellos para reabrir la economía”.

Cerrando su abordaje, los autores plantean como saldo que “es improbable que la crisis del coronavirus induzca un cambio significativo en la distribución del poder en el sistema federal estadounidense. La afirmación de los gobernadores de los poderes policiales de sus estados asegurará que la centralización gradual del sistema federal, que ha estado ocurriendo especialmente desde fines de los años sesenta, no sea impulsada por COVID-19”.

Si bien la película está en pleno rodaje, este retroceso en materia de coordinación federal en los EEUU seguramente va a ser recordado como parte de un momento y un contexto histórico determinado, pero la fortaleza de las instituciones, de las burocracias especializadas y de la propia sociedad civil volverán a reencauzar los andariveles de gobernanza multinivel antes alcanzados.

3. Un modelo de autoridad inclusiva. El caso argentino

De modo también preliminar podríamos coincidir en que la crisis ha evidenciado en el federalismo argentino múltiples problemas de coordinación intergubernamental y una tendencia marcada a la concentración de las decisiones en la figura presidencial. En la tradicional clasificación efectuada por Deil S. Wright estamos ante un claro ejemplo de federalismo centralizado, o de *autoridad inclusiva*.

Afirma el autor que este modelo sugiere la naturaleza esencialmente jerárquica de la autoridad. Las relaciones de dependencia implican pautas de poder en donde los gobiernos subnacionales tienen un impacto incidental o menor en la política nacional y en el diseño de las intervenciones públicas. El principio de autoridad, y agregó, máxime en un estado de excepción, se concentran decididamente en la esfera nacional.

Al momento de la redacción de este trabajo, quizás podríamos coincidir que algunas de las notas que caracterizan el manejo de la pandemia serían las siguientes:

- i. La dirección y el abordaje de la crisis sanitaria fue asumida por el gobierno federal, con el Ministerio de Salud como autoridad de aplicación, y convocando a un equipo de expertos sanitarios, preeminentemente formados en la disciplina de la epidemiología. Una de las críticas centrales al modelo es el desplazamiento de centralidad del Poder Legislativo y

del Judicial en un estado de excepción, suplido por decisiones avaladas en conocimiento científico, pero sin ser solapada por miradas de carácter político, económico, social, entre otros.

ii. Los gobiernos subnacionales (Provincias, CABA y municipios) han formado parte de diálogos y de consultas, sin ser definitivas ni institucionalizadas sus miradas o aportes al contexto. La instancia de consultas personalizadas desnuda las asimetrías de poder de los actores, a los que se añadió la parálisis de la economía que agudizó la relación de dependencia económica de las provincias y municipios de los fondos provenientes del Tesoro Nacional.

iii. La emergente crisis de coordinación que se ocasiona frente al modelo de *autoridad inclusiva* propuesta por el gobierno federal, ha generado problemas de diversa naturaleza, Entre algunas de ellas citamos los problemas de control de las fronteras de manera coordinada entre Nación y provincias que limitan con países vecinos; los derivados del traslado de miles de argentinos desde el exterior, y también desde unas provincias a otras; los problemas en poder garantizar el derecho de tránsito frente a medidas unilaterales de gobiernos provinciales y municipales; derechos constitucionales fundamentales afectados con medidas como el cerco de seguridad impuesto a barrios humildes con casos identificados de la enfermedad; el uso de recursos tecnológicos afectados a la crisis y su impacto sobre la privacidad y la intimidad; los criterios de distribución de los recursos sanitarios y de ayudas fiscales; entre muchos otros.

El conjunto de estos factores evidencia lo que se sostiene de manera uniforme en la literatura especializada acerca de que nuestro país carece de las normas, instituciones y procesos suficiente, y de burocracias subnacionales con las capacidades institucionales necesarias para tramitar una adecuada gestión de las relaciones intergubernamentales y, en consecuencia, contextos de recurrentes emergencias concentran el poder de decisión en la esfera nacional de gobierno

4. Un modelo de autoridad superpuesta. La experiencia de Alemania

Finalmente, el modelo de *autoridad superpuesta* de Wright se condice con los actuales federalismos cooperativos. Los principales lineamientos son resumidos por el autor de la siguiente manera: a) Áreas considerables de operaciones gubernamentales incluyen, simultáneamente, unidades (o funcionarios) nacionales, estatales y locales;

b) Las áreas de autonomía o de independencia de una sola jurisdicción y de plena discrecionalidad son relativamente pequeñas; y c) El poder y la influencia de que dispone cualquier jurisdicción (o funcionario) están considerablemente limitados. Los límites producen una pauta de autoridad que bien puede llamarse de negociación.¹⁰⁶

Un interesante artículo del diario El País¹⁰⁷ analizó hace unos días el abordaje de la crisis en dos casos de países vecinos y de similar escala: Alemania, que es un federalismo tradicional y consolidado, y Francia, ejemplo de diseño centralizado. Las estadísticas reflejaban al 18 de abril, día de la publicación, que frente a una similar cantidad de casos Alemania contaba con 3868 decesos y Francia con más de 18000.

Se señalaba acerca del caso alemán que “el Gobierno recomienda y coordina y cada Estado decide cuándo y cómo ejecuta las medidas (...) El proceso, en el que participan representantes de los distintos partidos que gobiernan en los *länder*; es mucho más complejo y dilatado que una decisión ejecutiva del Gobierno central, como explica Ursula Münch, directora de la Academia de Educación Política en Tutzing, Baviera, quien sin embargo reconoce ventajas. Para empezar, porque la descentralización significa que Alemania cuenta con institutos de investigación y universidades de referencia repartidas por todo el país y con un papel científico destacado en esta crisis. Pero, sobre todo, porque, según Münch¹⁰⁸, en un momento excepcional es importante que distintos poderes ejecutivos “ejercen de contrapeso y se controlen los unos a los otros y aporten distintas perspectivas en la toma de decisiones”. Esa pluralidad y mayor cercanía de las autoridades regionales con los gobernados cobra significado ante la masiva restricción de derechos y libertades impuesta”.

En el caso francés, “el presidente adopta en soledad medidas que cambian el rumbo de la sociedad. El país donde el jefe de Estado y la élite tecnocrática que le rodea -altamente preparada, pero poco diversa y atrapada en las inercias de una cultura burocrática particular- concentra más poder que en ninguna otra gran democracia occidental. El país donde las decisio-

¹⁰⁶ WRIGHT, Deil S. *Para entender las relaciones intergubernamentales*. Fondo de Cultura Ecoómica de México, 1997, p. 117.

¹⁰⁷ *La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés*. El País de Madrid, 17/04/2020. file:///C:/Users/berna_yduvr54/OneDrive/Esitorio/Art.%20Coronavirus/La%20pandemia%20examina%20el%20federalismo%20alemán%20y%20el%20centralismo%20francés%20_%20Internacional%20_%20EL%20PAÍS.pdf

¹⁰⁸ Directora de la Academia de Educación Política en Tutzing, Baviera.

nes se toman en París y donde el principio igualitario de la Revolución de 1789 sigue siendo un freno a la descentralización real o a la aceptación de excepciones regionales” (...) “El sistema napoleónico”, explica Heisbourg, “ha funcionado bastante bien, sobre todo en lo que respecta al reparto de medios en función de las zonas de tensión de la pandemia”. Heisbourg¹⁰⁹ usa el término “napoleónico” para referirse al sistema centralista o jacobino. Pero matiza: El sistema napoleónico es fastidioso cuando se cometen errores. Porque entonces las consecuencias de estos errores son napoleónicas. Errores como no haber puesto en marcha testeos lo suficientemente temprano, rápida y masivamente eran evitables. Las consecuencias son enormes. mientras que, en un sistema descentralizado, si alguien en un *land* o autonomía comete un error, este puede quedar relativamente reducido a escala nacional.”

La experiencia alemana de federalismo cooperativo (o de autoridad superpuesta) aparenta haber funcionado mejor en el contexto de la crisis del Covid 19, tanto en relación con su vecino Francia, con un modelo de organización estatal centralizado, como así también con respecto a otras experiencias federales aquí analizadas.

5. Breves consideraciones finales

Las humildes reflexiones aquí presentadas pueden ser perfectamente rebatidas por la evolución de esta crisis sanitaria global, y los ejemplos proporcionados seguramente no se ciñen de manera estricta a los modelos o categorías propuestas. No obstante, me parece de especial interés observar las respuestas estatales en los casos mencionados y su seguimiento/apartamiento de las trayectorias de vínculos intergubernamentales preexistentes a la pandemia.

Tanto Alemania como Argentina tienden aparentemente a una mayor estabilidad de sus modelos de autoridad, aunque uno de ellos se apoye en sólidas instituciones multinivel y el otro tiende inercialmente, como acto reflejo, a concentrar las decisiones en la esfera nacional de gobierno.

El tercer ejemplo es de un país que se desvía de su trayectoria histórica, generando una crisis de balance de poder y una paulatina disociación de las respuestas entre los estados miembros, y con respecto a la agenda del propio gobierno nacional. Seguramente el particular estilo de liderazgo de

¹⁰⁹ Consejero del laboratorio de ideas International Institute for Strategic Studies.

Trump explica buena parte de los problemas de coordinación emergentes. Pero también es cierto que dicho liderazgo interpela las tradicionales estructuras de coordinación y de frenos y contrapesos existentes en la Nación creadora del modelo federal de organización del poder territorial.

Los aspectos reseñados en este trabajo pueden y merecen ser profundizados y valorados en base a evidencias científicas aún precarias o en curso de elaboración. Sin embargo, creemos en las bondades de los modernos federalismos cooperativos como conductores más eficientes del gobierno multinivel, permitiendo a los estados subnacionales ser protagonistas, en lugar de decididos, aún en contextos de inusitada excepcionalidad como el suscitado con la crisis en curso.