

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

La reproducción de este libro, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por esta Editorial o el director de la obra, es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

**El derecho argentino frente a la pandemia y post-pandemia covid-19 /**  
Guillermo Barrera Buteler ... [et al.] ; dirigido por Guillermo Barrera Buteler.  
- 1ª ed.- Córdoba : Universidad Nacional de Córdoba, 2020.

1632 p. ; 23 x 16 cm.  
ISBN 978-950-33-1596-5

1. Derecho. 2. Derecho Civil. 3. Derecho Constitucional. I. Barrera Buteler,  
Guillermo, dir.

**CDD 340.0982**

**ADVOCATUS**

Obispo Trejo 181 – Córdoba  
editorial@advocatus.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en Argentina

**FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA**

**DECANO**

Dr. Guillermo E. Barrera Buteler.

**VICEDECANO**

Dr. Edgardo García Chiple.

**SECRETARÍA ACADÉMICA**

Secretario Académico: Dr. Alejandro Freytes  
Pro Secretaria Académica: Mgter. María Ruíz Juri

**SECRETARÍA DE POSGRADO**

Secretario de Posgrado: Dr. Edgardo García Chiple  
Pro Secretaria de Posgrado: Dra. Susana Borgarello

**SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA**

Secretario Legal y Técnica: Dr. Victorino F. Solá

**SECRETARÍA ADMINISTRATIVA**

Secretario Administrativo: Ab. Ricardo Daniel Erezian

**SECRETARÍA DE ASUNTOS ESTUDIANTILES**

Secretario Asuntos Estudiantiles: Ab. Diego Agustín Agudo Solís  
Pro-Secretarios Asuntos Estudiantiles:  
Ab. Antonio Koguc Batuszko / Ab. Ricardo Daniel Erezian

**SECRETARÍA DE CIENCIA Y TÉCNICA**

Secretaria de Ciencia y Técnica: Dra. Amalia Uriondo de Martinoli

**SECRETARIA DE EXTENSIÓN Y RELACIONES INTERNACIONALES**

Secretario de Extensión y Relaciones Internacionales: Dr. Jorge E. Barbará  
Pro Secretaria de Relaciones Internacionales: Ab. Laura Alejandra Calderón  
Pro Secretario de Extensión: Ab. Pablo Cesar Mina Guzmán

**SECRETARÍA DE GRADUADOS**

Secretario de Graduados: Dr. Maximiliano Raijman

Pro secretario de Graduados: Ab. Juan Alberto Diaz

**CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES**

Director del Centro de Investigaciones de Jurídicas y Sociales:

Dr. Esteban Federico Llamosas

Coord. Académica Centro de Investigaciones:

Dra. María Alejandra Sticca

Coord. Académica de Extensión del Centro de Investigaciones:

Dra. María Cristina Di Pietro

**DEPARTAMENTO DE CONCURSOS DOCENTES**

Directora Dpto. Concursos Docentes: Dra. Norma Elida Bonifacino

Coordinador Dpto. Concursos Docentes: Ab. Carlos Martin Reyna

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**

Director Dpto. Derecho Civil: Dr. Juan Carlos Palmero

Coordinador Dpto. Derecho Civil: Dr. Manuel Cornet

**DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL**

Director Dpto. Derecho Comercial: Dr. Efraín Hugo Richard

Coordinadora Dpto. Derecho Comercial: Dra. Giselle Javurek

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

Directora Dpto. Derecho Penal y Criminología: Dra. María C. Barbera de Riso

Coordinador Dpto. Derecho Penal y Criminología: Ab. Eduardo Omar Caselli

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL**

Coordinadora: Ab. Anahí Sandiano

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

Director Dpto. Derecho Público: Dr. Lorenzo Daniel Barone

Coordinador Dpto. Derecho Público: Dr. Humberto Molina

**DEPARTAMENTO DE DERECHO SOCIAL**

Directora Dpto. Derecho Social: Dra. Estela Piña

Coordinadora Dpto. Derecho Social: Ab. Graciela Tronca de Pana

**DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS BÁSICOS**

Director Dpto. Estudios Básicos: Dr. Héctor Daniel Gattás

Coordinadora Dpto. Estudios Básicos: Ab. Matías Rosso

**DEPARTAMENTO DE NOTARIADO**

Director Notariado: Dr. Gabriel B. Ventura

**PROGRAMA DE ENSEÑANZA PARA LA PRÁCTICA JURÍDICA**

Director: Dr. Manuel Antonio González Castro

**PROGRAMA DE ENSEÑANZA DEL DERECHO EN CARCELES**

Directoras:

Dra. Marcela Aspell

Dra. Graciela Ríos

**MUSEO HISTÓRICO FACULTAD DE DERECHO.**

Directora: Dra. Marcela Aspell

Coordinadores

Dra. Raquel V. Moyano

Lic Raúl Sansica

Lic Ana Carolina Vergara

Lic Rodrigo F. Alabart



## **Ciencia, Derecho y Sociedad**

Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad  
Nacional de Córdoba

### **Secretario Administrativo**

Ab. Ricardo Daniel Erezian

### *Consejo Editor*

Marcela ASPELL. UNC/Conicet • Martha DÍAZ DE LANDA. UNC  
Adriana DREYZIN DE KLOR. UNC • María Eugenia GÓMEZ DEL RÍO. UNC  
M. Consuelo PARMIGIANI DE BARBARÁ. UNC • Aída TARDITTI. UNC

### **Comité Académico Asesor UNC**

Dr. Ernesto Abril	Dr. Francisco Junyent Bas
Dr. Julio Isidro Altamira Gigena	Dr. Carlos Lascano
Dr. Raúl Altamira Gigena	Dr. Carlos Lista
Dr. Juan Manuel Aparicio	Dr. José Fernando Márquez
Dr. Eduardo Arroyo	Dra. María Cristina Mercado de Salas
Dr. Jorge Barbará	Dra. Alicia Morales Lamberti
Dr. Guillermo Barrera Buteler	Dr. Miguél Ángel Ortiz Pellegrini
Dra. María Inés Bergoglio	Dr. Juan Carlos Palmero
Dr. José Ignacio Cafferata	Dr. Gabriel Pérez Barberá
Dr. Ricardo Caracciolo	Dr. Daniel Pizarro
Dr. Manuel Cornet	Dr. Ernesto Rey Caro
Dra. Zlata Drnas de Clément	Dr. Efraín Hugo Richard
Dr. Eduardo Ignacio Fanzolato	Dr. Horacio Roitman
Dr. Edgardo García Chiple	Dr. José Ignacio Romero
Dr. Sergio Guestrin	Dra. Amalia Uriondo de Martinoli
Dr. Ricardo Haro	Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira
Dr. Antonio María Hernández	Dr. Alberto Zarza Mensaque
	Dr. Jorge Horario Zinny

### **Comité Académico Externo UNC**

Dr. Ricardo Alonso García – Universidad Complutense de Madrid (España)  
Dr. Manlio Bellomo – Universidad de Catania (Italia)  
Dr. Diego Benavidez Santos – Universidad de Costa Rica  
Dra. María da Gloria Bonelli – Universidad Federal de San Carlos (Brasil)

- Dr. Jordi Ferrer Beltrán – Universidad de Gerona (España)  
Dr. José Carlos Fernández Rozas – Universidad Complutense de Madrid (España)  
Dr. Juan Carlos Gorlier – Center for Latin and Caribbean Studies (EEUU)  
Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci – Universidad Nacional de Cuyo  
Dra. Marta Lorente – Universidad Autónoma de Madrid (España)  
Dra. Hilda Marchiori – Facultad de Psicología, UNC  
Dr. Clemente Navarro Yáñez – Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)  
Dr. Dante Negro – OEA  
Dr. Joan Pagès i Galtés – Universidad de Tarragona (España)  
Dr. Leonel Pereznieta Castro – Universidad Nacional Autónoma (México)  
Dr. Pasquale Pistone – Universidad de Salerno (Italia)  
Dra. Carmen Plaza Martín – Universidad de Castilla La Mancha (España)  
Dr. Carles Ramió Matas – Universidad Pompeu Fabra (España)  
Dr. Clauss Roxín – Universidad de Múnich (Alemania)  
Dr. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense de Madrid (España)  
Dr. Ernesto Garzón Valdés – Universidad de Maguncia (Alemania)

### **Director Ejecutivo**

Rodolfo Salassa Boix - UNC / Conicet

### **Edición General**

Ab. Ricardo Daniel Erezzián



# INDICE GENERAL

## TOMO II

### DERECHO CONSTITUCIONAL

<b>Emergencias, orden constitucional y COVID-19 en Argentina</b> <i>Antonio María Hernández</i> .....	19
<b>Una constitución para todas las épocas. Algunas notas sobre el Derecho Constitucional en tiempo de pandemia</b> <i>Guillermo E. Barrera Buteler, Magdalena I. Álvarez, José M. Pérez Corti y Victorino Solá</i> .....	79
<b>Pandemia y constitución en la Argentina actual. Reflexiones desde la Cátedra “B” de Derecho Constitucional Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba</b>	
<b>I. Introducción. Breves comentarios sobre este texto y “lo constitucional” en los tiempos actuales en Argentina.</b> <i>Andrés Rossetti</i> .....	136
<b>II. Nociones sobre el Cuidado y el Modo de Ser en el Mundo</b> <i>Marta Faur</i> .....	146
<b>III. Impacto de la pandemia en la dicotomía público/privado en Argentina</b> <i>Claudio E. Guiñazú</i> .....	157
<b>IV. Preocupaciones constitucionales en tiempos de pandemia: desigualdad y emergencia. La necesidad de repensar los mecanismos decisorios</b> <i>Romina Verri</i> .....	167

<b>V. Derechos laborales y gremiales de los trabajadores estatales durante la emergencia sanitaria</b>	
<i>Félix A. López Amaya</i> .....	175
<b>VI. La coordinación intergubernamental frente al COVID-19 en experiencias de países federales</b>	
<i>Marcelo Bernal</i> .....	184
<b>Cuando el centro está afuera de la figura. -República, desequilibrio de poderes y emergencia-</b>	
<i>Pablo Riberi</i> .....	193
<b>Pandemia y estado de excepción</b>	
<i>Miguel Ángel Ortiz Pellegrini</i> .....	243
<b>DERECHO PENAL</b>	
<b>La emergencia sanitaria en contextos de encierro carcelario</b>	
<i>Carlos Julio Lascano</i> .....	261
<b>COVID-19 y cárceles argentinas</b>	
<i>Gustavo A. Arocena</i> .....	285
<b>DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO</b>	
<b>La confrontación entre Estados Unidos de América y China en tiempos de COVID-19 y el Derecho Internacional Público</b>	
<i>Zlata Drnas de Clément</i> .....	323
<b>El rol del principio de cooperación internacional durante la pandemia y en el período post-COVID 19</b>	
<i>María Alejandra Sticca</i> .....	357

<b>COVID-19, crímenes internacionales y amenazas a la paz: ¿integran las pandemias el ámbito material de la responsabilidad de proteger?</b>	
<i>Luciano Pezzano</i> .....	371
<b>Incidencia de la pandemia covid 19 en derechos fundamentales. Las organizaciones internacionales y la seguridad de los estados</b>	
<i>Christian G. Sommer, María Pilar Llorens, Oscar Benítez y Guillermo Costilla</i> .....	387
<b>DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO</b>	
<b>El COVID-19 y la cooperación jurídica internacional</b>	
<i>Adriana Dreyzin de Klor</i> .....	425
<b>El COVID-19 y las nuevas formas de celebración del matrimonio</b>	
<i>Carlos E. Echegaray de Maussion</i> .....	453
<b>Pandemia y solicitudes de retorno de menores por traslados ilícitos en sustracción de niños: ¿es la COVID-19 una excepción de riesgo grave?</b>	
<i>Myriam Diana Lucero</i> .....	463
<b>Justicia, aislamiento y videoconferencia la experiencia del Derecho Internacional Privado en desandar barreras: guía de buenas prácticas de la conferencia de La Haya 2019</b>	
<i>Carolina Harrington</i> .....	473
<b>Restitución internacional de niños. La excepción de grave riesgo y COVID-19</b>	
<i>Laura Martina Jeifetz</i> .....	493
<b>El Derecho Internacional Privado y el desafío frente a los grupos más vulnerables en el marco del COVID-19</b>	
<i>Cristina Britos</i> .....	501

**La responsabilidad social empresaria de las empresas multinacionales como herramienta para enfrentar la pandemia COVID-19**

*Candela Noelia Villegas*.....509

DERECHO ADMINISTRATIVO

**Los deberes cívicos frente a la pandemia COVID 19**

*José Luis Palazzo* ..... 521

**Importancia del rol y la gestión del Poder Judicial en tiempos de coronavirus – COVID-19**

*Domingo J. Sesin y Daniela S. Sosa* ..... 527

DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**Los cimientos del Derecho del Trabajo siguen firmes**

*César Arese* ..... 545

**Las relaciones laborales en la emergencia**

Carlos Alberto Toselli..... 563

# **DERECHO CONSTITUCIONAL**



# EMERGENCIAS, ORDEN CONSTITUCIONAL Y COVID-19 EN ARGENTINA

ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Estas reflexiones sobre estos temas de gran complejidad, importancia y actualidad se efectuarán en 3 acápites. El primero, destinado a los aspectos conceptuales sobre las emergencias, sus institutos respectivos y el impacto que producen en el orden constitucional y en los derechos humanos.

Y aunque el objeto de análisis está enfocado en el caso de Argentina principalmente, no puede desconocerse su trascendencia en los ámbitos regionales americanos y europeos y mundiales.

En segundo lugar se considerará lo ocurrido en nuestro país para enfrentar al COVID-19, bajo el punto de vista institucional y constitucional, por parte de los diversos órdenes gubernamentales de la Federación.

Y finalmente, presentaremos unas breves reflexiones finales, en estas cuestiones que afectan a la humanidad entera y a sus países y organizaciones internacionales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular Plenario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Honorario de la Universidad de Buenos Aires y Posdoctoral Senior Fellow de la State University of New York at Buffalo Law School. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Vocal del Consejo Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ex Convencional Constituyente de la Nación.

<sup>2</sup> Con fecha 20 de julio 2020 se han contabilizado 14.599.613 afectados y 607.746 muertos a nivel mundial por el COVID-19, según información de la John Hopkins University. La emergencia en salud pública fue dispuesta por la Organización Mundial de la Salud con fecha 30 de enero de 2020 y fue calificada como Pandemia el 11 de marzo de 2020. El origen del Coronavirus fue en la ciudad de Wuhan, en China, que ocultó

## 2. LAS EMERGENCIAS Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL

-El problema de las emergencias **tiene un alcance global y ha merecido especial tratamiento por las Naciones Unidas**, a través de su Consejo Económico Social y de su Comisión de Derechos Humanos, que desde hace más de 3 décadas comenzó el estudio y seguimiento de su impacto en los estados de derecho y en los derechos humanos. El Relator Especial, Leandro Despouy, sostuvo en las Conclusiones y Recomendaciones de su 10º Informe, que entre 1985 y 1997 hubo más de 100 países que vivieron bajo estados de excepción y que ello ocurrió en todos los continentes, de tal manera que existía una peligrosa tendencia en el mundo a que la excepción se convierta en la regla.<sup>3</sup>

Fue lo que advirtió en su momento Giorgio **Agamben** en su conocida obra sobre el Estado de Excepción<sup>4</sup>, convertido en un sistema normal de gobierno, con avances sobre la democracia y los derechos individuales.<sup>5</sup>

Por su parte, la **Asociación Internacional de Derecho Constitucional** organizó junto a la Asociación Argentina de Derecho Constitucional una **Mesa Redonda sobre “Constitucionalismo en tiempos de emergencia”**<sup>6</sup>. El primer panel consideró el siguiente tema: “**Schmitt vs.**

---

información y demoró las comunicaciones a nivel internacional. En sólo algo más de una decena de pequeños países isleños no se han reportado casos de contagio dentro de los 194 reconocidos por la ONU, lo que indica la magnitud notable de la pandemia.

<sup>3</sup> El informe fue titulado “La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: la cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción”, de fecha 23 de junio de 1997, en el 49 período de sesiones de Naciones Unidas, con versión original en inglés. Con motivo del COVID-19 se ha mencionado que más de 50 países han declarado estados de emergencia. Para un análisis de la legislación comparada en esta materia véase Tom Ginsburg y Mila Versteeg, COVID-19 “Estados de emergencia: Parte 1”, Revista de Derecho de la Universidad de Harvard on line, de 17 de abril de 2020, [www.harvardlawreview.org](http://www.harvardlawreview.org).

<sup>4</sup> Giorgio Agamben, *State of Excepcion*, Chicago University Press, Chicago, 2005.

<sup>5</sup> Para un debate actual sobre esta cuestión desde una perspectiva filosófica, véase “Sopa de Wuhan”, con la participación de Agamben, Zizek, Franco Berardi, Jean Luc Nancy y Chul Han, entre otros, Ebook editado por ASPO, con el diseño y edición de Pablo Amadeo, marzo 2020. El libro está dedicado a Li Wenliang, que fue el primer médico que denunció el virus en la ciudad de Wuhan, siendo por ello perseguido por el Gobierno de China y finalmente muerto por la pandemia.

<sup>6</sup> Que organizáramos en Córdoba, durante los días 24 y 24;5 de junio de 2005, en nuestro carácter de Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. En base a ello, ambas Asociaciones publicaron el libro “Constitucionalismo



**Dicey: ¿Están los estados de emergencia dentro o fuera del orden jurídico?”** y fue su objetivo promover el debate sobre los aspectos jurídico-filosóficos de los estados de emergencia.

David Dyzenhaus<sup>7</sup> sostuvo que frente al pensamiento de Schmitt enunciado en su obra “Political Theology”, que se sintetiza en que no hay norma aplicable al caos y que es soberano el que decide en última instancia sobre la excepción<sup>8</sup>, las distintas respuestas posibles operadas desde el liberalismo correspondieron a John Locke<sup>9</sup>; Lord Hoffmann, Law Lord<sup>10</sup> y a

---

en tiempo de emergencia”, con nuestra Coordinación y cuyos autores fueron los Profesores Brewer Carías, Burgorgue-Larsen, Cea Egaña, Cho, Dalla Via, Dyzenhaus, Garlicki, González Cruz, Hernández, Rosenfeld, Sabsay, Sagués, Saunders y Vanossi, editado por Editorial Advocatus, Córdoba, 2007.

<sup>7</sup> Profesor de la Universidad de Toronto, Canadá, autor del artículo “Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?”, en “Constitucionalismo en tiempos de emergencia”, obr. cit., págs.. 93/133.

<sup>8</sup> Schmitt Carl, “Political Theology”: four chapters on the concept of sovereignty”, MIT, Cambridge, Massachussets, 1988.

<sup>9</sup> En sus “Two Treatises on Government”

<sup>10</sup> En el caso “A v Secretary of State for the Home Department”, (2005) 2 WLR 87, paragraphs 88/89.

Albert V. Dicey<sup>11</sup>. Luego de analizar el modelo de legalidad de Dicey<sup>12</sup>, fijó su posición a favor del rule of law substantivo en todo momento, incluso en las emergencias, mediante un accionar de cooperación de los 3 poderes del Estado, para que los funcionarios intervinientes actúen bajo los principios del orden legal<sup>13</sup>. Esta respuesta de las democracias constitucionales y libe-

---

<sup>11</sup> En su “Introduction to the Study of the Law of the Constitution”, MacMillan, London, 10th Edition, 1959. Luego analizó las opiniones de Ferejohn y Pasquino (John Ferejohn and Pasquale Pasquino, “The law of the exception: A typology of emergency powers”, *International Journal of Constitutional Law*, 2, (2004), págs.. 210/239) sobre Dicey y las correspondientes a Kelsen (en relación a la Identity Thesis, o sea que el Estado está constituido totalmente por el Derecho) y Dworkin (“Hard cases” in “Taking rights seriously”, London, Duckworth, 1977, ps. 81/121.. Más adelante criticó los puntos de vista de Rossiter (en su obra “Constitutional Dictatorship”, Princeton University Press, Princeton, (1948) y coincidió con Giorgio Agamben en sus posiciones contrarias a Schmitt. Posteriormente consideró las respuestas al terrorismo luego del ataque a las Torres Gemelas del 9 de septiembre de 2001, oponiéndose a los criterios de Bruce Ackerman (“The emergency Constitution”, 113 *Yale Law Journal* 1029, (2004) y Sunstein (“On case at a time:Judicial Minimalism at the Supreme Court”, Harvard University Press, Harvard, 1999), por sus interpretaciones sobre los fallos de la Corte Suprema norteamericana (En “Korematsu” y “Endo”(1944) y Hamdi (2004)). En relación a Ackerman, debe destacarse su concepto del “super-majoritarian escalator”, donde defiende la necesidad de la aprobación legislativa de la declaración de emergencia, por un corto tiempo, y luego, en cada renovación, el requerimiento de una mayoría más calificada de legisladores. Ello, buscando la colaboración entre los poderes ejecutivo y legislativo, con estricto control republicano y democrático durante la emergencia. También destacamos otro análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (“Hamdi”, “Rasul” y “Padilla”) (2004), además de los dictados por los más altos Tribunales de Inglaterra y de Israel sobre la guerra contra el terrorismo, de Michel Rosenfeld, “Judicial Balancing in times of stress: comparing diverse approaches to the war on terror”, en “Constitucionalismo en tiempos de emergencia”, obr. cit., págs.. 151 y sgts..

<sup>12</sup> Albert V. Dicey, “Introduction to the study of the Law of the Constitution”, MacMillan, London, 10th Edition, 1959. El autor en su análisis del derecho inglés puso de relieve que en el estado de emergencia siempre es necesaria la respuesta legislativa del Parlamento en primer lugar, y que además, no hay posibilidad de instaurar una ley marcial en el sentido del estado de sitio francés. Dizenhaus expresa que “rule by law and rule of law are for Dicey two sides of the same coin”, véase “Schmitt v. Dicey:...”, obr. cit., p.127.

<sup>13</sup> El autor rechaza la posibilidad que admiten algunos, de que haya un dualismo con rule of law en tiempos normales y sin el mismo en tiempos de emergencia. Obr. cit., págs. 132/3. Sobre estos aspectos conceptuales y teóricos que consideramos de especial complejidad, véase asimismo el importante artículo de Pablo Riberi: “Assessing Republican Wariness in times of hazard ant turmoil”, en “Constitutional Limits to security”, *Proceedings of the 4th Vienna Workshop on International Constitutional Law*”

rales a las emergencias requiere siempre la participación del Poder Legislativo, aunque tenga mayores poderes el Ejecutivo y con el debido control por parte del Poder Judicial, para la defensa de los derechos individuales<sup>14</sup>.

En esta breve presentación de los aspectos teóricos de tan compleja cuestión<sup>15</sup>, comparto la distinción que efectúa Riberi entre estados de excepción y de emergencia, al expresar: “..más allá de la visión de Schmitt, es muy incómodo retratar “excepciones”. Por el contrario, las “emergencias” siempre representan una construcción normativa basada en una constitu-

---

AAVV - Eberhard H., Lachmayer K., Ribarov G. & Talleinger G. Editors, *Nomos -Facultas*, 2009, págs.. 189/215.

<sup>14</sup> Por su parte, Daniel Sabsay al comentar el trabajo de Dyzenhaus dijo: “Consideramos que el aporte de Dyzenhaus adquiere una lectura diferente a la luz de lo que acontece en los países desarrollados y en los que se encuentran en vías de desarrollo. En estos últimos las instituciones de emergencia se convierten muchas veces en recursos permanentes de los gobernantes, sobretodo de los titulares de ejecutivos presidencialistas. En los primeros se trata de momentos excepcionales de su vida institucional. El mensaje que queda para quienes habitamos en donde lo extraordinario se transforma en ordinario con inusitada y recurrente facilidad, consiste en descubrir que donde esto no ocurre, de todos modos se cuestiona seriamente el fenómeno”.( “A propósito de Schmitt contra Dicey: Están los estados de emergencia dentro o fuera del orden jurídico”(David Dyzenhaus), en “Constitucionalismo en tiempos de emergencia”, obr. cit., pág. 139). Los otros paneles analizaron estos temas: “Derecho, Política y Emergencias: Tres Perspectivas”, para una consideración jurídico-política de la emergencia, a cargo de Vannossi, Rosenfeld y Burgorgue-Larsen; “Constitucionalismo y emergencias políticas, económicas y sociales en América del Sur”, con el objetivo de analizar la cuestión en nuestra región, por parte de Valadés, Cea Egaña, Brewer Carías y Dalla Via; “Derecho supranacional y Derecho Internacional”y su objetivo fue el análisis de los tratados y jurisprudencia de dicho carácter, a cargo de Néstor Sagüés, de Byung-Yoon Cho y de Lech Garlicki, en su carácter de Ex Miembro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, las **conclusiones finales** estuvieron a cargo de Cheryl Saunders y Didier Maus, Presidente y Vicepresidente de la Asociación Internacional. Por razones de extensión de este trabajo, no podemos detenernos en su consideración, para lo que remitimos a la obra citada, aunque debemos poner de relieve que en las distintas exposiciones se advirtió una común preocupación por subordinar las emergencias y sus institutos a las Constituciones y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

<sup>15</sup> Que debiera incluir otros autores como Hans Kelsen, entre otros, y cuyo estudio excede el propósito de esta obra. Véase Lorenzo Córdoba Vianello, “Derecho y poder”-Kelsen y Schmitt frente a frente-“, Fondo de Cultura Económica y Unam, México, 2009. Asimismo tampoco podemos detenernos en la perspectiva histórica de las emergencias, donde resalta el derecho romano y sus diversas instituciones como el “Senatus consultum ultimum”y la dictadura, entre otras.

ción. De ahora en adelante, la idea subyacente de “emergencias” en lugar de excepciones resulta ser sutil pero evidente”.<sup>16</sup>

-Con respecto a la región europea, debe destacarse el importante trabajo efectuado por la Comisión de Venecia<sup>17</sup>, que compila la doctrina sobre los estados de emergencia en sus diversos aspectos: declaración y sus requisitos, duración, intervención del Parlamento y revisión por parte del Poder Judicial<sup>18</sup>, restricciones a los derechos fundamentales<sup>19</sup>, la necesidad y proporcionalidad de las medidas de emergencia, el respeto por las competencias de los gobiernos locales, entre otras cuestiones.<sup>20</sup> Se destaca en el trabajo el caso de las Constituciones de Austria, Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Italia, Noruega, Suecia y Suiza, que no contienen disposiciones sobre estados de emergencia<sup>21</sup>.

-En relación a nuestra región, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió su Declaración 1/20 de 9 de abril pasado, bajo el título “COVID-19 Y DERECHOS HUMANOS: Los problemas y desafíos deben

---

<sup>16</sup> RIBERI, Pablo: “Assessing Republican Wariness in times of hazard ant turmoil”, en “Constitutional Limits to security”, Proceedings of the 4th Vienna Workshop on International Constitutional Law” AAVV-Eberhard H., Lachmayer K., Ribarov G. & Talleinger G. Editors, Nomos -Facultas, 2009, págs.. 189/215, Punto III.. Y el autor agrega: “Una emergencia es un concepto normativo sin el cual los desafíos políticos, económicos y sociales no pueden ser entendidos ni resueltos legalmente. Aunque engorroso, la conciencia constitucional y el carácter distintivo normativo de las emergencias son conceptos plausibles y necesarios”.

<sup>17</sup> Que es la Comisión Europea para la democracia a través del Derecho, del Consejo de Europa y que publicó el 16 de abril de 2020 on line una compilación de las Opiniones y Reportes sobre Estados de emergencia, que reviste especial trascendencia y que también comprende la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

<sup>18</sup> Esta intervención de los Poderes Legislativo y Judicial en todo estado de emergencia es la Recomendación N° 1713 de 2005 adoptada por el Parlamento Europeo, para evitar lesiones a los derechos fundamentales. Véase el punto sobre las Declaraciones de Estados de Emergencia, su definición y requisitos.

<sup>19</sup> Se indican los standares similares del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 4), de la Convención Europea de Derechos Humanos (Art. 15) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 27), en relación a la vigencia de los derechos fundamentales y al alcance de sus limitaciones durante los estados de emergencia. Véase el punto titulado Benchmarks, y el Rule of Law Checklist CDL-AD (2016)007.

<sup>20</sup> También se considera el tema de las elecciones en razón de las emergencias. Véase el punto X. Elections during states of emergency.

<sup>21</sup> En el punto IV “Constitutional entrenchment of the state of emergency”.

ser abordados con perspectivas de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, que reviste especial importancia.

Allí se considera que el multilateralismo es esencial para coordinar los esfuerzos regionales para contener la pandemia, bajo un enfoque de derechos humanos. Y que las medidas que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de los derechos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos<sup>22</sup>.

Debe destacarse la trascendencia de esta jurisprudencia en nuestro sistema regional americano de derechos humanos que fija estándares muy claros en la materia.

Con respecto al test de proporcionalidad para la restricción de derechos durante la emergencia, expresa Eduardo Ferrer Mac-Gregor<sup>23</sup>: “En términos generales, el Tribunal Interamericano ha considerado que una restricción es legítima cuando: i) esté prevista en una ley; ii) responda a un fin legítimo; iii) sea idónea para alcanzar tal fin; iv) sea necesaria, es decir, que dentro de las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo se utilice aquella que implique el menor grado posible de injerencia en el derecho en cuestión; y v) sea proporcional -proporcionalidad en sentido estricto-, esto es, que la medida logre una importante protección de derecho o interés protegido, sin hacer nugatorio aquel otro derecho objeto de la restricción”.

Es decisivo en este test detenerse en el concepto de Ley del alto Tribunal, que en la Opinión Consultiva N° 6 ha expresado: “Las leyes a que

---

<sup>22</sup> Estos son los conceptos iniciales de la Declaración, remitiéndonos a la misma para su completa consideración. Para un análisis de derecho comparado en nuestra región véase la obra “Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado”, Coordinadores Nuria González Martín y Diego Valadés, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, on line, 2020, producida por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

<sup>23</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos del coronavirus. Reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana”, en la obra “COVID-19 y Parlamentarismo. El Parlamento en cuarentena”, Coordinadores Barceló Rojas, Daniel Armando; Díaz Ricci, Sergio; García Roca, Javier y Guimarás Teixeira Roca, María Elizabeth, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2020, pág. 5. El autor expresa que dicha integración del test se puede encontrar en el caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas., Sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177, párr. 58/95 (Cfr. Obr. Cit., pág. 5 nota 6).

se refiere el artículo 30 de la Convención Americana son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esta acepción corresponde plenamente al contexto general de la Convención dentro de la filosofía del Sistema Interamericano. Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención”<sup>24</sup>.

En relación a la “suspensión de garantías”, en la Opinión Consultiva N° 8, el Tribunal sostiene que debe entenderse como la posibilidad de interrumpir momentáneamente el goce y ejercicio de algunos derechos y libertades consagrados por la Convención Americana, lo que se traduce en la suspensión de obligaciones que el Estado parte asumió al haber suscripto el Pacto de San José. Pero ello no significa que el Gobierno esté investido de poderes absolutos. La suspensión de garantías no debe exceder más allá de lo estrictamente necesario para atender la emergencia, por lo que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites.<sup>25</sup>

“La Convención Americana de Derechos Humanos -dice Ferrer Mac-Gregor<sup>26</sup>- no establece un modelo único de ley para la suspensión de garantías, pues por las distintas situaciones que contempla el Art. 27.1, las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a las “exigencias de la situación”, resultando claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras; en todo caso, la juridicidad de las medidas dependerá del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que aquellas guarden”.

De todas maneras, el Art. 27 .2 de la CADH contiene “un núcleo inderogable de derechos” de los siguientes artículos: “3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho

---

<sup>24</sup> Cfr. “La expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OC-6, /86, de 9 de mayo de 1986, en el trabajo citado de Mac-Gregor, pág. 5, nota 5.

<sup>25</sup> Cfr. “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-8/87, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, obr. Cit., pág. 6.

<sup>26</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, obr. Cit., pág. 7 y nota 17, donde cita los casos “Espinoza Gonzáles vs. Perú” y “Caso J. vs. Perú”, además de “El habeas corpus bajo suspensión de garantías” - Opinión Consultiva N° 8.

a la integridad personal), 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre), 9 (principio de legalidad y de retroactividad), 12 (libertad de conciencia y de religión, 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos) ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

En relación a esto último, en la Opinión Consultiva N° 9 el Tribunal sostuvo que “.el entero régimen de protección judicial del artículo es aplicable a los derechos no suspendibles en los estados de emergencia, de tal forma que debían considerarse como garantías judiciales indispensables, el hábeas corpus, el amparo “o cualquier otro recurso efectivo antes los jueces o tribunales competentes”<sup>27</sup>.

Con respecto a los controles durante los estados de emergencia la Corte Interamericana ha sostenido que son de 2 tipos. El primero es sobre la declaración del estado de emergencia en sí mismo, para verificar si la suspensión de garantías es conforme a la CADH “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”; y el segundo se refiere a los otros criterios ya enunciados sobre el núcleo inderogable de derechos; los límites espaciales, temporales y materiales de la emergencia para evitar su vaguedad; la plena vigencia de las garantías judiciales para controlar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas y la obligación de notificar a los demás Estados las suspensiones de derechos.<sup>28</sup>

Y específicamente con respecto a esta emergencia por el COVID-19 en la Resolución 1/2020 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho “que la declaración de estado de emergencia excepcional para hacer frente a la dispersión de la pandemia del coronavirus, no debe utilizarse para suprimir un catálogo indeterminado de derechos o ad infinitum, ni para justificar actuaciones contrarias al derecho internacional por parte de agentes estatales, por ejemplo, el uso arbitrario de la fuerza o la supresión del derecho de acceso a la justicia para personas que sean víctimas de violaciones a derechos humanos en el contexto actual”<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. FERRER MAC-GREGOR, obr. Cit., pág. 8, donde cita “Garantías judiciales en estados de emergencia” (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87.

<sup>28</sup> Cfr. FERRER MAC-GREGOR, obr. Cit., pág.10.

<sup>29</sup> En su Resolución 1/2020 de fecha 10 de abril de 2020. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, obr. Cit., pág. 12.

Pero es evidente que en el orden de la realidad no hay un adecuado cumplimiento de esta jurisprudencia, salvo honrosas excepciones, como los casos de Uruguay en especial y Costa Rica.<sup>30</sup>

“En América Latina, los estados de emergencia significaron por décadas la desmesura legalizada”, afirma Diego Valadés, que agrega seguidamente: “En la actualidad se encuentran sujetos a numerosos requisitos que permiten su utilización en condiciones de relativa seguridad jurídica. Empero, hacen falta los elementos complementarios aquí mencionados: interdicción de la arbitrariedad, derecho a la verdad, derechos de las minorías parlamentarias y una nueva forma de cultura pública”.<sup>31</sup>

-Con **respecto a Argentina**, decía en las Palabras Previas de un libro de nuestra autoría con este mismo título<sup>32</sup>: “...destinamos este ensayo al

---

<sup>30</sup> Para un análisis de derecho comparado en nuestra región de 16 países, véase la obra “Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado”, Coordinadores Nuria González Martín y Diego Valadés, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, on line, 2020, producida por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Allí se observa como en la realidad de muchos de esos países se ha impuesto el gobierno por decreto, el hiperpresidencialismo y las violaciones de derechos fundamentales. Todo ello en notorio contraste con Uruguay, donde no se recurrió a institutos de emergencia por parte del Gobierno, sino a una libertad responsable por parte de la ciudadanía.

<sup>31</sup> VALADÉS, Diego, “Problemas constitucionales de los Estados de emergencia”- El Estado es derecho y el derecho es sentido común convertido en deber ser”, en la obra “COVID19 y Parlamentarismo. El Parlamento en cuarentena”, Coordinadores Barceló Rojas, Daniel Armando; Díaz Ricci, Sergio; García Roca, Javier y Guimarás Teixeira Roca, María Elizabeth, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2020, Introducción, pág. XXIV. En su agudo análisis sobre el derecho a la verdad, sostiene: “...es posible constatar que que mentir, falseando, ocultando o exagerando hechos, se ha vuelto habitual incluso por parte de Jefes de Estado y de gobierno. A la mentira política pública se añadió una circunstancia de relevancia generalizada: la del COVIE-19. Es probable que los Estados carecieran de datos exactos acerca de la pandemia y que por ende sus funcionarios no dijeran mentiras, pero así como en materia de derecho su ignorancia no excusa su cumplimiento, en lo que atañe al interés social los titulares de los órganos del poder no quedan relevados de su responsabilidad política por desconocer la realidad de los hechos. El derecho a la verdad significa que el poder no debe ocultarla y, además, debe procurarla”... Y más adelante señala: “Aquí encontramos otra debilidad institucional: el temor reverencial, la disciplina vertical y la obsecuencia que contribuyen a la reiteración escalonada de la mentira tiene una parte de su origen en la naturaleza patrimonialista del ejercicio del poder”.(pág. XXVI)

<sup>32</sup> HERNÁNDEZ, Antonio María, “Las emergencias y el orden constitucional”, 1ª. Ed., Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002 y 2ª. Ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Rubinzal Culzoni, Méjico, 2003, con Prólogo de Diego Valadés. Para



análisis de los procesos de emergencia y el orden constitucional, para intentar demostrar desde esta óptica, cómo y porqué se produjo la decadencia de nuestro Estado de Derecho a lo largo de nuestra historia institucional y cómo podemos efectuar modificaciones en la actualidad y en el futuro, con la finalidad de afirmar definitivamente los valores del Estado Constitucional y democrático de Derecho”.

Sin poder realizar un análisis exhaustivo de los temas tratados en la obra, queremos mencionar algunos aspectos relevantes, entre los que se encuentran la **distinción entre emergencias e institutos de emergencia** y el uso y abuso de los **distintos institutos de emergencia que hemos padecido**.

Sobre el **concepto de emergencia**, expresó Germán Bidart Campos<sup>33</sup>: “son situaciones anormales o casos críticos, que previsibles o no, resultan extraordinarios y excepcionales. Este carácter excepcional proviene, no tanto de la rareza o falta de frecuencia del fenómeno o episodio, cuanto de que, por más repetido que resulte, se lo considera patológico dentro del orden previsto por la constitución. Por eso, siempre se lo reputa peligroso, se procura frente o contra él la defensa de una seguridad jurídica, y se hace valer la doctrina del estado de necesidad”.<sup>34</sup>

Por nuestra parte consideramos que las emergencias y sus institutos: a) son situaciones excepcionales que afectan el orden constitucional, b) pueden ser originadas en diversas causas: políticas, económicas, sociales o de la naturaleza<sup>35</sup>; c) para enfrentarlas el derecho crea diversas instituciones

---

un análisis más profundo de lo que expondremos, nos remitimos a este libro en razón de brevedad. Véase además, Antonio María Hernández, Cap. XII, 2ª Parte, “Limitaciones a los derechos y garantías”, en la obra “Derecho Constitucional”, Director Antonio María Hernández, 2 tomos, La Ley, Buenos Aires, 2012.

<sup>33</sup> BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución reformada”, Buenos Aires, Ediar, 1998, Tomo 2, pág. 349.

<sup>34</sup> Por su parte, Segundo V. LINARES QUINTANA afirmó que la “libertad no se salvaguarda eliminando las condiciones que hacen posible su existencia” y recordó a José Manuel Estrada en la Convención Constituyente Provincial de Buenos Aires de 1870-1873: “...Tratamos de establecer instituciones libres. ¿Y qué quiere decir, señor, una libertad que no puede salvarse sino derogándola de cuando en cuando?...”¿Qué me importa tener leyes, constitución y garantías para tiempos pacíficos y normales, si estas garantías se han de suspender cuando los casos de más peligro, es decir, en los tiempos críticos?”. (“Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, ed. Alfa, Buenos Aires, 1956, Tomo 5, pág. 396/7).

<sup>35</sup> BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución reformada”, Buenos Aires, Ediar, 1998, Tomo 2, pág. 349. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación expre-

de emergencia<sup>36</sup>; d) éstas producen un acrecentamiento de facultades en los poderes estatales y particularmente en el Ejecutivo y correlativamente, decaimiento y restricciones en los derechos y garantías individuales; e) debe existir un verdadero estado de necesidad; f) debe mantenerse el pleno funcionamiento del sistema republicano, con especial énfasis en el accionar del Congreso y del Poder Judicial, para el control de constitucionalidad; g) debe respetarse la forma federal de estado; y h) debe establecerse la duración de las medidas dispuestas<sup>37</sup>

---

só que las situaciones de emergencia: “...derivan de acontecimientos extraordinarios, imprevisibles o bien inevitables con los recursos ordinarios, y que tienen una repercusión muy honda y extensa en la vida social, de suerte que demandan remedios también extraordinarios; a veces son acontecimientos de carácter físico, como un terremoto, una grave epidemia, etc” y estableció como criterio general que “Aunque la emergencia no puede crear un poder que nunca existió, ella puede proporcionar una razón para el ejercicio de poderes existentes y ya gozados” (CSJN, “Perón Juan D.”, Sentencia del 21 de junio de 1957). Y en otro fallo sostuvo sobre esto último: “...que el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto según las circunstancias lo permitan y aconsejen, en el interés de individuos o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda” (CSJN, “Peralta Luis A y otro c. Estado Nacional, Ministerio de Economía, BCRA, fallado el 27 de diciembre de 1990). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el Art. 15 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, sobre “alguna emergencia que amenace la vida de la Nación”, dijo que el significado es suficientemente claro y que se refiere a una situación excepcional o emergencia que afecta al conjunto de la población y que constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado”. (TEDH, “Lawless c. Irlanda”, N° 327/57, Sentencia del 1 de julio de 1961, Considerando 28, bajo la Presidencia del gran jurista y Premio Nobel de la Paz René Cassin.

<sup>36</sup> Bidart Campos distinguió las “emergencias” de los “institutos de emergencia” que eran “creaciones del derecho que importan medidas de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias”. *Idem*, *obr. cit.*, págs. 349/51.

<sup>37</sup> 29 Para el análisis de los elementos constitutivos de un estado de necesidad y su aplicación como habilitante de un instituto de emergencia, remitimos al desarrollo que al respecto efectúa Mario Midón en relación específica a los decretos de necesidad y urgencia, pero que para nosotros también puede aplicarse en general. (“Decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, Bs.As., 2001, págs. 45 a 52). Decimos que debe tratarse de un “verdadero” estado de necesidad, pues puede darse el caso de una utilización ilegítima del mismo, ante la inexistencia de sus caracteres. En tal sentido, Néstor Sagüés menciona que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Video Club Dreams” (JA, 1996, I, 236) resolvió que no existía en el país un caso de grave peligro social que hiciera necesario el dictado de medidas súbitas, al descalificar un decreto de necesidad y urgencia que impuso un tributo. Este autor también sostiene que el derecho de necesidad “genuino” se conecta con los casos de imposibilidad material y de imposibilidad racional de cumplimiento de la Constitución, señalando en el pri-

Y en cuanto a nuestros **institutos de emergencia, los hemos clasificado en previstos, prohibidos y no previstos por la Constitución**<sup>38</sup>.

A su vez, entre los primeros hay que distinguir entre los existentes desde la Constitución originaria de 1853: la intervención federal (Art. 6) y el estado de sitio (Art. 23); y los incorporados en la Reforma de 1994: la delegación legislativa (Art. 76) y los decretos de necesidad y urgencia (Art. 99 inc. 3).

Los institutos prohibidos por el Art. 29 son la suma del poder público y la concesión de las facultades extraordinarias. Ese artículo, de notable elocuencia y espíritu republicano, fue escrito con letras de sangre, como dijera José Manuel Estrada, en referencia a la dictadura de Rosas.

Y entre otros institutos no previstos por la Constitución y por tanto, inconstitucionales, pueden recordarse las interrupciones del orden constitucional por los gobiernos de facto, la ley marcial, el Plan Conintes, y los excesos de un poder de policía de emergencia como en el corralito<sup>39</sup>, entre otros, que produjeran las más severas lesiones al Estado de Derecho.

Hace poco me referí a los excesos cometidos por las **intervenciones federales**, que en vez de convertirse en un remedio excepcional para la vigencia de los principios constitucionales y de las soberanías y autonomías provinciales, se transformaron en una herramienta para centralizar el país, pues en 2/3 de los casos fueron dispuestas por solo Decreto del Presidente<sup>40</sup>.

---

mer caso el incumplimiento del art. 3 de la Constitución de 1853 que establecía que la Capital Federal estaba en la ciudad de Buenos Aires y en el segundo caso, el incumplimiento del art. 30 también del texto de 1853, que prohibía una reforma constitucional dentro de los diez años, lo que hubo de hacerse para posibilitar la reincorporación de la Provincia de Buenos Aires a nuestra federación. (Cfr. “Teoría de la Constitución”, Astrea, Bs.As., 2001, pág. 102)

<sup>38</sup> Véase también las clasificaciones efectuadas por Mario Midón, “Decretos de necesidad y urgencia”, La Ley, Buenos Aires, 2001.

<sup>39</sup> Véanse las 2 ediciones de mi obra citada sobre “Las emergencias y el orden constitucional”.

<sup>40</sup> HERNÁNDEZ, Antonio María, “El retorno al peor pasado centralista”, en diario La Nación, del 27 de febrero de 2020, donde consideré un Proyecto de Ley de intervención al Poder Judicial de la Provincia de Jujuy presentado recientemente en el Senado de la Nación. Para un análisis más profundo de este instituto, véanse nuestra obra ya citada “Las emergencias y el orden constitucional” y asimismo las siguientes: “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 y “A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994”, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019.

En cuanto al **estado de sitio**, que tiene como efecto la suspensión de las garantías constitucionales, está previsto en el art. 23 de la Ley Suprema para dos gravísimas emergencias: la guerra y el desorden doméstico, con sus dos causales de “conmoción interior” o “ataque exterior”, que además deben cumplir con estos dos requisitos: a) poner en peligro conjuntamente tanto a la Constitución como a las autoridades creadas por ella y b) producir la perturbación del orden.

De manera similar a lo acontecido con la intervención federal, en más del 60 % de los 53 casos que tuvimos desde 1853, actuó por Decreto el Poder Ejecutivo. Ello significó el ejercicio de atribuciones exorbitantes por parte del Presidente, con evidente declinación de las funciones congresionales, a lo que se sumó una notable lesión a los derechos y garantías individuales. Tómese como sólo ejemplo el record de extensión del estado de sitio decretado por la Presidente Martínez de Perón con fecha 6 de noviembre de 1974, que duró casi 9 años, pues rigió durante el posterior período de facto hasta el 28 de octubre de 1983.

Este uso abusivo de tan extraordinaria institución, desconoció la jurisprudencia de la Corte Suprema fijada en el caso “Alem”, de 1893, de que el estado de sitio no implica suspender la vigencia de la Constitución, ya que se declara para preservar y asegurar la Ley Suprema y sus autoridades<sup>41</sup>.

Y lo propio ocurrió posteriormente con las delegaciones legislativas y el dictado de los Decretos de Necesidad y urgencia, que fueron incorporados en la Reforma Constitucional de 1994, en los Arts. 76 y 99 inc. 3, como institutos de interpretación restrictiva, limitada y excepcional. Al tratarse de los institutos que se están aplicando con motivo del COVID-19, efectuaremos un análisis más detenido.

En cuanto a los **Decretos de Necesidad y Urgencia**, el constituyente otorgó rango constitucional, -con severas limitaciones como veremos-, a una institución que había sido ejercitada desde siempre por el Poder Ejecutivo.

En efecto, además de los Decretos Reglamentarios, Autónomos y Delegados, admitidos por nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina,

---

<sup>41</sup> Para un análisis más profundo de este instituto, véanse nuestras obras ya citadas “Las emergencias y el orden constitucional” y “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

los Presidentes dictaron Decretos de Necesidad y Urgencia en aproximadamente 20 oportunidades notoriamente excepcionales entre 1853 y 1983.<sup>42</sup>

Posteriormente entre este último año y 1989 el Presidente Alfonsín dictó aproximadamente 10, destacándose el 1096/95 sobre el cambio de moneda del Peso por el Austral, para llegar a la Presidencia de Menem, que se caracterizó por un aumento tan impresionante de la cantidad de los mismos que se llegó a hablar de “gobierno por decreto”<sup>43</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia debe señalarse que en el caso “Peralta”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diciembre de 1990, se legitimó el uso de estos institutos de emergencia, mas allá de las opiniones doctrinarias contrarias que suscitara y que compartimos<sup>44</sup>.

Así se comprende que en la Convención Constituyente de Santa Fé y Paraná de 1994 se regulase el instituto, en el Art. 99 inc. 3º, y cuya sola lectura nos indica que el objetivo perseguido fue el de limitar al máximo el dictado de los mismos.

No otra cosa significa que:

Como regla general el Poder Ejecutivo no podrá dictar en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes se pueden dictar los decretos por razones de necesidad y urgencia.

Pero nunca en materia penal, tributaria, electoral o relativa al régimen de los partidos políticos.

---

<sup>42</sup> Cfr. Mario MIDÓN, “Decretos de necesidad y urgencia”, obr. cit..

<sup>43</sup> Cfr. Ferreira RUBIO DELIA y Matteo GORETTI, “Gobierno por decreto en Argentina”, 1989-1993, El Derecho, Buenos Aires, págs.. 158 y sgts., que contabilizaron 308 Decretos en esos 4 primeros años de mandato. Un sector importante de la doctrina publicística, integrado por Bielsa, Joaquín V. González, Marienhoff, Villegas Basavilbaso, Cassagne, Diez, Vanossi, Linares, Dromi, Gordillo, Quiroga Lavié y Sagüés avaló la posibilidad del dictado de estos institutos en el marco del texto constitucional originario de 1853 y 1860. En cambio, otro sector que integramos junto a González Calderón, Linares Quintana, Bidart Campos, Ekmekdjian, Spota, Fiorini, Segovia, Badeni y Ruiz Moreno señaló la posición contraria. Cfr. Mario Midón, “Decretos de necesidad y urgencia”, obr. cit., pág. 55, notas 92 y 93. Por mi parte, en mi carácter de Diputado de la Nación presenté el 19 de diciembre de 1991 un Proyecto de Ley que declaraba la nulidad absoluta de los decretos de necesidad y urgencia.(Véase Trámite Parlamentario 167).

<sup>44</sup> Cfr. Mario MIDÓN, obr. cit., págs.. 54/57.

Deben ser decididos en Acuerdo General de Ministros y refrendados por todos ellos, además del Jefe de Gabinete y el Presidente.

Es necesario un trámite especial que consiste en someter el decreto a la consideración de una Comisión bicameral permanente por parte del Jefe de Gabinete de Ministros, que deberá hacerlo en forma personal y dentro de los diez días de dictado el mismo. A su vez, la Comisión está obligada a elevar su dictamen a cada una de las Cámaras dentro de los diez días, para su tratamiento expreso e inmediato por parte del plenario

No se admite el silencio del Congreso ante el dictado de los decretos de necesidad y urgencia, ya que el art. 82, incorporado también por la reforma, estableció: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta.” En consecuencia, el constituyente fijó un criterio que impedía para el futuro la convalidación de un decreto por la inactividad del Congreso, como lo había admitido el precedente del caso “Peralta”.

No obstante el claro propósito restrictivo perseguido por esta normativa y que emerge de las pautas mencionadas, al no poder concretarse acuerdos en la Convención sobre los últimos aspectos de la intervención congresional, hubo que deferir ello a la legislación reglamentaria.<sup>45</sup>

A pesar del mandato constitucional, en la práctica institucional no se produjo un cambio profundo, ya que el Poder Ejecutivo siguió dictando decretos de necesidad y urgencia, en todas las Presidencias posteriores, ante la falta de reacción del Congreso y la actitud permisiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, salvo algunos casos.

Con respecto al órgano legislativo, debemos señalar además, que incumplió por varios años hasta 2006, el mandato del constituyente de reglamentar la Comisión Bicameral Permanente, de tan notable importancia para el control de este instituto y del de la legislación delegada. Este incumplimiento, al que se suma el correspondiente a una extensa nómina

---

<sup>45</sup> Véase todo el proceso de incorporación del instituto a la Constitución en las obras de Mario R. Midón, ya citada, págs. 59/69; de Miguel Ortiz Pellegrini y Susana Liliana Aguirre, “Los Decretos de necesidad y urgencia en la Constitución Nacional de 1994”, Ed. Lerner, Córdoba, 1995 y de Alejandro Pérez Hualde, “Decretos de necesidad y urgencia”, Depalma, Buenos Aires, 1995. Por nuestra parte, ratificamos la finalidad restrictiva de esta normativa, ya que intervinimos en los debates respectivos al formar parte de la Comisión de Juristas del Acuerdo de Olivos y luego de la Comisión que redactara el Núcleo de Coincidencias Básicas que formulara el proyecto definitivo, que sería votado en la Convención Constituyente.

de otras materias, contribuyó gravemente a la falta de completa vigencia de la reforma constitucional de 1994 y por tanto, a nuestra anomia y falta de seguridad jurídica<sup>46</sup>.

**En cuanto a la delegación legislativa**, este instituto fue incorporado en el Art. 76, en la Disposición Transitoria Octava y en el art. Art. 100 inc. 12, sobre las funciones del Jefe de Gabinete. Como dice la primera de las normas, sólo se admite la delegación “en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.

La delegación legislativa ya había sido aceptada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso “Delfino”, de 1927 y fue ampliamente utilizada a lo largo de nuestra historia institucional.

La delegación legislativa consiste en la transferencia de la competencia específicamente legisferante por parte del Congreso al Poder Ejecutivo, en materias determinadas y bajo plazos y condiciones especialmente fijadas.

Más allá que en doctrina es muy conocida la opinión negativa de John Locke al respecto, en el derecho comparado europeo y norteamericano, -que influenciaron nuestro ordenamiento-, se fue imponiendo dicha práctica en base a la afirmación del liderazgo político del órgano ejecutivo sobre el legislativo en la realidad política contemporánea, por una serie de causas que explicara hace tiempo el distinguido constitucionalista César Enrique Romero<sup>47</sup>.

Todo esto fue posibilitando un enorme avance de las facultades legisferantes del Poder Ejecutivo, que a su vez delegó sus atribuciones en organismos inferiores, lo que en definitiva produjo el dictado de normas por parte de la Dirección General Impositiva, del Banco Central, de la Aduana, de los diferentes Ministerios, etc. que afectaron el principio de legalidad de los art. 14 y 19 de la Ley Suprema, además de los derechos individuales.

Por otra parte, dicha legislación delegada careció normalmente de control alguno por parte del órgano delegante, o sea el Congreso Nacional.

---

<sup>46</sup> Hemos detallado las más de 25 leyes que el Congreso no ha reglamentado para la completa vigencia de la Reforma de 1994, que por tanto está incumplida y violada. Véase Antonio María HERNÁNDEZ, “A 25 años de la reforma constitucional de 1994- Legitimidad, ideas fuerza, diseño constitucional, modernización e incumplimiento”, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019.

<sup>47</sup> Cfr. César Enrique ROMERO, “El Poder Ejecutivo en la realidad política contemporánea”, Revista de Estudios Políticos de Madrid, España, 1963.

Así llegamos a la Reforma constitucional de 1994, donde se incorporara la normativa mencionada, con la finalidad de restringir y controlar el ejercicio de este instituto de emergencia.

No obstante ello, no se pudo impedir posteriormente el ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, de manera inconstitucional<sup>48</sup>.

En relación al Art. 76 sobre delegación legislativa, creemos que ha originado dificultades de interpretación y una práctica abusiva por parte del propio Congreso y de la Presidencia. Esta cuestión debiera ser superada por una adecuada reglamentación del Congreso y un correcto y celoso ejercicio de sus competencias, además de una firme jurisprudencia de los Tribunales, como se hizo por la Corte Suprema en el célebre caso “Provincia de

---

<sup>48</sup> En efecto, especialmente a partir de la primera Presidencia de Menem se produjo un avance notorio e incontrolable del Poder Ejecutivo sobre el Congreso, a través de dos institutos de emergencia: los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, y como antes lo vimos, sin adecuada resistencia ni control por parte del órgano legislativo, en primer término y luego del Poder Judicial, que desarrolló una jurisprudencia vacilante y convalidatoria en general. Así llegamos a tener aproximadamente más de dos mil normas dictadas por órganos ejecutivos como legislación delegada durante las emergencias de la década mencionada, a las que se suman las emitidas con posterioridad a la sanción de la Ley 25.148 de 1999 y las de las Leyes 25.414 de 2001 y 25.561 de 2002. (Cfr. PALACIO DE CAEIRO Silvia B., “Bases para el control de constitucionalidad de la legislación delegante y delegada (artículo 76 de la Constitución Nacional)”, La Ley, 2-XI-2001. La autora establece el número de 1900 normas hasta la sanción de la ley 25.414 y por ello, nosotros aumentamos a más de 2000 las dictadas hasta la actualidad, pues a ellas se sumaron las correspondientes a la ley 25.561) Este número asombroso de normas, indicó además de una deficiente cultura y seguridad jurídicas, un ostensible abandono de sus competencias por parte del Congreso, que fue sancionando la respectiva legislación delegante. En efecto, las Leyes de emergencia y de reforma del Estado N° 23.696, 23.697 y 23.982, sancionadas en la Presidencia de Menem comenzada en 1989, originaron legislación delegada que fue ratificada por la ley 25.148 de 1999, que así evitó la caducidad de la misma, como se había dispuesto con la acertada intención de terminar con estas prácticas, por la Disposición Transitoria Octava de la reforma de 1994. Luego se sumó la legislación delegante de las leyes del 2001 durante la Presidencia de De la Rúa N° 25.414, que originara severas críticas en la doctrina por su extensión y de la 25.453 de Déficit Cero y por último, en el 2002 en la Presidencia de Duhalde, la ley N° 25.561, que produjo una muy grave y profunda delegación legislativa, calificada como inconstitucional por opiniones doctrinarias que compartimos (Cfr. COLAUTTI Carlos, “La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la ley 25.414”, La Ley, 2001-D-1272 y PÉREZ HUALDE Alejandro, “El Congreso Nacional Argentino frente a la crisis”, El Derecho, Derecho Constitucional, 18 de febrero de 2002, págs. 16/17).



San Luis” (2003), donde nuestro más alto Tribunal efectuó una acertada interpretación sobre el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa<sup>49</sup>.

**El Congreso no sólo omitió sancionar leyes reglamentarias de la Constitución**, sino que en algunos lo hizo de manera inconstitucional, además de no controlar adecuadamente al Poder Ejecutivo.

Ejemplos de ello fueron: a) **la sanción de las leyes de emergencia económica** como la 25.561, de 2002, con amplísimas delegaciones legislativas, que fue prorrogada hasta el 6 de enero de 2018; b) la falta de adecuados controles por **el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada** por la Presidencia; c) **la inconstitucional reglamentación efectuada por la Ley 26.122** de los Decretos de Necesidad y Urgencia, **por la Ley 26.080** del Consejo de la Magistratura y **por la Ley 24.588** de los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires mientras siga siendo la Capital Federal; d) **la concesión de los llamados superpoderes en la Administración financiera y presupuestaria al Jefe de Gabinete de Ministros**, para la modificación del presupuesto, que lesiona una de las más importantes competencias del Congreso; e) **la práctica institucional de este último órgano**, ya que durante algunos períodos muy extensos, los Jefes de Gabinetes de Ministros no cumplieron con la obligación de hacerse presente una vez por mes alternativamente

---

<sup>49</sup> Al comentar dicho fallo, destacamos que la Corte Suprema de Justicia estableció límites a la utilización de los Decretos de Necesidad y Urgencia cuando se ha producido la declaración de emergencia por el Congreso y se ha efectuado la delegación legislativa. Véase Antonio María HERNÁNDEZ, “Las emergencias y el orden constitucional”, UNAM, México, 2003, pág.147. Y en igual sentido, véanse los artículos de Néstor Pedro SAGÜÉS, “Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa”, Suplemento de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 23 de abril de 2003, págs.. 58/62 y María Angélica GELLI, “El caso Provincia de San Luis v. Estado Nacional”: entre el debido proceso adjetivo y el control de razonabilidad”, Suplemento citado, págs. 41/45. Y más recientemente, en los casos “Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo”, sobre principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones, fallado por la Corte Suprema de Justicia en 2014, además de los recaídos en los reclamos efectuados por las provincias de San Luis, Santa Fe y Córdoba a las detracciones a la masa coparticipable para la Anses y la Afip, resueltos por el Alto Tribunal en noviembre de 2015.

ante cada una de las Cámaras, sin que hubiese reacción institucional alguna del Congreso.<sup>50</sup>

En cuanto a los **institutos de emergencia no previstos por la Constitución y por tanto inconstitucionales**, que antes mencionamos, causaron gravísimas violaciones a los derechos humanos y afectaron profundamente el orden constitucional republicano y federal.<sup>51</sup>

Sólo nos detendremos por razones de brevedad, en las consecuencias de la última emergencia económica del 2001, que derivó en el llamado “corralito”, consecuencia del denominado

---

<sup>50</sup> Véanse Antonio María HERNÁNDEZ, “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 y “A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994”, obras citadas. En cambio, esa obligación constitucional de asistencia del Jefe de Gabinete de Ministros al Congreso si fue cumplida durante el período anterior 2015-2019.

<sup>51</sup> Véase Antonio María HERNÁNDEZ, obras citadas, donde referimos la gran cantidad y variedad de emergencias que hemos padecido, comenzando por las interrupciones del orden constitucional, por lo que hemos sostenido que vivimos de emergencia en emergencia, y con los desbordes institucionales señalados. Véase asimismo Pablo RIBERI, “Emergencia como remedio constitucional ¿o viceversa?”, El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 23/9/2005.

“poder de policía de emergencia”<sup>52</sup> y luego en la sanción de la Ley de Emergencia N° 25.561<sup>53</sup>.

El “corralito”, que consistió en el apoderamiento de los depósitos bancarios de millones de argentinos, fue dispuesto por Decretos de Necesidad y Urgencia en sus dos versiones, la primera mediante el N° 1570 de 1 de diciembre de 2001, bajo la Presidencia de De la Rúa y la segunda, mediante el N° 214 de 2002 durante la Presidencia de Duhalde.

Hubo una extraordinaria reacción popular contra estas medidas, que implicó la caída del Presidente De la Rúa y una fuerte crisis política, además de la presentación de más de 400.000 acciones de amparo ante el Poder Judicial Federal.

A diferencia de lo ocurrido en anteriores oportunidades, la misión del Poder Judicial -consistente esencialmente en ejercer el control de constitucionalidad-, fue asumida por la Corte Suprema de Justicia en el caso “Smith”, fallado el 1° de febrero de 2002, que declaró la inconstitucionalidad de la primera versión del “corralito” y por los Señores Jueces

---

<sup>52</sup> Véase nuestra obra “Las emergencias y el orden constitucional”, antes citada, donde efectuamos un desarrollo histórico de la jurisprudencia convalidatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del ejercicio de poder de policía en las sucesivas emergencias económicas, desde “Ercolano” en 1922 hasta el caso “Peralta” en 1990, donde cada vez se profundizaba en mayor medida la violación de los derechos. Por eso tanto se destacaron por su actitud contraria el fallo en “Mango c. Traba” de 1925, donde la Corte dejó sin efecto la emergencia antes declarada y el dictamen del Procurador General de la Corte Dr. Sebastián Soler en el caso “Cine Callao”, en 1960, donde señalaba que con estas medidas de emergencia nada iba quedando que fuera pertinente por imperio de la ley, lo que llevaba al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de Derecho estricto no era compatible con el progreso. (CSJN, Fallos, 247:121). Para un análisis de los fallos de la Corte en esta materia, véanse además a José Luis LAZZARINI, “La emergencia en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación, La Ley, T. 1991-E-Secc. Doctrina, pág. 1467 y sgts.; Carlos COLAUTTI, “Los derechos patrimoniales durante la emergencia”, La Ley, T. 1991-E-Secc. Doctrina, págs. 1359 y sgts.; Daniel Edgardo MALJAR, “Antecedentes jurisprudenciales del CS sobre el derecho de emergencia. El principio de razonabilidad utilizado como límite”, El Derecho, Constitucional, 8 de mayo de 2002; Mario MIDÓN, obr. cit.; Alejandro PÉREZ HUALDE; obras. citadas; y Alberto DALLA VIA, “El constitucionalismo y las emergencias políticas, económicas y sociales en América del Sur”, en el libro “Constitucionalismo en tiempos de emergencia”, obr. cit., págs. 297 y sgts.), entre otros.

<sup>53</sup> Ello, porque aquella emergencia terminó recién en 2018, pero ya nuevamente desde fines de 2019, estamos con 9 clases de emergencias declaradas por la Ley N° 27.541, entre las que se incluyó la económica y la sanitaria, con enormes delegaciones al Poder Ejecutivo.

y Camaristas Federales que concedieron medidas cautelares a favor de los ahorristas, en los amparos interpuestos por quienes sufrieron la confiscación de sus depósitos<sup>54</sup>. Posteriormente la Corte Suprema de Justicia falló declarando la inconstitucionalidad del corralito en su segunda versión, establecida por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 214, en el caso “Provincia de San Luis”, de fecha 5 de marzo de 2003.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Obsérvense los claros fundamentos de la Corte en este caso “Smith”, obrantes en los Considerandos 9 y 10 del fallo. Allí aparece con nitidez la idea del control de constitucionalidad sobre la emergencia, en base al límite de la razonabilidad del art. 28, para impedir la lesión de los derechos individuales. En este sentido, no puede obviarse que la Corte modificó con este fallo aquella jurisprudencia convalidatoria de cualquier medida de emergencia dictada por el poder de político de turno, como se observó a lo largo de tantas décadas. En relación a esto, nos resulta valiosa la comparación que efectúa Gabriel Negretto entre el criterio permisivo y convalidatorio que sostuvo nuestra Corte Suprema en el caso “Peralta”, donde llegó a reconocer que la división de poderes era una categoría histórica y que el Poder Ejecutivo era el único que podía con eficacia enfrentar la emergencia, con el opuesto que suscribió la Corte Suprema norteamericana en el caso “Youngstown”, más restrictivo y respetuoso del sistema republicano, donde realizó distinciones entre los posibles niveles de acción que puede adoptar el Ejecutivo cuando actúa en materias que no les son propias. Dice el autor que “El criterio más notable de la decisión fueron las bien conocidas categorías de acción presidencial que delineó el Juez Jackson. De acuerdo a su doctrina, existe un primer nivel de acción en que el Presidente goza de un máximo poder (constitucionalmente hablando) y es cuando actúa en colaboración con el Congreso bajo una autorización expresa o implícita, pues en este caso posee sus propios poderes más los que el Congreso pueda en su oportunidad haberle delegado. En un segundo nivel de acción, el Presidente podría actuar en ausencia tanto de rechazo como de autorización legislativa. En este caso, el Presidente “sólo puede valerse de sus propios poderes independientes, si bien existe una zona crepuscular en la que él y el Congreso pueden tener autoridad concurrente, o en los cuales su distribución es incierta”. Finalmente, argumentaba Jackson, resta un tercer y último nivel de acción en que el Presidente toma medidas en violación de la voluntad expresa o implícita del Congreso. Aquí “su poder se halla en la mínima expresión, pues entonces sólo puede valerse de sus propios poderes constitucionales, menos cualquiera de los poderes constitucionales del Congreso en la materia”. Ver, 343 U.S. 579 (1952) 637.” (Cfr. Gabriel L. NEGRETTO, “Emergencia y crisis constitucional en Argentina”, “Emergencia y crisis constitucional en la Argentina”, *El Derecho*, 1989, Tomo 154, pág.903 y nota 80).

<sup>55</sup> Véase Antonio María HERNÁNDEZ, “Las emergencias y el orden constitucional”, obr. cit., 2ª. Edición, pág. 119 y sgts., donde desarrollamos “El fallo de la Corte Suprema en el caso “San Luis” y el cambio de la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica”. Para nosotros este fallo fue paradigmático en cuanto al control de constitucionalidad de las emergencias, de la misma manera que lo había sido “Mango c. Traba”, en 1925.

Ese accionar independiente del Poder Judicial Federal que estableció límites a las disposiciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, junto a la utilización masiva y sin precedentes del amparo consagrado en el art. 43 de la Ley Suprema, constituyeron –según nuestra perspectiva- el aspecto más sobresaliente de la difícil vigencia de los principios del Estado de Derecho en la realidad angustiante de nuestro país en aquéllos años.

Sin embargo, la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia, luego de las designaciones del Presidente Néstor Kirchner, a partir de los casos “Bustos” y “Cabrera” de 2004 y “Massa” de 2006, retornó a la anterior jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica<sup>56</sup>.

Reitero además, que lamentablemente el Congreso de la Nación cada año a partir del 2003 y hasta el 2018, prorrogó la Ley 25.561 de emergencia económica, donde se produjo la más grave delegación legislativa que hemos soportado. Ahora estamos de nuevo con una enorme delegación, con la ley vigente N° 27.541 del nuevo Gobierno Federal, que comprende la emergencia en 9 aspectos, incluido el sanitario, a partir de fines de 2019.

Del análisis precedentemente efectuado a lo largo de la historia institucional argentina, surge de manera conclusiva que:

Como respuesta a las distintas emergencias sufridas, se utilizaron diferentes institutos de emergencia, previstos, no previstos o prohibidos por la Constitución Nacional.

El ejercicio de estos institutos produjo severas lesiones a nuestro Estado de Derecho, al orden constitucional, al sistema republicano y a los derechos individuales.

En todos los casos observados de utilización de los institutos el Poder Ejecutivo actuó de manera exorbitante, profundizando el hiperpresidencialismo que hemos padecido.

El Poder Legislativo también fue responsable de estos desaciertos institucionales al actuar así, sea en forma activa como pasiva u omisiva, pues en algunos casos acompañó las políticas del Ejecutivo, mediante la sanción de las leyes respectivas o al efectuar las delegaciones en aquél y en otros casos, al no efectuar control político alguno de las medidas, abdicando de sus funciones esenciales.

---

<sup>56</sup> Véase Antonio María HERNÁNDEZ, “El caso “Massa” y el regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica”, en el Suplemento Especial de La Ley sobre “La emergencia y el caso Massa”, febrero de 2007, Buenos Aires, págs. 70-80.

En cuanto al Poder Judicial, y salvo los casos excepcionales puntualizados, no se apreció un correcto ejercicio de sus facultades de control de constitucionalidad.

Frente a este penoso diagnóstico sobre la decadencia de nuestro orden jurídico, somos de opinión que urge subordinar los distintos tipos de emergencia y sus institutos a la Ley Suprema, conforme corresponde al Estado Constitucional y Democrático de Derecho y según las propuestas que más adelante efectuaremos.

### III. LA EMERGENCIA DEL COVID-19 EN ARGENTINA<sup>57</sup>

Ante la pandemia del coronavirus que afecta al país, **el Presidente de la República, con el apoyo de autoridades legislativas y de Gobernadores de distinto signo político**, anunció el 19 de marzo el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia n° 297/2020, que implantó el **aislamiento social preventivo y obligatorio**, entre otras medidas<sup>58</sup>. Posteriormente explicó que **no era necesaria la declaración del estado de sitio**, pues con la aplicación del Decreto y de la emergencia sanitaria declarada anteriormente por el Congreso, se contaba con los instrumentos jurídicos e institucionales suficientes.

He destacado esta **“actitud de unión nacional y de prudente, adecuada y estricta aplicación de la Constitución Nacional en una cuestión**

---

<sup>57</sup> En Argentina al 20 de julio de 2020 hay oficialmente 126.755 afectados y 2.260 muertos, la mayoría en la Provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>58</sup> Antes había dictado el DNU N° 260/2020, con fecha 12 de marzo que había extendido por un año la emergencia sanitaria declarada por la Ley N° 27.541, a la que antes nos referimos. Dicho DNU ha sido inconstitucional por las razones expuestas en la Nota 46, puesto que ya estaba declarada por Ley la emergencia. Asimismo no dejó de ser sorprendente el largo tiempo de extensión fijado para la emergencia, que incluso fue prorrogado aunque sólo el Congreso debía prorrogar la misma. Por otra parte, ya el Senado en la Sesión del 13 de mayo aprobó dicho DNU, que ahora debe ser tratado en la Cámara de Diputados. Para un breve análisis de las distintas más de 70 normas dictadas para enfrentar al COVID-19, a partir del 6 de marzo de 2020 y en las 3 semanas siguientes, véase José Ortega y Santiago Espósito, “Coronavirus COVID-19: 3 semanas”, La Ley, on line, AR/DOC/980/2020. Dichas normas fueron DNU y Decretos Presidenciales, además de Resoluciones de la Jefatura de Gabinete de Ministros y de algunos Ministerios. Los 20 primeros DNU ya fueron aprobados por el Senado de la Nación, en la Sesión referida.

**tan decisiva y extraordinaria como la de esta emergencia**, que exhibió marcadas diferencias con lo acontecido a lo largo de nuestra historia”<sup>59</sup>.

Y agregué: “En este contexto, ésta es una oportunidad para producir un cambio institucional que imperiosamente requiere el país. Las medidas frente a esta pandemia fueron dictadas con respeto de la Ley Suprema, y ahora se trata de hacer cumplir las normas, lo que obliga al mejor funcionamiento posible de los 4 órdenes de gobierno: Federal, Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios. No se olvide que todos tienen competencias en materia de salud. Y que el poder de policía respectivo fue reconocido por la Corte Suprema en el célebre caso “Saladeristas de Barracas”, de 1887. Y en este sentido, aunque los Poderes Ejecutivos sean los órganos que en la instancia tengan mayores competencias para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso y los otros cuerpos legislativos dejen de cumplir sus roles para la aprobación y control de las medidas basadas en los institutos de emergencia utilizados. Además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional. Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática, el orden constitucional y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese es el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado”<sup>60</sup>.

Luego sostuve: “Reiteramos que aunque el Poder Ejecutivo sea el órgano que tenga mayores competencias para afrontar esta situación excepcional, ello no significa que el Congreso deje de cumplir sus roles para la aprobación y control de las medidas basadas en los institutos de emergencia utilizados. Por eso resulta por lo menos sorprendente la Resolución

---

<sup>59</sup> Véase el artículo que publicamos en Clarín on line, con fecha 23 de marzo de 2020. La medida del aislamiento obligatorio ha sido comprendida también por la sociedad, pues ha resultado el medio más eficiente para combatir el COVID-19, según lo indicado por la experiencia mundial y por las cifras que se observan en el país. Pero ese criterio inicial se está manteniendo ya por demasiado tiempo, hasta el 7 de junio, lo que convertirá a nuestra cuarentena en la más extensa a nivel mundial, lo que está mostrando graves problemas no sólo económico sino psicosociales en la población. Por lo que aumentan los reclamos por el regreso de actividades, ya que en la gran mayoría de las Provincias no se producen ya contagios.

<sup>60</sup> Cf. Antonio María HERNÁNDEZ, ídem, Clarín on line del 23 de marzo. Y con fecha 27 de marzo reiteré la necesidad de que el Congreso sesionase para cumplir con su rol institucional (También en Clarín on line del 27 de marzo de 2020, como se detalla en la nota siguiente).

4/20 de la Presidencia del Senado que dispuso la interrupción de los plazos parlamentarios, lo que significaba que no funcionaba el Senado. Y aunque se advierte alguna actividad virtual en la Cámara de Diputados, se descartó por el momento la realización de Sesión alguna. En la emergencia es fundamental el funcionamiento de los órganos legislativos, para la aprobación de medidas y para el control de los decretos del Poder Ejecutivo dictados por la delegación legislativa en razón de la emergencia sanitaria y los de necesidad y urgencia. Nos preguntábamos si no podían funcionar las Comisiones y reunirse las Cámaras, tomando los cuidados recomendados; o si no se podían aplicar las tecnologías a distancia para el cumplimiento de las funciones legislativas”.

“Para enfrentar la emergencia el Estado debe responder en su integridad con el pleno funcionamiento de sus poderes, donde el Legislativo y el Judicial, tienen también obligaciones trascendentes a cumplir. **Insistimos en que la emergencia no está por encima de la Constitución ni la suspende.** Esto es lo que diferencia a las democracias de las autocracias. Tampoco puede creerse que esta emergencia **nos convierta en un estado unitario**, donde cesen las autonomías de las Provincias, La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios. Es que más allá del cumplimiento del DNU dictado recientemente, tienen competencias en materia de salud y deben ejercitarse adecuadas relaciones interjurisdiccionales entre los diversos Gobiernos, que integran el Estado Federal”<sup>61</sup>.

A casi cincuenta días de aquellas primeras medidas que mostraron una actitud plausible, con una adecuada comunicación del Presidente y acuerdo de la oposición, y que abonaban la posibilidad de cambios que nos evitasen volver a las prácticas del pasado, **debemos ahora expresar que la realidad institucional indica lo contrario**<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Véase la nota “El Rol del Congreso en la crisis. Reclaman a Cristina Kirchner que el Senado controle y ayude al Gobierno y no se paralice”, Clarín on line del 27 de marzo de 2020, Buenos Aires.

<sup>62</sup> Véase Antonio María HERNÁNDEZ, “Federalismo y Covid-19”, Clarín on line, 24 de abril de 2020, donde analizamos las lesiones a las autonomías provinciales, de la CABA y de los Municipios, por el manejo centralista del Gobierno Federal.



### 3. *El retorno a las prácticas del pasado*

Se **gobierna por Decretos y Resoluciones y por muy pocas personas**, como ocurriera en el pasado. Hasta el 11 de mayo de 2020 se han dictado por el actual Presidente 38 DNU y 12 Decretos Delegados.<sup>63</sup>

No sesionó el Congreso y ahora lo hace de manera limitada y discontinuada y lo propio hace el Poder Judicial, porque se ha declarado una Feria Judicial Extraordinaria por la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores de Justicia de las Provincias.

En consecuencia, no hay adecuados controles sobre las diversas medidas de emergencia, que ya están afectando los derechos individuales<sup>64</sup>.

**Hemos regresado al hiperpresidencialismo**<sup>65</sup> que padecemos, como expresión de una débil cultura de la legalidad y de una baja calidad institu-

---

<sup>63</sup> Según lo analizan Delfina CAVALLINI VIALE y Leandro FERREYRA, en el artículo “Cincuenta Decretos de Fernández”, Palabras del Derecho, 19 de mayo de 2020, on line, Buenos Aires. Véanse además, Alfonso SANTIAGO, Enrique VERAMENDI y Santiago CASTRO VIDELA, “El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo”, La Ley, Buenos Aires, 2019 y Alfonso SANTIAGO, “Las tres generaciones de DNU (1983-2018)”, Revista Argentina de Teoría Jurídica (RATJ), Volumen 20, N° 2, diciembre 2019, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires.

<sup>64</sup> Véanse Roberto GARGARELLA, “Frente al coronavirus: es necesario restringir las libertades compulsivamente?”, Clarín on line, 24 de marzo de 2020, Buenos Aires; Ezequiel SPECTOR, “Autoritarismo y discriminación en tiempos de coronavirus”, Clarín on line, 16 de abril de 2020; Antonio María HERNÁNDEZ, Clarín on line, 23 de marzo de 2020, ya citado y Vicente Palermo, “Coronavirus. Aldous Huxley y las respuestas a la pandemia”, La Nación on line, 22 de abril de 2020.

<sup>65</sup> Este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el Presidente, más allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y equilibrio de los poderes y de los principios de la democracia constitucional. Debemos a Carlos Santiago Nino el más profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce incommensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta. Al referirse a la presidencia hipertrofiada, según el texto constitucional originario de 1853, o sea antes de la reforma de 1994, sostuvo: “Esta somera revisión de las facultades que los Presidentes fueron adquiriendo por una interpretación extensiva de cláusulas constitucionales, por claudicación de los otros poderes del Estado, o por un ejercicio liso y llano de la musculatura política, muestra que, desde el punto de vista normativo, el presidente argentino es, como lo preveía Alberdi, un verdadero monarca, aunque a diferencia de lo que él suponía, sus facultades regias no han sido óbice para la inestabilidad de los gobiernos y los abusos de poder frente a los derechos de los ciudadanos. También se confirma, con la desvirtuación del espíritu y muchas veces de los textos constitucionales, en la concesión y asunción de facultades

cional, caracterizada por los rasgos delegativos, corporativos y centralistas de nuestra democracia<sup>66</sup>.

Debo considerar el tema del **Congreso**, por su especial gravedad institucional, ya que su falta de funcionamiento inicial durante casi 60 días, afectó hondamente nuestra democracia republicana y federal<sup>67</sup>.

El Congreso no cumplió en su momento con sus obligaciones constitucionales para el control de los institutos de emergencia que se están utilizando, especialmente de los Decretos de Necesidad y Urgencia y de los Decretos Delegados<sup>68</sup>, correspondientes a la emergencia sanitaria.

No se reunió la Comisión Bicameral Permanente prevista por el Art. 99 inc. 3 para recibir dentro de los 10 días del dictado de cada uno de ellos al Jefe de Gabinete de Ministros hasta el 28 de abril.

Tampoco se cumplió con la otra obligación posterior del tratamiento dentro de los 10 días por las respectivas Cámaras del Congreso.

Sólo hubo un tratamiento rápido de 20 DNU que fueron aprobados en la Sesión del Senado de fecha 13 de mayo, cuando muchos de ellos merecían objeciones. Empezando por el 260/2020 que prorrogó por 6 meses la

---

extraordinarias por parte del Presidente, la tendencia a la ajuridicidad que ha sido una constante en nuestra práctica político-institucional, aún en periodos de jure”. (“Fundamentos de Derecho Constitucional”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 529). Véase también Antonio María HERNÁNDEZ, Cap. XVII, “El Poder Ejecutivo”, en la obra “Derecho Constitucional”, 2 Tomos, Director Antonio María Hernández, Coordinadora Paulina Chiacchiera Castro, La Ley, Buenos Aires, 2012.

<sup>66</sup> Nino señaló además entre otros aspectos ya mencionados, el del corporativismo, que consideraba muy importante para comprender la política latinoamericana, por su vinculación con regímenes políticos como el autoritarismo burocrático y con ideologías como el populismo. Y consideraba que en “Argentina la corporativización del Estado ha sido obvia”, señalando el accionar de las Fuerzas Armadas por la toma del poder, el de la Iglesia Católica, los sindicatos y en el sistema económico por la concesión de privilegios, monopolios, subsidios a determinados grupos de contratistas del Estado. (Obr. cit., págs. 562/6). Por eso sostuvo que nuestra democracia era “corporativa” y alejada del modelo correcto que defendía de democracia “deliberativa”. (Obr. cit., pág. 605)

<sup>67</sup> Véase Daniel SABSAY, “El Poder Legislativo debe seguir funcionando”, La Nación, on line, 9 de abril de 2020, Buenos Aires, y nuestro artículo en Clarín antes citado. Asimismo lo solicitaron ante diversos medios periodísticos nacionales los Senadores Juan Carlos Romero, Luis Naidenoff y Humberto Schiavone, entre otros y los Diputados Negri, Cornejo, Ritondo, Enríquez, Iglesias y Ferraro.

<sup>68</sup> Aunque en los Decretos dictados por el Poder Ejecutivo se menciona como fundamentación a los Incs. 1 y 3 del Art. 99, correspondiente a Decretos reglamentarios y de Necesidad y Urgencia.

emergencia sanitaria, cuando se trata incuestionablemente de una facultad legislativa del Congreso y cuando además, no podía dictarse DNU alguno porque ya estaba declarada la emergencia por Ley.<sup>69</sup>

Existen ya decenas de Decretos dictados como hemos mencionado, a los que se suman ya Decisiones Administrativas de la Jefatura de Gabinete de Ministros y Ministeriales, en una variedad de materias, sin el debido control legislativo y de constitucionalidad, como en el pasado que hemos descripto anteriormente<sup>70</sup>.

Dichas Decisiones Administrativas fueron resultado de una delegación efectuada por DNU del Presidente al Jefe de Gabinete de Ministros, cuya constitucionalidad resulta cuestionable, así como la posibilidad de legislar por parte de este último funcionario. Recuérdese además lo expuesto en esta obra sobre este instituto de emergencia, luego de la incorporación del Art. 76 y además, los standares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación especialmente en los casos “Camaronera Patagónica” de 2014 y “Provincia de Santa Fe c. Estado Nacional” de 2015<sup>71</sup>.

Pero además de ello, frente a la complejidad de la pandemia, con sus múltiples problemas no sólo sanitarios, sino políticos, económicos, sociales, institucionales éticos e internacionales, cómo podemos prescindir del necesario debate y deliberación del órgano que representa la legitimidad popular en su más amplia expresión?

**La unión nacional** que necesitamos frente a tan grave desafío no debe implicar un pensamiento único y centralista, sino la expresión plural de la

---

<sup>69</sup> Como lo estableció la Corte Suprema de Justicia en el caso “Provincia de San Luis c. Estado Nacional” de 2003, analizado en esta obra en el Anexo.

<sup>70</sup> Véase Delfina CAVALLINI VIALE y Leandro FERREYRA, en el artículo “Cincuenta Decretos de Fernández”, Palabras del Derecho, 19 de mayo de 2020, on line, Buenos Aires.

<sup>71</sup> Idem. Y véase además Alfonso SANTIAGO, Enrique VERAMENDI y Santiago CASTRO VIDELA, obr. citada, La Ley, Buenos Aires, 2019. Téngase presente que de acuerdo al Art. 76 la delegación –y por cierto la subdelegación- deben surgir claramente de la Ley del Congreso, como también lo expresa la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como antes analizamos. Véase asimismo Santiago CASTRO VIDELA y Santiago MAQUEDA FOURCADE, “La delegación legislativa y el estado regulatorio. Una mirada crítica al agujero negro de la regulación”, Abaco, Buenos Aires, 2018, donde se analiza la falta de control de las subdelegaciones.

sociedad abierta, para alcanzar el mayor consenso democrático posible en la emergencia<sup>72</sup>.

**Resultaba inconcebible que no sesionara el Congreso, que con sus dos Cámaras, representa al pueblo de la Nación y de las Provincias.**

Si no lo hizo con la presencia física de los Legisladores, como otros Congresos y Parlamentos<sup>73</sup>, pudo hacerlo de manera virtual, como también ocurre en otros países<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Son demasiados los problemas que enfrenta Argentina en todos los aspectos de la vida nacional, a los que se suman ahora los de la pandemia y los posteriores que vendrán como su consecuencia. Pero incluso en los aspectos de esta emergencia, no merecen debate el costo producido por los insumos traídos desde China? O las contrataciones que se realizan, algunas de las cuales ya requieren investigación penal, como en el caso de la compra de alimentos por el Ministerio de Desarrollo Social, por la que renunciaron 15 funcionarios?. O el plan para una salida ordenada de la cuarentena?. O los controles del humor social por ciberpatrullaje que anunció la Ministra de Seguridad?. O el destino de los subsidios al transporte que mayoritariamente son destinados al área metropolitana?. Véase además José Nun, “El coronavirus y la transición a la democracia” y “Coronavirus: cómo decidir en tiempos de incertidumbre”, La Nación on line, del 6 y 19 de abril de 2020, respectivamente. También véase Andrés Oppenheimer, “El disparatado plan argentino de traer médicos cubanos”, El nuevo Herald, on line, 22 de abril de 2020, [www.elnuevoherald.com](http://www.elnuevoherald.com).

<sup>73</sup> Como los de Estados Unidos, Alemania, Inglaterra, Francia, España, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Suecia, Noruega, Suiza, Holanda, Colombia, Perú, Chile, Uruguay, entre otros. Recién el 20 de abril sesionó presencialmente el Senado en México, luego de reclamos como los ocurridos en Argentina. Véase la nota periodística en El Universal, de dicho día, titulada “Democracia en vilo –y la Constitución también”, de Juan Garza Onofre, Sergio López Ayllón, Issa Luna Plá, Javier Martín Reyes y Pedro Salazar Ugarte, donde sostuvieron: “Desde hace semanas los Diputados y Senadores han declinado cumplir el encargo que les dieron millones de mexicanos. Hoy los legisladores federales no sesionan, no debaten, no deciden, no aportan de su parte para hacer frente a la pandemia”. En el artículo se expresa asimismo: “Como ha dicho la Presidenta del Congreso norteamericano en funciones durante la pandemia: los capitanes del barco salen al último”. Aunque debemos aclarar que la Sesión fue para el tratamiento de un proyecto de amnistía que había presentado antes el Presidente López Obrador y que benefició a 5000 presos de la Justicia Federal y a 100.000 de las Justicias Estadales. En la Sesión, los bloques opositores plantearon el tratamiento de otras cuestiones vinculadas a la lucha contra la pandemia. También ha sesionado presencialmente el Parlamento Europeo en estos días.

<sup>74</sup> Para un análisis del funcionamiento a distancia de Poderes Legislativos nacionales, véase el Proyecto de Modificación del Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación, presentado el 22 de abril de 2020 por el Diputado Jorge Enriquez, en cuyos Fundamentos menciona los casos del Senado de Brasil, las Asambleas Nacionales de Perú y Ecuador, el Poder Legislativo de Colombia y del Paraguay, entre otros ejem-

Ante los reclamos por el funcionamiento del Congreso<sup>75</sup>, la Presidenta del Senado presentó una **Acción Declarativa de Certeza ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación** donde se pregunta “Es constitucionalmente posible que tal como lo dispone el Art. 30 del Reglamento del Senado sesione mediante medios virtuales debido a la situación de gravedad institucional generada objetivamente por el COVID-19?”.

Dicha presentación ha producido numerosos rechazos por una multiplicidad de razones jurídicas, institucionales y políticas, tanto por los propios Legisladores<sup>76</sup> como por Profesores de Derecho<sup>77</sup>.

Por razones de extensión de este trabajo, enuncio sintéticamente los argumentos por los que sostengo la inconstitucionalidad e improcedencia de la acción presentada: a) No hay caso o cuestión federal, porque se trata de una consulta y la Corte históricamente no se ha expedido al respecto; b)

---

plos. Y en relación a la modificación del Reglamento del Senado para incorporar sesiones virtuales, véase el artículo de Juan TUNESSI, actual Prosecretario Legislativo de dicho cuerpo, “El funcionamiento del Congreso: primer paso para un acuerdo general”, en Clarín on line, del 19 de abril de 2020.

<sup>75</sup> Que además de los antes mencionados efectuados por Legisladores, periodistas y abogados y Profesores de Derecho, ha incluido un Amparo presentado por la Fundación Apolo Bases para el Cambio ante la omisión constitucional producida por la falta de funcionamiento del Congreso que violenta la Constitución al no controlar los Decretos de Necesidad y Urgencia. Allí se planteó además la inconstitucionalidad de los Decretos 4/20 y 5/20 de la Presidencia del Senado de fechas 25 de marzo y 31 de marzo del 2020, que dispusieron la interrupción de los plazos parlamentarios, por violar los plazos del Art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional y los de la Ley Reglamentaria N° 26.122.

<sup>76</sup> Por los Legisladores de ambas Cámaras mencionados en la nota anterior 56, a los que se suma la opinión de Eduardo Menem, ex Presidente de la Convención Nacional Constituyente de 1994 y Provisorio del Senado de la Nación, en Clarín on line del 15 de abril de 2020, quien sostuvo que atenta contra la división de poderes y es “Como si la Corte le pidiera al Congreso que opine si una sentencia debe ser en tal o cual sentido”. (Nota titulada “Coronavirus en Argentina: Juristas ponen en duda que la Corte pueda habilitar las sesiones virtuales en el Congreso”, de Marcelo Helfgot).

<sup>77</sup> En cuanto a los Profesores de Derecho, casi en su totalidad, se opusieron al planteo. Véase en la nota de Clarín recién citada, las opiniones de Jorge Gentile y de Ricardo Gil Lavedra, que calificaron de improcedente y dilatoria la presentación. Lo propio sostuvieron por diversas razones constitucionales los Profesores Zaffaroni, Lon, Sabsay, Badeni, Lonigro, Armesto, Diegues y Onaindia, con la opinión contraria de Rondina y con dudas de Gil Domínguez, en la nota titulada “La inmensa mayoría de los juristas considera improcedente el pedido de Cristina Kirchner a la Corte sobre la validez de las sesiones virtuales del Congreso”, de Patricia Blanco, en Infobae, on line, del 19 de abril de 2020.

Tampoco corresponde la acción declarativa de certeza, ya que aquí no hay incertidumbre, puesto que la respuesta es evidentemente afirmativa; c) La Corte es incompetente ya que no es una causa de competencia originaria, conforme al Art. 117 de la Constitución Nacional, que sólo admite las mismas cuando se trata de “asuntos concernientes a Embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que una Provincia fuese parte”; d) Porque la sanción e interpretación de un Reglamento es competencia exclusiva y excluyente de cada de las Cámaras del Congreso, según lo dispuesto por el Art. 66 de la Ley Suprema; e) Porque uno de los principios del control de constitucionalidad es que cada Poder interpreta y aplica por sí mismo la Constitución; f) Porque importa desconocer la división y equilibrio de poderes, afectando a nuestro sistema republicano y federal.<sup>78</sup>

En relación a este tema, con fecha 21 de abril se expidió el **Procurador General de la Nación**, Dr. Eduardo Casal, en la Vista que le fuera corrida, expresando que conforme al criterio fijado en el precedente “Sojo”, entre muchos otros, **“opino que la cuestión planteada, aún en el marco de un proceso judicial, resultaría contraria a la competencia originaria de la Corte.”**<sup>79</sup>

Finalmente la **Corte Suprema de Justicia de la Nación falló al respecto el día 24 de abril, rechazando por unanimidad el planteo formulado**, en una extensa sentencia con 3 votos de mayoría de los Ministros Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti, 1 voto concurrente del Ministro Rosatti y un Voto en disidencia parcial del Ministro Presidente Rosenkrantz.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Nunca había ocurrido una situación como ésta en la historia argentina y creemos que es muy difícil encontrar alguna similar en el derecho comparado. Es además, un notable ejemplo de “judicialización” de la política.

<sup>79</sup> Véase CSJ 353/2020/CS1, Ministerio Público- Procuración General de la Nación, 21 de abril de 2020. Se trata de un Dictamen fundado en la jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia desde el siglo XIX, como adelantaba la opinión casi unánime de las opiniones consignadas anteriormente.

<sup>80</sup> Véase CSJ 353/2020/CS1, Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza. El Alto Tribunal abundó en consideraciones para rechazar la acción presentada, tal como las que hemos expresado anteriormente, aunque por razones de extensión de este trabajo y del fallo de 74 páginas, no nos detendremos en su análisis. Véanse al respecto los comentarios de Gustavo MENNA, “Un fallo que juega al empate e interfiere en el debate político del Congreso”, La Nación, Opinión, 26 de abril de 2020 y de Roberto Antonio PUNTE, “Los congresos y parlamentos en tiempo de pandemia. Lo que resolvió la Corte el 24

En definitiva, y como consecuencia de las diversas opiniones críticas expresadas desde la prensa, la doctrina y algunos sectores de la oposición por la falta de funcionamiento, **el oficialismo se ha visto obligado a convocar a sesiones en ambas Cámaras.**

Con fecha 13 de mayo de 2020 se produjo la **primera Sesión tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados**, con la presencia de las respectivas autoridades de las Cámaras como también de parte de los distintos Bloques, mientras que el resto de los Senadores y Diputados estuvieron comunicados a distancia. Y en relación a los temas tratados, se ha destacado en el Senado la consideración de 20 Decretos de Necesidad y Urgencia<sup>81</sup>.

Ha sido un avance que después de 60 días haya comenzado a funcionar el Congreso, aunque sea de manera mixta con la presencia de sus respectivas autoridades y de pocos Legisladores en el recinto y el resto conectado tecnológicamente a distancia. Y aunque estas primeras experiencias fueron positivas, resulta evidente que el sistema es precario y no puede compararse con el debate presencial, al cual hay que regresar lo antes posible.

Lo exigen las circunstancias por la complejidad de la pandemia, con sus múltiples problemas no sólo sanitarios, sino institucionales, políticos, económicos, sociales e internacionales, que requieren el más profundo debate y deliberación de la máxima y más completa representación del pueblo.

Mientras tanto, debe asegurarse el funcionamiento presencial de las Comisiones de Labor Parlamentaria y de las Comisiones Bicamerales de Control y en especial de la Permanente destinada al análisis de los DNU que faltan, además de los Decretos Delegados, que implican la presencia del Jefe de Gabinete de Ministros. Este funcionario además debe efectuar su informe mensual ante cada una de las Cámaras. Y sería conveniente la

---

de abril. Lo que la Corte no dispuso. Lo imprescindible y lo que resulta aconsejable hacer”, (Revista Digital de la AADC, n° SE 3, 27 de mayo de 2020).

<sup>81</sup> Que fueron todos aprobados, cuando resulta evidente que requerían de un análisis detenido y particularizado, porque se trata del ejercicio de actividad legislativa. Algunos de ellos han merecido cuestionamientos por su constitucionalidad, comenzando por el 260/2020, como lo vimos anteriormente. Véase Alfonso BUTELER, “La potestad reglamentaria en la emergencia sanitaria”, La Ley, Buenos Aires, 2020 y además, Néstor P. SAGÜÉS, “Oposición entre un decreto de necesidad y urgencia y una ley de delegación legislativa”, en el Suplemento de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Jurisprudencia Argentina, 23 de abril de 2003, Buenos Aires, págs. 58/62.

presencia de un número cada vez mayor de Legisladores en los recintos respectivos para el ejercicio de sus funciones.

En estas circunstancias, no puede dejar de señalarse la **extraordinaria gravedad del DNU N° 457** dictado por el Presidente en acuerdo de Ministros, con fecha 10 de mayo de 2020, que en su Art. 4° autoriza al Jefe de Gabinete de Ministros a disponer la modificación del 100 % de las partidas presupuestarias. Recuérdese que estos poderes del funcionario habían sido limitados anteriormente al 5 % de las partidas, según lo establecido en el Art. 37 de la Ley de Administración Financiera. En consecuencia, **resulta evidente que se ha adoptado una decisión groseramente inconstitucional, que avanza sobre una de las competencias más importantes del Congreso, que es la presupuestaria**<sup>82</sup>.

Y esto consolida categóricamente el **hiperpresidencialismo y gobierno por decreto que hemos vuelto a padecer**, en retorno a la triste historia de las emergencias soportadas<sup>83</sup>.

Por el contrario, la cuestión consiste en transitar desde esta democracia delegativa y corporativa de baja calidad institucional profundizada por la emergencia hacia una democracia deliberativa y participativa, donde las grandes decisiones políticas se adoptan mediante la sanción de Leyes<sup>84</sup>.

Necesitamos pensar la Argentina con proyección de futuro hacia una democracia republicana federal, con ejercicio de una política arquitectónica para cumplir con nuestro proyecto político por antonomasia que es la Constitución Nacional.

---

<sup>82</sup> Véase el artículo de Laura SERRA, “Coronavirus en la Argentina. La oposición denuncia que los “superpoderes” otorgados a Santiago Cafiero violan la Constitución”, La Nación, on line, 11 de mayo de 2020. En dicho Decreto se aumentó además el gasto público en 498.000 millones de pesos. Téngase en cuenta además que el Poder Ejecutivo todavía no remitió su proyecto de presupuesto al Congreso, por lo que se ha reconducido el del año 2019. Adviértase en consecuencia, la baja calidad institucional que padecemos. Véase además, Antonio María HERNÁNDEZ, “Hiperpresidencialismo y Presupuesto”, La Ley, Suplemento, Noviembre 2015, N° 07, Buenos Aires, págs.. 25 y sgts..

<sup>83</sup> Adviértase que no obstante que el Congreso volvió a funcionar desde el 13 de mayo pasado, ha continuado el dictado de DNU, como por ejemplo el N° 493/2020 de 24 de mayo de 2020, que ha prorrogado la cuarentena hasta el 7 de junio, cuando resulta evidente que debiera ser el órgano legislativo quien adopte dicha medida.

<sup>84</sup> Véase Roberto GARGARELLA, “Democracia y emergencia en América Latina”, donde pone de relieve el valor de la deliberación democrática en esta instancia, en lugar del gobierno de unos pocos, entre otros aspectos. (Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, N° SE 3, 27 de mayo de 2020).



## 2. *Federalismo y rol de los gobiernos subnacionales*

Considero seguidamente las cuestiones vinculadas al **federalismo**. En los artículos periodísticos de nuestra autoría citados inicialmente, señalamos que a diferencia de otras oportunidades, fue plausible que el Presidente hubiera anunciado el Decreto de la cuarentena con el apoyo de los Gobernadores. Pero también advertíamos que no debíamos volver a las prácticas pasadas, en que **las emergencias sirvieron para la centralización del país**.

Aunque se realizaron consultas a los Gobernadores y al Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, además de algunos Intendentes, **no se han respetado en su plenitud los principios de nuestra Federación, que han establecido un federalismo moderno, de concertación, asentado en maduras relaciones interjurisdiccionales**.

En primer lugar, porque la **falta de funcionamiento del Congreso** durante esta emergencia por casi sesenta días, afectó directamente a nuestra Federación. No se escucharon las voces, las ideas, las propuestas de los Diputados del Pueblo de la Nación, ni la de los Senadores de nuestras Provincias, que son la representación genuina de un país tan extenso y diverso como Argentina.

En segundo lugar, porque debemos tener en cuenta que en esta emergencia sanitaria, las **competencias corresponden de manera concurrente** a los 4 órdenes gubernamentales: Gobierno Federal, Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios<sup>85</sup>.

Y además, que los servicios públicos en esta materia, están a cargo principalmente de Provincias, la CABA y los Municipios.

En consecuencia, debió haberse adoptado una **participación conjunta y coordinada** de los diversos gobiernos en las grandes decisiones

---

<sup>85</sup> Véanse Antonio María HERNÁNDEZ, “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009 y “Derecho Municipal”, UNAM, México, 2003. Con respecto a las competencias concurrentes municipales, véase Enrique MARCHIARO, “Cierres municipales y pandemia”, DPI, Diario Administrativo 273, 7 de abril de 2020, donde se destaca el importante rol de los gobiernos locales. Asimismo véanse Carla HUERTA OCHOA, “Emergencia sanitaria y la distribución de competencias en el Estado federal mexicano” y José María SERNA DE LA GARZA, “Facultades de las entidades federativas para dictar medidas de seguridad sanitaria ante epidemias como el COVID-19” en la publicación on line “Emergencia sanitaria por COVID-19-Federalismo”, Nuria González Martín y Diego Valadés, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2020.

durante la emergencia, en lugar de las asumidas sólo por el Poder Ejecutivo mediante Decretos.

Asimismo hubiera sido conveniente un desarrollo más pronunciado de **las relaciones interjurisdiccionales<sup>86</sup> y una mayor decisión y ejecución a cargo de los gobiernos subnacionales.**

Afirmo, no obstante, que la decisión principal que fue la de disponer la cuarentena, **fue acertada y ha logrado tener éxito<sup>87</sup>, por contar con el apoyo de los Gobiernos Provinciales, de la CABA y Municipales<sup>88</sup>.**

Estimo que la Federación como sistema de Estado y de gobierno, ha resultado muy importante en esta oportunidad, como lo indican además otros ejemplos en el derecho comparado, particularmente el de Alemania<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Aunque debe destacarse el funcionamiento del Consejo Federal de Salud. En nuestra 20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino planteamos la necesidad de constituir una Asociación Nacional o Conferencia de Gobernadores, como en Estados Unidos y México. Véase Antonio María HERNÁNDEZ, “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”, Buenos Aires, Iusbaire, 2017.

<sup>87</sup> Aunque debemos manifestar nuestra preocupación por la extensión de la misma, con los graves problemas que ello está produciendo en la economía y en otros aspectos de la salud psico-social de las personas. Téngase presente que se han destacado modelos como el sueco y el uruguayo, que si bien aconsejaron el distanciamiento social y otras medidas, no establecieron una cuarentena obligatoria, mostrando máximo respeto por las libertades personales. Véase además Sybil Rhodes, “Libertad de movimiento después de Covid-19”, CADAL, on line, 19 de mayo de 2020.

<sup>88</sup> Véanse Alberto PORTO y Luciano DI GRESIA, “El rol de los gobiernos subnacionales (provinciales y municipales) en la pandemia Covid19”, Universidad Nacional de La Plata, 13 de abril de 2020 y Francisco Tortolero Cervantes, “La pandemia como oportunidad para relanzar el rol de las entidades subnacionales latinoamericanas”, en la publicación on line “Emergencia sanitaria por COVID-19-Federalismo”, obr. cit..

<sup>89</sup> Véase el artículo de Ana CARBAJOSA y Marc BASSETS, “La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés”, El País on line, 17 de abril de 2020, donde se destaca la eficiencia del sistema descentralizado alemán, basado en los acuerdos de Merkel con los Jefes de Gobierno de los Lander para las grandes decisiones, mientras que la ejecución de las mismas corresponde a los Lander. Y donde la cercanía de éstos con los ciudadanos y las distintas realidades, posibilitó el éxito alcanzado. Y el contraste fue con el sistema francés, asentado en el centralismo del poder del Presidente y su élite tecnocrática. Asimismo, en un artículo publicado por Philip Oltermann en The Guardian, de 5 de abril de 2020, titulado “Germany’s devolved logic is helping it win the coronavirus race”, se pone de relieve que mediante 400 oficinas de salud pública, mayoritariamente a cargo de autoridades municipales y de los Lander alemanes, se ha avanzado con las pruebas requeridas por la Organización Mundial de la Salud para la detección del virus. Y que aquí se demuestra la lentitud de la tortuga centralista

Deteniéndome en la importancia de un **federalismo de coordinación**, indicamos que en algunos Decretos de Necesidad y Urgencia como el N° 355/2020, en el Art. 3° se hace adecuada referencia a la coordinación con los diversos órdenes de gobierno para la ejecución de diversas medidas<sup>90</sup>.

Pero en ese mismo Decreto en el Art. 2° se dispone prácticamente una **subordinación** de los gobiernos subnacionales, ya que **sólo la Jefatura de Gabinete está facultada para disponer excepciones para la salida ordenada** de la cuarentena, a pedido de aquéllos Gobiernos<sup>91</sup>.

Y lo propio ocurrió con el **Certificado Único Habilitante para Circulación** en todo el país, correspondiente sólo al Ministerio del Interior, con un muy alto grado de centralización<sup>92</sup>.

Pienso que las decisiones con respecto a estas últimas cuestiones referidas, **debiera corresponder a los gobiernos provinciales y municipales**, sobre todo en esta etapa en que se trabaja en la extensión de la cuarentena hasta mayo y junio<sup>93</sup>.

Es que la **diferente realidad que presenta la pandemia en las Provincias y en los Municipios** así lo amerita.

---

contra la velocidad de la liebre que es el federalismo, ya que no deben esperarse las decisiones del Gobierno central. ([www.theguardian.com/world/2020/apr/05/](http://www.theguardian.com/world/2020/apr/05/)). Véase también Detlef Nolte, “Respuestas a la pandemia: la experiencia de Alemania”, Clarín, on line, 5 de mayo de 2020. Para un análisis de derecho federal comparado, véase Antonio María HERNÁNDEZ, “Estudios de federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México”, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2018.

<sup>90</sup> El Art. 3° expresa con adecuada técnica federal, que las autoridades federales “..en coordinación de sus pares de las jurisdicciones provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las autoridades municipales, cada uno en el ámbito de sus competencias, dispondrán las medidas...”.

<sup>91</sup> En igual línea, el DNU 408/2020 otorga a las Provincias la determinación de actividades y la confección de los protocolos respectivos, pero reafirmando la competencia federal, ya que en último término deciden los Ministerios de Salud y la Jefatura de Gabinete de Ministros. Y lo propio dispuso el más reciente DNU 493/2020 de 24 de mayo de 2020, de prórroga de la cuarentena. Véase al respecto el artículo de Martín ACEVEDO MIÑO, “La pandemia y el retroceso del federalismo. Un avance centralista de la mano de las decisiones administrativas”, El Derecho, Buenos Aires, 15 de mayo de 2020.

<sup>92</sup> Véase la Resolución 48/2020 del Ministerio del Interior, de fecha 28 de marzo de 2020.

<sup>93</sup> Véanse los artículos “Coronavirus en Argentina: Fernández evalúa extender la cuarentena obligatoria hasta el 10 de mayo inclusive”, Infobae on line, Buenos Aires, 22 de abril de 2020, nota de Roman LEJMAN y “Coronavirus: los Gobernadores se preparan para la continuar la cuarentena con más flexibilizaciones”, La Nación on line, 22 de abril de 2020, nota de Gabriela Origlia.

En las Provincias de Catamarca y Formosa no hubo ningún contagio y en las de Jujuy, Salta, Corrientes, Chubut, Mendoza, San Juan, Misiones, Santa Cruz, Tucumán, Neuquén, San Luis, Entre Ríos, Santa Fe, La Rioja y La Pampa hay muy pocos, por lo que la reanudación de actividades y la mayor circulación debe resolverse anticipadamente a otros lugares del país, como la Provincia de Buenos Aires y la CABA, que presentan los mayores focos de contagio y en proporción menor, las Provincias de Córdoba y Río Negro.

Pero incluso en una Provincia como la de Córdoba, se observan distintas realidades, y cerca de 30 Gobiernos municipales, han solicitado avanzar en la salida de la cuarentena ante la ausencia de casos<sup>94</sup>.

Creo que la concentración de todas las decisiones en el Gobierno central o incluso en los Provinciales, debe ceder en consecuencia, ante las ventajas evidentes de la descentralización, como verdadera técnica de vida social, en un país tan extenso.<sup>95</sup>

En este aspecto, resulta incuestionable la importancia y trascendencia del rol desarrollado específicamente por los **gobiernos municipales**, durante esta emergencia. En primer lugar, tal como antes lo expresara, por sus amplias competencias en materia sanitaria, concurrente con la de los otros órdenes gubernamentales.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Véase la nota de Fernando Colautti, “Pocos Intendentes piden abrir más actividades”, *La Voz del Interior*, Córdoba, 22 de abril de 2020, pág. 3. En efecto, 30 de los 427 Gobiernos Locales han solicitado al Gobierno Provincial esa flexibilización, pero la respuesta ha sido negativa, lo que indica esa subordinación que antes señalábamos y que afecta las autonomías locales. En el caso de la Provincia de Buenos Aires 72 Municipios han solicitado lo mismo. Véase nota de María José Lucesole, “Coronavirus en Argentina: más de la mitad de los municipios bonaerenses pidieron flexibilizar la cuarentena”, en *La Nación* on line, 24 de abril de 2020.

<sup>95</sup> Piénsese en el caso de la empresa Volkswagen que solicitó la apertura de su fábrica en Córdoba a pedido de la central en Alemania, y que tuvo que esperar su autorización desde el Gobierno Federal en Buenos Aires. Véase el artículo de Diego Dávila, “Volkswagen pidió reabrir la planta local el próximo lunes”, *La Voz del Interior*, Córdoba, 22 de abril de 2020, pág. 8.

<sup>96</sup> Ha sido muy importante el fallo del Supremo Tribunal Federal de Brasil, que ante el reclamo del Gobierno Federal acerca de su competencia exclusiva para adoptar las medidas de protección y aislamiento social durante la pandemia, sostuvo que se trataba de una facultad concurrente entre los diversos órdenes gubernamentales que requería la coordinación entre los mismos. Y en consecuencia, avaló las medidas dispuestas por los gobiernos estatales y municipales al respecto, ante la actitud del Presidente Bolsonaro que se oponía a las mismas. Véase Supremo Tribunal Federal, ADPF 6341MC/

Se trata del ámbito estatal en contacto directo e inmediato con la población, que en nuestro país tiene características urbanas muy pronunciadas.

Cualquiera sea la magnitud de los gobiernos locales, todos han desarrollado actividades de prevención, contención y apoyo en la lucha contra el Covid-19.

Y muy especialmente se advirtió su imprescindible papel por la directa relación con los sectores más vulnerables, que se presentan tanto en pequeñas localidades, en ciudades intermedias como en las grandes áreas metropolitanas, con situaciones de pobreza, vulnerabilidad y exclusión social.

En tan sentido es pertinente señalar la importancia de los Centros de Atención Primaria de la Salud, que con sus equipos multidisciplinarios, cumplen un rol imprescindible en la lucha contra la pandemia y en el cuidado de la salud, porque constituyen el servicio más inmediato y cercano para la población.<sup>97</sup>

Esa inmediatez con los problemas produjo que algunos gobiernos locales se hayan adelantado al Gobierno Federal o a los respectivos Gobiernos Provinciales en la adopción de medidas preventivas, como el de Bahía Blanca, que prohibió el 12 de marzo la realización de eventos y actividades con concurrencia masiva de público, entre otros de la Provincia de Buenos Aires.<sup>98</sup> Tal como había ocurrido en otras Federaciones.<sup>99</sup>

El triste y riesgoso espectáculo que se produjo el viernes 3 de abril de 2020, con la presencia de miles de jubilados y pensionados agolpados frente a los Bancos, fruto de la centralista decisión de las autoridades de la ANSES y del Banco Central, pudo ser evitado con solo haber coordinado o encargado dicha organización a las autoridades locales.

---

DF, Ministro Relator Marco Aurelio, de fecha 24 de marzo de 2020. Otro ejemplo de la importancia del sistema federal, que posibilita una respuesta descentralizada que es más eficiente para combatir la pandemia.

<sup>97</sup> Véase Patricio CACASE, “La atención primaria en esta pandemia: crisis y oportunidad”, Clarín, on line, Opinión, 29 de mayo de 2020.

<sup>98</sup> Mediante el Decreto 317/2020, lo que sería continuado a los pocos días por otros Municipios como La Plata, Tandil, Olavarría, Pilar, Avellaneda, Mar del Plata, Brandsen, entre muchos otros. Véase Víctor Malavolta y Orlando Pulvirenti, “El federalismo y el municipalismo en tiempos de pandemia”, 28 de abril de 2020, [www.sajj.gov.ar](http://www.sajj.gov.ar). Orlando Pulvirenti es Miembro del Instituto de Federalismo y responsable de los informes de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>99</sup> Malavolta y Pulvirenti en su artículo citado mencionan el caso del Gobierno local de San Francisco, frente al Gobierno Estadual de California, así como los casos que más adelante mencionamos sobre el federalismo norteamericano.

Ello no excluye, como veremos más adelante, la comisión de excesos por parte de gobiernos provinciales y locales, como entre otros, la prohibición de tránsito o el establecimiento de toques de queda o de medidas que hayan provocado conflictos de competencia como en la fijación de horarios de comercio<sup>100</sup>.

Mientras tanto, el Gobierno Federal al sancionar la **Ley de Emergencia N° 27.541 de 2019 produjo un retroceso bajo el punto de vista del federalismo**, al detener el proceso de transferencia de **Edenor y Edesur**, a la Provincia de Buenos Aires y a la CABA<sup>101</sup>. O sea que está a cargo del Tesoro Nacional nuevamente la prestación de esos servicios públicos que benefician al área metropolitana, de la misma manera que han continuado los **subsidios al transporte** que la privilegian.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Un caso notable fue el del gobierno local de Puerto Iguazú, que anunció el cierre del puente Tancredo Neves que nos vincula a Brasil, lo que fue evitado por la advertencia del Juez Federal de El Dorado. Véase Ernesto AZARKEVICH, “Coronavirus en Argentina: Finalmente Puerto Iguazú no cerró su frontera con Brasil”, Clarín, on line, 25 de marzo de 2020. Otros casos que citan MALAVOLTA y PULVIRENTI en su artículo “El federalismo y el municipalismo en tiempos de pandemia” ya citado, son los de Campana, Pilar, Escobar y Brandsen en la Provincia de Buenos Aires, con respecto a las autorizaciones para el trabajo de pileteros, cortadores de pasto y jardineros, que no estaban incluidos en los DNU nacionales, lo que motivara la intervención del Juez Federal de Campana. Y además, la fijación de horarios comerciales como en Junin, cuando esa competencia correspondería a la Provincia.

<sup>101</sup> Véase el artículo de Laura GONZÁLEZ, “Cubrir el rojo del sistema energético demandará unos 470.000 millones”, con el subtítulo: Son los fondos que el Estado deberá inyectar hasta diciembre para evitar un colapso, según cálculos de Cammesa, La Voz del Interior, pág. 6 del 18 de mayo de 2020. Y más específicamente el artículo en esa misma página, “Otra vez, la Nación asistirá a usuarios de Edesur y Edenor”, lo que demuestra la gravedad de la decisión asumida de reasumir la jurisdicción nacional, lo que centraliza el manejo de esas distribuidoras a través de ENRE, en perjuicio directo del interior del país. Y lo propio ocurrió con el servicio de agua potable a través de AYSA, cuando es más que evidente que son servicios que deben estar a cargo de los gobiernos de la Provincia de Buenos Aires y de la CABA. También es muy preocupante el posible cierre del aeropuerto del Palomar, que afectaría a las empresas aéreas de Low Cost y con ello, a los vuelos al interior del país. Véase el artículo de Gonzalo PEREZ CORRAL, “Solos no se crece”, La Voz del Interior, Córdoba, 24 de mayo de 2020.

<sup>102</sup> Por este motivo, los Intendentes de Córdoba, Rosario, Santa Fe y Paraná presentaron un reclamo al Gobierno Federal, ya que sólo reciben menos del 10 % de subsidios para el transporte, mientras que el Área Metropolitana alcanza a un 91 %. Véanse las notas de Diego Marconetti, “Intendentes y diputados, por más subsidios para el interior”, La Voz del Interior, 22 de mayo de 2020 y especialmente “Subsidios al transporte: de cada \$ 10, apenas uno va para el interior”, La Voz Interior, 27 de mayo de 2020. En este último afirma que en 2019 la Nación repartió más de 69.400 millones, quedando

Merece considerarse asimismo el sorprendente **conflicto judicial** que se planteó entre los **Juzgados Federales de Corrientes y Resistencia**, originado por las diversas resoluciones dictadas en relación a la posibilidad de prestación de servicios medicos por aquéllos profesionales que viven en Corrientes pero que trabajan en Resistencia.

En efecto, frente a una Circular del Gobierno de Corrientes que prohibía esa posibilidad, el Juez Federal de Resistencia ordenó lo contrario, en una acción presentada por la Asociación de Clínicas y Sanatorios y de la Federación de Médicos de la Provincia de Chaco.

A su vez, la Provincia de Corrientes presentó una acción declarativa con medida cautelar ante el Juez Federal de Corrientes contra dicha resolución, que hizo lugar a la misma dejando sin efecto la misma en su jurisdicción. Y luego, nuevamente el Juez Federal de Resistencia volvió a ordenar a la Provincia de Corrientes que no impidiese a los medicos el ejercicio de sus funciones, conforme los DNU del Gobierno Federal.

Esa medida cautelar fue confirmada por la Cámara Federal de Resistencia, en una importante resolución de fecha 20 de abril de 2020, que posibilitó el ingreso del personal medico de Corrientes a la Provincia del Chaco.<sup>103</sup>

Además de las cuestiones federales a analizar, se ha tratado de un conflicto judicial que debe resolver la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>104</sup>

Una cuestión similar se planteó entre los **Juzgados Federales de Río Cuarto y de San Luis**, puesto que ante la medida cautelar del primero que ordenaba la terminación del bloqueo dispuesto por la Provincia de San

---

el 91 % en el AMBA, y que esa brecha se amplió este año. Eso ha significado que por cada ómnibus de dicha zona se aportaron 3,46 millones de pesos, mientras que a cada uno del interior le correspondió 420.000 pesos. Y esto explica que la tarifa promedio en el AMBA sea de 12,75 pesos, mientras que en el resto de las jurisdicciones es de un promedio de 28 pesos, y en el caso de Córdoba es de 31,90 pesos. Por si faltara algo, el Presidente acaba de disponer el reparto de 20.000 millones para obras en el Gran Buenos Aires, además de la reactivación de 68 obras por parte de AYSA en municipios del conurbano. Véase el artículo “\$ 20.000 millones para el Gran Buenos Aires”, *La Voz del Interior*, 27 de mayo de 2020.

<sup>103</sup> Véanse los autos “Asociación de Clínicas y Sanatorios y Federación Médica del Chaco c/ Ministerio de Salud de la Provincia de Corrientes y/o Poder Ejecutivo de la Prov. de Corrientes s/ Medida Cautelar” (Expte. N° 1331/2020).

<sup>104</sup> Véase el artículo de Orlando PULVIRENTI, “Tres fallos y el federalismo en la pandemia”, *Microjuris.com*, MJ/DOC/15283/AR, 14 de abril de 2020.

Luis de la Ruta Nacional N° 8, de la Ruta Provincial N° 30 y de caminos vecinales que unen al Departamento Río Cuarto de la Provincia de Córdoba con la Provincia de San Luis, el Juez Federal de San Luis hizo lugar a una medida cautelar contraria solicitada por dicho Gobierno Provincial.

Se trata de un Amparo que hemos presentado ante el Juez Federal de Río Cuarto en nombre de cuatro entidades que representan a miles de ciudadanos del Sur de la Provincia de Córdoba, ante la extrema gravedad de los derechos conculcados por el cierre de completo de dichas rutas, en un retorno al Medioevo dispuesto por el Gobierno Provincial de San Luis<sup>105</sup>.

El Juez Ochoa, luego de correr vista a la Fiscalía, hizo lugar a la medida cautelar, ordenando la apertura de las rutas y caminos mencionados, con el cumplimiento de los requisitos establecidos por el DNU 297 del Poder Ejecutivo de la Nación.

Por su parte, el Fiscal de Estado de San Luis, ante la noticia del amparo presentó una Acción declarativa de certeza ante el Juez Federal de San Luis sobre la constitucionalidad de la legislación provincial, con pedido de medida cautelar, para impedir el cumplimiento de lo ordenado por el Juez Federal de Río Cuarto<sup>106</sup>.

Ante el conflicto de competencia planteado, este Juez ha resuelto la elevación del expediente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sabíamos que allí terminaría esta causa promovida por vecinos de una Provincia contra otra Provincia, donde la competencia federal es indudable por razones de materia y de personas, según lo dispuesto por los Arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional.

Parece increíble que esto ocurra en la realidad: una Provincia que impide el tránsito interprovincial en una Ruta Nacional como la N° 8, en

---

<sup>105</sup> En los autos “Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c. Provincia de San Luis-Poder Ejecutivo-Amparo”, donde son actores la Sociedad Rural de Río Cuarto, la Sociedad Rural de Vicuña Mackenna, la Asociación Civil de Transportistas de Achiras y el Consorcio Caminero de Achiras. En dichos autos constan las fotografías del cierre completo de dichas rutas, y en el caso de los caminos vecinales, de los terraplenes construidos de casi metros de altura y con zanjas que llegan a los 20 Kms., para impedir cualquier acceso a la Provincia. Lamentablemente, no es la única Provincia en concretar estas medidas inconstitucionales. Lo acaba de ordenar la Provincia de Tucumán, incluso mediante Ley de la Legislatura, sancionada con fecha 7 de julio de 2020 y por 60 días. (Infobae, 7 de Julio, Buenos Aires). Y en otras Provincias y Municipios se avanza en tal sentido.

<sup>106</sup> “Gobierno de la Provincia de San Luis c. Confederación de Asociaciones Rurales de la 3ª. Zona y otros s/ Acción meramente declarativa de Derecho”.



violación de los Arts. 9 a 12 de la Constitución Nacional y de principios elementales del federalismo argentino, con profundas afectaciones de derechos fundamentales como veremos más adelante.

También se produjo otro **conflicto entre las Provincia de Mendoza, Jujuy, Chubut y Corrientes y el Gobierno Federal**, que decidió impedirles la compra de respiradores a la empresa cordobesa Tecme, pese a que los habían encargado con anterioridad, para centralizar su distribución<sup>107</sup>.

Es pertinente también efectuar una referencia a la **interpretación del Art. 128 de la Constitución Nacional**, ya que ha sido reiteradamente invocado en varios DNU dictados durante esta emergencia, a partir del 260/2020, para tratar de fundamentar una subordinación de las provincias al gobierno federal.

La norma dispone que “Los Gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno Federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación” y tuvo su origen en el Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi y a su vez, en la Constitución de Nueva Granada. Como expresa Guillermo Barrera Buteler: “Este artículo generó una fuerte polémica entre Alberdi y Sarmiento, ya que este último lo calificó de “sistema bastardo que da al gobierno de una provincia dos naturalezas distintas, dos orígenes a su autoridad, dos respaldos opuestos y dos inspiraciones diversas”<sup>108</sup>.

Y después de señalar las dificultades planteadas por la norma, en general rechazada por la doctrina y calificada como anacrónica, sostiene que “no puede darse al artículo una interpretación que coloque al Gobernador en calidad de subordinado jerárquico del Gobierno central”<sup>109</sup>. Y luego indica que por el contrario, “la idea de ejecución a nivel provincial de leyes y programas de gobierno federales, sobre la base de acuerdos interjurisdiccionales, lejos de afectar la autonomía local, la fortalece...”<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> Véase la nota de Daniela MOZETIC, “Cruce entre Ginés y Gobernadores por la compra de respiradores”, Perfil, Buenos Aires, 28 de marzo de 2020.

<sup>108</sup> Guillermo BARRERA BUTELER, “Los Gobernadores como agentes naturales del gobierno federal”, en “Constitución de la Nación Argentina”, Director Daniel Sabsay, Coordinador Pablo Manili, Tomo IV, pág. 932. Sarmiento había sostenido esa opinión en sus “Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina”.

<sup>109</sup> Idem, pág. 932.

<sup>110</sup> Idem., pág. 932. Y menciona como ejemplo al federalismo alemán, en los Arts. 84 y 85 de su Ley Suprema.

Y así es como debe interpretarse el Art. 128, de manera sistemática y armónica con el plexo constitucional, a la luz del federalismo de concertación, incorporado en la gran reforma de 1994.

Sin embargo y tal como lo he adelantado inicialmente en el análisis de esta emergencia<sup>111</sup>, se volvió a un grado notable de centralización, en violación de las instituciones propias de nuestro federalismo.

Hacia el futuro espero que se avance en las mejores prácticas institucionales y de relaciones interjurisdiccionales, de acuerdo al proyecto federal de la Constitución, asentado en las autonomías provinciales, de la CABA y municipales.

Continuando con el análisis, debo considerar brevemente cómo ha sido el **funcionamiento institucional de los gobiernos subnacionales** en la emergencia.

Y también aquí se ha observado el **fenómeno del hiperpresidencialismo**<sup>112</sup>, con **falta de funcionamiento en general de Legislaturas y de Concejos Deliberantes**, aunque con las excepciones que seguidamente indicamos. En efecto, han sesionado de manera presencial la Legislatura de Neuquén y en forma virtual las de Córdoba, Mendoza, Río Negro y Salta y los Concejos Deliberantes de Córdoba, Mendoza, Rivadavia, Maipu, Godoy Cruz, Guaymallen, Neuquén, Santa Rosa, Salta, Viedma, Villa Regina y Cipolletti<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> En el artículo de nuestra autoría titulado “Federalismo y Covid19”, en Clarín on line, del 24 de abril de 2020.

<sup>112</sup> Se ha repetido en general en las Provincias y Municipios el modelo observado en el Gobierno Federal. Véase el artículo antes citado de Malavolta y Pulvirenti, donde se citan ejemplos de Decretos o simples Resoluciones Administrativas, incluso en cuestiones tributarias, sin participación de los Concejos Deliberantes, en distintos gobiernos locales de la Provincia de Buenos Aires. Además véase en relación a México, Daniel BARCELÓ, “Controles constitucionales sobre los gobiernos federal y de los Estados en emergencias sanitarias”, en la publicación on line “Emergencia sanitaria por COVID-19-Federalismo”, obr. cit..

<sup>113</sup> Véase Juan BRUGGE, en su artículo titulado “Congreso de la Nación, las sesiones por videoconferencia y su constitucionalidad”, Perfil, on line, del 17 de abril de 2020. También funcionan de manera virtual las Legislaturas Estaduales de Chiapas, Sinaloa y Zacatecas en la federación mexicana. Por su parte, véase la actividad legislativa de 35 Estados norteamericanos en la pág. web de la National Conference of State Legislatures, [www.ncsl.org](http://www.ncsl.org), con toda la información en torno al COVID-19,

**La regla ha sido el Gobierno por Decretos de los Gobernadores** o a veces, ni siquiera eso, sino mediante Resoluciones o Decisiones administrativas de otros funcionarios inferiores.

Ejemplo de ello ha sido la Provincia de Chubut, donde se ha violado el Art. 156 de la Constitución Provincial sobre el dictado de DNU, que dispone que deben ser presentados dentro de los 5 días ante la Legislatura y que si no son aprobados dentro de los 30 días quedan derogados. Pero al no sesionar la misma, el Gobernador presentaba el mismo DNU antes de su vencimiento.<sup>114</sup>

En la Provincia de Salta se dictó el DNU 250/20 que declaró la emergencia y creó el Comité de Emergencia presidido por la Ministra de Salud. Se ha cuestionado además al DNU 255/20 que reguló materia contravencional por DNU, a la vez que las “figuras” parecen superponerse con las disposiciones del Código Penal, siendo materia propia del Congreso Nacional. También se ha observado que como autoridad de aplicación se haya designado al Jefe de Policía. El CELS ha presentado recientemente un amparo ante la Corte Suprema de Salta (con competencia originaria por tratarse de un acto del Gobernador) requiriendo la declaración de inconstitucionalidad. Y todo ello, no obstante el funcionamiento virtual de la Legislatura Provincial.<sup>115</sup>

En la Provincia de Neuquén por Decreto 366/2020 del 15 de marzo de 2020 del Gobernador se declaró el estado de emergencia sanitaria en el territorio provincial por el término de 180 días y se creó el Comité de Emergencia “ad hoc”, invitándose a los restantes poderes del Estado provincial, municipios y comisiones de fomento a adherir y disponer medidas correlativas. Y la Legislatura por Ley 3230 del 25 de marzo de 2020 declaró la emergencia, habilitándose al Poder Ejecutivo a prorrogar ese término por única vez y por igual lapso de tiempo<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Véase a José Raúl HEREDIA, Miembro del Instituto de Federalismo, responsable de los informes en Chubut, en el titulado “La pandemia y decisiones en Chubut”, de fecha 24 de abril de 2020. También hace referencia a los avances producidos sobre las autonomías municipales, que provocaron reclamos de los gobiernos municipales de Comodoro Rivadavia, Trelew y Esquel, entre otros.

<sup>115</sup> Cfr. Informe del Prof. Ignacio COLOMBO MURÚA, Miembro del Instituto de Federalismo, responsable de los informes en Salta, de fecha 27 de abril de 2020.

<sup>116</sup> Cfr. Informe del Prof. Armando MARIO MÁRQUEZ, Miembro del Instituto de Federalismo, responsable de los informes en Neuquén, de fecha 5 de mayo de 2020.

En la Provincia de Río Negro se dictó el DNU 01/2020 del 13 de marzo de 2020 que declaró en emergencia sanitaria al territorio provincial por el plazo de un año, plazo que podrá ser prorrogado en caso de persistir la situación epidemiológica, estableciendo que sea el Poder Ejecutivo la única autoridad de la cual emanen las decisiones e instrucciones. Asimismo se creó el Comité de Crisis integrado por los diversos Ministerios. Por su parte la Legislatura adoptó unas pocas y diversas resoluciones al respecto, que no estuvieron acordes al rol institucional que debió ejercer en la emergencia.<sup>117</sup>

En la Provincia de Córdoba la Legislatura sancionó la Ley N° 10.690 con fecha 18 de marzo de 2020 que dispuso la adhesión a la Ley Nacional N° 27.541 que había declarado la emergencia sanitaria, al DNU 260 que la prorrogó y a la legislación nacional que se dicte en la materia. Asimismo se ratificaron los Decretos N° 156 y 196 de fechas 9 y 16 de marzo de 2020 del Poder Ejecutivo Provincial que habían declarado el Estado de alerta, prevención y acción sanitaria contra el dengue, coronavirus y sarampión y se facultó al Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Salud a tomar las medidas necesarias en la materia.

Posteriormente, mediante Resolución 311 del Ministro de Salud de la Provincia, de fecha 24 de marzo de 2020 se creó el Centro de operaciones de Emergencia (COE), que es el que dispuso diversas resoluciones y disposiciones, concentrando el accionar provincial y subordinando a los gobiernos locales.

La Legislatura mediante Ley N° 10.702 sancionó un Régimen Sancionatorio Excepcional de emergencia sanitaria”, promulgado el 17 de julio de 2020, con sanciones desde 5.000 hasta 500.000 pesos, con graves objeciones sobre su constitucionalidad.

Tampoco en esta Provincia la Legislatura cumplió adecuadamente con sus atribuciones y competencias constitucionales.

Interesa destacar especialmente dos **acciones interprovinciales** efectuadas en la Patagonia: en primer lugar, la creación de la **Comisión Interprovincial de Monitoreo de la Situación Epidemiológica (Covid-19)**, creada por los Gobernadores de Neuquén y Río Negro, con fecha 19 de abril de 2020. La misma tiene a su cargo no solo el manejo de la información respectiva, sino también la unificación de criterios sobre los casos

---

<sup>117</sup> Cfr. Informe del Prof. Armando MARIO MÁRQUEZ, Miembro del Instituto de Federalismo, de fecha 5 de mayo de 2020.

sospechosos, la optimización de los recursos conjuntos y las medidas de seguridad en las zonas de límites y en los municipios colindantes. Y en segundo lugar, la reunión del **Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia**, que en su última reunión celebrada en Lago Puelo, acordó que a través de la Presidencia de la organización, cada Poder Judicial informe permanentemente las medidas que ha adoptado para prevenir y minimizar los efectos de la pandemia del Covid-19.

En cuanto al ejercicio de sus competencias en esta materia por los distintos gobiernos, se puede señalar que **en el país hubo plena coincidencia** en aplicar el distanciamiento social obligatorio como principal medida de lucha contra la pandemia, más allá de algunas cuestiones que analizaremos en relación a los derechos afectados.<sup>118</sup> Ello fue acertado y razonable, en razón de la experiencia observada a nivel mundial y además, ante las carencias de nuestra infraestructura y sistema sanitario<sup>119</sup>.

A esta altura, **insisto en que son los gobiernos provinciales y municipales los que deben resolver la salida de la cuarentena**, en virtud de sus competencias constitucionales y ante los problemas que ya presenta su extensión.

---

<sup>118</sup> En cambio en otras federaciones ello no ocurrió, como en Brasil, México y Estados Unidos, en que los Presidentes fueron reacios a decidir o impulsar las cuarentenas. Y por eso reaccionaron anticipadamente los Gobernadores de San Pablo y de Río de Janeiro, de Jalisco y Nueva León y de New York y California, entre otras autoridades estatales y municipales. Véase John Kincaid y J. Wesley Leckrone, “Federalism and the COVID-19 crisis in the United States of America”, Forum of Federations, que refieren que 10 Gobernadores ordenaron la cuarentena, 9 de ellos Demócratas, antes de las decisiones del Presidente. Los autores critican el accionar oficial ante la pandemia, atento la marcada polarización política existente y los graves efectos producidos. En igual sentido Dan Farber destaca que los Estados y los gobiernos municipales están en la primera línea en esta lucha contra la pandemia, atento sus competencias constitucionales, en “Federalism and the pandemic”, 26 de marzo de 2020, Legal planet, on line, Berkeley Law, UCLA. Véase asimismo Jorge MADRAZO, “Reflexiones bajo la bruma. Notas sobre el federalismo en Estados Unidos en tiempos de la pandemia”, en “Emergencia sanitaria por COVID-19-Federalismo”, obr. cit..

<sup>119</sup> A lo que debe agregarse la escasa realización de testeos a la población, que nos hubiera permitido conocer mejor la evolución de la pandemia, como otro método exitoso utilizado en Corea, Singapur, Taiwan y Alemania. Aunque a esta altura en julio, preocupa ya la extensión de la cuarentena, que debiera flexibilizarse en la gran mayoría de las Provincias, como lo he manifestado. Es evidente que el tiempo transcurrido implica una lesión cada vez mayor de una gran cantidad de derechos, empezando por los daños psicológicos producidos por el encierro.

Los derechos fundamentales restringidos o lesionados

En cuanto al breve análisis de los **derechos fundamentales restringidos o lesionados** por esta emergencia, señalo en primer lugar la **libertad física o de locomoción, la de reunión, y los de trabajar y ejercer industria lícita**, como consecuencia del aislamiento preventivo y obligatorio<sup>120</sup>.

Pero por excesos cometidos, en algunos casos se han lesionado o intentado lesionar los derechos a **la igualdad, a la privacidad, al derecho de informarse y a la libertad de prensa**, consagrados por la Constitución Nacional y diversos Tratados Internacionales con esa jerarquía.<sup>121</sup>

Incluso se han lesionado el **derecho de propiedad, el de comerciar, el transporte interprovincial y hasta la libertad de cultos**, como veremos seguidamente.

Con respecto a los primeramente mencionados, la **constitucionalidad del DNU 297 fue así resuelta por un fallo de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo**, Sala integrada de Hábeas Corpus, que rechazó un Hábeas Corpus presentado al respecto<sup>122</sup>.

Sin embargo, en un **Habeas Corpus colectivo admitido en Chubut**, la Jueza Del Valle Moreno sostuvo que hubo **excesos policiales en el cumplimiento de las medidas dispuestas**, que habían incluido un virtual toque de queda en poblaciones, entre otras medidas que iban más allá del DNU N° 297/2020.<sup>123</sup>

Sostengo la **inconstitucionalidad del Protocolo de Acción de Ingreso y egreso de la Provincia, dictado por Decreto del Poder Ejecutivo en la Provincia de San Luis**.

En primer lugar, porque no se admite por la Constitución Provincial el dictado de DNU y en consecuencia, para una limitación de derechos constitucionales es necesaria una Ley Provincial, con intervención de la Legislatura.

---

<sup>120</sup> Dispuesto por el DNU 297/2020 ya antes citado.

<sup>121</sup> Véase Roberto GARGARELLA, “Necesitamos resguardar los derechos fundamentales”, Clarín, Opinión, 28 de mayo de 2020.

<sup>122</sup> “Kingston Patricio-Habeas Corpus”, 19.200/2020, Fallo de Rodolfo Pociello Argerich y de Ricardo Matías Pinto, marzo 2020.

<sup>123</sup> Véase el artículo de Adriana MEYER, “Chubut: Hábeas corpus colectivo y marcha atrás con las medidas abusivas”, Diario Página 12 on line, Buenos Aires, 21 de abril de 2020.

Pero además en el Protocolo se **prohíbe el ingreso a la Provincia en varios de los pasos limítrofes**, y en los autorizados se establecen requisitos, que resultan irrazonables y desproporcionados, en violación de los Arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional y de Tratados Internacionales de Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por ejemplo, se prohíbe que en el transporte de carga haya un acompañante, y además se dispone que dicho tránsito por la Provincia será “encapsulado” (con custodia policial) hacia el puesto limítrofe de egreso, sin permitirle a los vehículos escoltados ninguna detención dentro del territorio provincial<sup>124</sup>.

Pero la situación llegó a límites inimaginables cuando a consecuencia del cierre completo de los caminos, se impidió todo ingreso a la Provincia, lo que afectó especialmente a quienes vivían en localidades del oeste cordobés muy cercanas a Merlo.

A consecuencia de ello, el 2 de junio fallecieron 2 personas: una que no pudo llegar con un ACV al hospital de dicha ciudad, a 10 Kms. de distancia, mientras que el de Villa Dolores estaba a 60 Kms. y la otra porque al intentar cruzar el vallado, su automóvil se dió vuelta y perdió la vida, cuando intentaba ver a su familia<sup>125</sup>.

Y mientras esto ocurre, no se ha observado todavía reacciones por parte de las diferentes autoridades tanto federales como provinciales, de los Poderes Legislativos, Ejecutivos o Judiciales respectivos, para terminar con tan gravísima arbitrariedad.

Otro doloroso ejemplo más de la débil cultura de la legalidad del país y de la baja calidad institucional que tiene el país, ahora profundizada por esta emergencia.

Las responsabilidades por estos hechos abarcan todos los aspectos jurídicos, pero en lo institucional no puedo dejar de señalar que en lo constitucional, se están desconociendo principios esenciales de nuestra Federación por parte de dicha Provincia.

---

<sup>124</sup> Véase la Editorial de La Nación, del día 12 de mayo de 2020 titulada “San Luis: la democracia, en cuarentena”, donde se describen detalladamente las violaciones constitucionales que se están produciendo y que afectan varios derechos fundamentales, además del libre tránsito.

<sup>125</sup> Según lo informado por el periodista Petete Martínez en su Programa de Radio Mitre, Córdoba, de fecha 3 de junio de 2020.

Esto dió origen al **Amparo presentado ante el Juzgado Federal de Río Cuarto**, por parte de 4 entidades del sur cordobés, ante el bloqueo de las rutas Nacional N° 8, Provincial N° 30 y caminos vecinales.

El tránsito interprovincial en la Ruta Nacional N° 8 está cerrado, con directa afectación de la población de localidades como Río Cuarto, Sampacho, Suco y Chaján de Córdoba, que tienen especial vinculación con la ciudad cercana de Villa Mercedes, de San Luis, tal como lo expresara en una nota el Intendente de Chaján dirigida al Gobierno de dicha Provincia.

El bloqueo de la Ruta Provincial N° 30 que une La Punilla en San Luis con la Ciudad de Río Cuarto, en la Provincia de Córdoba, produce muy graves consecuencias a la población de las localidades de Achiras, Río Cuarto y Vicuña Mackenna, entre otras. Al respecto se expresó en una nota el Intendente Municipal de Achiras.

Pero además en los caminos vecinales que vinculan a ambas Provincias y que están a cargo del Consorcio Caminero 158 de Achiras, la Provincia de San Luis ha levantado terraplenes en el límite interprovincial. Y aún más, en un regreso sin escalas al Medioevo, incluso se ha cavado una zanja en algunas zonas para impedir todo paso. Ello según se aprecia en las fotografías que se acompañaron como prueba de esta gravísima situación en el Amparo presentado.

Dicho bloqueo extremo no tuvo en cuenta las situaciones reales y la profunda interrelación humana, económica, comercial, agropecuaria, industrial, familiar y de culto que existe entre las dos Provincias y particularmente, entre el departamento Río Cuarto y toda la amplia zona limítrofe del territorio puntano.

A modo de ejemplo, para el sector agropecuario se dictó un protocolo que restringe el ingreso a la Provincia dando diferentes opciones como son la cuarentena de 14 días o un hisopado, que además son a cargo de las personas afectadas. Estas medidas son contradictorias entre sí, todas sumamente costosas, arbitrarias e imposibles de cumplir, ya que no son compatibles con ningún comercio lícito.

Para la circulación interna dentro de la Provincia existe asimismo un permiso especial, el cual caduca una vez que se egresa de la provincia, (previa autorización de egreso), y nuevamente comienza el ciclo, para luego nuevamente ingresar.

Claramente subyace lo inviable de esta metodología dado los tiempos que requiere la actividad agropecuaria, que produce en ciclos biológicos,



que necesitan, en épocas determinadas, monitoreo e intervenciones constantes, diarias e intensivas.

En el caso particular de la actividad agropecuaria, el riesgo de transmisión es muy bajo. Para el desarrollo de la misma no es necesaria la concentración de personal, no se está en contacto directo ni masivo con poblaciones cercanas, pues es una actividad que se realiza al aire libre con gran distanciamiento entre los operarios.

De igual manera ocurre con el sector de transporte, que está sufriendo medidas tan arbitrarias que resulta dificultoso seguir desarrollando su actividad. Es que se obliga a recorrer 120 km desde la localidad de La Punilla hasta Santa Rosa del Conlara o a la Ciudad de Villa Mercedes para realizar una desinfección exterior de sus vehículos, de dudosa efectividad, con costos exorbitantes en relación a las tarifas de sus fletes y esfuerzos injustificados, que producen perjuicios económicos y enorme consumo de tiempo.

Se advierte en consecuencia las severas violaciones a los derechos de locomoción, de usar y disponer de la propiedad, trabajar, ejercer industria lícita, comerciar y hasta la libertad de cultos, ya que la Iglesia del Cuadrado quedó detrás de terraplenes y el Sacerdote vive en Achiras, no pudiendo cumplir sus funciones.

Igual consideración nos merecen las **prohibiciones de ingreso o de tránsito** efectuadas por varios gobiernos locales a lo largo del país, que se produjo afectando a quienes estaban autorizados por el DNU 297/2020.

Y lo propio hay que decir con respecto a los que establecieron un **toque de queda**, como en los casos de Carlos Casares, Coronel Rosales, Pehuajó, Lezama y General Madariaga.<sup>126</sup>

También debe mencionarse el tributo fijado por Decreto al sector rural en el Municipio de Castelli en **violación del principio de legalidad**.<sup>127</sup>

Otra norma que fue **declarada inconstitucional fue la Resolución Conjunta del Ministerio de Salud y de la Jefatura de Gabinete de Ministros de la CABA n° 16/2020**, en sus Arts. 2 y 3, que habían dispuesto la obligación para los **adultos mayores de 70 años** de efectuar un aviso a la autoridad pública antes de salir de sus viviendas, en el marco de lo dispuesto por el DNU 297/2020 y que tenía una duración de 48 horas.

<sup>126</sup> Véase Víctor MALAVOLTA y Orlando PULVIRENTI, “El federalismo y el municipalismo en la pandemia”, obr. cit., nota 13.

<sup>127</sup> Idem, nota 24. Aunque posteriormente el Concejo Deliberante aprobó la medida, que está cuestionada judicialmente.

La intención inicial del Gobierno había sido que dichos adultos mayores solicitasen permiso para salir, pero ante las críticas recibidas, emitieron la referida Resolución. Pero aún así fue declarada inconstitucional en una sentencia de extensa argumentación que consideró que se violaba el principio de igualdad de los mismos, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la CABA.<sup>128</sup>

También se debatió una cuestión similar en Francia, con opiniones contrarias a cualquier discriminación hacia los adultos mayores<sup>129</sup>.

En relación a las **posibles violaciones de la privacidad de las personas**, debe mencionarse la declaración efectuada por la Ministra de Seguridad de la Nación, de que se efectúa un **ciberpatrullaje para medir el humor social** en las redes por parte de las fuerzas de seguridad, lo que originó inmediato rechazo opositor.<sup>130</sup> A ello se suma el pedido efectuado a las **empresas de telefonía móvil** por el Gobernador de la Provincia de Chaco, Jorge Capitanich, para disponer de los números de los usuarios a

---

<sup>128</sup> En los autos “Lanzieri Silvano c. GCBA-Amparo”, con fecha 20 de abril de 2020 y con fallo del Juez Lisandro Fastman. Véase al respecto la nota de Néstor Sagiés titulada “Mayores de 70: un pedido de autorización que nació mal y terminó diluido”, en La Nación, on line del 22 de abril de 2020.

<sup>129</sup> Véanse las opiniones en tal sentido de Didier Maus y Alain Minc en el artículo “La rebelión de las canas”, Infobae on line, Buenos Aires, 19 de abril de 2020. Tras las críticas el Presidente Macrón dio marcha atrás con el confinamiento obligatorio de los mayores de 65 años.

<sup>130</sup> Véanse las opiniones de los Diputados Nacionales de la UCR, Alvaro de Lamadrid, Gustavo Menna, Luis Petri, Roxana Reyes y Gonzalo del Cerro, en la nota “Frederic habló de “ciberpatrullaje para medir el humor social” y desató otra polémica”, en Perfil, del 8 de abril de 2020. Los Diputados de la oposición cuestionaron dichas declaraciones alegando violaciones a la privacidad, entre otros derechos asegurados por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Este es uno de los problemas más graves que amenazan la condición humana, ante la presencia de Estados autocráticos que controlan todo con la tecnología, como ocurre en China. Véase “El coronavirus bajo el liberalismo” - Byung-Chul Han: vamos hacia un feudalismo digital y el modelo chino podría imponerse”, Clarín on line, Cultura, 17 de abril de 2020, donde el filósofo y ensayista coreano alerta que el coronavirus podría llevarnos a una sociedad de vigilancia total que terminará con las libertades occidentales. Allí denuncia la biopolítica y el control tecnológico efectuado sobre cada individuo. Pero también señala los riesgos de plataformas como Facebook, Google o Amazon, como capitalismo de vigilancia, para manipular y maximizar ganancias. Recuérdese también a Michel Foucault que había anticipado este enorme riesgo en su *Histoire de la sexualité: La volonté de savoir*”, 1, Gallimard, Paris, 1976.

los fines de controlarlos por la pandemia<sup>131</sup>. Y más recientemente, y en el mismo sentido, la **App Cuidar**, también pretende el control personal, con grave riesgo para las libertades personales.<sup>132</sup>

Mencionamos lo ocurrido en la Provincia de San Luis, donde el Gobernador resolvió impedir la **distribución de diarios y revistas nacionales** desde el 14 de abril de 2020, lo que duró 5 días. Se trató de una grosera violación de los derechos a la información como de la libertad de prensa, reconocidos por el Bloque de Constitucionalidad Federal y por la propia Constitución Provincial.<sup>133</sup>

También en relación a esto, el Vicepresidente del Enacom (Ente Nacional de comunicaciones), Gustavo López anunció que se debía **controlar los portales de Internet para evitar fake news**, en base a la doctrina de la real malicia y del law fare. Aunque fue desmentido al día siguiente por el titular del Ente<sup>134</sup>.

Asimismo se dictó otro **DNU, el N° 522, de intervención a la empresa Vicentín, de fecha 9 de junio de 2020**, cuya inconstitucionalidad sostuve por las siguientes razones<sup>135</sup>:

---

<sup>131</sup> Véase Clarín on line, Buenos Aires, 19 de abril de 2020. Asimismo véase el artículo de Guillermo BORELLA, “Big Data: Vamos hacia sociedad de control y vigilancia”, La Nación, on line, 2 de mayo de 2020.

<sup>132</sup> Véase Alejandro FARGOSI, “La App Cuidar, un nuevo atropello a la libertad”, Infobae, Buenos Aires, on line, 12 de mayo de 2020. Véase asimismo William ZAMBRA-NO C, “Un debate necesario”, El Nuevo Siglo, 26 de mayo de 2020, donde el autor se refiere a 3 decisiones del Consejo Constitucional y el Consejo de Estado de Francia y otra de un Juzgado de Colombia donde se advierte la necesidad de no descuidar en la pandemia las libertades personales y el respeto a la privacidad, mediante la utilización de fórmulas de prevención, regulación y control como las establecidas por la Comisión Informática y de Libertades de Francia.

<sup>133</sup> Véase la editorial antes mencionada del diario La Nación de fecha 12 de mayo de 2020, titulada “San Luis: la democracia, en cuarentena”. Estos casos planteados indican la imperiosa necesidad del funcionamiento pleno del sistema republicano, con todos los Poderes en acción, para el control de constitucionalidad de las medidas de emergencia.

<sup>134</sup> Véase el artículo “Coronavirus: advierten que el estado controlará los portales de internet para evitar las fake news”, La Nación, on line del 1 de mayo de 2020 y edición del mismo diario del 2 de mayo con la desmentida de Ambrosini, titular del Enacom.

<sup>135</sup> Véase Antonio María HERNÁNDEZ, “La inconstitucionalidad de la intervención a Vicentín y los riesgos del hiperpresidencialismo”, Infobae, Buenos Aires, Página de Opinión de Infobae, on line, 11 de junio de 2020 y “La educación cívica, el mejor camino para superar el subdesarrollo jurídico y político”, en la Página de Opinión de Infobae, on line, Buenos Aires, 18 de junio de 2020.

“Por violar el Art. 99 inc. 3 de la Ley Suprema, cuando es evidente que las Cámaras están funcionando desde el 13 de mayo.

Porque se afectan derechos constitucionales como el de propiedad, de trabajar, ejercer industria lícita, comerciar y de asociación de la empresa y accionistas, consagrados en los Arts. 14, 17 y concordantes como así también de varios Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tienen rango constitucional, según lo dispuesto por el Art. 75 inc. 22.

Porque no se puede intervenir una sociedad por el Poder Ejecutivo cuando está en un proceso concursal ante un Juez, ya que el Art. 109 de la Ley Suprema expresa que : “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. Esto también afecta la garantía del juez natural del 18 de la Constitución Nacional.

Asimismo, no debe olvidarse que en otra notable afirmación republicana, el Art. 29 prohíbe que el Congreso conceda al Presidente y las Legislaturas a los Gobernadores la suma del poder del público, facultades extraordinarias o sumisiones o supremacías por los que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna.

No cabe dudar que esto significa una profunda herida a nuestro sistema republicano de división y equilibrio de los poderes e importa un avasallamiento al Poder Judicial.

También se afecta el federalismo, ya que interviene un Juez del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe”.

Y agregué: “Debe ya mismo ejercerse el control de constitucionalidad de ese DNU por parte del Juez interviniente, ya que tenemos un control difuso y estamos ante una ostensible violación de la Constitución Nacional. Aquí es necesario recordar a Joaquín V. González que escribió: *“No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina”*.<sup>136</sup>

---

<sup>136</sup> Idem.

Finalmente mencionamos el problema de los **argentinos que quedaron en el exterior** y no pueden volver al país, por la prohibición de vuelos dispuesta en el país, y por lo que sólo Aerolíneas Argentinas puede traerlos. Se calcula su número actualmente en más de 20.000<sup>137</sup>. Por ese motivo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha solicitado informes al Gobierno Nacional.<sup>138</sup>

## PROPUESTAS Y REFLEXIONES FINALES

Pensamos que las emergencias y sus institutos deben adecuarse a los principios y reglas de nuestro orden constitucional, democrático, liberal y republicano. En consecuencia, aunque los Poderes Ejecutivos sean los órganos que tengan mayor capacidad para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso, Las Legislaturas y los Concejos Deliberantes dejen de participar en la deliberación y decisión de las medidas a adoptarse.

Además, debe asegurarse especialmente la posibilidad de la revisión judicial por los Poderes Judiciales Federal y Provinciales, para resguardar las garantías individuales y salvaguardar la supremacía constitucional.

Comprendemos que ello comporta un difícil equilibrio entre la legitimidad democrática y la eficacia de las medidas destinadas a conjurar la emergencia, pero ese el desafío que hay que asumir, para no seguir aplicando las fórmulas del pasado, que han producido una ostensible declinación de nuestra cultura constitucional y de la legalidad<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Véase el artículo de doctrina titulado “Anclao en París”, de Daniel PIZARRO, donde se analiza en profundidad esta cuestión, en una obra colectiva en prensa sobre esta emergencia en Rubinzal Culzoni Editores.

<sup>138</sup> Véase la nota de Clarín, “Coronavirus en Argentina: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pidió informes sobre la situación de los varados”, del 28 de abril de 2020.

<sup>139</sup> Véanse Antonio María HERNÁNDEZ, “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012 y “A 25 años de la reforma constitucional de 1994, Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019 y especialmente, “Segunda Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina una sociedad anómica”, Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Eduardo Fianza Compiladores, Eudeba, Buenos Aires, 2016.

En tal sentido, queremos recordar especialmente las pautas de limitación y control, señaladas desde hace años por Germán J. Bidart Campos<sup>140</sup>: “a) Previamente a la puesta en vigor de un instituto de emergencia o a la adopción de las medidas respectivas, el órgano de poder competente debe efectuar una declaración formal sobre la situación de emergencia. b) Es menester que esa declaración así como la puesta en vigencia del instituto de emergencia queden sujetos a control judicial de constitucionalidad. c) Conviene que el órgano de poder exprese los motivos que fundamentan el acto declarativo de tales medidas, para que el control opere de manera objetiva y razonable. d) Debe fijarse la extensión temporal y territorial del instituto o de las medidas de emergencia. e) Debe subsistir integralmente el funcionamiento de los tres poderes del Estado y mantenerse el control de constitucionalidad pues la violación de derechos producida por la emergencia tiene que ser juzgable, a fin de respetar la tutela judicial efectiva<sup>141</sup>.

Asimismo, el reconocido publicista agregaba: “Logrado este delineamiento, hace falta todavía dejar establecido que: a) ninguna emergencia ni instituto de emergencia confiere poderes superiores o ajenos a la Constitución; y b) ninguna emergencia ni instituto de emergencia significa suspender la vigencia de la Constitución.”<sup>142</sup>

Insisto además en la necesidad de respetar especialmente los mandatos constitucionales de un federalismo de coordinación y concertación entre los 4 órdenes gubernamentales: Federal, Provinciales, de la CABA y Municipales, con un mayor desarrollo de relaciones interjurisdiccionales.

No puede volver a repetirse el centralismo demostrado en esta emergencia del COVID-19, donde el Gobierno Federal subordinó a los gobiernos subnacionales, en violación de la Ley Suprema de la Nación.

Finalmente, esta emergencia mundial por la pandemia nos ha planteado dos grandes opciones, según lo expresan Harari<sup>143</sup> y Chul-Han<sup>144</sup>: o la

---

<sup>140</sup> “Manual de Derecho Constitucional argentino”, Ediar, Buenos Aires, 1972, págs. 166/7,

<sup>141</sup> “Manual de Derecho Constitucional argentino”, Ediar, Buenos Aires, 1972, págs. 167,

<sup>142</sup> “Manual de Derecho Constitucional argentino”, obr. cit., pág. 167.

<sup>143</sup> Yuval Noah Harari, Profesor de la Universidad Hebrea de Jerusalem, autor de los libros “Sapiens: de animales a dioses”, “Homo deus: breve historia del mañana” y “21 lecciones para el siglo XXI”. Véase el artículo “Elegiremos entre unir a la humanidad o el egoísmo”, Acento, 22 de abril de 2020. [www.acento.com.do](http://www.acento.com.do).

<sup>144</sup> Véase “Byung-CHUL HAN, “La emergencia viral y el mundo de mañana”-“El filósofo coreano que piensa desde Berlín”, El País on line, 22 de marzo de 2020, donde

conveniencia de una acción solidaria y multilateral a través de las Naciones Unidas y de las organizaciones regionales, o la unilateral de cada Estado; y la segunda opción, entre las calidades de las respuestas de regímenes democráticos o las de sistemas autocráticos o totalitarios.

Con respecto a la primera opción, hubo un débil rol desarrollado por las Naciones Unidas y por la Organización de Estados Americanos, en nuestra región, ya que no se observaron acciones multilaterales<sup>145</sup>.

Pero además, se ha planteado un debate sobre el accionar de la Organización Mundial de la Salud, pues algunos gobiernos han sostenido que no reaccionó rápidamente ante el aviso de Taiwan del comienzo de la epidemia en China.

Y asimismo, los gobiernos de Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania han señalado las responsabilidades de China por haber originado la epidemia y luego ocultarla, por lo que la información tardía facilitó la pandemia, con enormes daños a la humanidad.<sup>146</sup>

Es evidente que fue la acción unilateral de los Estados la que se impuso. No hubo reuniones conjuntas ni coordinación entre los líderes mundiales como Trump, Xi Jinping, Putin, Merkel, Johnson o Macron.

En el caso de Estados Unidos, compárese con la anterior política exterior del Presidente Obama, quien además había creado una Agencia especial para luchar contra futuras pandemias y que fuera desarticulada por el actual mandatario<sup>147</sup>.

Considero que con las reformas que habrá que impulsar en la ONU, la humanidad debiera avanzar en el sueño kantiano de un mundo regido por el Derecho Internacional Público, para enfrentar esta clase de pandemias y

---

entre otras consideraciones sostiene que los Estados asiáticos son autoritarios, hay colectivismo y menos individualismo y los ciudadanos más obedientes. Afirma que si el sistema policial y digital chino se extiende a Europa, se impondrá el estado de excepción previsto por Agamben. Chul Han es Profesor en la Universidad de las Artes de Berlín y autor del libro “La sociedad del cansancio”.

<sup>145</sup> No obstante el accionar que he mencionado mediante los importantes Documentos emitidos durante la pandemia, para exigir el respeto del derecho internacional de los derechos humanos.

<sup>146</sup> Véase el artículo de Ezequiel SPECTOR, “Coronavirus: el papel de China en el brote del COVID-19”, La Nación on line, 22 de abril de 2020, donde analiza la cuestión desde la perspectiva del Derecho Internacional.

<sup>147</sup> Véase Joseph S. NYE Jr, “Do morals matter? Presidents and Foreign Policy from FDR to Trump”, E-books by Rakuten Kobo, 2019.

otros problemas tan graves como los del cambio climático, el narcotráfico, el delito transnacional, las enormes desigualdades económicas, una más efectiva justicia universal y la mayor vigencia de los derechos humanos. Todo ello más allá de los cambios que posiblemente se produzcan con el mismo proceso de globalización, sumado a la muy compleja situación de la política mundial.

La segunda opción es aún más dramática, atento a la difícil realidad que atraviesan las democracias en el mundo<sup>148</sup>. Se señalan sólo a 22 como plenas y a 53 como democracias imperfectas, además de los regímenes híbridos y de los autoritarios, que superan a las dos primeras categorías<sup>149</sup>.

Y como resultado de esta pandemia, algunos han cuestionado la calidad de las respuestas de los países democráticos frente a la pretendida mayor eficacia de los sistemas totalitarios, con el ejemplo de China.

Estimo por lo expuesto en este libro, que siempre es esencialmente mejor, más justa y valiosa una respuesta democrática, pero incluso se ha probado que la máxima eficiencia en la lucha contra la pandemia fue alcanzada por países democráticos<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Para un análisis de los problemas actuales de la democracia, véanse Steven LEVITZKY y Daniel ZIBLATT, “Cómo mueren las democracias”, Ariel, Buenos Aires, 2018 y Larry DIAMOND, “Ill winds”, Penguin, USA, 2019. Asimismo véase la entrevista a Pierre Manent sobre el régimen democrático y liberal en Le Figaro, 30 de abril de 2020, [www.eldebatedehoy.es](http://www.eldebatedehoy.es) y el Manifiesto “Que la pandemia no sea un pretexto para el autoritarismo”, de la Fundación Internacional para la libertad”, presidida por Mario Vargas Llosa, Madrid, abril de 2020. En el documento “Una llamada para defender la democracia”, de junio de 2020, suscripto por Idea International y más de 500 personalidades a nivel mundial se expresa: “La pandemia de Covid-19 amenaza algo más que la vida y el sustento de pueblos de todo el mundo. Es también una crisis política que amenaza el futuro de la democracia liberal”.

<sup>149</sup> The Economist a través de su Intelligence Unit mide y clasifica las democracias cada año y en el 2019 señaló a 22 democracias plenas, encabezadas por Noruega, Islandia, Suecia, Nueva Zelanda y Finlandia. 3 países de América Latina integraron esa lista: Uruguay en la posición 15, Costa Rica en la 19 y Chile en la 21. El Índice de la democracia mide 60 indicadores en 5 categorías: elecciones y pluralismo, libertades civiles, funcionamiento del gobierno, participación política y cultura política. La gran mayoría de los países de América Latina integran el grupo de democracias imperfectas, salvo los casos de Cuba, Venezuela y Nicaragua.

<sup>150</sup> Véase Shlomo BEN-AMI “Las democracias gestionan mejor la crisis”, Clarín on line, del 20 de mayo de 2020. El autor es Ex Ministro de Relaciones Exteriores de Israel y autor de libros.



En este sentido, véanse los notables ejemplos de Nueva Zelanda, Australia, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Suecia, Suiza, Alemania, Bélgica, Holanda y Canadá. Y también por Corea del Sur, Singapur y Taiwán en Asia, con sus características especiales y no obstante la cercanía de China, donde se originara el virus.

Téngase presente además que varios de los países primeramente mencionados enfrentaron esta emergencia sin utilizar institutos de tal naturaleza<sup>151</sup>, ya que las cuarentenas no fueron obligatorias. Se actuó con el máximo respeto posible por las libertades personales. Cómo se puede comparar eso con las imágenes que hemos visto en la TV del accionar autoritario de los funcionarios chinos en las detenciones y confinamientos efectuados?.

Creo que la respuesta consiste en aferrarnos a los grandes valores e ideales del constitucionalismo y del humanismo, con una lucha permanente por la democracia, la libertad y la dignidad humanas.

Es la lucha por el derecho que reclamaba Von Ihering, ejecutada por las tres etapas sucesivas y superadoras del constitucionalismo: desde la clásica a la social y a la actual de la Internacionalización de los Derechos Humanos, frente a los sistemas híbridos, autocráticos y totalitarios que han sido y son mayoría en el mundo. Por su parte, Luigi Ferrajoli<sup>152</sup> plantea una democracia supranacional y un constitucionalismo global.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> Recuérdese asimismo lo antes expuesto sobre la inexistencia de institutos de emergencia en las Constituciones de Austria, Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Italia, Noruega, Suecia y Suiza.

<sup>152</sup> En su libro “Constitucionalismo más allá del Estado”, Trotta, Madrid, 2018.

<sup>153</sup> Y John Kincaid considera que los asuntos de protección del ambiente, equidad global y paz universal también necesitan de prácticas y principios federales para garantizar el futuro frente a la catástrofe. (“Challenges to the future of Federalism”, “Introduction”, “Handbook of Federal Countries, 2002”, Forum of Federations, McGill-Queen’s University Press, Montreal & Kingston-London-Ithaca, 2002, págs. 12/13).



**UNA CONSTITUCIÓN PARA TODAS LAS ÉPOCAS.  
ALGUNAS NOTAS SOBRE EL DERECHO  
CONSTITUCIONAL EN TIEMPO DE PANDEMIA**

GUILLERMO E. BARRERA BUTELER.<sup>1</sup>

MAGDALENA I. ÁLVAREZ.<sup>2</sup>

JOSÉ M. PÉREZ CORTI.<sup>3</sup>

VICTORINO SOLÁ.<sup>4</sup>

*“Like any brittle thing, a Constitution that will not bend will break”,*

Richard A. Posner; *Not a Suicide Pact.*

*The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford

University Press,

Oxford, 2006, p. 1.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular Ordinario de las Cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Posgrado. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>2</sup> Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Adjunta de las Cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de Posgrado.

<sup>3</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Ayudante de las Cátedras de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Posgrado.

<sup>4</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Ayudante de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Posgrado.

## I. EL TRATAMIENTO DE LA[S] EMERGENCIA[S] EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL ARGENTINO

### *I.I. La antesala de la emergencia sanitaria desencadenada por el COVID-19. A propósito de la arquitectura teórica de la[s] emergencia[s]*

1. A fin de que se aprecie la trascendencia del asunto que convoca la atención del lector, ¿podría, acaso, reconocerse -con valor definitivo- que la emergencia no está más que compuesta por una variedad de eventos o acontecimientos en particular, esto es, las emergencias?, ¿O, en contraste, sería completo adentrarse en el estudio de tales situaciones sin indicar algunas reglas y principios capaces de explicar a todo suceso en este terreno, es decir, desde el enclave de una teoría general de la emergencia?

Por lo pronto, ha de apuntarse que la ‘emergencia’ “*debería connotar un tipo de necesidad caracterizada por su ‘extrema gravedad’, por su ‘imprevisibilidad’ y por requerir remedios excepcionales de ‘aplicación restrictiva’ (en lo material, en lo subjetivo, en lo espacial y en lo temporal)*”<sup>5</sup>. De allí que los escenarios de excepción no son -no pueden, ni deben ser- momentos de reforma. Durante su vigencia, la institucionalidad está seriamente conmovida. El equilibrio de poderes y, con él, el resguardo adecuado y eficaz de derechos y garantías que se encuentran decididamente afectados.

Precisamente -en contextos de emergencia- se impone la equivalente limitación del ejercicio del poder por los órganos del Estado encargados de afrontar la situación, con un objetivo principal e insoslayable: restablecer la regularidad constitucional inmediatamente<sup>6</sup>.

Una ‘situación de emergencia’ es, por ende, un período acotado de excepcionalidad normativa, gubernamental y social, que limita con mayor intensidad los derechos, y sólo tiene por finalidad gestionar en episodios de crisis las disposiciones inmediatas e imprescindibles que permitan superar el trance en cuestión y restablecer la regularidad y estabilidad constitucional que garantiza el más amplio debate democrático y republicano<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Rosatti, Horacio; *Tratado de Derecho Constitucional*, 2º ed. ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. II, p. 687.

<sup>6</sup> Cfr. CSJN, F. 172:21 (“Avico”, 1934); F. 327:3852 (“Zavalía”, 2004); por mencionar algunos precedentes.

<sup>7</sup> Cfr. Barrera Buteler, Guillermo E. (dir.); *Derecho Constitucional*, Ciencia, Derecho y Sociedad (FD-UNC), Córdoba, 2015, t. I, pp. 304/312. Rosatti no duda en señalar que

Dicho esto, nadie puede negar que, en toda situación de crisis y excepcionalidad, los lineamientos fundamentales a seguir sean, como mínimo, los siguientes:

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

Esto es así si hay acuerdo en que, en una situación de emergencia, la *calidad institucional* es el objetivo primordial para evitar la *deconstrucción de derechos* en favor de totalitarismos inicialmente presentados como excepciones justificadas que, luego, se van consolidando -con carácter definitivo- a lo largo del tiempo, más allá de la evolución de la crisis que le diera origen.

Tal como nuestra Corte federal lo ha entendido, “*la emergencia no crea el poder, ni aumenta el poder concedido, ni suprime, ni disminuye las restricciones impuestas sobre el poder concedido o reservado*”. No se trata de atribuir al Estado potestades que antes no tenía, sino únicamente de admitir “*el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad*”<sup>8</sup>. Incluso, esa arraigada línea de razonamiento judicial se reedita actualmente: “*es precisamente en contextos de emergencia (...) que sacuden a la sociedad de una manera inaudita en la historia reciente, que sus autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos*”<sup>9</sup>.

Los constitucionalistas -desde antaño- han abonado tal tesis (la de respuestas que ofrezcan ‘salidas institucionales’ en momentos críticos);

---

“*la emergencia debe resolver y no causar (o agravar) la necesidad grave e imprevisible*” (Rosatti, Horacio; *Tratado de Derecho Constitucional*, ob. cit., t. II, p. 687).

<sup>8</sup> Cfr. Barrera Buteler, Guillermo E. (dir.); *Derecho Constitucional*, ob. cit., t. I, p. 309, con citas de CSJN, entre ellas F. 172:21 (“Avico”, 1934) y F. 200:450 (“Martini”, 1944).

<sup>9</sup> Cfr. CSJN, CSJ 353/2020/CS1 (“Fernández de Kirchner”, 2020), del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

siendo así, las afirmaciones de Westel W. Willoughby sirven de muestra al respecto: ni nuevos poderes son proveídos a los órganos estatales, ni ninguna extensión arbitraria de autoridad les es reconocida -de la misma manera que tampoco las relaciones de los ciudadanos con el Estado son alteradas-, puesto que durante épocas de emergencia la necesidad sólo demanda, naturalmente, la ejecución de actos que en la tranquilidad no resultarían exigidos, sin perjuicio de que tal obrar es, de hecho, el que debe ser fiscalizado ante toda interferencia sobre los derechos cuya justificación no pueda derivarse de una necesidad -actual o razonablemente presumida-<sup>10</sup>.

De tal suerte, los gobiernos deben actuar siempre dentro de la Constitución, asumirla como su fundamental e innegociable protocolo de actuación, y adoptar e implementar políticas de gobierno abierto de cara a transparentar y facilitar la accesibilidad, comprensión y participación ciudadana en las medidas dispuestas en este período de excepcionalidad.

Tales asertos inaugurales revelan, enseguida, el sentido que debe darse a la respuesta acerca de qué es lo que debe hacer un gobierno legítimamente constituido cuando una potente crisis no deja de amenazar y perturbar la viabilidad de su comunidad política<sup>11</sup> -trance que, en esta coyuntura, exuda una estampa *multinivel* atento sus ribetes no sólo sanitarios sino también políticos, sociales y económicos-.

En puridad, los poderes de emergencia, desde la perspectiva del argumentario *legalista*, no son sino *poderes constitucionalizados* -en modo alguno salvajes, a todo evento disciplinados a través de variadas formas de limitaciones normativas-<sup>12</sup>. En la adjudicación de tal nota hay, por supuesto, una diferencia de foco con los portavoces de un discurso *extralegalista*, comprometidos con la idea que la verdadera naturaleza de tales episodios críticos obsta a que resulten predichos, racionalizados, ni -menos todavía-normalizados jurídicamente<sup>13</sup> (inclusive, ha sido frecuente -en el discurso de sus adherentes- desechar el [incómodo] *corset* legal, en la convicción

---

<sup>10</sup> Willoughby, Westel, W.; *Principles of the Constitutional Law of the United States*, Baker, Voorhis & Co., New York, 1919, p. 511.

<sup>11</sup> Scheppele, Kim, L.; "Legal and Extralegal Emergencies" en Whittington, Keith E. - Kelemen, Daniel R. - Caldeira, Gregory A. (eds.) *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2008, & 10.

<sup>12</sup> Ferejohn, John — Pasquino, Pasquale; "The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers", *International Journal of Constitutional Law*, 2 (2004) 210-239.

<sup>13</sup> Schmitt, Carl; *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago University Press, Chicago, 2005, pp. 6 y ss.

que una regulación normológica de la emergencia, si es posible, no haría más que contaminar al Derecho mismo al determinar que atienda prácticas que, necesariamente, lo pondrán en jaque, contrariarán o hasta estropearán)<sup>14</sup>.

2. Ahora bien, es cierto que el constituyente doméstico se ha ocupado del tema de ‘las emergencias’, tanto en el texto histórico como en el ejemplar reformado hacia 1994; sin embargo, el sistema constitucional argentino se ha nutrido -además- en su modelaje de las decisiones de los órganos políticos como de los avales jurisprudenciales que auspiciaron, a la larga, la operatividad de otros institutos orientados a lidiar con situaciones de emergencia no contempladas -en forma expresa o concluyente- en la letra del documento constitucional.

No son, entonces, los poderes de emergencia -según lo previene David Dyzenhaus- agujeros negros jurídicos (*legal black holes*), esferas de acción des-conectadas del Derecho<sup>15</sup>. Al contrario, una descripción de su horizonte jurídico (por cierto, tarea propia del campo de una teoría general de la emergencia), podría comenzar por un ejercicio de clarificación encaminado a distinguir, cuanto menos, las siguientes alternativas: *a*) institutos contemplados explícitamente -en el sector de la emergencia- por nuestra Ley Fundamental; *b*) institutos de emergencia tácitos, implícitos o sobrentendidos; *c*) respuestas a la emergencia con respaldo en cláusulas convencionales.

### **I.1.a La emergencia en el dominio de las previsiones constitucionales expresas**

Ante el dilema respecto de los efectos de la emergencia en el orden jurídico, esto es, si el Derecho excepcional y transitorio que se genera para darle respuesta se encuentra al margen de la Constitución o, por el contrario, nace dentro de ella y sujeto a sus limitaciones, nuestra Carta

---

<sup>14</sup> Agamben, Giorgio; *State of Exception*, Chicago University Press, Chicago, 2005, p. 32. Sobre el debate alrededor de la distinción entre excepción y emergencia como en torno a los diferentes modelos de gestión de las crisis desatadas, véase en extenso Solá, Victorino; “Grupos vulnerables y emergencia sanitaria. ¿En torno al diseño de un control diferenciado de convencionalidad?”, IJ Editores [en prensa], Buenos Aires, 2020, & 6.

<sup>15</sup> Dyzenhaus, David; *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 3.

Magna parece dar una llana contestación. En efecto, tal como se anticipa, la existencia de normas constitucionales sobre esta cuestión revela que *-ab initio-* el constituyente argentino entendió que tal materia era susceptible de regulación, limitación y contralor por el Estado constitucional y convencional de Derecho. Todo ello, sin duda, constituye, *per se*, una definición en este tema.

Se podrían distinguir, entonces, tres categorías de preceptos constitucionales relativos a un contexto de emergencia: (i) unos contemplan medidas aisladas y excepcionales que puede adoptar el Estado en ciertas circunstancias, aunque no implican un estado de emergencia generalizado y extendido; (ii) otros prohíben, en forma terminante, la activación de determinados institutos, cualquiera fuere el escenario de emergencia presentado ante los operadores de la Constitución; (iii) otros, finalmente, regulan institutos de emergencia en vista del suceso de determinadas y precisas situaciones.

Dentro del primer grupo, es posible identificar:

a) El artículo 75, inciso 2 de la Constitución Nacional (en adelante, CN), cuyo texto -que en esta porción proviene de la versión histórica de 1853-, faculta al Congreso de la Nación a establecer “*por tiempo determinado*” impuestos internos directos (como regla reservados a las provincias) cuando “*la defensa, seguridad común y bien general del Estado*” lo exijan.

b) A ello se suma, a partir de la reforma de 1994, la asunción excepcional de potestades legislativas por el Poder Ejecutivo, sea de manera unilateral en supuestos de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3, CN), sea por delegación del Congreso (art. 76 CN).

En un segundo plano, se registran dos prohibiciones terminantes:

a) Una de ellas se debe a la previsión del constituyente histórico de 1853, consistente en la proscripción de conceder al órgano ejecutivo (federal o provincial) facultades extraordinarias, la suma del poder público, sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna. Incluso, para esta hipótesis, hasta se ha tipificado un delito constitucional, en mérito del cual se califica a sus autores de “*infames traidores a la patria*” (art. 29, CN).



b) El otro obstáculo ha sido introducido por la reforma de 1994, a través de la interdicción de todo acto u hecho de suspensión de la vigencia de la Constitución, pues el artículo 36 de la CN prescribe: “*Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático*”.

Por lo restante, la tercera gama de institutos de emergencia sobresale por el carácter general y de gran alcance, aunque -interesa hacerlo notar- nuestra Constitución ha previsto sólo dos, en normas que provienen del documento histórico y que -en lo esencial- no han sido alteradas por reformas posteriores:

a) El estado de sitio, para los casos de ataque exterior o conmoción interior que pongan en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella (art. 23, CN).

b) La intervención federal a las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA) en supuestos de alteración de la forma republicana de gobierno, de ataque exterior y de sedición o invasión de otra provincia que hayan depuesto o amenacen con deponer a sus autoridades constituidas (art. 6, CN).

Es evidente que estos dos institutos de emergencia difieren –claramente- en sus efectos: mientras el primero afecta los derechos y garantías de las personas, el segundo, en cambio, perturba la autonomía de los aludidos sujetos de la relación federal (provincias y CABA).

### **I.I.b Sobre los institutos de emergencia no previstos formalmente en la Constitución**

Basta una simple lectura de los enunciados normativos precedentemente reseñados para comprobar que los motivos allí previstos contemplan únicamente situaciones generadas por causas *políticas*.

No hay, siendo así, forma de cobijar episodios de emergencia generados por hechos humanos de otro carácter: *v.gr.*, crisis económicas o sociales. Tampoco hechos de la *naturaleza*: *v.gr.*, inundaciones, terremotos, catástrofes, etc., descontando -como hoy acontece con la pandemia causada por el virus *COVID 19*- otras calamidades como la propagación de

enfermedades epidémicas que se extienden a lo largo de extendidas áreas geográficas (v.gr., peste bubónica, tifus, gripe española, cólera, etc.)

Sin embargo, debería enfatizarse que si la adopción de medidas extraordinarias supone el acontecer de situaciones de emergencia ‘fidedignas’ (aquellas que *realmente* ponen en peligro a la comunidad o a su Constitución), ello no es sin más una consecuencia del “*derecho natural de auto-conservación de la comunidad y del Estado*”<sup>16</sup>, sino -también- un indicador de una arraigada práctica de su convalidación por la legislación ordinaria, unida a otra de índole jurisprudencial a instancia de la exégesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), en virtud de la cual se han construido -en nuestro ordenamiento jurídico- institutos de emergencia no contemplados *ad litteram* en el texto de la Constitución pero que, principalmente en las últimas décadas, se han divulgado en la conducta de sus operadores -en especial, la emergencia económica-.

A nivel judicial, el precedente más remoto parece remontarse al fallo “Ercolano, A. c/ Lanteri de Renshaw, J.”<sup>17</sup>, en el que la CSJN declaró -en 1922- la validez de una la ley que, en el marco de una intensa crisis habitacional y para evitar impactos desproporcionados en sectores vulnerables, reguló el precio del canon locativo -afectando, entonces, el derecho de libre contratación-.

Luego, la Corte nacional hubo de pronunciarse -en 1934- en el caso “Avico, Oscar A.”<sup>18</sup>. Allí sostuvo la constitucionalidad de una ley de moratoria hipotecaria, con arreglo a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la que -excepcionalmente- había convalidado este tipo de medidas en el marco de la gran depresión de 1930, principalmente en la causa “Missouri vs. Holland”<sup>19</sup> y a instancias de los argumentos del *Chief Justice* Charles E. Hughes en ocasión del célebre pronunciamiento en el asunto “Home Building & Loan Association vs. Blaisdell”<sup>20</sup>.

Se señaló -en la aludida oportunidad- que los requisitos básicos para la procedencia de restricciones excepcionales a los derechos en situaciones no predichas en cláusulas constitucionales, consisten en la concurrencia de

---

<sup>16</sup> Sagüés, Néstor P.; *Derecho Constitucional. Estatuto del poder*, Astrea, Buenos Aires, 2017, t. 2, pp. 702 y ss.

<sup>17</sup> CSJN, F. 136:170.

<sup>18</sup> CSJN, F. 172:21.

<sup>19</sup> 252 US 416 (1920).

<sup>20</sup> 290 US 398 (1934).

los siguientes extremos: (i) existencia de una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad; (ii) la finalidad legítima de la ley radica en la protección de intereses generales de la sociedad -y no a favor de determinados individuos-; (iii) la razonabilidad de la restricción al derecho, de manera que acuerde un alivio justificado por las circunstancias; (iv) el carácter temporal de la limitación, confinándola al lapso indispensable para que desaparezcan las causas que la tornaron necesaria.

También se ha observado que esta tipología de emergencia no regulada por el constituyente en modo alguno engendra noveles poderes, pues únicamente “*se manifiestan nuevas dimensiones del poder político, un ejercicio más pleno y diverso, superior a su actuación ordinaria*”<sup>21</sup>.

Ellas han sido conceptualizadas -por la Corte federal- en estos términos: “*Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución*”<sup>22</sup>. Debe tratarse, por consiguiente, de la ocurrencia de un auténtico estado de necesidad de tal modo que se configure una circunstancia de hecho excepcional<sup>23</sup>.

Al no estar regulado el instituto de emergencia económica en nuestra Constitución, por aplicación de la regla que surge de la doctrina general de la emergencia, corresponde que sea declarada por el Congreso de la Nación -y así, inclusive, lo refrendan la mayoría de los precedentes-.

Tratándose de situaciones de emergencia que carecen de regulación constitucional específica, la CSJN ha dicho que las restricciones a los derechos no pueden importar “*una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de*

---

<sup>21</sup> Haro, Ricardo; *Derecho constitucional argentino*, Advocatus, Córdoba, 2003, p. 267.

<sup>22</sup> CSJN, F. 313:1513 (“Peralta”, 1990).

<sup>23</sup> CSJN, F. 202:456 (“Ghiraldo”, 1945).

*emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales*”<sup>24</sup>.

De allí se desprende que, en rigor, lo que autoriza la emergencia económica es la *postergación temporal* del ejercicio del derecho, pero no su alteración, desconocimiento, menoscabo, desnaturalización, etc. A todo evento, será mediante el *test de mera razonabilidad* que se determinará si la medida restrictiva preserva la integridad o contenido esencial del derecho, aunque posponga su ejercicio por el titular, en cuyo caso será válida o, por el contrario, lo trastorna o descompone a tal punto que -indefectiblemente- importará una medida inconstitucional.

De esa manera, entra en juego la inspección judicial de constitucionalidad en torno a la validez de las medidas adoptadas como actos de aplicación del instituto de emergencia, donde el juzgador verificará su ajuste a los límites impuestos por los principios de reserva, legalidad, razonabilidad e igualdad. La diferencia radica en que -en la situación de emergencia- el bien común reclama sacrificios notoriamente más *intensos* al ejercicio de los derechos, que los que requiere la simple convivencia en tiempos de normalidad y, en consecuencia, los estándares de razonabilidad variarán -también- notablemente. De tal manera, restricciones que no tolerarían ni remotamente el escrutinio de razonabilidad en circunstancias normales, sí resultan proporcionadas y, por ende, razonables durante la emergencia.

Los requisitos de *justificación* y *adecuación* resultarán corroborados contrastando, desde un punto de vista técnico, que la restricción en cuestión resulte un medio idóneo para alcanzar la finalidad de bien común que se propone, esto es, superar la situación de emergencia, aunque -como se ha dicho- “*no cabe exigir la realización total del fin buscado: basta una aptitud o posibilidad de cumplimiento parcial*”<sup>25</sup>.

En cuanto al juicio de *proporcionalidad*, cabe destacar que es, acaso, el que se presta a mayores controversias, puesto que para decidir si el gravamen que ocasiona a la comunidad es más o menos grave que el daño que se pretende sortear, entran en juego criterios de valoración que involucran diversos aspectos de índole axiológica, filosófica, política, ideológica, etc.

Además, la prueba de razonabilidad de la restricción no debe hacerse sólo en abstracto, sino que es necesario -además- contemplar las particu-

<sup>24</sup> CSJN, F. 313:1513, con cita de F. 243:467 (“Russo”, 1959).

<sup>25</sup> Cianciardo, Juan; “Medios y fines en el control constitucional de razonabilidad: el subprincipio de adecuación”, SAIJ DACF03001.

laridades del caso concreto que pueden tornar irrazonable en ese contexto específico lo que, en condiciones generales, es razonable. Ello explica que la incautación por el Estado de los depósitos bancarios contra entrega de un título público pagadero a diez años, fuera considerada razonable en general en el citado caso “Peralta” aunque, luego, se descartara su compatibilidad constitucional en la causa “Iachemet” en función de que la afectada era una persona mayor<sup>26</sup>. A su turno, otro tanto aconteció con el régimen de consolidación de deudas del Estado, debido a que se ha considerado congruente con la Constitución en general, pero no así en una controversia en el que el crédito era una indemnización por daños físicos en la persona y el acreedor debía afrontar inmediatamente gastos médicos<sup>27</sup>.

### **I.I.c La respuesta a la emergencia a través del bloque de constitucionalidad**

Al haberse incorporado -a partir de 1994- una gama de instrumentos internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad argentino, por imperio del artículo 75, inciso 22 de la CN, aquéllos resultan granjeados con jerarquía constitucional y constituyen un elemento de peso en la evaluación de la *performance* de los institutos de emergencia, pues -desde que, también, en ellos se albergan estipulaciones referidas al asunto- nada obsta presentar la imagen de una ‘Constitución convencionalizada de la emergencia’<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> CSJN, F. 316:779 (“Iachemet”, 1993), al concluir que la Ley de Consolidación n.º 23982 no respetaba la exigencia de restricción *temporal* al principio constitucional de la cosa juzgada, de modo de no *degradar su sustancia*, en tanto se aplicaba a una persona jubilada de 93 años de edad, pues -conforme al desenvolvimiento natural de los hechos- resultaba virtualmente imposible que llegara a percibir la totalidad del crédito que le reconoció el pronunciamiento judicial pasado en autoridad de *res iudicata*.

<sup>27</sup> CSJN, F. 318:1593 (“Escobar”, 1995), en el entendimiento que lucía incompatible con la garantía de los arts. 17 y 18 de la CN, la aplicación de la indicada ley de consolidación a la indemnización en disputa, si la reparación integral exigía la atención inmediata de la ceguera y del sistema auditivo del justiciable -cuanto de sus restantes afecciones de orden psíquico y estético-.

<sup>28</sup> En torno a esta imagen -y sus consecuentes problematizaciones alrededor de una construcción convencional sin límites-, puede profundizarse en Solá, Victorino; “Los silencios en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: ¿un juego de matrioskas?”, RDP, 7 (2019) 56-126. Igualmente son de utilísima orientación las reflexiones alrededor de la interpretación del texto constitucional nacional a la luz de la doctrina del control de convencionalidad (y su fulcro a través de la ‘Constitución convenciona-

Así, es frecuente que se evoque la impronta del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (en adelante, CADH), al contemplarse -como situaciones de emergencia- los casos de “*guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte*”. La fórmula, como puede apreciarse, tiene la suficiente amplitud para albergar todo suceso de emergencia, cualquiera sea la causa que la provoque, en tanto reúna las exigencias glosadas con anterioridad.

La situación de emergencia faculta al Estado a adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, dentro de los siguientes límites:

- a) La suspensión debe ser razonable y guardar proporción con “*las exigencias de la situación*” porque “*la suspensión del goce y ejercicio de determinados derechos no implica que los mismos sean completamente inaplicables, ya que aun durante un estado de emergencia es necesario analizar la proporcionalidad de las acciones adoptadas por las autoridades estatales*”<sup>29</sup>.
- b) También debe ser transitoria, “*por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación*”<sup>30</sup>.
- c) No deben ser incompatibles con las demás obligaciones que impone el Derecho internacional.
- d) No deben entrañar discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

---

lizada’) en la obra de Sagüés, Néstor, P.; *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Porrúa, México, 2014, pp. 323 y ss., 356.

<sup>29</sup> Cfr. Corte IDH, caso “J. vs. Perú”, Sent. de fecha 27/11/2013, Serie C. n.º 275, p. 141.

<sup>30</sup> Cfr. Corte IDH, caso “Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, Sent. de fecha 4/7/2007, Serie C, n.º 166, p. 47, aunque con la siguiente aclaración: si bien es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia y corresponde a éstas ejercer el adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre conforme a la Convención, lo cierto es que -a juicio del Tribunal de San José- los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria.

- e) En ningún caso pueden suspenderse los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, la prohibición de esclavitud y servidumbre, los principios de legalidad y de retroactividad, la libertad de conciencia y de religión, los derechos relativos a la protección de la familia, al nombre, los derechos políticos, ni las garantías judiciales indispensables para proteger esos derechos.

En sentido próximo, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) ha manifestado que para que se justifique un estado de excepción es necesario: *a*) que exista una situación excepcional de crisis o emergencia; *b*) que ésta afecte a toda la población, y *c*) que constituya una amenaza a la vida organizada de la sociedad<sup>31</sup>.

Sentado ello, en lo que incumbe a la situación de emergencia desatada por la pandemia del COVID-19, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha dicho que las medidas restrictivas de los derechos que se adopten -con fundamento en la emergencia sanitaria global- deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias, proporcionales y acordes con los demás requisitos desarrollados en el Derecho interamericano de los derechos humanos<sup>32</sup>.

Por otra parte, merecen ser especialmente recordados los requisitos formales para poner en vigencia la suspensión de los derechos por razones de emergencia. En efecto, la CADH exige una inmediata comunicación a los demás Estados Parte, por intermedio del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA), de las disposiciones cuya aplicación se ha suspendido, los motivos en que se funda y el plazo de vigencia de la suspensión.

Al respecto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor señala que en la jurisprudencia interamericana prevalece una *tendencia interpretativa rígida* en cuando a la validez de restricciones a los derechos fundadas en la emergencia, atento que “*no es suficiente que los Estados emitan leyes de emergencia en*

---

<sup>31</sup> Cfr. ECHR, “Lawless vs. Ireland (n.º 3)”, judgment of 1 July 1961, Series A n.º 3, p. 14, & 28.

<sup>32</sup> Cfr. Corte IDH; Declaración n.º 1/2020, de fecha 9/4/2020, “Covid y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con la perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, & 4.

uso de la potestad conferida por el art. 27 CADH”, sino que la Corte IDH analiza la forma y el fondo de éstas a la luz de la CADH, aplicando criterios de proporcionalidad aun en estados de emergencia<sup>33</sup>.

Por lo restante, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) regula la cuestión en términos semejantes, requiriendo -claro está- que la comunicación de la medida se efectúe al Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas.

## II. EL FENÓMENO DEL ABUSO DE LA EMERGENCIA. ALGUNOS PERCANCES A RAÍZ DE NO TOMARSE EN SERIO LA VOCACIÓN SOCIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN

3. Una rápida revisión del orden real de las conductas de los operadores de nuestra Constitución (atesoradas a lo largo de la historia institucional argentina) revela que los sucesivos detentadores del poder, *de facto* y *de iure*, han puesto en marcha y mantenido -con frecuencia- diferentes institutos de emergencia, aunque no como un remedio extremo para capear situaciones excepcionales en las que se encuentran en juego la convivencia social o el orden constitucional, sino como un poderoso instrumento de gobierno empleado con el propósito de lograr -incluso, en el devenir ordinario- una mayor concentración de su mando.

La aguda crítica de Hans Kelsen captó -hace antaño- el punto, al pregonar que tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir, suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que “*el Estado viva de la forma que estiman justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares de la justificación del estado de necesidad*”<sup>34</sup>.

Con tal alcance, los institutos de emergencia expresamente previstos en la Carta Magna han sido esgrimidos con una finalidad distinta a las que les brinda respaldo constitucional y tal práctica -incluso, desde la perspectiva de principios suprapositivos- deriva en un “abuso del Derecho”. De allí

---

<sup>33</sup> Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; “Restricción y suspensión de derechos en los tiempos de coronavirus. Reflexiones a partir de la jurisprudencia interamericana”, en Barceló Rojas, Daniel - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María Elizabeth -Coords.-, *Covid 19 y Parlamentarismo – Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 14.

<sup>34</sup> Kelsen, Hans; *Teoría General del Estado*, Nacional, México, 1979, p. 206.



que algunos especialistas observan, con razón, que esto ha provocado, al fin de cuentas, la decadencia de nuestro Estado constitucional de Derecho<sup>35</sup>.

Interesa llamar la atención, *v.gr.*, que el estado de sitio ha sido utilizado abusivamente: a más de la *cantidad* de oportunidades en las que se pronunció (desde que Justo J. de Urquiza lo impulsara, por vez primera, en 1854 hasta aquí, se registran -por lo menos- 53 declaraciones a tenor de la última registrada en 2001<sup>36</sup>), se advierte que las situaciones de emergencia invocadas no han reunido las *condiciones* de gravedad y excepcionalidad demandadas por un genuino (y no espurio) estado de necesidad.

Sin embargo, igualmente ha sido desmedida -por su desmesurada extensión- el lapso de duración de algunos de ellos, en especial el que se declaró por el gobierno constitucional en 1974, al extenderse -después de su derrocamiento por un gobierno de facto y hasta el retorno democrático a la vigencia global de la CN- por un total de 9 años<sup>37</sup>. Todo ello revela el desconocimiento palmario del principio de limitación temporal y, lo más acuciante aún, su transformación en una respuesta frecuente y regular que debió haber sido extraordinaria y temporal.

Algo similar acontece con las emergencias económicas ventiladas a partir de la Ley n.º 23696<sup>38</sup>; basta retener que la crisis económica -que irrumpió en 2001- auspició una declaración de emergencia económica que prolongó su vigencia por 15 años<sup>39</sup>, durante los cuales nuestra República pasó del *default* a un período de bonanza económica sin precedentes en

<sup>35</sup> Cfr. Hernández, Antonio M.; *Las emergencias y el orden constitucional*, UNAM, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pp. 67 y ss.

<sup>36</sup> Véase en extenso Ziulu, Adolfo Gabino; *Estado de sitio ¿Emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

<sup>37</sup> Durante la presidencia de María E. Martínez de Perón se declaró el estado de sitio por Decreto n.º 1368, de fecha 6/11/1974, mientras que el gobierno de facto, que la desplazó ilegítimamente, hubo de mantenerlo hasta el 28/10/1983.

<sup>38</sup> En 1989, la Ley n.º 23696 declaró formalmente el estado de emergencia en torno a la situación económico-financiera (a más de en lo tocante a la prestación de servicios públicos, ejecución de contratos a cargo del sector público, etc.), en cuyo marco se dictó el Decreto PEN n.º 36/90 mediante el cual se dispuso que los depósitos bancarios a plazo fijo fueran pagados con bonos del Estado Nacional -de suerte tal que la Ley n.º 23982 facultó al Estado a pagar sus deudas con bonos-.

<sup>39</sup> En 2002 se sanciona la Ley n.º 25561, la que declara -en su art. 1- una nueva emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria por dos años, pese a que resultó prorrogada -sucesiva e ininterrumpidamente- por las Leyes n.º 25820, 25972, 26077, 26204, 26339, 26456, 26563, 26729, 26896 y 27200 hasta el 31 de diciembre de 2017, sin perjuicio de que, luego, la Ley n.º 27345 prorro-

todos los países de la región, principalmente por el alza de los precios de los *commodities* en general (que, en la cartera argentina, se materializara primordialmente en las exportaciones de soja y productos vacunos).

Tales vigencias in-constitucionales lejos están de reenviar, cegar o completar la imprevisión de los autores de la CN; por el contrario, desvelan que los institutos de emergencia han sido empleados contrariando francamente disposiciones constitucionales, cual *pretexto* para centralizar y fortalecer mayores cuotas de poder de sus titulares o ejercitadores (sin perjuicio de consultar el objetivo de desbordar las restricciones -aun presentes, por imperio constitucional, durante la emergencia- al ejercicio del poder en forma más enérgica que la admisible en la normalidad), en lugar de su aplicación como instrumentos de gobernanza -prácticamente de *ultima ratio*- para el abordaje y superación de situaciones excepcionales, graves y temporales de necesidad colectiva. En rigor, cuando lo transitorio se transforma en permanente, se torna patente que los detentadores del poder vacían de contenido la *épica -legítima- de la emergencia constitucional* y tropiezan, así, con su invocación infiel, con su manipulación engañosa, con su gestión desleal, etc.

Tal *status quo* infractor de la letra y espíritu de las cláusulas constitucionales (un auténtico embuste a la Constitución), ha podido consolidarse -más de una vez- por medio del incumplimiento por el Poder Judicial (y hasta exiguo despliegue también) de su función de custodio de la supremacía constitucional en contextos de emergencia, máxime cuando -en no pocas ocasiones- ha mantenido una actitud complaciente, bajo el pretexto de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas, lindante con una reprochable postura de *evasión* judicial -extraña, por cierto, a las exigencias de un obrar prudencial-<sup>40</sup>.

---

gó -hasta el 31 de diciembre de 2019- la emergencia social en los términos de la Ley n.º 27200.

<sup>40</sup> Cfr. Haro, Ricardo; *Constitución, poder y control*, UNAM, México, 2002, pp. 173 y ss.

### III. LA DECLARACIÓN DE LA EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19 Y SUS ALCANCES: ¿UNA SITUACIÓN DE EMERGENCIA AUTÓNOMA O EL AGRAVAMIENTO DE UN ESTADO CRÍTICO REINANTE?

4. A esta altura, es indudable que el escenario desencadenado por el contexto epidemiológico suscitado por el COVID-19 se erige en una *auténtica* situación de emergencia global, aunque en la realidad argentina se constata, de inmediato, la siguiente particularidad: su irrupción en un estado de crisis preexistente, motivado -en gran medida- por cíclicas dificultades económico-financieras y sociales. En efecto, desde fines de diciembre de 2019 se contaba con una declaración, por parte de la Congreso de la Nación y en los términos del artículo 76 de la CN, de una emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

Tal era, por cierto, el alcance del artículo 1 de la Ley n.º 27541, entre cuyas bases de delegación sólo se consignaban reseñas a la sostenibilidad de la deuda pública, reestructuración tarifaria del sistema energético, promoción de la reactivación productiva, consecución de sostenibilidad fiscal, recuperación salarial de sectores vulnerables, etc. Al margen de referencias atinentes al suministro de medicamentos esenciales para tratamientos ambulatorios a pacientes en condiciones de alta vulnerabilidad social, el acceso a medicamentos e insumos esenciales para la prevención y el tratamiento de enfermedades infecciosas y crónicas no trasmisibles, etc. (art. 2, inciso *f*, Ley n.º 27541), lo cierto es que -a la fecha de su sanción- todavía no se habían vislumbrado en el país los primeros brotes de casos confirmados de COVID-19.

Sin embargo, ante la divulgación de la potencia que la crisis de salud experimentaba -principalmente- en el continente europeo y en virtud de la declaración por la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) del brote del nuevo coronavirus como una pandemia, el Presidente de la República se respaldó en los aspectos sanitarios expresamente previstos por la Ley n.º 27541, con el propósito de ampliar sus alcances por el plazo de un año y respecto de medidas sanitarias en relación al COVID-19 (art. 1, DNU n.º 260/2020).

Algunos especialistas han cuestionado que las circunstancias fácticas que tuvo en miras el legislador para declarar la emergencia sanitaria no son coincidentes con los que motivaron la emisión del DNU n.º 260/2020, al punto que se afirma que, así, no solamente se habría derivado de aquélla

otra especie de emergencia, bajo el argumento de reputarla sobreentendida en las mallas de unos de los aspectos de la anchurosa emergencia pública activada legislativamente, sino -también- que la contemplada por el citado decreto de necesidad y urgencia no tendría más respaldo que ese mismo acto declarativo unilateral del Ejecutivo nacional.

Aun cuando el reproche pudiere resultar parcialmente de recibo, difícilmente puede concluirse que ha mediado, con tal proceder, un exceso de las atribuciones presidenciales sobre el punto. Precisamente la situación fáctica que evaluó el Congreso de la Nación para declarar la emergencia sanitaria fue la insuficiencia de medios e infraestructura del sistema sanitario argentino para hacer frente a los requerimientos ordinarios de la atención de la salud de la población, de allí que es evidente que el inminente arribo de la pandemia (máxime ante la identificación de zonas afectadas por ella, de estar al art. 4 del DNU n.º 260/2020) provocaría, a la postre, un agravamiento en la accesibilidad tanto de los insumos como de los efectores de salud en ocasión de dar una respuesta de prevención, atención, contención y mitigación al COVID-19.

En suma, más que ante una novata y distinta situación de emergencia, el Presidente de la República debió lidiar con el notorio agravamiento de la misma realidad fáctica por una circunstancia sobreviniente que, de tal forma, potenciaba la gravedad, excepcionalidad y transitoriedad del estado de necesidad que las medidas legislativas de emergencia pública se orientaban a enfrentar.

Por lo demás, cualquier duda que pudiera generarse sobre el tópico quedaría desvanecida con la ratificación posterior del Congreso Nacional, desde el instante en que dicho trámite obtuviera media sanción de la Cámara de Senadores por unanimidad<sup>41</sup> (atento que un eventual rechazo por parte

---

<sup>41</sup> Disponible en <https://www.senado.gob.ar/prensa/18376/noticias>, en la que también se ratificaron los DNU n.º 274/2020 (prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de 15 días corridos, de personas extranjeras no residentes en el país, a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso), n.º 287/2020 (modificación del DNU n.º 260 /2020 sobre ampliación de la emergencia por el plazo de un año), n.º 297/2020 (medida de aislamiento social, preventivo y obligatorio desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año), n.º 311/2020 (prohibición de suspensión -por las empresas prestadoras- de los servicios de energía eléctrica, gas por redes y agua corriente, telefonía fija o móvil e Internet y TV por cable, por vínculo radioeléctrico o satelital), n.º 312/2020 (suspensión hasta el 30 de abril de 2020, inclusive, de la obligación de proceder al cierre de cuentas bancarias y a disponer la inhabilitación establecidas en el art. 1 de la Ley n.º 25730, como así

de la Cámara baja, no tendría efectos derogatorios conforme la previsión del artículo 24 de la Ley n.º 26122).

Sobre la base de tal emergencia, se dispusieron -en ese mismo acto- las primeras restricciones al ejercicio de los derechos, las que, por cierto, originariamente resultaron leves: *v.gr.*, acciones preventivas; suspensión transitoria de vuelos de zonas afectadas; aislamiento obligatorio por 14 días para personas contagiadas -a más de los “casos sospechosos”, contactos estrechos y quienes arribaban desde zonas afectadas-; suspensión de eventos masivos; etc., sin perjuicio de que -según el art. 21 del citado DNU- se estipulaba que las medidas sanitarias debían ser “*lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables*”, de tal modo que

---

también la aplicación de las multas previstas en dicha legislación), n.º 313/2020 (ampliación de los alcances de la prohibición de ingreso al territorio nacional a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de fronteras y cualquier otro punto de acceso dispuesto por el Decreto N° 274, hasta el 31 de marzo de 2020, inclusive), n.º 316/2020 (prórroga hasta el 30 de junio de 2020, inclusive, del plazo establecido en el último párrafo del art. 8 de la Ley n.º 27541 para que los contribuyentes puedan acogerse el Régimen de Regularización), n.º 319/2020 (suspensión de las ejecuciones hipotecarias y el congelamiento, hasta el día 30 de septiembre del corriente año, del valor de las cuotas mensuales de los créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino), n.º 320/2020 (suspensión, en todo el territorio nacional y hasta el día 30 de septiembre del año en curso, de la ejecución de las sentencias judiciales cuyo objeto sea el desalojo de inmuebles de los individualizados en el art. 9 y el congelamiento de precios de alquileres), n.º 325/2020 (prórroga de la vigencia del DNU n.º 297/2020 hasta el 12 de abril de 2020, inclusive), n.º 326/2020 (constitución del Fondo de Afectación Específica con el objeto de otorgar garantías para facilitar el acceso a préstamos para capital de trabajo, por parte de MiPyMES), n.º 329/2020 (prohibición, por el plazo de 60 días a partir de su publicación, de los despidos sin justa causa y por las causales de disminución de trabajo y fuerza mayor, como también aquellas suspensiones por las causales de fuerza mayor y falta o disminución de trabajo), n.º 331/2020 (prórroga de la prohibición de ingreso al territorio nacional hasta el día 12 de abril de 2020, inclusive.), n.º 332/2020 (creación del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción para empleadores y empleadoras, y trabajadores y trabajadoras afectados por la Emergencia Sanitaria), n.º 347/2020 (creación del Comité de Evaluación y Monitoreo del Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción), n.º 355/2020 (prórroga del régimen de aislamiento social preventivo y obligatorio hasta el día 26 de abril de 2020, inclusive), n.º 365/2020 (prórroga del cierre de fronteras), n.º 367/2020 (inclusión de la enfermedad COVID-19 producida por el Coronavirus SARS-COV-2 como enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del apartado 2, inciso b) del art. 6 de la Ley n.º 24557.) y n.º 376/2020 (Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción).

se asegurara a las personas el derecho a estar permanentemente informado sobre su estado de salud, a la atención sin discriminación y al trato digno.

No obstante, se constata -a partir de allí- una sucesión de decretos de necesidad y urgencia que generaron una escalada en el grado de restricción al goce de los derechos: desde limitaciones a la libertad de circulación (nacional e internacional), pasando por restricciones al ejercicio de actividades económicas, industriales, comerciales, etc., hasta agudas limitantes alrededor de derechos religiosos, sociales, culturales, familiares, recreativos, deportivos, etc. Y ello así en función de que la medida de *aislamiento social, preventivo y obligatorio* -dispuesta por el DNU n.º 297/2020- importó la obligación de toda persona, como regla, de permanecer en su residencia -o en el lugar en que se encontrara a las 0 horas del día 20 de marzo-, como también la de abstenerse de concurrir a su lugar de trabajo y desplazarse por rutas, vías y espacios públicos.

Tal régimen, que originariamente se dispuso para imperar hasta el 31 de marzo, fue prorrogado de manera sucesiva prácticamente hasta el 8 de noviembre (*cf.* DNU n.º 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020, 520/2020, 576/2020, 605/2020, 641/2020, 677/2020, 714/2020, 754/2020, 792/2020 y 814/2020), aunque con flexibilizaciones (a través de un catálogo de excepciones concernientes a las personas afectadas con motivo de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia: *v.gr.*, personal de salud, fuerzas de seguridad, fuerzas armadas, actividad migratoria, servicio meteorológico nacional, bomberos y control de tráfico aéreo; autoridades superiores de los gobiernos nacional, provinciales, municipales y de la CABA; trabajadores del sector público nacional, provincial, municipal y de la CABA, convocados por las respectivas autoridades; personal de los servicios de justicia de turno; etc.) y su articulación con la posterior implementación de la medida de *distanciamiento social, preventivo y obligatorio* para todas las personas que residan o transiten en aquellos aglomerados urbanos, partidos y departamentos de las provincias argentinas en los que verifiquen, en forma positiva, una serie de parámetros epidemiológicos y sanitarios (a saber: *a*) el sistema de salud debe contar con capacidad suficiente y adecuada para dar respuesta a la demanda sanitaria; *b*) el aglomerado urbano, departamento o partido no debe estar definido por la autoridad sanitaria nacional como aquellos que poseen transmisión comunitaria sostenida del virus; *c*) la razón de casos confirmados, calculada según un cociente variable entre el total de casos confirmados de las últimas 2 semanas epidemiológicas cerradas y el total de casos confirmados correspondientes a las dos semanas previas, debe ser inferior

a un determinado guarismo (*v.gr.*, 0, 8 con arreglo al DNU n.º 792/2020 y n.º 814/2020, debido a que, por lo menos hasta el DNU n.º 714/2020, se consignaba que el tiempo de duplicación de casos no debía ser inferior a 15 días).

5. No hace falta demasiado esfuerzo para comprender que las disposiciones aludidas no sólo restringieron la libre circulación de las personas (urbana, interurbana, interjurisdiccional e internacional), sino que impactaron -afectándolo- en el goce de un vasto universo de derechos y libertades constitucionales: *v.gr.*, a trabajar, ejercer industria lícita, de culto, de reunión, de enseñar y aprender, etc., aun cuando -en algunos supuestos- las limitaciones se atenuaran mediante el uso de la tecnología. Además, por cierto, de normas complementarias que conmueven el pleno ejercicio de otros derechos: *v.gr.*, el de propiedad con el congelamiento de cuotas hipotecarias<sup>42</sup>, el de libre contratación con prórrogas de contratos locativos y suspensión de desalojos<sup>43</sup>, al igual que con la prohibición de despidos y suspensiones laborales<sup>44</sup>.

No es un dato menor el potencial riesgo de injerencias a la intimidad y privacidad de las personas, en la hipótesis de un despliegue abusivo, ilegal o desmedido de los medios virtuales de vigilancia empleados para rastrear la propagación del virus, o bien, almacenando -en forma masiva- datos que, en muchos casos, hacen al mundo privado de las personas.

Por otra parte, de manera indirecta, las medidas de emergencia afectan derechos económicos y sociales, principalmente de quienes pertenecen a los grupos humanos vulnerables. En especial, por la secuela de desocupación que traen aparejada, lo que repercute no sólo en el derecho al trabajo, sino también en otros: *v.gr.*, a la vivienda, alimentación, vestimenta, protección de la familia, nivel de vida adecuado, acceso a medicamentos y tecnologías sanitarias, material de bioseguridad, etc.

Los casos mencionados bastan para comprender que ha sido tan amplia la nómina de derechos cuyo ejercicio apareció restringido en grado sumo, que -en la práctica- la regla de la libertad del artículo 19 de la CN (según la cual lo que no está prohibido por la ley está permitido), pareció invertirse: si lo que la persona aspiraba hacer no estaba permitido expresamente (o sea comprendido en una excepción), era -altamente- probable que se considerara prohibido.

---

<sup>42</sup> Cfr. DNU n.º 319/2020 de fecha 29/3/2020.

<sup>43</sup> Cfr. DNU n.º 320/2020 de fecha 29/3/2020.

<sup>44</sup> Cfr. DNU n.º 329/2020 de fecha 31/3/2020.

De estar al texto de las normas que sirven de base a esta emergencia sanitaria, se advierte una clara intención de encuadrar las medidas de emergencia dentro del orden constitucional. Es una señal clara de ello el hecho de que -en la fundamentación del Derecho de emergencia- se invocan no solamente las disposiciones del artículo 14 de la CN sino también las de los artículos 12, inciso 3, del PIDCP y 22, inciso 3, de la CADH. Estas últimas cláusulas convencionales contemplan las razones de salud pública como causales que habilitan restringir el derecho de libre circulación y residencia. No obstante, el encuadramiento normativo dista de resultar exento de reproches, pues no debió valerse de preceptos referidos al ejercicio ordinario del poder de policía de salubridad. Por el contrario, ante el espectáculo de circunstancias graves y excepcionales se imponía hallar el anclaje normativo en el artículo 4 del PIDCP como en el artículo 27 de la CADH, como apoyatura en la jurisprudencia constitucional y convencional en materia de emergencia.

Lo dicho, claro está, no importa abrir un juicio sobre la validez de las restricciones mencionadas que, si bien se ha dicho son gravosas, también es de inusitado riesgo el peligro para la salud pública que con ellas se pretende superar -con la aclaración que no se trata aquí del mero ejercicio del poder de policía sanitario de índole ordinaria, sino de un instituto de emergencia de carácter general-.

En contrapunto, sí parece correcto haber encarado esta situación de emergencia como un instituto de emergencia no regulado en el texto de la Constitución -a semejanza de lo que aconteció con la emergencia económica-.

No podría desconocerse que algunos doctrinarios han cuestionado este aserto, en el entendimiento que debió acudirse al estado de sitio si se aspiraba a dotar de sustento constitucional a las fuertes restricciones impuestas, pero esa postura pierde de vista que aquél instituto de emergencia (previsto en el artículo 23 de la Carta Magna), ha sido programado para resistir sólo emergencias *políticas*. Incluso, de asumirse -haciendo un esfuerzo argumentativo- que la pandemia pudiera asimilarse al supuesto de “comoción interior” -mencionado en tal precepto constitucional-, muy trabajosamente podría superarse el hecho que la situación epidemiológica producida por el COVID-19 pone en peligro el ejercicio de la Constitución o las autoridades creadas por ella (en tanto requisito necesario para configurar la indicada causal), de la misma manera que tampoco podría desecharse que el estado de sitio faculta al Presidente *“respecto de las personas a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino”*.



Por lo demás, en cuanto a las restricciones graves a los derechos, no era menester la declaración del estado de sitio para que sean válidas: idénticas razones a las que se utilizaron para convalidar las que se impusieron sobre la base de la declaración de emergencia económica, bastan y sobran para justificar las de la emergencia sanitaria; al propio tiempo, debería insistirse, en lo atinente a la facultad de arrestar y trasladar a las personas, que no es una atribución que el Ejecutivo ha pretendido desplegar hasta aquí (tampoco se advertiría para qué necesitaría ponerla en juego en orden a combatir la descrita pandemia), al margen de la imposibilidad material de efectivizar, llegado el caso, el derecho de opción -a favor del afectado- para abandonar el país (atento las limitaciones a la circulación internacional que habilitó la normativa de emergencia).

#### **IV. EL IMPACTO DE LA EMERGENCIA SANITARIA EN EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD: ¿ES EL COVID 19 UN VIRUS IGUALITARIO? (O CÓMO LA PANDEMIA DESNUDA LAS DESIGUALDADES Y LOS REMEDIOS PARA COMBATIRLAS)**

6. No viene mal recordar, a la hora de examinar su repercusión en el ejercicio de los derechos fundamentales (al margen de lo ya adelantado en el punto III de esta entrega), el modo en que nace una pandemia y puede, a la larga, llegar a comprometer la realización del deseo colectivo de igualdad radical e intensificar la vulnerabilidad de las personas -tal como lo alerta Judith Butler<sup>45</sup>-. Y ello, ante el brote y circulación -con todo, ajenos a la idea misma de territorio nacional- de la enfermedad infecciosa ocasionada por un integrante de una familia extensa de coronavirus: el SARS-CoV-2, conocido comúnmente a través del acrónimo COVID -19.

Ahora bien, el 31 de diciembre de 2019 la República Popular China comunica a la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), la aparición de casos de neumonía producidos por un virus desconocido. Por entonces, la ciudad de Wuhan [武汉市], ubicada en la confluencia de los ríos Han y Yangtsé en la provincia Hubei [湖北], era sólo un lugar lejano del que pocos, en occidente, habían escuchado hablar. Fue en un mercado de esa ciudad donde se habría producido la trasmisión del virus de un animal a un ser humano. Rápidos en buscar un culpable, la responsabilidad se

---

<sup>45</sup> Cfr. Butler, J.; “Capitalism Has Its Limits”, <https://www.versobooks.com/blogs/4603-capitalism-has-its-limits> (recuperado el 10 de septiembre de 2020).

le imputó al murciélago y al pangolín, este último comercializado en forma ilegal en mercados orientales, luego absuelto por ausencia de compatibilidad genética<sup>46</sup>.

Sin embargo, no fue exactamente una rebelión animal lo que motivó la emergencia sanitaria. Fue, en cambio, la falta de reacción oportuna de los seres humanos. Ello pues, sólo unos años antes el mundo había sido testigo de las epidemias SARS (2002)<sup>47</sup>, H1N1 (2009)<sup>48</sup> y el MERS (2012)<sup>49</sup>. En menos de veinte años -y en un mundo altamente interconectado- un nuevo virus muta, infecta al ser humano y viaja con él, tomando trenes y aviones que lo trasladan primero entre ciudades, luego entre países y, rápidamente, entre continentes.

Vista desde esta perspectiva, no cabe duda que el virus no discrimina a nada ni nadie: pasa de animal a humano, pone en vilo a China, muestra imágenes de Nueva York desierta, afecta la semana de la moda en Milán y silencia la bulliciosa Madrid. Se trata, podría decirse, de un virus igualitario, que no conoce fronteras.

La afirmación que antecede, sin embargo, podría ser objetada si el acento no se pone en el contagio sino en la gravedad y mortalidad de la enfermedad. En este sentido, podría afirmarse -y no sin razón- que, si bien las niñas y niños pueden contagiarse, lo harían con menor frecuencia que los adultos y éstos transitarían la enfermedad en forma más leve que los ancianos. De igual manera, pese a que la enfermedad afecta tanto a varones como mujeres, aquéllos la padecerían en forma más grave, mientras que éstas transitarían modalidades más leves, lo que incidiría en la mayor mortalidad de los primeros. Y, finalmente, la enfermedad se ensañaría más con quienes presentan ciertas patologías de base, como enfermedades crónicas cardíacas, pulmonares, renales, hepáticas, sanguíneas o metabólicas.

Pero la mirada propuesta pretende subrayar que estas variaciones, si bien son extremadamente relevantes, no dependen tanto del huésped sino

---

<sup>46</sup> La Vanguardia. 27/02/2020. <https://www.lavanguardia.com/ciencia/20200227/473809390510/origen-coronavirus-covid-19-pangolin.html> (recuperado 30 de junio de 2020).

<sup>47</sup> OMS, (2003)<https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2003/pr56/es/>(recuperado 30 de junio de 2020).

<sup>48</sup> OMS (2010)[https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently\\_asked\\_questions/about\\_disease/es/](https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/about_disease/es/)(recuperado 30 de junio de 2020).

<sup>49</sup> OMS (2019)[https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/middle-east-respiratory-syndrome-coronavirus-\(mers-cov\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/middle-east-respiratory-syndrome-coronavirus-(mers-cov)) (recuperado 30 de junio de 2020).

de precondiciones de quien lo hospeda. Esas precondiciones (y no el virus) son las que hacen la diferencia.

Además, si esta mirada se amplía y comienzan a desagregarse datos en relación a quienes son los más afectados en cada sociedad, queda en evidencia que el virus se infiltra por las grietas de inequidades que encuentra a su paso. Lo que hace, en consecuencia, es revelar mapas de desigualdades que preexisten a su llegada.

En el Reino Unido, por ejemplo, un estudio elaborado por *Public Health England* muestra que las personas que viven en zonas desfavorecidas presentan tasas más altas de contagio y muerte. También que las personas pertenecientes a grupos étnicos africanos y asiáticos presentan tasas de mortalidad más alta que las pertenecientes a grupos étnicos blancos<sup>50</sup>.

A la misma conclusión se llega si se toma en cuenta el lugar de nacimiento, siendo más las muertes de las personas nacidas fuera del Reino Unido e Irlanda que de las nacidas en esos países, presentándose el mayor incremento entre nacidos en África, el Caribe, Sudeste Asiático y Medio Oriente<sup>51</sup>.

En Estados Unidos de América, por su parte, los datos desagregados por grupos étnicos muestran que los afrodescendientes y latinos tienen tres veces más probabilidades de infectarse y casi el doble de probabilidades de morir por el virus que las personas blancas. Esta disparidad se mantiene a lo largo y ancho del país, tanto en áreas urbanas como suburbanas y rurales; y en relación a todos los grupos de edad<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> PHE publications (2020) “Disparities in the risk and outcomes of COVID-19” June 2020. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/892085/disparities\\_review.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/892085/disparities_review.pdf). (recuperado 30 de junio de 2020).

<sup>51</sup> PHE publications (2020), cit.

<sup>52</sup> Cfr. Oppel Jr., Richard, Gebeloff, Robert, Lai, K.K. Rebecca (2020) “The Fullest Look Yet at the Racial Inequity of Coronavirus”, *The New York Times*, 5.7.2020. <https://www.nytimes.com/interactive/2020/07/05/us/coronavirus-latinos-african-americans-cdc-data.html>. Gray, D.M., Anyane-Yeboah, A., Balzora, S. *et al.* (2020) “COVID-19 and the other pandemic: populations made vulnerable by systemic inequity”. *Nat Rev Gastroenterol Hepatol*. <https://doi.org/10.1038/s41575-020-0330-8>. (recuperado, 10 de julio de 2020).

#### *IV.I El impacto en América Latina. Causas y consecuencias*

7. Si se gira ahora la mirada hacia el sur y se centra en América Latina, se advierte que la desigualdad constituye una característica histórica y estructural de la región. No se trata sólo de desigualdad económica o de ingresos; comprende una inequitativa distribución de derechos, oportunidades, capacidades, autonomía -incluso- reconocimiento. De allí que, no resulte inadecuado que se la nomine como la región “más desigual del planeta”<sup>53</sup>.

En el contexto descripto, es la matriz de desigualdad social<sup>54</sup> la patología de base que hace que, no sólo el virus sino también las medidas adoptadas para limitar su circulación, impacten en forma desproporcionada en los grupos más vulnerables.

En el caso argentino, la llegada de la pandemia -como se anticipa- encuentra al país en una situación de fragilidad económica y precariedad social<sup>55</sup>. Conforme los informes técnicos publicados por INDEC, en el segundo semestre de 2019, el 25,9 % de los hogares y el 35,5% de las personas se encuentran por debajo de la línea de pobreza. Dentro de este conjunto, un 5,7% de hogares están por debajo de la línea de indigencia, lo que incluyen al 8,0% de las personas. Más alarmante aún, el 52,3% de niñas y niños menores de 14 años son pobres y un 13,6 % se encuentran por debajo de la línea de indigencia. En el período relevado, además, la pobreza crece en los partidos del gran Buenos Aires y alcanza el valor máximo de

---

<sup>53</sup> Cfr. Lissardy, Gerardo (2020) “Por qué América Latina es “la región más desigual del planeta” <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51390621> (recuperado 30 de junio de 2020).

<sup>54</sup> Esta matriz está constituida por el entrecruzamiento de distintos ejes, entre los cuales juegan un papel preponderante la condición socioeconómica, género, etnia, raza, etapa en el ciclo de vida, estatus migratorio, territorio. Cada uno de estos ejes -señala la CEPAL- tiene peso constitutivo y determinante en el proceso de producción y reproducción de las relaciones sociales. Su interacción lo largo del ciclo de vida y acumulación a través de generaciones explica el papel que desempeña cada uno de estos ejes en la estructuración de la desigualdad. CEPAL. ONU. “La matriz de la desigualdad social en América Latina”, Noviembre de 2016, p. 19. [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40668/4/S1600946\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40668/4/S1600946_es.pdf) (recuperado, 30 de junio de 2020).

<sup>55</sup> Cfr. Ernst, Christoph y López Mourelo, Elva (2020) “El COVID-19 y el mundo del trabajo en Argentina: *impacto y respuestas de política*”. OIT. Nota técnica, pp. 1-35. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos\\_aires/documents/publication/wcms\\_740742.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_740742.pdf) (recuperado, 30 de junio de 2020)

la serie (40,5%). Desde un punto de vista geográfico, la mayor incidencia de la pobreza en personas se observó en las regiones Noroeste y Noreste<sup>56</sup>.

En orden a las condiciones de vida en el hogar, sólo el 75,8% de las personas habitan en viviendas cuyos materiales poseen calidad suficiente; el 5% vive en hogares con hacinamiento crítico (más de tres personas por cuarto) y el 19,6 % lo hace de dos a tres personas por cuarto. Además, el 11,8% no accede al agua corriente, el 33,7 % no tiene cloacas y el 35,3% carece de gas natural<sup>57</sup>.

Asimismo, gran parte de las personas que se encuentran por debajo de la línea de pobreza y habitan viviendas inadecuadas se concentran en los llamados “barrios populares”<sup>58</sup>, que son el resultado de un proceso de segregación residencial que, cuando se vincula con la transmisión del virus, genera estigmatización y retroalimenta la discriminación de la que son objeto sus habitantes<sup>59</sup>.

Piénsese, por ejemplo, en las consignas “quédate en casa” y “lávate las manos”, que sintetizan dos de las principales medidas propuestas por la OMS para combatir la pandemia. Se trata de medidas generales que

---

<sup>56</sup> INDEC, Informe Técnico “Incidencia de la pobreza y la indigencia en 31 aglomerados urbanos”. Condiciones de Vida. Vol. 4, n.º 4. La publicación no incluye datos desagregados por género. [https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph\\_pobreza\\_02\\_195EFE752E31.pdf](https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_02_195EFE752E31.pdf). (recuperado, 30 de junio de 2020).

<sup>57</sup> INDEC, Informe Técnico “Indicadores de condiciones de vida de los hogares en 31 aglomerados urbanos Segundo semestre de 2019”. Condiciones de vida Vol. 4, n.º 6. [https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph\\_indicadores\\_hogares\\_02\\_194FEEBEB8E1.pdf](https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph_indicadores_hogares_02_194FEEBEB8E1.pdf) (recuperado, 30 de junio de 2020).

<sup>58</sup> Se considera “barrio popular” aquellos en los que viven al menos 8 familias agrupadas o contiguas, donde más de la mitad de la población no cuenta con título de propiedad del suelo ni acceso regular a dos, o más, de los servicios básicos (red de agua corriente, red de energía eléctrica con medidor domiciliario y/o red cloacal). Conforme al Registro Nacional de Barrios Populares (RENABAP) existen 4.416 barrios inscriptos distribuidos en todo el país de los cuales 1776 se concentran en la Provincia de Buenos Aires. En el 98% de estos barrios la mayoría de sus habitantes no acceden a la red cloacal y en 89% de ellos la mayoría de sus habitantes no tienen acceso al servicio de la red de agua potable <https://www.argentina.gob.ar/noticias/barrios-populares> (recuperado, 30 de junio de 2020).

<sup>59</sup> Cfr. Rodríguez, Gonzalo Martín (2014) “Que es y que no es segregación residencial. Contribuciones para un debate pendiente”. Biblio 3W. *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*. Vol. 10, <https://revistes.ub.edu/index.php/b3w/article/view/26062> (recuperado, 30 de junio de 2020). Sobre el tema, Saba, Roberto (2016) “Desigualdad estructural y pobreza”, en *Más allá de la igualdad. ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?* Siglo XXI. Buenos Aires, pp. 289-302.

alcanzan a todas las personas por igual por lo que, en una primera mirada, resulta difícil tacharlas de discriminatorias.

Sin embargo, el impacto que produce sobre quienes viven por debajo de la línea de pobreza, en estado de hacinamiento crítico, sin acceso al agua corriente, resulta de cumplimiento imposible, lo que lleva a profundizar aún más la desconfianza respecto de las personas que habitan dichos barrios.

En igual sentido, en lo que atañe a la educación, la suspensión de las clases presenciales y la implementación de modalidades mediadas por tecnología repercute en forma muy distinta según el nivel económico, social y cultural de niñas y niños que asisten a los distintos establecimientos en un sistema educativo altamente segmentado. Así, se constata que niñas y niños con un nivel socioeconómico elevado migran a la modalidad virtual sin mayores inconvenientes. En cambio, en los establecimientos educativos que atienden a una población con menores recursos, ello no es posible por falta de conectividad y acceso a dispositivos virtuales, profundizando de esta manera la segmentación preexistente<sup>60</sup>.

Pero la diferente repercusión no tiene que ver sólo con un desigual acceso a la tecnología. Tan importante -o incluso más aún- es el nivel educativo de los padres que incide y moldea el aprendizaje de los hijos. Como explica un informe de la UNDP las medidas adoptadas para evitar la circulación del virus dificultan a la escuela pública cumplir con el objetivo de interrumpir la transmisión intergeneracional de desigualdades, con lo que la brecha no sólo se profundiza sino que se proyecta hacia el futuro<sup>61</sup>.

En otro orden cabe hacer referencia también al impacto que produce la pandemia en las mujeres. Ello pues, si bien se afirma que la enfermedad

---

<sup>60</sup> En una encuesta realizada por UNICEF, en el mes de abril de 2020, el 18% de las y los adolescentes declararon no tener acceso a internet y el 37% no contar con tablet, notebook o PC para hacer las tareas escolares. Entre las familias beneficiarias de la Asignación Universal por Hijo (AUH) la brecha se profundiza al elevarse los porcentajes al 28% y 53% respectivamente. UNICEF. “Encuesta de Percepción y Actitudes de la Población. Impacto de la pandemia y las medidas adoptadas por el gobierno sobre la vida cotidiana de niñas, niños y adolescentes”. <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/Covid19-encuesta-rapida-informe-educacion> (recuperado, 30 de junio de 2020).

<sup>61</sup> UNDP. “COVID-19 and Human Development: Assessing the Crisis, Envisioning the Recovery”. <http://hdr.undp.org/en/hdp-covid> (recuperado, 30 de junio de 2020).

afecta más a los varones que a las mujeres<sup>62</sup>, no se publican datos de internaciones, camas críticas, uso de respiradores y muertes diferenciados por género. Tampoco se toma en cuenta que los síntomas de una enfermedad pueden no ser los mismos en varones y mujeres, con lo que podría haber un subregistro de casos respecto de estas últimas<sup>63</sup>. A ello se agrega que la mayoría de quienes realizan labores sanitarias, en primera línea, son mujeres, por lo que las posibilidades de contagio se incrementan<sup>64</sup>.

Pero la salud de las mujeres no es el único aspecto que se ve afectado por la pandemia. Ellas están también mucho más expuestas a perder sus trabajos o ver reducidos sus ingresos debido a que gran número de ellas se desempeñan en el sector informal. Ven también seriamente disminuida su productividad debido a la necesidad de dedicar muchas más horas a las tareas de cuidado de la niñez y adultos mayores, como consecuencia del cierre de escuelas y establecimientos geriátricos. Finalmente, pero no menos importante, el aislamiento incrementa el riesgo de violencia doméstica como consecuencia del aumento de tensiones en el hogar<sup>65</sup>.

#### IV.II ¿Qué papel juega el Derecho?

8. Quién lea estas líneas insertas en una obra de corte jurídico puede cuestionar su ubicación, en el entendimiento de que se trata de un trabajo que hace más a una investigación sociológica que al objeto de estudio específico del ámbito del Derecho; pero esta visión se modifica si se concibe a este último como una herramienta de transformación de la realidad, transformación que necesariamente presupone su conocimiento.

---

<sup>62</sup> La diferencia en Argentina, sin embargo, no es significativa. Conforme el parte diario emitido por el Ministerio de Salud de la Nación, de fecha 7 de julio de 2020, del total de casos confirmados el 49,5% son mujeres y 50,5% varones. Fuente: <https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/informe-diario/julio2020> (recuperado, 7 de julio de 2020).

<sup>63</sup> Criado Pérez, Carolina (2019) *La mujer invisible*. Seix Barral. Barcelona, pp. 269-298.

<sup>64</sup> Telam. 06/05/2020, “El coronavirus en el personal de salud: 863 casos, 63% de mujeres, y 9 muertos”, <https://www.telam.com.ar/notas/202005/460248-reporte-coronavirus-casos-trabajadores-salud-mujeres.html> (recuperado, 2 de julio de 2020).

<sup>65</sup> ONU Mujeres. “Covid-19 en América Latina y el Caribe: cómo incorporar a las mujeres y la igualdad de género en la gestión de la respuesta a la crisis”. <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2020/03/covid-como-incorporar-a-las-mujeres-y-la-igualdad-de-genero-en-la-gestion-de-respuesta>. UNDP. COVID-19 and Human Development: Assessing the Crisis, Envisioning the Recovery. <http://hdr.undp.org/en/hdp-covid> (recuperados 2 de julio de 2020).

En consecuencia, una vez hecho el diagnóstico sobre la situación de *hecho* imperante en América Latina en general y en Argentina en particular, corresponde ahora detenerse en el análisis de las figuras normativas que podrían ser utilizadas para evitar que la pandemia retroalimente la matriz de desigualdad y la proyecte, incluso, sobre las generaciones futuras.

Esta propuesta parte de entender que el principio de igualdad es un instrumento indispensable para concretar ese objetivo siempre que se lo enfoque a partir de una concepción de igualdad estructural, esto es, entendida como no sometimiento o no exclusión<sup>66</sup>.

#### *IV.III El principio de igualdad ¿suprime o refuerza la matriz de desigualdad?*

9. El principio de igualdad ante la ley se encuentra consagrado en el texto constitucional desde su sanción en el año 1853, en particular, en el artículo 16. Este principio ha sido objeto de distintas lecturas a través del tiempo; lecturas que se corresponden con concepciones diferentes respecto de lo que es la igualdad.

Así, en una primera etapa, el principio de igualdad es interpretado a partir de una concepción formal que restringe su sentido a la aplicación del Derecho<sup>67</sup>. Desde esta óptica, para satisfacer el principio de igualdad, basta con aplicar la norma jurídica a todos los casos que caen bajo su supuesto de hecho y no aplicarla a ningún caso que quede fuera de él<sup>68</sup>. En efecto, toda norma general y abstracta en tanto instituye una clase de iguales (los destinatarios de la norma) y una clase de desiguales (los excluidos de la aplicación de dicha norma), practica una clasificación sobre la base de uno o más rasgos o caracteres considerado/s relevante/s por el legislador que se encuentra/n presente/s en todos los elementos pertenecientes a la primera clase y ausentes en los de la segunda. Existe, en consecuencia, una relación intrínseca entre la generalidad y abstracción de la norma y la igualdad formal que consagra. La cuestión es, sin embargo, si el legislador puede elegir

---

<sup>66</sup> Cfr. Saba, Roberto (2008) “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en *“Teoría y Crítica del Derecho Constitucional”*, Gargarella R. (coordinador), Tomo II, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, p. 707. Saba, Roberto (2016) *Más allá de la igualdad. ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?* Siglo XXI. Buenos Aires.

<sup>67</sup> Cfr. CSJN, 1875, F. 16:118; 1902, F. 95:327; 1916, F. 124:122; 1917, F. 126:280.

<sup>68</sup> Cfr. Ronconi, Liliana (2019) “Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real.” *Isonomía*, n.º 49, pp. 105-107.



como criterio de clasificación cualquier rasgo o característica o, si por el contrario, su potestad tiene límites<sup>69</sup>.

De allí que, en una segunda etapa, dicha concepción sea reemplazada por una lectura que se interroga, ya no sobre la estructura lógica de la norma, sino sobre su contenido o materia<sup>70</sup>. Esta nueva mirada -sin dejar de predicar una especial deferencia hacia el legislador- requiere para que una distinción sea válida que esté basada en diferencias razonables<sup>71</sup>, y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas<sup>72</sup>. De esta manera la presunción de constitucionalidad que ampara los actos legislativos sólo cede si quien impugna la distinción acredita la existencia de un interés específico para objetar la discriminación legal y demuestra que ésta no guarda relación alguna con el fin que el legislador dice perseguir<sup>73</sup>.

10. Ya en una tercera etapa, el principio de igualdad comienza a ser interpretado en función de la prohibición de discriminar, particularmente en aquellos casos en los que la disposición normativa utiliza un criterio “sospechoso” de discriminación<sup>74</sup> que, tras la reforma constitucional de 1994, se identifica con los enumerados por los tratados de derechos humanos a los que Argentina ha dado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN)<sup>75</sup>. En estos casos la presunción de constitucionalidad se invierte<sup>76</sup> y el trato desigual es declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales -antes que

---

<sup>69</sup> Comanducci, Paolo (2008) “Igualdad”, en F. Serrano Migallón, R. Vázquez (coord.), *Ciencia jurídica y constitución. Ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, Editorial Porrúa - Facultad de Derecho UNAM, México, pp. 497-508.

<sup>70</sup> Ronconi, Liliana (2019), cit., p. 107.

<sup>71</sup> Cfr. CSJN, 1940, F. 188:105; 1948, F. 210:172; 1969, F. 273:241; 1970, F. 277:357.

<sup>72</sup> Cfr. CSJN, 1957, F. 238:60.

<sup>73</sup> Cfr. CSJN, 1961, F. 250:410, 1967, F. 268:415. En esta etapa, la CSJN sólo excepcionalmente declaró la inconstitucionalidad de una disposición normativa. Así lo hizo, por ejemplo, en 1972 respecto del artículo 91 del Estatuto de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) que autorizaba sólo a los egresados de dicha universidad a optar por doctorarse en ella, cfr. CSJN, 1972, F. 282:30.

<sup>74</sup> Esta postura es sostenida por los jueces Petracchi y Bacqué en “Repetto”, CSJN, 1988, F. 311:2272, siendo adoptada por el tribunal diez años después en “Calvo y Pessini”, CSJN, 1998, F. 321: 194y se consolida a partir del caso “Hooft”, CSJN, 2004, F. 327:5118.

<sup>75</sup> Cfr. DADDH (art. 2); DUDH (art. 2); CADH (art. 1.1); PIDESC (art. 2.2); PIDCP (art. 2.1); etc.

<sup>76</sup> Cfr. CSJN, 2004, F. 327:5118; CSJN, 2006, F. 329:2986 y CSJN, 2008, F. 331:1715.

meramente convenientes- y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad<sup>77</sup>.

11. La nueva mirada, si bien constituye un avance significativo respecto de las anteriores, sigue abordando la problemática desde una perspectiva individual, sin tomar en cuenta las circunstancias de *hecho* en las que se encuentran ciertos grupos o personas, con lo que el mismo ordenamiento jurídico se convierte en una herramienta de opresión que, lejos de romper los sistemas de jerarquía existentes, los refuerza y reproduce<sup>78</sup>.

De allí que no resulte suficiente interpretar el principio de igualdad ante la ley a partir de una concepción de igualdad como no discriminación; cabe, en cambio, decantarse por una interpretación que procure evitar la constitución y cristalización de grupos sometidos o excluidos<sup>79</sup>. Ello requiere un Estado activo que indague en las causas y procure quebrar la lógica de la dominación social.

Para ello cabe prestar especial atención no sólo a los actos, normas y prácticas sociales que utilizan expresamente distinciones no justificadas sino también a aquellas que, siendo aparentemente neutrales, agravan o perpetúan la situación de subordinación de grupos o colectivos.

En este último caso, para “develar” la discriminación no basta con indagar si existe intención discriminatoria; debe, en cambio, investigarse el impacto o resultado que el acto, norma o práctica social produce sobre un grupo o colectivo en función de la situación de desventaja en la que *de hecho* se encuentran. Para hacerlo, esta nueva concepción se vale de prueba estadística<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Cfr. CSJN, 2009, F. 332:433, considerando 6.

<sup>78</sup> Saba, Roberto (2008), cit., pp. 704 y 705. En el mismo sentido, Ronconi, Liliana (2019), cit. p. 123

<sup>79</sup> Saba, Roberto (2007) “(Des) igualdad estructural” en “*El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*” Alegre, M y Gargarella R (Coordinadores) Lexis Nexis. Buenos Aires, p. 187.

<sup>80</sup> Cfr. Grand Chamber, Case of D.H. and others vs. the Czech Republic, Application n.º 57325/00, Strasbourg, 13 November 2007, [http://www.errc.org/uploads/upload\\_en/file/02/D1/m000002D1.pdf](http://www.errc.org/uploads/upload_en/file/02/D1/m000002D1.pdf)(recuperado 30 de junio de 2020).

#### *IV.IV El principio de igualdad como no sometimiento. Recepción en Argentina*

12. En Argentina, tras la reforma de 1994, la nueva concepción de igualdad encuentra soporte normativo en el texto constitucional, particularmente, en los artículos artículos 37 y 75, inciso 23, de la CN que incorporan las acciones positivas como instrumentos para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos a favor de determinados grupos o colectivos, como niñas y niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad, que identifican como merecedores de mayor protección<sup>81</sup>.

En los últimos años esta nueva mirada se asoma también en la jurisprudencia de la CSJN, en un principio, en forma incipiente y solapada con un análisis de igualdad como no discriminación. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, -hacia 2005- en el caso “Itzcovich”<sup>82</sup>. A su turno, hacia el año 2014, en el precedente “Sisnero”, el Alto Tribunal da un paso más. En esta causa, si bien no se desprende completamente de la lógica propia del principio de igualdad entendido como no discriminación, en lo que atañe a la pretensión colectiva, utiliza prueba estadística y advierte la presencia en la sentencia recurrida de estereotipos de género<sup>83</sup>.

Finalmente, la CSJN asume -en forma expresa- esta concepción al resolver, en 2017, el asunto “Castillo”<sup>84</sup>. En estas últimas actuaciones, afirma que la igualdad debe ser entendida no sólo desde el punto de vista

---

<sup>81</sup> La protección se brinda, en consecuencia, no al individuo como persona, sino como perteneciente a un grupo o colectivo social desaventajado. De allí que la definición de los grupos merecedores de protección no se corresponda exactamente con las “clasificaciones sospechosas” del principio de igualdad como no discriminación (sexo, raza, origen nacional) sino sólo con la parte desaventajada de la relación (mujeres, afroamericanos, extranjeros). Sobre el tema, Fiss, Owen (1999) *Grupos y la cláusula de igual protección*. Traducción de Roberto Gargarella. Publicado en “Derechos y Grupos desaventajados”. Roberto Gargarella –Comp.–, Yale Law School, Gedisa, Universidad de Palermo, Barcelona, pp. 137-167. Sobre este aspecto, Añón Roig, María José (2013) “Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja”. *Isonomía*, n.º 39, pp. 127-157.

<sup>82</sup> Cfr. CSIN, 2005, F. 328:566. Especialmente voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni, cons. 12 a 15 y Lorenzetti, cons. 11.

<sup>83</sup> Cfr. CSJN, 2014, F. 337:611. El tema es trabajado por Lobato, Julieta (2019) “Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso “Sisnero”. *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de la República. n.º 46, Montevideo, pp. 49-107.

<sup>84</sup> Cfr. CSJN, 2017, F. 340:1795.

del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. Este análisis demanda considerar el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados.

La decisión comentada se hace eco también de la doctrina de la discriminación por el resultado en tanto reconoce que hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de la apariencia neutral, agrega el tribunal, puede ocurrir que la aplicación de la norma en un contexto social concreto produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado<sup>85</sup>. Una vez comprobado ese efecto de desigualdad, señala la CSJN, el Estado debe justificar la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición. En el caso que no logre hacerlo, la norma aparentemente neutra resulta inconstitucional por afectar el principio de igualdad y no discriminación<sup>86</sup>. En definitiva, como sintetiza Gustavo Arballo, “*el control de constitucionalidad debe ser no de 180 grados (de la norma “para arriba”) sino de 360 grados (abarcando la norma y cómo funciona en el mundo)*”<sup>87</sup>.

Cabe señalar, por lo demás, que esta concepción no es ajena al sistema interamericano de derechos humanos que ha incorporado a su agenda la problemática de la desigualdad y exclusión social, abordándola desde una perspectiva de igualdad como protección de grupos subordinados<sup>88</sup>. Tampoco es extraña al sistema universal de protección de derechos humanos, cuyos organismos de monitoreo llaman a prestar especial atención

---

<sup>85</sup> Cfr. CSJN, 2017, F. 340:1795, mayoría, cons. 20.

<sup>86</sup> Cfr. CSJN, 2017, F. 340:1795, mayoría, cons. 22.

<sup>87</sup> Arballo, Gustavo (2017) “Educación religiosa en Salta: el nacimiento del control de constitucionalidad de normas discriminatorias encubiertas” en *Saber leyes no es saber derecho*. 12 de diciembre de 2017, <http://www.saberderecho.com/2017/12/educacion-religiosa-en-salta-el.html> (recuperado 8 de julio de 2020).

<sup>88</sup> Abramovich, Víctor, (2009) “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. V. 6 No. 11, *Revista SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, pp. 17-72. [http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf120196-abramovich-las\\_violaciones\\_masivas\\_patrones.htm](http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf120196-abramovich-las_violaciones_masivas_patrones.htm) (recuperado, 5 de marzo de 2020). Sobre el desarrollo posterior de la desigualdad estructural en la jurisprudencia de la Corte IDH ver *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 20 de octubre de 2016, en particular, voto concurrente del juez Ferrer Mac-Gregor, párr. 72-96.

a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes, debiendo los Estados partes adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*<sup>89</sup>.

Desde una perspectiva de derechos humanos, finalmente, esta mirada no se atempera sino que se debe profundizar en situaciones de emergencia -aun frente a la escasez de recursos-<sup>90</sup>.

## V. LAS SECUELAS DE LA EMERGENCIA SANITARIA ALREDEDOR DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL DEL PODER

13. En todos los niveles de gobierno deben identificarse los efectos que pueden, o no, generar cada decisión de excepción, para evitar que la emergencia de salud -o el virus- contagien, en nuestras sociedades democráticas, sus instituciones republicanas y representativas; más aún en un régimen federal, donde pueden registrarse flujos gubernamentales en sentido centrífugo -desde el gobierno nacional hacia las provincias- y en sentido centrípeto -desde los gobiernos provinciales y locales hacia la Nación-, lo que potencia acciones y decisiones a adoptar respecto de las realidades generales y particulares de los diversos sujetos de la relación federal.

### *VI La emergencia sanitaria y su efecto en el funcionamiento del sistema federal argentino*

14. El suceso de una emergencia de salud de alcance global ha puesto a prueba los arreglos institucionales sobre nuestra forma de Estado (arts. 1, 5, 121, 122, 123 y 129 de la CN), desafiando, siendo así, la *performance* de nuestra relación federal. Inclusive, su influjo puede etiquetarse como *ambivalente*: por un lado, el sistema muestra un grado no desdeñable de

---

<sup>89</sup> Comité DESC, OG n.º 20. “No discriminación”, apartado 8. Comité de Derechos Humanos, OG n.º 18 “No discriminación”, apartados 9, 10, 12. Comité CEDAW, Recomendación General No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.

<sup>90</sup> Comité DESC. OG n.º 2 “Medidas internacionales de asistencia técnica”, apartado 9. OG n.º 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, apartado 12.

*coordinación y articulación interjurisdiccional* entre los gobiernos de la Nación, las provincias, la CABA y los municipios, mientras que, por el otro, se advierte -a la vez- un grado innecesario de *concentración* en la toma de ciertas decisiones.

Tal como se anticipara –en la dinámica federal- se advierte que la esencia del federalismo parece albergarse, más que en una particular estructura, en un singular grupo de relaciones entre los participantes de tal sistema político en cuanto allí se combina *autogobierno y gobierno compartido*<sup>91</sup>, concertándose, así, el curso de fuerzas centrífugas y centrípetas de poder –las que perfilan, interactuando entre sí y hasta influyéndose recíprocamente, la existencia misma del Estado federal-.

Debe hacerse hincapié en que, dentro de nuestro sistema de reparto de competencias, las potestades de salud son típicamente concurrentes y, en el caso de la Provincia de Córdoba, su Constitución -en virtud de lo previsto en el art. 59-, ha puesto especial énfasis en reafirmar, para sí, el ejercicio del poder de policía en lo tocante a la legislación y administración sanitaria, sin perjuicio de que -en paralelo- los reformadores provinciales de 1987 consignaron la necesidad de concertar con autoridades federales, provinciales y municipales, al igual que con instituciones sociales públicas y privadas, la formulación y ejecución de políticas públicas en materia sanitaria.

Es evidente que medidas contempladas en el vasto cuerpo de Derecho de Emergencia vigente (detallado en el punto III), difícilmente hubieran producido los efectos pretendidos si no se hubieran integrado -al sistema de prevención, tratamiento y contención de la pandemia- las autoridades provinciales, de la CABA y de los municipios. Es que su cumplimiento *efectivo* supone –de forma imprescindible- la *presencia territorial*, de la que, precisamente, carece el nivel de gobierno central -al punto que, coloquialmente, un funcionario desde un despacho capitalino, menos aún el aparato burocrático del que se sirve, habrían logrado apuntalar las condiciones necesarias y suficientes para la operatividad útil de la batería de medidas sanitarias-.

Lo cierto es que -sea por convicción federal, sea por la fuerza de los hechos- la autoridad nacional debió recurrir a los órganos del poder local para legitimar, primero, su decisión en el anuncio del estado de emergencia de salud y convocarlos, luego, a coordinar y articular medidas orientadas

---

<sup>91</sup> Cfr. Elazar, Daniel; *Federal Systems of the World*, Longman, London, 1994, p. XV.

a resistirla<sup>92</sup>. De allí, que se gestara una ocasión para que los gobernadores provinciales asumieran el rol de agentes naturales suyos “*para hacer cumplir la Constitución Nacional y las leyes de la Nación*” conforme al artículo 128 de la CN (*cf.* art. 10 del DNU n.º 297/2020), sin descuidar el ejercicio de atribuciones propias. Lo expuesto, podría identificarse como un rasgo inherente al federalismo de concertación que articula el ejercicio de las competencias.

Así, descontando que las provincias y la CABA deben realizar -en forma conjunta- con el Ministerio de Salud de la Nación, el monitoreo de la evolución epidemiológica y de las condiciones sanitarias (*v.gr.*, *cf.* arts. 21 del DNU n.º 714/2020, DNU n.º 792/2020 y DNU n.º 814/2020), debe tenerse presente que -en lo atinente a la inspección coordinada de su acatamiento- el Derecho de Emergencia ha contemplado que las autoridades de las jurisdicciones y organismos del sector público nacional, en coordinación con sus pares de las jurisdicciones provinciales, de la CABA y las autoridades municipales, cada una en el ámbito de sus competencias, dispondrán los procedimientos de fiscalización necesarios para garantizar el cumplimiento de los protocolos vigentes y normas dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria -y, por ende, de sus normas complementarias- (*v.gr.*, *cf.* arts. 29 del DNU n.º 714/2020, DNU n.º 792/2020 y DNU n.º 814/2020, etc.).

Otro tanto acontece con lo referente al control -por el Ministerio de Seguridad de la Nación- en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, el que deberá desplegarse “*en coordinación y en forma concurrente*” con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la CABA, con el propósito de garantizar la observancia de los regímenes de aislamiento y distanciamiento vigentes (*v.gr.*, *cf.* arts. 28 del DNU n.º 714/2020, DNU n.º 792/2020 y DNU n.º 814/2020). Inclusive, en fecha reciente, se ha previsto que los gobiernos provinciales y el Jefe de Gobierno de la CABA dicten reglamentaciones y protocolos en virtud de las cuales se autorice el acompañamiento -durante la internación, en sus últimos días de vida- de pacientes con diagnóstico confirmado de COVID-19 o de cualquier enfermedad o padecimiento, con adecuación a “*las recomendaciones e instrucciones del MINISTERIO DE SALUD de la Nación y de la autoridad sanitaria provincial o de la Ciudad Autónoma de*

---

<sup>92</sup> Cfr. art. 2 incs. 11, 12 y 15 del DNU n.º 260/2020.

Buenos Aires” (cfr: arts. 27 del DNU n.º 714/2020, DNU n.º 792/2020 y DNU n.º 814/2020).

Asimismo, a medida que -en atención al carácter dinámico de la pandemia- el gobierno federal ha disminuido, bajo ciertos parámetros sanitarios y criterios epidemiológicos, la intensidad de la restricción al ejercicio del derecho de reunión y hasta autorizado, bajo ciertas condiciones, las reuniones sociales (cfr: art. 26 del DNU n.º 714/2020), se precisó que los gobiernos provinciales y de la CABA, “*dictarán las correspondientes normas reglamentarias y, en atención a las condiciones epidemiológicas y a la evaluación de riesgo en los distintos Departamentos o Partidos de la jurisdicción a su cargo, podrán incluso determinar uno o algunos días para ejercer este derecho, limitar su duración, determinar los lugares habilitados para ello y, eventualmente, suspenderlo con el fin de proteger la salud pública*”. Empero, a partir del dictado de las últimas medidas de emergencia, se ha establecido que el Jefe de Gabinete de Ministros -en su carácter de Coordinador de la “Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional”- resulta facultado para ampliar, reducir o suspender la autorización precedente en atención a la evolución de la situación epidemiológica (cfr: arts. 26 *in fine* del DNU n.º 792/2020 y DNU n.º 814/2020).

15. Nada que objetar a todo esto si, de una lectura atenta de la experiencia federativa de la gestión de la emergencia de salud, no se advirtiese -como finalmente aconteció- una práctica (innecesaria, por cierto) de centralización al respecto, desde que no es un dato de entidad menor que las autoridades provinciales y municipales -debido a su inmediatez- disponen de una comprensión más próxima y directa de los retos y problemas que suscita la pandemia sobre el teatro concreto y particular de su gobierno<sup>93</sup>.

En este orden de ideas, una muestra significativa se avista en el artículo 6 del DNU n.º 297/2020 (y los que le sucedieron), en mérito del cual se concentraron -en demasía- en la figura de la Jefatura de Gabinete de la Nación no sólo la potestad para disponer el incremento y recorte de la nómina de actividades y servicios esenciales en la emergencia, sino también la mismísima autorización de los requerimientos de eximición al régimen de aislamiento social, preventivo y obligatorio cuanto a la prohibición de

---

<sup>93</sup> Cfr. Hernández, Antonio M; <https://www.lavoz.com.ar/opinion/cuando-emergencia-atenta-contra-federalismo> (recuperado 11 de septiembre de 2020).



circulación (*cf.* art. 2 del DNU n.º 355/2020). Lo reseñado repercutió -sin duda- en la atribución discernida a favor del Jefe de Gabinete en orden a decidir la ampliación o reducción de la habilitación para la utilización del transporte público (interjurisdiccional e interurbano) de pasajeros cuyo desplazamiento resulte motivado por la realización de actividades y servicios esenciales (pues, de estar al art. 23 del DNU n.º 714/2020, sólo se permitió a los gobiernos de provincia ampliar la autorización para el uso del transporte público interurbano de pasajeros a otras actividades no contempladas en el menú de actividades y servicios esenciales exceptuados, y exclusivamente en los lugares bajo su jurisdicción alcanzados por la medida de distanciamiento social, preventivo y obligatorio).

Sobre el punto, se impone hacer notar que –como apunta, con agudeza, Javier García Roca- la emergencia “*produce una concentración de poderes en el gobierno (...) pero la organización constitucional, la división horizontal y vertical de poderes no se suspende, ni desplaza, ni modula, más que en la medida estrictamente necesaria para subvenir la emergencia*”<sup>94</sup>.

## *V.II La emergencia sanitaria y su proyección sobre el programa de república democrática y representativa*

### *V.II.a El paradigma republicano en la democracia constitucional y los riesgos -no banales- de la pandemia*

16. También puede llamarse la atención sobre dos cuestiones en las que se descubre una grave deficiencia en el juego y articulación de la forma republicana de gobierno, y generan -al propio tiempo- el trance de transitar desde la emergencia que nace dentro del orden constitucional hacia la que se sustrae de él.

Un primer aspecto se asocia con el desbalance -en el comando de la emergencia sanitaria- generado por el peligro de desbordes en el liderazgo ejecutivo que, al fin de cuentas, neutralicen o mengüen el protagonismo de las funciones de contralor político y jurídico en cabeza del Legislativo y Judicial; tales desviaciones -congénitas a la tendencia argentina hacia el

<sup>94</sup> Cfr. García Roca, Javier; “El control parlamentario y otros contrapesos del gobierno en el Estado de Alarma: La experiencia del coronavirus”, en Barceló Rojas, Daniel - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María Elizabeth -Coords.-, *Covid 19 y Parlamentarismo – Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. 18.

despeñe en el hiperpresidencialismo- serían, de inmediato, *anti-constitucionales* en la medida que ignoran o desvaloran los límites y los vínculos impuestos por la Constitución al poder; de esta forma, descubren un factor de crisis consistente en un proceso de *progresiva concentración y confusión de competencias*, al extremo que, más que una lesión al principio clásico de separación funcional del poder estatal, conlleve la paulatina desaparición de la distinción entre la esfera pública y privada<sup>95</sup> -deslinde que bien podría reputarse la quintaesencia del constitucionalismo-.

Ello es, innegablemente, una alarma ante la contingencia de que se ponga en apuro la vigencia efectiva –y no simplemente figurada- del principio republicano, la que fatalmente habría de corroborarse de traspasarse -en la práctica- una cuota de poder al Ejecutivo que resulte incompatible con aquél. En efecto, se ha repetido –*ad nauseam*- en los anales jurisprudenciales de la Corte federal, que si la emergencia tolera un ejercicio más enérgico por parte del Presidente de sus atribuciones constitucionales, en igual medida debiera robustecerse la energía del control por los restantes departamentos del poder. Y dicha idea fuerza podría encarnarse en la siguiente ecuación: el Legislativo -en lo político y económico-financiero- y el Judicial -en lo jurídico- vigilando que las restricciones al ejercicio de los derechos no capitulen a las exigencias constitucionales de reserva, legalidad, razonabilidad e igualdad. En puridad, no hay -ni podría haber- *estados de emergencias irresponsables*<sup>96</sup>.

Todavía más: aunque es de público y notorio que las cámaras del Congreso de la Nación han impulsado sus sesiones en modalidad virtual, no debería marginarse el hecho de que permanecieron inertes en la fase inicial de la emergencia, ocasión en la que el órgano ejecutivo emitió aproximadamente una veintena de decretos de necesidad y urgencia. No parece sostenible argumentar que los legisladores no estaban mencionados en el catálogo de servicios y actividades esenciales susceptibles de eximirse de la proscripción de circulación, puesto que tal aserto repugnaría, groseramente, al principio de independencia de las ramas del gobierno constitucional. ¿Los senadores y diputados, acaso, dependían de una anuencia ejecutiva o venía

---

<sup>95</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi; *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 52 y ss.

<sup>96</sup> Puede consultarse en extenso Unger, David, C.; *The Emergency State: America's Pursuit of Absolute Security at All Costs*, Penguin Books, New York, 2013.

judicial para desplegar, con mayor razón en un contexto crítico, el “*sagrado ejercicio de la representación de la voluntad popular*”<sup>97</sup>?

Una contestación parece insinuarse —a raíz de una presentación judicial, no de una propia iniciativa institucional del Parlamento—, mediante una reflexión implacable: “*la parálisis causada por la pandemia exige de las instituciones de la República el desarrollo de los mecanismos que sus autoridades consideren necesarios para asegurar la permanencia de sus tareas (...) en este contexto, de inaudita y acuciante excepcionalidad, no puede desvanecerse la importancia del funcionamiento del Congreso como órgano de representación directa del pueblo de la Nación y de los estados locales, dado que en su seno resguarda el principio democrático y el sistema federal (...) las emergencias, de cualquier tipo, deben ser tratadas dentro del Estado de Derecho y por ello el funcionamiento del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional*”<sup>98</sup>.

En refuerzo de esta argumentación, hay —en el Derecho judicial de la CSJN— un precedente crucial: lo decidido, hacia 1893, en el caso “Alem”. Y su tesis central es esta: la emergencia “*lejos de suspender el imperio de la Constitución, se declara para defenderla, y lejos de suprimir las funciones de los poderes públicos por ella instituidos, les sirve de escudo*”<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> Cfr. CSJN, F. 327:138 (“Cossio”, 2004), del voto del juez Maqueda.

<sup>98</sup> Cfr. CSJN, CSJ 353/2020/CS1 (“Fernández de Kirchner”, 2020), del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, con reseña de diferentes alternativas acuñadas en el Derecho constitucional comparado y provincial: “*frente a la importancia del debate parlamentario en tamaño desafío como el que hoy perturba al mundo, otros países ensayaron diferentes medidas para garantizar el debate legislativo. La necesidad de seguir sesionando, por un lado, y de respetar las normas sanitarias recomendadas por la Organización Mundial de la Salud así como los aislamientos sociales dispuestos por los distintos gobiernos, por el otro, han conducido a otros congresos y parlamentos a adoptar diferentes formas para continuar con sus funciones y cumplir su rol constitucional. Así, en algunos casos se ha dispuesto la presencia restringida de legisladores con derecho a voto por bloque parlamentario (Alemania, Francia, Italia, Irlanda, Suiza y Nueva Zelanda), en otros se ha previsto sesionar con video conferencia y votar de manera electrónica remota (Uruguay, Brasil, Chile, Perú, Colombia, Ecuador y Rumania), y en otros se han implementado sistemas que combinan la presencia reducida de legisladores con votación electrónica remota (España, Holanda y Polonia). En nuestro país, algunas legislaturas provinciales ya vienen sesionando por sistemas remotos, virtuales y teleconferencias (Mendoza, Salta, Córdoba y Santa Fe).*”

<sup>99</sup> Cfr. CSJN, F. 54:432 (“Alem”, 1893).

La misma observación -y parejos interrogantes- valen para la primera solución de feria judicial extraordinaria y prestación mínima del servicio de justicia que el Poder Judicial de la Nación implementara en marzo pasado<sup>100</sup>, pues pese a que, luego, se dispuso una planificación de reanudación escalonada<sup>101</sup>, lo cierto es que -en no pocos casos atestiguados por la realidad- el acceso a la justicia devino restringido precisamente en tiempos de fuertes limitantes a los derechos, sin perjuicio de que, en fecha más próxima, la CSJN ha abordado planteos en los que, por cauce de una medida autosatisfactiva, se denunciara que la prohibición de ingreso a un territorio provincial -en tanto obstaba el contacto de una menor con su progenitora- transgrediría cláusulas de la CN, la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN) y la Ley n.º 26061<sup>102</sup>.

Otro tanto ha acontecido en razón de una acción de hábeas corpus colectivo interpuesta contra una decisión provincial de bloqueo y control de ingreso a territorio bajo su jurisdicción, en la inteligencia que medidas de emergencia de tal tenor impiden, a la postre, el retorno de los eventuales afectados a su residencia y los emplazan (atento su condición de personas varadas a la vera de una ruta nacional) en una situación de vulnerabilidad<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Cfr. CSJN, Ac. n.º 4/2020 y 6/2020, prorrogada mediante Ac. n.º 8/2020, 10/2020, 13/2020 y 14/2020.

<sup>101</sup> Cfr. CSJN, Ac. n.º 20/2020, 23/2020, 26/2020, 27/2020, 29/2020, 30/2020 y 31/2020, entre muchos otros.

<sup>102</sup> Cfr. CSJN, CSJ 476/2020 (“Borge”, 2020), asunto en el que el Tribunal cimero de orden federal, tras adjudicarse la calidad de *custodio de las garantías constitucionales*, requirió a la Provincia de San Luis los informes necesarios al objeto del pleito (art. 36, inciso 4, CPCCN), a saber: cuáles son las medidas -de cualquier índole- y protocolos de ingreso a su jurisdicción territorial (adoptados por cualquier autoridad local) y, en su caso, cuáles serían las razones que podrían justificar el impedimento de ingreso (a esos efectos) al territorio provincial.

<sup>103</sup> Cfr. CSJN, CSJ 592/2020 (“Petcoff Naidenoff”, 2020). Asimismo cabe destacar la acción de amparo colectivo deducida con miras a resguardar los derechos de vecinos de una provincia privados de retornar a sus respectivos domicilios con motivo de la prohibición de ingreso a su territorio implementada por el mismo Estado provincial, cfr. CSJN, FRE 2774/2020/CS1 (“Lee”, 2020), como así también la acción de amparo común articulada por el administrador de un establecimiento agropecuario -ubicado dentro de un territorio provincial- con el objeto de hacer cesar el impedimento de acceso al mismo sobre la base de protocolos dictados por la autoridad local en el marco de la pandemia provocada por la propagación del COVID-19, cfr. CSJN, CSJ 475/2020 (“Crescia”, 2020), o bien, la pretensión de amparo también articulada por una empresa con el propósito de que se disponga el libre tránsito, circulación y acceso de su perso-

Sentado ello, la medida cautelar innovativa ha sido despechada favorablemente por la Corte nacional con miras a que se autorice judicialmente el ingreso y traslado del vecino de una provincia desde su lugar de residencia hacia el territorio de otra en la que se encuentra su único familiar -con propósitos de cuidado y asistencia de este último en la coyuntura de una grave enfermedad-. Para así resolver -en el marco de una decisión excepcional que altera el estado de hecho o de Derecho existente al tiempo de su dictado, sin perjuicio de configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa-, la CSJN evocó el parámetro convencional resultante de la Dec. Corte IDH n.º 1/2020 ya glosada, en función del cual no podría marginarse que *“la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal”*. A la vez que -por su atinencia al caso de marras- se destacó un pasaje de la referida declaración: *“todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”*<sup>7104</sup>.

Asimismo se impone hacer notar que, al deslindar un conflicto de competencia suscitado en función de una acción de amparo colectivo deducida en aras de tutelar el derecho a la vivienda y salud de personas mayores residentes en un geriátrico provincial, la Corte federal -tras descartar que la materia del pleito revistiera un manifiesto contenido federal, debido a la presencia, en el caso, de facultades concurrentes resultantes del art. 14 *bis* de la CN-, dispuso la pronta remisión de las actuaciones al máximo tribunal de justicia local a efectos de que zanje lo concerniente al juez provincial que resulte competente con arreglo a las disposiciones locales de aplicación, todo ello con la meta de evitar la profusión de trámites (situación que resultaría en desmedro del principio de economía procesal

---

nal dependiente entre un territorio provincial y otro, cfr. CSJN, FRE 1674/2020/CS1 (“Licores Nordeste SRL”, 2020).

<sup>104</sup> Cfr. CSJN, FRE 2237/2020/CS1 (“Maggi”, 2020).

y del buen servicio de justicia) e impedir que se susciten cuestiones de competencia (las que, de plantearse, podrían llegar a configurar un caso de privación jurisdiccional, e incluso, comprometer el derecho a la salud de los justiciables)<sup>105</sup>.

En suma, es de esperar que –en esta evaluación de la reacción judicial a los retos de la pandemia- se recoja la advertencia formulada por algunos miembros de la misma CSJN, en el sentido que “*la historia contemporánea del derecho demuestra que los aciertos -y los errores- en la construcción del moderno Estado constitucional responden muchas veces a la capacidad -o falta de ella- de los más altos tribunales constitucionales en aceptar y traducir imperiosas demandas en contextos históricos cambiantes y a veces, también, imprevisibles*”<sup>106</sup>. Lo que, por lo restante, necesita aquí resaltarse –de nuevo- es que no se trata de una prevención novedosa, puede remontarse hasta antiguos precedentes del tribunal: ni siquiera estados de grave conmoción social (incluso, aquellos que llevaron a la declaración del estado de sitio), pueden resultar en que se “*excluya la intervención de los jueces, tuitiva de los derechos individuales*”<sup>107</sup>.

No puede -igualmente- pasar por inadvertido, debido a su conexión con el estancamiento inaugural del Poder Legislativo, que -en el plexo de decretos de necesidad y urgencia emitidos- algunas medidas resultan difícilmente justificadas con la apelación a necesidades públicas que deben atenderse a la hora de lidiar con la pandemia. En este sentido, la modificación del presupuesto -dispuesta por DNU n.º 457/2020- amplía fuertemente las atribuciones del Jefe de Gabinete para realizar reasignaciones presupuestarias, produciendo así un transmisión a este órgano, dependiente del Ejecutivo, de atribuciones que la Constitución le asignó al Congreso. Lo mismo puede decirse de la decisión adoptada por DNU n. 522/2020 -aunque, luego derogado- consistente en intervenir y disponer la ocupación temporánea de una empresa privada en proceso de concurso de acreedores (en el que, lógicamente, se perforaba la garantía de juez natural).

---

<sup>105</sup> Cfr. CSJN, CSJ 355/2020 (“Rodríguez”, 2020).

<sup>106</sup> Cfr. CSJN, CSJ 353/2020/CS1 (“Fernández de Kirchner”, 2020), del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

<sup>107</sup> Cfr. CSJN, F. 243:504 (“Sofía”, 1959).

## V.II. b Derechos políticos y procesos electorales en contextos de pandemia

17. En lo que respecta a la representación política de los electores, a causa del condicionamiento que insinuaría la emergencia sanitaria, el Derecho electoral, conforme sus disposiciones constitucionalizadas, anticipa una contundente respuesta: *los derechos políticos no pueden ser declarados en emergencia*, puesto que ello importaría la interrupción del régimen democrático de gobierno, en tanto son su insumo fundamental y los responsables de darle vida a las instituciones autonómicas de gobierno previstas en las constituciones<sup>108</sup>.

Entender las constituciones como protocolo de actuación de cualquier emergencia, es una premisa que emana de los textos constitucionales por las negativas y dolorosas experiencias históricas, tras las justificaciones que toda situación de excepcionalidad suministra a los argumentadores seriales de la emergencia como única -nunca última- alternativa institucional. Por ello nuestros constituyentes inocularon anticuerpos normativos para evitar que el virus de la desconstitucionalización vuelva a infectar nuestra sociedad.

Los textos constitucionales de Jujuy (1986, art. 6)<sup>109</sup>, La Rioja (1986, art. 12), Salta (1986, art. 2), Córdoba (1987, art. 17), Río Negro (1988, art. 7), y de la Nación (1994, art. 36)<sup>110</sup>, son más que claros y contundentes respecto del rechazo a viejas prácticas interpretativas con efectos peligrosamente desconstitucionalizantes.

Ello permite sostener que la actual pandemia, que justifica recurrir a los institutos de emergencia, no debe -bajo ningún pretexto- convertirse en el argumento neutralizante de nuestras instituciones, sino, por el contrario, aplicados y destinados aquellos, en el instante inicial, a dar una respuesta inmediata a través de los procedimientos excepcionales, esos mismos procedimientos deben perseguir la readecuación inmediata de la funciona-

<sup>108</sup> Cfr. CSJN, F. 320:875 (“Gauna”, 1997), voto en disidencia del juez Petracchi.

<sup>109</sup> Con un clarísimo y más que actual inciso 1.º, que dice, textualmente: “*En ningún caso las autoridades provinciales, so pretexto de conservar el orden invocando la salud pública o aduciendo cualquier otro motivo, podrán suspender la observación de esta Constitución ni la de la Nación, ni vulnerar el respeto y efectiva vigencia de las garantías y derechos establecidos en ellas*”.

<sup>110</sup> Cfr. Gelli, María Angélica; *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4.º ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, pp. 508/514; Gargarella, Roberto y Sebastián Guidi; *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, CABA, 2016, pp. 207/215.

lidad institucional en procura del restablecimiento inminente de derechos y garantías afectados.

La emergencia es sólo una alternativa excepcional que procura dar capacidad de respuesta inmediata al Estado ante situaciones críticas. Sin embargo, no debe ser concebida estáticamente, sino como una herramienta fundamentalmente dinámica y con un objetivo incuestionable: restablecer el orden constitucional ordinario<sup>111</sup>. Por ello sus regulaciones siempre contemplan e incorporan claros límites a su vigencia<sup>112</sup>, como así también la regular revisión y renovación por parte de los poderes legislativos, todo ello, sometido siempre a un estricto y profundo control judicial de juridicidad<sup>113</sup>.

Los poderes legislativo y judicial no deben ingresar en una especie de purgatorio funcional que exponga a la sociedad a la pérdida de derechos y a la inoperancia de garantías constitucionales<sup>114</sup>. Si en tiempos de regularidad institucional su existencia y funcionamiento son imprescindibles, con mayor razón en períodos de excepcionalidad. En materia de derechos fundamentales, la regla es su plena vigencia y su restricción constituye una excepción que sólo puede establecer y sostener la ley<sup>115</sup>.

Si los derechos políticos no pueden declararse en emergencia, la siguiente cuestión a abordar es la de las elecciones en escenarios de crisis sanitaria. Este interrogante se desagrega en varios aspectos atinentes a la conformación del proceso electoral. En efecto, el mismo se activa o pone en marcha mediante la formalización de la convocatoria electoral<sup>116</sup>, momento a partir del cual la planificación y logística electorales comienzan a

---

<sup>111</sup> La “necesidad es su justificación y, por lo mismo, también su límite”, CSJN, F. 243:504 (“Sofía”, 1959), voto en disidencia del juez Orgaz.

<sup>112</sup> La “duración de estas restricciones debe ser temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que las hicieron necesarias”, CSJN, F. 172:21 (“Avico”, 1934).

<sup>113</sup> Cfr. CSJN, F. 307:2284 (“Granada”, 1985) y F. 326:417 (“San Luis”, 2003), especialmente el considerando 55 del voto mayoritario, jueces Moliné O’Connor y López.

<sup>114</sup> Domingo J. Sesin lo dice muy gráficamente, en el caso del Poder Judicial, cuando afirma que “[s]i los jueces no asumen el rol que les corresponde asegurando el imperio de la Constitución, los poderes del poder político serían ilimitados” (cfr. Sesin, Domingo J.; “La emergencia dentro de la Constitución. Control judicial”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*, 309:91, y en Sesin, Domingo J.; *El derecho administrativo en reflexión*, Rap, Bs. As., 2011, p. 446).

<sup>115</sup> Cfr. Barrera Buteler, Guillermo E. (dir.); *Derecho Constitucional*, ob. cit., t. I, p. 297.

<sup>116</sup> Cualquiera fuera su tipología, de acuerdo a la respectiva regulación normativa (Cfr. Pérez Corti, José M.; *Derecho Electoral Argentino. Nociones*, 3.º ed., Advocatus, Córdoba, 2016, pp. 235/238).



desenvolverse frenéticamente, con miras a garantizar la normal concreción de los comicios.

Todo este complejo<sup>117</sup> andamiaje normativo y operativo contiene disposiciones centrales y estructurantes del proceso electoral, como así también distintas alternativas destinadas a evitar su paralización o frustración.

De este modo, por ejemplo, en algunos casos, el ordenamiento jurídico electoral contempla una sucesiva supletoriedad de la facultad de convocar a elecciones si los poderes ejecutivos no lo hacen en tiempo y forma<sup>118</sup>, con lo cual, existe un adecuado dispositivo en aras de sostener la vigencia del orden democrático y constitucional.

18. Aun así, existe la posibilidad de que la crisis sanitaria interfiera la concreción de la convocatoria a elecciones, o que el contexto perturbe o paralice el normal progreso del proceso electoral en curso. En tales hipótesis, la situación impacta no sólo en el proceso comicial, sino ya en el ciclo electoral<sup>119</sup>, y proyecta sus efectos respecto de sus pares parlamentario y ejecutivo, lo cual enfrenta a las instituciones a la finalización de los mandatos vigentes. Sin embargo, dichas situaciones, particularmente la que coloca la finalización de los mandatos en ejercicio ante la carencia de reemplazantes o sucesores con mandatos renovados y otorgados democráticamente, cuentan con una adecuada previsión normativa. Nos referimos al instituto constitucional de la acefalía<sup>120</sup>.

Estamos de acuerdo en que es un instituto que ejemplifica el prototipo de *ultima ratio* en lo jurídico y en lo institucional. Aun así, es la vía constitucionalmente válida para superar situaciones de excepción. Por ello, no es aceptable eludir su aplicación, ni dejarse llevar por sinfonías de sirenas que ensayan argumentos ostensiblemente épicos en defensa de la ciudadanía y de las instituciones, puesto que, como sostiene Rosatti, “*la aplicación de regímenes de excepción prohibidos por la Constitución (...), aunque se planteen de modo ‘parcial’ o ‘temporal’ y aun con la honesta intención de ‘dejar a salvo’ todo aquello que no comprometa la emergencia, conducen a*

---

<sup>117</sup> No por complicado, sino por la diversidad y multidimensionalidad de sus elementos, como así también por la intensidad del mismo y de sus procedimientos e institutos componentes.

<sup>118</sup> Cfr. CBA: CEP n.º 9571, art. 43 y CP, art. 104.6. LOM n.º 8102, arts. 49.4 y 59.5; y supletoria y sucesivamente los arts. 30.13, 136.2, 126, 200.9, 216.2 y 218. Este modelo se replica, generalmente, en las cartas orgánicas municipales.

<sup>119</sup> Cfr. Pérez Corti, José M.; *Derecho Electoral Argentino. Nociones*, ob. cit., pp. 213/276.

<sup>120</sup> Cfr. CN, arts. 88 y 75.21, L. n.º 20972.

*una trampa. La presión de la necesidad y la dinámica propia de la antijuridicidad inicial no tardarán en convertir a una lógica esquizofrénica (que procura congeniar sincrónicamente la juridicidad y la antijuridicidad) en una lógica desquiciada, dominada por la autorreferencia antijurídica. La autorreferencia antijurídica termina por ser la única lógica de fundamentación de la emergencia. Dicho de otro modo: todo lucirá correcto y razonable (hasta propicio y heroico) a condición de evitar toda vinculación con la normalidad<sup>121</sup>.*

Como se observara -al principio de este punto- es la Constitución nuestro principal protocolo de actuación, y a ella debemos atarnos todos siempre<sup>122</sup>.

Consecuentemente, incurren en una falacia argumentativa quienes afirman que las disposiciones constitucionales y reglamentarias carecerían de previsiones idóneas para afrontarlas. Entendemos que el argumento de dicha omisión sólo sería aceptable en un argentino que no tuviese conocimiento de nuestra historia institucional.

### *V.II. b.1 Variaciones de acefalía e intervención en contextos democráticos*

19. En primer lugar, no se trataría de un procedimiento de acefalía común, sino de uno de emergencia, concebido como una versión cuya

---

<sup>121</sup> Rosatti, Horacio; *Tratado de Derecho Constitucional*, ob. cit., t. II, pp. 692/693.

<sup>122</sup> Jon Elster nos recuerda que el gran Baruch Spinoza ya había anticipado situaciones como la descrita, trazando una analogía entre el precompromiso individual y el político: “*En modo alguno es contrario a la práctica de las leyes que estén tan sólidamente establecidas, que ni el propio rey pueda derogarlas. (...) las leyes fundamentales del Estado deben ser observadas como decretos permanentes del rey, de modo que sus ministros les rindan obediencia absoluta, y rechacen llevar a cabo cualquier orden real que las contravenga. (...) También los reyes han seguido el ejemplo de Ulises. Usualmente, dan instrucciones a sus jueces de que no tengan respeto por las personas a la hora de administrar justicia, ni siquiera para el propio rey, si por algún raro extravío ordenara algo que saben que contraviene las leyes vigentes. Esto es así porque los reyes no son dioses sin hombres, que a menudo están hechizados por los cantos de sirenas, De acuerdo con esto, si todo dependiera de la voluntad inconstante de un hombre, nada sería estable*” (Elster, Jon; *Ulises desatado*, Gedisa, Barcelona, España, 2002, pp. 124., pp. 111/1112 y cc., cita que también se puede consultar en Spinoza, Baruch; *Tratado teológico-político. Tratado político*, Gredos, Madrid, España, 2015, Capítulo VII.1, pp. 400/401).

finalidad primordial es la preservación institucional de la democracia y de las disposiciones y autoridades constitucionales.

Nos referimos a la acefalía en contextos excepcionales que hacen imposible resolver la ausencia futura de autoridades legítimamente constituidas, mediante procesos electorales extraordinarios. Es la hipótesis que enfrentan hoy muchos Estados subnacionales: cómo superar el vencimiento de los mandatos en ejercicio sin afectar la institucionalidad democrática, y sin que la solución devenga en el riesgo de instalar un gobierno autocrático (pactos políticos de autoprorroga de mandatos), o de la utilización de la intervención para imponer un gobierno de tinte centralista y autoritario (interventores políticos).

### *V.II. b.2 Intervención institucional colaborativa*

20. Esta variante concibe la intervención como un procedimiento constitucional netamente colaborativo, enmarcado dentro del principio de asistencia entre poderes y destinado a preservar la continuidad democrática de los ciclos electivos, legislativos y ejecutivos. Implementa una modalidad de emergencia limitada y orientada únicamente al restablecimiento del orden gubernamental investido de legitimidad democrática de origen, de modo tal que la de ejercicio no quede expuesta a planteos judiciales o políticos que horaden su legalidad.

El principio de colaboración inter-poderes es aquel en función del cual *“aunque cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas, deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí. De lo contrario se descompensaría el sistema constitucional que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de dichos poderes actúe obstruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con el concierto que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales”*<sup>123</sup>. Cabe destacar que no debemos acordarnos de él únicamente para exigírselo, *in extremis*, al Poder Judicial.

Para cumplir acabadamente su finalidad, esta clase de intervenciones deberá observar una particular e innovadora metodología de implemen-

---

<sup>123</sup> CSJN, Fallos: 327:46, considerando 12.º; Fallos: 319:2641, considerando 1.º; y este año en CSJ 353/2020/CS1, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza” (24/4/2020), considerando 10.º del voto concurrente del juez Rosatti.

tación, consistente en depositar en las autoridades legítimamente constituidas y cuyos mandatos democráticos están prontos a vencer, la función y el gobierno del Estado o localidad afectados, es decir, reconociendo a sus instituciones y a las personas que las conforman, en cumplimiento del último mandato vigente, las calidades de interventores excepcionales, que deberán cumplir con sus respectivas competencias de gobierno durante el tiempo que dure la misma, y con un prudente ejercicio de sus funciones, principalmente encaminados o acotados al ejercicio de las que devienen urgentes e indispensables.

Asumimos la crítica que desde la praxis política se nos formulará alegando lo aparentemente compleja de la solución constitucional señalada. Sin embargo, sostenemos nuestra manifiesta preferencia por atarnos al mástil constitucional, cual Ulises, antes que sucumbir al canto esquizofrénico de sirenas que, so pretexto de remanidos acuerdos políticos, tarde o temprano hará naufragar las instituciones democráticas al conducir las con una lógica desquiciada, dominada por una autorreferencia definitivamente antijurídica<sup>124</sup>.

### *V.II. b.3 Procesos electorales en clave pandémica*

21. La última cuestión que abordaremos es la de la necesaria reformulación de nuestros procesos electorales mediante su readaptación procedimental a las exigencias sanitarias de la actual situación epidemiológica, porque nadie puede, con certeza, definir si esta epidemia será pasajera o si es una nueva realidad que debemos superar sin sacrificar nuestra democracia constitucional.

Es una característica intrínseca del Derecho electoral que las teorías no aportan mucho si no devienen en derecho aplicado, para ensayar propuestas y alternativas que permitan instrumentar la concreción de la voluntad popular.

La multidimensionalidad del proceso electoral impone una adecuada y precisa articulación de los poderes Ejecutivo y Legislativo con el Organismo

---

<sup>124</sup> Sin embargo, los argumentos expresados no nos impiden advertir la interesante situación registrada en la ciudad de Río Cuarto (provincia de Córdoba). Cfr. TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria (SECO), Autos n.º 15 (24/6/2020), “Novo”; n.º 16 (2/7/2020), “Ljubich” y n.º 17 (2/7/2020), “Scoppa”; tríada jurisprudencial que, por la relevancia y riqueza de las especulaciones pretorianas en ella contenidas, amerita un abordaje exclusivo que el expuesto en esta oportunidad.

mo Electoral. La gestión de elecciones en estos contextos requiere un gran esfuerzo de rediseño procedimental, adecuándolos a los requerimientos sanitarios del presente, lo cual conlleva una importante cantidad de ajustes normativos, presupuestarios y administrativos. No cabe duda que en ello el tiempo y la planificación anticipada, como así también la previsión de alternativas de contingencia debidamente diseñadas, son las claves del éxito y del reaseguro democrático de los comicios.

El primer desafío está en el acto de convocatoria electoral, sobre el que ya nos explayamos. Continúa con las previsiones presupuestarias por las medidas de seguridad sanitarias que deben incorporarse al proceso y al acto electoral.

A la par, el Poder Legislativo, como el representante por excelencia de la voluntad popular institucional derivada<sup>125</sup> y auténtica y única caja de resonancia del crisol político e ideológico de toda sociedad, debe evaluar diferentes alternativas reglamentarias de los regímenes electorales para dotarlos de herramientas y procedimientos adecuados.

Dos son, a nuestro criterio, las principales opciones a considerar como potenciales normas de emergencia, a saber: voto por correspondencia y segmentación del acto comicial.

A ello hay que sumar el meticuloso relevamiento de los establecimientos e infraestructura destinados a la votación, los cuales deberán ser evaluados a partir de las posibilidades concretas de implementar y observar los protocolos sanitarios, de modo que, desde la ubicación de las autoridades de mesa y fiscales partidarios, como el ingreso de los electores y su distancia en filas a la espera de su turno para votar, cumplan con las medidas epidemiológicas preventivas existentes<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Cfr. Pérez Corti, José M.; *Derecho Electoral Argentino. Nociones*, ob. cit., pp. 5/14; “Ensayo sobre la Voluntad Popular y el Derecho Electoral”, *La Ley*, Actualidad, Bs. As. 26/11/2013, pp. 1/3 y Suplemento Constitucional n.º 6, septiembre 2018, pp. 3/8.

<sup>126</sup> Corea y su excelente experiencia electoral del 15 de abril de este año, son la prueba de que los derechos políticos no deben ser declarados en emergencia, ni los procesos electorales desactivados so pretexto de potenciales crisis sanitarias. Cfr. France 24, por Natalia Plazas, “Participación histórica en elecciones de Corea del Sur, un ‘plebiscito’ sobre la gestión del Covid-19”, 15/4/2020, consultada el 17/6/2020 y disponible en <https://www.france24.com/es/20200415-corea-sur-elecciones-moon-jaein-coronavirus>; y El País. Internacional, por Macarena Vidal Liy, “Unas elecciones con alta participación coronan la gestión de Corea del Sur” 15/4/2020, consultada el 17/6/2020, disponible en <https://elpais.com/internacional/2020-04-15/corea-del-sur-celebra-elecciones-y->

Finalmente, nótese que la implementación de tecnología de votación, a simple vista podría parecer la gran solución. Sin embargo, a poco que responsablemente se profundice respecto de tal idea, se comprobará no sólo que las históricas objeciones y severos riesgos reiteradamente señalados se mantienen intactos<sup>127</sup>, sino que a ello se suman los factores epidemiológicos atinentes al delicado factor higiénico en todo lo que cuenta con teclados y pantallas táctiles, puesto que tales dispositivos tienen que cumplir con precisas normas y procedimientos de higienización, para estar libres de bacterias, mitigar al máximo la amenaza de gérmenes y reducir o neutralizar la propagación del COVID-19. Por otra parte, con su implementación no se eliminan ni la logística electoral previa ni la específica del acto comicial, por lo que su consideración no supera los parámetros mínimos de un razonamiento crítico, académica y profesionalmente responsable.

## VI. A MODO DE CIERRE

22. Las emergencias provocan, a la larga, con la premura -y la necesidad- de cambios adaptativos de conservación a las sociedades, instituciones y sistemas jurídicos, pero su finalidad es ‘sobre-vivir’ a la crisis para ‘re-tomar’ la actividad regular y adoptar la normalidad resultante del debate y de los consensos alcanzados o del retorno al estado de cosas anterior a la situación de excepción.

Giorgio Agamben lo capta con claridad meridiana: si la reflexión transita -ya no únicamente por referencia a la pandemia, a la peste- sino que, además, se esfuerza por entender cuál ha de ser la *reacción* de la hu-

---

afianza-su-imagen-de-buena-gestion-de-la-crisis-del-coronavirus.html#comentarios;  
por mencionar algunos informes.

<sup>127</sup> Cfr. Tula, María Inés: *Voto electrónico*, Ariel, Bs. As., 2005. Pérez Corti, José M.: *Reforma Política y Voto Electrónico*, Ciencia, Derecho y Sociedad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2005; “*E-voting Case Law in Argentina*” en Maurer, Ardita D. y Jordi Barrat: *E-voting Case Law: A Comparative Analysis*, Ashgate, Surrey, 2015, pp. 151/172; y “Los principios generales del derecho electoral y su gravitación en la inconstitucionalidad del régimen alemán de voto electrónico”, Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Cuarta Época, vol. 1, n.º 6, México, 2010, pp. 547/568. Busaniche, Beatriz; Federico Heinz y Alfredo Rezinovsky (*et al.*): *Voto electrónico: Los riesgos de una ilusión*, Vía Libre, Córdoba, 2008. Busaniche, Beatriz (compiladora): *Voto Electrónico: una solución en busca de problemas*, Vía Libre, Temperley, Buenos Aires, 2017.

manidad, debería despejarse cualquier atisbo de colapso de las creencias -incluso, cabe agregar, las que hacen mella en la fe en la Constitución-; de lo contrario, sólo una tiranía podría fundarse en el miedo a perder la vida, sólo el monstruoso *Leviatán con su espada desenvainada*<sup>128</sup>.

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

Sentado ello, las consideraciones hasta aquí desenvueltas permiten concluir que la emergencia sanitaria, con motivo de la pandemia del COVID-19, ha sido correctamente declarada y, de acuerdo con la doctrina sentada por la CSJN como por los órganos de monitoreo del SIDH, únicamente habilita restricciones excepcionales al ejercicio de los derechos que resulten ceñidas a la constatación de los requisitos constitucionales y convencionales reseñados a lo largo de esta entrega.

Desde que -más allá de los artificios de procedimiento- los estados de excepción se comportan, observa Carl J. Friedrich, como la *prueba final del constitucionalismo*, demandando la presencia de un *pueblo alerta*<sup>129</sup>, se colige que la fundamentación -y el contenido general de los preceptos del Derecho de necesidad- descartan el trance de un gobierno de crisis que prescindiera de las mandas constitucionales y convencionales (arts. 31 y 75, inc. 22, CN; 1, 2 y 27, CADH; 4 PIDCP), sino más bien que declara supeditarse a ella. Empero, ello no obsta a que se identifiquen disposiciones y comportamientos de los órganos del Estado discutibles -e, incluso objetables- desde el punto de vista constitucional e transnacional.

23. En lo que atañe a la influencia de la pandemia alrededor del *estatuto de los derechos fundamentales*, en nuestro sistema jurídico -como en otros foráneos- la llegada de este nuevo espécimen de coronavirus ha puesto al descubierto situaciones de desigualdad preexistentes en la sociedad. Para combatirlas y evitar que se propaguen hacia el futuro, no basta con que el Estado se abstenga de efectuar distinciones arbitrarias; se requiere,

<sup>128</sup> Agamben, Giorgio; “Reflexiones sobre la peste” en *Sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia*, ASPO, s.l., 2020, pp. 135 y ss.

<sup>129</sup> Friedrich, Carl, J.; *Gobierno constitucional y democracia*, IEP, Madrid, 1975, t. 2, pp. 585-633.

además, que asuma un rol activo, indague en las causas y diseñe remedios que procuren quebrar la lógica de la dominación social.

En este marco, la concepción de la igualdad como no sometimiento o no exclusión constituye una herramienta valiosa para lograr dicho propósito. Esta concepción demanda a las autoridades evaluar el impacto que producen (o puedan llegar a producir) las medidas adoptadas para combatir la trasmisión del virus sobre determinados grupos o colectivos en función de las circunstancias *de hecho* en las que se encuentran, a fin de programar los remedios que resulten necesarios para combatir dicho efecto.

En el diseño de estas medidas los gobernantes están limitados por la obligación que emerge de los tratados de derechos humanos ratificados por Argentina cuya inobservancia acarrea responsabilidad internacional. Este compromiso no cede sino que, al contrario, se profundiza en situaciones de emergencia y aun frente a variables de escasez, marginalidad, indigencia, pobreza, etc.

24. En cuanto a sus derivaciones alrededor del *estatuto del poder*, no podría obviarse que se transitan tiempos excepcionales a nivel global, caracterizados por una grave crisis sanitaria que expone a las instituciones y procedimientos democráticos a tensiones (a más de políticas, socio-económicas) que impelen su máxima capacidad de respuesta y el resguardo ineludible de los derechos fundamentales.

En tales condiciones, un ejercicio vigoroso de las facultades de control del Congreso de la República, en lo político, y del Judiciario, en lo jurídico, es -quizás- un elemento dirimente si se aspira a garantizar la continuidad plena de la vigencia de una Constitución que *co-habita* con instrumentos internacionales de derechos humanos equipados con rango constitucional -al conjurar clivajes en el añejo ligamen entre pluralismo y particularismo jurídico<sup>130</sup>-, aun dentro de los topes que trae aparejada la emergencia porque “*nunca conviene olvidar que la senda de la restricción de derechos es tan fácilmente transitable como difícilmente reversible*”<sup>131</sup>.

<sup>130</sup> Cfr. Solá, Victorino; “¿Carl Menger en San José de Costa Rica? A propósito de un juego de espejos entre teóricos constitucionales y pluralistas”, RLF, 9 (I) (2020) 1-88.

<sup>131</sup> Cfr. Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso; “Prólogo” en Barceló Rojas, Daniel - Díaz Ricci, Sergio - García Roca, Javier - Guimarães Teixeira Rocha, María Elizabeth -Coords.-, *Covid 19 y Parlamentarismo – Los parlamentos en cuarentena*, UNAM, México, 2020, p. XVII.



Al mismo tiempo, el régimen de emergencia en los diseños federativos en modo alguno se encuentra desconectado de la unidad de medida en la que consiste el *principio federal*, entendido -según lo sugiere Kenneth Wheare<sup>132</sup>- como el método de reparto de poderes de modo que los gobiernos general y local se ubiquen respectivamente dentro de un *espacio coordinado* y, a la vez, *independiente*. Una manifestación interesante para su análisis crítico -con mayor hondura al que aquí se incita- reside en su nota de *ambivalencia*: si bien en muchos aspectos se procura la coordinación y articulación entre el gobierno federal y las autoridades locales – principalmente en la órbita de materias típicamente concurrentes-, en otras cuestiones se constata una tendencia hacia una centralización excesiva -y hasta pueril- que perturba los caracteres y principios que nutren a la relación federal.

En esta situación, derechos políticos y procesos electorales se encuentran expuestos a decisiones y rediseños que requieren una previa reflexión crítica para evitar decisiones que los desarticulen vaciando de contenido procedimental la democracia, puesto que dicha dimensión formal conforma su *conditio sine qua non*, y en ausencia de la cuales es imposible hablar de democracia<sup>133</sup>.

Bajo tales premisas, no debería perderse de vista que las herramientas de adaptación a una crisis son el instrumento temporal para garantizar los derechos fundamentales, pero no la solución definitiva, la que debe ser el resultado del diálogo y del debate interinstitucional y social una vez superada la crisis inicial y regularizado el funcionamiento de los órganos de gobierno que cuentan con la legitimidad auténtica para abordar y resolver estos desafíos.

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

---

<sup>132</sup> Wheare, Kenneth; *Federal Government*, Oxford University Press, London – New York, 1963, p. 11.

<sup>133</sup> Es el mismo Luigi Ferrajoli quién le reconoce y adjudica tal valoración a la dimensión formal de la noción de democracia (Ferrajoli, Luigi; *Principia iuris*, Trotta, Madrid, 2011, t. 2, p. 10). Para profundizar sobre la noción de democracia en perspectiva electoral, sugerimos ver Pérez Corti, José M.: *Proceso Electoral: ¿Jurisdicción o Administración?*, Tesis Doctoral (inérita), Córdoba, 2019, pp. 31/38.

De ser así, lógicamente el profesor de la Universidad de Texas en Austin, William S. Livingston, estaba en lo cierto cuando advertía que, al fin y al cabo, el carácter esencial del federalismo tiene que ser buscado, más que a la sombra de la terminología legal y constitucional, a la lumbre de las fuerzas -sociales, políticas, económicas, culturales- que han hecho necesarias (y ponen a prueba) las diferentes formas federativas<sup>134</sup>. Tan sólo podría añadirse, a la variedad de las interacciones aludidas, la potencia de las fuerzas naturales que -como la pandemia en curso- también modelan el genio y desafían, aunque en forma temporera, la mismísima sustancia del Estado federal.

---

<sup>134</sup> Livingston, William, S.; “A Note on the Nature of Federalism”, *Political Science Quarterly*, 67 (1) (1952) 81-95.

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

ANDRÉS ROSSETI <sup>1</sup>

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-

---

<sup>1</sup> 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 Nino<sup>2</sup>, 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

---

<sup>2</sup> 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 es- 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 derechos 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”<sup>3</sup>.

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

---

<sup>3</sup> 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*<sup>4\*</sup>

### 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 vidas<sup>5</sup>. 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

---

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

<sup>5</sup> Benjamín; W. (2013): *Capitalismo come religione*, trad. it. de C. Salzani. Génova: il Melangolo, p. 43.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup>

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

---

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup>

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

---

<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

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?.<sup>16</sup> 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

---

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> GUILLIGAN, op. cit. 2014, p. 89.

<sup>16</sup> 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”.<sup>17</sup>

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).<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> GULLIGAN, op. cit. 2013, p. 20

<sup>18</sup> “(...) 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.<sup>19</sup>

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? <sup>20</sup>

### *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,

---

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> GILLIGAN, op. cit. 2013, p. 30.

refiere a un espacio más acotado<sup>21</sup>. 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.<sup>22</sup>

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

---

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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 hace<sup>23</sup>. 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-<sup>24</sup>. 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,

<sup>23</sup> GUILLIGAN, op. cit. 2013, p. 63.

<sup>24</sup> 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 <sup>25</sup>. 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.<sup>26</sup> 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.

---

<sup>25</sup> BOFF, L. Ob. Citada pág. 84.

<sup>26</sup> 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 real<sup>27</sup>. 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 dominante<sup>28</sup>. 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*<sup>29</sup>, y legitimadas por saberes expertos médicos, esencialmente refutables, lo

---

<sup>27</sup> 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”.

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

<sup>29</sup> 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 OMS<sup>30</sup>. La incertidumbre se explica -de algún modo- ante la presencia de esta racionalidad experta<sup>31</sup>; 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 expresión<sup>32</sup>.

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 orden<sup>33</sup>. Distinto es el caso respecto de las medidas adoptadas durante tal estado, que -en virtud del “potencial político de las catástrofes”<sup>34</sup>- 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”<sup>35</sup>. 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).

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

<sup>31</sup> Cfr. BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, cit., p. 196.

<sup>32</sup> 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).

<sup>33</sup> “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.

<sup>34</sup> 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](https://www.researchgate.net/publication/318033087_Políticas_de_la_catastrofe) (accedido el 03/03/20).

<sup>35</sup> 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](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 cuestión<sup>36</sup>, aunque resulta también objetable la ausencia de medidas para proteger los derechos<sup>37</sup>. Menos explorada es la incidencia del referido potencial en la generación de nuevas instituciones, más solidarias e inclusivas<sup>38</sup>. 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*<sup>39</sup>. Este dualismo está sin embargo pleno de contradicciones y sujeto a crisis constantes<sup>40</sup>.

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*

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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.

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

<sup>40</sup> 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 virus<sup>41</sup>. Estas medidas producen *deslizamientos* en las fronteras entre lo público y lo privado, rasgo presente en los orígenes mismos del estado de excepción<sup>42</sup>. La protección de derechos persigue -por un lado- poner coto a tales deslizamientos, a la vez que -por el otro- los exige<sup>43</sup>. 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 personas<sup>44</sup> 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”<sup>45</sup>; que fue sucesivamente prorrogado<sup>46</sup>. 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*

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

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> Ver el párrafo precedente y sus citas.

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

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> 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 preventivos<sup>47</sup>, limitar la circulación por horarios y zonas, y aprobar protocolos para actividades industriales, comerciales y deportivas<sup>48</sup>.

El ASPO se inscribe en un discurso predominantemente sanitarista preventivo, donde resalta la *rectoría*<sup>49</sup> del Ministerio de Salud de la Nación como autoridad central de un sistema sanitario *doblemente fragmentado*<sup>50</sup> 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”<sup>51</sup>. Además de la libertad ambulatoria, el aislamiento restringe otras esferas de autonomía individual, incluso en el propio derecho a la salud<sup>52</sup>, incidiendo en otros derechos

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

<sup>48</sup> Cfr. arts. 2 a 9 del DNU 529/20.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> 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).

<sup>52</sup> 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 generación<sup>53</sup>. 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 vulnerabilidad<sup>54</sup>. En razón de ello se adoptaron medidas destinadas a proteger el empleo formal<sup>55</sup>, el trabajo precarizado, los desempleados, los beneficiarios de programas sociales, y los adultos mayores<sup>56</sup>. Tales medidas se complementan con otras destinadas a reforzar la asistencia ante violencias de género, y la protección del colectivo LGTBI<sup>57</sup>; a ampliar las políticas de seguridad alimentaria emprendidas en virtud de la emergencia declarada por Ley 27.541<sup>58</sup>; y a la

<sup>53</sup> 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.

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

<sup>55</sup> 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).

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> 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 empresas<sup>59</sup>.

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 diferentes<sup>60</sup>. 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 unificada<sup>61</sup>. 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.

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> 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](http://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”<sup>62</sup>, entendido como poder de la colectividad<sup>63</sup>. **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 examen<sup>64</sup>, y a la mirada de otros<sup>65</sup>. **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 vedado<sup>66</sup>. 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 apropiación<sup>67</sup>.

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,

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

<sup>63</sup> “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*.

<sup>64</sup> *Idem*.

<sup>65</sup> “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.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>67</sup> “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”, cerrado<sup>68</sup>, donde sólo discurren las relaciones próximas<sup>69</sup>. 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 (vivienda<sup>70</sup>, trabajo<sup>71</sup>, alimentación<sup>72</sup> y protección social<sup>73</sup>), 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 subsistencia<sup>74</sup>. 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 destinatarios<sup>75</sup>.

---

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

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

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> 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.

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

<sup>73</sup> Vgr. Ingreso Familiar de Emergencia.

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

<sup>75</sup> 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 riesgos<sup>76</sup>. 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 cosas<sup>77</sup>, 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 Estados<sup>78</sup>, 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.

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> 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).

<sup>78</sup> 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*

##### *1. 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.

Bernal<sup>79</sup> 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

---

<sup>79</sup> 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 derechos<sup>80</sup> 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 desafíos<sup>81</sup>. 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 decisoriales adecuados para hacer frente a situaciones críticas, en este segundo punto, se destaca la obsolescencia de los métodos y su verticalidad.

---

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> 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 oportunidades<sup>82</sup>. 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”<sup>83</sup>.

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-

---

<sup>82</sup> 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.

<sup>83</sup> 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”<sup>84</sup>.

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 pobreza<sup>85</sup> 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 Argentina<sup>86</sup> 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.

---

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

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

<sup>86</sup> 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)<sup>87</sup>. 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”<sup>88</sup> 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

---

<sup>87</sup> Fuente: [http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Documentos/2020/OBSERVATORIO-COMUNICADO-ODSA%20INFORMA-%202-31\\_03\\_VF.pdf](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).

<sup>88</sup> 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 alimentación<sup>89</sup>, 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

---

<sup>89</sup> 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 OSDA 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 sincrónicas<sup>90</sup>. 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 máquinas<sup>91</sup>” 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

---

<sup>90</sup> 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)).

<sup>91</sup> 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”<sup>92</sup>.

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 insuficiente<sup>93</sup>. 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

---

<sup>92</sup> 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.

<sup>93</sup> 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 sectorial<sup>94</sup>. 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<sup>95\*</sup>**

### *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

---

<sup>94</sup> BIDART CAMPOS, op. cit., pp. 238-239.

<sup>95</sup> \*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”<sup>96</sup>, y “Asociación Trabajadores del Estado (ATE) s/ acción de inconstitucionalidad”<sup>97</sup>, 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

---

<sup>96</sup> CSJN, Fallos 330:1989.

<sup>97</sup> 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 CSJN<sup>98</sup>, 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*

<sup>98</sup> 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*”.<sup>99</sup>

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

---

<sup>99</sup> 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.<sup>100</sup>

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*

---

<sup>100</sup> [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”*.<sup>101</sup>

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

---

<sup>101</sup> 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”.*<sup>102</sup>

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 diálogo 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 muchos 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.

---

<sup>102</sup> 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 Bernal<sup>103</sup>**

### *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.

---

<sup>103</sup> 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”<sup>104</sup> 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-

---

<sup>104</sup> 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 Kinkaïd y Leckrone<sup>105</sup> 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

---

<sup>105</sup> 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.<sup>106</sup>

Un interesante artículo del diario El País<sup>107</sup> 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 Münch<sup>108</sup>, 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-

---

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

<sup>107</sup> *La pandemia examina el federalismo alemán y el centralismo francés*. El País de Madrid, 17/04/2020. file:///C:/Users/berna\_yduvr54/OneDrive/Escritorio/Art.%20Coronavirus/La%20pandemia%20examina%20el%20federalismo%20alemán%20y%20el%20centralismo%20francés%20\_%20Internacional%20\_%20EL%20PAÍS.pdf

<sup>108</sup> 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”. Heisbourg<sup>109</sup> 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

---

<sup>109</sup> 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.



## DESEQUILIBRIO DE PODERES DURANTE LA EMERGENCIA<sup>1</sup> -CUANDO EL CENTRO ESTÁ AFUERA DE LA FIGURA-

PABLO RIBERI<sup>2\*</sup>

*“I do but dream on sovereignty  
Like one that stands upon a promontory  
And spies a far-off shore where he would tread,  
Wis Qhing his foot were equal with his eye,  
And chides the sea that sunders him from thence,  
Saying he’ll lade it dry to have his way”*

*William Shakespeare, -Henry VI, Part 3, Act 3, Scene 2-*

**Sumario:** I. Ideas preliminares: I.1. Objetivo del texto; I.2. Enunciados básicos; II. Los confines de la normalidad; II.1. Facticidad y Validez; II.2. Derecho Constitucional Comparado; II.2.1. Modelos regulados de emergencia; II.2.2. Modelos no-regulados de emergencia; II.2.2.1 ‘Departamentalismo’: notas relevantes en los Estados Unidos; III. La regulación de las emergencias en el orden constitucional argentino; III.1. Las normas de emergencias y el COVID-19 en Argentina; IV. ¿Quién debe defender la Constitución durante las emergencias?; IV.1. ¿Cómo volver a poner el

---

<sup>1</sup> *No hago otra cosa que soñar con la soberanía/ como aquel que parándose sobre un promontorio/ espía una costa lejana donde pisaría,/ deseando que su pie fuera igual a su ojo,/ Y reprende el mar que de allí lo separa,/diciendo que lo dejará seco para salirse con la suya”.*

<sup>2</sup> Pablo Riberi es Licenciado en Filosofía, Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias sociales –UNC-; Especialista en Derecho Constitucional –Centro de Estudios Constitucionales de Madrid- y Máster in Law –Temple University, Filadelfia-. Es Profesor Titular de Teoría Constitucional de la Facultad de Ciencias Políticas y RRH –UCC- y Profesor Adjunto de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho –UNC-. Actualmente es integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional IACL-AIDC.

centro dentro de la figura?; V. Reflexión final: “¡en caso de emergencia rompa el vidrio!”

## I. Ideas preliminares<sup>3\*\*\*</sup>

No hay ningún sistema de normas capaz de controlar la conducta humana tan eficaz como el Derecho. Vivimos en sociedades saturadas de derecho.<sup>4</sup> La omnipresencia de la ley, en este contexto, se ha transformado en un producto necesario y sensato para la vida civilizada. Este es un tiempo y estamos habitando espacios donde el derecho define el significado de todas las relaciones civiles. El derecho invade todos los rincones del mundo conocido al tiempo que, un/os Estado/s vigilante/s se muestran procelosos y dispuestos a regular todos los intersticios de la vida humana.

A contramano de ello, mi intuición es que existen ámbitos o dimensiones que debieran ser incólumes al derecho o que, al menos, no debieran estar subordinadas al entendimiento erudito de algunos jueces y funcionarios. Los romanos solían decir *ultra posse nemo obligatur* -no podemos obligarnos más allá de lo posible-. Simple: la ley no debe ordenar lo que pertenece a la dimensión de lo imposible, irrealizable o impensable. Es más, desde mi punto de vista, aun en áreas del mundo de la vida que pudieran ser relevantes para el derecho, resulta de todos modos sensato que, en algunas circunstancias, el derecho retire conscientemente sus mandatos.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Este trabajo reconoce como antecedentes otros textos ya publicados en materia de emergencia. Vgr.: RIBERI, Pablo, “*Assessing Republican Wariness in Time of Hazard and Turmoil*”, in edited by EBERHARD, LACHMAYER, RIBAROV & TALLINGER, *Constitutional Limits to Security*, Nomos-Facultas, 2009. Asimismo, RIBERI, Pablo, *La Emergencia como Remedio Constitucional, ¿o Viceversa?*, EL DERECHO, Año XLIII, Nro. 11349, Buenos Aires, 3 de septiembre de 2005. En particular, su contenido, resulta similar a otro ensayo cuya publicación estará acompañará una obra colectiva editada por la Facultad de Derecho de la UNC. Agradezco los comentarios y observaciones recibidos por algunos colegas. Algunos en diálogos privados, otros en varias intervenciones donde me tocó debatir acerca de la actual pandemia. En particular, agradezco a Antonio M. Hernández, Jorge Barbará, Ricardo Ramírez Calvo, Maximiliano Calderón, Guillermo Barrera Buteler e Ignacio Colombo Murúa. Asimismo, destaco los aportes y reflexiones compartidas por los integrantes del Seminario de Teoría Política y Derecho Constitucional Anachársis Cloots.

<sup>4</sup> Ver RODOTÀ, Stefano, *La Vida y las Reglas*, p.25, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

<sup>5</sup> Esto es lo que Karl Engisch llama “*Die Rechtsfreie Raum*” Ver, ENGLISH, Karl, *El Ámbito de lo No Jurídico*, Ediciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1960

Es lógico, prudente y justo que, ante la representación de algunos hechos, el legislador y/o el intérprete decidan soslayar una previsión o procuren evitar la adjudicación de alguna regla de derecho en la solución algunos conflictos.

Desde un punto de vista teórico, defiende también la autonomía de la ‘Política’.<sup>6</sup> Dado que la observación está cargada de teoría –siempre lo repito-, advierto que este análisis se desarrolla desde la perspectiva del constitucionalismo político y que el mismo está macerado en los postulados normativos que distinguen al republicanismo democrático.<sup>7</sup> Naturalmente, mi intuición es entonces que existe un dominio participativo y deliberativo para la acción colectiva cuya dinámica no está gobernada ni por la moral ni por el derecho.<sup>8</sup> Un espacio donde, muy particularmente, el derecho no debe imponer sus imperiales designios.

Más allá de ello, la verdad es que la omnipresencia de la ley, se ha ido auto-postulando como un producto inevitable dentro de lo que reconocemos como vida civilizada. Y aquí, ciertamente, cabe una cita a Von Ihering quien sostenía al respecto: ... *la ley se puede definir como la reunión de los inteligentes y previsores contra los miopes. Los primeros tienen que obligar a los últimos a lo que corresponde por su propio interés. No por ellos mismos, para hacerlos felices contra su voluntad, sino en interés de la colectividad. La ley es el arma indispensable de la inteligencia contra la estupidez humana*”.<sup>9</sup> Sin duda, por cierto, que esta provocativa observación no debe hacernos perder de vista algo importante. Esto es, que la imbecilidad es una nota común no solo dentro de la sociedad civil, sino también al interior del Estado.

La pregunta elemental dentro de la teoría constitucional y la filosofía política, entonces, sería sobre si realmente existen –si deben existir también- límites normativos a los poderes durante una emergencia. Pero para ingresar en la complejidad de este interrogante, es evidente, resulta necesari-

---

<sup>6</sup> Para mayor precisión, ver RIBERI, Pablo, *Teoría de la Representación Política*, Rubinzal Culzoni, 2014.

<sup>7</sup> Tal como advierte correctamente Hanson: “*la observación está cargada de teoría*”. HANSON, H.R., *Observation, Discovery and Scientific Change*, Humanity Books, 2010

<sup>8</sup> Cfr. RIBERI, Pablo, *Prolépsis y experiencia de la multitud como vigas maestras de la Constitución*”, en AAVV, -editado por NUÑEZ LEIVA, J.I., *Teoría Constitucional –ensayos escogidos-*, pp. 85 y ss, Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago de Chile, 2014.

<sup>9</sup> Von Ihering advertía que nada “*nada humano es extraño al derecho*”. VON IHERING, Rudolph, *el fin en el Derecho*, p.256, Alex Editores, 2006.

rio vérselas con otra pregunta concomitante o quizás precedente. Y esta es, ¿cómo se vinculan efectivamente el Poder Político y el Derecho? Porque adviértase, tal como remarca Martin Loughlin, la naturaleza y el modo de relacionarse de ambos elementos dependen inexorablemente de cómo hemos concebido previamente a ambos conceptos.<sup>10</sup> La distancia del constitucionalismo político por oposición al constitucionalismo legal o filosófico aquí salta a la vista. Luego, enterados de ello, las siguientes preguntas resultan inevitables para cualquier esfuerzo teórico complementario.<sup>11</sup> En concreto, el derecho, ¿todo lo abarca? Y muy concretamente, ¿pueden las reglas de derecho regular exhaustivamente las situaciones extraordinarias de emergencia? Y si hubiere límites, ¿quiénes tienen autoridad para discernirlos, antes, durante o después de una emergencia?

### 1.1. *Objetivo del texto*

Estas reflexiones, desde la perspectiva de la teoría constitucional y el derecho constitucional comparado, intentan explorar cuáles son las claves republicanas que ayudan a mejor preservar un orden constitucional legítimo durante una emergencia. Mi intuición básica es que el Congreso debe cumplir un papel central en este desafío. Como se intentará mostrar, luego, desbordando el debate teórico que hace casi un siglo atrás entablaron Schmitt y Kelsen, es necesario proponer una mirada alternativa que permita superar la divisoria de aguas que confronta la opción tutelar jurisdiccional versus la opción del presidente plenipotenciario como los defensores excluyentes de la Constitución.

Analizar esta disyuntiva teórica, de algún modo, es una tarea que excede los objetivos diseñados para este texto. Más allá de ello, no puedo dejar de aludir este debate porque el mismo sigue precipitando ciertos compromisos ideológicos y teóricos en la materia.<sup>12</sup> Porque claro, una mi-

---

<sup>10</sup> Ver LOUGHLIN, Martin, *Sword & Scales –An examination of the relationship between Law & Politics-*, p.12, Hart Publishing, 2000.

<sup>11</sup> Ver RIBERI, Pablo, “*Los Fundamentos de la Constitución y un Dilema Incierto*”, pp.21-73, en AAVV -RIBERI, Pablo coordinador-, *Fundamentos de la Teoría Constitucional Contemporánea*, Rubinzal Culzoni, 2019

<sup>12</sup> Günter Frankenberg observa que, en aras de sus objetivos, la preservación del orden requiere a menudo argumentos pseudo-jurídicos y/o pseudo-democráticos. FRANKENBERG, G., *Comparative Constitutional Studies –Between Magic and Deceit-*, pp.261-ss, Edward Elgar Publishing, 2018.



rada republicana, democrática, impone también comprometerse con cierta ambición teórico-valorativa. La dicotomía analítica que retrata unilaterales demandas desde un plano normativo ideal o desde la crudeza de los hechos, a todas luces -para un punto de vista republicano-, parece mezquina. Como puede apreciarse, por otro lado, la compleja experiencia de la Argentina, en rigor de verdad, retrata bajo cualquiera de ambas alternativas, una larga crónica de desventuras emergenciales a lo largo de su historia.

Para lidiar con los desafíos corrientes que el COVID 19 ha instalado en la agenda pública, entonces, es necesario comprender que la defensa de la Constitución no es una tarea definida – o que se encuentra estrictamente pautada- para un grupo de funcionarios o autoridad en solitario. Aun siendo importante, la defensa de la Constitución, la misma no puede quedar subordinada a la contingente aptitud interpretativa o hermenéutica que pudiera distinguir a algunos buenos jueces. Tampoco puede ésta reducirse a la retórica existencial que siempre demanda mayor concentración del Poder en el presidente en razón de la emergencia. Esta actitud es errónea y también peligrosa. Porque claro, la defensa de la Constitución es la primera obligación que tienen todos los poderes superiores del Estado. Naturalmente también, al menos desde el punto de vista republicano, el respeto y valoración de su contenido, debe ser una responsabilidad esencial para todos los individuos.

En definitiva, es importante que las autoridades junto a la ciudadanía en general, asuman o adhieran a una adecuada teoría de la emergencia, sin la cual, sus decisiones individuales y comportamientos colectivos pueden terminar menoscabando aún más, precisamente, aquello que dicen estar defendiendo: el imperio de la Constitución.

Paso seguidamente a presentar una breve hoja de ruta del presente texto. Primeramente, daré precisiones sobre el objetivo de este ensayo; sus ideas y compromisos teóricos básicos. En segundo lugar, exploraré lo que he denominado ‘confines de la normalidad’ y lo que sería la frontera que separa el ámbito de lo jurídico con la dimensión de los nudos acontecimientos. En particular, desde el punto de vista del Derecho Constitucional Comparado, prestando atención a los aportes del llamado ‘departamentalismo’ –y denunciando las rémoras del hiper-presidencialismo-, aquí analizaré los modelos regulados y no-regulados de emergencia. En tercer término, se analizarán las emergencias en Argentina y, en especial, se repasará las principales regulaciones ensayadas a propósito del COVID-19. En cuarto lugar, revisitaré el dilema teórico-práctico sobre quién debiera ser el defensor de la Constitución. Finalmente, tras reflexionar cuál es el

modo adecuado para restituir el centro al interior de la figura, compartiré un epílogo o reflexión final.

## *1.2. Enunciados básicos*

1. Primer Enunciado: Mi primera intuición afirma que el concepto de “emergencia” y todos los institutos, procedimientos y reglas implicados –estén o no estén regulados en la Constitución-, tienen carácter normativo. Esto quiere decir que, aun aludiendo a un evento extraordinario y global –como la pandemia del COVID-19-, la emergencia, no se reporta como una categoría factual. La misma debe ser concebida en específicas claves normativas. En otras palabras, según el caso, las emergencias han sido pensadas por el legislador constitucional –y deben en consecuencia ser interpretadas-, como un remedio esencial para restituir la normalidad política, económica, social, ambiental, etc.

De tal suerte, es esencial distinguir analíticamente qué es ‘emergencia’ y qué es ‘excepción’.<sup>13</sup> La naturaleza de las normas de emergencia, es pleno, tienen un objetivo conservador, mientras que la dinámica de la excepción se manifiesta en un horizonte de cambio. Más allá de los usos lingüísticos, dada la historia conceptual del término, mientras la primera solo puede ser comprendida e interpretada en claves constitucionales. La segunda, en cambio, denota la irrupción de circunstancias ‘extra-constitucionales’ donde la única certeza es la ausencia de una autoridad o una norma legítima que pueda resolver una situación de conflicto terminal. En este sentido, la ‘excepción’, según Schmitt, puede revelarse en dos formas. O bien bajo el mando de un ‘dictador-comisariado’, o bien bajo como un ‘dictador-soberano’. Mientras el primero tiene sus competencias por delegación de los poderes constituidos -conforme la Constitución-, el segundo, por el contrario, se legitima en un ejercicio amorfo de un poder constituyente que es ejercido de hecho por encima del orden constitucional otrora establecido.<sup>14</sup> Mientras esta segunda variante retrata propiamente a

---

<sup>13</sup> A propósito ver RIBERI, Pablo, “*Assessing Republican Wariness in Time of Hazard and Turmoil*”, in edited by EBERHARD, LACHMAYER, RIBAROV & TALLINGER, *Constitutional Limits to Security*, Nomos-Facultas, 2009. Asimismo, a propósito de cierta indeterminación el lenguaje técnico, ver: FUSCO, Gian Giacomo, ‘*Exception, fiction, performativity*’, p.24 y ss., en AAVV –edited by CERCEL, C., FUSCO, G.G & LAVIS, S, *States of Exceptions*, Routledge, 2020.

<sup>14</sup> Ver SCHMITT, Carl, *Dictatorship*, p.127, Polity Press, 2014.

la excepción, la primera variante, contrariamente, refiere más bien al dominio constitucional de la emergencia.

El rango semántico del concepto de ‘excepción’, de tal manera, apunta a otra dimensión de posibilidades. “*Soberano es aquel que decide en la excepción*” decía Schmitt.<sup>15</sup> Este enunciado, luego, nos revela acertadamente que solo en situaciones de conflicto civil extremo es posible cuestionar, convalidar o reconocer la legitimidad y la autoridad de los pugnantés por el poder en disputa. Es aquí donde puede irrumpir un ‘dictador-soberano’ que termina con la incertidumbre. Por otra parte, aunque las emergencias refieren a situaciones extraordinarias, de ello, sin embargo, no puede inferirse que su irrupción deba siempre encontrarse desconectada del orden constitucional establecido.<sup>16</sup> Cuando una emergencia ha sido declarada, la existencia de eventos o situaciones fuera de lo común, ciertamente, admite variables grados de severidad donde muy rara vez la misma se resuelve en un único ‘conflicto terminal’.

**2. Segundo Enunciado:** En términos democrático-republicanos –particularmente en países como la Argentina–, mi segunda intuición indica que el análisis de situaciones de emergencia –como la actual pandemia–, impone centrar el foco de análisis sobre aspectos institucionales relativos al comportamiento de los poderes fundamentales del Estado.

Vale decir, sea analizando los institutos, los procedimientos y/o las reglas previstas en términos de diseño constitucional; sea explorando el comportamiento real de los órganos creados en la parte orgánica de la

<sup>15</sup> Ver SCHMITT, Carl, *Political Theology*, p.5. M.I.T. Press, 1986. Por otro lado, huelga notar, como señala Schmitt –en la ‘Dictadura’–, la introducción legal de la institución del ‘état de siège fictif’ en Francia, no fue otra cosa que el último paso evolutivo de la vieja figura del dictador en la república romana. Para este autor, como lo marca la cita, esta solución es ‘ficticia’. Sea como fuere, el salto cualitativo en el desarrollo constitucional del instituto, empero, se dio a partir del requisito de una ‘declaración formal del estado de sitio’ con la limitación consiguiente del margen de actuación en esas circunstancias. Ver, FUSCO, Gian Giacomo, ‘*Exception, fiction, performativity*’, p.19 y ss., en AAVV –edited by CERCEL, C., FUSCO, G.G & LAVIS, S, *States of Exceptions*, Routledge, 2020.

<sup>16</sup> En este punto cabe citar a Otto Pfersmann cuando hace notar (que) “[*el derecho es un conjunto organizado de normas que poseen ciertas propiedades específicas. Una norma legal “existe” en la medida en que es un elemento de dicho sistema; y “ser un elemento de dicho sistema” supone tener “validez”*]. Cfr. PFERSMANN, Otto, «*Pour une typologie modale de classes de validité normative*» en PETIT, Jean-Luc, ed, *La querelle des normes — Hommage à Georg Henrik von Wright*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l’Université de Caen, p. 69-113, n° 27, 1995.

Constitución, la justicia y eficacia de tales previsiones, en rigor de verdad, no dependen tanto de la cultura cívica, la buena voluntad del Poder Ejecutivo, la valentía de los jueces ni mucho menos de la sofisticada retórica de los derechos establecidos en la parte dogmática de la Constitución. En línea con Gargarella, me parece, es necesario descender al sótano oscuro donde funciona ‘la sala de máquinas’. Hay que concentrarse en el buen funcionamiento de los motores del Poder. Desde un punto de vista republicano, sin duda, este esfuerzo es más fructífero que quedarse indolente –asoleándose uno–, en la cubierta superior donde brilla el engeguecedor discurso de los derechos.<sup>17</sup>

## II. Los confines de la normalidad

Toda Constitución supone una disposición, un orden, una organización institucional. Como decían los griegos, una Constitución supone entonces una *katabolh*: acción de echar los cimientos.<sup>18</sup> Fiel al legado de la ‘Ilustración’, una Constitución legítima, además, debe promover la protección de derechos humanos. En este contexto, entonces, ratifico, que la “emergencia” no puede sino ser un concepto nomativizado.<sup>19</sup>

Las reglas constitucionales que regulan capacidades extraordinarias durante una emergencia, en consecuencia, deben encontrarse limitadas por específicas condiciones atributivas de habilitación, ejercicio y control. Naturalmente, solo un orden constitucional estable está en condiciones de prever situaciones de esta índole. La emergencia, es lógico entenderlo, nunca puede ser una aduana que permita introducir abiertas violaciones a

---

<sup>17</sup> Ver GARGARELLA, Roberto, “El Constitucionalismo Latinoamericano y la Sala de Máquinas”, en RIBERI, Pablo –Coordinador–, *Fundamentos y Desafíos de la Teoría Constitucional Contemporánea*, pp. 95-121, Rubinzal Culzoni, 2019. Asimismo, GARGARELLA, Roberto, “Latin American Constitutionalism and the Engine Room of the Constitution”, in RIBERI, Pablo & LACHMAYER, Konrad, *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law*, pp -97-115, Nomos-Facultas, 2014.

<sup>18</sup> Las previsiones constitucionales a través de los institutos de “emergencia” como el Estado Sitio, son incorporadas al orden constitucional, precisamente, para evitar eso que los griegos llamaban “*Stasis*”. Schmitt, en particular entiende que el Estado pre-existe al orden legal. Por eso, “*el concepto de Estado supone aquel de lo político*”. SCHMITT, Carl, *El Concepto de lo Político*, p.49, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

<sup>19</sup> Hobbes afirmaba: “(...)Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia.(...). Ver, HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Volumen I, Capítulo XIII, p.138, Madrid, 1984.

los derechos constitucionales. Con relación a las situaciones de emergencia, entonces, las históricas demandas sobre el autogobierno –mientras opere el trípede basilar de principios republicanos–, hacen que las constituciones democráticas y republicanas sean proclives a establecer previsores mecanismos institucionales de sobrevida constitucional. Es lógico que lo hagan en pos de ciertos objetivos. Por caso, para evitar la ‘tiranofobia’; para impedir la impunidad; para escaparle a normas discrecionales que, a caballo de la emergencia, pudieran terminar derrumbando la vigencia de la Constitución y las leyes.<sup>20</sup>

En este tiempo de grandes desafíos globales; en esta época de grandes desarrollos tecnológicos combinados con gran desigualdad y vulnerabilidad de colectivos de sujetos, no son pocas las voces que nos ponen en alerta frente a capilares y sutiles dispositivos de *bio-política* que se empeñan en conocer, monitorear y controlar las condiciones de vida de las personas. Aun en emergencia, desde el punto de vista republicano y desde la mirada del constitucionalismo político, que quede claro, el diseño constitucional debe saber ordenar los incentivos y mecanismos institucionales que permitan evitar se normalicen las situaciones extraordinarias que han alterado la ecuación constitucional entre Poder y Libertad.

En este sentido, debe llamar también nuestra atención la advertencia de Posner en cuanto que “*las constituciones no son un pacto suicida*”.<sup>21</sup> Esto es así. Más allá de ello, es pleno también que, según cambian las sociedades, los modos políticos, sociales, económicos, tecnológicos de relacionarse, no siempre suelen encontrarse en la misma sintonía que las normas que, desde tiempos pretéritos, vienen regulando tales vínculos. De todos modos, puede aquí notarse otro lugar común que es necesario poner también bajo cuestionamiento. Es importante remarcar que las constituciones tampoco son un artículo suntuario. Las mismas no puede ser vistas como un elemento retórico que suele decorar la vida civilizada de algunas pocas sociedades desarrolladas. Hay que desterrar esa idea de que la obediencia a la ley y el respeto al estado de derecho es un fenómeno

---

<sup>20</sup> Aun en tiempos de pandemia, una constitución republicana no puede aceptar la legitimación de una suerte de “epistocracia” que, en nombre de la ciencia, pretenda subordinar la participación y deliberación igualitaria a cánones de eficiencia, eficacia; o ajustarlos a fines exclusivamente sanitarios postulados desde la ciencia médica o desde cualquier otra disciplina.

<sup>21</sup> POSNER, Robert, *Not a Suicide Pact –The Constitution in a Time of National Emergency-*, Oxford University Press, 2006.

solo reservado para algunas pocas sociedades que han logrado desarrollo económico y niveles de educación compatibles con los complejos fines de una sociedad plural dentro de una democracia constitucional.

Dada la sofisticación del lenguaje jurídico, si esto fuera correcto, el reconocimiento del carácter normativo del concepto de emergencia, jamás debiera revelarse como una opción esquivada que solo algunas pocas personas calificadas pueden comprender. Esto es central. Lo es, entre otras razones, porque permite desacreditar aquellos discursos que insinúan o directamente plantean la *'superfluidad de la Constitución'* en los momentos difíciles de una emergencia. El reconocimiento de la relevancia normativa de 'todas' las previsiones de una Constitución, en todos los tiempos, es un elemento práctico esencial que, como bien lo describía Carlos Nino, permite superar la falaz paradoja de la irrelevancia de la Constitución.<sup>22</sup>

### *II.1. Facticidad y Validez*

El análisis de la emergencia desde la teoría constitucional, en mi opinión, debe ilustrarnos sobre cómo es imposible derivar relaciones lógicas de 'implicación causal' a partir de la verificación de un hecho de emergencia con la paralela ampliación de facultades extraordinarias. El derecho constitucional comparado revela que prevista de antemano para un tiempo incierto, esta relación hipotética siempre se encuentra latente en el dominio normativo ('DN') de referencia. Esto quiere decir que el conocimiento de la hipótesis normativa ('HL') en el dominio 'DN' para un tiempo incierto ('Tx'), necesariamente, jamás permite a ciencia cierta saber de antemano cuáles han de ser todas las repuestas legales de 'DN' frente a los desafíos de un incontrolable mundo de la vida ('MV'). Y ello es así, porque es lógicamente imposible someter el funcionamiento del dominio extra-normativo abierto 'MV' a la combinación de posibilidades previstas por la regla constitucional de emergencia 'HL' –dentro de 'DN'-. Téngase presente que la misma fue oportunamente elaborada para ser aplicada en un tiempo obviamente incierto 'Tx'. O viceversa: es improbable que los predicados de la hipótesis normativa 'HL' del dominio normativo 'DN' –previstos en tiempo pretérito 'Tp'- puedan expandirse o ser idóneos para resolver todas

---

<sup>22</sup> NINO, Carlos S, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, pp. 17-33, Astrea, Buenos Aires, 1992.

las alternativas contingentes de hechos extra-normativos que pudieran suscitarse en ‘MV’ durante Tn.

Para poder resolver esta encrucijada, entonces, es necesario evitar posturas extremas. Mi intuición, en este sentido, es que hay que desconfiar tanto de las visiones ‘hiper-factualistas’ como de las visiones ‘ultra-juridificantes’. Los primeros se sirven de promesas de la normalidad por medio de medios para-normativos. Los segundos, reducen vanamente la realidad —el mundo de la vida ‘MV’— a unos límites imaginarios que, un legislador en un estado ‘no ideal’, jamás podrá descifrar. En consecuencia, no es conveniente restringir la solución de la defensa constitucional durante las emergencias a cualquiera de ambos extremos. A menudo, ambos discursos suelen asumir sus previsiones y promesas bajo la lógica esquivada del *Gattopardo*.<sup>23</sup> Estoy aludiendo a la obra de Lampedusa, la cual admite un doble estándar de verdad o corrección discursiva. Uno claramente objetivo. Otro adaptable según acomode mejor a las preferencias del Poder y/o a las veleidades de la gente.

Es que, si desde una mirada politológica o sociológica solo califican las condiciones fácticas que definen la emergencia, desde la pura teoría del derecho, pareciere, las conclusiones normativas no necesitan registrar contacto alguno con el mundo de los hechos. Y esto, reitero, resulta problemático para la razón práctica cuando, precisamente, son normas constitucionales de emergencias las que están en juego. La oposición entre “*Geltung*” y “*Faktizität*”, como hace notar Habermas, se nos revela aquí plausible dentro de una amalgama de argumentos y observaciones en tensión inevitable.<sup>24</sup> Mi intuición, por el contrario, es que la posibilidad del reconocimiento, extensión e impugnación de todo instituto de emergencia, bien puede estar ordenadas dentro de un esquema de reglas y procedimientos algo más maleables y participativos. Un modelo de prácticas y procedimientos confiables que, básicamente, nos indiquen qué, quién, cuándo y cómo habrá de ver ampliadas autoridad y competencias extraordinarias. Y que especifique también qué, quién, cuándo y cómo ha de ejercer el control complementario de esas facultades excepcionales antes mencionadas.

El orden constitucional nunca debe desperdiciar razones que ayuden a robustecer la legitimidad de la obligación política de acatar la Ley. Toda ‘razón’ no examinada, es pleno, además, no es auténticamente una ‘ra-

---

<sup>23</sup> DI LAMPEDUSA, Giuseppe, *Il Gattopardo*, Feltrinelli, Milano, 1974.

<sup>24</sup> Es muy interesante *la reconstrucción interna del Derecho* que hace Habermas. Ver, HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, 147-197, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

zón'. Tal como nos lo advierte Raz, además, vale la pena tener presente la existencia de niveles de razones en competencia.<sup>25</sup> Muy elementalmente la emergencia nunca puede operar como una 'razón excluyente' que mágicamente doblegue toda otra razón normativa que cuestione decisiones arbitrarias bajo análisis. En este flujo, dicho sea de paso, está claro, que las 'razones explicativas' nunca deberían ser interpretadas de manera pragmática como si fueran 'razones justificatorias'.<sup>26</sup>

Los enunciados que describen los hechos o circunstancias que motivan la declaración de una 'emergencia', de tal suerte, deben articularse como representaciones lingüísticas donde unas consecuencias normativas se ven derivadas de otro cuerpo de proposiciones empíricas. Naturalmente, el análisis y la valoración del mérito que define la hipótesis de la emergencia impone la utilización de razones 'justificatorias'. Atento a potenciales debilidades argumentales –por defecto de la llamada '*falacia de Moore*', por ejemplo-, es de todos modos inevitable visitar ambas orillas lógico-semánticas que permiten articular en una sola pieza, ambos grupos de razones.<sup>27</sup> Por un lado, al describir los 'vínculos de causalidad', las razones explicativas, en realidad, nos informan de saldos fenoménicos por los cuales, inductivamente, ciertas consecuencias han tenido lugar por defecto de otros sucesos acontecidos primero en el tiempo. Si bien se supone que cualquier observador atento reconoce esas conexiones -ya probadas en la experiencia- como 'causas' y 'consecuencias', de todos modos, se supone que las mismas solo suministran un grado imperfecto de previsibilidad -aunque nunca absoluta certeza-, sobre si la consecuencia prevista, efectivamente, habrá de verse confirmada en el futuro.

En términos constitucionales, en cambio, las 'razones justificatorias', están discursivamente estructuradas sobre la necesaria aceptación de unos resultados normativos deseables. Estos resultados, están causalmente anudados a otras normas y/o eventos previamente considerados por el operador del derecho como detonantes del resultado valioso. Cuando el legislador diseña modos deónticos de habilitación o responsabilidad en términos de atribución, permisión o prohibición, en este plano, es porque el

---

<sup>25</sup> Ver RAZ, Joseph, *Practical Reasons and Norms*, 15-48, Hutchinson of London, 1975.

<sup>26</sup> Ver TANESINI, Alessandra, "*The Practices of Justification*" in Edited by Alcott, *Epistemology: The Big Questions*, 152-163, Blackwell Publishers, 1998.

<sup>27</sup> Cfr. LEWY, Casimir, "*G.E. Moore On the Naturalistic Fallacy*", pp.400-409, en AAVV –edited by CAHN, S. & HABER, J., *20<sup>th</sup> Century Ethical Theory*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1995.



mismo está propiciando una relación ‘condicional’ –del tipo  $p \rightarrow q$ –; la cual indica que, siempre que haya ‘p’ luego viene ‘q’ o, si tengo ‘q’ es porque antes tuvo que acaecer ‘p’.<sup>28</sup>

De manera que es plausible que una norma general que retrata una hipótesis habilitante deba ser parte de una plataforma normativa que el razonamiento práctico utiliza para justificar consecuencias de derecho. Vale decir, es posible que la premisa mayor se nos reporte plausiblemente como un enunciado normativo universal que, en tanto tal, domina todo el rango de conclusiones posibles para casos de referencia. Luego, si la premisa menor se encontrase atrapada por la primera, entonces, la lógica deductiva aplicable, con mayor rigurosidad, restringiría las posibilidades a una única conclusión normativa válida. Esto es importante saberlo. Dado que la idea de regla –grupo de reglas y/o principios– encadenados dentro de un sistema de normas están diseñadas para prever ciertos resultados relevantes, lo cierto es que la utilización de enunciados factuales en el argumento, puede ser un mecanismo manipulable para reforzar el equilibrio de poderes en situación de emergencia. La correcta detección de tales elementos o mecanismos de argumentación normativa, por cierto, es tarea de las ‘razones justificatorias’ utilizadas, por ejemplo, para respaldar o desacreditar la correcta –o incorrecta– implementación de medidas de emergencia.

## II.2. Derecho Constitucional Comparado

Dado que existen previsiones normativas y prácticas atávicas involucradas en diversos sistemas constitucionales, es esencial distinguir entre “emergencias reguladas” y “emergencias no-reguladas” en el derecho constitucional comparado.<sup>29</sup> En unas y otras, con diverso vigor, es posible reconocer algunas ‘causales’ repetidas que precipitan la ampliación de poderes y/o restricción excepcional al goce de los derechos. A título

<sup>28</sup> En este punto, téngase presente lo dicho renglones arriba respecto a que la función del ‘bicondicional’ –a diferencia del ‘condicional’–, siempre impide la posibilidad de que pueda darse ‘q’ sin que previamente se haya dado ‘p’. Vale decir, si bien el antecedente precipita el consecuente en ambas funciones lógicas, en este caso, es contingentemente posible que se dé –como verdadero–, la existencia de ‘q’ aun sin que ‘p’ haya tenido lugar. Llevándolo al plano de la realidad, es imaginable que haya ‘superpoderes de emergencia’ aun cuando no se hayan configurado las condiciones de emergencia que legítimamente debieron habilitar ese ensanchamiento de competencias en el Poder Ejecutivo.

<sup>29</sup> GROSS, O., “*Constitutions and emergency regimes*”, pp 334-339, -edited by GINSBURG, Tom & DIXON, Rosalind, *Comparative Constitutional law*, Edward Elgar, 2011.

enumerativo se podrían identificar: a. emergencias político-institucionales por conmoción interna y conflictos sociales; b. emergencias económicas; c. emergencias producidas por catástrofes naturales –como podría ser la corriente pandemia-; d. emergencias por revolución o sedición; e. la guerra.

Pero volvamos mejor a la historia constitucional. Desde el punto de vista del ‘diseño constitucional’, entonces, en tiempos de la república romana, se creó el “*senatus consultus ultimus*” y, con ello, la institución excepcional de la ‘dictadura’. Ciertamente, la república desarrolló este instituto dentro de un esquema de ‘incentivos’ procedimentales ajenos a toda limitación sustantiva. El objetivo era sencillo.<sup>30</sup> Se trataba de mantener la integridad y la salud pública de la República. Y así, por medio de la unidad de mando -durante un tiempo limitado- se habilitaba al ‘dictador’ para que tomara todas las medidas excepcionales que fueran necesarias a tal fin. Concentrado el Poder; ‘*cerrando el puño*’, tal como lo destacaba el discurso a favor de la dictadura de Donoso Cortés, la idea romana no era otra que evitar el riesgo de un mal mayor, pagando el precio de un mal menor.<sup>31</sup> Sin que otras magistraturas fenecieran o fueran suspendidas, una vez que el dictador entraba en funciones por un plazo perentorio fatal de 6 meses -o cuando se vencía el mandato de alguno de los cónsules-, su actuación gozaba de total protección mientras durasen sus amplias y discrecionales facultades.

### II.2.1. Modelos regulados de emergencia

Un análisis comparado de las constituciones permite notar que existen diversos modos de regular la emergencia. Tal vez, con mayor propiedad, podría advertirse distintos grados de flexibilidad en las normas constitucionales que regulan la emergencia.<sup>32</sup> Existen muchos antecedentes desde

<sup>30</sup> Ver ROSENKRANTZ, Carlos, “*Emergencias Constitucionales en Argentina: Los Romanos (no los Jueces) tienen la razón*”, en RIBERI, Pablo –Coordinador-, *Fundamentos y Desafíos de la Teoría Constitucional Contemporánea*, 239-279, Rubinzal Culzoni, 2019. Asimismo, ROSENKRANTZ, Carlos, “*Constitutional Emergencies in Argentina: the romans (not the Judges) have the solution*”, in RIBERI, Pablo & LACHMAYER, Konrad, *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law*, pp-97-115, Nomos-Facultas, 2014.

<sup>31</sup> Ver CORTÉS, Donoso, “*La Dictadura*”, pp. 333-345, en AAVV, *Grandes Discursos*, Clásicos Jackson, T.19, Buenos Aires, 1948.

<sup>32</sup> Ver. DELLEDONNE, Giacomo, “*Crisis, Emergencies and Constitutional Change*”, en AAVV –edited by CONTIADES, Xenophon and FOTIADOU, Alkmene, *The Rout-*

tiempos pretéritos. Maquiavelo entendía que el instituto debía estar regulado *ex-ante* tal como sucedía en la república romana.<sup>33</sup> Identificando correctos incentivos, esta idea fue derivando luego en diversas soluciones y respuestas las cuales permitían regular, restringir o al menos prever en el tiempo y en el espacio cuál iba a ser el comportamiento del Estado durante una emergencia. De tal suerte, a título de ejemplo, se puede reconocer dentro del derecho constitucional comparado las siguientes previsiones y tipos de institutos: a. estado de sitio; b. el estado de sitio presidencial; c. el estado de prevención y alarma; d. estado de asamblea; e. estado de guerra interna; f. estado de guerra; g. suspensión del habeas corpus; h. ley marcial; i. facultades extraordinarias; j. Institutos varios de suspensión de garantías; k. Institutos de emergencia económica.<sup>34</sup>

El instituto más importante de emergencia: ‘el estado de sitio’, fue introducido por la ley del 10 de julio de 1791 en Francia. No huelga notar que antes del segundo imperio, durante la segunda república, el mismo fue intensamente utilizado por Louis-Napoleón Bonaparte. La ley del 9 de agosto de 1849 estableció la implementación del estado de sitio “*en caso de peligro inminente para la seguridad interna o externa del país*”.<sup>35</sup>

Pero más allá del derecho constitucional comparado es interesante explorar algunos eventos específicos de la historia más o menos reciente. Por ejemplo, no se deben soslayar las penurias que deparó la utilización del célebre art. 48.2 de la Constitución de Weimar. En efecto, esta norma concedía *ad-libitum* el ejercicio de potestades de emergencia al presidente quien tan solo debía informar al Bundestag alemán de su decisión de prevalerse de tales atribuciones. Esta circunstancia lamentable –marcada con la utilización descontrolada del instituto por más de 250 veces-, de algún modo, se distingue como parte de una precuela de hechos turbulentos

---

*ledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, p.245, Routledge, 2020.

<sup>33</sup> Aludiendo a la unidad de acción, Maquiavelo afirma con sagacidad: “[los ordenamientos habituales de las repúblicas tienen movimientos lentos, ... y, como para ponerse de acuerdo se necesita tiempo, los remedios son peligrosos cuando ellos tienen que resolver algo que no puede esperar. Entonces, las repúblicas deben poseer entre sus ordenamientos un medio semejante”. Ver. MAQUIAVELO, N, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, p. 138-139, Editorial Lozada, Buenos Aires, 2004.

<sup>34</sup> Cfr. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *Estado de Sitio*, p.36, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987

<sup>35</sup> Ver DELLEDONNE, Giacomo, “Crisis, Emergencies and Constitutional Change”, en AAVV –edited by CONTIADES, Xenophon and FOTIADOU, Alkmene, *The Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, p. 249, Routledge, 2020.

que terminaron auspiciando el advenimiento del nacionalsocialismo.<sup>36</sup> Y este ha sido además un ejemplo ineludible de legitimación *contra-lege*. Alemania, en ese proceso, dejó de ser una democracia parlamentaria para transformarse en una dictadura presidencial. Como la historia nos enseña, a partir de 1929, la parálisis del *Reichstag* durante la crisis política y económica que embargaba al país, fue la excusa que terminó normalizando la legislación de emergencia decretada por presidente Hindenburg.

Quizás, por estos registros, a contramano, resulta interesante recorrer la doctrina más reciente en materia de emergencia. Me refiero a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional Alemán luego de la sanción de la Norma Fundamental de Bonn. Dicha doctrina, coherentemente, ha expresado que las emergencias solo pueden ser declaradas para satisfacer un objetivo inequívoco.<sup>37</sup> Y éste no es otro que el de “*mantener o restituir la integridad de la normalidad del orden constitucional*”.<sup>38</sup>

Pero prestemos atención a otro antecedente interesante. En 1975, frente a una situación política convulsionada, a instancias de la primera ministro Indira Gandhi, el Parlamento de la república incorporó las enmiendas 38 y 39 a la Constitución de la India. En esas circunstancias, por un fallo de la Corte Suprema, la primer ministro se encontraba impedida de presentar su candidatura. No podía buscar su reelección. Sin embargo, habiéndose declarado el ‘estado de emergencia’, la primera de estas dos enmiendas estableció que todas las leyes y decisiones tomadas durante

<sup>36</sup> RIBERI, Pablo, “*Jeinseits von Weimar (Más allá de Weimar): El constitucionalismo moderno asediado*”, pp. 158-190, in –edited by SELEME Hugo–, *Instituciones Públicas y Moralidad Política*, Ediciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 2015.

<sup>37</sup> Es muy interesante el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Alemán en materia de emergencia. Por ejemplo, involucrando el art. 13 de la Norma Fundamental, tenemos el “*Traube case*”; un fallo donde estuvo involucrado un reconocido científico nuclear. También merecen atención los casos reconocidos como “*Stuttgart-Stammheim Prison*” o el caso “*Sleyer*” donde individuos acusados de actividades terroristas fueron sometidos a restricciones excepcionales de sus derechos con motivo de la emergencia. Ver BÖCKENFORDE, E. *Constitutional and Political Theory –selected writings–*, pp. 110-111, Oxford University Press, 2017

<sup>38</sup> Según Böckenforde, las notas básicas de la doctrina judicial indican: a. La emergencia es un mecanismo político-constitucional para mantener o restituir, precisamente, la normalidad constitucional. b. Su vigencia no puede reemplazar una ley y mucho menos la Constitución. c. Durante la emergencia, la regulación especial es apreciada bajo el rótulo de “medidas”. d. Las medidas tienen un tiempo limitado de vigencia. Ver BÖCKENFORDE, E. *Constitutional and Political Theory –selected writings–*, pp. 117-118, Oxford University Press, 2017.

la emergencia iban a estar exentas del examen de los tribunales. Como contrapartida –y esto es lo más interesante–, estos eventos fueron capitales en el desarrollo de la llamada “*basic structure doctrine*” –doctrina judicial sobre la estructura básica de la Constitución– elaborada por el Corte Suprema de ese país.<sup>39</sup>

Al igual que lo establecido por la reforma de 1949 en Argentina con la identificación de un ‘estado de alarma’ –art.34–, algunos países como Portugal o Alemania, diagraman un esquema gradual de alternativas para situaciones de emergencia. España, por ejemplo, ha introducido tres tipos diversos de emergencias, mientras que la Constitución de Brasil ha establecido como una alternativa atemperada al estado de sitio tradicional; una opción que denomina ‘estado de defensa’.<sup>40</sup> Para que esto último ocurra, es necesaria la declaración formal del presidente con el consentimiento de un consejo que le asiste.

Finalmente, corresponde destacar la propuesta política-procedimental defendida por Bruce Ackerman basada en el artículo 37 (2) de la Constitución de Sudáfrica. Desde el punto de vista del ‘constitucionalismo político’ y el pensamiento ‘republicano’, resulta muy interesante esta percepción de la ‘emergencia’ porque la misma racionaliza los mecanismos de declaración y continuidad de la emergencia en función del respaldo y de los controles democráticos incrementales que deben necesariamente ser alcanzados dentro del Poder Legislativo.<sup>41</sup> La llamada *escalating cascade of supermajorities*, propicia una proyección de consensos más gravosos para poder prolongar la emergencia en el tiempo. Tal regla, de manera inteligente, de paso, impone al oficialismo la necesidad de lograr el apoyo o el compromiso vigilante de las fuerzas opositoras en continuas e incrementales instancias de revisión de la emergencia.<sup>42</sup> Más adelante, volveré sobre este punto.

---

<sup>39</sup> ROZNAI, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of the Amendments Powers*, p. 45-46, Oxford University Press, 2017.

<sup>40</sup> A propósito del ‘estado de defensa’ en la Constitución del Brasil, ver LENZA, Pedro, *Direito Constitucional*, p.1 121, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2018.

<sup>41</sup> ACKERMAN, Bruce, “*The Emergency Constitution*”, 113 YLJ 1029, Yale Law Journal, March, 2004.

<sup>42</sup> Existen críticas interesantes a la postura de Ackerman. Por ejemplo, Dyzenhaus rechaza abiertamente su propuesta. Cfr. David Dyzenhaus, *Schmitt v Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order?* HERNANDEZ Paper submitted by the author to the IACL round table held in Córdoba On June 24/25 2005.

## II.2.2. Modelos no-regulados de emergencia

No todos los países han regulado las emergencias dentro de sus constituciones. Ni los Estados Unidos, ni Gran Bretaña, ni Suiza, ni Japón ni Bélgica, por caso, han dispuesto normas que identifiquen competencias extraordinarias o restricciones específicas a la libertad en virtud de una declaración de emergencia. Hay asimismo antecedentes curiosos. El caso de la constitución Suiza o el caso de la constitución del Reino Unido, por ejemplo. En el caso de Suiza, los antecedentes indican que toda declaración emergencia ha estado asociada al llamado “estado de sobrevivencia”. Y claro, en virtud de este registro, los decretos de emergencia, han venido siendo convalidados por una larga tradición de prácticas políticas específicas. Prácticas que son compatibles con una adecuada cultura política de negociación y acuerdos. Porque claro, no hay regulación constitucional, pero sí se advierte un *ethos* constitucional tributario de altos consensos políticos a la hora de reconocer y administrar tales medidas; las cuales –mientras estén sostenidos por esos consensos imprescindibles-, no son susceptibles de revisión judicial.<sup>43</sup>

¿Qué pasa en el Reino Unido? Pues bien, el régimen constitucional de Gran Bretaña ha admitido la suspensión del Habeas Corpus. En este sentido, cabe recordar que esta garantía fue por primera vez reconocida en 1640, aunque quedó definitivamente establecida dentro del orden constitucional británico durante el reinado de Carlos II por medio de la ‘Habeas Corpus Act’ de 1679. Asimismo, luego de la revolución de 1688 –donde Jacobo II pierde el trono-, debe destacarse la creación de la ‘Mutiny Act’ prevista para contener situaciones de rebelión. Esta norma tiene sanción en 1689; justamente en el mismo año en que se promulga el ‘Bill of Rights’. En ambos casos, son normas impuestas por el Parlamento al nuevo rey Guillermo de Orange. La primera norma aludida guarda especial interés porque en tanto Ley del Parlamento, la misma persigue restringir la aplicación discrecional de la ‘Ley marcial’ por parte del monarca. Por último, sin una restricción material específica, no huelga tener presente que desde 2006 –con la *Legislative and Regulatory Rreform Act*-, en temas que involucran potenciales emergencias, el Parlamento ha delegado en el gobierno la potestad de modificar legislación sin necesidad de inmediata convalidación de su contenido.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> BÖCKERNFORDE, *Constitutional and Political Theory –selected writings-*, pp124-125, Oxford University Press, 2017.

<sup>44</sup> Ver, ELLIOT, C. & QUINN, F, *English Legal System*, p.80, Pearson, 2010.

La tradición constitucional de este país, de todos modos, propone que el análisis de la emergencia debe estar inscripto en una matriz donde se ven combinados las reglas y principios constitucionales provenientes de tres fuentes complementarias y diversas. En primer lugar, aquellos derivados de la ‘soberanía del Parlamento’.<sup>45</sup> En segundo lugar, los que se desprenden a partir del reconocimiento concreto de las ‘prerrogativas del gobierno’. Por último, los principios del ‘*common law*’.<sup>46</sup> Y así, todo junto, componiendo un universo integrado de principios y tradiciones atávicas que la práctica constitucional ha consolidado, es que –sin que hubiere regulación única y específica–, las medidas de emergencias restrictivas de derechos y garantías, también han sido admitidas en historia política-constitucional de Gran Bretaña.<sup>47</sup>

#### II.2.2.1 ‘Departamentalismo’: notas relevantes en los Estados Unidos

Existe una confusión recurrente respecto a dos ideas rectoras que han distinguido el diseño constitucional de los Estados Unidos. Sin duda y, en primer término, el modelo norteamericano, se erige sobre un modelo con clara separación de los Poderes del Estado. De todos modos y, en segundo lugar, es también evidente que la idea de ‘pesos y contrapesos’, ha sido y sigue siendo un criterio práctico instalado para resolver situaciones donde las competencias o la actividad de cada una de las ramas de gobierno se

---

<sup>45</sup> La teoría constitucional que fundamenta y explica la ‘Supremacía del Parlamento’ resultó ser una instancia incidental a los avatares políticos que consolidaron una progresiva restricción a los poderes del monarca. Desde la sanción de la Magna Carta (1215) a la fecha, esta tendencia fue jalonándose con leyes y prácticas constitucionales que refuerzan el sentido colectivo de la libertad en las islas británicas. Y en este sentido, fue la obra de Albert Dicey: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, la obra capital que durante el siglo XIX, terminó dotando de fundamentos teóricos a esta consolidada trayectoria política-constitucional.

<sup>46</sup> Más allá de ello, cabe resaltar que a partir de la sanción de la Human Rights Act (1998) se verifica un punto de encuentro entre algunas posturas políticas más europeizantes del país que intentan mancomunar esfuerzos con las posiciones más liberales -de cuño legalista-. Esta tendencia se opone a la tradición más republicanas que tienen lazos históricos con el llamado constitucionalismo político. Y naturalmente, el Brexit extrema la cautela respecto a los sistemas europeos de protección en materia de derechos humanos. Cfr. GYORFI, Tamas, *Agasint the New Constitutionalism*, pp. 1-41, Edward Elgar Publishing, 2016.

<sup>47</sup> Ver BÖCKERFORDE, *Constitutional and Political Theory –selected writings–*, pp121-123, Oxford University Press, 2017

solapa o tienen contacto con las restantes.<sup>48</sup> Un ejemplo plausible, nos lo da la Gramm-Rudman-Hollings Act, la cual, ‘políticamente’, fue sancionada para reducir en varios ejercicios presupuestarios el déficit del gobierno de los Estados Unidos.<sup>49</sup> Según acreditan los hechos, entonces, puede comprenderse, que es un enunciado falso aquel que sostiene que la Corte Suprema tiene competencia exclusiva para resolver los conflictos entre poderes. La historia constitucional de los Estados Unidos, en este sentido, muestra cómo todos los poderes interactúan y, a menudo, la Suprema Corte de Justicia solo tiene un papel más que limitado en la resolución de tales disputas.<sup>50</sup>

Pero volvamos a la emergencia. Receptando los antecedentes británicos, amén de admitir la posibilidad de enviar la milicia, la constitución de los Estados Unidos en su art. I secciones 8 y 9, sólo ha previsto la posibilidad excepcional de suspender la garantía del habeas corpus. La potencial alteración de la ecuación entre Poder y Libertad por defecto de una emergencia, entonces, se ve tratada con sumo laconismo en el texto constitucional de ese país. Más adelante exploraremos algunas interesantes notas del *case-law* estadounidense en situación tan extrema como puede ser la guerra. Aquí es interesante prestar debida atención al valor político-institucional del llamado ‘departamentalismo’. Preliminarmente, empero, vale la pena advertir cómo la mínima de regulación no ha sido obstáculo para que en varias oportunidades los tribunales y la Corte Suprema de ese país hayan desarrollado una sólida mirada crítica-normativa para evaluar la constitucionalidad de medidas involucradas por imperio de la ‘necesidad’.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> Ver FISHER, Louis & DEVINS, Neal *Political Dynamics of Constitutional Law*, p.195 y ss, West Academic, 2019.

<sup>49</sup> Aludo concretamente a la ‘Gramm–Rudman–Hollings Balanced Budget and Emergency Deficit Control Act of 1985’ y la ‘Balanced Budget and Emergency Deficit Control Reaffirmation Act of 1987’. Esta legislación surgida en el Senado, concedió al ‘comptroller general’ –un funcionario legislativo–, la capacidad de seguir y vigilar la implementación de las reducciones al déficit.

<sup>50</sup> Por ejemplo, en *United States v Nixon* -418 US 683 (1974)-, a propósito del caso ‘watergate’ o *INS v Chada* – 462 US 919 (1983)-. Más allá de la renuncia de Nixon, en el primer caso, quedó claro que el presidente tiene la prerrogativa de reservar documentos aun ante la petición de los otros Poderes. En el segundo caso, la Suprema Corte de los Estados Unidos analiza el veto legislativo conforme el art I de la Constitución de los Estados Unidos con relación a la actividad de las agencias gubernamentales. Es interesante notar que, especialmente a partir de este caso, el congreso se esfuerza por afirmar el control parlamentario sobre las agencias dirigidas por el Poder Ejecutivo.

<sup>51</sup> Al respecto, se puede citar por ejemplo, la coherente visión normativa de la interpretación constitucional practicada por el Justice Jackson en sus célebres opiniones en



En mi opinión, es revelador notar como en los Estados Unidos, la actividad de los tres poderes del Estado, supo en conjunto sortear conflictos de índole constitucional con motivo de las emergencias. En este sentido, por ejemplo, es interesante recordar el fallo ‘*Ex parte Milligan*’. Se trata de un caso donde el nombrado –habiéndose sido condenado a muerte–, decide desafiar por medio de un Habeas Corpus, la sentencia de un tribunal militar que había sido habilitado por Lincoln durante la guerra civil.<sup>52</sup> Aquí, claramente, puede apreciarse la dimensión política y constitucional del conflicto. La discrepancia entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de los Estados Unidos se manifiesta sobre el rechazo de esta última a aceptar la constitucionalidad de las sucesivas suspensiones del Habeas Corpus decididas por el primero. Como subrayara Rossiter: ... “*al final de cuentas, solo se trataba de lo siguiente: Taney como presidente de la Corte Suprema estaba ansioso por preservar la obediencia a la Constitución mientras que Lincoln lo estaba en preservar la unión del país*”.<sup>53</sup>

Sea como fuere, ha sido una cautela interpretativa consolidada desde los tiempos del Juez Marshall, la de tomar conciencia sobre la naturaleza del conflicto bajo análisis. Como dijera el nombrado en el famoso caso *McCulloch v Maryland*: no hay que perder de vista “*cuando es la Constitución lo que se está interpretando*”. Luego, en tal hipótesis, la latitud de los poderes del Congreso de los Estados Unidos, se convierte en un interrogante que ni los jueces ni el presidente ni el mismo Congreso pueden determinar en soledad.<sup>54</sup>

De manera que, estas ideas, de algún modo, han servido de cimiento para posteriores desarrollos doctrinarios vinculados con el llamado ‘departamentalismo’.<sup>55</sup> Si esto fuera correctamente comprendido, es enton-

---

disidencia en *Korematsu v. United States* -323 U.S.: 214, 1944- y en concurrencia en *Youngstown Sheet & Tube v Sawyer* -343 U.S. 579, 1952-. Más adelante profundizaré sobre estos dos antecedentes.

<sup>52</sup> Ver *Ex parte Milligan*, 4 Wallace (71 U.S.) 2; 18 L.Ed. 281 (1866). Cabe aquí notar otro antecedente importante. Producido un conflicto de poderes entre el Presidente y la Corte Suprema durante la guerra de secesión, a propósito del caso ‘*Merryman*’, una ley del Congreso de 1862 vino a respaldar la suspensión del Habeas Corpus en todo el territorio.

<sup>53</sup> Ver ROSSITER, Clinton, *The Supreme Court and the Commander in Chief*, p.25, Cornell University Press, 1976.

<sup>54</sup> Ver *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819)..

<sup>55</sup> A propósito del ‘departamentalismo’ y su vínculo con el constitucionalismo político y popular es interesante revisar el libro seminal de Kramer. Ver, KRAMER, Larry, *The*

ces posible también advertir cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en casos muy variados –en tiempos de normalidad como en emergencias-, intentó criteriosamente evitar lesionar el principio de equilibrio de poderes.<sup>56</sup> En otras palabras, una mirada comprometida con los principios republicanos y democráticos –asociada al ‘departamentalismo’ y/o sensible al constitucionalismo político-, le interesa que aun en emergencia, la actuación del Congreso tenga cierta eminencia respecto al resto de los poderes superiores del Estado. Vale decir, que el Poder más ‘político’ del Estado no deba encontrarse subordinado a la retórica monológica de control y/o adjudicación los jueces ni mucho menos a los instintos de necesidad que siempre reclaman los ejecutivos.<sup>57</sup>

Por último, algo importante para subrayar en materias de protección de derechos en tiempos de emergencia. En la mayoría del *case-law* producido por la Suprema Corte de los Estados Unidos es factible advertir cómo ha sido a invocación del ‘debido proceso sustantivo’ y la ‘igualdad ante la ley’ las avenidas principales por donde el análisis de constitucionalidad de las medidas impugnadas rindió sus mejores frutos.<sup>58</sup> Más allá de ello, el co-

---

*People Themselves*, pp.104-111, Oxford University Press, 2004.

<sup>56</sup> El registro de casos tiene impacto tanto respecto al concepto de ‘equilibrio de poderes’ como respecto a aspectos privados afectado como consecuencia de la intervención del Estado en materia de seguridad. Tanto durante la crisis desatada durante el conflicto con Irán en el año 1979, como la que tuvo lugar luego del 11 de septiembre de 2011, por caso, trajeron consigo la decidida intervención del Presidente –vgr: con la firma de la Executive Order 12170-. Vale la pena notar que cuando se sancionó legislación antiterrorista –la ‘US Patriot Act’- hubo ciertamente varios conflictos en materia de derechos fundamentales que terminaron siendo resueltos en la Corte Suprema de Justicia de los EEUU. Por citar solo algunos casos, con relación a lo primero, es interesante el reparar en ‘Dames & Moore v. Regan’ -453 U.S. 654 (1981)-. Con relación a lo segundo destaco ‘Hamdan v Runsfeld’ -548 U.S. 557 (2006)-.

<sup>57</sup> DEVINS, N & FISHER, L, *The Democratic Constitution*, pp. 103 y ss, Oxford University Press, 2004.

<sup>58</sup> Este repertorio de jurisprudencia es muy importante. A guisa de ejemplo, apuntando un cambio de paradigma en materia de intervención estatal, es posible encontrar casos muy interesantes. En materia de emergencia y/o involucrando la protección de la libertad de contratación y de comercio, se puede reparar el cambio de temperamento de la Suprema Corte de Justicia de los EEUU en ‘Nebbia’ con relación a ‘Lockner’. Solo para citar algunos casos interesantes, conviene repasar otra ruptura relevante en la jurisprudencia en ‘West Coast v Parish’ -1937- respecto a ‘Schechter Poultry Corp v USA’ -1935-. Apelando a la emergencia, en esta última sentencia, invocando la ‘cláusula para el comercio’, la Corte Suprema de los Estados Unidos opta por la ‘doctrina de la no-delegación’ para invalidar regulaciones del Poder Ejecutivo con relación a la industria avícola. Sin duda, esta fue una decisión unánime que legitimó la Ley Nacio-

recto funcionamiento de todos los poderes –un eficiente comportamiento sala de máquinas de la Constitución-, sin dudas, es la mejor garantía para que la emergencia no se transforme en un pasaporte para menoscabar la libertad de las personas.

### III. La regulación de las emergencias en el orden constitucional argentino

El orden constitucional argentino, regula la emergencia en diversos institutos. Por ejemplo, la declaración de guerra –art.: 75 inc. 25- y el estado de sitio (arts. 23, 75 inc 29, 99 inc. 16). A mi juicio, junto a la excepcional habilitación de ‘decretos de necesidad y urgencia’, DNU (art. 99 inc.3), estos son las provisiones básicas en la materia. La Constitución contempla la posibilidad de que el Presidente dicte decretos de necesidad y urgencia –DNU- y que pueda asumir competencias de legislación por medio de decretos delegados –art. 76-; sin soslayar que, en ejercicio de sus facultades, por vía legislativa, el Congreso también pueda concederle otros poderes adicionales de emergencia.<sup>59</sup> Por último, en las condiciones establecidas, con relación a las crisis que podrían desatarse a nivel subnacional, la Constitución regula la posibilidad de que el Congreso decida la intervención federal en las provincias –art. 6, 75 in. 31 y 99 inc. 20-.<sup>60</sup>

Sea como fuere en países como la Argentina, desde un punto de vista de la argumentación jurídica, “*la fuerza normativa de lo fáctico*”, “*la habilitación constitucional*”, el “*fait accompli*”, de tal suerte, han sido subterfugios retóricos que han servido para el vaciamiento de todo contenido normativo a los derechos que fueron históricamente menoscabados durante un largo registro de emergencias. No hay razones para pensar que la Pandemia del COVID-19 no vaya a dejarnos una lección muy distinta.<sup>61</sup>

---

nal de Recuperación Industrial de 1933 (NIRA), como un componente principal que el New Deal dispuso para la recuperación de la economía del país.

<sup>59</sup> Analizando el arsenal de respuestas institucionales y mecanismos constitucionales a la mano, son muy interesantes las reflexiones crítico- teóricas que, en un texto todavía en desarrollo, ensaya Ignacio Colombo Murúa. Ver, COLOMBO MURÚA, Ignacio, *Dinámica Fáctica y Normativa de los Momentos de la Emergencia*.

<sup>60</sup> SOLA, Juan Vicente, *Intervención Federal en las Provincias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.

<sup>61</sup> Ver GARGARELLA, R & ROA-ROA, J, *Diálogo Democrático y Emergencia en América Latina*, MPIL Research Paper No 2020-21.

Argentina ha sufrido incontables emergencias políticas en su historia. Más allá de los golpes de estado, cabe recordar también la prolífica sucesión de emergencias económicas. Por ejemplo, durante el siglo XX, de diversas maneras, las normas de emergencia económicas fueron sancionadas para alterar el principio de libertad contractual o el principio de irretroactividad de la ley. Por caso, en ejercicio del llamado ‘poder de policía extraordinario’, las mismas fueron utilizadas para limitar agresivamente el derecho de propiedad.<sup>62</sup> Naturalmente, hubo fallos que convalidaron el congelamiento o prórroga de los contratos de locación. Otros, avalaron recortes a las tasas de intereses, forzaron el ahorro o confirmaron prórrogas a los contratos hipotecarios. Y hasta hubo algunos que admitieron las facultades del PEN para cambiar algunos depósitos bancarios por títulos de la deuda pública o para legalizar la llamada pesificación asimétrica de los depósitos en moneda extranjera.<sup>63</sup>

Es importante advertir que, a partir de la reforma de 1860, nuestro texto constitucional sabiamente quitó la regla del viejo inciso 20 del art.83 –luego 86, hoy 99 CN-. La mencionada regla consagraba el llamado ‘estado de sitio presidencial’ que habilitaba –con ciertas condiciones- dicha atribución al Poder Ejecutivo. A pesar de ello, la historia constitucional –sin detenernos en los golpes de estado-, no pudo evitar que el abuso en las intervenciones federales terminara degradando no solo al mismo federalismo sino también al equilibrio de poderes entre los órganos del Estado Federal. Sin soslayar que esta práctica cesarista a menudo supo estar acompañada

---

<sup>62</sup> En este renglón, para citar solo algunas valiosas reflexiones, considero muy reveladores los aportes doctrinarios de algunos textos en particular. Por caso, ver: ELÍAS, José S, *Constitutional Changes, Transitional Justice and Legitimacy: The Life and Death of Argentine “Amnesty” Laws*, 31 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 587 (2008). Asimismo, AAVV –editado por HERNÁNDEZ, Antonio M., *Constitutionalism in Times of Emergencies*, Advocatus, Córdoba, 2007. Un trabajo comprensivo sobre Estado de Sitio, sin duda es el texto de Gregorini Clusellas. Asimismo, ver GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo, *Estado de Sitio*, p.36, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987

<sup>63</sup> Ver: “Ercolano c. Lantieri” (Fallos: 136:131); “Horta c. Harguindeguy” (Fallos: 137:47, 1922); “Cine Callao” (Fallos: 247:121, 1960); “Mango c. Traba” (Fallos: 144:219, 1925); “Avico c. De la Pesa” (Fallos: 172:21); “Prattico Carmelo y otros c. Basso y Cía” (Fallos: 246:345); “Peralta, Luis c. Estado Nacional” (“L.L.”, 1991-C, p140) por citar algunos ejemplos emblemáticos.

de la declaración de concomitantes de ‘estado de sitio’ con la consiguiente suspensión de derechos.<sup>64</sup>

Desde 1930 -con muchos juristas respaldando algunos de estos brulotes-, nuestra Corte Suprema ha venido convalidando una peligrosa relación de directa proporcionalidad entre la irregular ‘expansión’ de atribuciones de emergencia para el PEN con una refleja ‘merma’ –o precarización- de los derechos de las personas. Esta lógica puede sintetizarse de la siguiente manera: a mayor gravedad y necesidad, mayores poderes concentrados y menores garantías constitucionales para los ciudadanos. Lamentablemente -y aun en democracia-, esta impostura ha sobrevivido –y de tanto en tanto se agudiza-, por medio de una miscelánea de argumentos que merecen detenido un pormenorizado análisis.

Por ejemplo, nuestra Corte Suprema de Justicia, en el caso “Bustos”, en uno de sus votos, parece inclinarse a favor de una tesis extrema de habilitación por defecto de la simple ‘necesidad’.<sup>65</sup> El contenido de este razonamiento, en mi criterio, expone plausiblemente la falta de una imprescindible teoría de la emergencia que, tal lo argumentado, robustecería límites sensatos contra el ejercicio abusivo de los poderes durante el curso de la misma. La preocupante conclusión que dicha lectura propicia, sucintamente, puede resumirse con las palabras de Karl English. Estas son: cuando hay emergencia, “[t]odo derecho -sea o no un derecho fundamental- es, de acuerdo a su propio concepto, revocable”.<sup>66</sup> Está claro que, por su rotundez, dicha afirmación es disputable no solo por parte de la filosofía liberal sino también lo es desde el punto de vista del republicanismo.

Ahora bien, sumado a las malas prácticas, justo es decirlo, el orden constitucional argentino presenta varias debilidades estructurales. Por caso, se advierten algunas vacilaciones en el diseño constitucional y hay un claro déficit en la regulación normativa que colabora con la distorsión del modelo de separación de poderes. La deficiente reglamentación del funcio-

---

<sup>64</sup> La reforma de 1994 trajo mayor claridad al respecto (art.75 inc 31 y 99 inc.20). De todos modos, por interpretación extensiva del viejo art. 67 inc.28; en tanto titular de todos los poderes concedidos por la Constitución al ‘gobierno federal’, la ‘intervención federal’ ya era con anterioridad una competencia exclusiva del Congreso. Con la excepción de que éste se encontrase en receso, ésta siempre fue una atribución del Congreso.

<sup>65</sup> CSJN 26/10/2004 “Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”, especialmente el voto de los Ministros Maqueda y Belluscio.

<sup>66</sup> ENGLISH, Karl, *El Ámbito de lo no Jurídico*, p.16, Ediciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1960

namiento de la comisión bicameral permanente (Ley 26122), por ejemplo, es causa eficiente de la proliferación de los DNU que no cumplen con el umbral de constitucionalidad exigido por nuestra Carta Magna. Recuérdese que ésta, entre sus principales funciones, debiera supervisar la regularidad formal y material de las facultades co-legislativas del PEN (art. 99 inc. 3 y art. 76 CN). En estos momentos, esta deficiente reglamentación, sin duda, constituye una pesada rémora que no debemos soslayar. Los inevitables problemas de coordinación que la mayoría de los sistemas presidenciales exhiben junto a estos zafarranchos legislativos, en mi opinión, constituyen el talón de Aquiles de un sistema político desequilibrado y sin controles idóneos. Más adelante, abundaré sobre este tópico.<sup>67</sup>

Un último aspecto a tener en cuenta. Con relación al control de razonabilidad en materia de emergencia económica, nuestra Corte Suprema de Justicia ha tenido algunos aciertos. Por caso, se advierte un esfuerzo por delinear una teoría –o al menos un estándar de admisibilidad– por medio de la réplica de un precedente de la doctrina judicial de Suprema Corte de los EEUU. Este es un detalle importante. Estoy aludiendo al famoso caso “Home Building Loan Assn v. Blaisdell”.<sup>68</sup> En dicho fallo, el máximo tribunal norteamericano convalidó legislación extraordinaria que permitía modificar acuerdos contractuales en materia de hipotecas inmobiliarias. Dicha jurisprudencia precisó condiciones que luego fueron correctamente asimiladas por nuestro máximo tribunal. Al menos, esa fue la lectura del Juez Fayt en el caso ‘Provincia de San Luis v Estado Nacional’.<sup>69</sup> En la especie, aludiendo al famoso caso citado renglones arriba, Fayt se hace eco de un estándar o un umbral de constitucionalidad integrado por cinco condiciones muy similar al decisorio del caso ya citado.<sup>70</sup>

En resumen, siguiendo el test de admisibilidad para la legislación de emergencia, es conveniente sintetizar los siguientes requisitos: (1) existencia de una emergencia donde se advierta necesidad real y grave; (2) la norma sancionada debe ser diseñada para proteger a la sociedad en su conjunto. No para beneficiar solo a un sector de la sociedad en detrimento de

---

<sup>67</sup> Cfr. RIBERI, Pablo, “*El presidencialismo exánime. Por más cooperación y mejores controles en nuestro sistema político*”, en AAVV., ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Constitución de la nación argentina, con motivo del sesquicentenario de su sanción*, Tomo II, ps. 291-315, (Rubinzal Culzoni, 2003)

<sup>68</sup> 290 U.S. 398 (1934)

<sup>69</sup> CSJN. Fallos 326:417 ( 5/03/03).

<sup>70</sup> 290 U.S. 398 (1934)

otro<sup>71</sup>; (3) debe haber razonabilidad reglamentaria. Vale decir, los medios dispuestos y las condiciones impuestas deben estar trazados en función del fin legítimo reconocido; (4) evitando sobre-inclusiones o sub-inclusiones de categoría de sujetos, el remedio constitucional debe verse estrechamente ajustado, de acuerdo a lo que la doctrina constitucional comparada llama ‘intervención mínima’ o ‘menor restricción posible’<sup>72</sup>; (5) las medidas y por ende las restricciones excepcionales a los derechos deben ser transitorias.<sup>73</sup>

Finalmente, cabe advertir otro aspecto de suma importancia. Dado que Argentina forma parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, los ciudadanos -y habitantes en general- cuentan con un modelo bidimensional de instituciones y garantías donde, en las condiciones procesales establecidas, todos los habitantes pueden encontrar remedios contra las emergencias que pudieran estar también lacerando derechos y libertades consagradas en la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>74</sup> El art. 27 de la CIDH o PSJCR; instrumento éste que goza de

---

<sup>71</sup> Más allá de que la reforma de 1994 admite la existencia de medidas de acción positiva, la Constitución Argentina, solo las permite para grupos de personas desaventajadas. Por ejemplo, para ancianos o personas con discapacidad (art. 75 inc. 23, Const. Nac.). Asimismo, en esta inteligencia, es conveniente repasar también los tratados de derechos humanos. Vgr: art. 12. PIDESC y 4 PICP. Muy particularmente, el art. 27 CIDH o PSJCR.

<sup>72</sup> Es oportuno notar que la exigencia de la ‘proporcionalidad’ respecto a las restricciones de los derechos es un elemento exigido por la Corte Interamericana en una consolidada Jurisprudencia. Vgr: Herrera Ulloa v. Costa Rica (sentencia del 2 de julio de 2004).

<sup>73</sup> En el apartado 29 de su voto –en mayoría–, en el fallo “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, citando a Hughes, Fayt rescata cuatro de las cinco características establecidas en el fallo de la Suprema Corte de los EEUU antes aludido. Escribe Fayt que para que la emergencia supere el test de constitucionalidad es necesario: 1) “*que exista una situación de emergencia que imponga al Estado el deber de amparar los intereses vitales de la comunidad*; 2) *que la ley tenga como finalidad legítima, la de proteger los intereses generales de la sociedad y no a determinados individuos*; 3) *que la moratoria sea razonable, acordando un alivio justificado por las circunstancias*; 4) *que su duración sea temporal y limitada al plazo indispensable para que desaparezcan las causas que hicieron necesaria la moratoria*”.

<sup>74</sup> A propósito de situaciones extraordinarias, con precisas condiciones, es dable tener presente el contenido del art. 27 de la CIDH o PSCR. En tres parte este prescribe: *en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color,*

Supremacía y máxima jerarquía constitucional (art. 31 y 75 inc. 22 CN), establece claros límites normativos a la sobre-regulación de derechos con motivos de situaciones de emergencia.<sup>75</sup>

### *III.1. Las normas de emergencias y el COVID-19 en Argentina*

La actual pandemia está dejando consecuencias devastadoras en términos económicos y sociales. La irresponsabilidad de algunos y la falta de inversión e infraestructura han colocado a muchos sistemas sanitarios regionales en riesgo de colapso. A contramano de ello, me atrevo a decir que estamos también cursando un proceso regresivo de ‘feudalización’ del territorio nacional. Como presagiara agudamente Minc, pareciera que en

---

*sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. 3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión. Amén del referido art. 27, por otro lado, el art. 30 de la CIDH o PSJC advierte que es aceptable la existencia de limitaciones y restricciones a los toda restricción a los derechos consagrados en la convención; solo sí y solo si: a. (se trata-se) de restricciones expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a “razones de interés general” y no se aparten del “propósito para el cual han sido establecidas”. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.*

<sup>75</sup> Es necesario notar que formando parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la Argentina tiene obligaciones internacionales que respetar. En este sentido, amén de la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana, sería oportuno que las autoridades nacionales, provinciales y municipales, por caso, cumplan con las recomendaciones específicas en materia de ‘Pandemia y Derechos Humanos’ que, por medio de la Resolución nro. 1 de fecha 10/04/2020 fueron establecidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.



muchas partes del planeta estaríamos asistiendo a fenómenos semejantes a aquellos sucedidos durante la Edad Media.<sup>76</sup> Un proceso donde, por ejemplo, las provincias cierran fronteras y se estigmatizan a quienes son transmisores de la enfermedad. Como en tiempos de la ‘peste negra’, se percibe un sentimiento primitivo de temor y rechazo irracional que va expandiéndose en diversos rincones del país. Principalmente, hacia quienes vienen de otros lados.<sup>77</sup>

Por otro lado, estamos asistiendo una época signada por la ‘bio-política’; un tiempo marcado por la utilización de mecanismos muy sofisticados de disciplinamiento social. Si Holmes alguna vez nos invitó a pensar el “costo de los derechos”, por otro lado, no es sencillo predecir cuál va a ser la cuenta final que van arrojar las decisiones correctas, mediocres y malas que se estén tomando en este momento.<sup>78</sup> Lo que sí estamos en condiciones de saber en Argentina es que las equivocaciones presentes de las autoridades políticas y sanitarias, difícilmente puedan ser corregidas por los mecanismos institucionales que, en tiempo oportuno, debieran haber respetado condiciones de deliberación e independencia de poderes. Desde mi punto de vista, este es un argumento central que este texto desea enfatizar.

El abuso de la actividad legislativa excepcional del PEN, en primer lugar, tuvo lugar mientras el Congreso de la Nación se encontraba paralizado y los tribunales federales y provinciales tenían sus actividades mayormente suspendidas. En ese contexto, sin embargo, el citado el DNU 297/20 -que estableció un *Aislamiento Social Preventivo Obligatorio (ASPO)*-, desde mi punto de vista, supera un examen de constitucionalidad. La cuestión, de todos modos, no es sencilla.<sup>79</sup> Y no lo es porque dicho DNU que tenía un alcance temporal limitado hasta el 31/03/20, ha tenido sucesivas prórrogas.

---

<sup>76</sup> MINC, Alain, *Le Nouvelle Moyen Âge*, pp.68 y ss, Éditions Gallimard, Paris, 1993.

<sup>77</sup> Se intentaron establecer restricciones ambulatorias para quienes tienen más de 70 años en la CABA, por ejemplo, sin mencionar las medidas que deshumanizan la situación de enfermos terminales y familiares de fallecidos. Asimismo, algunos gobernadores decidieron unilateralmente el corte de rutas y caminos interprovinciales. Ver, HERNANDEZ, Antonio, “*Las Emergencias por COVID-19 en Argentina*”, in –edited by GONZALEZ, Nuria & VALADES, Diego-, *Emergencia Sanitaria por COVID-19 – Derecho Comparado-*, pp. 23-39, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020.

<sup>78</sup> HOLMES, S & SUNSTEIN, C., *The Costs of Rights*, pp. 49-ss, W.W. Norton & Co, NY, 2009.

<sup>79</sup> Personalmente comparto esta postura con varios especialistas en la materia. De entre quienes entienden que no es factible el ASPO sin “estado de sitio”, destaco la opinión de Ricardo Ramírez Calvo.

Y, porque dichas prórrogas han sido decididas por el PEN en soledad; sin mencionar que un concierto de legislación de emergencia complementaria también se ha sumado sin deliberación ni acuerdo parlamentario alguno. Lamentablemente, la parálisis del Congreso y la poca actividad de los Jueces hacen que este expansivo cuadro normativo de emergencia se encuentre bajo sospecha.

En este punto, hay algo interesante que merece ser debatido. Si bien algunos autores entienden que las restricciones a la libertad ambulatoria -entre otros derechos afectados- hubiera necesitado la declaración del Estado de Sitio, mi opinión, empero, es que ello no era necesario. Por un principio constitucional elemental, el cual indica que hay que utilizar el mecanismo de menor impacto sobre los derechos y la libertad, por un lado. Y por el otro, dado que no se habría configurado el requisito de la ‘conmoción interior’ que exige la regla constitucional del art. 23, es pleno, entonces, que el recurso del DNU fue preliminarmente correcto. Más allá de ello, insisto, la derivada legislación de emergencia, siguió luego precipitando un concierto de medidas cuya ‘necesidad’ y ‘urgencia’, en muchos casos, no conforma la matriz de admisibilidad que está establecida en el art. 99 inc. 3 de la CN.

Lo cierto es que, siguiendo las amplias facultades previstas por la ley 27.541 (*Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública*), promulgada el 20 de diciembre de 2019 -con anterioridad a la pandemia-, el país se ha ido sumergiendo en un festival olímpico de decretos emanados del Poder Ejecutivo. Sobre todo, esta tendencia se pronunció a partir de la reglamentación del llamado distanciamiento social obligatorio (ASPO). A comienzos del mes de julio ya se habían dictado más de 40 decretos de necesidad y urgencia (DNU) y otros 12 decretos delegados (DD).<sup>80</sup> Más allá de la razonabilidad y legitimidad de las primeras medias sanitarias, de a poco, la verdad es que el presidente se ha ido transformando en una suerte de ‘croupier’ que reparte unilateralmente beneficios y cargas entre toda la población.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> Ver: <http://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1454>. Asimismo, ver el sitio [chequeado.com](http://chequeado.com), al 16 de junio el PEN había hecho 44 DNU. Ver el sitio aludido: <https://chequeado.com/ultimas-noticias/pro-en-estos-6-meses-fernandez-publico-44-dnu-un-promedio-de-733-5-veces-mas-que-macri/>

<sup>81</sup> A propósito de esta situación, son interesantes las reflexiones de Posner y Vermeule. Ver, POSNER, R. & VERMEULE, A., “*Tryrannophobia*”, pp.333 y ss, in –Edited by GINSBURG, Tom, *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, 2012

Resulta importante notar que, en la emergencia, los órganos del Estado pueden llegar a ampliar sus poderes. De todos modos, para hacerlo, es necesario que, en la producción de normas, medidas y acciones, de algún modo, queden todas objetivizadas y comprendidas dentro del ‘telos’ constitucional que justifica esa nueva –y transitoria- ecuación establecida entre Poder y Libertad. Naturalmente también, esa identificación debe necesariamente ser compatible con otros valores y fines de la Constitución. El disfrute de los derechos y garantías de las personas dentro del orden constitucional argentino está modelado por condiciones legales e interpretativas que regulan y habilitan la implementación y vigencia del preámbulo, por ejemplo. Luego, amén del enervamiento de derechos, el ejercicio del poder de ‘policía extraordinario’ en situación de emergencia, en su inteligencia, solo permite una regulación (más) restrictiva y transitoria de los derechos a la que era corriente en situación de normalidad (arts. 14 y 28 CN).

Frente a esta nueva situación, la invocación de la violación del debido proceso o la desigualdad ante la ley, suelen ser los recursos retóricos repetidos por medio de los cuales se cuestiona la inconstitucionalidad de algunas medidas.<sup>82</sup> Si en condiciones de normalidad los principios de legalidad y razonabilidad operan como límites permanentes al ejercicio de los derechos constitucionales, está claro, en situación de emergencia, tales límites han corrido sus fronteras. Producido el reconocimiento de la emergencia, de tal suerte, el acrecentamiento y/o concentración de los poderes en el Poder Ejecutivo, solo pueden sustanciarse en tanto y en cuanto los derechos y las garantías de las personas, no corran riesgo de extinguirse.

Por otro lado, las condiciones de legalidad alteradas en función de los hechos excepcionales, deben estar conjugadas con las condiciones adaptadas de razonabilidad que la emergencia exija. Durante las emergencias,

---

<sup>82</sup> El test de razonabilidad no debe involucrar el mérito u oportunidad de la decisión política de reconocer la emergencia. Sin embargo, como lo ha dicho la SCJN en ‘Alem’, ‘Sofía’ o ‘Granada’ –entre otros casos-, los tribunales están de todos modos habilitados para analizar si los medios dispuestos son efectivamente idóneos y legítimos para paliar la emergencia. Estos deben ciertamente valorar si las medidas pudieran tener un impacto excesivamente agresivo contra los derechos de las personas. Por otra parte, deben ponderar si el fin legítimo invocado justifica efectivamente la restricción excepcional de derechos constitucionales tales como el derecho a circular, trabajar, contratar –alquileres, intereses hipotecarios, desalojos-; a ejercer industria lícita, reunirse, practicar el culto; al funcionamiento del mercado y al normal funcionamiento en las relaciones de consumo, etc.

la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sido generalmente deferente hacia los poderes más políticos aun cuando su jurisprudencia se observa de todos modos un tanto zigzagueante en materia de evitación de excesos por arbitrariedad o ilegalidad. Tanto en las emergencias políticas como en las económicas, tal lo dicho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha desarrollado una doctrina consistente, ni ha establecido un claro tipo de ‘escrutinio’ *ex-ante* que permita reconocer una potencial y previsible reacción de su parte ante eventuales excesos del PEN.

#### IV. ¿Quién debe defender la Constitución durante las emergencias?

Desde el punto de vista teórico, existe una clara dicotomía entre las perspectivas más legalistas y liberales frente a las miradas más políticas o realistas en materia de emergencia. Los primeros sostienen que debe ser el Poder Judicial el defensor de la Constitución. Los segundos, en cambio, conceden esa potestad al Poder Ejecutivo. Teniendo en cuenta nuestro régimen político, forma de estado y forma de gobierno, desde mi punto de vista, ambas posturas dilemáticas, se presentan como insatisfactorias. De algún modo, esta dicotomía divide aguas entre la preferencia del ‘parlamentarismo liberal’ -de Kelsen- frente al ‘presidencialismo mayoritarista’ que seduce a Schmitt.

Al menos desde un punto de vista republicano y desde la perspectiva del constitucionalismo político, entonces, deben ser todos los poderes -e incluso los ciudadanos- quienes deben defender la Constitución. Y ciertamente, el Congreso debe ocupar un papel central en este empeño. Y esto no está dicho retóricamente ni mucho menos en simples términos ideales. Por eso, aun advirtiendo que Kelsen y Schmitt suelen ser invocados como respaldo en ambas posturas dominantes, de todos modos, me atrevo a escaparle a las tenazas de este dilema estéril.<sup>83</sup> La defensa de la Constitución,

---

<sup>83</sup> Este debate capital es producto de un texto publicado por Schmitt que luego fue respondido por Kelsen. Para comprender la sustancia ideológica y teórica que separa ambas posturas, cabe notar que así como es necesario vincular la “Teoría del Derecho” y la “Teoría del Estado de Kelsen” con la posición del primero, el cabal entendimiento de la posición del segundo requiere repasar sendas obras anteriores que ya habían sido escritas casi en simultáneo por Schmitt. Por un lado, el “Concepto de lo Político” y la famosa *-Vefassunglehre-* “Teoría Constitucional”. Ver, SCHMITT, Carl, *La Defensa de la Constitución*, Editorial Labor, Buenos Aires, 1931. Asimismo, H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.

especialmente en emergencia, no puede quedar reducida a una simplificada dicotomía de posiciones antagónicas que suelen soslayar alternativas cooperativas de participación y responsabilidad democráticas compartidas.

Teniendo en cuenta la experiencia histórica, lo cierto es que existen otros elementos que merecen atención. Antes de dar precisión a mi postura, es conveniente enunciar -aunque sea muy elementalmente-, los puntos de conflicto entre ambos célebres juristas. Empecemos notando un par de claves conceptuales básicas. Schmitt correctamente entendía que el fundamento último del Poder se percibe exclusivamente en la ‘excepción’, por eso, en su criterio, le parecía admisible suspender la ‘Ley Constitucional’ para defender la ‘Constitución’.<sup>84</sup> Sin normalidad, no hay normatividad: esto es evidente. Aunque vaya paradójica.

De algún modo, ese es el argumento encriptado en el famoso enunciado de la ‘Teología Política’. Luego, la de Schmitt nunca puede ser vista como una teoría normativa de la Política.<sup>85</sup> Pero tampoco tratase ésta de una teoría anti-normativa. Aun cuando el soberano está por fuera de la Constitución, lo cierto es que la ‘excepción’ alude un espacio intermedio para que éste pueda llegar a organizarse y actuar. De manera que, aun para

---

<sup>84</sup> Dice Schmitt: *Sovereign is he who decides on the exception*”, SCHMITT, Carl *Political Theology*, p.5. M.I.T. Press.

<sup>85</sup> No huelga notar la preocupación del nombrado por la velocidad del desarrollo de la técnica y con ella el riesgo inminente de una violencia descontrolada. Ese fue el horizonte de sentido de sus reflexiones en una conferencia en Leipsiz, el 1 de diciembre de 1944. En efecto, en la oportunidad, Schmitt abordó un tema que parecía absurdo. Este autor se puso a analizar la distancia entre romanistas y germanistas aludiendo el tema genérico de la “*filosofía jurídica europea*”. Esta conferencia, nótese, tuvo lugar en pleno desarrollo de la Segunda Guerra Mundial. Más allá de los detalles de erudición, Schmitt en verdad, la materia de reflexión refiere a aspectos menos superficiales que una mirada distraída pudiera captar. Esto es, lo que está pensando trasciende la dicotomía planteada en el título y apunta a desnudar el vínculo que la filosofía jurídica europea ha sabido establecer entre justicia y orden político. Schmitt, en este sentido, advierte el verosímil y lamentable hecho en cuanto que la disposición de armas y tecnologías poderosas -la prepotencia de la ciencia-, inexorablemente, iban a caer en manos de cualquier gobernante inescrupuloso. Algo que sin duda aflige a cualquier individuo sensato. Por eso, en su crítica, se vislumbra un interesante llamado de atención. Lo que está intentando rescatar es un incentivo que hoy está completamente ausente. Su advertencia invita a cuidar las arcanas enseñanzas del Derecho y por esto mismo, es que se vuelve también fundamental repasar (reconfigurar) el vínculo que alguna vez comunicó el Derecho con la Política con la prudencia moral y la virtud. Ver, KENNEDY, Helen, *Constitutional Failure -Carl Schmitt in Weimar-*, Duke University Press, 2004

Schmitt, si ello fuere correcto, es pleno también que una ‘emergencia’ nunca debiera llegar a transformarse en un punto de fuga para la arbitrariedad premeditada.<sup>86</sup> Lo que sostiene, en pocas palabras, es que en una situación de excepción –como una guerra civil, por ejemplo-, puede ser inevitable la concesión de atribuciones extraordinarias al presidente quien está autorizado a gobernar por medio de decretos con fuerza de ley. Para este autor, entonces, son suficientes la invocación de fundamentos de ‘necesidad’ -o los peligros que tal situación podría traer aparejados-, para que quede habilitada esa ampliación de facultades.<sup>87</sup> El razonamiento es simple y categórico: si un gobierno no puede hacer frente a una situación extraordinaria, tiene que caer.

Por eso, en las antípodas de Kelsen entiende que los tribunales, aunque ejerzan funciones de control, no pueden empero transformarse en ‘defensores’ del orden Constitucional. Para Schmitt el ‘sentido’ de una Constitución, está atada a su suerte existencial. Para él: “*el sentido de toda Constitución racional es procurar un sistema de organización que permita formar una voluntad política e instituir un gobierno capaz de gobernar*”.<sup>88</sup> La unidad del pueblo -que solo el Estado puede garantizar-, de tal suerte, es la clave de bóveda en la justificación impostergable de poderes de emergencia en manos del presidente. Solo un guardián capaz de actuar sin reparos jurídicos, puede ser el defensor indicado.

A contramano de esta percepción, Kelsen defiende la idea de que solo un Tribunal Constitucional debe ser el máximo baluarte en la protección de la Constitución. Muy radicalmente, el autor austríaco discrepa con la matriz fenoménica que se expresa el pensamiento ‘schmittiano’. Recuérdese que para Schmitt resulta inadmisibles que titulares de derechos subjetivos pueden estar involucrados en esta tarea. No admite que éstos puedan ser parte de un proceso litigioso judicial donde se debata la defensa de la Constitución. Para el alemán el carácter ‘pluralista’ del control de constitucionalidad, inscripto dentro de un proceso controversial de oposición entre partes, nunca debe ser utilizado como un mecanismo de defensa de la

---

<sup>86</sup> Tal como Schmitt sostiene, ante la hipótesis extrema “*se preserva el orden jurídico aun cuando la ley constitucional esté suspendida*”. Ver, LAVIS, Simon, “*The exception of the norm in the Third Reich: (Re)Reading the Nazi constitutional state of exception*”, en AAVV (editado por CERCEL, C, FUSCO, G and LAVIS, S), *State of Exception – Law, History, Theory-*, p.98-99, Routledge, 2020.

<sup>87</sup> Cfr. SCHMITT, Carl, *Political Theology*, p.148, M.I.T. Press.

<sup>88</sup> SCHMITT, Carl, *La Defensa de la Constitución*, p.143, Editorial Labor, Buenos Aires, 1931

Constitución. Ello resulta ilógico en tanto y en cuanto la radicalización de la disputa siempre puede transformarse en una vía rápida hacia la “*desintegración del concepto de estado*”.<sup>89</sup>

La discrepancia *kelseniana*, en términos de teoría constitucional, es pleno, nos revela un compromiso práctico con el valor normativo del texto fundamental asediado. La preocupación del austríaco, en este renglón, no se ciñe a una mera sofisticación intelectual o a un vacío rigorismo formal. Es más, Kelsen advierte también que, en tanto legislador negativo, dado el carácter jurídico-político de este tipo de debates, la actuación de un tribunal con competencia constitucional es un resorte imprescindible para la preservación de los caracteres normativos del sistema constitucional. La Constitución para ser respetada debe ser valorada en su contenido. Y a propósito de esto, refiriendo lo que acontecía en la antigüedad en Atenas, hace notar como el debate parlamentario también exhibe esa naturaleza controversial.<sup>90</sup> Con todo, el planteo de Kelsen tiene un valor históricamente central toda vez que el mismo oportunamente puso de manifiesto la necesidad de contar con garantías para el funcionamiento de un poder judicial, el cual, en su juicio, debía ser independiente del parlamento y del gobierno.<sup>91</sup>

#### IV.1. *¿Cómo volver a poner el centro dentro de la figura?*

Para comprender cómo opera la dialéctica entre ‘diseño’ y ‘*ethos*’ constitucional en claves republicanas, resulta ineludible explorar los vínculos que han tenido ambas a lo largo de la historia.<sup>92</sup> Es decir, ciertas lec-

<sup>89</sup> H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p.51, Tecnos, Madrid, 1995.

<sup>90</sup> H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p.39, Tecnos, Madrid, 1995.

<sup>91</sup> KELSEN, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, p. 123, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

<sup>92</sup> En una misma línea de ideas tempranas en materia de ‘diseño constitucional’, es posible identificar el pensamiento de Mariano Moreno. De algún modo, Moreno comparte el mismo temperamento que se ve patentizado en los llamados ‘papeles del Federalista’. Por caso, en el Federalista nro. 1, donde se advierte la intención de establecer un buen gobierno “*by reflection and choice*”. En este punto es dable notar como el revolucionario argentino también vincula ‘diseño institucional’ con la consecución de importantes objetivos republicanos. A propósito, cabe la siguiente cita de la Gazeta de Buenos Aires, de fecha 28 de octubre de 1810. Escribe Moreno: “*El pueblo no debe contentarse con que sus jefes obren bien, el debe aspirar a que nunca puedan obrar*

ciones de la historia permiten asimilar cuál ha sido el papel que ha jugado la experiencia que mira el pasado *vis à vis* la inteligencia anticipatoria que prevé el comportamiento institucional en el futuro. Y así, dicho sea de paso, como afirmaba Catón -el viejo-, esta es la clave fundamental que explica el éxito constitucional que marcó a la república romana. Afirmaba Catón: “*la razón por la cual nuestro sistema político es superior al de los otros países es la siguiente: lo es.... porque nuestro Estado no ha sido la creación de un solo hombre sino la obra de muchos; porque el mismo no ha sido fundado en el lapso vital de cualquier sujeto en particular, sino que su factura abarcó varias centurias y ocupó a múltiples generaciones*”.<sup>93</sup> En otras palabras, hay que aprender las lecciones del pasado. Hay que ajustar el comportamiento de la ‘sala de máquinas de la Constitución. Y en es mi impresión que el ‘departamentalismo’ asociado a una práctica republicana es donde pueden auspiciarse los mejores resguardos para la libertad y los derechos.

Pues bien, habiendo dicho esto, es plausible que las alternativas institucionales respecto al control del poder durante una emergencia no deben quedar encapsuladas en la contienda teórica Schmitt/Kelsen. En mi opinión, la disputa teórico-práctica entre ambos extremos, de algún modo, ha logrado sacar de su centro los caracteres relevantes que distinguen la fisonomía de una república democrática. Vale decir, ese centro, está hoy por fuera de la figura. Y, precisamente lo está, porque el hiper-presidencialismo y/o la judicialización excesiva de los desacuerdos políticos y derecho han terminado de obturar todos los canales de comunicación inter-poderes, fulminando, de paso, el contrapeso imprescindible de controles necesarios.

Ante este tipo de desafíos, mi intuición, desde un punto de vista republicano, indica que se debe promover la sobrevida institucional por medio de condiciones más participativas y democráticas. Naturalmente, ello es

---

*mal, que sus pasiones tengan un dique más firme que el de su propia virtud, y que delineando el camino de sus operaciones por reglas que no estén en sus manos trastornar, se derive la bondad del gobierno, no de las personas que lo ejerzan, sino de una Constitución firme, y que obligue a los sucesores a ser igualmente buenos que los primeros, sin que en ningún caso deje a estos la libertad de hacerse malos impunemente*”. Cfr. RIBERI, Pablo, “*El Pensamiento Constitucional de Mariano Moreno. Un Republicano cuando la República no existía*”, en AAVV –Dirigido por MANILLI, Pablo-, *El Pensamiento Constitucional Argentino 1810-1930*, p. 109, Ediciones Errepar, Buenos Aires, 2009.

<sup>93</sup> Catón (el Viejo) citado por Hélène Landemore. Ver. LANDEMORE, Hélène, *Democratic Reason*, p. 232, Princeton University Press, 2013.



así por el carácter normativo que el comportamiento del Poder -aun en emergencia-, debe exhibir. Y si ello es correcto, todo orden republicano debe estar edificado sobre firmes cimientos constitucionales que permitan sostener un cuerpo robusto de libertades y valores colectivos. Porque claro, no es posible evitarlo, la república se asienta sobre tres pilares robustos. Estos son la ‘soberanía popular’, el ‘imperio de la ley’ y el principio de ‘no-dominación’.

En consecuencia, en esta inteligencia, lo cierto es que, en toda constitución republicana, es necesario prever inteligentemente el comportamiento de los poderes anticipando potenciales excesos. Naturalmente, aun durante las más graves emergencias, ello debe ser así.<sup>94</sup> Porque resulta razonable y deseable que ello suceda. Las expectativas democráticas y republicanas, aun en los contextos más extremos, entonces, permiten fortalecer la dimensión normativa del compromiso cívico con los valores del autogobierno. Porque está claro, el orden político constitucional republicano se caracteriza por resistir en todo momento y lugar los potenciales arrebatos autocráticos. El imperio de la arbitrariedad –en desmedro de la ley- y los privilegios e impunidades que pudieran intentarse, son siempre amenazas inadmisibles para la libertad republicana. Vale decir, más allá de la unidad de acción o de la ampliación de facultades en el Poder Ejecutivo, lo concreto es que un régimen político republicano nunca puede resignar mecanismos plurales de deliberación dentro de los distintos poderes del Estado. Tampoco puede prescindir de eventuales juicios de responsabilidad para los funcionarios que desempeñan sus más empinadas magistraturas.<sup>95</sup>

En claves republicanas -y bajo la óptica del constitucionalismo político-, en rigor de verdad, es importante que tanto la legitimidad de la legislación como las medidas implementadas no se encuentran inmunizadas por la lógica fáctica de la necesidad. Por eso, en este punto, asoma muy atractiva la regla constitucional del art. 37 de la Constitución de Sudáfrica.<sup>96</sup> La misma, tal lo destacado renglones arriba, es juiciosamente valorada

---

<sup>94</sup> RIBERI, Pablo, “*Assessing Republican Wariness in Time of Hazard and Turmoil*”, in edited by EBERHARD, LACHMAYER, RIBAROV & TALLINGER, *Constitutional Limits to Security*, Nomos-Facultas, 2009.

<sup>95</sup> Cfr. GARGARELLA, Roberto & ROA-ROA, Jorge, *Diálogo democrático y emergencia en América Latina*, en MPIL, research papers series 2020-2021.

<sup>96</sup> El mencionado artículo 37 (2) de la Constitución de Sudáfrica, textualmente establece las condiciones y precisa que solo una ley del Parlamento puede declarar el Estado de Emergencia. Textualmente dice la norma: *A state of emergency may be declared only in terms of an Act of Parliament, and only when— (a) the life of the nation is*

por Bruce Ackerman por cuanto la misma es tomada como un ejemplo cabal de lo que este autor llama: “*escalating cascade of supermajorities*”.<sup>97</sup> Sin disponer restricciones materiales, tratase de un mecanismo político-constitucional que, a un mismo tiempo, tiene la capacidad de incentivar respuestas institucionales eficaces y controles idóneos compartidos durante el transcurso de la emergencia.

Ahora bien, ¿por qué un mecanismo ‘supermayoritario’ merece un juicio tan laudatorio desde el punto de vista republicano? Es sencilla la respuesta. En esta solución constitucional, ello correcto porque a partir del reconocimiento parlamentario de la emergencia, la continuidad en el tiempo de las facultades concedidas al Poder Ejecutivo pasa a estar subordinado a crecientes acuerdos supermayoritarios que, en sucesivas instancias de justificación, imponen nuevos ciclos de debate para alcanzar incrementales procesos agravados de consenso parlamentario.

---

*threatened by war; invasion, general insurrection, disorder, natural disaster or other public emergency; and (b) the declaration is necessary to restore peace and order. (2) A declaration of a state of emergency, and any legislation enacted or other action taken in consequence of that declaration, may be effective only— (a) prospectively; and (b) for no more than 21 days from the date of the declaration, unless the National Assembly resolves to extend the declaration. The Assembly may extend a declaration of a state of emergency for no more than three months at a time. Chapter 2: Bill of Rights 17 The first extension of the state of emergency must be by a resolution adopted with a supporting vote of a majority of the members of the Assembly. Any subsequent extension must be by a resolution adopted with a supporting vote of at least 60 per cent of the members of the Assembly. A resolution in terms of this paragraph may be adopted only following a public debate in the Assembly. (3) Any competent court may decide on the validity of— (a) a declaration of a state of emergency; (b) any extension of a declaration of a state of emergency; or (c) any legislation enacted, or other action taken, in consequence of a declaration of a state of emergency. (4) Any legislation enacted in consequence of a declaration of a state of emergency may derogate from the Bill of Rights only to the extent that— (a) the derogation is strictly required by the emergency; and (b) the legislation— (i) is consistent with the Republic’s obligations under international law applicable to states of emergency; (ii) conforms to subsection (5); and (iii) is published in the national Government Gazette as soon as reasonably possible after being enacted. (5) No Act of Parliament that authorizes a declaration of a state of emergency, and no legislation enacted or other action taken in consequence of a declaration, may permit or authorize— (a) indemnifying the state, or any person, in respect of any unlawful act; (b) any derogation from this section; or (c) any derogation from a section mentioned in column 1 of the Table of Nonderogable Rights, to the extent indicated opposite that section in column 3 of the Table.*

<sup>97</sup> Ver ACKERMAN, Bruce, “*The Emergency Constitution*”, 113 YLJ 1029, Yale Law Journal, March, 2004.

Si las emergencias son instancias excepcionales donde se juega la preservación del orden constitucional, antes bien, que la permanencia de un líder -o un elenco de gobierno en el Poder-, es ciertamente lógico estarse atentos a dos objetivos imprescindibles. En primer lugar, es esencial notar que, por el carácter normativo de cualquier emergencia, el Poder Ejecutivo -o cualquier órgano habilitado- deberá siempre respetar los límites que el texto y la práctica constitucional hayan establecido. Vale decir, en un sistema como el nuestro, asumiendo la ampliación de competencias hacia el Poder Ejecutivo -o hacia cualquier órgano habilitado-, las medidas y decisiones tomadas -según razón y carácter-, deben ser susceptibles tanto de un control político parlamentario como de un control específico que pudiera ser ejercido por jueces. En segundo lugar, por el carácter normativo que presupone todo instituto de emergencia, va de suyo, que su vigencia debe encontrarse también acotada en el tiempo. Esto, de paso, implica que, si el Poder Ejecutivo fuera el órgano empoderado, que la delimitación o continuidad de las atribuciones de emergencia concedidas, nunca pueden depender del juicio o voluntad exclusiva del presidente.

Más próximos a las corrientes circunstancias producto de la pandemia, por otro lado, existen otros aportes del *case-law* comparado que bien merecen consignarse. Dentro de este espectro, resulta oportuno recordar al menos dos casos relevantes que tuvieron lugar en los Estados Unidos. Me refiero a los planteos de inconstitucionalidad contra medidas de emergencias -dispuestas por la autoridad militar, con el respaldo del presidente-, durante la segunda guerra mundial. Estoy aludiendo a aquellos ciudadanos norteamericanos que de manera compulsiva y arbitraria fueron confinados en campos de detención en la costa oeste. ¿Por qué?

Porque se trata de un ejemplo de restricción arbitraria de derechos con motivo de una emergencia. En la especie, estoy aludiendo a ‘Hirabaiashi’ y ‘Korematsu’ -ciudadanos norteamericanos-, quienes padecieron un ‘confinamiento obligatorio’ en un campo de detención por la mera condición de ser descendientes de japoneses. En particular, en línea con mi primer enunciado principal, al comienzo de este texto, me interesa llamar la atención sobre el contenido del razonamiento del Juez Jackson, en disidencia, en este último caso.<sup>98</sup> En efecto, su opinión es muy relevante, precisamente,

---

<sup>98</sup> Luego de Pearl Harbor, el decreto ejecutivo 9066/1943 del Presidente Roosevelt autorizó el confinamiento compulsivo en campos de detención de ciudadanos norteamericanos de ascendencia japonesa. En *Hirabayashi v. United States*, -320 U.S. 81 (1943)-, la Suprema Corte de los EEUU respaldó la constitucionalidad de dicha medida. En sus

porque Jackson estructura la fundamentación de la inconstitucionalidad de la decisión del Poder Ejecutivo sobre la base del carácter normativo que la interpretación de las reglas de emergencia, necesariamente, debe respetar. Cabe notar que más allá de la revisión de este precedente en *Korematsu II*, tal como lo expresa el *Chief-Justice* Roberts en ‘*Trump v Hawaii*’, su significado en el tiempo ha sido catalogada como una “*mancha en la doctrina de la Suprema Corte de los Estados Unidos*”.<sup>99</sup>

La subordinación del razonamiento constitucional a la lógica de la necesidad, tal lo dicho, es claramente un modo tautológico de razonamiento ‘para-constitucional’ que desnaturaliza la historia conceptual que tenido la voz ‘emergencia’. En pocas palabras, la lógica de este razonamiento falaz puede resumirse de la siguiente manera: ‘*a mayores necesidades mayores poderes -al Ejecutivo- y mayores restricciones -a la libertad-*’. Reproduciendo la matriz de pensamiento del voto mayoritario de la Corte Suprema Norteamericana en el citado caso “*Korematsu*”, en “*Bustos*”, el voto de la mayoría de nuestro máximo Tribunal, valiéndose de una emergencia –económica-, también convalidó el incremento de restricciones al derecho de propiedad sin reconocer límite ni estándar alguno de admisibilidad.<sup>100</sup> En ambos casos, en sus fundamentos, la interpretación de la regla constitucional quedó subordinada a la lógica de la ‘necesidad’. Luego, en la especie, la deferencia judicial irrestricta hacia el presidente equivale a una renuncia injustificada del control de ‘razonabilidad’ en situaciones donde dicho requisito es imprescindible. Cada vez que los imperativos declamados por el Poder Ejecutivo reclamen mayores poderes por defecto de una emergencia, esta postura, parece asumir una inexplicable abulia y/o indiferencia ante la suspensión o fuga de un mundo normativo que se vuelve así un simple decorado retórico.<sup>101</sup>

El argumento de Jackson, empero, a contramano de la mayoría en ‘*Korematsu*’, decide atinadamente centrar su análisis sobre la constitucionalidad de la Orden Ejecutiva 9066/1943. Más allá del análisis sobre

---

argumentos, se pronunció ‘deferente’ tanto con el Poder Legislativo como con el Poder Ejecutivo. Luego, en *Korematsu v USA* -323 U.S. 214 (1944)-, la Suprema Corte estadounidense ratifica este criterio aunque son importantes las disidencias de los jueces Jackson, Sawyer y Roberts.

<sup>99</sup> Ver *Trump v. Hawaii*, -No. 17-965, 585 U.S. (2018)-.

<sup>100</sup> *Bustos AR*, c Estado Nacional y Otro s/ Amparo -Fallos: 327:4495 (2006)-.

<sup>101</sup> A propósito del valor de las decisiones judiciales en el tiempo, Jackson remarca: & [*once a judicial opinion rationalizes the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order, the Court for all times has validated the principle.*]

las causas y los efectos involucrados, un juez de la Constitución no puede dejar de pensar con la Constitución sobre el contenido de la Constitución. En consecuencia, Jackson no se limita a analizar el mérito militar de la decisión técnica del General de Witt -orden militar nro.37-. Eso es algo que le excede. Recuérdese que dicha orden entendía prudente y seguro ordenar el confinamiento obligatorio de los japoneses y descendientes de japoneses en campos de detención. El juez Jackson, en su condición de juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, por el contrario, correctamente decide perfilar un razonamiento impecable. ¿Qué dice?

Pues bien, el *Justice Jackson* afirma: [*... no me corresponde hacer un juicio militar sobre si el programa de evacuación y detención es razonable*”. Y advirtiendo las consecuencias que dicho fallo iba a tener, agudamente razona: “[*... una interpretación judicial que avale esta orden como compatible con el debido proceso, implica un golpe a la libertad mayor que la orden misma. Cualquier decisión militar sea o no sea inconstitucional no dura más que la emergencia que la motiva... Sin embargo, una opinión judicial que interprete que la Constitución admite esta orden, implica que el Tribunal ha convalidado para todos los tiempos el principio de la discriminación racial en el procedimiento criminal para los ciudadanos (Norte) americanos. El principio, de tal suerte, queda como un arma cargada, lista para ser usada por la autoridad cada vez que encuentre una razón plausible que acredite la necesidad urgente*”].<sup>102</sup>

Por otro lado, más allá del análisis de un cuerpo sofisticado de doctrina judicial nacido desde los conflictos judiciales desatados durante el *New Deal*, resulta también relevante detenerse en otro caso particular. Un caso emblemático de la Corte Suprema de los Estados Unidos de mediados del Siglo XX, donde el pensamiento del Juez Jackson vuelve a tener singular protagonismo. Me refiero al famoso caso de las ‘acerías’. En efecto, en otra situación especial de emergencia acaecida durante la guerra de Corea, se desató un conflicto laboral con huelgas en la industria que sostenían el esfuerzo bélico del país. Tomando en cuenta la ruptura en el diálogo entre la patronal y los sindicatos -con la cual quedaba paralizaba la producción de equipamiento militar-, el presidente Harry Truman decidió intervenir directamente en el gerenciamiento de las acerías que por entonces suministraban la materia prima para sostener la provisión de materiales a las FFAA.<sup>103</sup>

<sup>102</sup> Ver disenso de Jackson, *Korematsu v USA* -323 U.S. 214 (1944)-,

<sup>103</sup> En alguna medida, en circunstancias de diversa naturaleza y sin que hubiere controversia judicial, los elementos normativos relevantes de este caso guardan semejanza con

Sin que hubiere habido una declaración formal de guerra -aunque constatada la situación como ‘emergencia’ en virtud de la Taft-Hartley Act-, en ‘Youngstown Sheet & Tube Co v Sawyer’, en un fallo dividido (5-4), la Corte Suprema de los EEUU termina convalidando la constitucionalidad de la Orden Ejecutiva del Presidente Truman que decide la intervención directa del gobierno en la industria.<sup>104</sup> Es importante notar que la opinión y el voto mayoritario hecho por el Juez Hugo Black, de algún modo, han quedado soslayados por la claridad conceptual que exhiben los argumentos en concurrencia del voto del Juez Jackson. Abarcando el análisis normativo tanto de las competencias cuestionadas como de los derechos involucrados, en esta célebre opinión, Jackson desarrolla un estándar confiable de evaluación constitucional que permite de antemano discernir qué, cuándo y cómo -el presidente-, puede decidir medidas extraordinarias de ‘emergencia’.

Vale decir, su razonamiento viene a dar claridad a la pregunta sobre cuándo la ‘deferencia’ o la ‘auto-restricción’ de la Corte Suprema debe estar justificada en función de un esquema orgánico contingente de relaciones entre las tres ramas de gobierno. Y en mi opinión, esto me parece muy acertado. Es más, retomando la atinada observación de Gargarella –alineada con el segundo enunciado esencial en este texto-, esta referencia muestra cómo el correcto funcionamiento “la sala de máquinas” es la clave de bóveda para la adecuada vigilancia constitucional de los mecanismos institucionales de emergencia. De tal suerte, insisto, en vez de quedarnos a debatir sofisticadamente sobre ‘la asoleada cubierta de los derechos’, resulta más sensato reflexionar sobre cómo –en los sótanos del Poder-, todos los órganos superiores del Estado deben comportarse durante una ‘emergencia’. Es inteligente ajustar los mecanismos ‘inter-órganos’ que permiten definir cuál es la latitud y cómo son las condiciones correctas para el ejercicio legítimo del poder de policía en emergencia.<sup>105</sup>

---

los presupuestos de racionalidad expresados en la decisión del PEN –DNU 260/2020 y la decisión del Ministerio de Salud de fecha 25/3/2020. Me refiero al decreto que estableció el ASPO y a la decisión que prácticamente ‘interviene’ la producción, la comercialización la distribución de los respiradores que las empresas Leisitung y Tecme producen en Córdoba.

<sup>104</sup> 343 U.S. 579 (1952)

<sup>105</sup> Ver GARGARELLA, Roberto, “*El Constitucionalismo Latinoamericano y la Sala de Máquinas*”, en RIBERI, Pablo –Coordinador-, *Fundamentos y Desafíos de la Teoría Constitucional Contemporánea*, pp. 95-121, Rubinzal Culzoni, 2019. Asimismo, GARGARELLA, Roberto, “*Latin American Constitutionalism and the Engine Room*

En resumidas cuentas, por dos razones muy interesantes, este es un caso muy revelador. En primer lugar, porque reivindica el papel del Congreso como expresión más política y legítima de todos los poderes superiores del Estado. Y en segundo lugar, porque el *Justice* Robert Jackson nos propone un modelo tripartido de creciente rigurosidad en el celo interpretativo de parte de los jueces según sea la estirpe del caso en sus manos. El mismo se puede resumir del siguiente modo:

1. Zona de auto-restricción: opera cuando esté involucrada una facultad constitucional privativa del Poder Ejecutivo y existe además expresa autorización por parte del Congreso (el Poder más político y legítimo). En tal hipótesis, entonces, existe plena presunción de constitucionalidad. Y, por lo tanto, es justificable la máxima ‘deferencia’ posible de parte de los jueces.
2. Zona de penumbra: opera cuando esté involucrada alguna facultad explícita o tácita del Poder Ejecutivo pero no hay autorización expresa del congreso. En tal caso, la presunción de constitucionalidad es menor y por lo tanto debe mediar un ‘escrutinio intermedio’.
3. Zona de reticencia: opera cuando no se encuentren involucrados poderes privativos y ello sucede mientras existe una expresa o tácita negativa del Congreso a utilizar determinados poderes de emergencia. En esta alternativa, corresponde asumir una ‘presunción de inconstitucionalidad’, lo que trae consigo el ‘máximo rigor o estrictez’ en el escrutinio de parte de los jueces.

## V. Reflexión final: “¿en caso de emergencia rompa el vidrio!”

En Argentina, la normalidad transita por fuera de la regla de derecho. En materia de emergencia, lo extraordinario; lo que no es normal -en otros órdenes constitucionales civilizados-, sin embargo, en el país suele asomar como lo habitual. Nos hemos habituado a lidiar con el temor, con el peligro, con el riesgo siempre al acecho. De tal suerte, el sistema de normas que fue pensado para relaciones civiles estables y previsibles, resulta habitualmente reemplazada por mecanismos de concentración de poder que operan por defecto de la normalización de las citadas emergencias.

---

*of the Constitution*”, in RIBERI, Pablo & LACHMAYER, Konrad, *Philosophical or Political Foundations of Constitutional Law*, pp -97-115, Nomos-Facultas, 2014.

Para graficar este pensamiento me permito apelar a una metáfora utilizada en el exilio por Maquiavelo, en una carta escrita a Francesco Vettori, en agosto de 1513. Esta correspondencia es ilustrativa del poder de adaptación de las personas y cómo se naturaliza la convivencia con el peligro y lo imprevisible. Pues bien, ante las noticias y la descripción de la convulsionada realidad de su ciudad natal; ante la convulsionada realidad política de su ciudad natal, esta fue la reacción del florentino. Maquiavelo, en la mencionada misiva, confiesa su estado de ánimo apelando a una famosa fábula clásica. Y así, en la medida en que la lectura le permite ir familiarizándose con las sombrías noticias de su tierra, en su respuesta, le plantea metafóricamente a su amigo Vettori cuál ha sido el cuadro emocional que le fue embargando. Lo que hace es retratar cómo el pavor y la incertidumbre han ido dando paso a otras reacciones instintivas que preliminarmente pueden ser vistas como descabelladas y que luego pasan a estar naturalizadas. Y para hacerlo cuenta cómo fue el primer encuentro entre un León y el zorro según la fábula. En efecto, esta afirma que la primera vez que el zorro ve al León no pudo evitar quedar paralizado. Muerto de miedo. La segunda vez, en cambio, detrás de unos arbustos, con máximo sigilo -desde lejos-, el zorro se atreve a estudiar al feroz rey de la selva. La tercera vez, se les ve juntos, León y zorro enfrascados en amena conversación.<sup>106</sup>

Pues bien, muchos argentinos –como el zorro de la fábula-, parecen haberse acostumbrado a convivir en constante riesgo y zozobra. Parecen resignarse a estar sometidos a un poder fuera de control. Parecen aceptar la tutela paternalista del poderoso. De algún modo, hemos racionalizado las emergencias transmutando su significado desde lo anormal hacia la normalidad de nuestras vidas cotidianas. Emergencias, políticas, sociales, económicas, financieras, presupuestarias, sanitarias, ambientales; en materia de seguridad, etc. Ahora bien, más allá de esta mirada descriptiva, aquí es importante notar algo impostergable. Sería conveniente atender con mayor detenimiento cuáles notas objetivas pueden ayudar a mejor explicar las razones que nos llevan a adaptar nuestras reglas de convivencia a los poderes de emergencia –y no a la inversa-. En particular, ¿cómo opera esta repetida cadena de desaciertos de gestión que repetidamente trae consigo una progresiva sobre-restricción de derechos y garantías constitucionales afectados?

---

<sup>106</sup> Este párrafo puede leerse en la carta de Maquiavelo a Francesco Vettori, de fecha 26 de agosto de 1513.



Creo que es posible identificar una característica bien plausible. Quiero decir, que existe un elemento muy importante que no puede soslayarse en el examen constitucional de la emergencia en el orden constitucional argentino. Dado el notable hiper-presidencialismo que caracteriza a la Argentina -y a varios países de la región-, sostengo que lo primero que hay que comprender es que en condiciones de normalidad ya resulta excesivamente abusivo el cúmulo de competencias concedidas al Poder Ejecutivo.<sup>107</sup> Y que, en emergencia, las mismas se convierten en poderes casi imperiales. Por ejemplo, dos prerrogativas que acreditan esta normalización de la irregularidad, claramente son las siguientes. Por un lado, el ejercicio descontrolado de los llamados decretos de necesidad y urgencia.<sup>108</sup> Y por el otro, la alteración y manejo discrecional del PEN del presupuesto.

Los mecanismos constitucionales de emergencia revelan dos intuiciones precisas. En primer lugar, la previsión del legislador constitucional de adaptar y dotar al aparato del Estado con herramientas extraordinarias durante tiempos difíciles. Por otro lado, la firme intención de querer preservar los valores, los principios y las reglas de la Constitución en el tiempo. Esta idea, es la que permite comprender la destacada dimensión normativa del concepto de ‘emergencia’ por oposición al concepto de ‘excepción’. En consecuencia, en aras del bienestar futuro de la comunidad, resulta razonable entonces que, durante épocas atrapadas por una emergencia, la potencia de las libertades civiles, pueda temporalmente encontrarse enervadas y/o abrumadas por nuevos límites y regulaciones. En países como la Argentina, sin embargo, los eventos extraordinarios que suelen desencadenan medidas de emergencia, necesitan ser objeto de algunas cautelas adicionales. ¿Por qué? Ello es así porque muchas de estas medidas, a menudo, suelen ser la causa de lo que reconocemos como “emergencias auto-infligidas”. ¿Qué quiere significarse con esto?

Pues bien, con ello se quiere dar cuenta de que, en el país, pareciera, solo la primera intuición del párrafo anterior es valorada mientras se desprecia a la segunda. En consecuencia, ello ha traído consigo una serie de

---

<sup>107</sup> En este sentido es muy interesante revisar los aportes crítico-comparados que conectan el hiper-presidencialismo de la región, con la copia del modelo Norteamericano de separación de poderes y la llamada “*pesadilla de Linz*”. ACKERMAN, Bruce, “*The New Separation of Powers*”, *Harvard Law Review*, Vol 113, No 3, pp 633-725, 2000.

<sup>108</sup> Por caso, repasemos el arsenal de decretos de necesidad y urgencia que han tenido lugar desde la recuperación democrática en el país. Alfonsín; Menem 545; De la Rúa 89; Duhalde 158; Néstor Kirchner 270 y Cristina Fernández de Kirchner 81; Macri 69. Alberto Fernández lleva más de 50 a la fecha y más de una docena de decretos delegados.

tribulaciones absurdas. Una crónica de hechos donde ya no se distingue dónde están las soluciones y donde comienzan los problemas. Porque el incremento de poderes a raíz de la emergencia suele ser el resultado de malas políticas públicas que provocan nuevas y más agudas emergencias, por las cuales el Poder Ejecutivo, luego, reclama mayores poderes de emergencia que, inauditamente, son reclamados para poder corregir sus propios desaciertos. Vale decir, el remedio parece ser peor que la enfermedad. Valiéndonos de una aguda expresión de Ernesto Garzón Valdés, entonces, sería conveniente comprender que una *catástrofe* como la actual pandemia puede terminar convirtiéndose en una *calamidad*.<sup>109</sup> Un uso correcto del lenguaje indica que las ‘catástrofes’ aluden a hechos de la naturaleza mientras que las ‘calamidades’, contrariamente, son producto exclusivo de la agencia humana.

De tal suerte, propongo algunas notas relevantes que, dentro de una mirada normativa sobre las emergencias, merecen atención. 1. Si bien es cierto que la mayoría de los sistemas constitucionales regulan la delegación circunstancial de competencias al Poder Ejecutivo, es pleno, sin embargo, que en ello siempre deben reportarse condiciones y/o mecanismos de control para dichas delegaciones. 2. Dado el hecho señalado precedentemente, es también un dato acreditado que la regulación constitucional de tales delegaciones nunca debe admitir que sea unilateralmente el mismo poder que ha de ver incrementado sus competencias, quien determine la oportunidad, la duración y la latitud de dicha delegación. 3. Finalmente que, si bien es cierto que puede haber protecciones especiales o mecanismos precisos de irresponsabilidad para funcionarios involucrados, de ello no se sigue que las emergencias puedan interpretarse como un pasaporte para que el Poder Ejecutivo tenga vía libre para menoscabar derechos cuando y como se le ocurra.

La emergencia, es pleno, no puede ser utilizada para impugnar o acabar con la misma Constitución que habilita tales potestades. Es un absurdo que la conclusión de un silogismo pueda volverse el mecanismo para acabar con las premisas que le sostienen. Me refiero a que toda emergencia, en las posibilidades deónticas que un texto constitucional pudiera ofrecerle al Poder Ejecutivo, en todos los casos, siempre debe suponer un rango (limitado) de nuevas competencias. Tal como bien lo ha hecho notar Schauer: “*La existencia de un intérprete con poderes restringidos es una consecuen-*

---

<sup>109</sup> Ver GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Calamidades*, Gedisa, Barcelona, 2009.

*cia derivada de la misma idea de regla o de un sistema de reglas*".<sup>110</sup> Y esto es así, tanto para la normalidad, como para un tiempo de emergencia.

Subraya Charles Tilly, la construcción estatal republicana, en su historia, siempre se ha dedicado al control de la violencia.<sup>111</sup> Una perspectiva republicana, luego, se opondría tanto al unilateralismo presidencial como a las 'dictaduras transitorias' al estilo de los romanos. Ni siquiera en esta pandemia global -o cuando la seguridad nacional estuviera en juego-, resulta admisible recurrir a este tipo de enajenación. Una mirada republicana, por otro lado, no podría nunca resignar prácticas virtuosas de deliberación, legislación y gobierno. Sea dentro como fuera del Estado, tampoco consentiría la existencia o continuidad de condiciones de impunidad o privilegio. El punto que merece especial atención, en pocas palabras, es que tanto en la normalidad como en tiempos de emergencia, las instituciones y los remedios constitucionales nunca pueden implementarse sobre modos auto-cráticos ni sobre una economía irrevisable de sacrificios.

Si esto es bien comprendido, es pleno que aun en emergencia, los jueces deben siempre intervenir en los conflictos donde pudieran verse lesiones o amenazas a derechos de las personas. Por otro lado, es importante notar que los fundamentos político-deliberativos que necesitan la Constitución y los derechos constitucionales para su legítima vigencia son elementos que plenamente conforman los supuestos operacionales que propone el llamado 'departamentalismo'.<sup>112</sup> Y si esto es interpretado correctamente, es plausible entonces también que ninguna rama del Poder pueda pensarse desorbitada de la estructura orgánica de funciones, equilibrios y contrapesos que alguna vez fueron diseñados tanto para la normalidad como para la emergencia. Vale decir, siempre, en toda hipótesis, el centro debe estar contenido en el interior de la figura.<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> Ver SCHAUER, Frederick, *Las Reglas en Juego*, p.293, Marcial Pons, Madrid, 2004

<sup>111</sup> Charles Tilly, *Las Revoluciones Europeas 1492-1992*, Editorial Crítica, Barcelona, 2000.

<sup>112</sup> Cfr. RIBERI, Pablo, Cfr. "*Qué (no) son los Derechos Constitucionales*", en AAVV -obra dirigida por RIVERA Julio, GROSMAN, Lucas, ELÍAS, Sebastián y LEGARRÉ, Santiago, *Tratado de Derecho Constitucional* -Tomo I-, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2014.

<sup>113</sup> Durante la posguerra, este ha sido también la notable preocupación de Pietro Calamandrei -uno de los padres fundadores de la Constitución Italiana- quien, como rasgo positivo, se jactaba que la nueva Constitución italiana, tenía la incapacidad para ver de cerca. Se jactaba de la importancia de una presbicia constitucional. Cfr. Su interven-

Desde un punto de vista republicano –afín al ‘departamentalismo’ y al constitucionalismo político-, la ‘auto-restricción judicial’, por otro lado, parece ser la alternativa interpretativa más razonable y adecuada. Esto es, los jueces debieran solo arriesgar intervenciones apenas ‘minimalistas’.<sup>114</sup> Por otro lado, teniendo en cuenta el modelo ‘dual’ que tiene nuestro sistema constitucional –montado sobre la rigidez y la existencia de una carta de derechos-, está claro, que aun en emergencia, el Congreso tampoco está autorizado a obliterar o ‘sobre-regular’ los derechos establecidos en la Constitución hasta vaciarlos de contenido.

Finalmente, coronando el juego equilibrios que nuestro diseño constitucional ha establecido, es evidente que el Poder Ejecutivo en ningún caso puede ejercer funciones judiciales (art.109 CN). Muy excepcionalmente, de acuerdo a las restrictivas condiciones formales y sustanciales establecidas en el art. 99 inc.3 CN, el presidente puede empero estar autorizado a dictar decretos de necesidad de urgencia. Demás está decir que, para su validez, tales decretos debieran sortear el control parlamentario en unas condiciones que debieran ser harto más exigentes que las que actualmente regula la ley reglamentaria 26.122. Y, asimismo, cabe notar que, en el caso concreto, frente a un potencial agravio, la constitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia puede recibir naturalmente también un examen de constitucionalidad/convencionalidad de parte de los jueces.<sup>115</sup>

Conforme fuera subrayado, para resistir los excesos y peligros suscitados durante una emergencia, el diseño constitucional es una pieza esencial. Hay que inspeccionar el funcionamiento de nuestra ‘sala de máquinas’. Y en esta inteligencia, es fundamental restituir el papel protagónico del Congreso de la Nación. En términos republicanos, en términos de análisis comparado o *lege-ferenda*, me parece sensata la ya descripta solución ‘procedimental’ establecida por el art. 37 (2) de la Constitución de Sudáfrica. Desde un punto de vista del constitucionalismo político, además, es necesario saber que cuando los desórdenes políticos, económicos o sociales desencadenan la declaración de una emergencia, la gente común nunca debe encontrarse situada como ‘invitados’ a un drama constitucional don-

---

ción en la asamblea constituyente el día 4 de marzo de 1947. Cita referida por Bobbio en: BOBBIO, N. -ed-, *Scritti e Discorsi Politici II*, Firenze, 1966.

<sup>114</sup> SUNSTEIN, Cass, *One Case at a Time –judicial minimalism in the Supreme Court-*, Harvard University Press, 2001.

<sup>115</sup> A propósito de ello, es relevante revisar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Verrocchi c. PEN” (Fallos: 322-1726).

de, el futuro colectivo –entre otras cosas-, va a ser decidido por un libretista ajeno a la trama en desarrollo.

Finalmente, propongo una observación imprescindible: si el concepto de ‘emergencia’ se encuentra inscripto dentro de una identidad normativa cuyos rasgos ideológicos se perciben como democráticos y republicanos; si ello es así, entonces, hay aquí algo inevitable que es necesario dejar bien en claro. Es esencial saber que la protección de los derechos constitucionales –en todo momento: dentro o fuera de la emergencia-, debe siempre estar fraguada en condiciones de libertad positiva; debe necesariamente subordinarse al imperio de la Ley y debe inexorablemente respetar el principio de ‘no-dominación’. Porque temiendo la furia de cualquier Leviatán, si así no fuere, no nos quedaría más remedio que apostar al ingenuo optimismo que insinúa Hobbes en *De Cive*. Con reverente laconismo, regaña este autor (que): “...[por cuando quien tenga fuerza suficiente para proteger a todos, (esperemos) ... no tenga el deseo de oprimirlos a todos”.<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> HOBBS, Thomas, *On the Citizen*, p. 145, Cambridge University Press, 2014.



# PANDEMIA Y ESTADO DE EXCEPCION

MIGUEL ANGEL ORTIZ PELLEGRINI <sup>1</sup>

## 1. Introducción

Los tiempos cambiaron, la realidad cambió, la vida cambió. En mi caso, había terminado de escribir la segunda edición de mi libro “Nociones sobre el Poder y el Derecho” principios de marzo de 2020, a los fines de estrenarla en el curso de postgrado de la Facultad de Derecho (UNC), aprobada por resolución numero 32/2020, que se iniciaba en el mes de abril. Mientras revisaba sintaxis y ortografía (siempre interminable), estalló la pandemia, y el llamado “*aislamiento social obligatorio*”.

El virus ha hecho colapsar los sistemas de salud de las naciones; la Argentina desespera, fabrica camas para sus hospitales, prepara sus profesionales de la salud y reúne insumos para salvar la mayor cantidad de vidas. La economía mundial está en caída libre, la nuestra ya estaba en el suelo antes, ahora en el subsuelo. Europa prepara un rescate de 750.000 millones de euros. Estados Unidos, dos billones de dólares; nosotros repartiendo pobreza fabricada.

Se han alterado todas las relaciones humanas a una escala nunca vista en la historia.

La emergencia sanitaria, nos ha introducido en un “túnel” donde caminamos a una etapa signada por muertos y curados. Al alcanzar la luz del día – cada vez mas distante, saldemos distintos... doloridos y sufrientes, para integrarnos a una una “nueva normalidad”

Mientras tanto, quienes estudiamos la ciencia política y jurídica, durante la cuarentena, tenemos la posibilidad de observar “*in re ipsa*” lo

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de la Cátedra “A” de Historia del Derecho Argentino y Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

que ocurre en nuestra sociedad, en nuestra vida, el fenómeno estudiado en teoría: La emergencia “rompe el sistema jurídico” y las relaciones entre el poder y el Derecho se alteran.

## 2. La “normalidad” Constitucional

El poder constituyente originario, encierra el “Poder”, y lo expresa en su aplicación a través de normas ajustadas en un texto constitucional. Dichas normas fueron pensadas y sancionadas para que el “Derecho” sea su canal de expresión. De allí que el sistema funciona “normalmente”, cuando el poder se manifiesta conforme las normas diseñadas para ese fin. Pero aún en un sistema “normal”, se registran pequeñas “fallas”, en forma análoga a un sistema de distribución del fluido eléctrico, la energía se distribuye por la red, pero ocurre que a veces un transformador sale de servicio para reparaciones, un cable que se corta por el viento, un torre se daña, etc, etc y – el fluido eléctrico (la energía –poder), sigue fluyendo, esta vez sin los conductos adecuados, y el sistema comienza a mostrar defectos funcionales.

En nuestro país, la aplicación del Derecho, jamás se realizó en condiciones de “normalidad”; Urquiza hizo sancionar la Constitución Nacional (CN), pero no se aplicó hasta avanzada la década de 1860; después se “reinstaló” renga, restringida; se amplió en su cobertura en 1911 con la ley Saenz Peña; poco tiempo insumió su estreno; desde 1930 en adelante el “Poder” desbordó los límites constitucionales; recién en 1983 se recuperó la soberanía popular pero siguió prendida a “emergencias” de todo tipo.

## 3. La “normalidad” constitucional Argentina:

La “emergencia” es la “normalidad en la vida jurídica argentina desde hace noventa años. Se hizo necesario generar las herramientas, para integrarla a la juridicidad:

El ajuste se hizo y hace a partir de dos criterios:

a) El llamado “Derecho Informal” que generalmente se origina a partir de un hecho donde el poder necesita expresarse de una manera no prevista y nace a partir de un hecho singular, siempre que sea visto como ejemplar y digno de imitación por los sujetos que protagonizan la vida constitucional. Es lo que Goldschmidt llamó derecho repentino; en tal caso el precedente tiene vigor jurídico suficiente, por su recepción en un medio social, que lo divisa como modelo paradigmático, para imponerse de ahí en más como



norma imperativa; este “derecho” tiene supremacía similar al derecho constitucional formal, producto de la actuación de los operadores de la Constitución, es una expresión del poder, que en determinadas situaciones se exterioriza, agregando un plus al texto, o “contra constitutionem”; crea un precedente que pasa de inmediato (al reputárselo ejemplar y digno de seguimiento) a ser conceptuado como obligatorio y opera derogando a una norma o valor formal, añadiendo un precepto valioso o principio hasta entonces inconstitucional, o falseando el cumplimiento de una cláusula o valor de la constitución oficial.

El más importante precedente de la historia, fue la creación del control judicial de constitucionalidad en los EE.UU de América, a partir de la sentencia de su Corte Suprema de Justicia “Marbury v. Madison” en 1803; en Argentina podemos mencionar la creación de la acción de amparo, por su Corte Suprema en los casos “SIRI” y “Kot” durante 1957 y 1958; otro ejemplo -menos valiosos- fue la sanción de leyes secretas, que obtuvieron reconocimiento de validez en Argentina<sup>2</sup>; otro ejemplo histórico fue el decreto de 1868 que permitió al gabinete hacerse cargo del Poder ejecutivo, ante la muerte del vicepresidente en ejercicio Marcos Paz (28/01/1868) por la ausencia del presidente Mitre (en Paraguay) y la falta de una ley de acefalía que regulase el problema<sup>3</sup>; la desnaturalización de los Decretos de Necesidad y Urgencia por el PEN, etc, etc.

b)El “Derecho Informal Consuetudinario”, que en materia constitucional es creado por el poder<sup>4</sup>. La costumbre constitucional se origina en la actuación de los órganos de poder, por ello se explica que los protagonistas normales del derecho constitucional, son los titulares de los órganos básicos del Estado (Jefe de Gobierno y Jefe del Estado, legisladores, jueces, ministros, etc) En ese quehacer la comunidad cumple un papel habitualmente pasivo, ya que su participación en la gestión de gobierno es a menudo reducida, pero se manifiesta en los comicios de designación de autoridades o en pronunciamientos como el plesbicitito o referendum, en esos casos pueden generarse normas consuetudinarias por la propia comunidad,

---

<sup>2</sup> Convalidadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 286:62; y que se publicaron en el año 2006, por imperio de la L. 26.134.

<sup>3</sup> Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro, “Derecho Constitucional”, tº 1, pag.422, ed. Astrea, Buenos Aires, 2017.

<sup>4</sup> MIDÓN, Mario, Manual de Derecho Constitucional Argentino, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 25. En el derecho privado suele definirse como la repetición constancia de ciertos actos con la convicción de su obligatoriedad

inclusive de aceptación de comportamientos inconstitucionales de los operadores de la Constitución (v.gr. si participa en las elecciones existiendo proscripciones partidarias o discriminaciones ilegítimas, consinténdolas o también admitiendo pasivamente el fraude electoral). Otra hipótesis, desde luego la más preocupante, puede estribar en la admisión popular del quebrantamiento del orden constitucional, sea parcial (cierre del Congreso por ejemplo) o total en caso de autogolpe o golpes de Estado<sup>5</sup>. Con relación a los operadores de la Constitución, pueden adoptar una conducta activa o pasiva. Ejemplo de lo primero es el exagerado cúmulo de atribuciones que ejerce el Poder Ejecutivo, que permanentemente acrece funciones en detrimento de los otros poderes del Estado; la pasividad se expresa en —por ejemplo— la tarea del control constitucional, donde existen las cuestiones “no justiciables” (self restraint) o simplemente disimulada pasividad, ejemplo de esta última situación es la débil práctica federal de nuestro país que lejos se encuentra del diseño constitucional.

El caso de los jueces merece una mención aparte, pues en su tarea de control constitucional, realizan interpretaciones, lo que les otorga roles creativos, que por su reiteración generan un “derecho judicial”, fundado en sentencias que pueden alcanzar el “mismo rango que la constitución”. En definitiva, la Constitución es lo que los jueces dicen que es (Hugues)<sup>6</sup>.

### 3. Las emergencias “normales”

3.1.El “estado de excepción” nace en situaciones de peligro, producidos por circunstancias de hecho, que no caen dentro de las previsiones contempladas en las constituciones como “normales” en el desarrollo de los acontecimientos, por ejemplo una guerra, una alteración severa del orden público, una catástrofe ecológica, una crisis económica o financiera generalizada que pone en peligro la estabilidad del gobierno; se trata de acontecimientos de gran magnitud que exigen acciones que no resultan compatibles con el funcionamiento “normal” de las instituciones; en esa situación la subordinación formal del poder político al derecho puede “quedar en suspenso”.

Ello es así, porque el estado de necesidad pone en crisis uno de los supuestos teóricos más caros del constitucionalismo, como es la supremacía

---

<sup>5</sup> Conf. SAGÜES, Néstor Pedro, “Derecho Constitucional”, tº 1 pag. 418

<sup>6</sup> Conf. SAGÜES, Néstor Pedro, ob. cit. Pag. 420

de la Constitución, “que se derrumba como un castillo de naipes”, y nos llega a preguntarnos si ¿el derecho de necesidad puede armonizarse con la Constitución?<sup>7</sup>

3.2. En las “*emergencias*” o los llamados mas genéricamente *estados de excepción*, existen situaciones graduales, desde un derecho atenuado que convive con el poder, hasta el poder que se expresa en estado puro, con suspensión de la vigencia del derecho.

Los estados de excepción, conviven con la “normalidad”; desde los tiempos de la antigua Roma, cruzando los siglos, se instalaron en el Estado Constitucional y actualmente en el Derecho Internacional.

Desde siempre se reconocen situaciones que por su gravedad ponen en riesgo la continuidad misma del Estado, o actualmente de la comunidad internacional, cuyo efecto inmediato sobre las personas, es una limitación, que debiera ser transitoria<sup>8</sup>del goce de los derechos, incluidos sus derechos fundamentales.

En esta situación las relaciones entre poder y derecho se vuelve “difícil y traumática”<sup>9</sup>; es el punto donde el derecho “se rompe”.

#### 4. Las “emergencias” o estado de excepción en Argentina

Las emergencias nacionales son un vicio congénito, nacieron junto con la Patria, el primer antecedente jurídico se insinúa en el Estatuto Provisional de 1811 (23/11/1811), en su art.6: “Al gobierno corresponde velar sobre el cumplimiento de las leyes y adoptar quantas medidas crea necesarias para la defensa y salvación de la Patria, segun lo exija el imperio de la necesidad y las circunstancias del momento”. En el Decreto de Seguridad Individual, el mismo Triunvirato lo expresa con más claridad, art. 9<sup>a</sup>: “Solo en el remoto y extraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública o la seguridad de la Patria, podrá el gobierno suspender este decreto, mientras dure la necesidad dando cuenta inmediatamente a la Asamblea General con justificación de los motivos y quedando responsable

---

<sup>7</sup> Cit. SAGÜES, Néstor Pedro, “Los roles del poder judicial ante el estado de necesidad”, incluido en el libro Defensa de la Constitución, garantismo y controles, libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 1045.

<sup>8</sup> Esa “transitoriedad” es muy relativa, puede durar décadas.

<sup>9</sup> Conf. HERNÁNDEZ, Antonio María, Las emergencias y el orden constitucional, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 16.

en todo tiempo de esta medida”<sup>10</sup>. Normas similares se establecieron en los proyectos de Constitución que la Asamblea constituyente de 1813 que no fueron consideradas, y proyectos posteriores, hasta llegar al actual art. 22 CN<sup>11</sup> sancionado en 1853, con la esperanza de “atrapar” la emergencia dentro de la CN<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Conf. ORTIZ PELLEGRINI – AGUIRRE – BORGARELLO, “Nociones de Historia del Derecho Argentino” – Selección Documental. Pag. 148 y sig. Ed. Lerner, Cba. 1996

<sup>11</sup> Comentando esta norma, dice Antonio María HERNÁNDEZ: “ese instituto tiene difusión universal [...] el constituyente prescribió este instituto para dos gravísimas emergencias: la guerra y el desorden doméstico [...] (la primera causal) [...] solo fue invocada en una sola oportunidad, en 1865 con motivo de la guerra contra el Paraguay en la presidencia del Gral. Mitre. En cambio, la otra causal de conmoción interior, al presentar una mayor amplitud de interpretación fue utilizada en cincuenta y dos oportunidades en todas las presidencias, con las excepciones de las de Julio a. Roca y Hipólito Irigoyen en sus primeros mandatos, Marcelo T. de Alvear, Juan Domingo Perón en su primera presidencia y Carlos S. Menem en su segundo mandato y Eduardo Duhalde. Un número tan elevado de estados de sitio dictados nos indica inicialmente que el instituto fue utilizado de manera profusa, con un grado de habitualidad que rechaza el carácter extraordinario del mismo, de acuerdo a su consagración constitucional [...] el 61% de ellos fue por decreto del Poder Ejecutivo, mientras el congreso actuó sólo en el 31% de las oportunidades, un 2% lo hizo el P. Ejecutivo con acuerdo del Senado (por el único caso de ataque exterior ya mencionado) y el 6% restante la declaración fue efectuada por otras autoridades. O sea que se produjo también aquí un nuevo desborde institucional [...] a lo que se sumó [...] un notable decaimiento de los derechos y garantías individuales [...] lo que el constituyente pensó como transitorio, en la práctica adquirió considerable permanencia [...] las penurias institucionales vividas arrojan un estado de sitio cada dos años y nueve meses con un record de extensión de 8 años 11 meses y 22 días para el declarado por decreto 1368 del 06/11/1974 [...] que rigió hasta el 28/10/1983. Este uso y abuso de tan extraordinaria institución produjo una lesión gravísima al sistema republicano [...] pues este ejercicio autoritario del poder conllevó severas y profundas violaciones a los derechos personales” (ob. cit., ps. 31-35).

<sup>12</sup> Dice Antonio María Hernández: “...aunque en el debate doctrinario y en la jurisprudencia primara la posición que se otorga dicha competencia al Congreso no se pudo impedir que, en la práctica institucional, el Poder Ejecutivo ejerciera dicha atribución —generalmente en receso del Congreso, aunque en algunos caso en pleno funcionamiento del mismo, robusteciendo su papel en el sistema político e imponiendo su voluntad... en un aspecto que sería esencial para centralizar el país. No otra puede ser la conclusión frente a las más de ciento cincuenta intervenciones federales ocurridas en gobiernos de Derecho, de las cuales dos terceras partes fueron decretadas por el Poder Ejecutivo. Para terminar con esta práctica [...] la reforma de 1994 [...] estableció que la misma es competencia del congreso en el art. 75 inc. 31, pues aunque el Poder Ejecutivo pueda decreta la intervención a una provincia en receso de aquel, en el mismo acto debe convocarlo a sesiones extraordinarias para su aprobación o revocación (art. 99 inc. 20 CN). Por otra parte, ese elevadísimo número de intervenciones nos indica

Esta norma fue justificada por Alberdi, en estos términos: “yo no veo porque en ciertos casos no puedan darse facultades omnímodas para vencer el atraso y la pobreza, cuando se dan para vencer el desorden, que no es más que el hijo de aquellos [...] Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádsele por medio de una constitución [...]”<sup>13</sup>

La realidad demostró que las “emergencias”, desbordaron las normas constitucionales, aún consolidado el Estado “las emergencias” continuaron vigentes en rebeliones armadas, luego se iniciaron emergencias de distinta naturaleza, quizá la primera fue la “emergencia monetaria” aceptada por la Corte Suprema en “Caffarena”<sup>14</sup>.

La Constitución reformada de 1994 con el noble propósito de lograr el control jurídico de los estados de excepción, normativizó algunas “emergencias” crecidas como “plantas al lado de la Constitución”, tales como “la delegación legislativa”<sup>15</sup> (art. 76, CN) y “los decretos de necesidad y urgencia” (art. 99, inc. 3, CN), en cuya redacción participamos activamente describiendo la anormalidad de la doctrina “Peralta” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la necesidad del control del Congreso sobre estos

---

el incorrecto funcionamiento de la federación argentina [...]” (Hernandez, Antonio María, ob. cit., ps. 27-28).

<sup>13</sup> ALBERDI, Juan Bautista, Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Gradifco, Buenos Aires, 2012, cap. XXV, p. 184.

<sup>14</sup> Fallos 10:427.

<sup>15</sup> HERNÁNDEZ, Antonio María dice: “[...] la delegación legislativa ya había sido admitida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde el caso ‘Delfino’ de 1927 y fue ampliamente utilizada a lo largo de nuestra historia institucional... al principio como “delegación impropia” [...] convalidando estas delegaciones cada vez más amplias que hacía el Congreso [...] esto fue posibilitando un extraordinario avance de las facultades legisferantes del Poder Ejecutivo, que a su vez delego sus atribuciones en organismos inferiores, lo que en definitiva produjo el dictado de normas por parte de la Dirección General Impositiva, del Banco Central, de la Aduana, de los diferentes ministerios, etc., que afectaron el ejercicio de los derechos individuales más allá del principio de legalidad de los arts. 14 y 19 de la ley suprema... la reforma de 1994 tuvo la finalidad de restringir y controla el ejercicio de este instituto de emergencia [...] nos parece acertada la opinión de Dalla Vía quién sostiene que en los años 90 primó un ‘decisionismo gubernativo y antiestatista en cuya virtud los pilares de la democracia liberal constitucional adquieren carácter nominal, subordinándose a la razón de estado, que en nuestros días se denomina gobernabilidad’, [...] además una deficiente cultura y seguridad jurídica, un ostensible abandono de sus competencias por parte del Congreso, que fue sancionando la respectiva legislación delegante [...]” (Hernández, Antonio María, ob. cit., p. 54).

decretos de “necesidad y urgencia” (D.N.U)<sup>16</sup> redactando dos nuevos artículos el art. 82 y 99 inc. 3° CN<sup>17</sup> propósito que —en la práctica— fructificó sólo en votos en minoría de los Sres. Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, invocando nuestra posición. La norma constitucional fue desvirtuada por la ley reglamentaria N°26.122<sup>18</sup> dejando al Congreso fuera del control de este tipo de “decretos”, en un complicado trámite que se anula a sí mismo; el poder desvirtúa el texto constitucional<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Véase Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Santa Fe, Paraná. 1994, t. III, ps. 2776 y ss., especialmente ps. 2792-2796.

<sup>17</sup> Artículo 82: Artículo 82: “La voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente, se excluye en todos los casos, la sanción tácita o ficta”. Artículo 99: “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros los que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

<sup>18</sup> Esta ley establece un derecho constitucional formal secundario, pero que en la práctica “falsea” el cumplimiento del art. 99 inc., 3 CN.

<sup>19</sup> El Estudio completo del origen de estas normas como el desarrollo de su tratamiento por la H. Convención Constituyente de 1994, puede consultarse en ORTIZ PELLEGRINI - Susana Liliana AGUIRRE, “Los Decretos de Necesidad y Urgencia”-ed. Lerner, Córdoba, 1995. El autor ha sido citado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Verrochi Ezio Daniel c. Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/Acción de amparo” (V.916.XXXII), en sentencia de fecha 19 de agosto de 1999 publicada en el diario El Derecho del 21.10.1999; “C.2650. XXXIX ‘Caliguri Rosa Clara c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ diferencia de Haberes’ (Voto del Dr. Maqueda); ‘Consumidores Argentinos c. PEN - Dto. 558/02 SS, ley 20091 s/amparo Ley 16986’ del 19/may/ 2010”, entre otros. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en el caso “Rubotti Francisco Daniel y otra p.ss.aa. Lesiones Culposas - Recurso de Inconstitucionalidad”, Expte. R N° 33/99.Fallo dictado en pleno por el Tribunal y correspondiente a la Sala Penal, entre otros.

Por “fuera de la Constitución” Argentina ha sufrido “las emergencias” de los golpes de estado con sus gobiernos de facto<sup>20</sup>, en otros la “ley marcial”, el “estado de prevención y alarma” de la Constitución de 1949, el “estado de asamblea”, una especie de estado de sitio hoy —por suerte— en desuso.

Lo dicho hasta aquí muestra la “normalidad” del estado de excepción, que paulatinamente adquirió perfiles propios en distintas “especialidades”, comenzando por una en particular que creció en forma rápida y robusta: el poder de policía de emergencia a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación iniciada con el caso “Ercolano” de 1922, referido a las leyes 11.156 y 11.157 que dispusieron el congelamiento de los alquileres de las viviendas urbanas y suspensión de los desalojos, donde el Alto Tribunal estableció que la reglamentación de los derechos incluye la finalidad del bienestar general, lo que justifica su limitación a los particulares “para hacerlos compatibles con el derecho de los demás” y que se fundan en “el interés de la sociedad”. El criterio fue avanzando cada vez más en la limitación de los derechos, y la ley 11.741 dispuso una rebaja de interés en los préstamos de dinero con garantía hipotecaria, como consecuencia de la crisis mundial de 1930, que motivó el fallo “Avico c. De la Pesa” (1934) que consagró la “emergencia económica o contractual”, pues si bien existe libertad contractual, “la libertad contractual no impide intervenciones limitadas y temporarias respecto del cumplimiento forzoso de los contratos, si ellas fuesen necesarias por una gran calamidad pública [...] el gobierno no puede existir si el ciudadano puede usar a voluntad su propiedad en detrimento de sus conciudadanos [...] tan fundamental como

---

<sup>20</sup> Los gobiernos de facto que tuvieron un reconocimiento que es difícil calificarlo de “conforme a derecho”; el poder usurpador —invocando el estado de necesidad— se legitimó con el reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia en base a la teoría de la “revolución triunfante, asentida por los pueblos” en 1863 (Fallos 2:142); en 1930 invocando que el gobierno se encontraba en posesión de las fuerzas militares y policiales necesarias para asegurar la paz y el orden (Fallos 158:290 “Acord. s/reconocimiento del gobierno provisional de la Nación”), reiterado en 1943 (Fallos 196:5); en todos los casos reconoció amplias atribuciones al P. Ejecutivo de facto, aún en materia legislativa (Fallos 238:76 “Perón”; 238:198 “Cambiaso”), e incluso de organizar o reorganizar el Poder Judicial (Fallos 302:104 “Arias”). Hasta 1966 los regímenes de facto en materia legislativa dictaban “decretos-leyes”, a partir del Gral. Onganía en adelante dictaron “leyes”, y hasta ejercieron poderes constituyentes, por ejemplo en 1956 derogaron la Constitución de 1949, en 1966 dictaron el estatuto de la revolución argentina, en 1972 el estatuto fundamental, en 1976 en Actas del proceso de reorganización nacional...

el derecho individual es el derecho de la comunidad para regularlo en el interés común [...] el poder de promover el bien-estar genera es inherente al gobierno”<sup>21</sup>; La emergencia fue ampliada al sector laboral, con la ley 14.226 que obligaba a los propietarios de las salas cinematográficas a contratar actores que hicieran números en vivo durante los intervalos entre las películas, con prohibición de aumentar el precio de las entradas, lo que generó la doctrina de “Cine Callao” (1960) en el cual la Corte sostuvo que el poder de policía del Estado además de los ítems clásicos de moralidad, salubridad y seguridad, incluía otros valores como “los intereses económicos de la colectividad”<sup>22</sup>; y siguió su crecimiento hasta desbordarse en 1990 en el caso “Peralta Luis c. Estado Nacional, amparo”<sup>23</sup>, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó, no ya una ley “de emergencia”, sino un decreto del presidente Menem, Dec. 36/1990 promulgado como de “necesidad y urgencia”, contrario a las normas constitucionales, por cuanto legalizaba un canje obligatorio de depósitos bancarios por certificados de bonos externos a un plazo de 16 años, cuya cotización al momento de ser entregados era del 50% de su valor, una privación de la propiedad manifiesta; al mismo tiempo y para dar eficacia a la violación constitucional, establecía la presunción de validez de dicho decreto mientras la voluntad del Congreso Nacional, no se pronunciara expresamente por su derogación —una voluntad tácita o ficta— este precedente desnaturalizó la división de poderes republicana, fundado en que “una situación extraordinaria que gravita sobre el orden económico social, con su carga de perturbación acumulada en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin”. Para el Alto Cuerpo, los hechos están por encima del derecho.

Y el proceso ascendente, todavía considerado “dentro de la Constitución”, prosigue con la crisis de 2001 y la ley 25.561 de la presidencia de Duhalde, dispuso: “Declárase con arreglo a lo dispuesto por el art. 76 de la CN, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando en el Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10 de diciembre de 2003 [...]”; a la que se sumó el decreto 214/2002 que prohibía retirar los depósitos bancarios realizados en dólares y originó una profusa jurisprudencia de la Corte. Continuando con esta mala costumbre constitucional,

---

<sup>21</sup> Fallos 172:71.

<sup>22</sup> Falos 247:121.

<sup>23</sup> Fallos 313:1513.



el 23/12/2019 se sanciona la “Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública”, (L. 27.541) que en su art. 1<sup>a</sup> declara la emergencia publica en materia económica, financiera, administrativa, provisional, tarifaria, energética, sanitaria y social, deléganse en el P.E.N. las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del art. 76 CN, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art.2<sup>a</sup> hasta el 31 de diciembre de 2020”. Por lo que resulta difícil, distinguir en Argentina la “normalidad” de los “Estados de Excepción”.

La presencia permanente de la “emergencia” creo un nuevo derecho, el “derecho de emergencia” con la pretensión de que este derecho no “viva” fuera de la Constitución, sino dentro de ella<sup>24</sup>, estableciendo sus requisitos:

- a) Que medie un auténtico estado de necesidad, una realidad fáctica excepcional<sup>25</sup>
- b) Transitoriedad de la norma de emergencia<sup>26</sup>; pero ante la imposibilidad de fijar plazos, se determinó que la emergencia dura el tiempo en que permanecen las causas que la originaron<sup>27</sup>, con lo que se abrió la puerta para reconocer que “la emergencia” sea indefinida;
- c) Legitimidad intrínseca de la medida legal de emergencias, que tenga propósito de bien común, que sea razonable y justa<sup>28</sup>;
- d) Que medie respeto de la Constitución, puesto que se reconoce que durante la emergencia los derechos constitucionales pueden suspenderse, pero no frustrarse<sup>29</sup> pero de todos modos acontecimientos extraordinarios justifican re- medios extraordinarios que no serían constitucionales en épocas normales<sup>30</sup>.

Para ello y conforme el grado de intensidad de la “emergencia” la doctrina judicial ha creado la teoría de la “doble lectura de la Constitución”:

- a) Una para los periodos de normalidad con un fuerte entendimiento garantista de los derechos personales, que serían evaluados plenamente, o con el mayor vigor posible;

---

<sup>24</sup> Fallos 313:1638.

<sup>25</sup> Fallos 202:456.

<sup>26</sup> Fallos 136:171; 200:450.

<sup>27</sup> Fallos 313:1513.

<sup>28</sup> Fallos 202:456.

<sup>29</sup> Fallos 243:467.

<sup>30</sup> Fallos 328:690.

- b) El otro, para tramos de emergencia, donde adquiere protagonismo el estado de necesidad, adecua esos derechos a las instancias críticas que se viven, lo que produce una restricción de los derechos de los ciudadanos.

Este método genera una situación dual; algo que es constitucional durante el estado de necesidad, no lo sería en situaciones normales<sup>31</sup>; en otras palabras los derechos tendrían un diferente espesor, conforme a la situación que se viva; en la normalidad: serán derechos plenos; en la emergencia se transforman en frutas de corteza blanda —que se desecha— y sólo mantienen un “núcleo duro”, conforme a la terminología judicial<sup>32</sup>.

Esta dualidad, también prueba algo más grave: el cambio de las reglas del juego —constitucional— según sea la situación que se vive. Lo que de por sí, acredita la crisis del estado de derecho, y la preponderancia del poder sobre el Derecho.

La intensión de regular las emergencias se expresa en el derecho internacional, en tratados que hoy tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN)<sup>33</sup>, lo que supone una garantía de vigencia superior a la autoridad del Estado Nacional.

En nuestra Argentina el poder ha invocado en numerosas oportunidades la necesidad de resolver “gravísimos problemas”, que no pueden ser canalizados por los carriles constitucionales, y es posible distinguir:

- a) Las “emergencias” que “se declaran” por los órganos del Estado y que por su intensidad pueden convivir con la Constitución, y son “justificadas” en nombre del “bien común”;
- b) Las que no necesitan una “declaración formal” por los órganos constitucionales, donde el estado de necesidad genera sus propias normas (*necessitas ius constituit*) por sobre la Constitución, invocando el derecho natural de autoconservación de la sociedad y el Estado —que son previos a cualquier constitución— o cláusulas fundamentales que se refieren a la existencia y al supervivencia del Estado<sup>34</sup>.

Dentro del estado de derecho, la “emergencia”, se canalizó por diferentes institutos previsto y no previstos o prohibidos por la Constitución

---

<sup>31</sup> Sagües Néstor Pedro, ob. cit. Pag 1047.

<sup>32</sup> TSJ de Cba, Sent. n° 8/2009 “Bosio”; auto n° 510/2010 “Abacca”.

<sup>33</sup> Art. 4 PIDCYP; art. 26 CADH.

<sup>34</sup> Art. 33 CN.

Nacional, y su ejercicio le produjo severas lesiones al sistema, que en su esencia se mantuvo; el Poder Ejecutivo actuó y actúa de manera exorbitante, el Poder legislativo es pasivo, por acción u omisión; el Poder judicial, salvo casos excepcionales no realizó, ni realiza, un firme control de constitucionalidad, lo que evidencia falta de independencia y falta de cumplimiento de su rol dentro del sistema republicano.

Recuperada la democracia en 1983, y superada la emergencia que afectaba la vida física de las personas, otras variantes de las “emergencias” permanecieron, es más aumentaron distribuyéndose por especialidad, a las ya conocidas, se sumaron las climáticas, agropecuarias, sanitarias, educativas, previsionales, etc.; todas con su efecto “morigerador” sobre los derechos.

El gobierno del Presidente Macri, en los primeros días de su mandato, sumó nuevas emergencias declaradas, la de seguridad, y estadística, entre las más notables; entre las no declaradas el uso masivo de los DNU, para modificar leyes y designar magistrados en la Corte Suprema, etcétera.

El Presidente Alberto Fernández, asumido en diciembre de 2019, antes de terminar el mes – y antes de la pandemia - el Congreso había dictado la L. 27.541 que amplía las emergencias de todo tipo ya vigentes y el P. Legislativo delega atribuciones en el P.E.N.

La emergencia se ha convertido en una situación “normal”, es el modo de vivir en Argentina; es una señal muy grave con relación al funcionamiento del Estado de Derecho, y muestra la íntima relación entre Poder y Derecho.

Desgraciadamente es un fenómeno común en todo occidente, con mayor o menor intensidad. Se ha mutado del gobierno “normal”, establecido en las Constituciones, a la existencia de un estado de excepción permanente, desvinculado ya de las situaciones de gravedad institucional, impulsado por una conducta paradójica:

a) Cuando el P.E. cuenta con las mayorías necesarias la emergencia es justificada por leyes del Congreso, por tiempo indefinido —pues se renuevan año a año— actitud que se ha transformado en una de las reglas del funcionamiento de nuestro sistema;

b) Cuando el P.E. no cuenta con mayoría en el Congreso, por vía de los Decretos de Necesidad y Urgencia, que “saltan” la voluntad del pueblo representada en ambas Cámaras y la normativa constitucional. La república ha devenido en una “exceptodemocracia”. Lo que pone en discusión

—incluso— de la eficacia plena del sistema republicano establecido en el art. 1º, CN.

La máxima latina “necessitas legem no habet” se filtra en el sistema; lo desborda, y construye una realidad que lo deforma; Realidad que deberíamos cambiar y es un espacio donde los operadores jurídicos, tienen gran responsabilidad, aunque por cierto excede este campo.

## 5. La “verdadera” emergencia

A partir del 17 de marzo de 2020, con el –DNU nº 297/2020- se instala en Argentina, una “nueva” emergencia, a nuestras propias y singulares “emergencias”, hemos sumado por primera vez en la historia, una emergencia verdadera.

Y hemos conoció medidas desconocidas en el país, legales e “ilegales pero con fuerza de ley”, a saber: El Presidente, dispuso una cuarentena con sabor a “toque de queda”, el cierre de las fronteras y gobierna mediante decretos; las policías y las FF.AA salen a la calle a controlar el cumplimiento del DNU 297/2020; se impone el control de precios. El P. Legislativo “desapareció”. El P. Judicial se redujo a su mínima expresión. Las Provincias y ciudades por su cuenta, prohíben el ingreso y egreso de personas a su territorio; en la Nación y la Provincia se distribuyen ingresos dinerarios y alimentos en sectores carenciados; los hospitales dejan de prestar el servicio normal y se dedican preponderantemente al “coronavirus”; se congelan los alquileres y las cuotas de préstamos hipotecarios, se prohíben los desalojos; en algunas ciudades del interior, los jefes policiales por su cuenta establecen horarios de “toque de queda”, bajo la amenaza que si no se cumple, se retiran del servicio, ante la impotencia de las autoridades civiles; se dispone que sector de la producción y servicios pueden trabajar y cuáles no; se interviene por el P.E.N. una empresa privada y se proyecta su expropiación; se crean “Comisiones de Investigación por la mayoría oficialista del Congreso; cataratas e deudores, aluviones de acreedores; se promueve la libertad masiva de presos, etc etc. Todo ello, en medio de un torbellino, que prescinde del sistema legal y constitucional, pues se ha alterado la prelación normativa del art. 30 CN <sup>35</sup>.

La actual emergencia, es la demostración en vivo, de la “doble lectura” de la Constitución y que en la emergencia se instalan -con fuerza- los afo-

---

<sup>35</sup> Los decretos no pueden modificar las leyes, ni menos la Constitución

rismos latinos “necessitas legem no habet” y “autorictas non veritas factit leges”, para hacernos saber que los relatos horribos del pasado, vuelven a nuestro tiempo.

### *La reflexión del tiempo de la pandemia*

Toda nuestra historia jurídica relativa a la consideración de las “emergencias”, ha sido errónea. La generalidad de esas situaciones, no constituían verdaderas emergencias y la jurisprudencia generada al respecto han sido una adecuación a una situación política, que aceptó ceder las garantías constitucionales al Estado.

Hoy estamos frente a una “verdadera emergencia”; y de repente, en la realidad estamos viviendo al margen de la normativa Constitucional, y también de las prescripciones clásicas relativas al estado de excepción.

Ninguna causal es válida para “justificar”, la ruptura del sistema jurídico atropellado por la pandemia.

Una sociedad del siglo XXI no puede regresar a un estadio prepolítico, a la inseguridad, a la imprevisibilidad, al miedo ...

Las reglas de convivencia, aún sufriendo la pandemia, están prescriptas en la Constitución, que no puede ser “desarticulada” por un virus y por tiempo indeterminado, por más peligro que exista para la salud de los argentinos.

Construir el Estado de Derecho, llevo siglos de lucha y millones de muertos, construir el Estado Constitucional Argentino, costó una guerra civil de 40 años; construir la democracia constitucional, llevó 50 años de desencuentros y muertos, hasta arribar al día en que el país se encarriló por la buena senda en 1983.

Necesitamos respetar las normas constitucionales, y enfrentar el Covid-19 dentro de sus principios y valores.

*La pandemia, no puede hacernos retroceder a la edad de piedra.*



# **DERECHO PENAL**





# LA EMERGENCIA SANITARIA EN CONTEXTOS DE ENCIERRO CARCELARIO

CARLOS JULIO LASCANO<sup>1</sup>

## 1. Introducción

La privación de la libertad ambulatoria –ya sea como pena de las enumeradas en el art. 5 del Código Penal argentino o como medida cautelar de coerción personal en el proceso penal regulada en los distintos códigos procesales de la materia, tanto el nacional como los provinciales- sólo puede afectar la posibilidad que la persona sobre la que recae se traslade de un lugar a otro, pero de ninguna manera puede extenderse a otros derechos fundamentales del interno, entre los cuales uno de los más relevantes es la salud.

Con el objetivo de protección de la dignidad humana el Código Penal y la ley 24.660<sup>2</sup> de ejecución de las penas privativas de la libertad regulan la detención domiciliaria como una modalidad morigerada de cumplimiento de dicha clase de sanciones y también de la prisión preventiva, que permita evitar que el encierro en centros de detención pueda afectar la salud del interno o atentar contra su seguridad e integridad personales.

La emergencia sanitaria derivada de la pandemia del Covid-19 que involucra a la humanidad entera ha puesto en el tapete la situación de las personas privadas judicialmente de su libertad, en especial de aquellos internos que se ubican en grupos de riesgo de contagio del virus y podrían ser más vulnerables por estar conviviendo en proximidad física con otras

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Cátedra de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>2</sup> B.O. 16/07/1996.

personas dentro de ámbitos de encierro que –en ciertos establecimientos– presentan su capacidad de alojamiento excedida en el número de detenidos.

Cuando tales peligros no pueden ser neutralizados mediante la implementación de las medidas sanitarias preventivas que cada establecimiento debe adoptar para evitar el contagio masivo entre los internos, desde distintos sectores se postula como solución alternativa al encierro carcelario la concesión del beneficio de la detención domiciliaria en determinados supuestos, como así también la anticipación del encierro mediante el otorgamiento anticipado de libertad condicional y libertad asistida, o la revisión de la prisión preventiva con la posibilidad de otorgar la excarcelación en ciertos casos de los que no podré ocuparme en esta oportunidad.

Los numerosos pedidos de los internos de todo el país direccionados a obtener el cese del encierro carcelario han abarrotado los distintos tribunales federales y provinciales que se encuentran trabajando durante la feria judicial extraordinaria dispuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales superiores de provincia, todo en el marco de una opinión pública sensibilizada y dividida en encendidas discusiones, en no pocos casos teñidas de intencionalidades políticas o ideológicas. Trataré de sustraerme de ese difícil clima para abordar estas cuestiones desde lo estrictamente jurídico, con un análisis acotado a las soluciones que se han ido dando en el ámbito de la Justicia Federal, y, más específicamente, del tribunal oral en lo criminal federal de esta ciudad que integro, en forma particular con respecto a los pedidos de sustituir la efectiva privación de libertad que se cumple en establecimientos carcelarios por la modalidad atenuada de la detención domiciliaria.

## 2. Regulación de la emergencia sanitaria por el Covid-19

El decreto PEN 260/2020 del 12/03/2020, relacionado con la resolución adoptada por la Organización Mundial de la Salud, declara la situación de pandemia por aparición del Coronavirus 2019-Ncov (Covid-19); asimismo la Cámara Federal de Casación Penal en la acordada 3/2020 del 17/03/2020 encomienda el *«preferente despacho para la urgente tramitación de cuestiones referidas a personas privadas de su libertad que conformen el grupo de riesgo, en razón de sus condiciones pre existentes (art. 36 R/JN)»*.

Los arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN; 4.1, 5, 19 y 26 de la CADH; 3 y 25 DUDH. 1 y 11 DADDH; reglas Nelson Mandela 24/35; Secc. 2ª, apartado

10, acápites 22 y 23 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y 58, 59, 60,61, 143 de la ley 24660, establecen que el Estado debe resguardar el derecho a la salud de las personas en condición de encierro por su especial situación de vulnerabilidad. El Ministerio de Salud de la Nación determinó que las personas que padecen determinadas patologías constituyen un grupo de riesgo susceptible de padecer complicaciones serias frente al avance de la pandemia Covid-19.

En este mismo sentido se pronuncia el comunicado N° 66/20 de la C.I.D.H., de fecha 31 de marzo del corriente año, en el que el Organismo, considerando el contexto de la pandemia del virus Covid-19, en cuanto a la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, **recomienda** a los Estados adherentes:

*«1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, 2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas, 3. Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19. Garantizar en particular que todas las unidades cuenten con atención médica y proveer especial atención a las poblaciones en particular situación de vulnerabilidad, incluidas las personas mayores y 4. Establecer protocolos para la garantía de la seguridad y el orden en las unidades de privación de la libertad, en particular para prevenir actos de violencia relacionados con la pandemia y respetando los estándares interamericanos en la materia».*

La Comunicación de la Cámara Federal de Casación Penal del 02/04/2020, suscripta por la Sra. Presidenta, Dra. Ángela E. Ledesma, y los Dres. Gustavo M. Hornos –Vicepresidente 1°- y Alejandro W. Slokar –Vicepresidente 2°-, en atención a la comunicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomienda: *«que los órganos de la jurisdicción tomen razón y adopten los recaudos pertinentes en orden a los*

*puntos 1 y 2 de la Recomendación de la CIDH...»,* la cual ha sido transcrita precedentemente (<http://www.cas.org./es/ /066.asp>). Aclaro que entre las medidas alternativas al encierro referidas en el punto 2 de la referida recomendación se menciona la “*libertad anticipada*”, pero en el Derecho Penitenciario argentino esa expresión debe interpretarse como abarcativa de los distintos institutos contemplados en la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad n° 24.660 que permiten al interno obtener el cese del encierro carcelario con anterioridad a la fecha del cómputo de cumplimiento total de la condena, tales como la libertad condicional (art. 28 y ss. ley 24.660) y la libertad asistida (art. 54 del mismo texto legal).

La resolución n° 1/20, intitulada “*Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*”, adoptada por la CIDH el 10 de abril de 2020, establece una serie de recomendaciones cuya descripción omitiré por razones de brevedad.

La Cámara Federal de Casación Penal en la acordada 9/2020 de fecha 13/04/2020, recomienda:

*«a los tribunales de la jurisdicción que adopten medidas alternativas al encierro, tales como la prisión domiciliaria, con los mecanismos de control y monitoreo que estimen corresponder, respecto de: a) Personas en prisión preventiva por delitos de escasa lesividad o no violentos, o que no representen un riesgo procesal significativo, o cuando la duración de la detención cautelar haya superado ostensiblemente los plazos previstos en la Ley 24.390, en relación a los hechos imputados y tomando en cuenta las características de cada proceso; b) Personas condenadas por delitos no violentos que estén próximas a cumplir la pena impuesta; c) Personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión; d) Personas en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplan con los demás requisitos; e) Mujeres embarazadas y/o encarceladas con sus hijos e hijas; f) Personas con mayor riesgo para la salud, como adultos mayores, personas con discapacidades que puedan exponerlas a un mayor riesgo de complicaciones graves a causa del COVID-19, y personas inmunodeprimidas o con condiciones crónicas como enfermedades coronarias, diabetes, enfermedad pulmonar y VIH. Las evaluaciones en cada caso deberían determinar si es posible proteger su salud si permanecen detenidas y considerar factores como el tiempo de pena cumplido y la gravedad del delito o la existencia de riesgos procesales y el plazo de la detención, para los procesados. 3) Meritar con extrema prudencia y carácter sumamente restrictivo la aplicabilidad de estas disposiciones en supuestos de delitos graves, conforme normas constitucionales, con-*

*vencionales y de derecho interno, según la interpretación que el órgano jurisdiccional haga en cada caso»*

La lectura de dicha acordada nos permite advertir que ella no contiene norma alguna que conmine a los tribunales de la Nación a disponer en forma obligatoria y automática la sustitución, de la ejecución en establecimientos penitenciarios de penas privativas de la libertad o de la prisión preventiva de todos los internos que se encuentren dentro de lo que se consideran “grupos de riesgo” vinculados al virus Covid-19, sino que sólo se trata de recomendaciones que apuntan a la evaluación prioritaria acerca del otorgamiento de medidas alternativas al encierro como la detención domiciliaria, la libertad condicional o la libertad asistida.

Sin embargo, un magistrado ha declarado inconstitucional la mencionada acordada. Se trata de Germán Castelli, juez del Tribunal Oral Federal nº 7 de la ciudad de Buenos Aires, a quien le tocó entender -como a tantos otros magistrados- en distintos planteos de libertad que llegaron en medio de la emergencia sanitaria por el coronavirus. Con fecha 23/04/2020 decidió declarar la inconstitucionalidad de la acordada 9/2020 de la Cámara Federal de Casación Penal.

Castelli se pronunció así en el pedido que formuló un condenado por delitos de lesa humanidad, actuando como magistrado del TOF 2 de La Plata. Al día siguiente (24/04/2020) repitió esa conclusión, en su condición de juez del TOF 7 de la ciudad de Buenos Aires, al negar la detención domiciliaria que había solicitado Ana Lucía Tavera Huaman condenada por tráfico de estupefacientes a cuatro años y medio de prisión, quien tenía antecedentes oncológicos y patologías diabéticas y de inmunosupresión. El juez afirmó que aunque la interna *«integra un grupo vulnerable por sus patologías de base, lo cierto es que no encaja dentro de aquellos parámetros establecidos pues no se trata de una persona que haya superado la franja etaria más expuesta, no se encuentra cursando un embarazo, ni tampoco tiene en la actualidad hijos lactantes»*. Añadió que no se encuentra *«en condiciones inminentes de acceder a alguno de los tipos de las libertades anticipadas (salidas transitorias, libertad condicional y libertad asistida)»*.

En el apartado III de su resolución el juez Castelli declaró *«la inconstitucionalidad de la acordada 9/20 dictada por la Cámara Federal de Casación Penal»*. El magistrado subrayó que dicha cámara se encuentra *«plenamente activa en la revisión jurisdiccional de las decisiones de los tribunales orales»* y podrá pronunciarse sobre ello cuando le lleguen los recursos, pero cuestionó las recomendaciones a los tribunales inferiores porque *«aún cuando el verbo ‘recomendar’ no importe una orden sino un*

*consejo sobre lo que puede o debe hacer un juez sobre sus futuros casos, lo cierto es que ello es igualmente inadmisibile por el límite infranqueable que impone el principio de independencia de los jueces como uno de los pilares esenciales de la Constitución».*

La Sala II de la Cámara de Casación Penal, por sentencia del 3 de junio de 2020 registrada bajo el n° 439/20 en la causa n° CFP 15405/2017/TO1/5/CFC1 “Tavara Huaman Ana Lucía s/ recurso de casación”, por mayoría (vocales Slokar y Yacobucci) concedió a la mencionada interna la modalidad de la detención domiciliaria en cuanto dispuso: «II. ...Hacer lugar al recurso interpuesto por la Defensa Pública en favor de Ana Lucía Tavara Huaman, casarla resolución recurrida en su punto I y devolverlas presentes actuaciones al *a quo* a fin de que, con la celeridad que el caso impone, se dicte un nuevo pronunciamiento con estricto apego a los términos establecidos en la presente y con especial consideración, entre los requisitos a imponer, lo relativo al referente y domicilio alternativos». En el punto siguiente por unanimidad resolvió: «III. Hacer lugar al recurso interpuesto por la Defensa Pública y casarla resolución recurrida en su punto III, en cuanto había declarado la inconstitucionalidad de la Acordada n° 9/20 dictada por esta Cámara Federal de Casación Penal. Sin costas (arts. 470, 530 y ccds. CPPN)». Se trata de la decisión del 24 de abril p.p.d. del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 7 de la ciudad de Buenos Aires, en conformación unipersonal por el juez Germán Castelli.

El vocal Alejandro Walter Slokar, quien condujo el acuerdo de la Sala II CFPC, luego de propiciar la concesión de la detención domiciliaria a la interna Tavara Huaman, en el apartado IV de su voto expresó: «Que, sin perjuicio de la solución postulada, este tribunal no puede dejar de memorar que, conforme la inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “...la declaración de inconstitucionalidad [...] es un acto de suma gravedad institucional, [...] y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable” (Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241), y de “incompatibilidad inconciliable” (Fallos: 322:842; y 322:919). Asimismo, se ha dicho que aquella declaración resulta procedente cuando no exista la posibilidad de otorgarle a las normas en juego una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 310:500, 310:1799, 315:1958, entre otros). Estas razones han llevado a considerarla como *última ratio* del orden jurídico (Fallos 312:122; 312:1437; 314:407; y 316:2624), “...cuando no existe otro modo de salvaguardar algún de-

recho o garantía amparado por la Constitución” (Fallos: 316:2624). Es que, en definitiva, “...la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su competencia, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes, pues al ser llamada para sostener la Constitución un poder que avance en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía y el orden público” (Fallos: 329:1723). De acuerdo a tales criterios, la evocación de “impertinencia constitucional” de la Acordada n° 9/20 de este cuerpo, que contiene recomendaciones encaminadas a orientar y regular los criterios para la evaluación de las solicitudes relativas a la morigeración de las medidas que disponen el encierro carcelario, incumple los criterios básicos de sobriedad y prudencia –y antes bien de orden técnico- en el ejercicio de la delicada tarea de ejercer el control de constitucionalidad. En efecto, el *a quo* señaló sin ninguna incidencia para su decisión sobre la especie que el pleno de este tribunal invade la independencia interna de los tribunales, y evocó para ello la obra del maestro Julio B. J. Maier, quien –por cierto- desechó por incorrecta la interpretación que se realizó de su texto en la decisión en cuestión (*Vid.* Maier, Julio B. J., “Biología y prisión”, en *El Cohete a la luna*, 3 de mayo de 2020). Bien que se mire, desde una perspectiva consistentemente técnica e institucionalmente responsable, distante aparece la hipótesis de la invalidez constitucional que importa la obligatoriedad de los fallos plenarios, denostada como “dictadura de los jueces”. Antes de ello, y lejos de cualquier imposición por vía de una inteligencia compulsiva de normas, menester es señalar que los criterios de los tribunales superiores en la organización judicial deben ser seguidos por los jueces de grado sólo en razón de su fuerza argumental, de la altura moral que representen tales precedentes y de su rigor científico (jurídico), como también por motivos de economía procesal. Y el alcance de esta obligación moral se limita a la necesidad de que los jueces brinden mayores razones que justifiquen una interpretación distinta, de modo tal que se planteen nuevas reflexiones que puedan conmovir los fundamentos otorgados. Cuando, como ocurre en el *sub lite*, ello no tiene lugar ni necesidad, la sentencia resulta arbitraria también en ese aspecto –por falta de fundamentos- y traslada en ese aspecto un dispendio jurisdiccional (Fallos: 212:51; 212:160; 307:1094), toda vez que habilita a los justiciables a recurrirla y genera la sobrecarga y litigiosidad de la que el magistrado solapadamente se molesta. De tal suerte, acierta el judicante en destacar la importancia de preservar la independencia –cuanto menos, interna- de cualquier juez. Ciertamente, tal debe ser su mayor virtud. Empero, deviene preocupante la fragilidad que se asume de esa suprema cualidad de intérprete, si acaso puede verse perturbada –según lo indica

el magistrado- por las meras recomendaciones de este tribunal. Tanto más, cuando los lineamientos de la Acordada 9/20 están dirigidos a atender cada supuesto individual por parte de los jueces, y se limita a facilitar una hermenéutica básica de la morigeración por razones humanitarias, en el contexto de la señalada emergencia dentro de la emergencia, provocada por una pandemia de extensión y gravedad inusitadas dentro de encierros signados por el hacinamiento, y las dificultades estructurales para garantizar la prevención del contagio y la atención general de la salud en caso de mayor propagación del virus. En definitiva, la crítica coyuntura actual impone la necesidad de evitar innecesarias contiendas, desde una independencia interna constitucionalmente bien entendida -siendo que en el caso la función esencial de jurisdicción aparece absolutamente a resguardo- desde el deber de cumplir responsablemente con el mandato preambular de “afianzar la Justicia”, en el supremo interés del justiciable, como impone la especie. Por tal motivo, propicio también hacer lugar al recurso por cuanto impugnó el punto III de la resolución recurrida».

A su vez, el juez Carlos Alberto Mahiques al emitir su voto en segundo término -luego de disentir con el magistrado Slokar sobre la concesión del arresto domiciliario a la interna Tavara Huaman- sostuvo: «IV. En lo concerniente a lo resuelto en el punto III de la resolución impugnada, por la que declaró la inconstitucionalidad de la Acordada 9/20 dictada por esta Cámara Federal de Casación Penal, acuerdo con el primer ponente en su manifiesta improcedencia. Es que, en definitiva, la acordada de mención, no se trata sino de un conjunto de pautas hermenéuticas, en el marco, no de una exhortación de carácter jurisdiccional sino administrativa, orientada a explicar el cuadro de situación excepcional provocado por la pandemia en el ámbito judicial penal federal; y a sugerir a los jueces responsables de la decisión en cada caso -según sus respectivos criterios de razonabilidad y proporcionalidad-, algunos posibles cursos de acción en materia de medidas cautelares, compatibles con los derechos fundamentales comprometidos, y cuando se trate de personas vulnerables consideradas tales en las normativas y reglamentos sanitarios. Así entonces, y de conformidad con lo dictaminado por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia el 26 de mayo del corriente, habrá de revocarse la inconstitucionalidad declarada por el inferior de grado».

Por último, el camarista Guillermo Jorge Yacobucci -quien concordó con su colega Slokar en conceder la modalidad de la detención domiciliaria a Tavara Huaman- afirmó: «conuerdo con lo sostenido en el apartado IV del voto que lidera el acuerdo en punto a las considera-



ciones formuladas respecto a la declaración de inconstitucionalidad de la Acordada 9/20 de esta Cámara y me remito, en razón de brevedad, a los fundamentos allí vertidos».

Por mi parte debo expresar que la mencionada acordada –que se enmarca en las facultades de superintendencia de la Cámara Federal de Casación Penal- más allá de las buenas intenciones de los señores magistrados que la suscriben frente a la situación de emergencia derivada de la pandemia, sólo contiene recomendaciones o sugerencias de la Cámara Federal de Casación Penal, razón por la cual no debe aplicarse de manera automática en asuntos reservados a la órbita de las funciones jurisdiccionales propias de los tribunales orales federales ni exige su cumplimiento obligatorio por parte de éstos. Una interpretación diferente correría el riesgo de admitir que el órgano jurisdiccional encargado de revisar las sentencias de los tribunales de juicio –antes de llegarle una causa por declararse admisible un recurso de casación- podría estar facultado para impartirles instrucciones genéricas acerca de cómo resolver los casos que se les presenten en el futuro, lo cual podría ser entendido como un adelanto de opinión por parte del órgano casador. Vale la pena recordar que VÉLEZ MARICONDE<sup>3</sup> sostiene que un Tribunal superior –por elevada que sea su jerarquía- no puede dar instrucciones a un inferior. Los jueces son esclavos de la ley pero gozan de independencia funcional.

Pongo de resalto que la referida acordada de la Cámara Federal de Casación Penal no encuadra en lo preceptuado en los arts. 10 y 11 de la ley 24.050, que establece que una sentencia plenaria de dicho tribunal es de aplicación obligatoria para los tribunales dependientes de él. Un importante sector de la doctrina argentina ha considerado que la obligatoriedad de los fallos plenarios en materia penal es lesiva del principio de legalidad (arts. 18 y 19 C.N.) porque implica la creación de una norma general que establece la interpretación vinculante de un tipo delictivo o de la pena conminada por la ley penal, en relación a conductas no comprendidas en el caso concreto sometido a juzgamiento, para los tribunales que en el futuro deban resolver situaciones fácticas similares. Al analizar la naturaleza del acuerdo plenario, RICARDO C. NUÑEZ<sup>4</sup> entiende con toda razón que no se salvan las objeciones anteriores diciendo que no se trata de una ley, sino

<sup>3</sup> VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. II, Lerner, Córdoba, 1986, pp. 73 y 74.

<sup>4</sup> NUÑEZ, Ricardo C., *La ley, única fuente del derecho penal argentino*, “Opúsculos de Derecho Penal y Criminología”, N° 50, Lerner, Córdoba, 1993, pp. 73 y 74.

de un *acto del régimen interno de las cámaras*, porque se le reconoce los efectos de la ley misma al afirmarse que *obliga a todos los jueces superiores e inferiores y extiende su autoridad sobre todas las personas y hechos jurídicos*. Agrega el maestro cordobés que el sistema de la división de los poderes del gobierno y la imposibilidad de delegación recíproca entre los mismos de las facultades conferidas por la propia Constitución Nacional impiden la asimilación de la decisión del tribunal en pleno a una ley. «*Si no puede equipararse a la ley, es obvio que el pronunciamiento plenario no puede ser fuente penal. Lo que quiere decir, a pesar de los textos legales contrarios, que los jueces en los casos posteriores al que ocasionó el acuerdo, deben buscar el tipo penal y la pena en la ley misma y no en la resolución del tribunal en pleno*» (Nuñez, Ricardo C., ob. cit., p. 75).

A su vez, MAIER considera inadmisibles que una ley reduzca el ámbito de interpretación de las leyes para el juez que fija y enmarca nuestra Constitución, sujetándolo a la opinión de otro tribunal que, excediendo la solución del caso particular que le toca decidir, lo trasciende y pretende su aplicación a otros casos a fallar en el futuro; es la Constitución la que define el poder jurisdiccional como poder que ejercen los jueces, su alcance y limitaciones, y, al respecto, no ha habido, ni puede haber dudas en nuestro sistema jurídico acerca de que las sentencias de los jueces no trascienden el caso particular, ni el juez puede estar limitado en su poder por otro instrumento que no sea la ley, cuya interpretación en los casos particulares que llegan a su conocimiento se le confía, por aquello de que “los jueces están sólo subordinados a la ley”, como forma de preservación del Estado de Derecho (se entiende a la ley que no lesiona la Constitución erigiendo límites de la función jurisdiccional que ella no contiene o acordando a ciertos actos jurisdiccionales alcances que ella no regula)<sup>5</sup>.

Siguiendo la valiosa opinión de ENRIQUE GARCÍA VITOR<sup>6</sup>, sostengo que la observancia obligatoria por los tribunales inferiores de la doctrina de los fallos plenarios en materia penal es inconstitucional; contraria a disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; propia de sistemas totalitarios, no democráticos, de gobierno; entorpece el desarrollo

<sup>5</sup> Confr. MAIER, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, t. I, vol. a, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 169).

<sup>6</sup> GARCÍA VITOR, Enrique U., *La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria*, en “Planteos penales”, Colección Jurídica y Social, N° 14, Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1994, p. 138.

de la interpretación de la ley, impidiendo su enriquecimiento. La doctrina sólo se impone por su valor científico y su fuerza moral. Así lo he declarado en numerosas oportunidades respecto del acuerdo plenario n° 5 del 17/8/99, dictado por la entonces Cámara Nacional de Casación Penal, en el caso “Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación”<sup>7</sup>, que por mayoría se pronunció a favor de la denominada tesis restrictiva que entendía que el beneficio de la suspensión del juicio a prueba sólo podía acordarse para aquellos delitos que no superen, en su pena máxima conminada en abstracto, los tres años de reclusión o prisión.

Atento que la acordada 9/20 del 13/04/2020 no reviste la naturaleza jurídica de un fallo o sentencia plenaria de la Cámara Federal de Casación Penal, no advierto la necesidad de la declaración de su inconstitucionalidad, por tratarse ésta de un remedio excepcional al que sólo puede acudir como *ultima ratio*.

Más allá que nos encontramos ante una situación mundial compleja, no resulta posible aplicar una recomendación genérica para todo el universo de casos, ya que el juzgador debe resolver en cada causa particular y, en caso de apartarse de las soluciones legales, el magistrado deberá responder no solamente conforme con las sanciones previstas en el Código Penal sino también ante el Consejo de la Magistratura de la Nación. Sin embargo, en el Estado de Derecho resulta inadmisibles el empleo del juicio político como medio intimidatorio hacia los magistrados que resuelvan de un modo contrario a la expectativa de quien lo promueve, pues para lograr la revisión de decisiones judiciales que puedan estimarse equivocadas existen numerosos recursos procesales que la ley confiere en plano de igualdad tanto a los imputados o condenados como a las víctimas del delito.

Por todo ello entiendo que debe primar la independencia de los jueces, la cual no puede estar limitada ni acotada por recomendaciones que emanen de un tribunal superior y si bien lo dispuesto por la citada acordada de la CFCP tiene la sana intención de evitar la propagación de una pandemia que lleva al contagio masivo y eventual muerte de las poblaciones en riesgo, teniendo en cuenta la superpoblación que existe actualmente en muchas de las cárceles del país, dicha exhortación no puede operar de manera automática, sino que debe tenerse en cuenta al analizar el caso particular de cada uno de internos que estén en condiciones de acceder a las medidas alternativas al encierro, siempre y cuando se encuentren corroborados fehacientemente todos los requisitos para

---

<sup>7</sup> Publicado en La Ley, ejemplar del 17/9/99.

hacer efectivo el cumplimiento de lo recomendado; en definitiva, el magistrado debe estudiar el caso particular respecto a las condiciones del interno, la condena y el delito por el cual ha sido llevado a proceso, todo ello con fundamento en lo que disponen las leyes vigentes y resolver conforme a Derecho, en base a la sana crítica racional.

Finalizo el tratamiento de esta cuestión refiriendo que con fecha 02/05/2020 Jorge de Santo, juez en lo criminal y correccional n° 37 de la ciudad de Buenos Aires, ante una acción de amparo presentada por la asociación civil “Usina de Justicia” que dirige Diana Cohen Agrest, declaró la inconstitucionalidad de la acordada 5/2020 emanada de la Cámara Nacional de Casación Penal con fecha 23/04/2020, que recomienda a los magistrados extremar los recaudos para ayudar a la pronta disminución de la sobrepoblación carcelaria, atendiendo prioritariamente, en la medida que el caso así lo permita, la situación de los internos que conformen los grupos de riesgo de contagio del Covid-19.

El argumento central del magistrado de Santo -como en el pronunciamiento del juez Castelli que hemos analizado precedentemente- giró en torno a la afectación de la garantía de independencia de los jueces, pero además sostuvo que dicha acordada «*lesiona el derecho de cada una de las víctimas de los delitos cometidos por los detenidos bajo jurisdicción de este Fuero, de ser escuchadas con anterioridad a decidir, incluso en forma genérica, la concesión de libertades y prisiones domiciliarias*», basándose en la ley 27.372 sobre “Derechos y garantías de las personas víctimas de delitos”<sup>8</sup>, en especial su art. 12. Debo acotar que esta omisión no fue reprochada por el juez Castelli, dado que en los fundamentos de la acordada 9/2020 de la CFCP se hace expresa mención que los jueces deberán asegurar en cada caso concreto el debido proceso legal y garantizar los derechos de las partes y, en especial, dar estricto cumplimiento a la ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos (ley 27372).

### **3. La detención domiciliaria en la normativa supranacional y en el Derecho argentino**

Sostiene con acierto LUIGI FERRAJOLI<sup>9</sup>:

---

<sup>8</sup> B.O. 13/07/2017.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, segunda edición, Trotta, Madrid, 1997, pp. 385 y 386.

«La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia irracional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno».

Esa es la razón por la cual la Constitución Nacional contiene garantías directamente relacionadas con la cuestión de la pena y por la que la reforma constitucional de 1994 las amplió a partir de la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados internacionales mencionados por el art. 75 inc. 22 C.N.

Entre las garantías referidas a la sanción penal hay tres que guardan estrecha relación con el tema que nos ocupa: a) el **principio de la dignidad humana**(art. 5º, apartados 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); b) el **principio de humanidad o de prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes** (arts. 18 C.N.; 5º, apartado 2 del Pacto de San José de Costa Rica; 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aplicable en función del art. 75 inc. 22 C.N.; y c) el **principio de trascendencia mínima de la pena** emergente de la Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (*Reglas de Tokio*), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110 del 14/12/1990; como asimismo de los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas, aprobados por la CIDH (3 al 14 de marzo de 2008)<sup>10</sup>.

Resulta oportuno tener presente que en 2015 la Organización de Estados Americanos suscribió la llamada Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (60 años o más, art. 2), con el fin de abordar la temática del envejecimiento desde la perspectiva de los derechos humanos. Es así como los estados miembros, respecto de las personas mayores que hayan sido privadas legalmente de su libertad, tienen la obligación de promover medidas alternativas de acuerdo

---

<sup>10</sup> DE LA RÚA, Jorge – TARDITTI, Aída, *Derecho Penal. Parte General*, tomo 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 618.

con sus propios ordenamientos legales internos (arts. 4 inc. a) y 13). Puntualmente el compromiso importa

*«...adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas... que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor [...] garantizar que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que sea privada de su libertad en razón de un proceso tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención [...] promover medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos [...] fomentar una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz...»<sup>11</sup>.*

La ley argentina adopta el *principio de la no discriminación*, lo cual supone que no hay ninguna categoría delictiva exenta de la necesidad del trato humanitario que merecen todos los detenidos, más allá de la gravedad de sus crímenes. Dicho principio se encuentra plasmado en la interpretación que formuló la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando sostuvo: *«Los derechos y garantías constitucionales y legales han sido establecidos para todos, aún para aquellos imputados o condenados por delitos aberrantes. La humanidad contra la cual fueron cometidos estos crímenes exige del Estado de Derecho la necesaria imparcialidad en la aplicación de las leyes»<sup>12</sup>*. Al respecto, la Corte ha dicho que: *«el derecho a un trato digno y humano reconocido a las personas privadas de su libertad no sólo encuentran soporte en nuestra Constitución Nacional desde 1853, sino que ha sido reconocido desde los orígenes mismos de la legislación penitenciaria del país...»<sup>13</sup>*. La Corte ha sostenido claramente que *«los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directamente e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana... Así, esta Corte ha establecido que el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas*

<sup>11</sup> Cfr., arts. 4, 5, 10, 13, 31 y 32 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, OEA, AG/RES. 2875, del 15/06/15, ratificada en Argentina por ley 27.360, B.O. 31/05/2017.

<sup>12</sup> C.S.J.N., “Alespeiti, Felipe Jorge s/ Incidente de recurso extraordinario”, 18/04/2017.

<sup>13</sup> CSJN, *Fallos* 328:1146, “Recurso de Hecho Verbitsky, Horacio s/ Hábeas Corpus”, 03/05/2005.

*bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera y que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal, lo cual debe ser asegurado por el Estado en razón de que éste se encuentra en posición especial de garante con respecto a dichas personas»<sup>14</sup>.*

La detención domiciliaria es una modalidad atenuada de ejecución de las penas privativas de libertad y tiene como objetivo limitar la libertad ambulatoria de manera menos intensa que aquella clase de penas tradicionales. Este instituto implica el encierro –no la libertad- y el cumplimiento –pues no la pospone- de la pena privativa de libertad, aún cuando no se haga efectivo en un establecimiento penitenciario.

En los arts. 10 del C.P y 32 de la ley 24.660 se encuentran enumerados los supuestos en los cuales se puede disponer la detención domiciliaria; destacándose los incisos a), b) y c) que refieren a los internos con problemas de salud, hipótesis que se vinculan con el *principio de humanidad* pues apuntan a evitar que la ejecución de la pena privativa de libertad «tenga un contenido afflictivo particularmente intenso derivado de la especialísima situación en la que se encuentra el interno que pueda beneficiarse con esta alternativa»<sup>15</sup>. Otra hipótesis del principio de humanidad se manifiesta en el inciso d) que admite la detención domiciliaria para los internos de avanzada edad (mayor a setenta años).

Cabe recordar que las hipótesis de detención domiciliaria originariamente se encontraban reducidas sólo a dos supuestos -que el imputado fuese mayor de setenta años o que padeciera una enfermedad incurable en estado terminal- los cuales se ampliaron en virtud de la reforma introducida por ley 26.472<sup>16</sup>. Con ello, los actuales arts. 10 C.P. y 32 de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad 24.660 prevén que la detención domiciliaria puede ser dispuesta en los siguientes casos:

*«a) al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario; b) al interno que padezca una enfermedad incurable en periodo*

<sup>14</sup> C.S.J.N, “Alespeiti”, cit.

<sup>15</sup> AROCENA, Gustavo A. - CESANO, José Daniel, *La prisión domiciliaria*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 30.

<sup>16</sup> B.O. 20/01/2009.

*terminal; c) al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) al interno mayor de setenta años; e) a la mujer embarazada y f) a la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo».*

No obstante la ampliación de los casos de vulnerabilidad amparados legislativamente, se ha mantenido incólume el criterio que concede al magistrado interviniente la potestad de decidir si va a disponer el otorgamiento del beneficio, al señalarse que el juez de ejecución o juez competente podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria. En este sentido, la letra de la ley es suficientemente clara, por cuanto la decisión jurisdiccional de conceder el beneficio es una facultad delegada por el legislador al juzgador en tanto exterioriza esa competencia legal con el tiempo del verbo facultativo “podrá” y no el verbo imperativo “deberá”. Si el modo verbal hubiera sido “deberá”, ninguna ponderación correspondería hacer, reduciendo la cuestión a un simple trámite automático. Sin embargo, ninguna facultad está otorgada por la ley para ser ejercida discrecionalmente pues la decisión judicial ha de apoyarse en razones objetivas que permitan tener por acreditado que el caso se ubica o no entre aquellos para los que la norma está destinada. En su virtud, corresponde al juez competente efectuar una valoración respecto las condiciones personales del interno, ya que para conceder la detención domiciliaria, incluso a una persona con más de 70 años, se deberán brindar argumentos que demuestren que el encarcelamiento, a raíz de las condiciones personales excepcionales del sujeto, provocaría alguna de las dos consecuencias que la ley está encaminada a evitar: el trato cruel, inhumano o degradante del detenido, o la restricción de derechos fundamentales que la prisión no debe afectar.

La modalidad de detención domiciliaria es aplicable para el interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario (arts. 10 inc. a) del C.P. y 32 inc. a) de la ley 24.660); y en los casos en los que por la avanzada edad de los penados, en razón de un natural deterioro físico, se encuentren más proclives a resentir los efectos de la prisión, por lo que constituye una alternativa racional devolverlos a su medio familiar para que el restablecimiento de los vínculos afectivos torne más llevadera la limitación a su libertad ambulatoria.

Pese a que la edad de 70 años no es un indicador automático que justifique la prisión domiciliaria, sí es un indicador general que obliga al juez



a examinar si las condiciones personales del interno justifican una modificación en el modo en que se cumple una prisión preventiva o una condena.

La ley no distingue con relación a la naturaleza de los delitos perseguidos ya que la gravedad de la imputación no impide otorgar el beneficio que se reclama. En este entendimiento y partiendo de la premisa que el requisito etario no implica que opere de manera automática el beneficio de la detención domiciliaria, la edad avanzada, conjuntamente con otros factores, justifican la modificación del lugar de cumplimiento de la pena cuando concurren en cada caso concreto razones de humanidad –cercanía con la familia, enfermedad, necesidad de contar con centro de salud cercano por posibles urgencias- que no pueden dejar de contemplarse.

Se entiende que el tribunal en cada caso debe realizar un ejercicio de ponderación entre el deber del Estado de perseguir y juzgar los delitos por los cuales una persona se encuentra sometida a proceso o condenada, y por otro lado, las razones de humanidad invocadas por su defensa, de tal modo que se evite que el encierro se convierta en un ejercicio abusivo y restrictivo de derechos fundamentales por parte del poder punitivo del Estado.

#### **4. La detención domiciliaria y el Covid-19. Distintos planteos resueltos por el Tribunal Oral Federal en lo Criminal n° 2 de esta ciudad**

Durante la feria judicial extraordinaria dispuesta con motivo de la pandemia nuestro tribunal ha venido funcionando conforme las directivas emanadas de la Corte Suprema de Justicia, principalmente por medio de la tecnología informática que posibilita el trabajo remoto. Los tres vocales nos hemos dividido las causas que deben ser resueltas con habilitación de feria, de modo que todos podamos actuar como jueces de ejecución penal en forma unipersonal. La gran mayoría de los pedidos que hemos recibido corresponden a personas privadas de su libertad ambulatoria –con prisión preventiva o cumpliendo condena por sentencia firme- que reclaman dejar el encierro carcelario y pasar a cumplir detención domiciliaria. En cada caso particular se solicita informe al Servicio Médico del establecimiento donde se encuentra alojado el peticionante y luego se le corre vista al Fiscal General; si correspondiere, también se escucha la opinión de la víctima; con todos esos elementos el magistrado resuelve, por lo general rechazando el planteo y, ante la interposición del recurso de casación, se lo declara admisible y se remiten las actuaciones a la CFCP, la cual en casi todos los casos confirma la resolución del tribunal oral.

En razón del tiempo disponible para esta exposición he escogido dos de los muchos casos resueltos en el TOF 2 de Córdoba; por razones de decoro personal se trata de resoluciones adoptadas por un vocal distinto del suscripto, las cuales me parecen adecuadas para ilustrar los criterios de valoración utilizados y han sido confirmadas por la instancia recursiva.

**4.1. Caso Carlos Jorge Franke:** este detenido –en el momento de la explosión de la fábrica militar de Río Tercero pertenecía a la cúpula de Fabricaciones Militares- se encuentra cumpliendo condena por sentencia firme en el establecimiento penitenciario federal de Campo de Mayo. Su defensor técnico peticionó se le conceda detención preventiva expresando que –conforme el informe elaborado por el Servicio Penitenciario Federal- su defendido pertenece a lo que se denomina “grupo vulnerable” en base a los lineamientos aportados por el Ministerio de Salud, esto es, por la edad (74 años) y por su estado de salud, acompañando copias de estudios médicos.

Evacuados los respectivos informes y la vista al Fiscal General cuyo dictamen fue negativo, el juez de cámara José Fabián Asís el 30/03/2020 resolvió no hacer lugar a la prisión domiciliaria solicitada. Se fundó en los siguientes argumentos: el informe del Servicio Penitenciario Federal respecto de la aplicación de medidas tendientes a prevenir el contagio del Covid 19 dentro del Instituto Penal Federal de Campo de Mayo, resulta eficiente y respetuoso del protocolo en relación a la condición de riesgo que presenta Franke junto a otros internos con el mismo nivel de vulnerabilidad, no existiendo al día de la resolución un estudio que indique que en prisión domiciliaria los riesgos de contagio del virus sean menores que en el encierro carcelario que actualmente rige. Todas las medidas de prevención y control en general, a los que se suman los controles sanitarios individuales y específicos intensificados para el grupo denominado de riesgo, son los que deben ser tenidos en cuenta a los fines de evaluar la existencia de un grave y actual riesgo para la salud del condenado para obtener una medida de ejecución de la pena privativa de la libertad morigerada. Además debe considerarse especialmente que a esa fecha no se han registrado casos detectados ni sospechosos dentro del Instituto Federal donde se aloja el interno. En este sentido, los informes médicos penitenciarios receptados indican que la situación de salud de Franke se encuentra controlada en forma periódica por los médicos del penal, por lo que en la actualidad no se dan las circunstancias necesarias para presumir la existencia de un riesgo cierto, inminente o grave para la salud del interno que justifique la adop-

ción de la medida peticionada. Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta que se trata de una pandemia cuya evolución es dinámica y cambiante, cada caso será sometido a revisión en caso de ser necesario, previo informe de la autoridad penitenciaria.

Con fecha 20/04/2020 la Sala de FERIA de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por los jueces Ana María Figueroa, Carlos Alberto Mahiques y Diego G. Barroetaveña, por unanimidad resolvió declarar inadmisibles el recurso de casación deducido por la defensa de Carlos Jorge Franke y encomendar al tribunal *a quo* que disponga oficiar a la unidad carcelaria donde el nombrado se encuentra detenido para que arbitre los medios necesarios tendientes a dar cumplimiento y extremar las medidas de prevención, salud e higiene en los términos de la acordada 3/20 de esa C.F.C.P. y la “Guía de actuación para la prevención y control del Covid 19 en el S.P.F.” (DI-2020-58- APN-SPF#MJ, del 26/03/2020). En el voto que lideró el acuerdo (Mahiques) se dijo que la circunstancia que el recurrente esté incluido dentro de los grupos de riesgo conforme el listado realizado por la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal denominado “Población penal alojada. Informe en relación a Covid-19”, sólo da cuenta que se encuentra en un peligro presunto o hipotético frente a un eventual contagio de ese virus, pero no logra comprobar un riesgo efectivo y concreto a su salud que conlleve la necesidad de disponer su detención en el ámbito de su domicilio. De modo que es a la parte recurrente a quien incumbe demostrar cuál sería el peligro concreto y actual que sufre el detenido y explicitar los puntos que considere arbitrarios de la resolución recurrida o los agravios que no hayan sido debidamente atendidos por el *a quo*, circunstancias ausentes en el *sub examine*, y que no pueden ser suplidas por esa jurisdicción. Por otra parte, el impugnante no exhibe en su planteo un cuadro de riesgo sanitario que no pueda ser, por el momento, adecuadamente atendido y controlado dentro de la unidad en la que Franke se encuentra detenido.

**4.2. Caso Marcelino Ramón Álvarez:** el 30 de marzo de 2020 el juez de cámara José Fabián Asís resolvió no hacer lugar a la prisión domiciliaria solicitada por la defensa técnica del mencionado interno –detenido con prisión preventiva en el establecimiento penitenciario n° 7 de la ciudad de San Francisco de esta provincia, acusado como partícipe necesario del delito de organización para el transporte y la comercialización de estupefacientes-; la peticionada atenuación de la privación de libertad de Álvarez se basó en que éste es hipertenso y tiene antecedentes de obesidad de alto

grado (II-III), agregando que ello se encuentra acreditado en el listado de personas en riesgo de contraer Covid 19 proporcionado por el Servicio Penitenciario Federal.

A los efectos de mantener la detención preventiva de Marcelino Ramón Álvarez, el juez unipersonal tomó en consideración que del informe médico remitido por el establecimiento penitenciario en el que se encuentra alojado surge que *«(e)l interno Álvarez fue valorado médicamente con fecha 25.03.20, donde en el examen físico realizado en reposo no arrojó signos ni síntomas de enfermedad física en evolución aguda. Que hasta la fecha en el penal no se han detectado casos de H – COVID 19, no habiendo ningún caso positivo. Que sí se están aplicando los protocolos de actuación en la Unidad Penitenciaria, dispuestos recientemente por el gobierno de la provincia de Córdoba, la que se encuentra en revisión permanente en función de la evolución y de las nuevas informaciones emergentes, (...) que en forma permanente se está pensando cómo estar acorde a las circunstancias, poder estar a la altura y enfrentar esa situación de pandemia, siendo*

*esto de un dinamismo que se marca día a día [...]»*. El tribunal compartió el criterio postulado por el representante del Ministerio Público Fiscal y señaló que *«(s)i bien Marcelino Ramón Álvarez tiene antecedentes de obesidad de alto grado (II-III), encontrándose dentro del grupo de riesgo frente al coronavirus. No obstante, surge que el mismo ha sido controlado médicamente sin arrojar signos o síntoma alguno....Es decir, que si bien padece de obesidad de alto grado, la existencia de contagio del COVID-19 no se encuentra acreditada, ya que según lo informado no existe ningún*

*caso en el Complejo Carcelario donde está alojado el interno. [...] Podemos concluir que la contención médica se encuentra garantizada [así como] su derecho al acceso a la salud, de modo que actualmente, se ha[n] tomado todas las contingencias sanitarias necesarias, que no podrán ser de ninguna manera garantizadas fehaciente[mente] en el entorno libre, sumado a que las consultas a hospitales están restringidas a casos de urgencia y gravedad»*.

Con fecha 21/04/2020 la Sala I de la CFCP integrada por los vocales Ana María Figueroa, Daniel Antonio Petrone y Diego G. Barroetaveña, decidió por mayoría que las discrepancias valorativas expuestas por la parte impugnante sólo reflejan que no se comparten los fundamentos brindados por el tribunal de la instancia precedente, mas esa circunstancia no configura un agravio fundado en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 306:362 y 314:451, entre muchos otros), en los graves defectos del pronunciamiento (Fallos: 314:791; 321:1328 y 322:1605) o en alguna cuestión

federal (Fallos: 328:1108); por lo que no corresponde de la intervención de la jurisdicción de ese Tribunal y debe declararse inadmisibles la vía intentada.

## 5. La posibilidad del Poder Ejecutivo de indultar o conmutar penas ante la emergencia sanitaria

En un interesante artículo publicado el 04/05/2020 en la edición del diario “La Voz del Interior” de la ciudad de Córdoba, bajo el título “*Solo el Presidente de la Nación puede liberar a los presos*”, JUAN CARLOS VEGA (ex presidente de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados) sostiene que el Presidente incurre en doble error, jurídico y político, al expresar que la decisión de liberar a los presos no está en sus manos. En lo jurídico el articulista invoca el art. 99 de la Constitución Nacional que faculta al Presidente de la Nación a dictar indultos y conmutar penas y el art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que «*lo faculta a tomar estas medidas en situaciones de emergencia como las que vive el mundo hoy. La misma facultad tienen los gobernadores de provincia por leyes especiales*». Agrega a continuación: «*Pero también es un error político, porque el Presidente sabe, como experto en derecho, que los argentinos en un 82% desconfiamos de nuestros jueces. El informe de la Comisión de Expertos del Colegio de Abogados de Córdoba de 2017 es categórico y fundado en hechos*». Aunque lamentablemente pueda concordar con el autor del artículo respecto de la desconfianza de la ciudadanía en los magistrados judiciales –en muchos casos justificada- no me consta el porcentaje que menciona.; pero –como expresé en la introducción de esta exposición- me limitaré únicamente al supuesto error jurídico que atribuye al Presidente de la Nación y a las soluciones que postula.

Afirma VEGA que la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 31 de marzo de 2020, dirigida a los 34 estados americanos, no es un simple consejo moral sino que «*exige a los gobiernos a adoptar medidas eficaces para evitar explosiones sanitarias y sociales en las cárceles*». Más adelante expresa: «*El presidente de la Nación es el único facultado para disponer libertades masivas de presos en las cárceles federales; no los jueces. Éste no sería el inmoral indulto de Menem, sino un indulto o conmutación exigido por la pandemia. Y si no lo hace, habrá responsabilidad internacional del Estado argentino ante la Comisión Interamericana*».

Por ello, con fundamento en el art. 27 de la Convención Americana y en el art. 99 C.N., VEGA propone que el Presidente «*debería firmar un de-*

*creto de necesidad y urgencia (DNU) por el cual disponga la liberación y prisión domiciliaria de dos grupos de detenidos. En primer lugar, mayores de 70 años, que son el principal grupo de riesgo por edad. En segundo lugar, quienes tienen prisiones preventivas sin condena firme y por delitos menores.... Deben quedar excluidos del beneficio de este indulto que otorga libertades y prisiones domiciliarias los detenidos por delitos de lesa humanidad y aquellos detenidos por delitos a la integridad sexual, femicidios, delitos de corrupción, narcotráfico y lavado de activos, en los términos de la Convención de Palermo. ...Los jueces argentinos no tienen las facultades constitucionales para liberar de manera masiva a los presos».*

Aunque puedo aceptar –en general- que por la situación de emergencia derivada de la pandemia no deberían ser excarcelados ni ser derivados a arresto domiciliario los detenidos por los delitos cuya exclusión se propone y que los jueces no están facultados para disponer tales medidas en forma masiva (pues sólo pueden hacerlo en forma individual para cada caso sometido a su decisión), debo disentir respetuosamente con la metodología propuesta para dar solución a la cuestión.

Sostengo por mi parte que no sería válido que el Presidente de la Nación otorgue indultos o conmutaciones de penas mediante decretos de necesidad y urgencia, porque el art. 99 inciso 3, tercer párrafo C.N., expresamente excluye de la atribución presidencial de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia «*cuando se trate de normas que regulen materia penal*». Como el indulto y la conmutación de penas tienen por efecto extinguir la pena impuesta por sentencia condenatoria firme, constituyen normas de naturaleza penal cuya regulación a través de DNU está prohibida constitucionalmente porque afectarían el principio de legalidad (arts. 18 y 19 C.N.).

En cambio, no habría objeción alguna para que –ante la grave situación de la pandemia y los mayores riesgos que corran de manera cierta y concreta algunos internos en lugares de detención con hacinamiento- el titular del Poder Ejecutivo Nacional, de acuerdo a la facultad que le otorga el art. 99 inciso 5 C.N., pudiera por simple decreto (no DNU) conceder indultos o conmutaciones de penas, en forma individualizada, a los que se encuentren cumpliendo penas privativas de libertad por sentencia firme. Esta limitación obedece a que el indulto consiste en el perdón de la pena impuesta, dejando subsistente la infracción cometida. Por ello el poder administrador no debería válidamente otorgar indultos masivos en favor de procesados, sin que a su respecto exista sentencia condenatoria firme, pues ello importaría una inconstitucional invasión de la esfera de atribuciones

reservada al Congreso de la Nación, de *conceder amnistías generales* (art. 75, inciso 20, *in fine* C.N.).

Sólo para el hipotético supuesto -para nada deseado- que la situación de los establecimientos carcelarios del país entrara en colapso por el ingreso y contagio del Covid 19 en el interior de esos ámbitos cerrados con hacinamiento de internos y no fuera posible la construcción de centros de aislamiento en módulos de instalación rápida en los terrenos ubicados dentro del perímetro de la respectiva institución penitenciaria para poder aislar enfermos leves con Covid 19 que no requieran internación hospitalaria extramuros, podríamos admitir –por una emergencia que podría llegar a ser catastrófica y equiparable a un estado de necesidad- que se reuniera con premura el Congreso de la Nación –observando los protocolos sanitarios de prevención indispensables- y analizara la conveniencia de sancionar una ley de amnistía general que extinga las acciones penales y las penas derivadas de delitos de menor lesividad y no violentos –que deberán estar claramente enumerados y descriptos de manera completa en la norma- con expresa exclusión de crímenes de lesa humanidad, delitos de corrupción funcional, aquellos que impliquen violencia de género o grave afectación contra la integridad sexual, criminalidad organizada para el contrabando y tráfico de estupefacientes, para la trata de personas como así también otros delitos que el Estado argentino se ha obligado a perseguir y castigar mediante pactos internacionales.

Concluyo mi contribución señalando a título ilustrativo que del otro lado de la cordillera de los Andes, con una regulación constitucional diferente de la nuestra, se ha dictado la ley n° 21.228, publicada el 17/04/2020, que concede indulto general conmutativo a causa de la enfermedad Covid-19 en Chile.

## BIBLIOGRAFÍA

- AROCENA, GUSTAVO A. - CESANO, JOSÉ DANIEL, *La prisión domiciliaria*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
- DE LA RÚA, JORGE – TARDITI, AIDA, *Derecho Penal. Parte General*, tomo 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2014.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, segunda edición, Trotta, Madrid, 1997.
- GARCÍA VITOR, ENRIQUE U., *La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria*, en “Planteos penales”, Colección Jurídica y Social, N° 14, Secreta-

ría de Posgrado y Servicios a Terceros, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1994.

MAIER, JULIO B.J., *Derecho Procesal Penal Argentino*, t. I, vol. a, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

NUÑEZ, RICARDO C., *La ley, única fuente del derecho penal argentino*, “Opúsculos de Derecho Penal y Criminología”, Nº 50, Lerner, Córdoba, 1993.

VEGA, JUAN CARLOS, *Solo el Presidente de la Nación puede liberar a los presos*, en la edición del diario “La Voz del Interior”, Córdoba, 4 de mayo de 2020.

VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho Procesal Penal*, t. II, Lerner, Córdoba, 1986.



## COVID-19 Y CÁRCELES ARGENTINAS

GUSTAVO A. AROCENA<sup>1</sup>

*“El coronavirus está poniendo a prueba nuestro sistema”*<sup>2</sup>

I. El 31 de diciembre de 2019, en Wuhan (China), fue notificada por primera vez la existencia de una enfermedad causada por coronavirus, a la que dio en llamarse “COVID-19” y que, por la facilidad de su propagación, fue declarada por la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) como generadora de una situación de *emergencia de salud pública de importancia internacional* tan solo un mes después, el 30 de enero de 2020. No mucho tiempo después, el 11 de marzo, ese organismo internacional declaró al brote del nuevo coronavirus como una *pandemia*, luego de que el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegara a 118.554, y el número de muertes a 4.281, afectando hasta ese momento a 110 países.

Se sabe que los coronavirus son una familia de virus que pueden causar enfermedades en los humanos, que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS), pasando por la COVID-19, que es provocada por el más reciente de los coronavirus que se ha descubierto.

Como se acaba de anotar, la COVID-19 se propaga con notable sencillez, por contacto de una persona con otra que esté infectada por el virus, a través de las gotículas procedentes de la nariz o la boca que salen des-

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular Ordinario de Derecho Penal, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>2</sup> BYUNG-CHUI Han, “La emergencia viral y el mundo de mañana”, en AA.VV., *Sopa de Wuhan –Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia-*, Editorial ASPO, 2020, p. 97.

pedidas cuando la primera tose o exhala, y la segunda las inhala o las toca tras haber caído sobre los objetos y superficies y luego se palpa los ojos, la nariz o la boca.

Esta circunstancia ha determinado a muchísimos países a adoptar medidas preventivas, como, por ejemplo, el cierre de sus fronteras<sup>3</sup>, el aislamiento social obligatorio, total o parcial, por tiempo determinado o indeterminado (fue lo que, en la República Argentina, dispuso el presidente de la Nación por **decreto de necesidad y urgencia 297/2020**, del 19/03/2020), o, aun, el distanciamiento social, con igual carácter preventivo y obligatorio (es la situación vigente hoy en nuestro país, por virtud del **decreto de necesidad y urgencia 605/2020**, del 18/07/2020).

No es necesaria mayor reflexión para advertir que, justificados o no, legítimos o no, razonables o no, el aislamiento forzado, primero, y el distanciamiento compulsivo, después, han materializado la *restricción al libre ejercicio de derechos constitucionales*, como el derecho de trabajar y el derecho a la libertad ambulatoria, tutelados por el artículo 14 y los artículos 14 y 14 bis, respectivamente, de nuestra Ley Suprema.

Sobre el punto, habremos de coincidir con *Gargarella* en el sentido que “...podemos aprobar muchas de las decisiones tomadas por el Gobierno en este tiempo en cuanto a restricciones de derechos y cuarentenas, pero sin dejar de recordar nunca una historia regada de enseñanzas, sobre los riesgos propios de: 1) centralizar el poder al extremo, en un contexto de desigualdad; 2) limitar derechos constitucionales en nombre de alguna emergencia; y 3) dejar el espacio público en manos de las fuerzas de seguridad”<sup>4</sup>. Pero, prioritariamente, haremos nuestras las palabras del constitucionalista argentino, en cuanto que, aunque la “emergencia de

---

<sup>3</sup> En nuestro país, por **decreto de necesidad y urgencia 274/2020**, del 16/03/2020, el presidente estableció la prohibición de ingreso al territorio nacional, por un plazo de quince (15) días corridos, de personas extranjeras no residentes en el país, a través de puertos, aeropuertos, pasos internacionales, centros de frontera y cualquier otro punto de acceso, prescribiendo que dicho plazo podrá ser ampliado o abreviado por el Ministerio del Interior, previa intervención de la autoridad sanitaria nacional, conforme a la evolución de la situación epidemiológica. El término, efectivamente, fue ampliado, y se encuentre vigente a la fecha de culminación de la elaboración de este *paper*, con fecha 17/04/2020.

<sup>4</sup> GARGARELLA, Roberto, “Coronavirus: Los problemas del estado de emergencia en América Latina”, en diario La Nación, sección Opinión, 30 de marzo de 2020, disponible en World Wide Web: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/coronavirus-los-problemas-del-estado-emergencia-america-nid2348990> (accedido el 17 de abril de 2020).

salud” sea, tal vez, la excusa más perfecta para justificar restricciones drásticas de derechos, “...tenemos razones para pensar sobre la cuestión con mayor cuidado. Primero, **resistir la idea de que la emergencia exige («naturalmente») la concentración de poderes**; y segundo, **analizar con extrema prudencia cualquier llamado a intercambiar «protecciones de salud» por «derechos básicos»**. [...L]as libertades básicas (que incluyen derechos políticos, de reunión, petición o queja) gozan de una «prioridad lexicográfica» frente a los restantes: en principio, no deben limitarse nunca, en nombre de necesidades sociales, económicas o de otro tipo. La razón no es oscura: se trata de derechos no «intercambiables» por constituir el «sostén» de todos los demás derechos. Si ellos se ponen en riesgo, toda la estructura de derechos entra en crisis”<sup>5</sup>.

En esta orientación, la **Oficina de la Alta Comisionada de la Organización de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos** ha publicado en su página web oficial, con fecha 6 de abril de 2020, una serie de directrices sobre “COVID-19 y su dimensión de derechos humanos”<sup>6</sup>, en el marco de las cuales se puntualiza:

“Los gobiernos deben tomar decisiones difíciles para responder al COVID-19. El derecho internacional permite la adopción de medidas de urgencia en respuesta a amenazas de gran entidad, pero **a condición de que esas medidas sean proporcionales al riesgo previsto, sean necesarias** y se apliquen de forma no discriminatoria. Esto significa que dichas medidas deben **tener una orientación y una duración específicas**, y que han de **aplicarse de la manera menos invasiva posible**, con miras a proteger la salud pública”.

Para luego, sin solución de continuidad, añadir:

“En lo tocante al COVID-19, **los poderes de emergencia deberán utilizarse con fines legítimos de salud pública (...). Algunos derechos no pueden derogarse**, entre otros el principio de no devolución, la prohibición de la expulsión colectiva, **la prohibición de la tortura y los malos tratos**, y la protección contra el uso de la detención arbitraria”. El estándar principal que –con innegable tino– procura dejar sentado la Alta Comisionada es, pues, aquel según el cual el respeto de los derechos humanos en

<sup>5</sup> GARGARELLA, “Coronavirus”, con negritas incluidas en el texto original.

<sup>6</sup> Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “COVID-19 y su dimensión de derechos humanos”, directrices relativas a COVID-19, 06/04/2020, disponible en World Wide Web: <https://acnudh.org/directrices-relativas-a-covid-19/> (accedido el 20 de abril de 2020).

todo su espectro —que abarca tanto a los derechos económicos y sociales como a los civiles y políticos— será fundamental para el éxito de la respuesta de la sanidad pública<sup>7</sup>. En pocas palabras: cualquier respuesta de emergencia al coronavirus —por parte de los Estados—, si se pretende legítima, debe ser proporcionada, necesaria y no discriminatoria.

Pero no es éste el tópico que pretendemos abordar en este artículo. Antes bien, habremos de proponer algunas premisas de insoslayable consideración, a la hora de analizar la **específica situación** de un colectivo especialmente vulnerable, como lo es el de las *personas privadas de su libertad en un establecimiento penitenciario*, ya sea en carácter de condenados o en condición de encarcelados cautelarmente para preservar los fines del proceso penal.

Es que, si el advenimiento de la (ya reconocida como) pandemia y la imposición del aislamiento y el distanciamiento social, preventivos y obligatorios, pusieron “patas para arriba” la cotidianeidad de la población del mundo libre y suscitaron una explosión de reflexiones en orden a las posibles tensiones entre la obligación inalienable del Estado de proteger la salud pública y los derechos individuales y sociales de todos, sus repercusiones en el mismo ámbito de la vida de los reclusos y en el terreno del respeto al ejercicio de todos sus derechos no afectados por la condena o por la ley (arg. art. 2 ley 24.660) o las necesidades cautelares de tipo procesal, son inabarcables.

Lo expresado es así, al fin y al cabo, porque la ejecución de la pena privativa de la libertad en instituciones totales como las cárceles —al menos, la gran mayoría de las de América Latina, con sus condiciones de **superpoblación**<sup>8</sup>, **higiene precaria** e **infraestructura arcaica**— tornan dificultosa la práctica regular y estricta de las medidas de protección básicas contra el nuevo coronavirus, tales como, por ejemplo, el lavado de manos con un

---

<sup>7</sup> Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “COVID-19 y su dimensión de derechos humanos”.

<sup>8</sup> Para que la afirmación que realizamos en el texto principal no se consolide como una mera afirmación dogmática, y aunque luego volveremos sobre este punto, puede consultarse, a este respecto, el informe sobre la sobrepoblación penitenciaria en los países de América Latina incluido en el texto del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), *El sistema penitenciario ante la encrucijada producto de la crisis provocada por el Covid-19*, San José (Costa Rica), 2020, p. 7. De allí surge, entre otras cosas, que en el año 2016 el sistema penitenciario argentino albergaba en sus establecimientos un número de 9.151 personas superior a la capacidad de alojamiento ideal del sistema.

desinfectante de manos a base de alcohol, o con agua y jabón (elementos que no suelen proveerse con habitualidad a nuestros reclusos), o el **distanciamiento de al menos un (1) metro entre las personas** (que difícilmente puede llevarse a cabo en instituciones que albergan muchas más personas que las permitidas por su capacidad de alojamiento ideal)<sup>9</sup>.

Son –todo debe ser dicho- **medidas elementales para la preservación de un derecho**, como el de la **salud**, cuya protección tiene también raigambre constitucional (art. 42 C.N), y que –como se acaba de puntualizar- en modo alguno se ve afectado por la condena o por la ley respecto de las personas condenadas a una pena privativa de la libertad, en tanto verdaderos sujetos de derechos que aquellas son (arg. art. 2 ley 24.660<sup>10</sup>);

<sup>9</sup> Organización Mundial de la Salud, Coronavirus (COVID-19), Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19), Cómo protegerse, Medidas de protección básicas contra el nuevo coronavirus, disponible en World Wide Web: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public> (accedido el 19 de abril de 2020).

<sup>10</sup> Sobre el artículo 2 de la ley penitenciaria argentina, hemos tenido oportunidad de aseverar: “La disposición legal establece expresamente la vigencia del **principio constitucional de reserva** (artículo 19 C.N.) en el ámbito de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Se recepta, en sede de ejecución penitenciaria, la máxima según la cual ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

“Puede decirse que la disposición que examinamos es, de alguna manera, una **derivación lógica del principio constitucional de legalidad** del artículo 18 de la Ley Suprema, ya que el ámbito de reserva que se pretende amparar está determinado por todos aquellos derechos que no han sido perjudicados en forma legítima y de modo expreso por la resolución jurisdiccional que pone término al proceso o por la ley.

“... [E]ste último principio presupone no sólo que el delito y la pena estén determinados por una ley con carácter previo al hecho en que se funda la sentencia condenatoria, sino también que el cumplimiento de esa pena se verifique en el modo exactamente previsto por el pronunciamiento jurisdiccional que la establece. Se trata, como podrá advertirse, de la **legalidad ejecutiva** (...).

“... ”

“Por virtud del principio de reserva, el condenado a una pena privativa de la libertad es un **sujeto de derechos**, y no alguien que se encuentra en una **relación de sujeción especial** respecto de la Administración penitenciaria según la cual –por tratarse de un terreno de libre conformación por parte de ésta, sustraído a la tutela del derecho- están habilitadas indeterminadas afectaciones a los derechos fundamentales del recluso. Deberá reconocérselo, pues, como titular de los mismos derechos que las personas libres, pudiendo tales derechos ser afectados sólo por las **limitaciones previstas por la ley** como inherentes a la resolución jurisdiccional que dispuso la medida de encierro carcelario” (v. AROCENA, Gustavo A., *Hacia la definitiva consideración del recluso*

menos aún, claro está, en orden a las personas privadas de su libertad con exclusivos fines de tutela procesal.

Veamos, pues, las premisas que deben ser tenidas cuenta en este particular terreno, y en este singular contexto de emergencia.

## II

1. Corresponde, en primer término, abreviar en las normas jurídicas vigentes del ordenamiento jurídico argentino.

Es sabido que, por imperio del **artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional**, distintos tratados internacionales de derechos humanos —entre los que se encuentra la **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes** (Ginebra, 1984), y a los que luego se añadirían otros- **han adquirido jerarquía constitucional**.

Como consecuencia de ello, estos instrumentos internacionales, aunque no se han incorporado materialmente al “cuerpo” de la Constitución formal, han pasado a integrar junto con ésta el llamado “**bloque de constitucionalidad federal**”, que se ubica en la cúspide del orden jurídico interno del Estado y se erige, así, en **principio fundante y de referencia** para la validez de las restantes normas del sistema.

En lo que a la ejecución de las penas privativas de la libertad se refiere, este bloque de constitucionalidad federal contiene pautas de política penitenciaria y reglas sobre la situación jurídica de las personas privadas de la libertad que conforman un verdadero **programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario** al que debe adaptarse la normativa inferior sobre la materia.

Desde luego, este programa comienza con el fundamental artículo **18 de la Ley Suprema Argentina**.

En lo aquí interesa, la citada disposición legal prescribe:

“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

---

*como sujeto de derechos*, ConTexto, Resistencia, 2014, pp. 30 a 32, con negritas que obran en el original.

Se trata de una norma que, según la tesis a la que adherimos, consagra el **principio de humanidad en la ejecución de las penas privativas de la libertad**, que constituye la máxima que debe regir todo el sistema de ejecución de la pena de encierro.

Como explica *Núñez*, el objeto de la cláusula, que introduce una trascendental pauta de política penitenciaria de jerarquía constitucional, es "...proscribir toda medida de crueldad o excesivo rigor que pudiera emplearse contra los presos mientras permanezcan en las celdas. El castigo para el encarcelado –añade el jurista– no debe ser otro que la pena misma con arreglo a su propia manera de ser legal. **Las cárceles en sí mismas –concluye– por sus condiciones materiales, higiénicas y de salubridad, no deben agravar el mal inherente a la pena**, ni las autoridades ejecutarlas en forma que aumenten ese mal"<sup>11</sup>.

Por otro lado, el orden jurídico constitucional del país, y el programa que él instituye en materia de ejecución del encierro carcelario, incluyen, esta vez por medio de los tratados internacionales elevados a la jerarquía de la Carta Magna, disposiciones igualmente relevantes a los fines del tópico que abordamos en el presente texto.

En este sentido, merece la pena mencionar aquí la ya citada **Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes**, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su **Resolución 39/46**, de 10 de diciembre de **1984**.

El **artículo 16** de este conjunto normativo, en su **apartado 1.**, estipula:

"Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción ...**actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes** y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona".

**2.** A estas reglas integrantes del programa constitucional relativo a la ejecución del encierro carcelario se añaden otras, no ya de raigambre constitucional, sino legal.

---

<sup>11</sup> V. NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960, t. II, p. 361.

En efecto, la **ley argentina 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad**, trae prescripciones vinculadas con el *trato* que ha de dispensarse a los reclusos y con su *derecho a la salud*, comprendido entre los múltiples derechos de los que aquél es titular, y que no resultan limitados por la sentencia que dispuso su condena ni por la ley.

Así, el **artículo 58** de la ley penitenciaria argentina señala:

“El régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello se implementarán **medidas de prevención**, recuperación y rehabilitación **de la salud y se atenderán especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos**”.

Y el **artículo 143** agrega:

“El interno **tiene derecho a la salud**. Deberá brindársele oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescritos”.

### III

¿Por qué es importante tener presente el artículo 18 de la Constitución y el derecho a la salud de los reclusos, cuando debemos reflexionar sobre la situación de los reclusos en contextos de emergencia sanitaria?

La jurisprudencia puede ayudarnos a responder el interrogante.

Efectivamente, la propia **Corte Suprema de Justicia de la Nación**, en el magnífico precedente “**Badín**”<sup>12</sup>, ha tenido oportunidad de subrayar:

“...un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas, proscribiendo toda medida «que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija» (art. 18 de la Constitución Nacional). Tal postulado, contenido en el capítulo concerniente a las declaraciones, derechos y garantías, reconoce una honrosa tradición en nuestro país ya que figura en términos más o menos parecidos en las propuestas constitucionales de los años 1819 y 1824 a más de integrar los principios cardinales que inspiran los primeros intentos legislativos desarrollados por los gobiernos patrios en relación a los derechos humanos. Aunque la reali-

---

<sup>12</sup> C.S.J.N., “Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, 19/10/1995, en Fallos: 318:2002, con negritas agregadas.



dad se empeña muchas veces en desmentirlo, cabe destacar que la **cláusula tiene contenido operativo**. Como tal **impone al Estado**, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, **la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral**".

La idea, pues, es bastante clara: en virtud de la particular situación en la que se encuentran las personas que cumplen una pena privativa de la libertad en una institución total –en la que el interno se no puede proveer a sí mismo de los bienes y servicios que satisfagan eficazmente sus necesidades básicas-, el Estado tiene una **posición de garante** respecto de la vida y la salud de tales personas, que lo obliga a adoptar las medidas imprescindibles para evitar cualquier situación lesiva o riesgosa para tales bienes jurídicos de los sujetos prisionizados. El Estado, pues, por su especial posición institucional, es garante de la preservación de la vida y la salud de los reclusos, pesando, sobre aquél, **expectativas normativas derivadas de su rol**, cuya defraudación deriva en la responsabilidad –incluso, o *principalmente*, penal- de esta agencia oficial.

Para expresarlo en otros términos, y recurriendo, ahora, a Jakobs, en cuanto alude a la posición de garante que surge:

“...de roles especiales, que obligan a su respectivo titular a configurar el mundo en común con el sujeto favorecido y, por tanto, a hacer llegar a un ámbito de organización ajeno determinadas prestaciones, siempre que estas sean necesarias y con independencia de dónde resida la causa de esta necesidad. En este grupo se trata de las instituciones sociales imprescindibles que obligan a la solidaridad, esto es, ...de las prestaciones estatales elementales, en particular, ...los principios fundamentales del Estado de derecho en sentido material y formal”<sup>13</sup>.

El Estado, en definitiva, con respecto a las personas que guarda en sus cárceles, desempeña un **rol institucional que genera expectativas normativas** que forman parte de su rol, y que lo obligan a **evitar resultados de lesión o de peligro para la vida o la salud de aquéllas**, bajo de riesgo

---

<sup>13</sup> Cfr. JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»”, en Jakobs, Günther, Estudios de Derecho penal, traducción al castellano y estudio preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM Ediciones – Civitas, Madrid, 1997, pp. 212 y 213.

de ser legítima y legalmente reprochado, incluso penalmente, en caso de no hacerlo.

La **Corte Interamericana de Derechos Humanos** ha reafirmado esta concepción, aun en forma más categórica:

“Frente a las **personas privadas de libertad**, el **Estado se encuentra en una posición especial de garante**, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.

“...Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último **debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse** o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar”<sup>14</sup>.

La invocación de la jurisprudencia del tribunal con sede en San José de Costa Rica no es, desde luego, azarosa.

Es que, la **jurisprudencia** de órganos internacionales -como, justamente, la citada Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>15</sup>-, al igual

---

<sup>14</sup> Corte I.D.H., **Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay**, Sent. de 02/03/de 2004, nm. 152 y 153.

<sup>15</sup> En este sentido, en el precedente “**Gioldi**”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que “...la «jerarquía constitucional» de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, «en las condiciones de su vigencia» (art. 75, inc. 22, párr. 2º, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y *considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*” (C.S.J.N., 07/04/1995, “**Gioldi**”, en Fallos: 318:514. La bastadilla es nuestra).

que la *opinión* de agencias internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>16</sup>, deben **servir de guía** para la interpretación de los preceptos de los instrumentos sobre derechos humanos de tipo convencional: concretamente, y en el caso de estas dos instituciones, de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>17</sup>.

Y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”, O.E.A., 1969)<sup>18</sup>, en *sintonía con el referenciado programa constitucional de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, prevé, entre otros, el **derecho a la vida** (art. 4.1), el **derecho a la integridad física y psíquica** (art. 5.1), y el **derecho a no ser sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes** (art. 5.2), consagrado para todas las personas en general, sin distinción de carácter de inocentes o condenadas legítimamente por la comisión de un hecho delictuoso.

#### IV

No está de más añadir, por otra parte, que también las normas del *soft* o *weak law*<sup>19</sup>, *aluden a la posición de garante del Estado respecto de las personas que guarda en sus cárceles.*

*Más allá de la falta de vigencia normativa vinculante de esta clase de disposiciones, nadie discute su relevancia, derivada de la ascendencia y representatividad de la agencias de las cuales ellas provienen.*

---

<sup>16</sup> Lo sostiene la Corte Suprema en el caso “**Bramajo**”: “La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [señala el cimero tribunal argentino] *deben servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*” (C.S.J.N., 12/09/1996, “**Bramajo**”, en Fallos: 319:1840, con cursiva agregada).

<sup>17</sup> Sobre esto, v. CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 11.

<sup>18</sup> Conjunto normativo de jerarquía constitucional, por virtud del artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación Argentina.

<sup>19</sup> Para un análisis global del tema del *soft law*, v. AA.VV., *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Dinah Shelton (editor), Oxford University Press, New York, 2000. Sobre los aspectos generales de aquel concepto, v. Baxter, R. R., “International law in «her infinite variety»”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, octubre, 1980, pp. 549 a 566.

*En este terreno, podemos traer a colación las llamadas “Reglas Mandela”<sup>20</sup>, cuya directriz 24 se ocupa de los servicios médicos en los siguientes términos:*

“1. La **prestación de servicios médicos a los reclusos es una responsabilidad del Estado**. Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica.

“2. Los servicios médicos se organizarán en estrecha vinculación con la administración del servicio de salud pública general y de un modo tal que se logre la continuidad exterior del tratamiento y la atención, incluso en lo que respecta al VIH, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas, y la drogodependencia

Como puede advertirse, la regla se orienta en la exacta misma dirección que la concepción ya expuesta en orden a la posición de garante del Estado en relación con las personas alojadas en establecimientos penitenciarios.

## V

Sentado todo esto, podemos avanzar interrogándonos sobre qué circunstancias corresponde tener en cuenta a la hora de reflexionar sobre los **requisitos para el correcto desempeño del Estado en su rol de garante de los reclusos**, ante una enfermedad como la COVID-19, que –como hemos visto- se transmite fácilmente de una persona a otra a través de las gotas procedentes de la nariz o la boca que salen despedidas cuando el infectado tose, estornuda o habla, o cuando un tercero toca superficies u objetos contaminados, y que –como también hemos anotado- fue declarada por la Organización Mundial de la Salud como “pandemia”, el 11 de marzo de 2020.

La propia **Organización Mundial de la Salud**, en una *Guía Interna* elaborada el 15 de marzo, puntualizó en torno a este asunto:

“Las **personas privadas de libertad**, como las que se encuentran en prisiones y otros lugares de detención, **son generalmente más vulnerables**

---

<sup>20</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas por la Asamblea General, por resolución 70/175, del 17 de diciembre de 2015.

a la enfermedad del Coronavirus (COVID-19) que la población general debido a las **condiciones de confinamiento en las que viven juntas durante prolongados períodos de tiempo**. Además, la experiencia demuestra que las prisiones, las cárceles y otros lugares similares en los que las personas están reunidas con mucha proximidad pueden actuar como fuente de infección, amplificación y propagación de enfermedades infecciosas dentro y fuera de las prisiones. Por consiguiente, la **salud en las cárceles se considera en general como salud pública**. La respuesta al COVID-19 en las prisiones y otros lugares de detención es particularmente difícil, ya que requiere un enfoque de todo el Gobierno y de toda la sociedad...”<sup>21</sup>.

...

“...las personas recluidas en prisiones suelen tener una **mayor carga subyacente de enfermedad y peores condiciones de salud que la población en general**, y con frecuencia se enfrentan a una mayor exposición a riesgos como el tabaquismo, una higiene deficiente y una débil defensa inmune debido al estrés, mala nutrición o prevalencia de enfermedades coexistentes, como los virus de transmisión sanguínea, la tuberculosis y los trastornos relacionados con el consumo de drogas”<sup>22</sup>.

...

---

<sup>21</sup> World Health Organization (WHO), “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance”, 15 March 2020, p. 1, disponible en World Wide Web: [http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf) (accedido el 9 de mayo de 2020). El documento obra solo en lengua inglesa. Textualmente, la guía señala: “People deprived of their liberty, such as people in prisons and other places of detention, are likely to be more vulnerable to the coronavirus disease (COVID-19) outbreak than the general population because of the confined conditions in which they live together for prolonged periods of time. Moreover, experience shows that prisons, jails and similar settings where people are gathered in close proximity may act as a source of infection, amplification and spread of infectious diseases within and beyond prisons. Prison health is therefore widely considered as public health. The response to COVID-19 in prisons and other places of detention is particularly challenging, requiring a whole-of-government and whole-of-society approach”. La traducción es nuestra.

<sup>22</sup> World Health Organization (WHO), “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons”, p. 2. En el texto, en lengua inglesa, se lee: “...people in prisons typically have a greater underlying burden of disease and worse health conditions than the general population, and frequently face greater exposure to risks such as smoking, poor hygiene and weak immune defence due to stress, poor nutrition, or prevalence of coexisting diseases, such as bloodborne viruses, tuberculosis and drug use disorders”. La traducción nos corresponde.

**“El marco de los derechos humanos proporciona principios rectores para determinar la respuesta al brote de COVID-19. Deben respetarse los derechos de todas las personas afectadas, y todas las medidas de salud pública deben llevarse a cabo sin discriminación de ningún tipo. Las personas en prisiones y otros lugares de detención no sólo son más vulnerables a la infección por COVID-19, sino que también son especialmente vulnerables a las violaciones de los derechos humanos”**<sup>23</sup>.

...

“... la OMS reitera los importantes **principios que deben respetarse en la respuesta al COVID-19 en las cárceles y otros lugares de detención**, que se basan firmemente en las normas internacionales de derechos humanos y en las reglas y normas internacionales de prevención del delito y justicia penal:

“La prestación de servicios de atención de la salud a las personas que se encuentran en prisiones y otros lugares de detención es una **responsabilidad del Estado**.

“Las personas reclusas en prisiones y otros lugares de detención deben gozar de los **mismos estándares de atención de la salud que están disponibles en el mundo libre**, sin discriminación por razón de su condición jurídica. (...)”<sup>24</sup>.

En síntesis, el Estado, para desempeñar adecuadamente su posición de garante de las personas que guarda en sus cárceles, *especialmente en*

<sup>23</sup> World Health Organization (WHO), “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons”, p. 3. El original, en términos textuales, manifiesta: “The human rights framework provides guiding principles in determining the response to the outbreak of COVID-19. The rights of all affected people must be upheld, and all public health measures must be carried out without discrimination of any kind. People in prisons and other places of detention are not only likely to be more vulnerable to infection with COVID-19, they are also especially vulnerable to human rights violations”. Nuevamente, la traducción es de nuestra autoría.

<sup>24</sup> World Health Organization (WHO), “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons”, p. 3. El texto original aduce: “WHO reiterates important principles that must be respected in the response to COVID-19 in prisons and other places of detention, which are firmly grounded in human rights law as well as the international standards and norms in crime prevention and criminal justice:

“The provision of health care for people in prisons and other places of detention is a State responsibility.

“People in prisons and other places of detention should enjoy the same standards of health care that are available in the outside community, without discrimination on the grounds of their legal status. (...)”. La traducción es nuestra.

*contextos de una pandemia fácilmente transmisible entre las personas que están en contacto estrecho durante largos períodos, debe velar por la vida y la salud de ellas*, teniendo en cuenta que integran un **colectivo especialmente vulnerable**, cuyos derechos deben ser **atendidos especialmente**, teniendo en cuenta que merecen los **mismos estándares de atención de la salud** que aquéllos a los que pueden acceder las personas en el medio libre. Y todo esto, aun, desde la perspectiva que impone el debido respeto a los derechos humanos en relación con un problema reconocido como de “salud pública”.

## VI

Pero, acerquémonos más a la específica situación de la República Argentina.

Como punto de partida básico, parece incontestable que la configuración de una política penitenciaria que —en estas particulares coyunturas (y, en rigor de verdad, en *toda* coyuntura)- no se pretenda enajenada de la realidad y, por ello, ineficaz, sino razonablemente idónea, **debe reparar en la realidad de nuestras prisiones**.

Desde luego que no podemos realizar en este texto una descripción exhaustiva de los rasgos definitorios de las cárceles argentinas, pero sí podemos, sobre la base de evidencia empírica, dar cuenta de un dato estructural<sup>25</sup> de los establecimientos penitenciarios de nuestro país, a saber: **la sobrepoblación reclusa**. Las cárceles argentinas, prácticamente en su casi totalidad, *alojan más personas que la cantidad que la capacidad del sistema tolera*.

---

<sup>25</sup> “El hacinamiento es uno de los principales problemas de los lugares de privación de libertad en América Latina y en muchas otras partes del mundo. La extrema sobrepoblación redundante en una grave y continua vulneración de la dignidad y derechos humanos de las personas privadas de libertad, requiriéndose reformas estructurales para su gestión” (cfr. Centro de Estudios Legales y Sociales [CELS] – Conectas. Derechos Humanos, “Aportes para el proceso de revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas”, en CELS, Cárceles y Sistema Penal, 16/11/2013, p. 34, disponible en World Wide Web: [https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/01/CELS-y-Conectas\\_Aportes-al-proceso-de-revision-de-las-Reglas-Minimas-para-el-Tratamiento-de-los-Reclusos.1.pdf](https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/01/CELS-y-Conectas_Aportes-al-proceso-de-revision-de-las-Reglas-Minimas-para-el-Tratamiento-de-los-Reclusos.1.pdf) -accedido el 12 de mayo de 2020-).

Para apoyar el aserto en un dato concreto, digamos que, en 2016, en un sistema carcelario cuya capacidad (institucionalmente declarada) permitía el alojamiento de **67.110 reclusos**, había albergadas **76.261 personas**<sup>26</sup>, o sea, **casi 10.000 individuos más; concretamente, y como vimos precedentemente en nota al pie de página, 9.151 reclusos más** que los que el sistema admitía. El “Informe Anual” del Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Penal (SNEEP) de 2018<sup>27</sup> no modifica sustancialmente esta información<sup>28</sup>, pero aporta otro dato significativo, sobre el que luego volveremos, a saber: de las 94.883 personas privadas de su libertad en establecimientos carcelarios, el 53% son condenados, y el 47%, procesados o retenidos en alguna otra condición. Para que se entienda: casi la mitad de nuestros reclusos son personas que han sido condenadas por la comisión de un hecho delictuoso, o sea, en términos jurídicos, inocentes.

A esto añade que la **alta selectividad** de la criminalización secundaria de los países latinoamericanos conduce a que las personas prisionizadas sean, en su enorme mayoría, hombres jóvenes, con escasa formación educativa, sin mayores competencias para el desarrollo de actividades laborales lícitas, desocupados, y que cometen prioritariamente delitos contra la propiedad en forma torpe, pues –también en la mayor parte de los casos–, son sorprendidos en flagrancia. Son personas emplazadas por debajo de la línea de la pobreza o de la indigencia, cuyo estado de salud –mediocre, precario– ordinariamente se corresponde con una ali-

---

<sup>26</sup> Para estos datos, v. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), *El sistema penitenciario ante la encrucijada producto de la crisis provocada por el Covid-19*, p. 7.

<sup>27</sup> El informe puede consultarse en Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Afianzar la Justicia, SNEEP 2018, disponible en World Wide Web: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sneep\\_2018\\_final.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sneep_2018_final.pdf) (accedido el 10 de mayo de 2020).

<sup>28</sup> En esta orientación, la Procuración Penitenciaria de la Nación, en su Informe Anual 2018, puntualiza en relación con la sobrepoblación carcelaria: “Se trata de un fenómeno presente a nivel local, y que en los últimos años se ha extendido en los diversos servicios penitenciarios del país. En el caso del SPF, desde el 2011 opera con un promedio de más del 90% de plazas ocupadas y desde hace ya tres años que se registran focos de sobrepoblación en algunos establecimientos y **sobrepoblación general de todo el sistema penitenciario**” (v. Procuración Penitenciaria de la Nación, “Informe Anual 2018”, p. 41, disponible en World Wide Web: <https://www.ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/Sobrepoblacion/Capitulo-Sobrepoblacion-Informe-Anual-2018.pdf> (accedido el 10 de mayo de 2020). Las negritas son nuestras.



mentación deficiente y los más bajos estándares que supone un acceso acotado a sistemas de salud eficaces<sup>29</sup>.

Ahora bien, ¿por qué el problema de la sobrepoblación carcelaria –y la salud precaria de un número importante de reclusos- resulta trascendente al momento de concebir una política penitenciaria para tiempos de emergencia penitenciaria por Covid-19?

La respuesta es simple.

La sobrepoblación carcelaria, que –como sabemos- consiste en el alojamiento de personas por encima de la capacidad funcional, declarada o constatada, de un establecimiento de encierro, “...conlleva una grave vulneración de derechos, al producir hacinamiento, obstaculizar el acceso a derechos básicos y profundizar las pésimas condiciones materiales en las que se desarrolla la privación de la libertad”<sup>30</sup>.

Lo entiende de igual manera, por ejemplo, Salinas:

<sup>29</sup> En la misma sintonía, Rodríguez Yagüe señala con respecto a la población prisionizada: “...son dos las características que hacen de la población reclusa un colectivo especialmente vulnerable ante el contagio y expansión de una enfermedad infecciosa de tan elevado contagio como el coronavirus. Por un lado, es una **población muy masificada, en muchos casos en condiciones de verdadero hacinamiento**. (...) Pero además es una **población cuya salud suele estar muy quebrada**, ya por las mismas condiciones del aislamiento, ya por la edad o la prevalencia de determinadas enfermedades físicas (toxicomanía, VIH, hepatitis, ...) y mentales.

“Esa vulnerabilidad además puede agudizarse en países con **sistemas penitenciarios con condiciones de cumplimiento muy precarias e insalubres**, sin acceso a agua corriente, luz o alimentación e higiene adecuadas, con graves problemas de hacinamiento y/o un acceso a la asistencia sanitaria deficiente o directamente inexistente” (v. RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, “Covid-19 y prisiones: Un desafío no sólo sanitario y de seguridad, también humanitario”, en Revista General de Derecho Penal n° 33, mayo 2020, en prensa, pp. 2 y 3. Las negritas no obran en el original).

<sup>30</sup> Procuración Penitenciaria de la Nación, “Informe Anual 2018”, p. 41. Es que, en rigor de verdad, la sobrepoblación, que aparece cuando el nivel de alojamiento de una unidad excede las plazas penitenciarias, no se corresponde exclusivamente “...con el espacio físico indispensable para la supervivencia de las y los detenidos, sino que **implica un concepto más amplio, como el conjunto de condiciones necesarias para asegurar la vida digna de las personas privadas de su libertad**. Consecuentemente, además del espacio físico del que cada detenido debe ser dotado, la noción de “espacio de vivienda individual” –utilizada para medir la capacidad de las instituciones de encierro debe garantizar determinados servicios y provisiones como calefacción, baños, luz, espacios al aire libre, ventilación, acceso a servicios médicos y oportunidades de estudiar y trabajar” (cfr. Centro de Estudios Legales y Sociales, *Tortura en las cárceles. ¿Por qué no son efectivas las políticas de prevención de la violencia en la Argentina?*, CELS, Buenos Aires, 2017, p. 9, con negrita agregada).

“...el concepto de hacinamiento depende de un juicio normativo sobre de los estándares mínimos que debe observar determinado ámbito de alojamiento para resultar respetuoso de la dignidad humana.

“La cuestión se encuentra regulada en numerosos instrumentos cuando se reconoce la dignidad e igualdad de las personas y su estatus jurídico, personalidad y derechos y se establecen los tratos debidos y prohibidos, proscribiéndose la supresión de la vida y aquellos de naturaleza cruel, inhumana o degradante y que superen lo autorizado legalmente o trasciendan a la persona afectada. **Las condiciones de detención tienen un impacto directo en múltiples derechos.** Afectan la vida, integridad e inviolabilidad, salud, medio ambiente sano, alimentación, vestimenta, educación, seguridad personal, libertad, privacidad, intimidad, protección de la familia e intrascendencia, trabajo y desarrollo personal, entre otros. La ausencia de respuestas judiciales efectivas lesiona la legalidad, la tutela y el debido proceso vaciando de contenido al sistema que garantiza el respeto de los derechos reconocidos por la Constitución, las convenciones internacionales y las leyes<sup>31</sup>.

Sobrepoblación reclusa equivale a hacinamiento, y éste, a su vez, a la ineludible afectación a derechos fundamentales de los internos. Pero, incluso, la ecuación se amplifica exponencialmente, cuando el fenómeno se produce en contextos de una enfermedad, como el Covid-19, que se transmite fácilmente a través del contacto estrecho entre las personas. Es dable sostener, pues, que la pandemia se muestra, así, como un **problema que agrava otro, estructural, como es la sobrepoblación**, que inexorablemente va acompañada de la vulneración de derechos humanos fundamentales de la población reclusa<sup>32</sup>; más aún si se trata de personas con estándares de salud que, ciertamente, no son óptimos.

---

<sup>31</sup> SALINAS, Raúl, *Sobrepoblación penitenciaria y derechos humanos*, tesis de maestría en derechos humanos, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, s/f, pp. 40 y 41, disponible en World Wide Web: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/61025/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/61025/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (accedido el 12 de mayo de 2020).

<sup>32</sup> El 5 de mayo de 2020, el Portavoz de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos presentó una nota informativa sobre las condiciones de las prisiones en América, que da cuenta de los problemas estructurales a los que hacemos referencia en el texto principal. Así, el Portavoz señala:

“Las condiciones en muchas cárceles en la región de las Américas son sumamente preocupantes. Problemas estructurales pre-existentes, tales como el hacinamiento crónico

En este sentido, el **Equipo del Proyecto de Investigación “Cambios en el castigo en la Argentina contemporánea: Reforma legal y su impacto en la ejecución de la pena de prisión” (UNPAZ)**, enfatiza:

“Es imperioso ... **asumir el dato estructural de sobrepoblación [de las cárceles de Argentina y de América Latina]**, para poder delinear respuestas efectivas que impidan el aumento de los niveles de conflictividad frente a la pandemia”, puesto que: “Con cárceles de estas características [sobrepobladas y, por consiguiente, con hacinamiento, falta de privacidad, merma en la salud, escasa alimentación, menores actividades educativas, laborales y recreativas, pero también con incremento de la violencia interpersonal e institucional, y un creciente deterioro de las instalaciones en general], la emergencia sanitaria provocada por la pandemia del virus COVID-19 adquiere un matiz más preocupante aún”<sup>33</sup>.

Si el hecho de la sobrepoblación carcelaria impide la adopción de medidas básicas para la prevención de una enfermedad de fácil contagio y que puede llevar a la muerte, como el Covid-19, resulta imperiosa, a la vez que urgente, la **adopción de medidas que modifiquen este estado de**

---

y las malas condiciones de higiene, aunados a una falta de acceso adecuado a servicios de salud, han facilitado la propagación del COVID-19 en muchos centros.

“Miles de reclusos y de personal penitenciario han sido infectados en Norteamérica y en Sudamérica. En muchos países, el creciente miedo al contagio y la falta de servicios básicos – tales como el suministro regular de alimentos - debida a la prohibición de visitas familiares – ha provocado protestas y motines.

“Algunos de estos incidentes en centros de detención resultaron extremadamente violentos. El último de estos incidentes ocurrió el 1º de mayo en el centro penitenciario de Los Llanos en Venezuela, donde un motín habría dejado como saldo la muerte de 47 reclusos. Cuatro días antes, el 27 de abril, un motín en el penal de Miguel Castro Castro en Perú, resultó en la muerte de nueve reclusos. El 21 de marzo, 23 reclusos murieron luego de la intervención de las fuerzas de seguridad para reprimir un motín en la cárcel de La Modelo en Colombia. Otros incidentes, incluyendo intentos de fuga, se registraron en centros de detención en Argentina, Brasil, Colombia, México y Estados Unidos” (v. Portavoz de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Rupert Colville, “Nota informativa sobre las Américas / Condiciones en prisiones”, 05/05/2020, disponible en World Wide Web: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25864&LangID=S> (accedido el 10 de mayo de 2020).

<sup>33</sup> Equipo del Proyecto de Investigación “Cambios en el castigo en la Argentina contemporánea: reforma legal y su impacto en la ejecución de la pena de prisión” (UNPAZ), Gabriel Ignacio Anitua (director), “Propuestas para mitigar las violaciones a derechos humanos”, en revista Bordes, Universidad Nacional de José C. Paz, 23/04/2020, disponible en World Wide Web: <http://revistabordes.unpaz.edu.ar/emergencia-penitenciaria-y-emergencia-sanitaria/> (accedido el 10 de mayo de 2020).

**cosas. Debe disminuirse la cantidad de personas prisionizadas, para, así, estrechar el problema del hacinamiento carcelario.**

En la misma dirección, Riso manifiesta:

“A la hora de analizar la preocupante situación en la que se encuentran las personas privadas de su libertad frente al riesgo que implica el COVID-19 y la reacción de algunos presos ante ello, es conveniente recordar que las cárceles argentinas desde hace décadas están en abierta tensión con la Constitución Nacional, la cual dispone en su art. 18 que *«las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice»*. Son varias las conclusiones que pueden extraerse y análisis que se derivan de la cláusula citada, pero ahora, en clima de urgencia, me limitaré a lo siguiente:

“Digamos que la irrupción de la *pandemia no vino a generar un problema donde no lo había, sino que su aparición no hizo más que echarle vinagre a esa herida constitucional abierta en el sistema penitenciario desde hace muchísimo tiempo.*

“Ahora bien, más allá de una situación estructural, lo extremo de las actuales circunstancias, nos obliga a recordar e insistir fuertemente con el mandato constitucional según el cual la pena de privación de libertad que establece un juez no puede ser agravada por las condiciones de la detención, y lo cierto es que en un sistema con altísimos niveles de hacinamiento y sobrepoblación, la amenaza de la pandemia es un indiscutible agravamiento de esas condiciones si no se toman a tiempo los cuidados necesarios y las medidas de higiene y distanciamiento social. En consecuencia, esta situación de total anormalidad urge a que se diferencie entre situaciones especiales para mitigar el hacinamiento y garantizar el distanciamiento necesario...”<sup>34</sup>.

Ha de recordarse que, como hemos visto, recientemente la Organización Mundial de la Salud ha remarcado que los reclusos tienen derecho a los **mismos estándares de atención de la salud** que están disponibles en el mundo libre, **sin discriminación por razón de su condición jurídica**; y la población del medio libre, hoy, en Argentina, vive un **distanciamiento social, preventivo y obligatorio**, dirigido a *evitar el contacto estrecho*

<sup>34</sup> V. RISSO, Guido I., *Covid-19. Reflexiones jurídicas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, pp. 11 y 12.

entre las personas, durante períodos significativos. Esto último, como es evidente, es empíricamente imposible en el escenario de nuestras cárceles sobrepobladas.

Es imprescindible –dijimos- una **reducción de la población reclusa** que conduzca a la superación o, el menos, una morigeración sensible del problema del hacinamiento carcelario<sup>35</sup>. Puede pensarse en la sustitución del encierro por carcelario por algunas de las **alternativas para situaciones especiales** que prevé la ley penitenciaria (p. ej., prisión domiciliaria, prisión discontinua –en la medida en que su implementación no perjudique los objetivos perseguidos a través de la emergencia sanitaria declarada por el Poder Ejecutivo Nacional-, etc.), a través de la aplicación analógica *in bonam partem* de estos institutos, su cumplimiento en establecimientos abiertos o regidos por el principio de autodisciplina o la concesión de salidas transitorias que disminuyan los lapsos de convivencia penitenciaria en condiciones de cercana proximidad personal. Y todo esto, desde luego, con arreglo a **criterios razonables** que impidan situaciones injustas o –*sit venia verbis*- moralmente intolerables (v. gr., el favorecimiento de condenados por crímenes aberrantes), como, *verbi gratia*, los relacionados con el reducido monto de la pena, la proximidad de su agotamiento, la condición no violenta del delito cometido y, principalmente, la inclusión del recluso dentro de *colectivos especialmente vulnerables*<sup>36</sup>, como el de las personas con asma, diabetes, cáncer, enfermedades coronarias, discapacidad o

<sup>35</sup> El Subcomité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes lo entiende de igual modo, desde que ha recomendado: “Reducir la población carcelaria y otras poblaciones detenidas, en la medida de lo posible, mediante la aplicación de regímenes de puesta en libertad anticipada, provisional o temporal para los detenidos en condiciones de seguridad, teniendo plenamente en cuenta las medidas no privativas de libertad indicadas en las Reglas de Tokio” (Subcomité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, “Advice of the Subcommittee on Prevention of Torture to States Parties and National Preventive Mechanisms relating to the Coronavirus Pandemic”, 25/03/2020, p. 3, con traducción nuestra, disponible en World Wide Web: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/AdviceStatePartiesCoronavirusPandemic2020.pdf> (accedido el 15 de mayo de 2020). El texto, en lengua inglesa, no tiene traducción a la lengua española. En el original, se lee: “Reduce prison populations and other detention populations wherever possible by implementing schemes of early, provisional or temporary release for those detainees for whom it is safe to do so, taking full account of non-custodial measures indicated as provided for in the Tokyo Rules”.

<sup>36</sup> Sin perjuicio de esto, la situación de encierro carcelario en condiciones de hacinamiento emplaça a la totalidad de la población reclusa en la condición de “colectivo

*VIIH / sida y baja inmunidad, o el de los adultos mayores de 60 años y las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, entre muchos otros criterios posibles. También puede repararse, y quizá en mayor medida, en la especial situación de los “presos sin condena”, cuya condición de personas jurídicamente inocentes reclama –en contextos de pandemia, aunque también en *todo tiempo*- un trato como tales, que limite al máximo la utilización del encierro cautelar, y acuda, en lugar de éste, a **medidas de coerción menos gravosas pero igualmente eficaces para conjurar todo riesgo para los fines del proceso** (p. ej., cauciones, prohibición de abandonar determinados lugares, obligación de reportarse periódicamente ante el órgano judicial –incluso por medios tecnológicos que no conspiren contra el distanciamiento social, preventivo y obligatorio-, etc.), o a la aplicación de institutos como la suspensión de proceso a prueba o la expulsión anticipada, entre otros. Probablemente en este ámbito, el de los presos sin condena, sea donde mayor énfasis deban poner las instancias judiciales dispuestas a reducir la población reclusa, ante el constatado uso extendido, y excesivo, de la prisión preventiva, en América Latina, en general, y en la Argentina, en particular.*

Señalados esos criterios puntuales, quizá pueda proponerse, como **“criterio razonable” de consulta obligatoria** para emprender una necesaria reducción de la población reclusa en este contexto de emergencia sanitaria por Covid-19 – siempre, desde luego, partiendo del reconocimiento del interno como sujeto de derechos y del Estado como garante de la preservación de su vida y su salud-, el ya referenciado principio de **“equivalencia de cuidado”** o, más específicamente, **“equivalencia de estándares de atención sanitaria”** entre las personas del medio libre y los privados de libertad.

Con todo, conviene señalar también que esta necesaria reducción de la población reclusa no sólo reclama respuestas, como las anotadas, que corresponden a las administraciones penales, sino también acciones concretas de las restantes agencias estatales.

En este sentido, coincidimos con el **Equipo del Proyecto de Investigación “Cambios en el castigo en la Argentina contemporánea: Reforma legal y su impacto en la ejecución de la pena de prisión” (UNPAZ):**

---

vulnerable”, pues impide la implementación de medidas elementales –como el distanciamiento social- para la prevención del contagio y la rápida dispersión del Covid-19.

“No debe perderse de vista al proyectar medidas liberatorias, que **las alternativas judiciales tienen un límite**, que también está vinculado a las mismas lógicas de la jurisdicción, así como de las demandas que realicen desde la instancia penitenciaria. Para ir más allá de aquéllas es que **resulta necesario complementar dichas medidas con dispositivos generales de soltura que solo pueden surgir de las instancias ejecutivas (decretos) o legislativas**”<sup>37</sup>.

En esta sede de análisis, cabe recordar que el problema del Covid-19 y las prisiones, constituye —en la ya mencionada concepción de la mismísima Organización Mundial de la Salud— un asunto de “**salud pública**”, y, como tal, debe ser abordado por *todas las agencias estatales idóneas para contribuir en la configuración de una política criminal respetuosa de los derechos de los reclusos*, a través de los aportes de todos los operadores estatales con incidencia en un tratamiento multidisciplinario de esta coyuntura especialmente compleja que atraviesan nuestras cárceles.

## VII

Podrá alguien aseverar que la concepción que defendemos en este escrito adolece de prudencia, aun cuando se la pueda reconocer fundada en las disposiciones del ordenamiento jurídico argentino que hemos citado.

Ante esto, además de remitirnos a todo cuanto hemos desarrollado, añadiremos que en la misma sintonía se expiden la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** y la **Organización de las Naciones Unidas**.

Precisamente, la **Corte**, en su **declaración 1/2020**, del 9 de abril del corriente<sup>38</sup>, señala:

“**Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos** económicos, sociales, culturales y ambientales **deben ser garantizados sin discriminación** a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, **a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad**, como son ...las personas privadas de la libertad”.

---

<sup>37</sup> Equipo del Proyecto de Investigación “Cambios en el castigo en la Argentina contemporánea”.

<sup>38</sup> Corte I.D.H., Declaración 1/2020, del 9 de abril de 2020, “COVID-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, disponible en World Wide Web: [http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\\_1\\_20\\_ESP.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf) (accedido el 10 de mayo de 2020).

Para luego agregar:

“Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y **en atención a la posición especial de garante del Estado**, se torna necesario **reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento**, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad”.

Por su lado, la **Oficina para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos**, en un documento datado en abril de 2020, concluye:

“Los gobiernos tienen la **obligación legal internacional de proteger y tratar a los reclusos que permanecen bajo custodia**. Además de aquellas **personas que deberían ser puestos en libertad de inmediato, como personas en prisión preventiva por delitos de bajo nivel o no violentos o que no presenten un riesgo significativo de fuga**, los Estados deberían considerar **alternativas a la detención para las personas con mayor riesgo para la salud**, como las personas mayores, las mujeres embarazadas y las niñas, las personas con discapacidades que pueden ponerlas en mayor riesgo de complicaciones de COVID-19 y las personas con inmunidad comprometida o afecciones crónicas como enfermedades cardíacas, diabetes, enfermedades pulmonares, y VIH; personas con responsabilidades de cuidado acusadas o condenadas por delitos no violentos, incluidas mujeres encarceladas con sus hijos; personas en instalaciones semi-abiertas que trabajan en la comunidad durante el día; y personas condenadas por delitos cercanos al final de sus sentencias.

“La suma de los argumentos mencionados en el presente documento demuestra que **la situación actual en muchas cárceles de la región produciría vulneración de los derechos humanos principalmente el derecho a la salud y el derecho a un debido proceso, pero también de la protección contra tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes en casos más graves**. El Alto [La Alta] Comisionado[a] de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos considera que la **liberación de algunos grupos de personas es la respuesta adecuada** en el marco de las medidas anti-pandemia”<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Oficina para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “COVID-19: Argumentos que justifican medidas para reducir la población privada de libertad”, abril de 2020, p. 21, con negritas nuestras.



## VIII

Llegados a este punto, ha de quedar bastante claro que la gestión de la pandemia ocasionada por el COVID-19 en un ámbito tan sensible como el de las prisiones "...es descomunal"<sup>40</sup>, y también que el objetivo prioritario en este terreno es preservar los derechos fundamentales de los reclusos no afectados por la condena o por la ley; en especial, su derecho a la salud.

También ha sido debidamente subrayado que es el Estado quien debe evitar la lesión o concreta puesta en peligro de la vida o la salud de los reclusos, pues ocupa una posición institucional de garante respecto de las personas que guarda en sus instituciones totales.

El Estado, en definitiva, tiene la obligación de proteger a las personas que se encuentran en prisión, garantizándoles el mismo estándar del derecho a la salud que las personas del medio libre.

Sin perjuicio de todo esto, concurren circunstancias adicionales, que deben igualmente ser atendidas en una gestión legítima, a la vez que eficaz, del problema del Covid-19 en estos contextos.

Por un lado, la tutela de la vida, la salud y la integridad física y moral de los reclusos no puede el Estado procurarla, si se pretende legítima, por medio de la (exclusiva y excluyente) restricción de sus derechos, toda vez que esto importaría –como se dijo- **limitar derechos del condenado** –y, obviamente, del preso preventivo- **no afectados por la condena o por la ley** (p. ej., derecho al trabajo –art. 106 ley 24.660-, hoy, paralizado en la casi totalidad de nuestras cárceles, para evitar el contacto estrecho de los internos; derecho a la educación –art. 133 ley 24.660-, actualmente en la misma situación, por iguales razones; y el derecho a las relaciones familiares y sociales –art. 158 y ss. ley 24.660-, severamente restringido en esta coyuntura, atento la restricción de visitas<sup>41</sup> dispuesta para evitar los contactos interpersonales, entre otros). Estas afectaciones de derechos del recluso, a su vez, conduce a otro problema delicado, a saber: la **"... generación de problemas de seguridad como respuesta de los internos a ...las restricciones de derechos**, particularmente en sus contactos con el exterior, adoptadas por las Administraciones penitenciarias de diferentes

<sup>40</sup> En estos términos, RODRÍGUEZ YAGÜE, "Covid-19 y prisiones", p. 4.

<sup>41</sup> "...las restricciones al régimen de visitas... [entre otras medidas] constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana" (Corte I.D.H., "**Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú**", Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

países”<sup>42</sup>. De este modo, la seguridad en las cárceles se convierte en un segundo objetivo prioritario en la gestión de la crisis del COVID-19 en el ámbito penitenciario.

Por otra parte, si bien el objetivo prioritario es, hoy, es proteger a las personas que se encuentran en prisión, este colectivo ha de interpretarse incluyendo no solo a los internos, sino también al **personal penitenciario**, en relación con el cual deben igualmente preverse medidas necesarias para evitar la entrada, contagio y propagación del virus en los establecimientos y en los entornos familiares de los servidores públicos, detectando y aislando los casos positivos y garantizando una asistencia sanitaria adecuada de los infectados.

Por todo esto, y como ha quedado suficientemente expresado, pensamos que:

“La tutela de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral bajo el paradigma del respeto a la dignidad humana exige una actuación proactiva de las administraciones penitenciarias, que va más allá de la prevención de los tratos crueles, inhumanos o degradantes por parte de su personal o de otros internos, y que se proyecta en la **obligación de articular un sistema de condiciones de encarcelamiento apropiadas así como en el establecimiento de los medios adecuados para proteger la salud** de las personas privadas de libertad. Y, **de no poder responder de manera adecuada**, debe comportar la **adopción de medidas de excarcelación** cuando la continuación de la privación de libertad pueda suponer un riesgo para la vida o la dignidad del que la sufre”<sup>43</sup>.

## IX

La jurisprudencia, de alguna manera, se ha hecho eco de estas razones.

Así, a modo de ejemplo, podemos puntualizar que la **Sala I del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires**, a cargo de Víctor Violini, por resolución del **08/04/2020**, en los autos “**Personas privadas de la libertad en el Servicio Penitenciario, Alcaldías y Comisarías de la Provincia de Buenos Aires**”, hizo lugar a un hábeas corpus colectivo presentado para que las **personas detenidas por delitos leves y que se encuentren en situación de riesgo por edad o por patologías preexistentes** —entre ellas,

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, “Covid-19 y prisiones”, p. 3.

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ YAGÜE, “Covid-19 y prisiones”, pp. 4 y 5, con negritas agregadas.

mujeres embarazadas o madres con hijos menores- accedan al **arresto domiciliario**.

Originalmente, la acción de Hábeas Corpus había sido interpuesta por distintos Defensores Generales de los Departamentos Judiciales de la mencionada provincia, ante las condiciones de hacinamiento e inhabilitación de las dependencias penitenciarias y policiales, agravadas por la crisis actual del Coronavirus COVID-19. En ese sentido, pusieron de resalto la particular situación de vulnerabilidad que afrontan las personas mayores de sesenta y cinco años, quien presentan enfermedades preexistentes y las mujeres embarazadas o con hijos y menores.

En su resolución, el Juez Violini **encomendó también a los Juzgados de Ejecución** que **consideren** de manera extraordinaria y por única vez, conceder la **detención domiciliaria de aquellas personas que tengan a su disposición detenidos sin condena firme y que estén a 6 meses de obtener la libertad** asistida o condicional.

Respecto a las personas detenidas por delitos graves, el magistrado dispuso que cada Juzgado deberá evaluar la necesidad y oportunidad del arresto domiciliario, o en su defecto, asegurar el distanciamiento sanitario dentro de la Unidad Penitenciaria donde se encuentren.

Por otra parte, Casación autorizó para que los jueces revean de oficio las prisiones preventivas cuyo plazo excedan los 2 años y recordó la prohibición absoluta de mantener alojadas en Comisarias a las personas mayores de 65 años.

## X

### *Podemos ir más allá todavía*

Es que no sólo razones humanitarias aconsejan, e incluso imponen, la reducción de la población reclusa, para posibilitar una prisionización que no vulnere intolerablemente los derechos de los internos.

Según se sabe, los códigos penales prevén, como consecuencia jurídica que ha de seguir a cada hecho delictuoso, escalas penales que se corresponden proporcionalmente con la respectiva gravedad del derecho lesionado por el entuerto.

En lo tocante a este tema, Zaffaroni señala:

“Las **escalas penales están fijadas en tiempo de privación de libertad**, que conlleva un **sufrimiento** inherente a ésta, y dentro de su máximo

y mínimo el juez sigue la misma regla para individualizar la pena para cada caso concreto, es decir, precisa la proporcionalidad en el caso individual.

“La **relación delito-pena se establece, pues, por el legislador y se particulariza en cada caso por el juez** conforme al *principio de proporcionalidad* (+ delito o lesión = + pena = + tiempo de prisión).

“La **proporcionalidad se altera y la pena se vuelve desproporcionada cuando el sufrimiento aumenta**, lo que de por sí sucede con la **superpoblación penal**, pero ahora **se suma a ella la amenaza de muerte** (y aún más su materialización), lo que excede de modo abismalmente desproporcionado el de la mera privación de libertad y sus inevitables consecuencias, que fue el que tuvieron en cuenta el legislador al establecer la escala y el juez al individualizar la pena”<sup>44</sup>.

Pues bien, sentado esto, existen *buenas razones* para considerar que, ante una enfermedad como el Covid-19, de muy fácil transmisión y con idoneidad para causar la muerte de las personas infectadas, un encierro carcelario que impida la adopción de medidas básicas para evitar el contagio (p. ej., distanciamiento mínimo entre las personas), **altera la proporcionalidad de la pena individualizada por el juez al dictar la condena**, pues el sufrimiento no es ya solo el inherente a la privación de la libertad con arreglo a su propia manera de ser legal, sino también el derivado del peligro cierto de afección a la salud por el contagio, e incluso, de muerte.

Dice Zaffaroni:

“En este momento dramático, la pandemia altera la proporcionalidad de modo astronómicamente insólito, dado que la *mortificación* del art. 18 CN es de tal magnitud que pasa a ser una amenaza de muerte inminente”<sup>45</sup>.

Desde otro costado, es pertinente añadir que la sobrepoblación carcelaria, con la consiguiente **limitación excesiva del espacio personal correspondiente a cada recluso** –y la restricción de derechos básicos que ello conlleva–, ha sido considerada por distintos tribunales internacionales, como configurativa de un “**trato degradante**”, proscripto por normas supremas argentinas, conforme lo hemos visto al hacer referencia a la “constitucionalización”, entre otros instrumentos, de la **Convención contra la**

<sup>44</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, “La hora de los jueces”, en revista La Tecl@ Eñe, 30/03/2020, disponible en World Wide Web: <https://lateclaenerevista.com/la-hora-de-los-jueces-por-e-raul-zaffaroni/> (accedido el 11 de mayo de 2020).

<sup>45</sup> ZAFFARONI, “La hora de los jueces”.

## Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Ginebra, 1984)<sup>46</sup>.

Ha quedado anotado, e incluso acabamos de reiterarlo, que la proscripción de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no surge, en relación con el ordenamiento argentino, de reglas del llamado “*soft law*”, sino de prescripciones de la máxima jerarquía del universo normativo jurídico de nuestro país.

Es, justamente, por esto, que el **Comité Nacional para la Prevención de la Tortura** de nuestro país ha elaborado la Recomendación 02/2020, del 25 de marzo de este año, que –bajo el rótulo “**Recomendaciones para organismos judiciales para reducir la población en situación de encierro**”, ha tenido oportunidad de expresar:

“...el Comité insiste en realizar un llamado a los Señores Jueces y Fiscales a tener presente la especial situación por la que atraviesa el país y el mundo, así como la **imposibilidad del Estado de garantizar la integridad física de muchas de las personas privadas de la libertad**, antes de dictaminar en forma negativa o resolver rechazando lo peticionado. Para ello, se recomienda tomar en cuenta prioritaria a las personas que se

<sup>46</sup> Así, por ejemplo, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, en el caso “**Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela**”, ha sostenido: “La Corte toma nota de que según el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante «el CPT»), una prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y por consiguiente más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario”, para acto seguido añadir que el alojamiento de los reclusos con singularmente poco espacio por cada interno “...es a todas luces inaceptable y **constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante**, contrario a la dignidad inherente del ser humano y, por ende, violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana” (Corte I.D.H., “**Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas**”, Sentencia de 5 de julio de 2006. A su vez, y como lo indica la propia Corte Interamericana, la **Corte Europea de Derechos Humanos** se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido que el alojamiento de los reclusos en condiciones de hacinamiento es “**cuestionable**”, e incluso, **inaceptable**, a la luz del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuanto prescribe: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. En este sentido, v. Corte E.D.H., casos “**Kalashnikov v. Russia**”, 15/07/2002; “**Ostrovar v. Moldova**”, 13/09/2005; “**Peers v. Greece**”, 19/04/2001; y “**Karalevicius v. Lithuania**”, 07/04/2005, entre otros.

encuentran privadas de su libertad por delitos menores. A su vez, la crisis sanitaria puede ser también una oportunidad para generar mecanismos de justicia restaurativa que eviten la recurrencia a la privación de la libertad como sanción, especialmente respecto de aquellas ofensas que no hay implicado daños a las personas<sup>47</sup>.

Y, en una recomendación posterior –la 05/20, del 7 de abril de 2020-, el organismo de monitoreo, control y seguimiento de los lugares donde se encuentran personas en situaciones de encierro, añade:

“La pandemia de Coronavirus COVID-19 resulta una amenaza concreta y extrema a la salud y la vida de las personas privadas de su libertad, que crece proporcionalmente con los niveles actuales de superpoblación y hacinamiento.

“A la extrema gravedad que reviste la posibilidad de contagio dentro de centros de detención que suelen caracterizarse por la falta de elementos básicos en materia de higiene, salubridad, y deficiente infraestructura, una enorme superpoblación y hacinamiento, se suman los dramáticos eventos sucedidos en las prisiones de Santa Fe y Coronda el 23 y 24 de marzo, con resultados dañosos de muertes y heridos en una cifra que no se había producido en dicha provincia desde hace quince años. Es por ello que, siguiendo las recomendaciones ya emitidas, consideramos indispensable avanzar urgentemente en decisiones destinada a reducir los volúmenes de población privada de su libertad, tanto en sedes penitenciarias como policiales.

“La crisis real que puede desatarse a causa del riesgo de contagio, y el menoscabo al derecho a la vida, a la salud y la integridad personal de las PPL [personas privadas de libertad], se suma el riesgo potencial de la violencia que puede desplegarse ante la impotencia de evitar el contexto patogénico. En este escenario, el Comité destaca las medidas urgentes que se están tomando en relación con la prevención y la atención de la salud en diversas jurisdicciones. No obstante, advierte que dichas medidas pueden resultar ineficaces si no se adoptan decisiones concretas para avanzar en la reducción de los niveles de superpoblación y hacinamiento, tal como se viene adoptando en diversos países como Estados Unidos, Inglaterra y Gales, Italia, España, Chile, Egipto, Argelia, Etiopía, Irán, Marruecos, en

---

<sup>47</sup> Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, Recomendación CNPT 02/2020, “Recomendaciones para organismos judiciales para reducir la población en situación de encierro”, 25/03/2020, p. 1, con negrita agregada, disponible en World Wide Web: <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/04/Medidas-o%CC%81rganos-judiciales-CNPT-.pdf> (accedido el 15 de mayo de 2020).

sintonía con las recomendaciones efectuadas por los más relevantes organismos internacionales y por este CNPT<sup>48</sup>.

Ante esto, la sentencia de Zaffaroni no parece descabellada, ni carente de asidero jurídico:

“...la emergencia plantea una *disyuntiva judicial* férrea: *o se aplica el derecho penal conforme a los principios constitucionales, o bien los jueces se convierten en autores mediatos de torturas, también conforme al derecho penal y a la Constitución*”<sup>49</sup>.

Por su parte, tampoco carece de asidero la invocación de la posible aplicación de la figura del abandono de persona (art. 106 del Código Penal argentino), en cuanto reprocha al que *pone en peligro la vida o la salud de otro, abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar*, e incluso consagra castigos calificados cuando, a consecuencia del abandono, resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima, o su muerte. Con arreglo a todo cuanto hemos desarrollado en el presente texto, nos permitimos la pregunta retórica: ¿No es, acaso, el recluso, una persona que –por su encierro en una institución total<sup>50</sup>- se encuentra incapacitado para proveerse a sí mismo de todo lo necesario para preservar adecuadamente su vida y su salud? Si esto es así, ¿no debe el Estado, en función de su rol institucional, y en cumplimiento de la posición de garante que deriva de él, brindarle al interno los cuidados y contribuciones indispensables para evitar cualquier resultado de lesión o de peligro concreto para su vida o su salud? La respuesta afirmativa para ambos interrogantes es evidente. Tal vez podrá discutirse que tal abandono a su suerte del incapaz en virtud de su prisionización no pueda imputarse a un comportamiento doloso del magistrado o funcionario, conforme lo requiere la figura delictiva, que, ciertamente, no reprocha el comportamiento negligente. Pero no es esta circunstancia algo que derrumbe, de plano, toda posibilidad de analizar la eventual conducta penalmente re-

---

<sup>48</sup> Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, Recomendación CNPT 05/20, 07/04/2020, pp. 1 y 2, disponible en World Wide Web: <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/04/MEDIDAS-PARA-REDUCIR-HACINAMIENTO-COVID19.pdf> (accedido el 15 de mayo de 2020).

<sup>49</sup> Cfr. ZAFFARONI, “La hora de los jueces”.

<sup>50</sup> Por “institución total” entendemos el lugar de alojamiento o residencia donde un gran número de individuos, en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, que es administrada formalmente por una autoridad o centro de decisión institucional centralizado.

prochable del agente, que deberá ser examinada en cada caso concreto, y en función de las circunstancias verificadas en el mismo y conocidas por el servidor público.

Sobre esto, aduce Rusconi:

“...La aplicación de esta norma [la del art. 106 del digesto criminal argentino], que regula el delito de abandono de persona, es una estructura omisiva, es decir, no requiere una acción, requiere que el juez no cumpla con su deber de salvar la salud o la vida del sometido a encierro. Los jueces ya están enterados de lo que implica ese encierro en el marco de una pandemia. Ya lo saben. Han recibido miles de alertas.

“El día de mañana se analizará si esas afecciones de la salud, si esas muertes en el marco de la pandemia se han debido solo al delito de abandono de personas, o también se han realizado a través de decisiones que han sido prevaricatos”<sup>51</sup>.

Todo cuanto hemos expresado en orden a los jueces, desde luego, sin perjuicio de la responsabilidad que también le cabe, en esta especial coyuntura, a la restantes agencias del Estado.

## XI

Arribamos el final de estas reflexiones, acaso demasiado extensas.

Esperemos –tal el desiderátum que las inspiró– que ellas hayan transmitido, en forma clara, a la vez que fundada, una idea simple, a saber: la reducción de la población reclusa alojada en cárceles superpobladas y, con ello, hacinadas, no pareciera resultar una *mera opinión* de algunos aficionados, como nosotros, al Derecho penal.

Por el contrario, la disminución de la cantidad de internos hasta, al menos, alcanzar la capacidad de alojamiento ideal de cada establecimiento penitenciario es, en todo tiempo, pero en particular en contextos de una pandemia fácilmente transmisible e idónea para causar la muerte –como el Covid-19–, una *imposición de nuestro ordenamiento constitucional*, en cuanto prescribe que las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos guardadas en ellas; que estos son sujetos de dere-

---

<sup>51</sup> Vid. RUSCONI, Maximiliano, “¿Jueces irresponsables? No! Jueces responsables penalmente”, en *Identidad Colectiva*, 19/04/2020, disponible en World Wide Web: [https://identidadcolectiva.com.ar/jueces-irresponsables-no-jueces-responsables-penalmente/#\\_ftnref1](https://identidadcolectiva.com.ar/jueces-irresponsables-no-jueces-responsables-penalmente/#_ftnref1) (accedido el 15 de mayo de 2020).



chos, a quienes la sentencia de condena –y, en caso de sujetos procesados, las necesidades de tutela procesal- solo priva de su derecho a la libertad ambulatoria, y no de los restantes derechos de los que goza la totalidad de la comunidad; y que, por último, entre los derechos no afectados por la condena o por la ley se encuentra el derecho a la salud, del que los encarcelados son titulares con los mismos estándares de calidad, eficiencia y atención que las personas del medio libre.

Probablemente la pandemia –aseveramos, no sin advertir lo naíf de la conjetura-, entre las muchas consecuencias negativas que ha acarreado, traiga una derivación plausible, al hacernos repensar muchas de nuestras prácticas sociales, culturales y jurídicas, y obligarnos, en este último terreno, a *poner manos a la obra* para la rectificación de deficiencias estructurales de nuestra “justicia penal”, que pretende garantizar la convivencia pacífica, a través del encierro del delincuente en instituciones cuya sobrepoblación y condiciones materiales, no sólo imposibilitan insalvablemente su pretendida “reinserción social”, sino que también producen una intolerable violación de múltiples derechos del recluso no afectados por la condena o la ley.

El Covid-19, desde esta perspectiva, y según aduce Žižek, puede ser visto quizá como una:

“...amenaza global [que] da lugar a la solidaridad global, [y hace que] nuestras pequeñas diferencias se vuelv[an] insignificantes, [y] todos trabaj[emos] juntos para encontrar una solución... . El punto no es disfrutar sádicamente el sufrimiento generalizado en la medida en que ayuda a nuestra causa; por el contrario, el punto es reflexionar sobre un hecho triste de que necesitamos una catástrofe para que podamos repensar las características básicas de la sociedad en la que nos encontramos. En Vivo”<sup>52</sup>.

¿Será el Covid-19, la catástrofe natural que necesita nuestro sistema de justicia penal, para hacerse cargo de algunos de los problemas estructurales que arrastra desde hace años?

---

<sup>52</sup> Cfr. ŽIŽEK, Slavoj, “Coronavirus es un golpe al capitalismo al estilo de «Kill Bill» y podría conducir a la reinención del comunismo”, en AA.VV., *Sopa de Wuhan – Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia-*, Editorial ASPO, 2020, p. 24.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Dinah Shelton (editor), Oxford University Press, New York, 2000.
- Arocena, Gustavo A., *Hacia la definitiva consideración del recluso como sujeto de derechos*, ConTexto, Resistencia, 2014.
- Baxter, R. R., “International law in «her infinite variety»”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, octubre, 1980.
- Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- Centro de Estudios Legales y Sociales, *Tortura en las cárceles. ¿Por qué no son efectivas las políticas de prevención de la violencia en la Argentina?*, CELS, Buenos Aires, 2017.
- Centro de Estudios Legales y Sociales – Conectas. Derechos Humanos, “Aportes para el proceso de revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas”, en CELS, *Cárceles y Sistema Penal*, 16/11/2013, p. 34, disponible en World Wide Web: [https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/01/CELS-y-Conectas\\_Aportes-al-proceso-de-revision-de-las-Reglas-Minimas-para-el-Tratamiento-de-los-Reclusos.1.pdf](https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/01/CELS-y-Conectas_Aportes-al-proceso-de-revision-de-las-Reglas-Minimas-para-el-Tratamiento-de-los-Reclusos.1.pdf) -accedido el 12 de mayo de 2020-).
- Comité Nacional para la Prevención de la Tortura, Recomendación CNPT 02/2020, “Recomendaciones para organismos judiciales para reducir la población en situación de encierro”, 25/03/2020, disponible en World Wide Web: <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/04/Medidas-o%CC%81rganos-judiciales-CNPT-.pdf> (accedido el 15 de mayo de 2020).
- , Recomendación CNPT 05/20, 07/04/2020, disponible en World Wide Web: <https://cnpt.gob.ar/wp-content/uploads/2020/04/MEDIDAS-PARA-REDUCIR-HACINAMIENTO-COVID19.pdf> (accedido el 15 de mayo de 2020).
- Corte I.D.H., Declaración 1/2020, del 9 de abril de 2020, “COVID-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, disponible en World Wide Web: <http://www.corteidh>.

or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\_1\_20\_ESP.pdf (accedido el 10 de mayo de 2020).

- Gargarella, Roberto, “Coronavirus: Los problemas del estado de emergencia en América Latina”, en diario La Nación, sección Opinión, 30 de marzo de 2020, disponible en World Wide Web: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/coronavirus-los-problemas-del-estado-emergencia-america-nid2348990> (accedido el 17 de abril de 2020).
- Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), *El sistema penitenciario ante la encrucijada producto de la crisis provocada por el Covid-19*, San José (Costa Rica), 2020.
- Jakobs, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»”, en Jakobs, Günther, Estudios de Derecho penal, traducción al castellano y estudio preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM Ediciones – Civitas, Madrid, 1997.
- Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, “COVID-19 y su dimensión de derechos humanos”, directrices relativas a COVID-19, 06/04/2020, disponible en World Wide Web: <https://acnudh.org/directrices-relativas-a-covid-19/> (accedido el 20 de abril de 2020).
- Núñez, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1960.
- Organización Mundial de la Salud, Coronavirus (COVID-19), Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19), Cómo protegerse, Medidas de protección básicas contra el nuevo coronavirus, disponible en World Wide Web: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public> (accedido el 19 de abril de 2020).
- Oficina para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “COVID-19: Argumentos que justifican medidas para reducir la población privada de libertad”, abril de 2020.
- Risso, Guido I., *Covid-19. Reflexiones jurídicas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020.
- Rodríguez Yagüe, Cristina, “Covid-19 y prisiones: Un desafío no sólo sanitario y de seguridad, también humanitario”, en Revista General de Derecho Penal n° 33, mayo 2020, en prensa.

- Rusconi, Maximiliano, “¿Jueces irresponsables? No! Jueces responsables penalmente”, en *Identidad Colectiva*, 19/04/2020, disponible en World Wide Web: [https://identidadcolectiva.com.ar/jueces-irresponsables-no-jueces-responsables-penalmente/#\\_ftnref1](https://identidadcolectiva.com.ar/jueces-irresponsables-no-jueces-responsables-penalmente/#_ftnref1) (accedido el 15 de mayo de 2020).
- Salinas, Raúl, *Sobrepoblación penitenciaria y derechos humanos*, tesis de maestría en derechos humanos, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, s/f, disponible en World Wide Web: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/61025/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/61025/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (accedido el 12 de mayo de 2020).
- Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Penal (SNEEP), “Informe Anual 2018”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Afianzar la Justicia, SNEEP 2018, disponible en World Wide Web: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sneep\\_2018\\_final.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sneep_2018_final.pdf) (accedido el 10 de mayo de 2020).
- World Health Organization (WHO), “Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention. Interim guidance”, 15 March 2020, p. 1, disponible en World Wide Web: [http://www.euro.who.int/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf](http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf) (accedido el 9 de mayo de 2020).
- Zaffaroni, E. Raúl, “La hora de los jueces”, en revista *La Tecl@ Eñe*, 30/03/2020, disponible en World Wide Web: <https://lateclaenerevista.com/la-hora-de-los-jueces-por-e-raul-zaffaroni/> (accedido el 11 de mayo de 2020).
- Žižek, Slavoj, “Coronavirus es un golpe al capitalismo al estilo de «Kill Bill» y podría conducir a la reinención del comunismo”, en AA.VV., *Sopa de Wuhan –Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemia-*, Editorial ASPO, 2020.

# **DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO**



# LA CONFRONTACIÓN ENTRE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y CHINA EN TIEMPOS DE COVID-19 Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT<sup>1</sup>

## Señalamiento introductorio

Para captar la dimensión de la confrontación entre Estados Unidos de América y China por la enfermedad COVID-19<sup>2</sup> es necesario realizar una breve revisión sobre el entorno en el que se desarrolla, ya que las diferencias y la puja por el liderazgo entre los dos países tienen varios frentes, todos ellos de compleja -si no imposible- solución jurídica. Primero, señalaremos algunos actos de enfrentamiento extra COVID-19 pero con efecto o sucedidos durante el desarrollo de la pandemia y luego los propios de los virus, para pasar a considerar la posibilidad de aplicar medios de solución pacífica de controversias a la confrontación entre ambos países por la COVID-19.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba y Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente del Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires.

<sup>2</sup> La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha propuesto el uso del acrónimo “COVID-19”, que une los términos ingleses del virus (CoronaVirus) y enfermedad (Disease), junto a la cifra 19 por haberse detectado a finales de 2019 en la ciudad de Wuhan (provincia de Hubei) en China. El acrónimo señalado podría traducirse como “enfermedad producida por el coronavirus” (FARAMIÑAN GILBERT, Juan Manuel de. “Sobre la protección de la salud pública y el respeto a las libertades individuales”, Universidad de Jaen-España (<https://www.ideal.es/>).

## I. Puntos de fricción en tiempos de pandemia

### I.1. Situaciones extra virus con incidencia en el mismo

Numerosos politólogos han ido anunciando desde hace décadas que China en 2020-2030 sería la primera potencia mundial, lugar que había ocupado el Reino Unido en 1872 y del que fue desplazada tras la Primera Guerra Mundial por los EE.UU., posición que hoy le disputa China a la gran potencia americana<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Kishore Mahbubani señala que la gran paradoja del crecimiento chino es que lo ha hecho “al amparo de las leyes impuestas por Washington”. Recuerda que Richard Nixon -bajo la influencia de Henry Kissinger- hizo entrar a China en el sistema internacional (“no nos podemos permitir dejar a China para siempre fuera de la familia de las naciones”). Logró que la ONU reconociera a la República Popular de China en octubre de 1971. En febrero del año siguiente, Nixon hizo su visita histórica a Beijing. Aunque un Estado llamado “China” era miembro fundador de las Naciones Unidas, hasta ese momento sólo reconocía a la China del gobierno de Chiang Kai-shek, quien había gobernado todo el país desde 1928, pero tras la victoria de la revolución comunista en 1949 (Mao Zedong) se había replegado en la isla de Taiwán. Esa China Nacionalista (Taiwán) fue la que formó parte del Consejo de Seguridad de la ONU como miembro permanente con derecho de veto desde 1945 hasta 1971 en que fue desplazada por la China Popular recién ingresada a la ONU (Res. 2758 de la Asamblea General de Naciones Unidas: “reconociendo que los representantes del Gobierno de la República Popular de China son los únicos representantes legítimos de China en las Naciones Unidas, expulsar inmediatamente a los representantes de Chiang Kai-shek”). Ello le significó a Taiwán dejar de ser miembro de las Naciones Unidas y de numerosos organismos especializados de la misma (MAHBUBANI, Kishore. *Has China won? The Chinese challenge to American primacy*, Ed. Public Affairs, 31 de marzo 2020 (<https://www.publicaffairsbooks.com/titles/kishore-mahbubani/has-china-won/9781541768123/>). China Popular se adaptó al sistema de libre mercado desde 1979, se unió en 2001 a la Organización Mundial del Comercio, aceptando condicionamientos, a los que -según Ray Bowen, analista económico del gobierno estadounidense- nunca tuvo la intención de cumplir, por el contrario, quiso ingresar en los foros multilaterales para cambiar la regulación del comercio mundial. Muchas empresas estadounidenses trasladaron su producción a China para beneficiarse de los bajos costos de la mano de obra. Sin embargo, según Daniel Kliman, pagaron un alto precio, ya que China las forzó a entregarles su tecnología, su propiedad intelectual, a más de haberse apoderado el gobierno del gigante asiático de sus secretos comerciales. En este momento hay una larga lista de demandas contra individuos y compañías chinas por espionaje y piratería informática (V. GROSSMAN, David. «China es una amenaza mayor que la Unión Soviética: Las crecientes preocupaciones de Estados Unidos por el avance del país asiático», *BBC News*, 11 de noviembre de 2019 (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-50344853>); BRANDS, Hal - SULLIVAN, Jake “China has two path to global domination”, *Foreign Policy*, 22 de mayo de 2020 (<https://foreignpolicy.com/2020/05/22/china-superpower-two-paths-global-domination-cold-war/>).



La voluntad de China de ocupar ese rol global ha sido anunciada explícitamente por Xi Jinping en la *Cumbre de la Ruta de la Seda* en Beijing 2017, al manifestar ante los mandatarios presentes<sup>4</sup> y sus representantes que China está dispuesta a tomar la responsabilidad de liderar el orden mundial ante el abandono del internacionalismo por parte de EE.UU. anunciado por Trump (“primero nosotros, los EE.UU.”). Xi -en esa oportunidad- anunció un importante gasto en infraestructura a través de toda Asia, Europa y África, con un proceso de inversión en puentes, ferrocarriles, puertos y energía en más de 60 países (aproximadamente, un billón de dólares). Describió su plan como “una globalización económica abierta, inclusiva, equilibrada y beneficiosa para todos”. Se ocupó en esa oportunidad de recalcar las diferencias entre el sistema de alianzas de Estados Unidos y la idea del comercio que él tiene desde China: “No tenemos la menor intención de formar un pequeño grupo que genere inestabilidad, sino que esperamos construir una gran familia en armoniosa coexistencia”.

A pesar de ese anuncio constructivo y pacifista, y de su reiterado y explícito apoyo al multilateralismo, en este último tiempo -en pleno desarrollo de la COVID-19- China obró de modo contrario a cómo la describían exitosos politólogos estadounidenses: actuar pacientemente, construir activos lentamente para inclinar el equilibrio del juego a su favor, poniendo énfasis en la estrategia a largo plazo y no en las ganancias a corto plazo<sup>5</sup>, aprovechó la ocupación y preocupación mundial por la COVID-19 para llevar a cabo apresuradamente una serie de acciones de efecto internacional inamistosas -mayoritariamente ilícitas-. Entre ellas, enfrentó a India en la disputada zona de Cachemira<sup>6</sup>; eliminó la autonomía de Hong Kong que debió haber durado hasta 2047<sup>7</sup>; aprobó la ley de

---

<sup>4</sup> Los únicos mandatarios de occidente presentes en la Cumbre fueron los de Argentina, Chile y España.

<sup>5</sup> KISSINGER, Henry. *On China*. New York Times Bestsellers, NY-USA, 2012, *passim*.

<sup>6</sup> Ambos países se culparon mutuamente por los combates del 17 de junio de 2020. El ejército indio habló inicialmente de 3 fallecidos, pero luego señaló que algunos de los heridos murieron, elevando el balance a 20. El gobierno indio, además, indicó que “ambas partes sufrieron bajas”, si bien las autoridades chinas no reportaron víctimas (“China vs India: denuncian que al menos 20 soldados indios murieron en enfrentamientos con tropas chinas en la región de Cachemira”, *BBC News Mundo*, 17 de junio de 2020(<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-53071455>)).

<sup>7</sup> V. “China termina con la autonomía de Hong Kong y ahora va por Taiwán”, *Infobae*, 23 de junio de 2020 (<https://www.infobae.com/america/mundo/2020/06/13/china-termina-con-la-autonomia-de-hong-kong-y-ahora-va-por-taiwan/>).

seguridad nacional que criminaliza la disidencia contra Beijing en el territorio hongkonés<sup>8</sup>; fortaleció y amplió islas artificiales que había creado en el Mar de China Meridional para bases misilísticas<sup>9</sup> y tomó territorios en el disputado Mar de China<sup>10</sup>; amenazó invadir Taiwán<sup>11</sup>; inició una guerra

<sup>8</sup> VIDAL LIY, Macarena. “China aprueba la polémica ley de seguridad para someter a Hong Kong y eliminar la disidencia”, *Diario El País*, 28 de mayo de 2020(<https://elpais.com/internacional/2020-05-28/china-aprueba-una-ley-de-seguridad-para-reforzar-el-control-sobre-hong-kong.html>).

<sup>9</sup> China continúa ampliando sus instalaciones con fines bélicos en el Mar de China. (V. “Instalaciones militares que Pekín construye en tiempo récord en las islas del mar de China Meridional”, *BBC News Mundo*, 18 de diciembre de 2017(<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-42371624>).

<sup>10</sup> Los archipiélagos del Mar de la China Meridional o Mar Occidental de Filipinas poseen islas que se disputan varios países, sin embargo China en acto unilateral las ocupó (no tienen población) entre ellas, las islas Spratly (disputadas por República Popular China, República de China/Taiwán, Vietnam, Malasia, Brunéi y Filipinas); las islas Paracel o Xisha (disputadas por República Popular China, República de China/Taiwán, Vietnam); las islas Pratas (disputadas por República Popular China y la República de China). Esas islas y su fondo marino próximo son ricos en minerales, gas natural, y depósitos de petróleo a más de tener abundante vida marina. A mediados de abril de 2020, los medios oficiales chinos anunciaron la creación de dos nuevos distritos como parte de la ciudad de Sansha, en la sureña isla de Hainan. A inicios de ese mismo mes ocurrió el hundimiento de un pesquero vietnamita cerca de las islas Paracel tras un incidente con una patrullera de la guardia costera china.

<sup>11</sup> Xi Jinping pareciera estar convencido de que es el momento de avanzar y de que la Administración de Trump no va a intervenir si el Ejército Nacional Rojo ocupa y toma el control de Taiwán. El jefe del Estado Mayor Conjunto chino, general Li Zuocheng, dijo que los militares “tomarán todas las medidas necesarias para aplastar decididamente cualquier complot o *acción separatista*” en Taiwán “si se pierde la posibilidad de una reunificación pacífica”. Hace referencia a “acción separatista” a pesar de que por 70 años Taiwán (República de China) ha actuado como país independiente, reconocido largamente de hecho y derecho por la comunidad internacional, lo cual le ha sido retaceado a medida que China Popular ha ido tomando peso. En los años 1960, Taiwán tuvo en un período de rápido crecimiento económico e industrialización (“el Milagro de Taiwán”). En la actualidad, la economía industrial orientada a la exportación de Taiwán es la 21.<sup>a</sup> más grande del mundo, (especialmente, acero, maquinaria, electrónica y productos químicos). Taiwán es un país desarrollado<sup>11-12</sup>, tiene: \*un PIB per cápita de 21.192€ (a diferencia de China Popular que cifra 8.263 € en ese mismo año); una deuda porcentaje con su PIB de 35,06% (a diferencia de China popular que cifra 50,64%), \*alto índice de desarrollo humano que lo ubica en el puesto 24 (a diferencia de China que se halla en el puesto 86) (V. “Ranking”, *World Bank*<https://espanol.doingbusiness.org/es/rankings>; V. asimismo, <https://datosmacro.expansion.com/paises/comparar/taiwan/china>). El estatus político de Taiwán sigue siendo incierto por la falta de coherencia de las Naciones Unidas y por el “abandono” escapista de ese Es-

comercial con Estados Unidos<sup>12</sup>; dictó normas para impedir que líneas aéreas estadounidenses vuelen a China<sup>13</sup>; confrontó con la Unión Europea por los

---

tado llevado a una “nube” por ella misma La República de China ya no es miembro de la ONU, ya que fue reemplazada lisa y llanamente por la República Popular China en 1971. Taiwán es reclamada por la República Popular China, que rechaza las relaciones diplomáticas con países que la reconocen. Taiwán mantiene vínculos oficiales con 14 de los 193 Estados miembros de la ONU y la Santa Sede. Taiwán es miembro de la Organización Mundial del Comercio, el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico y del Banco Asiático de Desarrollo. Las grandes economías mantienen vínculos no oficiales con Taiwán a través de oficinas de facto. EE.UU. sigue colaborando con Taiwán gracias al Acta de Relaciones con Taiwán, TRA, por sus siglas en inglés) aprobada por el Congreso estadounidense poco después de la ruptura de lazos formales entre EE.UU. y el gobierno en Taiwán en 1979 y la apertura hacia el gobierno comunista de China Popular (V.GIL, Tamara, “Taiwán vs China: por qué Estados Unidos “está comprometido por ley” a facilitar armas a Taipéi en claro desafío a Pekín”, *BBC Mundo News*, 12 de julio de 2019, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-48944773>).

<sup>12</sup> El conflicto comercial abierto se inició en marzo de 2018 tras anunciar Trump que impondría aranceles por 50.000 millones de dólares a los productos chinos en base a la ley de comercio de 1974 (art. 301) arguyendo que China había aplicado prácticas desleales, robado propiedad intelectual y llevado a cabo transferencia forzada de tecnología americana. Como contramedida China impuso aranceles a productos americanos, especialmente a la soja (OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT. *Findings of the investigation into China's acts, policies, and practices related to technology transfer, intellectual property, and innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974*, 22 de marzo de 2018 <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>). El acuerdo de enero de 2020 entre ambos Estados de reducción de aranceles y promesas de compras, apenas enfrió las tensiones, que continúan y se expanden a países europeos. En estos momentos EE.UU. busca reducir la capacidad de Huawei en el estado americano. Como contracara, Apple, Qualcomm, Cisco y Boeing enfrentan restricciones para hacer negocios en China (V. “Guerra comercial EE.UU.China”, *CNN*, 19 de mayo 2020 <https://cnnespanol.cnn.com/2020/05/19/una-guerra-comercial-entre-estados-unidos-y-china-es-lo-ultimo-que-la-economia-mundial-necesita-ahora/>).

<sup>13</sup> La Administración de Aviación Civil de China dispuso que todas las aerolíneas deberán usar desde junio y hasta próximo aviso los mismos itinerarios que tenían durante la semana del 16 al 22 de marzo. Eso implica que las empresas estadounidenses no podrán volar a China pues para esas fechas ya habían cesado sus operaciones (V. “Estados Unidos vs China: 5 frentes de disputa entre Washington y Pekín en medio de la pandemia”, *BBC News*, 29 de mayo de 2020 (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52815758>)).

derechos humanos<sup>14</sup>; habría lanzado un ciberataque contra Australia<sup>15</sup>,

<sup>14</sup> Si bien las violaciones a los derechos humanos en China han estado en el ojo del huracán desde la masacre de 4 de junio de 1989 en Tiananmen, los casos de violaciones son innumerables. Recordamos solo dos: -\**Yu Wensheng*, un reconocido abogado de derechos humanos que opera en Beijing, ha representado casos de víctimas de la represión de China. “Frontline defenders” señala que sigue detenido un año después de un juicio secreto sin veredicto público. Fue uno de los ganadores del Premio Franco-Alemán de Derechos Humanos y Estado de Derecho 2018. Su esposa, Xu Yan, recibió el premio en China en enero de 2019; -\**Huang Qi*, creador del primer sitio electrónico con noticias sobre los derechos humanos en China, fue condenado a 12 años de cárcel por denunciar corrupción gubernamental. Fue condenado por haber publicado en su sitio electrónico, llamado *64 Tianwang*, la copia escaneada de un documento (calificado por el gobierno retroactivamente como “alto secreto”) que denunciaba la conducta indebida del gobierno. Fue detenido en 2016, negándosele por 10 meses acceso a Internet. “Human Rights Watch” en su Informe Mundial 2020 ha señalado que el gobierno chino está desplegando un “enérgico ataque contra el sistema global de protección de los derechos humanos” (HRW. “El gobierno chino representa una amenaza global para los derechos humanos. Los gobiernos deben unirse frente a su embestida con órganos de derechos humanos”, 14 de enero de 2020 <https://www.hrw.org/es/news/2020/01/14/el-gobierno-chino-representa-una-amenaza-global-para-los-derechos-humanos>). Sin embargo, si bien China Popular está dirigida por un omnímodo partido comunista asentado en la represión interna, Kishore Mahbubani entiende que, la mayor explosión de libertades personales que el pueblo chino ha experimentado en los últimos 4.000 años ha tenido lugar en los últimos 40 años. Señala que hace 40 años, los chinos no podían elegir dónde vivir, qué ponerse, dónde trabajar, qué estudiar; hoy, 134 millones de chinos (un poco menos del 10% de su población) entran y salen libremente del país, incluso para fines de turismo (MAHBUBANI, Kishore, *Has China won? The Chinese challenge to American primacy*, ob. cit. Nota 2). Con relación a los derechos humanos en China, varios Estados africanos (entre otros, Nigeria, Kenia, Uganda, Ghana y la Unión Africana) convocaron a diplomáticos chinos acreditados en sus países para solicitar explicación del trato racista y discriminatorio de africanos en China (V.LANDALE, James. “‘Guerreros lobo’, el nuevo ejército de diplomáticos que defiende a China en el mundo durante la pandemia”, *BBC*, 16 mayo 2020 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52671311>).

<sup>15</sup> La inteligencia nacional de Australia concluyó el año pasado que China fue responsable de un ciberataque a su Parlamento nacional y a los tres partidos políticos más grandes poco antes de las elecciones generales de mayo de 2019. La información fue reportada por *Reuters*, que citó a cinco personas con conocimiento directo del asunto. La agencia de inteligencia cibernética de Australia concluyó que el Ministerio de Seguridad del Estado de China era responsable del ataque. Las cinco fuentes informantes solicitaron no ser identificadas debido a lo delicado del tema (“Australia concluyó que China estuvo detrás del último ciberataque en su contra”, *Infobae Mundo*, 19 de junio de 2020 (<https://www.infobae.com/america/mundo/2020/06/19/australia-concluyo-que-china-estuvo-detras-del-ultimo-ciberataque-en-su-contra/>)). Cheng, en respuesta a ello, insinuó que China podría boicotear los productos australianos.

se atribuyó el rol de vocero de la ONU al reclamar a EE. UU. que pague sus deudas con la ONU<sup>16</sup>, etc. A su vez, Washington adoptó medidas de represalia varias, *i.a.* limitaciones al número de ciudadanos chinos que pueden trabajar para medios estatales, controlados por el gobierno, en EE.UU., ampliación de las restricciones aduaneras y aranceles a productos chinos<sup>17</sup>.

La relación entre EE.UU. y China está lejos del deseable equilibrio de poder que vislumbrara Kissinger entre ambos países, con elementos de cooperación y asociación para hacer frente a las crisis mundiales<sup>18</sup>. La pandemia ha profundizado ese alejamiento. Cada uno de los Estados, especialmente en estos momentos de COVID-19, se esfuerza en ensalzar su modelo político como estrategia a expandir planetariamente y halla satisfacción en el mal que sufre o pueda sufrir el otro<sup>19</sup>. Algunos comentaristas llaman al coronavirus “el virus político”<sup>20</sup>.

### *1.2. Situaciones en el marco del virus*

Tal como lo expresara la propia OMS al referir la 73<sup>a</sup> ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD en Ginebra, “enfrentamiento entre dos grandes potencias, Estados Unidos y China, fue el centro

---

<sup>16</sup> China señala que Estados Unidos debe US\$1.165 millones para el presupuesto de funcionamiento y US\$ 1.332 millones para financiar los operativos de paz y le urge ponerse al día. V. “China pide a EE. UU. que pague sus deudas con la ONU”, *Deutsche Welle Mundo*, 15 de mayo de 2020 (<https://www.dw.com/es/china-pide-a-ee-uu-que-pague-sus-deudas-con-la-onu/a-53460378>). Debe tenerse en cuenta que China posee 1,13 billones de dólares en títulos de deuda estadounidense, el 17% del total que recae en manos extranjeras (“vosotros compráis nuestros productos, nosotros compramos vuestros bonos”).

<sup>17</sup> V. GIL, Tamara. “Coronavirus: cómo el virus se volvió parte de la ‘guerra’ política entre EE.UU. y China”, *BBC News*, 18 de marzo de 2020 (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51938799>).

<sup>18</sup> KISSINGER, Henry A. “The Future of U.S.Chinese Relations: Conflict Is a Choice, Not a Necessity”, *Foreign Affairs*, Vol. 91, No. 2, pp. 44-55.

<sup>19</sup> V. “‘Érase una vez un virus’: China se mofa de EE UU en una animación hecha con piezas como las de Lego”, *Diario El País, Internacional* (<https://elpais.com/internacional/2020-05-04/erese-una-vez-un-virus-china-se-mofa-de-ee-uu-en-una-animacion-hecha-con-piezas-como-las-de-lego.html>).

<sup>20</sup> V. “Estados Unidos vs China: 5 frentes de disputa entre Washington y Pekín en medio de la pandemia”, *ob. cit.* Nota 12.

de atención y amenazó con eclipsar las deliberaciones por completo. Si alguna vez se supuso que las reuniones (de la OMS) eran de naturaleza no política, esta Asamblea Mundial de la Salud fue todo lo contrario<sup>21</sup>.

Las confrontaciones entre los dos gigantes han abierto un abanico que parte de las más graves acusaciones.

Tal como lo señaláramos en trabajo anterior<sup>22</sup>, mientras Salvador González Briceño expone la hipótesis de que el brote de Coronavirus en China es un evento causado por los aparatos de inteligencia estadounidenses para lograr, por la vía de una guerra bacteriológica, lo que la guerra comercial desatada por Donald J. Trump no había logrado conseguir la desestabilización de la economía china en una escala lo suficientemente amplia y aguda como para eliminarla de la contienda por la hegemonía global<sup>23</sup>. González Briceño<sup>23</sup>, con relación a la confrontación entre China y Estados Unidos por la hegemonía global, señala que la idea de que una guerra bacteriológica entre potencias está en curso parece adquirir consistencia y asertividad cuando se pone en el centro del análisis que el botín por repartir es demasiado valioso como para dejarlo al azar o como para decidirlo a través de medios convencionales (...).<sup>23</sup> Agrega que Estados Uni-

---

<sup>21</sup> V.<https://www.who.int/es/about/governance/world-health-assembly/seventy-third-world-health-assembly>

<sup>22</sup> “Autoritarismo y cooperación internacional en tiempos de COVID-19”, en ANDRUET, A. *et al. Heridas jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia de la Covid-19*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina, La Ley, Buenos Aires (en prensa).

<sup>23</sup> GONZÁLEZ BRICEÑO, Salvador (*Director de Geopolítica.com*, @sal\_briceno). “Coronavirus, terrorismo de Estado y uso geopolítico del miedo”, *América Latina en Movimiento*, Alainet, marzo 2020 (<https://www.alainet.org/es/articulo/205381>) expresa: “Contra Natura, pero con el coronavirus pretenden hacernos creer -quienes controlan el miedo- que la madre naturaleza se volvió, de golpe y porrazo, contra sus depredadores los humanos. Un procedimiento tan oscuro que asemeja más arma de destrucción masiva creada en laboratorios, que algo normal. Es decir, el presunto origen chino del virulento agente y el increíble contagio por el murciélago, como plaga que corre a la velocidad de la luz dirigida a países específicos resulta, más que otra cosa, un asunto criminal *de ordenanza occidental*. Porque curiosamente los contagios alcanzaron a más de 100 países en unas cuantas semanas. Un fenómeno ‘científico’ creado con fines económicos y propagado para desestabilizar y dominar utilizando el miedo como estrategia social” (el resaltado nos pertenece). Argumentos todos, que podrían ser utilizados para una imputación a la contraparte, como de hecho sucedió.

dos es “*la principal amenaza para el mundo (en tanto) aliado del terrorismo*”. En la contracara, el general Joseph Dunford, presidente del Estado Mayor Conjunto de Estados Unidos ha dicho que “*China probablemente representa la mayor amenaza para nuestra nación (...), como nunca lo fuera la URSS o Rusia*”<sup>24</sup>.

Zhao Lijan, el joven ministro de Asuntos Exteriores chino, señaló **que “podría haber sido el ejército estadounidense el que trajo la epidemia a Wuhan”**, en oportunidad de los Juegos Mundiales Militares de octubre de 2019<sup>25</sup>, si bien esa postura contradecía lo que había manifestado el director del Centro de Control y Prevención de Enfermedades de China poco antes, Gao Fu, quien había afirmado que “sabían” que la “fuente del virus eran animales salvajes vendidos en el mercado” de Wuhan.

La visión de Estados Unidos como iniciador de la guerra bacteriológica a través del coronavirus perdió sustento cuando ese país se transformó en el territorio con mayor número de infectados y muertos en el mundo.

Estados Unidos sospecha -y lo ha afirmado- que ha sido China quien ha diseminado al coronavirus probablemente de modo deliberado<sup>26</sup>. Afirmó que el virus se originó en un laboratorio en Wuhan<sup>27</sup> a lo que desde China la directora del laboratorio de Wuhan dijo que “es pura invención”<sup>28</sup>. En reiteradas oportunidades se refirió en acto público al “virus chino”<sup>29</sup> acusando de incompetente a China, criticando su falta de transparencia.

<sup>24</sup> GROSSMAN, David. “China es una amenaza mayor que la Unión Soviética: las crecientes preocupaciones de Estados Unidos por el avance del país asiático”, *BBC News*, 11 de noviembre de 2019

(<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-50344853>).

<sup>25</sup> “EE.UU. y China se acusan mutuamente sobre origen de COVID-19”, *Deutsche Welle, Actualidad Política*, 17 de marzo de 2020 (<https://www.dw.com/es/eeuu-y-china-se-acusan-mutuamente-sobre-origen-de-covid-19/a-52802443>).

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> “EE. UU.: hay ‘pruebas enormes’ de que coronavirus se originó en laboratorio de Wuhan”, *Deutsche Welle, Actualidad Mundo*, 3 de mayo de 2020 (<https://www.dw.com/es/ee-uu-hay-pruebas-enormes-de-que-coronavirus-se-origen%C3%B3-en-laboratorio-de-wuhan/a-53318676>).

<sup>28</sup> “Estados Unidos vs China: 5 frentes de disputa entre Washington y Pekín en medio de la pandemia”, ob. cit. Nota 12.

<sup>29</sup> La OMS recomienda no vincular un virus con una zona en particular o grupo, para evitar estigmatizar a un colectivo.

En sanción a noticias “falsas” sobre el COVID-19 desde Estados Unidos, el gobierno chino expulsó de China de los periodistas de nacionalidad estadounidense de tres periódicos de referencia de ese país (*The New York Times*, *The Washington Post* y *The Wall Street Journal*), tanto del continente como de zonas con mayores libertades como Hong Kong, donde suelen tener base organizaciones que no pueden trabajar en el continente chino (como ONG en defensa de los derechos humanos).

China tiene un sistema de gobierno en el que el Partido Comunista controla los diferentes niveles de gobierno, todos los ámbitos de la vida, el comercio, la economía, la información, las comunicaciones<sup>30</sup>, la educación, etc. Xi Jinping ha detenido la incipiente marcha hacia la democracia en la que China se iniciaba no hace mucho para reinstaurar un autoritarismo más duro. Sólo aliados y colaboradores incondicionales ocupan los cargos políticos más altos del país. Xi Jinping no identificó a un sucesor, pero incluyó su propio nombre en la Constitución con visos de perpetuación en el poder. Reúne en su persona los tres cargos más importantes de China: presidente del país, secretario general del Partido Comunista chino y jefe de sus fuerzas armadas.

---

<sup>30</sup> El secretismo sobre los actos de Estado es una característica del régimen. A pesar de ello circularon noticias dentro y fuera del país sobre desaparición de científicos que trabajaban en el laboratorio de Wuhan y la aplicación de gravísimas sanciones a quienes proveyeran algún tipo de información. Por ejemplo, Li, uno de los profesionales en primera línea de la epidemia, trató de alertar de la existencia de esta nueva cepa a sus compañeros, pero fue silenciado por la policía, que le acusó de difundir información falsa. La prensa lo llamó “mártir de la verdad”, ya que falleció a causa del nuevo coronavirus. Tras su muerte se publicó una misiva que reclama el respeto a la Constitución, que (teóricamente) garantiza la libertad de expresión; que se eliminen las leyes que ponen freno a dicha libertad; que el 6 de febrero (fecha de la muerte de Li) se celebre el “Día de la Libertad de Expresión”; que el gobierno se excuse públicamente por no haber escuchado sino sofocado la voz del Dr. Li, quien es definido como “un mártir” de la verdad. Entre los firmantes figura el Prof. Tang Yiming, a cargo de la Facultad de los Clásicos Chinos en la Universidad normal de Wuhan, señaló *i.a.*: “La epidemia de coronavirus no es un desastre natural, sino un desastre operado por el hombre. Tenemos que aprender una lección de la muerte de Li Wenliang”. Zhang Qianfan, profesor del Derecho en la Beijing University, otro de los firmantes, ha dicho que la muerte de Li Wenliang “no tiene que asustarnos, sino impulsarnos a hablar claro (...). Si cada vez más personas permanecen en silencio por miedo, la muerte tocará a nuestra puerta aún más rápido. Todos debemos decir ‘No’ a la represión de la libertad de expresión que perpetra el régimen” (V. WANG, Zhicheng. “Llamamiento de académicos chinos: No permitan que la muerte de Li Wenliang sea en vano”, *Asia News*, 8 de febrero de 2020 (<http://www.asianews.it/noticias-es/Llamamiento-de-acad%C3%A9micos-chinos:-No-permitan-que-la-muerte-de-Li-Wenliang-sea-en-vano--49246.html>)).



Por su parte, Trump, en política exterior, ha seguido una impronta nacionalista (“America first”), retirando a los Estados Unidos de varias negociaciones internacionales, entre ellas, el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica, el Acuerdo de París sobre Cambio Climático, etc. En estos momentos, amenaza con retirarse por completo de la OMS, habiendo ya suspendido el financiamiento de la Organización (cuotas y donaciones comprometidas<sup>31</sup>). Ha sido criticado por su personalismo en materia política y ha sido acusado de racismo, entre tantas visiones negativas de su gobierno y personalidad.

La negativa de China a una investigación amplia y general del origen del COVID-19, llevó a que varios gobiernos, a más del estadounidense, dudaran de la objetividad y transparencia de China y de la OMS<sup>32</sup>.

Las principales críticas a la OMS y, especialmente, a su Director General (DG) se centran en variadas circunstancias, que pasamos a señalar.

---

<sup>31</sup> El presupuesto de la OMS para el bienio 2018-2019 ha sido de US\$ 5.600 millones, los que se nutren de: a) *contribuciones obligatorias* de sus 194 Estados miembros según cuotas fijadas por las Naciones Unidas que suman aproximadamente US\$950 millones. Ese dinero se utiliza mayormente para salarios y gastos administrativos; y b) *contribuciones voluntarias* que permiten a donantes estatales y no estatales comprometer fondos para campañas sobre temas concretos. En el bienio señalado esos fondos fueron de US\$ 4.300 millones, de los cuales US\$ 553 millones fueron aportados por Estados Unidos; US\$367 millones por la Fundación Bill y Melinda Gates; US\$316 millones por la Alianza GAVI; US\$293 millones por el Reino Unido y US\$214 millones por Alemania. China tenía comprometidos unos US\$ 86 millones, de los cuales había desembolsado unos US\$7,9 millones (0,21% de los fondos) (a pesar de ello -como lo recalcan los EE.UU. maneja a la OMS desde hace casi 15 años). En América Latina, los países que tienen las mayores cuotas son Brasil (US\$35,5 millones), México (US\$13,7 millones) y Argentina (US\$8,5 millones). China ante la suspensión de financiamiento a la OMS por parte de EE.UU. prometió en la Asamblea Mundial de la Salud de 18 y 19 de mayo de 2020 entregar a la OMS unos US\$ 2.000 millones adicionales en varias etapas para responder a la pandemia (V. “Estados Unidos vs China: 5 frentes de disputa entre Washington y Pekín en medio de la pandemia”, ob. cit. Nota 12). Es de observar que -según datos de la OMS- el gasto total en salud de Estados Unidos como porcentaje de su PIB es de 17.1, mientras el de China es 5.5. (<https://www.who.int/countries/usa/es> y <https://www.who.int/countries/chn/es>).

<sup>32</sup> Llama la atención, que ADHANOM GHEBREYESUS en su CV presentado en 2016 a los fines de la nominación como DG de la OMS textualmente expresara: “Me centraré en cinco prioridades en materia de liderazgo: 1. Una OMS transformada: Hacer de la OMS una organización *más eficaz, transparente y responsable, que sea independiente, se base en la ciencia y la innovación, se oriente a la obtención de resultados y responda a las necesidades (...)*” (<https://www.who.int>).

El DG de la OMS, Tedros ADHANOM GHEBREYESUS<sup>33</sup> (ex canciller y ex ministro de salud de Etiopía) es Licenciado en Biología (1986) recibido en la primera universidad de Eritrea -Universidad de Asmara- creada en 1958 por un grupo de religiosas misioneras (*Piae Madres Nigritiae*, Hermanas Combonianas), centro educartivo que dejó de admitir estudiantes en el año 2000. Adhanon es el primer DG de la OMS que no es médico, a más de ser el primero elegido de la región africana. Sucedió a la DG Margaret Cheng (China). Adhanon realizó un Master en Ciencias, Inmunología de las Enfermedades Infecciosas (University of London, RU (1992) y es Doctor en Filosofía especializado en sanidad comunitaria (University of Nottingham, RU (2000)). Se lo ha criticado por su orientación política extremadamente definida para un cargo que requiere objetividad de percepciones y por su apoyo a gobiernos dictatoriales. Tras su graduación entró a trabajar en el Ministerio de Salud del Consejo Administrativo Militar Provisional bajo la tiranía de Hailé Mariam Mengistu (presidente de la república de Etiopía entre 1987-1991, considerado dictador en su país y en la mayoría de las naciones occidentales, exiliado en Zimbabue desde que fue acogido por el expresidente Robert Mugabe, amigo personal de Mengistu). En 2006 la justicia etíope encontró a Mengitsu culpable *in absentia* de los cargos de genocidio durante el llamado Terror Rojo y lo condenó a muerte (2008), aun cuando Mengistu ha negado constantemente dichas acusaciones. En 2001 Adhanom fue designado director de la Oficina de Salud de Tigray y en 2003 viceministro de Salud. En 2005 el primer ministro Meles Zenawi (guerrillero de orientación marxista-leninista) lo designó ministro de Salud. En 2012 dejó el cargo para liderar la cartera de Relaciones Exteriores en el gobierno de Hailemariam Desalegne (Frente Democrático Revolucionario del Pueblo Etíope), reemplazando a Meles Zenawi tras su muerte. En 2016 Desalegne lo propuso como candidato a liderar la Organización Mundial de la Salud, con el aval de la Unión Africana y de China. Diversos partidos etíopes rechazaron la candidatura de Tedros Adhanom debido a su carrera en el Frente de Liberación Popular de Tigray (TPLF), de ideología marxista, lo que no iba a permitir su neutralidad al mando de la OMS<sup>34</sup>. Finalmente fue electo DG de la OMS en mayo de 2017

<sup>33</sup> Señalamos con mayúsculas los apellidos del DG, ya que -en varios escritos- hemos visto confundir el nombre con los apellidos del DG de la OMS.

<sup>34</sup> “Dr. Tedros Adhanom Uno de los finalistas del Director General de la OMS es una persona sospechosa de un crimen contra la humanidad”, *Ethiopian News and Views*, 23 de abril de 2017 (<https://ecadforum.com/2017/04/23/dr-tedros-adhanom-is-an-individual-suspected-of-a-crime-against-humanity/>).

y comenzó su mandato en julio de ese año por un período de cinco años, a pesar de haber encubierto como funcionario del gobierno etíope tres epidemias de cólera en su país en 2006, 2009 y 2011. También ha sido criticado *i.a.* por designar como DG al anciano y cruento dictador de Zimbabue, Robert Mugabe, como embajador de buena voluntad de la OMS<sup>35</sup>.

En su alocución de 29 de abril de 2020, en la rueda de prensa sobre la COVID-19 Adhanon reconoció que el primer conocimiento que la OMS tuvo de la existencia de un “conglomerado de casos de neumonía de etiología desconocida en Wuhan”, “*no fue provisto por China*”<sup>36</sup>. El 1 de mayo de 2020, también en rueda de prensa, expresó que tres meses atrás convocó al Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional y, en base a sus recomendaciones, declaró una emergencia sanitaria mundial. Además, señaló que la OMS aceptó la recomendación del Comité de trabajar en colaboración científica en la *identificación del origen animal del virus* -dando por sentada la veracidad de lo informado por China con relación al origen- sin investigación propia alguna (<https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---1-may-2020>) (el resaltado nos pertenece). Con relación a limitar la investigación del origen del virus a su presunto origen animal únicamente, Adhanon señaló que primero había que centrar los esfuerzos en atender la emergencia sanitaria para *luego* ocuparse de ese tipo de cuestiones. Se produjeron numerosas críticas a la OMS y a su titular por haber felicitado apresuradamente y sin fundamento a China por su actuación frente al virus, más por razones de afinidad política que por comportamiento responsable; por no haber cuestionado la política de Pekín de ocultamiento de datos sobre la enfermedad; por limitar la acción de la OMS a los informes provenientes de China sin tomar en cuenta otra consideración; por negar haber recibido información temprana desde Taiwán de la circulación en China del virus, comunicación que pudo ser decisiva para la evolución del mismo, notificación cuya existencia fue posteriormente probada; por haber afirmado el 14 de enero que no había temores de contagio persona a persona por el virus; por no haber declarado la emergencia

<sup>35</sup> V. ALBA, Álvaro. “El director de la OMS, en la mira por el manejo de la pandemia”, *Infobae Opinión*, 10 de abril de 2020 (<https://www.infobae.com/america/opinion/2020/04/10/el-director-de-la-oms-en-la-mira-por-el-manejo-de-la-pandemia/>).

<sup>36</sup> V. Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 29 de abril de 2020 (<https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---29-april-2020>).

sanitaria mundial a su debido tiempo, por estar en contra de establecer limitaciones a los vuelos facilitando de ese modo la expansión del virus, etc. Las críticas a la continuidad en el cargo del actual Director General de la OMS, además, se sustentan en el decisivo apoyo que recibió de China a su nombramiento; por las posiciones políticas pro chinas del Director General (*i.a.* “Una sola China”, por lo que Taiwán fue excluido de los programa de lucha contra el COVID-19 en la OMS, no permitiéndosele participar ni siquiera como observador en la Asamblea Mundial de la Salud de mayo de 2020, cuando antes se le había permitido), etc.

Recién el 31 de enero de 2020, la OMS declaró el brote de COVID-19 como Emergencia Sanitaria de Preocupación Internacional (PHEIC); en la primera semana de febrero de 2020, el DG de la OMS declaró que no era necesario que el mundo tomara medidas que “interfieran los viajes y el comercio internacional”; el 11 de marzo de 2020, la OMS declaró al COVID-19 pandemia.

Por su parte, el gobierno de Estados Unidos suspendió la financiación a la OMS por la mala gestión de la pandemia<sup>37</sup>.

Crece entre países el reclamo a la OMS para que se inicie una *investigación internacional general y amplia sobre el origen del virus*. Muchos Estados consideran que China, aun cuando no hubiese liberado el coronavirus intencionalmente, demoró -a sabiendas del peligro en que colocaba a la humanidad- en adoptar medidas y comunicar la expansión del coronavirus<sup>38</sup>, en particular, retuvo los primeros conocimientos de infecciones del personal médico en Wuhan y sobre el número de personas infectadas asin-

---

<sup>37</sup> V. “Trump contra la OMS”, *BBC News*, 14 de abril de 2020 (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52289020>).

<sup>38</sup> Steven Erlanger, desde Bruselas, informa que Australia solicitó que se realice una investigación sobre el origen del coronavirus. El presidente estadounidense Donald Trump está culpando a China por el contagio a gran escala y busca sancionarla. Algunos gobiernos quieren demandar a Pekín por daños y perjuicios. Las críticas pusieron de relieve una batalla de relatos profundamente polarizadores y están frenando la ambición de China de llenar el vacío de liderazgo dejado por Estados Unidos. Así como Estados Unidos había surgido victorioso de la Segunda Guerra Mundial pasando fácilmente a primera potencia mundial, así China esperaba surgir victoriosa del coronavirus” (ERLANGER, Steven. “Coronavirus: Se intensifica la reacción global contra el régimen chino por su mal manejo inicial de la crisis”, *Diario la Nación*, 5 de mayo de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/se-intensifica-la-reaccion-global-contra-el-regimen-chino-por-su-mal-manejo-inicial-de-la-crisis-nid2361481>).

tomáticas<sup>39</sup>. China chocó con la Unión Europea y Australia incluso en la Asamblea Mundial de la Salud por la investigación sobre el origen del coronavirus<sup>40</sup>.

Incluso algunos particulares -en el plano del derecho privado- han demandado al gobierno chino por la pandemia ante tribunales estadounidenses. Por ejemplo, el estudio jurídico “Berman Law Group” presentó una demanda colectiva federal contra la República Popular de China, la provincia de Hubei, la ciudad de Wuhan y varios ministerios del gobierno chino, en nombre de los residentes y las empresas en los Estados Unidos y el estado de Florida. La demanda fue presentada en el Distrito Sur de Florida y busca miles de millones de dólares en daños compensatorios para aquellos que han sufrido lesiones personales, muertes por negligencia, daños a la propiedad y otros daños debido a la falta de China de contener el virus COVID-19, a pesar de haber tenido capacidad para ello en sus primeras etapas de propagación<sup>41</sup>.

China rechaza totalmente aceptar una investigación general amplia sobre el *origen del coronavirus*, admitiendo sólo una *investigación limitada a su presunto origen animal y siempre que sea bajo la conducción de la OMS* (cuya imparcialidad ya ha sido puesta en duda), porque considera que una investigación general estaría “politizada” y “presumiría su culpabilidad”, tal como lo señaló el viceministro chino de Asuntos Exteriores Le Yucheng, según un comunicado publicado en abril de 2020 por ese departamento<sup>42</sup>. Hizo presente que China informó a la OMS sobre el virus el pasado 3 de

---

<sup>39</sup> V. TZENG, Peter. “Taking China to the International Court of Justice over COVID-19”, *EJIL: Talk!*, April 2, 2020. V. *infra*.

<sup>40</sup> Australia fue uno de los primeros países en exigir una investigación exhaustiva de cómo surgió el Covid-19 y el manejo de la crisis por parte de Beijing.

<sup>41</sup> V. “Un bufete de abogados presentó una demanda colectiva contra el régimen chino por causar la pandemia del COVID-19”, *Diario Infobae* de 6 de mayo de 2020 <https://www.infobae.com/america/eeuu/2020/03/23/un-bufete-de-abogados-lanzo-una-demanda-colectiva-contra-el-regimen-chino-por-causar-la-pandemia-del-covid-19/>.

<sup>42</sup> El virólogo francés Luc Montagnier, Premio Nobel en Medicina 2008 por su trabajo sobre el VIH, aseguró que el virus SARS-CoV-2, que causa la COVID-19, fue creado en un laboratorio insertando genes del VIH-1 (virus del sida) (<https://www.infobae.com/america/mundo/2020/04/27/el-virologo-que-gano-el-premio-nobel-por-descubrir-el-vih-aseguro-que-el-nuevo-coronavirus-fue-creado-en-un-laboratorio/>). Otros virólogos del Este europeo también expresaron su convicción de que se trata de un virus creado en laboratorio mediante la conjunción de H1N1, SARS y HIV, haciendo presente que la modificación del genoma se produjo en el medio de la cadena y no en los extremos (<https://www.dw.com/bs/je-li-%C4%8Dovjek-stvorio-koronavirus-u-laboratoriju/a-53352135>).

enero y que el día 12 de ese mes anunció la secuencia de su genoma, “proporcionando importante información para el diagnóstico y el tratamiento, y para la investigación de una vacuna”<sup>43</sup>. Llama la atención tan breve tiempo (una semana) entre el primer “descubrimiento de China” de la existencia del virus (posterior a las advertencias de Taiwán y los conocimientos extra-chinos por parte de la OMS) y la información sobre su genoma.

Trump acusó a la OMS, **de actuar como agente de relaciones públicas de Pekín**, por no haber instado a China para que fuera más transparente sobre el virus y por retardo en actuar de la Oficina Regional de la OMS.

En la contracara, los adeptos de la política china, han remarcado su “exitosa labor” y su “generosidad” frente a las necesidades de otros países. Por ejemplo, para Kishore Mahbubani<sup>44</sup>, después de sus errores iniciales en Wuhan, la respuesta posterior del gobierno chino al brote de COVID-19 fue una de las más efectivas de cualquier gobierno en el mundo. Sin embargo, no parece razonable adherir a esa conclusión sabiendo del secretismo y manipulación de datos por parte del gigante asiático (no sólo con relación al virus), la negativa a la investigación general sobre el origen del virus, la sorprendente “preparación” anticipada para afrontar un virus que no se esperaba y, una vez aparecido, era “desconocido” en sus características y efectos (hospital pre armado para miles de personas con instalaciones adecuadas para atender un virus mortal y de alto contagio, miles de millones de materiales sanitarios para distribuir al mundo sin saber si le podían llegar a ser necesarios, especialmente teniendo en cuenta el desconocimiento del comportamiento del virus).

Por su parte el DG de la OMS dijo: “Ante un virus previamente desconocido, China *ha lanzado* quizás el esfuerzo de contención de enfermedades más ambicioso, ágil y agresivo de la historia... Por extensión, la reducción que se ha logrado en la fuerza de la infección por COVID-19 en China, también ha jugado un papel importante en la protección de la comunidad global”.

---

<sup>43</sup> V. “China rechaza una investigación sobre el origen del coronavirus”, *El Tiempo*, 30 de abril de 2020 (<https://www.eltiempo.com/mundo/asia/china-niega-abrir-investigacion-sobre-origen-del-coronavirus-490410>).

<sup>44</sup> MAHBUBANI, Kishore, *The Chinese Challenge to American Primacy. Has China won? The Chinese challenge to American primacy*, ob. cit. Nota 2.

Sin embargo, varios científicos chinos ligados al COVID 19 han “desaparecido”<sup>45</sup>, al igual que periodistas que querían **mostrar “la verdad” de lo que estaba sucediendo**<sup>46</sup> y **muchos han sufrido persecución por compartir información**<sup>47</sup>.

También se ha acusado a China de piratería cibernética en el propio marco de la COVID-19. Por ejemplo, el gobierno de Cambera denunció que sufrió un ataque cibernético que, de acuerdo al Primer Ministro Scott Morrison “provino de un sofisticado sistema que sólo puede manejar un Estado”. Tres fuentes gubernamentales confirmaron a la agencia Reuters que el ataque provenía de China y que, probablemente, estaban buscando información sobre el desarrollo de la vacuna anti COVID-19 que desarrollando junto a laboratorios universitarios europeos. Inmediatamente, el embajador de China en Australia, Cheng Jingye, insinuó que China podría boicotear los productos australianos: “¿Por qué deberíamos beber vino australiano o comer carne de res australiana?””, le dijo al diario económico *Australian Financial Review*<sup>48</sup>. Poco después, China prohibió la importación de partes de las carnes de res australianas, y amenazó con aranceles a la cebada australiana.

Las teorías conspirativas de uno y otro lado no dejan de ser impulsadas y magnificadas al amparo de objetivos políticos, lo que sería interminable de referir.

---

<sup>45</sup> V. “Desapareció sin rastros la médica china que alertó a todo el mundo del coronavirus. Qué investigaba”, *Info Technology*, 2 de abril de 2020 (<https://www.infotechnology.com/labs/desaparecio-sin-rastros-la-medica-china-que-alerto-a-todo-el-mundo-del-coronavirus-que-investigaba-20200402-0008.html>).

<sup>46</sup> V. “Coronavirus en China: lo que la ‘desaparición’ de 2 periodistas ciudadanos chinos dice de la poca información disponible sobre lo que ocurre en Wuhan”, *BBC News*, 14 de febrero de 2020 (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-51504532>).

<sup>47</sup> V. “Falsas cuarentenas, torturas y desapariciones: El brutal método de China para silenciar a quienes se animaron a denunciar las mentiras del régimen sobre el coronavirus”, *Infobae* 19 de abril de 2020 ([nfobae.com/america/mundo/2020/04/19/falsas-cuarentenas-torturas-y-desapariciones-el-brutal-metodo-de-china-para-silenciar-a-quienes-se-animaron-a-denunciar-las-mentiras-del-regimen-sobre-el-coronavirus/](https://www.infobae.com/america/mundo/2020/04/19/falsas-cuarentenas-torturas-y-desapariciones-el-brutal-metodo-de-china-para-silenciar-a-quienes-se-animaron-a-denunciar-las-mentiras-del-regimen-sobre-el-coronavirus/)).

<sup>48</sup> V. “Guerreros lobo”, el nuevo ejército de diplomáticos que defiende a China en el mundo durante la pandemia”, ob. cit. Nota 13.

## II. La confrontación y el Derecho Internacional Público

La puja entre China y EE.UU. por el liderazgo mundial político y económico<sup>49</sup> ha tomado un camino riesgoso para la paz y seguridad del mundo, ya que lejos del diálogo de buena fe, se ha dirigido al enfrentamiento verbal, al creciente resentimiento, a la toma de medidas inamistosas -cuando no violentas, como amenazas de coacción, retorsión, toma de represalias, entre otras-. El espectro de confrontaciones es amplio y, si bien en su mayoría está relacionado a la COVID-19, sólo nos referiremos a la posible solución jurídica desde plano del Derecho internacional público de esta última.

### *II.1. Algunos aspectos generales en materia de solución de controversias internacionales*

Tal como lo señalara José Manuel Sobrino Heredia<sup>50</sup>, en las crisis internacionales entre sujetos del Derecho internacional (DI), se pueden distinguir tres momentos: a) el inicial, también llamado “situación”, en el que la crisis se halla latente; b) el de “conflicto”, en que la discrepancia ha llevado o promete llevar a un sujeto a actuar contra el otro; c) el de “controversia” o “diferencia”, momento en que una de las partes hace valer pretensiones de hecho o de derecho, las que se hallan en contradicción con la posición del oponente.

---

<sup>49</sup> A 1919 *China* tiene un PBI de 12.809.322M.€. Su PIB per cápita en 2018 fue de 8.263 euros, con el que se sitúa en el puesto 73 del ranking mundial. Tiene bajo índice de desarrollo humano (puesto 86 del ranking mundial elaborado por las Naciones Unidas), si bien -por el número de pobladores- tiene el consumo interno más alto del mundo. Se encuentra en el 46 puesto de los 190 que conforman el ranking “Doing Business”, que clasifica a los países según la facilidad que ofrecen para hacer negocios. En cuanto al Índice de Percepción de la Corrupción del sector público en China se encuentra en el puesto 87 del ranking formado por 180 países. Su gasto total en salud como porcentaje del PIB es de 5.5 %. *EE.UU.* es la primera economía mundial con un PIB de 19.140.420M.€ (1919). Su PIB per cápita en 2019 ha sido de 58.469 euros. En cuanto al Índice de Desarrollo Humano está en el puesto 13 mundial. En el ranking “Doing Business”, está en el puesto 8 mundial. En Índice de Percepción de la Corrupción del sector público se halla en el puesto 22. Su gasto total en salud como porcentaje del PIB es de 17,1% (<https://datosmacro.expansion.com/paises> y <https://www.who.int/countries/es>) (consulta de 5 de mayo de 2020).

<sup>50</sup> SOBRINO HEREDIA, José Manuel. “La solución pacífica de las controversias internacionales”, en *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Cap. XXXVII, 14 ed., Tecnos, Madrid, 2003, p.808 y ss.



Dado que sólo deseamos considerar algunas propuestas doctrinarias en materia modos de solución de controversias eventualmente aplicables a las discrepancias por la COVID-19, nos limitaremos -por razón de extensión- sólo a unos pocos aspectos generales del sistema de solución de controversias de modo introductorio.

La mayor parte de la doctrina ha distinguido entre diferencias jurídicas (solucionables mediante la aplicación del derecho vigente) y políticas (las que pretenden modificar el derecho vigente).

Bien sabido es que ningún Estado puede ser “obligado” a someter una controversia a un medio de solución sin su consentimiento<sup>51-52</sup>. Ello no quita la plena vigencia del art. 2.3 de la Carta de Naciones Unidas: “Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”.

La elección de un medio determinado depende de la voluntad y acuerdo de los Estados en litigio. Los manuales de Derecho internacional público suelen señalar que la práctica internacional ha establecido que los medios de solución pacífica de las controversias internacionales son de dos clases: -“políticos o diplomáticos” (que facilitan el acuerdo entre las partes en litigio y / o acercan propuestas de solución): la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación<sup>53</sup> y la conciliación; y -“jurídicos” (los que por su propia materia son jurisdiccionales como el arbitraje o el sometimiento a un tribunal internacional preconstituido).

---

<sup>51</sup> V. CPJI, *Serie B, n° 5, Asunto del Estatuto de Carelia Oriental*, p. 27 y Carta de las Naciones Unidas art. 33.1.

<sup>52</sup> Por ejemplo, EEUU había aceptado la jurisdicción obligatoria de la CIJ, pero en 1984 retiró esa declaración. China, nunca presentó declaración de sumisión en el marco del Estatuto de la CIJ, pero sí en otros Convenios como, por ejemplo, la Constitución de la OMS (v. *infra*).

<sup>53</sup> “Las comisiones de investigación tienen por objeto el establecer los hechos sobre los cuales existe una controversia. La investigación corresponde a un peritaje sobre las situaciones o hechos base de la controversia. Una vez probados los hechos a través del informe de la comisión de investigación las partes decidirán el curso a seguir para solucionar la controversia, ya sea a través de una negociación directa, ya sea recurriendo a cualquier otro de los métodos de solución pacífica de controversias” (VINUESA, Raúl. “La solución pacífica de controversias entre Estados”, en IX Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano de la OEA (1982), Río de Janeiro, Secretaría de la OEA, Washington, 1983 (<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/46-4/la-solucion-pacifica-de-controversias-entre-estados.pdf>)).

Ambos, China y EE.UU. son miembros de la ONU y están comprometidos a solucionar sus diferencias de modo pacífico, recurriendo a cualquiera de los medios señalados precedentemente. Esa obligación está expresada en la Carta de la ONU, *i.a.* de la siguiente manera:

- \*-“A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al *Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales*, y reconocen que *el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos* al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad. En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas. Los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los Capítulos VI, VII (...)” (CONU, Cap. V, art. 24).
- \*- “Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta” (CONU, Cap. V, art. 26).
- \*-*Las partes en una controversia* cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales *tratarán de buscarle solución*, ante todo, mediante *la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección*. El Consejo de Seguridad, *si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios*” (CONU, Cap. VI, art. 33).
- \*-“*El Consejo de Seguridad podrá investigar toda controversia, o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia*, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (CONU, art. 34).
- \*-“Todo Miembro de las Naciones Unidas podrá *llevar* cualquiera controversia, o cualquiera situación de la naturaleza expresada en el Artículo 34, *a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General*” (CONU art. 35.1).
- \*-“*El Consejo de Seguridad podrá*, en cualquier estado en que se encuentre una controversia de la naturaleza de que trata el Artículo

33 o una situación de índole semejante, *recomendar los procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados*. El Consejo de Seguridad deberá tomar en consideración todo procedimiento que las partes hayan adoptado para el arreglo de la controversia. Al hacer recomendaciones de acuerdo con este Artículo, el Consejo de Seguridad deberá tomar también en consideración que *las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia*, de conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte (CONU art. 36).

\*-“*Si las partes en una controversia de la naturaleza definida en el Artículo 33<sup>54</sup> no logran arreglarla por los medios indicados en dicho Artículo, la someterán al Consejo de Seguridad*. Si el Consejo de Seguridad estimare que la continuación de la controversia es realmente susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el Consejo decidirá si ha de proceder de conformidad con el Artículo 36 o si ha de recomendar los términos de arreglo que considere apropiados” (CONU, art. 37).

\*-“Cada miembro del Consejo de Seguridad tendrá un voto. Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre *cuestiones de procedimiento* serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros. Las *decisiones del Consejo de Seguridad sobre todas las demás cuestiones* serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes; pero en las decisiones tomadas en virtud del *Capítulo VI (...)* la parte en una controversia se abstendrá de votar” (CONU, art. 27).

Dado que hay libertad de las partes para elegir el medio de solución de sus diferendos, no luce factible que esos dos gigantes en puja por el poder, acepten voluntariamente autolimitarse sometiéndose a algún medio en particular. De allí que los doctrinarios ponderan las vías de aplicación de algún medio ya comprometido por ellos.

---

<sup>54</sup> Dada la condición de máximas potencias económicas y militares que tienen EE.UU. y China, la continuación de la controversia aparece como susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales

## II.2 Medios aplicables

### II.2.1 Investigación

Así, Michael Becker, evalúa la posibilidad de establecimiento de una *COMISIÓN INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN* para la COVID-19<sup>55</sup>. Por nuestra parte, pensamos que, por ejemplo, podría ser instituida por el Consejo de Seguridad en aplicación del Cap. V de la Carta de la ONU. Becker, sin embargo, la visualiza de otra manera y enuncia numerosos tópicos que podrían ser investigados, la mayoría de ellos desde una perspectiva sociológica ajena a la investigación propiamente dicha como medio de solución de la controversias ya que propone, *i.a.* documentar la respuesta de los distintos Estados a la pandemia, más allá de las “narrativas egoístas”; construir una cronología de eventos y decisiones; determinar si los instrumentos jurídicos existentes como la Constitución de la OMS y el RSI podrían mejorarse; evaluar el desempeño de la OMS; etc.). Esa visión sociológica se reafirma cuando manifiesta que la cuestión de quién debe proporcionar el mandato es una cuestión política más que de autoridad legal<sup>56</sup>. En ningún momento propone la investigación general amplia del origen de la COVID-19. Ello, creemos no sería factible desde un acuerdo entre los Estados contendientes atento a la negativa total de China a que eso se investigue -tal como ya lo señaláramos-, pero tal vez, sí podría investigarse ese origen si se tratara de una investigación dispuesta por el Consejo de Seguridad en el marco del art. 34 de la CONU<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> BECKER, Michel A. “¿Necesitamos una comisión internacional de investigación para COVID-19?” (Parte 1), *EJIL: Talk!*, 18 de mayo de 2020.

<sup>56</sup> Además, entre los órganos y organismos que cita como posibles mandatarios incluye al Consejo de Seguridad, a la Asamblea General, al Secretario General -diciendo simplemente que “hay buenas razones para mirar a los principales órganos de las Naciones Unidas”-, al Consejo de Derechos Humanos, a la OMS, Comisiones independientes (como las de la “Verdad”) sin precisar fundamentos de derecho y sólo considerar cuestiones de oportunidad política.

<sup>57</sup> V. ARREDONDO, Ricardo. “La ausencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, *Clarín*, Opinión 15 de abril de 2020 (<https://www.clarin.com>). Arredondo señala: “es un lugar común subrayar que la crisis ocasionada por la pandemia del coronavirus ha contribuido a acelerar las debilidades del multilateralismo y de un orden internacional basado en normas. En este contexto de confusión y caos, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha estado prácticamente ausente y ha acentuado la falta de un liderazgo mundial para buscar una salida a través de la cooperación internacional, único instrumento eficaz, a esta crisis global”.

Además, Becker pone en duda el valor de una investigación que se ocupara de determinar si China violó regulaciones vinculantes del Reglamento Sanitario Internacional (RSI) o de la Carta de la OMS (COMS), ya que señala que, aunque se probara ello “this would not necessarily trigger China’s legal responsibility for the massive consequences wrought by the spread of the virus beyond its borders”. El autor no toma en cuenta que en Derecho Internacional Público hay diferentes consecuencias en materia de responsabilidad internacional según se trate de *injury* o *damage*.

En lo que hace a la composición de una comisión internacional COVID-19 se pregunta: “¿Debería estar compuesta por abogados internacionales, ex políticos y diplomáticos, o funcionarios internacionales? ¿Qué pasa con los expertos en salud pública y médicos, economistas, activistas de derechos humanos, líderes empresariales y tecnológicos, o psicólogos del comportamiento? ¿Y qué pasa con el tamaño, teniendo en cuenta las posibles compensaciones entre diversidad, experiencia y funcionalidad? Al respecto señala que “una plantilla inicial podría ser un panel de cinco o siete miembros (lo suficientemente grande como para permitir cierto alcance para la diversidad geográfica, étnica y de género) respaldado por un ‘panel de asesoramiento científico’ mucho más grande que comprenda múltiples expertos de diferentes campos”. Por nuestra parte consideramos que una comisión de ese tipo no tiene ser “representativa del género humano”, sino de expertos en la temática del conflicto<sup>58</sup>.

Becker sostiene que, para China, en particular, una comisión internacional de investigación podría brindar una valiosa oportunidad para desafiar, o al menos agregarle matices, a la narrativa prevaleciente de que Beijing suprimió intencionalmente la información más temprana que surgió de Wuhan sobre el virus. Le daría la oportunidad de abordar el vínculo entre su laboratorio Wuhan y la aparición del virus, así como afirmaciones más extravagantes y la afirmación de que China desató intencionalmente este coronavirus en el mundo. Estados Unidos ha liderado el proceso de acusaciones a China de ocultar información sobre el virus y de negar el acceso a científicos de otros Estados, pero una investigación también podría arrojar luz sobre la decisión de los Estados Unidos de retirar a sus propios expertos en control de enfermedades de China<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Reconocemos que Becker -tal como ya señaláramos- sitúa su presentación predominantemente en el plano sociológico, por lo que nuestra observación pierde peso.

<sup>59</sup> V. Estados Unidos había advertido sobre el peligro de los laboratorios chinos y sus ensayos con coronavirus en murciélagos”, *Infobae*, 3 de julio de 2020 (<https://www.>

El autor del artículo cree que una Comisión internacional de investigación para COVID-19 también presenta una oportunidad para que los Estados practiquen una ciudadanía global responsable.

Para China, según Becker, comprometerse con la comisión de manera transparente y constructiva sería evidencia de que sus aspiraciones a una mayor participación del liderazgo global van más allá de usar su poder económico para intimidar a otros hacia la sumisión. Sin embargo, las primeras señales no son buenas, ya que China ha condenado enérgicamente los llamamientos de Australia para una investigación internacional. Para los Estados Unidos, ésta también sería una oportunidad para demostrar liderazgo.

### *II.2.2 Solución judicial ante la CIJ*

Peter Tzeng analiza la posibilidad de demandar a China ante la *CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA*<sup>60</sup>. Señala que los académicos han afirmado que la conducta de China con respecto al COVID-19 (nuevo coronavirus SARS-CoV-2) violó el Reglamento Sanitario Internacional (RSI), en particular las obligaciones de notificación oportuna y el intercambio de información establecidos en los Artículos 6 y 7<sup>61</sup>. Si China y/o

---

infobae.com/america/eeuu/2020/04/15/estados-unidos-habia-advertido-sobre-el-pekigo-de-los-laboratorios-chinos-y-sus-ensayos-con-coronavirus-en-murcielagos/): V. asimismo “China recrimina a EE UU que no ha ayudado en la crisis del coronavirus y ha ‘difundido el pánico’”, *20 Minutos*, España, 3 de febrero de 2020 (<https://www.20minutos.es/noticia/4139482/0/china-ee-uu-ayuda-panico-coronavirus-wuhan/>).

<sup>60</sup> TZENG, Peter. “Llevando a China a la Corte Internacional de Justicia por la COVID 19”, 2 de abril de 2020, *EJIL: Talks!*

<sup>61</sup> *Artículo 6 Notificación*. 1. Cada Estado Parte evaluará los eventos que se produzcan en su territorio valiéndose del instrumento de decisión a que hace referencia el anexo 2. Cada Estado Parte notificará a la OMS por el medio de comunicación más eficiente de que disponga, a través del Centro Nacional de Enlace para el RSI, y antes de que transcurran 24 horas desde que se haya evaluado la información concerniente a la salud pública, todos los eventos que ocurran en su territorio y que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional de conformidad con el instrumento de decisión, así como toda medida sanitaria aplicada en respuesta a esos eventos. Si la notificación recibida por la OMS comprende algo que sea de la competencia del Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), la OMS notificará inmediatamente al OIEA. 2. Una vez cursada la notificación, el Estado Parte seguirá comunicando a la OMS información oportuna, exacta y suficientemente detallada sobre la salud pública de que disponga relativa al evento notificado, con inclusión, en lo posible, de definiciones de los casos, resultados de laboratorio, origen y tipo del

la OMS-Oficina regional hubieran cumplido con estas obligaciones, podría decirse que hoy habría exponencialmente menos casos de COVID-19. Esto ha llevado a internacionalistas a declarar que China “puede y debe ser demandada por los enormes daños que causaron al mundo”.

Por su parte Swargodeep Sarkar<sup>62</sup> señala que “la historia se repite” ya que en 2002, la epidemia de SARS (síndrome agudo respiratorio severo) se propagó desde la provincia china de Guangdong y afectó a 29 Estados nacionales para el año 2003. El mundo se dio cuenta de que esta pérdida de vidas humanas podría haberse evitado si China no hubiera suprimido información vital de salud pública durante varias semanas. Este evento desafortunado llevó a la Organización Mundial de la Salud (OMS) y a sus Estados miembros a adoptar el Reglamento Sanitario Internacional (RSI) en 2005.

---

riesgo, número de casos y defunciones, condiciones que influyen en la propagación de la enfermedad y las medidas sanitarias aplicadas; y notificará, cuando sea necesario, las dificultades surgidas y el apoyo necesario en la respuesta a la posible emergencia de salud pública de importancia internacional. *Artículo 7 Notificación de información durante eventos imprevistos o inusuales*

Si un Estado Parte tiene pruebas de que se ha producido un evento imprevisto o inusual, cualquiera que sea su origen o procedencia, que podría constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional, facilitará a la Organización Mundial de la Salud toda la información concerniente a la salud pública. En esos casos, se aplicarán en su totalidad las disposiciones previstas en el artículo 6.

Por nuestra parte, recordamos también el *Artículo 5. Vigilancia (...)* 4. La OMS recopilará información sobre eventos a través de sus actividades de vigilancia y evaluará su potencial de provocar una propagación internacional de enfermedades y su posible interferencia con el tráfico internacional. La información que la OMS reciba en virtud de este párrafo se manejará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 y 45 cuando proceda. *Artículo 11. Aportación de información por la OMS.* 1. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo (acuerdo en contrario con los Estados a que se hace referencia en esas disposiciones- v.g. noconstituya una emergencia de salud pública de importancia internacional, la OMS no haya confirmado la información que demuestre la propagación internacional de la infección o contaminación; no haya pruebas, etc.) la OMS enviará a todos los Estados Partes y, según proceda, a las organizaciones internacionales pertinentes, tan pronto como sea posible y por el medio más eficaz de que disponga, de forma confidencial, la información concerniente a la salud pública que haya recibido en virtud de los artículos 5 a 10 inclusive y sea necesaria para que los Estados Partes puedan responder a un riesgo para la salud pública. *Artículo 45 Tratamiento de los datos personales* (personas identificadas o identificables).

<sup>62</sup> SARKAR, Swargodeep. “La responsabilidad de china y la adjudicación internacional de la pandemia COVID 19”, *Jurist. Legal News and Research, in collaboration with the University of Pittsburgh*, 10 de abril de 2020 (<https://www.jurist.org/commentary/tag/author-swargodeep-sarkar/>).

Tzeng señala que hay una base jurisdiccional que ha sido pasada por alto por muchos estudiosos: el artículo 75 de la Constitución de la OMS (COMS). El mismo establece: “Toda divergencia o disputa respecto a la interpretación o aplicación de esta Constitución que no sea resuelta por negociaciones o por la Asamblea de la Salud será sometida a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con el Estatuto de la Corte, a menos que las partes interesadas acuerden otro medio de solucionarla.”. La propia CIJ ha reconocido que “el artículo 75 de la Constitución de la OMS establece la jurisdicción del Tribunal” [*Actividades Armadas (Nueva Solicitud)*, Jurisdicción y Admisibilidad, Sentencia, párr. 99]. Además, si el Tribunal interpreta el Artículo 75 de la misma manera que interpretó el Artículo 22 del CERD (*Ucrania c. Rusia*, Excepciones Preliminares, Sentencia, párr. 113), entonces un Estado solo necesitaría satisfacer la condición de haber negociado para demandar a China ante la Corte, es decir, no necesitaría pasar por la Asamblea Mundial de la Salud, que es afín a China<sup>63</sup>.

También un Estado podría recurrir a la CIJ por otras reclamaciones. Por ejemplo, violaciones del *Reglamento Sanitario Internacional*, en base a los artículos 21 y 22 de la COMS, ya que el Artículo 21 otorga a la Asamblea Mundial de la Salud la autoridad para adoptar reglamentos como el Reglamento Sanitario Internacional, y el Artículo 22 establece *i.a.* que “las reglamentaciones adoptadas de conformidad con el Artículo 21 entrarán en vigor para todos los Miembros después de que se haya notificado debidamente”. Por lo tanto, se podría argumentar que, a la luz de los artículos 21 y 22, las presuntas violaciones de China del Reglamento Sanitario Internacional se refieren a la interpretación o aplicación de la Constitución de la OMS<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> En similar sentido se pronuncia Atul Alexander en *Jurist* de 6 de abril de 2020 (<https://www.jurist.org/commentary/2020/04/atul-alexander-icj-covid/>).

<sup>64</sup> El contraargumento, sin embargo, sería que los artículos 21 y 22 se refieren únicamente a la autoridad para adoptar reglamentos y el proceso de los reglamentos que “entran en vigencia”, no a la obligación legal de los Estados miembros de cumplir con esos reglamentos. Ese argumento queda debilitado en tanto todos los Miembros de la OMS pasan a ser Miembros del RSI, si bien el RSI puede fungir de instrumento separado al admitir otras partes (V. *infra* en esta nota lo que se refiere a la convicción de EE.UU. en materia de obligatoriedad del RSI). EE.UU. acompañó reservas y entendimientos: *i.a.* “El Gobierno de los Estados Unidos de América se reserva el derecho de asumir las obligaciones emanadas de este Reglamento de manera que se ajusten a sus principios fundamentales de respeto del federalismo (...) Cuando las obligaciones estén dentro de la jurisdicción de los gobiernos de los Estados, el Gobierno Federal señalará dichas obligaciones, con una recomendación favorable, a la atención de las autorida-



Un Estado también podría afirmar que China ha violado el *Artículo 64 de la Constitución de la OMS*, que establece: “Cada Miembro transmitirá informes estadísticos y epidemiológicos en la forma que determine la Asamblea de la Salud”. La Asamblea de la Salud, en virtud del Artículo 64, determinó que las estadísticas deben prepararse de conformidad con el Reglamento de Nomenclatura, en particular el art. 6. El Artículo 6. 2, por ejemplo, requiere que los Estados Parte, después de notificar a la OMS sobre un evento que pueda constituir una emergencia de salud pública de interés internacional (PHEIC) “comuniquen a la OMS información de sa-

---

des estatales pertinentes. (...) (Tres entendimientos. El primero de ellos se refiere a la aplicación del RSI a los incidentes causados por la liberación, natural, accidental o deliberada de material químico, biológico o radionuclear. Habida cuenta de las definiciones de «enfermedad», «evento», y «emergencia de salud pública de importancia internacional» que contiene el artículo 1 del Reglamento, de los requisitos de notificación expuestos en los artículos 6 y 7, y del instrumento de decisión y las directrices presentadas en el anexo 2, los Estados Unidos interpretan que los Estados Partes en el Reglamento han asumido la obligación de notificar a la OMS todas las emergencias potenciales de salud pública de importancia internacional, con independencia de su origen, derivadas de la liberación, natural, accidental o deliberada de material, biológico, químico o radionuclear. El segundo entendimiento se refiere a la aplicación del artículo 9 del RSI. El artículo 9 del Reglamento obliga al Estado Parte a informar “en la medida de lo posible” a la Organización Mundial de la Salud (OMS) de las pruebas que tenga de la aparición fuera de su territorio de un riesgo para salud pública que pueda dar lugar a la propagación internacional de una enfermedad. Entre las notificaciones que podrían ser difícilmente viables si nos atenemos a ese artículo, desde el punto de vista de los Estados Unidos, figurarían todas aquellas que debiliten la capacidad de las fuerzas armadas estadounidenses para actuar eficazmente en defensa de los intereses de ese país en materia de seguridad nacional. El tercer entendimiento guarda relación con la cuestión de si el RSI crea o no derechos individuales que se puedan imponer coercitivamente por vía jurídica. A juzgar por lo que la delegación estadounidense entendió en las negociaciones del RSI, el Gobierno de los Estados Unidos de América no considera que el RSI pretenda crear ese tipo de derechos. Los Estados Unidos entienden que las disposiciones del Reglamento no crean derechos individuales *que se puedan imponer coercitivamente por vía jurídica*. Resaltamos esta última parte en tanto puede interpretarse que las demás disposiciones del Reglamento podrían imponerse “coercitivamente” (V. *infra*). La Declaración de China expresa sorprendentemente cuestiones que no atañen al Derecho internacional, como: qué órgano interno actúa como enlace, quiénes deben aplicar internamente el RSI, que China ha mejorado su capacidad básica, que está preparando estándares técnicos, que ha establecido un mecanismo interinstitucional dentro del país, que ha llevado actividades de cooperación e intercambio, que no son enunciados propios de “declaraciones” o “reservas” a un tratado. También señala que “hace suya” la resolución 59° de la Asamblea Mundial de la Salud, como si no fuera un miembro de la OMS comprometido con los actos jurídicos de la Organización (V. <http://www.who.int/ihr/es>).

*lud pública oportuna, precisa y suficientemente detallada disponible para (...) siempre que sea posible, incluyendo (...) número de casos y muertes “.* El Artículo 7 es aún más amplio y requiere que los Estados Parte, si tienen evidencia de un evento que pueda constituir un PHEIC, “brinden a la OMS toda la información relevante de salud pública”.

También sería factible reclamar por una violación del *Artículo 63*, que establece: “*Cada Miembro transmitirá sin demora a la Organización las leyes, los reglamentos, los informes y las estadísticas oficiales de importancia, pertinentes a la salubridad, que hayan sido publicados en el Estado*”. El reclamo no se refiere en realidad a la comunicación de “leyes” o “regulaciones”, sino más bien a la de “informes oficiales” y “estadísticas”. De hecho, China *supuestamente* retuvo los primeros informes de infecciones del personal médico, lo que llevó a la OMS a creer que la transmisión de persona a persona no era posible. *Supuestamente*, China también ha estado reteniendo “datos clasificados” del gobierno chino en relación con el número de personas infectadas asintomáticas, un elemento crucial para determinar el contagio de la enfermedad. Sin embargo, un problema con la aplicación del Artículo 63 es que estos “informes oficiales” y “estadísticas” tendrían que haber sido “publicados” en China. Sin embargo, si bien, es discutible el término “publicados”, significa haber tomado estado público y no, necesariamente a publicaciones oficiales del gobierno puestas a disposición del público. Por otro lado, se podría decir que las publicaciones de médicos chinos en las redes sociales que han sido censuradas por China también deben considerarse “publicadas” a los efectos del artículo 63.

Además, se podría invocar el *Artículo 37* de la COMS, el que establece: “*En el cumplimiento de sus deberes, el Director General y el personal no solicitarán ni recibirán instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna autoridad ajena a la Organización. Se abstendrán de actuar en forma alguna que sea incompatible con su condición de funcionarios internacionales. Cada uno de los Miembros de la Organización se compromete, por su parte, a respetar el carácter exclusivamente internacional del Director General y del personal y a no tratar de influir sobre ellos*”. Al respecto, algunos comentaristas señalan que invocar este artículo requeriría probar la intencionalidad<sup>65</sup>.

Tzang señala que también se podría invocar violación del *artículo 1* de la COMS: *La finalidad de la Organización Mundial de la Salud (llamada*

---

<sup>65</sup> BABINGTON-ASHAYE, Adejoké, 21 de abril de 2020, *EJIL: Talk!*

*de ahora en adelante la Organización) será alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud.* vinculando al mismo al artículo 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados relativo al *deber de no frustrar el objeto y el propósito de un tratado.* Tal reclamo podría abarcar todas las acusaciones antes mencionadas, como también las relativas al *bloqueo de China a las discusiones* sobre la COVID-19 en el Consejo de Seguridad de la ONU. Indudablemente, sólo piensa el autor en el caso que el Consejo de Seguridad obre en el marco del Cap. VII de la Carta y no en el del Capítulo VI o de otra fuente convencional. A pesar de ello, Tzeng recuerda que la Corte ha declarado que una cláusula jurisdiccional -como el Artículo 75 de la Constitución de la OMS- no podría cubrir un reclamo basado en una obligación bajo el derecho internacional general (*Actividades militares y paramilitares*, Fondo, Sentencia, párrafo 271). Sin embargo, considera que valdría la pena tratar de desafiar la validez continua de ese pronunciamiento que ya tiene 34 años, o bien tratar de distinguirlo, señalando que el Artículo 75 otorga jurisdicción no solo sobre cualquier “disputa”, sino también sobre cualquier “cuestión” relativa la interpretación o aplicación de la Constitución de la OMS. Por nuestra parte, recordamos que la competencia de la CIJ -de conformidad al art. 36 de su Estatuto- se extiende a *todos los litigios* que las partes le sometan y a *todos los asuntos* especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes; *a todas las controversias de orden jurídico que versen sobre la interpretación de un tratado; cualquier cuestión de derecho internacional; a la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; a la naturaleza o extensión de la reparación* que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional (Estatuto de la CIJ).

Por otra parte, recordamos que China y Estados Unidos son partes, en la *Convención sobre la prohibición del desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas y tóxicas) y sobre su destrucción*<sup>66</sup> por la cual se comprometen “a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener”<sup>67</sup>, nunca ni en ninguna cir-

---

<sup>66</sup> Tratado adoptado el 10 de abril de 1972, en vigor desde el 26 de marzo de 1975. Los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad son Parte. El tratado tiene 183 Estados Parte. EE.UU. es parte por ratificación desde el 26 de marzo de 1975 y China por accesión desde el 15 de noviembre de 1984.

<sup>67</sup> Algunos especialistas consideran que “no informar” es una forma de retención en violación de la Convención (V. HYDER, Nadeem en *EJIL: Talk!*, 3 de abril de 2020).

cunstancia: 1. Agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos (lio que abarca a los virus); 2. Armas, equipos o vectores destinados a utilizar esos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados” (Artículo 1). La Convención asimismo establece que si un Estado Parte advierte que otro Estado Parte obra en violación de las obligaciones dimanantes de lo dispuesto en la Convención podrá presentar una *denuncia al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*. La denuncia deberá ir acompañada de todas las pruebas posibles que la sustentien, así como de una solicitud para que la examine el Consejo de Seguridad”. Cada Estado Parte *se compromete a cooperar en toda investigación que emprenda el Consejo de Seguridad*, de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, como consecuencia de la denuncia recibida por éste (Artículo 6).

### II.2.3. Solución arbitral

Debe tenerse en cuenta que, si bien varios doctrinarios han considerado el *ARBITRAJE* como medio de solución aplicable al confrontamiento de uno o más Estados con China por la COVID-19, en base al mecanismo de solución de controversias del Reglamento Sanitario Internacional, es necesario contar con el acuerdo de los contendientes:

#### *Artículo 56. Solución de Controversias*

1. *En caso de que se produzca una controversia entre dos o más Estados Partes acerca de la interpretación o la aplicación del presente Reglamento, los Estados Partes en cuestión tratarán de resolverla en primer lugar negociando entre ellos o de cualquier otra forma pacífica que elijan, incluidos los buenos oficios, la mediación o la conciliación. De no llegar a un entendimiento, las partes en disputa no estarán eximidas de seguir tratando de resolver la controversia.*

2. *En caso de que la controversia no se solucione por los medios descritos en el párrafo 1 del presente artículo, los Estados Partes en cuestión podrán acordar que se someta al Director General, quien hará todo lo posible por resolverla.*

3. *Todo Estado Parte podrá en cualquier momento declarar por escrito al DG que reconoce como obligatorio el ARBITRAJE para la solución de todas las controversias relativas a la interpretación o la aplicación del*

*presente Reglamento en las que sea parte, o de una controversia concreta frente a otro Estado Parte que acepte la misma obligación. El arbitraje se realizará de acuerdo con el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre Dos Estados vigente en el momento en que se formule la petición de arbitraje. Los Estados Partes que hayan acordado reconocer como obligatorio el arbitraje aceptarán el laudo arbitral con carácter vinculante y definitivo. El DG informará a la Asamblea de la Salud acerca de dicha medida, según proceda.*

*4. Ninguna disposición del presente Reglamento menoscabará los derechos de que gocen los Estados Partes en virtud de un acuerdo internacional en el que puedan ser partes a recurrir a los mecanismos de solución de controversias de otras organizaciones intergubernamentales o establecidos en virtud de un acuerdo internacional.*

*5. En caso de que se produzca una controversia entre la OMS y uno o más Estados Partes respecto a la interpretación o aplicación del presente Reglamento, la cuestión será sometida a la Asamblea de la Salud (los resaltados nos pertenecen).*

Ninguno de los dos Estados ha declarado que reconoce como obligatorio el arbitraje. Atul Alexandre<sup>68</sup> señala que el RSI trabaja a través de un comité de emergencia que brinda asesoramiento técnico al Director General de la OMS en el contexto de una “emergencia de salud pública de interés internacional”, que se define como “un evento extraordinario que se determina que constituye un riesgo de salud pública para otros Estados a través de la propagación internacional de la enfermedad y para exigir una respuesta internacional coordinada potencialmente”. La opinión de la comunidad mundial es que China no ha cumplido con el RSI, en particular, los académicos sostienen que China violó el Artículo 7 del RSI sobre el intercambio de información y el Artículo 3 que establece categóricamente que los principios del RSI se respetarán con plena dignidad, derechos humanos y libertades fundamentales. Siendo este el caso, se podría argumentar que China violó los **derechos humanos** de sus ciudadanos al no respetar los principios del RSI. Considera que llevar la cuestión al área de los derechos humanos, si bien no resulta fácil de llevar adelante, suena más viable que el mecanismo previsto en el artículo 56 del RSI. Además, uno de

---

<sup>68</sup> ALEXANDER, Atul. Comentario, en *Jurist*, 6 de abril de 2020 (<https://www.jurist.org/commentary/2020/04/atul-alexander-icj-covid/>).

los requisitos previos para que el Artículo 56 se ponga en funcionamiento es la existencia de una “controversia”, lo que hasta ahora no se ha perfilado.

### III. Breves reflexiones finales

Como hemos visto, la pandemia no es sólo la COVID-19, sino la enfermedad que sufre el planeta por la confrontación entre las dos mayores potencias mundiales (y con ellas sus satélites) por su causa y otras conexas. Recordemos que el preámbulo de la Constitución de la OMS expresa: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

En el caso de la COVID-19 el recurso a cualesquiera de los medios de solución de controversias del Derecho internacional público (DIP) disponibles requiere el acuerdo de los Estados, salvo -eventualmente- \*el *recurso a la CIJ* por la habilitación del art. 75 de la Constitución de la OMS (por ya aceptada esa sumisión, si bien discutible), y \* el *recurso al Consejo de Seguridad* para que en aplicación del art. 34 de la Carta de la ONU investigue si la confrontación entre EE.UU./otros Estados y China puede conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede llegar a poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, oportunidad en la que China debería abstenerse de votar en base al art 27.3 de la misma Carta.

Bien señala Ricardo Arredondo <sup>69</sup> que la crisis ocasionada por la pandemia del coronavirus ha contribuido a acelerar las debilidades del multilateralismo y de un orden internacional basado en normas. En este contexto de confusión y caos, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha estado prácticamente ausente y ha acentuado la falta de un liderazgo mundial para buscar una salida a través de la cooperación internacional. Recuerda que el Secretario General de la ONU, António Guterres, ha caracterizado a la pandemia como la crisis más desafiante desde de la Segunda Guerra Mundial que las Naciones Unidas ha sufrido, sin embargo, la ONU no ha utilizado aún los poderes que le confiere la Carta para “llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”.

---

<sup>69</sup> ARREDONDO, Ricardo. “La ausencia del Consejo de Seguridad de la ONU”, ob. cit. Nota 56.

---

La confrontación entre EE.UU. y China tiene objetivos políticos inconciliables -como es la exclusividad del liderazgo mundial- mientras el Derecho internacional muestra de la más peligrosa y preocupante manera las debilidades de su estructura imperfecta.





# EL ROL DEL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DURANTE LA PANDEMIA Y EN EL PERÍODO POST-COVID-19

MARÍA ALEJANDRA STICCA<sup>1\*</sup>

## I. Introducción

En nuestros días, toda la comunidad internacional está viviendo una profunda “crisis global” ocasionada por la pandemia del COVID-19, declarada el 11 de marzo de 2020 por el Director General de la OMS<sup>2</sup>.

Esta crisis exige del ordenamiento jurídico internacional respuestas y pone en tensión a diversas instituciones y principios.

En esta contribución, nos detenemos a reflexionar sobre el rol del principio de cooperación a nivel internacional, tanto durante la pandemia como en el período post-COVID-19.

Esta profunda crisis que no reconoce fronteras y que exige de respuestas tanto a nivel individual como global, lleva a que los Estados y otros sujetos internacionales sólo puedan hacer frente a sus consecuencias, adoptando medidas a nivel local, nacional y mediante la cooperación, ya que las respuestas/acciones unilaterales no son suficientes. En este marco, la cooperación internacional se torna necesaria, obligada y debe coadyuvar y complementar las respuestas unilaterales que puedan dar los sujetos

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho y Cs. Sociales (UNC) – Mg. en Cooperación Internacional al Derecho - Abogada - Lic. en Relaciones Internacionales – Prof. Titular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho (UNC) y en UCES Sede San Francisco – Coordinadora Académica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho (UNC). Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Email: alesticca@gmail.com o masticca@derecho.unc.edu.ar

<sup>2</sup> <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

internacionales. En esta crisis, los principios de soberanía nacional y cooperación internacional se ponen en tensión.

En un escenario de mayor vulnerabilidad como el que estamos viviendo, donde el virus, la pandemia atraviesa las fronteras, el COVID-19 “brinda/impone” una nueva oportunidad para la cooperación internacional.

## II. Concepto, objetivos y tipos de cooperación internacional

Se puede definir a la *cooperación* como el comportamiento de varios sujetos que obran en colaboración para alcanzar un objetivo, comportamiento que entraña un interés común o la esperanza de una recompensa<sup>3</sup>. También ha sido definida como “Acción coordinada de dos o varios Estados con vistas a alcanzar resultados que ellos consideran deseables”<sup>4</sup>.

La cooperación entre los Estados facilita la resolución de problemas comunes, en nuestros días los distintos efectos de la pandemia, y permite el intercambio de conocimientos, tecnologías y mejores prácticas. Esta cooperación suele basarse en tres áreas comunes:

- problemas comunes que se extienden más allá de las fronteras nacionales;
- elementos comunes de orden político, cultural, religioso y económico que favorecen la integración;
- participación entre países en procesos regionales y/o mundiales.

Sólo las relaciones internacionales de cooperación que se dan entre sujetos del Derecho Internacional son reguladas por el Derecho Internacional. Sin perjuicio de ello, la cooperación internacional no necesariamente se funda en organizaciones, sino que también en relaciones, alianzas entre Estados, empresas, ONGs, etc. que buscan apoyarse mutuamente.

En un sentido estricto, el término *cooperación internacional* debería limitarse a las actividades llevadas a cabo por los Estados y las Organizaciones Internacionales. Sin embargo, en nuestros días un amplio sector de la cooperación internacional, a través de las fronteras nacionales, cae fuera del dominio de aquellos y es realizada, como señalamos, por Organizaciones no Gubernamentales.

<sup>3</sup> Cf. *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, t. 3, Editorial Aguilar, Madrid, 1974, pág. 182.

<sup>4</sup> *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, (dir. J. Basdevant), París, 1990.

A la cooperación internacional la podemos analizar desde dos puntos de vista:

*Cooperación Activa*, es decir, la acción positiva en pos del objetivo a alcanzar.

*Cooperación Pasiva*: consistente en no obstaculizar la actividad de otro sujeto del Derecho Internacional.

A la cooperación la podemos entender como un medio para alcanzar determinados objetivos, *i.a.* la protección de los derechos humanos, de la salud y del medio ambiente, o como una meta en sí misma deseable.

La cooperación internacional puede perseguir diversos objetivos, entre los más comunes encontramos:

- Mantener y proteger la paz.
- Protección del medio ambiente.
- Ayuda humanitaria a los ciudadanos de países en conflicto.
- Potenciar el desarrollo económico y social de los Estados.
- Proteger a los ciudadanos que sufren discriminación por su raza, credo, origen, etc.
- Proteger los derechos humanos.
- Fortalecer y proteger la democracia y la libertad de expresión.
- Existen múltiples formas de cooperación internacional, entre ellas encontramos:
  - **Financiera**: Se trata de recursos financieros que pueden ser o no devueltos por el receptor.
  - **Técnica**: Se refiere al traspaso de conocimientos, técnicas, tecnologías, etc. que ayudan al agente receptor a desarrollar nuevas capacidades
  - **Cultural**: Consiste en el intercambio o financiamiento de actividades culturales que tengan como objetivo educar a la población, fortalecer su identidad propia, transmitir y proteger tradiciones, etc.
  - **Especies**: Con esto nos referimos a la entrega de bienes y servicios que ayuden al receptor a superar un problema o desarrollar nuevas capacidades. Acá se incluyen alimentos, ropa, agua, maquinaria para combatir los efectos de desastres naturales, etc.

También podemos distinguir *distintos tipos de cooperación*<sup>5</sup>: automática, tradicional, contractual, dirigida, espontánea, necesaria y voluntaria.

Entre los distintos tipos de cooperación destacamos la *cooperación contractual* que es aquella en que las condiciones en que se da dependen de la voluntad de los participantes o se rigen por normas convencionales precisas tanto en lo que respecta a la duración como a los requisitos de la relación; y la *cooperación necesaria* por contraposición a la *voluntaria*.

Entendemos por *cooperación necesaria* aquella que se da en áreas que hacen a los elementos que están en la base de la Comunidad Internacional. Ejemplo de este tipo de cooperación es el que nos brinda la Organización Mundial para la Salud.

La protección de la salud debe ser una de las áreas de cooperación necesaria, por ser un “área de urgente interés internacional”, en el que están comprometidos todos los Estados según su grado de desarrollo, ello debido a la interdependencia espacial y temporal existente. La veloz propagación universal de esta pandemia demuestra una vez más que la comunidad internacional está absolutamente interconectada y que lo que afecta a unos afectará al todo.

En esta crisis, se prueba que “*Todo está conectado e interrelacionado con todo lo demás existente*”, como afirma la normativa internacional sobre ecología, por lo tanto los fenómenos naturales no pueden estudiarse desde una perspectiva localista o aisladamente, sino desde una perspectiva global. Esa interdependencia de los fenómenos naturales, nos conduce a reconocer la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra, tanto espacial como temporalmente, lo que a su vez se relaciona necesariamente con el concepto de unidad generacional de la humanidad.

Debemos señalar, que la OMS modificó y amplió el concepto de salud, diciendo que “la salud es el grado en que una persona puede llevar a cabo sus aspiraciones, satisfacer sus necesidades y relacionarse adecuadamente con su ambiente”.

El impulso renovado que se ha dado en este comienzo de siglo, a la cooperación en materia de salud es el resultado de algunos factores que caracterizan a la Comunidad Internacional.

En los últimos años, la multiplicación de epidemias (gripe asiática 2004-06, gripe A 2009-10 y Ébola desde 2012) ha reforzado la concien-

---

<sup>5</sup> Cf. *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Tomo 3, Edit. Aguilar, Madrid, 1974, p. 182 ss.

cia global sobre la salud. Pero la salud es una preocupación internacional desde hace mucho tiempo y, en el caso de América Latina, se remonta a la creación de la Oficina Sanitaria Internacional (1902), luego Oficina Sanitaria Panamericana (1923) y finalmente Organización Panamericana de la Salud (1958), que desde entonces funciona como capítulo regional de la Organización Mundial de la Salud (OMS) iniciada en 1948.

### III. Alcance del principio de cooperación internacional

La cooperación internacional como principio comenzó a gestarse a mediados del siglo XIX, pero recién cobró cuerpo con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Cabe señalar que uno de los propósitos de las Naciones Unidas (ONU) enunciado en el art. 1.3 es “realizar la *cooperación internacional* en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

El art. 13 de la Carta de ONU dispone que: “La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:

- a) Fomentar la *cooperación internacional* en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación;
- b) Fomentar la *cooperación internacional* en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

Propósito de cooperación que se concretiza en el Capítulo IX de la Carta, el que está consagrado a la *cooperación internacional* económica y social. Sus arts. 55 y 56 disponen que “todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en *cooperación* con la Organización” (art. 56) para la realización de los propósitos enunciados, entre ellos “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades” (art. 55 c). En ese mismo capítulo se prevé la coordinación entre los organismos especializados (art. 57 y ss.).

La resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General del 24 de octubre de 1970, denominada *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* incorporó “*La obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta*”<sup>6</sup>.

En consecuencia, lo que en la Carta de Naciones Unidas se presenta como un simple compromiso de los Estados, se enuncia como obligación en la Resolución 2625 (XXV).

Como señaló Ch. Chaumont, la cooperación “se hace con independencias nacionales”. Sostiene que hay una antinomia en el Derecho Internacional con la que es necesario vivir: una buena parte de tal ordenamiento se funda en la soberanía y una buena parte se inspira en la cooperación, el Derecho Internacional Contemporáneo ha logrado su síntesis, superando las contradicciones pues la cooperación se lleva a cabo con independencias nacionales y si ellas faltan no hay cooperación sino dominación. Soberanía y cooperación son elementos que van unidos. Desde su libertad e igualdad jurídica los Estados cooperan pues se presupone que desean seguir coe-

---

<sup>6</sup> Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias.

A este fin:

- a) los Estados deberán cooperar con otros Estados en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales;
- b) los Estados deben cooperar para promover el respeto universal a los derechos humanos, y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades, y para eliminar todas las formas de discriminación racial y todas las formas de intolerancia religiosa;
- c) los Estados deben conducir sus relaciones internacionales en las esferas económica, social, cultural, técnica y comercial, de conformidad con los principios de la igualdad soberana y la no intervención;
- d) los Estados Miembros de las Naciones Unidas tienen el deber de adoptar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta.

Los Estados deben cooperar en las esferas económica, social y cultural, así como en la esfera de la ciencia y la tecnología, y promover el progreso de la cultura y la enseñanza en el mundo. Los Estados deben cooperar para promover el crecimiento económico en todo el mundo, particularmente en los países en desarrollo.

xistiendo, respetándose mutuamente y colaborando en la satisfacción de intereses comunes<sup>7</sup>.

Por su parte, Carrillo Salcedo afirmó “los grandes problemas globales de nuestro tiempo son mundiales, afectan a la comunidad internacional en su conjunto y carecen de solución en el plano exclusivamente nacional”<sup>8</sup>.

Remiro Brotons subraya que la mundialización de las relaciones internacionales y la interdependencia que anuda lazos e institucionaliza convivencias en el seno de la sociedad internacional ha dado alas a la cooperación internacional, acrecentando sus significados<sup>9</sup>.

Pérez González sostiene la vigencia en el plano jurídico internacional de un principio que establece en abstracto un deber de los Estados de cooperar entre sí y que admite un amplio margen de discrecionalidad de que disfrutaban los sujetos de los concretos regímenes de cooperación<sup>10</sup>.

También en la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*<sup>11</sup>, encontramos que uno de sus principios es la cooperación internacional para el desarrollo. Asimismo en su artículo 17 dispone que la cooperación internacional para el desarrollo es objetivo compartido y deber común de todos los Estados y el artículo 30 establece que la protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados.

Coincidimos con el Prof. Sommer cuando afirma que “Como principio, fue evolucionando en las últimas décadas, por lo que ya no sólo conforma esa clásica postura de la doctrina de entender a la obligación de cooperar entre los Estados como una forma de comportamiento, un patrón de conducta que cumple funciones auxiliares en los compromisos de los Estados 4 , sino que en algunas circunstancias implica una verdadera obligación internacional a la cual los Estados están sujetos, por lo que su

---

<sup>7</sup> Citado por REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional*, Edit. McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 1082.

<sup>8</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A. *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 13 ss.

<sup>9</sup> Op. Cit. REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional*..., p. 1082.

<sup>10</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, M. “El Derecho Internacional de la Cooperación: Algunas reflexiones”, en *La Cooperación Internacional* (coord. Luzarraga, F.) Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1993, p. 30.

<sup>11</sup> Aprobada por la AG el 14 de diciembre de 1974, Resolución 3281 (XXIX).

incumplimiento puede implicar el surgimiento de responsabilidad internacional, ...”<sup>12</sup>.

Además de la ONU, existe una multitud de organizaciones cuyo objetivo principal es la cooperación internacional en sus distintas expresiones. Entre las más conocidas podemos mencionar: la Organización Mundial de la Salud (OMS), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), entre muchas otras, dado que casi la totalidad de las organizaciones internacionales existentes son de cooperación, ya sean universales o regionales, de fines generales o específicos.

La cooperación internacional se desarrolló muy tempranamente en el campo sanitario como hemos señalado, prueba de ello son las Conferencias Sanitarias Mundiales que comenzaron a desarrollarse en 1850. La primera tuvo lugar en París en 1861, en dicha oportunidad se aprobó un reglamento internacional sobre los sistemas de cuarentena (aislamiento durante cuarenta días en caso de epidemia). En 1903 se adoptó la Convención general sobre cuarentena y se creó la Oficina Internacional de Higiene Pública en 1907, que agrupaba a cincuenta y cinco Estado. La Sociedad de Naciones promovió la cooperación internacional en materia sanitaria y creó la Organización de Higiene de la S. de N. Posteriormente, Naciones Unidas convocó en 1946 a una Conferencia Internacional de Sanidad, en cuyo seno se aprobó la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, la cual es un organismo especializado de ONU con sede en Ginebra.

*“La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados”*, así reza el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>13</sup>. Y continua afirmando *“Los*

---

<sup>12</sup> SOMMER, Ch. “El principio de cooperación internacional”, en Cuaderno de Derecho Internacional, Los Principios Generales del Derecho Internacional Público: Realidades y perspectivas, N° VIII, Córdoba, 2013, pp. 175. <https://www.acadarc.org.ar/2019/12/02/cuaderno-de-derecho-internacional-viii-los-principios-generales-del-derecho-internacional-publico-realidades-y-perspectivas/>

<sup>13</sup> <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>

La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Las reformas adoptadas por la 26.a, la 29.a, la 39.a y la 51.a Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron



*resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos. La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común”...El principio de cooperación es medular para que la OMS pueda cumplir con sus funciones. Cabe señalar, que una de sus seis oficinas regionales es la Organización Panamericana de la Salud (OPS), que es el organismo internacional sanitario más antiguo del mundo<sup>14</sup>. La Directora de la OPS, recientemente, enfatizó que “la solidaridad de la región y la necesidad de los países de trabajar juntos: compartir recursos y experiencias, y tomar decisiones conjuntas que aceleren el acceso a los servicios de salud, promuevan la investigación y la innovación. También subrayó que la OPS seguirá facilitando el intercambio entre países y trabajará intensamente con los Estados Miembros, particularmente aquellos con los sistemas de salud más débiles, para fortalecer la vigilancia y la detección temprana de casos y garantizar la preparación de los servicios de salud.*

“La solidaridad en nuestra Región nunca ha tenido un significado más profundo que el de hoy. La única forma de salir de esta situación será si todos hacen su parte, a la vez que apoyan a los demás”, reflexionó la doctora Etienne<sup>15</sup>.

---

en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente, se han incorporado al texto consultado en la página de la OMS. Sobre la OMS se puede consultar BARBOZA, J. *Curso de Organizaciones Internacionales*, Edit. Zavalía, 2017, p. 145 ss.; BEIGBEDER, Y, *L'Organisation Mondiale de la Santé*, París, 1996; DIEZ DE VELASCO, M. *Las Organizaciones Internacionales*, 10ª edición, Tecnos, 1997, pp. 318-321.

<sup>14</sup> “En 1870, una epidemia de fiebre amarilla azotó a Brasil, Paraguay, Uruguay y a la Argentina, y en ocho años, logró propagarse a los Estados Unidos, donde provocó más de 20 mil muertes. El transporte marítimo, que aumentó con el crecimiento del intercambio comercial, era el canal que trasladaba las enfermedades a finales del siglo XIX. El paso de las epidemias de un país a otro y la necesidad de combatir las para proteger la salud de la población y la economía de los Estados fue el germen que dio origen el 2 de diciembre de 1902 a lo que sería la Organización Panamericana de la Salud”. Consultar [www.paho.org](http://www.paho.org)

<sup>15</sup> [https://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_content&view=article&id=15762:time-is-of-the-essence-countries-of-the-americas-must-act-now-to-slow-the-spread-of-covid-19&Itemid=1926&lang=es](https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=15762:time-is-of-the-essence-countries-of-the-americas-must-act-now-to-slow-the-spread-of-covid-19&Itemid=1926&lang=es)

#### IV. El principio de cooperación internacional y el COVID-19

La crisis global del COVID-19 con su inmenso impacto, nos obliga nuevamente a repensar la importancia y centralidad de la cooperación internacional para poder enfrentar este flagelo, que nuevamente ha demostrado que los Estados actuando unilateralmente no pueden hacer frente a todos sus consecuencias, porque ellas superan ampliamente las fronteras de un Estado. Deben articularse las acciones que se emprenden al interior de cada Estado con las acciones que se emprendan entre los Estados, los otros sujetos del derecho internacional, especialmente las organizaciones internacionales y otros actores internacionales, tales como algunas Organizaciones No Gubernamentales.

El Secretario General de la ONU, António Guterres, ha calificado a la pandemia de la enfermedad por coronavirus de 2019 (COVID-19) como “la mayor prueba que el mundo ha enfrentado desde la formación de las Naciones Unidas, que tendrá profundas consecuencias sociales, económicas y políticas, incluyendo en relación con la paz y seguridad internacionales”<sup>16</sup>.

El COVID-19 tiene un impacto sin precedentes en todos los países. Aquellos que ya tenían crisis humanitarias, o eran afectados por desastres naturales y/o cambio climático, son particularmente vulnerables, y están menos equipados. Ante el ello el Secretario General anunció, a fines de marzo, un Plan Global para la Respuesta Humanitaria frente al COVID-19, presentado como una verdadera necesidad para la seguridad de la salud global<sup>17</sup><sup>18</sup>.

En esta línea, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó unánimemente el 3 de abril de 2020 la Resolución **A/RES/74/270 Solidaridad mundial para luchar contra la enfermedad por coronavirus de 2019 (COVID-19)**, en base a la iniciativa de Ghana, Suiza, Indonesia, Singapur, Liechtenstein y Noruega. Dicha resolución afirma ... “*Reconociendo además que la pandemia de la COVID-19 exige una respuesta*

---

<sup>16</sup> Discurso del Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, en sesión informativa del Consejo de Seguridad del 9 de abril de 2020; disponible en: <https://www.un.org/press/en/2020/sgsm20041.doc.htm> (recuperado el 20 de junio de 2020)

<sup>17</sup> Global Humanitarian Response Plan COVID-19, Ginebra, Abril – Diciembre 2020 en <https://www.unocha.org/sites/unocha/files/Global-Humanitarian-Response-Plan-COVID-19.pdf>

<sup>18</sup> HORNA, A. “Desafíos de las Naciones Unidas frente al COVID-19”, en Cuaderno de Derecho Público, vol. 8, 2020, en [revistas.bibdigital.ucc.edu.ar](http://revistas.bibdigital.ucc.edu.ar)

mundial basada en la unidad, la solidaridad y una cooperación multilateral renovada,

1. *Reafirma* su adhesión a la cooperación internacional y al multilateralismo y su firme apoyo al papel central del sistema de las Naciones Unidas en la respuesta mundial a la pandemia de la enfermedad por coronavirus de 2019 (COVID -19);...<sup>19</sup>

Días después, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 20 de abril de 2020 la Resolución **A/RES/74/274 Cooperación internacional para garantizar el acceso mundial a los medicamentos, las vacunas y el equipo médico con los que hacer frente a la COVID-19** afirma "...Reconociendo la importancia de la cooperación internacional y el multilateralismo eficaz para ayudar a garantizar que todos los Estados dispongan de medidas nacionales eficaces de protección, acceso a los suministros médicos, medicamentos y vacunas vitales, y un flujo suficiente de ellos, a fin de reducir al mínimo los efectos negativos en todos los Estados afectados y evitar los rebrotes de la pandemia, Reconociendo también que la pandemia mundial de COVID-19 exige una respuesta mundial basada en la unidad, la solidaridad y la cooperación multilateral, 1. Reafirma el papel fundamental que cumple el sistema de las Naciones Unidas en la coordinación de la respuesta mundial para controlar y contener la propagación de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) y en el apoyo a los Estados Miembros y, a este respecto, reconoce el papel rector crucial que desempeña la Organización Mundial de la Salud;...<sup>20</sup>. Resolución adoptada en el marco de la Resolución de Asamblea General del 10 de octubre de 2019 A/RES/74/2. *Declaración política de la reunión de alto nivel sobre la cobertura sanitaria universal.*

Como vemos, ambas resoluciones no vinculantes de Asamblea General de Naciones Unidas ponen énfasis en la necesidad de la cooperación internacional para hacer frente al COVID-19. Pero cabe señalar que, hasta la fecha de presentación de este artículo el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no se ha podido pronunciar sobre esta "amenaza compartida", lo que habría sido decisivo dado el carácter vinculante de sus resoluciones.

Toda la escasa labor que se ha desarrollado y se desarrollará en el marco de Naciones Unidas y sus organismos especializados puede consultarse en <https://unric.org/es/informacion-general-nuevo-coronavirus/>.

<sup>19</sup> <https://digitallibrary.un.org/record/3863084?ln=es>

<sup>20</sup> <https://digitallibrary.un.org/record/3863088?ln=es>

Cabe señalar que, la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) ha desarrollado un *Observatorio COVID-19 América Latina y el Caribe* que recopila y pone a disposición tanto las políticas públicas que los treinta y tres Estados están tomando para hacer frente a esta crisis como también el impacto que dichas políticas tendrán desde las perspectivas económicas y sociales<sup>21</sup>. Esta es una de las manifestaciones de la interrelación que debe existir entre las respuestas nacionales y la cooperación internacional para enfrentar esta pandemia y sus consecuencias.

Como hemos señalado, la cooperación internacional durante esta pandemia y en el período post COVID-19 no se limita al ámbito de ONU y sus organismos especializados, sino que también se lleva a cabo en distintas organizaciones internacionales regionales, como por ejemplo la Organización de Estados Americanos<sup>22</sup>, la Unión Europea<sup>23</sup>, la OCDE<sup>24</sup>, la Unión Africana (UA)<sup>25</sup>.

La necesidad de la cooperación internacional no se limita al escenario actual durante la pandemia, la cooperación resultará fundamental para que los Estados puedan resolver las consecuencias de esta crisis sin precedente. En este sentido, la cooperación de los Estados a través de organizaciones, tales como OMS, OIT, OMC, FAO, UNICEF, OIM será fundamental.

## Conclusiones

La crisis que vivimos, hasta la fecha, ha sido principalmente afrontada mediante acciones unilaterales de los Estados, si bien hemos podido identificar algunos ámbitos en donde ha habido tibia y/o tardía cooperación internacional. Tal como hemos enfatizado, consideramos que esta pandemia y sus efectos a nivel universal requieren de la conjunción y complementariedad de las acciones/respuestas nacionales y la cooperación. En este marco, el rol del principio de cooperación internacional se torna central y exige de la comunidad internacional y todos sus sujetos y actores una respuesta con-

---

<sup>21</sup> <https://www.cepal.org/es/temas/covid-19>

<sup>22</sup> En el ámbito de la OEA, la Secretaría General invita a todas las personas interesadas a contribuir sus ideas para la construcción del mundo post-COVID-19. <https://www.oas.org/ext/es/principal/covid-19/inicio>

<sup>23</sup> [https://europa.eu/european-union/coronavirus-response\\_es](https://europa.eu/european-union/coronavirus-response_es)

<sup>24</sup> <https://www.oecd.org/coronavirus/es/>

<sup>25</sup> <https://au.int/en/covid19>

tudente y enfática. No alcanzan las declaraciones carentes de acciones, se necesitan compromisos concretos.

La obligación de cooperar entre los Estados, se ha vuelto fundamental para poder enfrentar no sólo la actualidad de la pandemia sino también sus consecuencias. Con mayor cooperación será posible lograr mejores y más adecuadas respuestas, tanto desde los puntos de vista sanitarios como económicos, sociales, humanitarios que redundarán en beneficio de toda la comunidad internacional.

A modo de cierre nos preguntamos ¿qué más debe suceder para que los principios de soberanía nacional y cooperación internacional pasen de la tensión a la complementariedad?



# **COVID-19, CRÍMENES INTERNACIONALES Y AMENAZAS A LA PAZ:**

## **¿INTEGRAN LAS PANDEMIAS EL ÁMBITO MATERIAL DE LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER?**

LUCIANO PEZZANO<sup>1</sup>

### **1. Introducción**

En el difícil contexto mundial a raíz de la pandemia de la enfermedad por coronavirus COVID-19 (en adelante “pandemia de COVID-19”), muchos se preguntan de qué modo puede reaccionar la comunidad internacional para hacer frente a esta crisis, cuya magnitud y alcances no conocen precedentes en la historia del último siglo, y repercusiones semejantes jamás habían sido experimentadas en un mundo globalizado y tan interconectado como el actual.

En ese sentido, aquí nos plantearemos qué vinculación podría tener la reacción jurídico-institucional de la comunidad internacional con el concepto de Responsabilidad de Proteger (RDP), diseñado para dar respuesta a otro tipo de graves crisis humanitarias, como son las causadas por crímenes atroces, como el genocidio, los crímenes de guerra o los crímenes de lesa humanidad.

En términos sintéticos, podemos considerar que la RDP implica que los Estados tienen la responsabilidad de proteger a su población de la comisión de graves atrocidades masivas (el genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad), y que cuando no

---

<sup>1</sup> Abogado (UCES). Magister en Relaciones Internacionales (CEA-UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Becario postdoctoral CIJS-UNC/CONICET. Profesor Ayudante “A” de Derecho Internacional Público (UNC). Profesor Asociado de Derecho Internacional Público y de la Integración (UCES San Francisco). El autor agradece a Gonzalo Sagarraga por sus sugerencias en la preparación de este trabajo.

ejerzan esa responsabilidad (por incapacidad o por falta de voluntad), la comunidad internacional, a través de las Naciones Unidas, puede adoptar medidas para ayudar a proteger a esa población, incluso en última instancia, mediante el uso de la fuerza armada<sup>2</sup>.

*A priori*, sería difícil argumentar que el sufrimiento humano causado por una epidemia de grandes proporciones o de una pandemia de una enfermedad infecciosa grave pueda diferenciarse del causado por crímenes atroces. Sin embargo, como veremos, el concepto de RDP fue receptado en las Naciones Unidas con un ámbito material estrictamente limitado a los denominados cuatro “crímenes y actos”<sup>3</sup>, en el cual, a menos que los Estados Miembros decidan otra cosa en la Asamblea General, no caben otro tipo de situaciones.

Es por ello que, en estas breves páginas, deseamos abordar tres cuestiones: por un lado, insistir en que las pandemias como tales no forman parte del ámbito de alcance material de la RDP; a la vez, y sin perjuicio de lo anterior, explorar en qué casos podrían cometerse, en el contexto de una pandemia y relacionados con ella, crímenes que sí forman parte de ese ámbito; finalmente, y en un marco más amplio, reflexionar respecto de la consideración de las pandemias como amenazas a la paz y la seguridad internacionales.

## 2. La RDP y las pandemias

El concepto fue acuñado en 2001 por la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE), que incluyó dentro de uno de los requisitos que justificarían una intervención militar en ejercicio de la RDP, al que denominó “causa justa”, lo siguiente: “*grandes pérdidas de vidas humanas, reales o previsibles, con o sin intención genocida, que sean consecuencia de la acción deliberada de un Estado, o de su negligencia o*

---

<sup>2</sup> Exploramos in extenso el concepto en PEZZANO, Luciano: *La Responsabilidad de Proteger en las Naciones Unidas*, CEA-UNC/Advocatus, Córdoba, 2016.

<sup>3</sup> La expresión se utiliza para sintetizar la combinación de tres crímenes de derecho internacional –el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad– con una práctica que no constituye en sí misma un crimen autónomo, pero que queda subsumida en los tres anteriores, de acuerdo a las modalidades de su comisión. Exploramos el tema en PEZZANO, Luciano: “La depuración étnica en el derecho internacional: entre el derecho penal internacional y la Responsabilidad de Proteger”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Vol. VIII (2020), en prensa.



*incapacidad de actuar o del colapso de un Estado... ”<sup>4</sup>. La CIISE también aclaró qué circunstancias estaban incluidas en esta condición, y consideró que, entre otras, incluía: “las catástrofes naturales o ecológicas de grandes proporciones, a las que el Estado no quiera o no pueda hacer frente ni solicitar asistencia, y que provoquen o puedan provocar importantes pérdidas humanas ”<sup>5</sup>. Aunque la CIISE no explicitó que las epidemias o pandemias de graves enfermedades infecciosas estuvieran incluidas, no las excluyó y estas, en la medida en que puedan causar graves pérdidas humanas ante la inacción del Estado, parecerían quedar cubiertas dentro de esta condición del criterio de “causa justa ”.*

Sin embargo, ni en el informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio (GAN), ni en el informe del Secretario General (SG) a la Cumbre Mundial 2005, que llevaron la RDP al ámbito de las Naciones Unidas, se mencionaron las pandemias ni los desastres naturales en el contexto del concepto –las referencias a las enfermedades infecciosas y sus consecuencias sobre la paz y seguridad internacionales se trataron en otras partes de los informes, como veremos luego–, y en el Documento Final de la Cumbre (DF), que contiene la expresión de la RDP aceptada por los Miembros de las Naciones Unidas reunidos al más alto nivel, el ámbito material del concepto quedó claramente delimitado al “genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad”<sup>6</sup>, fórmula que el DF repite cuatro veces y que no da lugar a dudas acerca de su exhaustividad.

Teniendo presente esta limitación, autores como Davies<sup>7</sup> sostienen que, aunque las obligaciones de proteger a la población en caso de epidemias no integren el ámbito material de la RDP, sí pueden considerarse dentro de los deberes de los Estados en caso de desastre, sobre los que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) elaboró un proyecto de artículos<sup>8</sup>. Estos deberes estarían fundados, al igual que la RDP, en la noción de

---

<sup>4</sup> CIISE: La Responsabilidad de Proteger. Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados, Ottawa, 2001, p. 37.

<sup>5</sup> Ídem.

<sup>6</sup> AG: Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, resolución 60/1, párr. 138 y 139.

<sup>7</sup> DAVIES, Sarah E.: “Is There an International Duty to Protect Persons in the Event of an Epidemic?”, *Global Health Governance*, Vol. III, N°2 (2010), pp. 1-23.

<sup>8</sup> La propia inclusión de los desastres naturales dentro del ámbito material de la RDP fue una cuestión problemática de la que la CDI no fue ajena, inclinándose –correctamente, a nuestro entender– por no considerarlos incluidos, a tenor de los expresos términos

“soberanía como responsabilidad”<sup>9</sup>. Aunque la CDI no incluyó las epidemias específicamente dentro de su proyecto de artículos, es evidente que las obligaciones de los Estados de proteger a su población en caso de epidemias o pandemias fluyen, entre otras fuentes, de las normas del derecho internacional de los derechos humanos<sup>10</sup>. Sin embargo, ello no basta para considerar que, en caso de inacción o incapacidad del Estado de cumplir con tales deberes, se actualice algún deber o responsabilidad subsidiaria de la comunidad internacional como sí sucede con la RDP.

Otros, como Fidler, parten del hecho de que los argumentos que plantean el informe del GAN y el del SG respecto a las enfermedades infecciosas son trasladables a la RDP, y que si esta, por su ámbito reducido de acuerdo al DF no las cubre, debe elaborarse un nuevo concepto, que denomina “*responsibility to practice public health*”, cuyos elementos son prácticamente idénticos a los de la RDP<sup>11</sup>. En la práctica, una propuesta de este tipo equivaldría a una ampliación de la RDP, puesto que sus componentes de responsabilidad del Estado y de la comunidad internacional, con posibilidad de intervención del CS en última instancia, se han extrapolado al ámbito de la salud pública, y ello iría en contra del consenso arribado en 2005, no obstante lo esfuerzos del autor por considerar que se trata en sí misma de una “norma emergente”<sup>12</sup>

Parece que el SG Ban tuvo muy presente el debate doctrinario sobre una posible ampliación del ámbito material de la RDP al momento de preparar su primer informe sobre el concepto, en el que expresó: “*A menos que los Estados Miembros decidan otra cosa, la responsabilidad de proteger únicamente es aplicable a los cuatro crímenes o actos especificados: el*

---

del DF. Exploramos la cuestión en PEZZANO, Luciano: “La Responsabilidad de Proteger en la Comisión de Derecho Internacional”, inédito.

<sup>9</sup> Hay consenso en la literatura sobre la RDP en que la noción de “soberanía como responsabilidad”, elaborada por Francis Deng, es uno de sus principales fundamentos; v. DENG, Francis M. et al.: *Sovereignty as Responsibility: Conflict Management in Africa*. Brookings Institution Press, Washington, D.C., 1996.

<sup>10</sup> Por ejemplo, el Art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. V. Observación General N°36: Derecho a la vida, del Comité de Derechos Humanos, párr. 26, y Observación General N°14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 16.

<sup>11</sup> FIDLER, David P.: “The UN and the Responsibility to Practice Public Health”, *Journal of International Law & International Relations*, Vol. 2, N°1 (2005), pp. 41-62, p. 50 y ss.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 54 y ss.

*genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. La tentativa de ampliarlo para abarcar otras calamidades como el VIH/SIDA, el cambio climático o los desastres naturales redundaría en desmedro del consenso de 2005 y extendería el concepto hasta un punto en que ya no sería reconocible ni tendría utilidad práctica alguna”<sup>13</sup>.*

No obstante los claros términos del SG, algunos autores siguieron insistiendo que la RDP debería ser expandida para cubrir los casos de pandemias, específicamente el VIH/SIDA. Así, Cribbs sostiene que el DF fue el resultado de un compromiso político y que la RDP aún está en evolución, y que tanto el marco de respuesta internacional frente al VIH/SIDA, como los fundamentos que subyacen a este, son los mismos que la RDP, en cuanto la pandemia pone en riesgo los mismos derechos que los crímenes atroces y constituye igualmente una amenaza a la paz y la seguridad internacionales<sup>14</sup>.

Sin embargo, tanto en el debate sobre el primer informe, como en los que le siguieron, los Estados Miembros manifestaron su conformidad con la interpretación del SG al respecto, y el ámbito material de la RDP continúa en la manera en que fue redactado en el DF: la RDP se limita al genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Por lo tanto, las pandemias, como tales, no están incluidas dentro de su ámbito material.

### **3. Pandemias y crímenes internacionales**

La anterior conclusión no impide que, en un estudio como el presente, nos preguntemos si la exposición de parte de las autoridades de un Estado a su población a los riesgos de una pandemia –sea mediante la acción o mediante la omisión de tomar medidas preventivas– podría configurar alguno de los crímenes de la RDP<sup>15</sup>. En ese caso, sí estaríamos ante una

---

<sup>13</sup> BAN, Ki-moon: Hacer efectiva la responsabilidad de proteger. Informe del Secretario General, Documento A/63/677. Naciones Unidas, Nueva York, 2009, p. 8, párr. 10 b).

<sup>14</sup> CRIBBS, Megan: “Expanding the Responsibility to Protect: Saving Populations From HIV/AIDS”, Temple Law Review, Vol. 85 (2013), pp. 879-920, p. 908.

<sup>15</sup> Conviene aclarar que no tratamos el interrogante inverso, es decir, en cómo afecta la actual pandemia de Covid-19 a las situaciones y conflictos donde ya se están cometiendo crímenes de la RDP, que parece concentrar la atención de autores y ONG; v., por ejemplo, “Open Letter to the Governments of the World to Support the

situación perteneciente al ámbito material del concepto, no por tratarse de una pandemia, sino por configurarse un crimen internacional.

Fuera del contexto de la RDP, y atento la acuciante situación de los Estados Unidos<sup>16</sup>, algunos comentaristas ya han planteado que la negligencia de un gobierno podría constituir un crimen de lesa humanidad<sup>17</sup>, aunque sin mayores fundamentos en derecho penal internacional.

Aquí propondremos un somero análisis, destacando qué extremos deberían reunirse para poder determinar la existencia de un crimen de lesa humanidad en un escenario así. En ese sentido, pensamos que el crimen de lesa humanidad que más podría asimilarse a los efectos de la acción u omisión deliberada de un Estado frente a una pandemia es el *exterminio*, receptado en el Art. 7.1.b) del Estatuto de Roma<sup>18</sup>. Revisemos, entonces, su definición y elementos.

De acuerdo al Art. 7.2.b) del Estatuto, el “‘*exterminio*’ comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población”. Los “Elementos de los Crímenes”<sup>19</sup>, aprobados por la Asamblea de Estados Partes del Estatuto de conformidad al Art. 9, especifican, en primer lugar: “*Que el autor haya dado muerte, a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población*”, y en nota agrega, en consonancia con el Estatuto: “*La imposición de esas condiciones podría incluir la privación del acceso a*

---

Work of Atrocity Prevention during the COVID-19 Pandemic”, Global Centre for the Responsibility to Protect, 27 de abril de 2020, <https://www.globalr2p.org/publications/open-letter-to-the-governments-of-the-world-to-support-the-work-of-atrocity-prevention-during-the-covid-19-pandemic/>

<sup>16</sup> Al 24 de junio de 2020, en los Estados Unidos había 2.295.272 personas infectadas, de las que 120.171 habían muerto, un poco más del 25% del total mundial, de acuerdo a los datos de la OMS ([https://www.who.int/redirect-pages/page/novel-coronavirus-\(covid-19\)-situation-dashboard](https://www.who.int/redirect-pages/page/novel-coronavirus-(covid-19)-situation-dashboard)).

<sup>17</sup> DAVIS, Benjamin G.: “How COVID-19 Human Endangerment Might Be Approached as a Domestic Crime or an International Crime Against Humanity”, *JURIST – Academic Commentary*, 22 de mayo, 2020, <https://www.jurist.org/commentary/2020/05/benjamin-davis-covid19-criminal-liability/>.

<sup>18</sup> Y en el Art. 2.1.b) del Proyecto de la CDI sobre la prevención y el castigo de los crímenes de lesa humanidad (CDI: Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 71º período de sesiones, Documento A/74/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2019, p. 12).

<sup>19</sup> CPI: Elementos de los Crímenes, p. 231, <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/a851490e-6514-4e91-bd45-ad9a216cf47e/283786/elementsofcrimesspaweb.pdf>

*alimentos y medicinas*". Por su parte, el segundo elemento indica: "*Que la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte de esa matanza*". Es importante notar que la palabra "matanza" (*mass killing*, en la versión inglesa de los Elementos y *massacre* en la versión francesa) indica un requisito de escala —que lo diferencia del crimen de lesa humanidad de asesinato—, como ha sido reconocido en la jurisprudencia internacional<sup>20</sup>, aunque no está claro qué número mínimo de víctimas se requiere para que se considere que ha sucedido una "matanza".

En todo caso, parecería *a priori* que ambos elementos podrían cumplirse en nuestro supuesto: en la medida en que un gobierno omitiera deliberadamente adoptar medidas preventivas frente a una pandemia con posibilidad letal como la de COVID-19, tal conducta podría equivaler a imponer condiciones de existencia —incluyendo la privación de medicinas y tratamientos paliativos— que pudieran causar la destrucción de una parte de la población, y en la medida en que a raíz de esa omisión se produjera un gran número de muertes —como las decenas de miles de personas que perdieron la vida en los Estados Unidos o Brasil—, se produciría una "matanza" en el sentido del segundo elemento.

Subsiste, no obstante, un problema de interpretación del crimen, muy discutido en la jurisprudencia, y es que la matanza debe ser el resultado de la imposición de condiciones "destinadas *deliberadamente* a causar la destrucción" de parte de la población, por lo que se requeriría un dolo directo o, al menos, eventual<sup>21</sup>, y no bastaría, en nuestro supuesto, con la mera omisión negligente de adoptar medidas para proteger a la población de una pandemia.

No obstante, entre los precedentes que apoyan la negligencia grave como requisito de *mens rea* suficiente para la configuración del crimen, resulta significativo para nuestra temática lo que sostuvo la Sala de Primera

---

<sup>20</sup> Principalmente del TPIY y del TPIR, mientras que la CPI solamente se ha referido al crimen en órdenes de captura, como la de Omar Al-Bashir (CPI-SCP I: Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 de marzo de 2009, ICC-02/05-01/09, párr. 96), mas no aún en una decisión sustancial.

<sup>21</sup> Sobre la discusión, v. DUBLER, Robert y KALYK, Matthew: *Crimes against Humanity in the 21st Century. Law, Practice and Threats to International Peace and Security*, Brill, Leiden, 2018, pp. 776-800; HALL, Christopher K. y STAHN, Carsten: "Article 7", en AMBOS, Kai y TRIFFTERER, Otto: *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, C. H. Beck, 2016, pp. 250-256.

Instancia del TPIR en el caso *Kayishema*: “*The act(s) or omission(s) may be done with intention, recklessness, or gross negligence. The ‘creation of conditions of life that lead to mass killing’ is the institution of circumstances that ultimately causes the mass death of others. For example: Imprisoning a large number of people and withholding the necessities of life which results in mass death; **introducing a deadly virus into a population and preventing medical care which results in mass death.** Extermination includes not only the implementation of mass killing or the creation of conditions of life that leads to mass killing, but also the planning thereof*”<sup>22</sup> (negrita añadida). Más allá de la expresa mención de un virus letal, el ejemplo que propone el tribunal incluye la *introducción* de este en primer lugar, por lo que la situación de una pandemia no provocada no bastaría para configurar el crimen de exterminio.

Además de estos obstáculos, no podemos olvidar el elemento de contexto que caracteriza a todos los crímenes de lesa humanidad: deben formar parte de un “*ataque generalizado o sistemático contra una población civil*” (Art. 7.1 del Estatuto de Roma). El propio Estatuto define al “ataque” como “*una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política*”.

En nuestro supuesto, y considerando que el ataque no existía previamente, la omisión de tomar las medidas para prevenir los efectos de la pandemia sobre la población debería configurar en sí misma un ataque contra la población civil, y si bien podría pensarse que, por la amplitud de víctimas, quedaría satisfecho el requisito de ser un ataque generalizado, aún faltaría demostrar que se trata de un ataque, para lo cual el requisito de la “política” es ineludible. Al respecto, una nota de los Elementos de los Crímenes dispone: “*La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización*”<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> TPIR: The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, Caso N° ICTR-95-1-T, Sentencia de 21 de mayo de 1999, párr. 146.

<sup>23</sup> CPI: Elementos de los Crímenes, cit., p. 231.

*Por lo tanto, la mera omisión, por más negligente que fuera, no bastaría para configurar el ataque, siendo necesario en tal caso acreditar, al igual que en el elemento específico del crimen de exterminio, que el propósito de omitir las medidas preventivas es destruir a parte de la población.*

*Esto significa que, si bien teóricamente podría configurarse el crimen de lesa humanidad de exterminio<sup>24</sup> en el caso de un gobierno que deliberadamente expusiera a su población a una pandemia letal, en la práctica se requeriría acreditar un dolo específico de muy difícil prueba.*

*En definitiva, aunque no podamos configurar como crimen de lesa humanidad la omisión negligente de un gobierno frente a una pandemia, sin duda se trata de una violación de derechos humanos que, aunque quede fuera del ámbito material de la RDP, sí generará la responsabilidad internacional de ese Estado, y que igualmente podría poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, según estudiaremos a continuación.*

### **3. Las pandemias como amenazas a la paz**

Las primeras discusiones en torno a la posibilidad de considerar a una pandemia como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales tuvieron lugar respecto del VIH/SIDA<sup>25</sup>. Sin embargo, el Consejo de Seguridad (CS), en su resolución 1308 (2000), no la calificó como una amenaza a la paz, sino que se limitó a destacar “*que la pandemia del VIH/SIDA, si no se controla, puede plantear un riesgo a la estabilidad y la seguridad*”. Es significativo, no obstante, que en su informe, el GAN haya expresado “*cuando en 2000 el Consejo de Seguridad examinó por primera vez el VIH/SIDA como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales...*”<sup>26</sup>, cuando en realidad no fue así. Tal vez optó por esa redacción para justificar su reco-

---

<sup>24</sup> Podría discutirse también la posibilidad de encuadrar la situación como el crimen de “otros actos inhumanos” (Art. 7.1.k) del Estatuto de Roma), mas dicha discusión excede los límites de este breve estudio exploratorio.

<sup>25</sup> HINDMARCH, Suzanne: “The Implications of Treating HIV as a Security Threat in Africa: An Analysis of the United Nations Security Council Debate on HIV”, en SEATON, M. Bianca y ALLIN, Sara (Eds.): Comparative Program on Health and Society. Lupina Foundation Working Papers Series 2007–2009, Munk Centre for International Studies, Toronto, 2010, pp. 76-97.

<sup>26</sup> GAN: Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio. Nota del Secretario General, Documento A/59/565, Naciones Unidas, Nueva York, 2004, p. 28, párr. 48.

*mendación de que “[e]l Consejo de Seguridad, en estrecha cooperación con el ONUSIDA, debería celebrar una segunda sesión extraordinaria sobre el VIH/SIDA como amenaza a la paz y la seguridad internacionales, a fin de estudiar los futuros efectos del VIH/SIDA en los Estados y las sociedades, impulsar la investigación del problema, y determinar los pasos críticos que se han de tomar con miras a elaborar una estrategia a largo plazo para reducir la amenaza”<sup>27</sup> (negrita en el original). Recién en 2011 el CS volvió a tratar el VIH/SIDA como tema principal de una de sus resoluciones, pero no lo calificó como una amenaza a la paz<sup>28</sup>.*

*Sin embargo, el GAN también se refirió más ampliamente a la cuestión de las enfermedades infecciosas en general: “En casos extremos de amenaza planteada por una nueva enfermedad infecciosa o la liberación deliberada de un agente infeccioso, puede ser necesario que la OMS y el Consejo de Seguridad colaboren para establecer medidas eficaces de cuarentena”<sup>29</sup>, y agregó: “En vista de la posible amenaza a la seguridad internacional que plantea la liberación deliberada de un agente biológico infeccioso o un brote natural de efectos abrumadores de una enfermedad infecciosa, es necesario que el Director General de la OMS, por conducto del Secretario General, mantenga informado al Consejo de Seguridad durante cualquier brote sospechoso o de efectos abrumadores de una enfermedad infecciosa. En tal caso, [...] si el Reglamento Sanitario Internacional no asegurara un acceso adecuado para las investigaciones de la OMS y la coordinación de la respuesta, el Consejo de Seguridad debería estar dispuesto a imponer medidas más coercitivas. Si un Estado no pudiera organizar una cuarentena adecuada de un gran número de posibles portadores, el Consejo de Seguridad debería estar dispuesto a apoyar la adopción de medidas internacionales para ayudar a establecer cordones sanitarios. **El Consejo de Seguridad debería celebrar consultas con el Director General de la OMS para establecer los procedimientos de colaboración necesarios en caso de que se produjera un brote sospechoso o de efectos abrumadores de una enfermedad infecciosa**”<sup>30</sup>(negrita en el original).*

*Así, para el GAN no solamente no había dudas de que una enfermedad infecciosa podía constituir una amenaza a la paz y seguridad internacio-*

<sup>27</sup> Ibidem, pp. 32-33, párr. 67.

<sup>28</sup> Resolución 1983 (2011).

<sup>29</sup> GAN: op. cit., p. 33, párr. 70.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 49, párr. 144.



nales, sino que, además, el CS debería estar dispuesto a adoptar medidas coercitivas al respecto, en coordinación con la OMS.

El propio SG, en su informe a la Cumbre Mundial 2005, expresó: “estoy dispuesto, en consulta con el Director General de la Organización Mundial de la Salud, a hacer uso de la facultad que me confiere el Artículo 99 de la Carta de las Naciones Unidas para señalar a la atención del Consejo de Seguridad cualquier grave brote de enfermedades infecciosas que ponga en peligro la paz y la seguridad internacionales”<sup>31</sup>. Aunque más escueto, el SG también reconoció que un grave brote de una enfermedad infecciosa podía constituir una amenaza a la paz, así como la centralidad de la OMS al respecto.

Sin embargo, el DF no se hizo eco de estas consideraciones, pese a dedicar una sección a las enfermedades infecciosas, en la que no mencionó al CS ni las calificó como amenazas a la paz.

Casi una década después, en su resolución 2177 (2014), el CS determinó “que el alcance sin precedentes del brote del ébola en África constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales”. La resolución es más que interesante, por cuanto la determinación parece estar fundada pura y exclusivamente en el peligro en sí mismo<sup>32</sup> que representa el ébola, y no en sus conexiones con los conflictos de la región ni con otras amenazas<sup>33</sup>. Cabe señalar, no obstante, que de la propia determinación surge que no cualquier brote de una enfermedad infecciosa podría dar lugar a una amenaza a la paz<sup>34</sup>, sino uno que, como el ébola en 2014, tuviera

---

<sup>31</sup> ANNAN, Kofi: Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del Secretario General, Documento A/59/2005, Naciones Unidas, Nueva York, 2005, pp. 32-33, párr. 105.

<sup>32</sup> OKILA, Vinc D.: “Conseil de Sécurité et renforcement de la lutte contre les pandémies en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies”, *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, Vol. 46, N° 2 (2016), pp. 291-324, p. 305 y ss.

<sup>33</sup> Pavone, por su parte, considera que no fue el ébola en sí mismo lo que motivó al CS a actuar, sino la inestabilidad política que generaba en la región (PAVONE, Ilja Richard: “Ebola and Securitization of Health: UN Security Council Resolution 2177/2014 and Its Limits”, en VIERCK, Leonie, VILLARREAL, Pedro A. y WEILERT, A. Katarina (eds.): *The Governance of Disease Outbreaks. International Health Law: Lessons from the Ebola Crisis and Beyond*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 299-326, p. 322).

<sup>34</sup> Excede los límites del presente estudio problematizar la cuestión de qué impacto tiene para el concepto de “amenaza a la paz” una determinación de este tipo. Al respecto, v. HOOD, Anna: “Ebola: A Threat to the Parameters of a Threat to the Peace?” *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 16 (2015), pp. 1-23.

un “alcance sin precedentes”<sup>35</sup>. Al respecto, y en línea con lo que había planteado en su momento el GAN, parece fundamental la intervención de la OMS<sup>36</sup>, sobre la que el CS confió para su determinación, y que es mencionada en reiteradas veces en la resolución<sup>37</sup>.

Así, entre otras cosas, en el preámbulo el CS recordó “el Reglamento Sanitario Internacional (2005), que contribuye a la seguridad de la salud pública mundial brindando un marco para coordinar la gestión de acontecimientos que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional y que tiene por objeto mejorar la capacidad de todos los países para detectar, evaluar y notificar las amenazas contra la salud pública y responder a ellas”, y recalcó “la importancia de que los Estados miembros de la Organización Mundial de la Salud (OMS) cumplan estos compromisos”, mientras que en la parte operativa, instó “a los Estados Miembros a que cumplan las recomendaciones temporales pertinentes formuladas en el marco del Reglamento Sanitario Internacional (2005) en relación con el brote del ébola de 2014 en África Occidental” y alentó “a la OMS a que siga reforzando su liderazgo técnico y su apoyo operacional a los gobiernos y asociados”.

Sin embargo, el CS no tomó ninguna decisión en virtud del Capítulo VII de la Carta, y todas las medidas indicadas en dicha resolución tenían carácter exhortativo<sup>38</sup>, es decir, no eran vinculantes para los Estados en el sentido del Art. 25 de la Carta. Esto no impide, por supuesto, que el CS eventualmente adopte decisiones obligatorias ante una situación similar, habiendo determinado que constituye una amenaza a la paz<sup>39</sup>. En particular, se ha sostenido que el CS podría imponer a un Estado la recepción de asistencia internacional en casos de pandemia<sup>40</sup>, entre otras medidas que, como vimos, en su momento también insinuó el GAN.

<sup>35</sup> OKILA, Vinc D.: op. cit., p. 308.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 309.

<sup>37</sup> Para un análisis crítico de la actuación de la OMS con relación al ébola en África en 2014, v. VILLARREAL, Pedro A.: “The World Health Organization’s Governance Framework in Disease Outbreaks: A Legal Perspective”, en VIERCK, Leonie, VILLARREAL, Pedro A. y WEILERT, A. Katarina (eds.): op. cit., pp. 243-272.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 311.

<sup>39</sup> V. OKILA, Vinc D.: op. cit., pp. 313-324.

<sup>40</sup> EVANS, A. Louis: “Confronting Global Pandemics: Responding to a State’s Refusal of International Assistance in a Pandemic”, Connecticut Journal Of International Law, Vol. 34 (2018), pp. 1-36, p. 14 y ss.

El interrogante que de inmediato nos surge es, en caso en que el CS adoptara medidas coercitivas, ¿qué diferenciaría a la adopción de decisiones para proteger a las víctimas de una pandemia de las tomadas en virtud de la RDP? ¿Habría una diferencia jurídica más allá de lo conceptual? Pavone considera que la resolución 2177 (2014) fue una oportunidad perdida de extender el concepto de RDP al sector sanitario, dado que el CS no actuó expresamente en virtud del Capítulo VII, no mencionó la RDP ni adoptó medidas concretas en virtud de los Arts. 41 y 42 de la Carta<sup>41</sup>. Esta posición nos genera más interrogantes que respuestas: ¿habría bastado con que el CS adoptara decisiones en virtud del Capítulo VII para considerar que amplió el ámbito material de la RDP o necesitaba una invocación expresa de esta? ¿Habría debido invocar la RDP de los Estados –cosa que ha hecho en reiteradas oportunidades– o también la de la comunidad internacional –lo que nunca hizo, ni siquiera en resoluciones en las que adoptó medidas que la opinión mayoritaria considera que actuó en virtud de la RDP<sup>42</sup>–? ¿Podría el CS ampliar el ámbito material de la RDP? Eso claramente atentaría contra el DF, puesto que allí los Estados Miembros confiaron a la AG la tarea de continuar estudiando y desarrollando la RDP y en ningún momento la AG pensó en ampliarlo más allá de los crímenes y actos expresamente contemplados, lo que el autor incluso reconoce<sup>43</sup>. La ausencia de práctica del CS nos impide dar una respuesta a nuestro interrogante, pero parece difícil diferenciar, más allá de lo conceptual, entre medidas del Capítulo VII adoptadas para hacer frente a una pandemia de las adoptadas en virtud de la RDP.

No obstante su menor letalidad, nadie puede dudar que la pandemia de COVID-19, por su alcance y magnitud no solo es comparable con el brote de ébola de 2014, sino que también es superior, al haber generado una crisis sin parangón en la historia de este mundo globalizado<sup>44</sup>. Una determinación

---

<sup>41</sup> PAVONE, Ilja Richard: op. cit., p. 304.

<sup>42</sup> Se trata de las resoluciones 1973 (2011), sobre Libia, y 1975 (2011), sobre Côte d'Ivoire, en las que autorizó el uso de la fuerza para proteger a la población civil, pero en las que solamente recordó la RDP de los Estados.

<sup>43</sup> PAVONE, Ilja Richard: op. cit., p. 324.

<sup>44</sup> V. GAVER, Craig D. y PERERA, Nishadee: "COVID-19 Symposium: Will the UN Security Council Act on COVID-19?", *Opinio Juris*, 4 de abril de 2020, <https://opiniojuris.org/2020/04/04/covid-19-symposium-will-the-un-security-council-act-on-covid-19/>

del CS en el mismo sentido no resultaría, entonces, exagerada<sup>45</sup>, y podría ser un mecanismo eficaz para dirigir una respuesta global coordinada<sup>46</sup>.

Sin embargo, la realidad muestra que, a más de seis meses de los primeros casos<sup>47</sup> y a más de tres de ser declarada la pandemia por la OMS<sup>48</sup>, el CS no solamente no está en condiciones de calificarla como una amenaza a la paz, sino que ni siquiera ha logrado consensuar un texto común para una posible resolución. No es el objeto del presente trabajo abordar las causas de la actual parálisis del CS<sup>49</sup>, pero resulta ilustrativo tener presente que casi el 38% de los casos, y más del 43% de las muertes<sup>50</sup>, se han producido en el territorio de los miembros permanentes, y que, mientras en 2014 la iniciativa de los Estados Unidos había sido decisiva para calificar al ébola como una amenaza a la paz, hoy cruza acusaciones con China y dirige sus críticas contra la OMS, que es la única organización internacional con competencias y capacidad de coordinar los esfuerzos mundiales al respecto.

---

<sup>45</sup> SVICEVIC, Marko: “COVID-19 as a Threat to International Peace and Security: What place for the UN Security Council?”, EJIL:Talk!, 27 de marzo de 2020 <https://www.ejiltalk.org/covid-19-as-a-threat-to-international-peace-and-security-what-place-for-the-un-security-council/>

<sup>46</sup> BERCHINSKI, Rob: “What the UN Security Council Can Do on Coronavirus: A Global Goods Coordination Mechanism”, Just Security, 24 de marzo de 2020, <https://www.justsecurity.org/69336/what-the-un-security-council-can-do-on-coronavirus-a-global-goods-coordination-mechanism/>

<sup>47</sup> La OMS fue informada de casos de neumonía de etiología desconocida el 31 de diciembre de 2019, [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10\\_4](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4)

<sup>48</sup> La pandemia fue declarada por el Director General de la OMS el 11 de marzo de 2020 (<https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>). Sin embargo, tiene mayor relevancia jurídica, en virtud del Reglamento Sanitario Internacional, la declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional, que se produjo el 30 de enero de 2020 ([https://www.who.int/es/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/es/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))).

<sup>49</sup> V., entre otros, MURPHY, Ash: “COVID-19 and the UN Security Council: Should We Expect an Intervention?”, ANZSIL Perspective, N°13 (mayo 2020), pp. 6-8.

<sup>50</sup> De acuerdo a los datos de la OMS ([https://www.who.int/redirect-pages/page/novel-coronavirus-\(covid-19\)-situation-dashboard](https://www.who.int/redirect-pages/page/novel-coronavirus-(covid-19)-situation-dashboard))

#### 4. Consideraciones finales

Según hemos visto, exceptuando los casos de dificultosa demostración en que la reacción de un Estado frente a una pandemia pueda implicar la comisión de crímenes atroces, la RDP no resulta una herramienta útil para luchar contra este tipo de amenazas. Sin embargo, llama la atención la poca invocación del concepto en el contexto de la actual crisis<sup>51</sup>, que no pensamos se deba tanto a la convicción de que las pandemias estén fuera de su ámbito material como al generalizado debilitamiento que está experimentando el concepto desde hace algunos años, cuestión que excede los límites de este breve comentario.

La anterior consideración, no obstante, no impide que, teóricamente, al menos, pueda recurrirse al CS para que este adopte medidas, puesto que ya existen antecedentes en que ha calificado a una pandemia como una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Sin embargo, una de las manifestaciones internacionales más singulares y vergonzosas –aunque tristemente no la única– de la pandemia de Covid-19 es la absoluta ausencia del CS<sup>52</sup>, paralizado por un enfrentamiento sin sentido entre las grandes potencias, que no han demostrado dotes de liderazgo frente a la crisis<sup>53</sup>.

Es por eso que creemos que el riesgo de confiar en el CS para gestionar crisis sanitarias internacionales radica, más que en la denominada “securitización” de la salud<sup>54</sup>, en la alta probabilidad de inacción del órgano, máxime en el actual contexto, en el que el CS actúa como en tiempos de la Guerra Fría<sup>55</sup>, sin parecer advertir que el mundo globalizado ya no es el mismo del siglo XX.

---

<sup>51</sup> No obstante algunas menciones incidentales; v. por ejemplo, POPOV, Vladimir: Global health care system after coronavirus: Who has responsibility to protect, <https://carleton.ca/vpopov/wp-content/uploads/GLOBAL-HEALTH-CARE-SYSTEM-AND-R2PMPRA.pdf>

<sup>52</sup> ARREDONDO, Ricardo: “La ausencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, Clarín, 15 de abril de 2020, [https://www.clarin.com/opinion/ausencia-consejo-seguridad-naciones-unidas\\_0\\_0XiPREUyg.html](https://www.clarin.com/opinion/ausencia-consejo-seguridad-naciones-unidas_0_0XiPREUyg.html)

<sup>53</sup> BRUNÉE, Jutta: “The UN’s relative silence speaks volumes about the U.S.’s failure to lead”, The Globe and Mail, 13 de abril de 2020, <https://www.theglobeandmail.com/opinion/article-the-uns-relative-silence-speaks-volumes-about-the-uss-failure-to/>

<sup>54</sup> V. BURCO, Gian Luca: “Ebola, the Security Council and the Securitization of Public Health”, 10 Questions of International Law, Vol. 10 (2014), pp. 27-39, pp. 30-31.; PAVONE, Ilja Richard: op. cit., p. 308 y ss.

<sup>55</sup> La última década ha visto más vetos (31) que el total de las dos anteriores sumadas (23).

Así, la cooperación multilateral en organismos de toma de decisiones más democráticos, como la OMS, más el liderazgo de la AG, no obstante la falta de obligatoriedad de sus decisiones, aparecen como la mejor –sino la única– alternativa en estos complejos tiempos de crisis, incluso pese a las críticas de líderes irresponsables.

# **INCIDENCIA DE LA PANDEMIA COVID-19 EN DERECHOS FUNDAMENTALES. LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES Y LA SEGURIDAD DE LOS ESTADOS. <sup>1</sup>**

CHRISTIAN G. SOMMER<sup>2</sup>.

MARÍA PILAR LLORENS.

OSCAR BENÍTEZ.

GUILLERMO COSTILLA.

## **1. Introducción**

A lo largo de la evolución de la sociedad, han existido hechos que han generado eventos que modifican el curso paulatino sobre el cual se vienen desarrollando los eventos y los comportamientos de los actores y sujetos internacionales. El año 2020 quedara marcado por uno de ellos y nos plantea nuevos desafíos para conocer cómo se desarrollarán las relaciones entre los Estados y los comportamientos de otros actores dentro de la comunidad internacional. La pandemia ha barrido pronósticos, infinidad de sesudos estudios de prospectiva hechos por organismos internos e internacionales, públicos y privados, sobre el mundo del porvenir. Como pasa con las quinielas, los expertos no tienen, a menudo, más posibilidades de acertar en estos análisis.

La expansión de la pandemia del virus COVID-19 ha puesto a los Estados y otros sujetos internacionales en una situación de emergencia de

---

<sup>1</sup> El presente trabajo refleja la colaboración de aportes de miembros de la Cátedra B de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, con las contribuciones del Dr. Christian G. Sommer; Dra. María Pilar Llorens, Mag. Oscar Benítez y Mag. Guillermo Costilla.

<sup>2</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Catedra "B" de Derecho Internacional Publico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

salud global, que posteriormente ha generado otras repercusiones en lo social, económico y sobre el abordaje de las restricciones de algunas libertades y respeto de derechos humanos.

Esta pandemia está impactando en la gestión de crisis de los Estados, pero también en cómo se han venido efectuando las relaciones internacionales entre éstos y los procesos de cooperación internacional. Hasta esta reciente realidad de crisis internacional, las normas internacionales existentes en la gestión de pandemias no conllevaban gran atención de la comunidad internacional y se reducían más bien al seno del trabajo de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de órganos regionales como la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

Cuando el proceso de expansión del virus se volvió pandemia, las primeras reflexiones sobre el origen y el manejo de la contención del virus se volcaron al país de su origen, China. Y con ellos las reflexiones sobre la posible responsabilidad internacional del Estado en los daños ocasionados y a ocasionarse en el resto del mundo<sup>3</sup>.

La parálisis de las Organizaciones Internacionales, fruto de las disputas geopolíticas de los actuales actores internacionales más relevantes, (Estados Unidos, China, La Unión Europea, y en menor medida Rusia) no han posibilitado medidas de acciones rápidas y coordinadas entre los Estados al momento de abordar en sus territorios esta pandemia. Más bien, primó el criterio de soberanía y el cierre de fronteras y la imposibilidad de movilidad humana para permitir la asistencia humanitaria y el derecho de retornos de millones de personas a sus lugares de origen.

Muestra de ello ha sido la inactividad del Consejo de Seguridad de la ONU, órgano que en anteriores crisis humanitarias ha tomado diversas medidas para paliar sus efectos y contribuir a la cooperación entre los Estados. Como se ha señalado, (...) *las Naciones Unidas todavía continúan empanatadas con las rivalidades en el Consejo de Seguridad, los desacuerdos y su capacidad relativa para solucionar problemas. La confianza total de algunos Estados en su poder e influencia, con su tendencia a actuar unilateralmente, es otra evidencia de la debilidad del orden internacional*

---

<sup>3</sup> PADDEU, Federica – JEP COTT, Freya. “COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility”. Disponible en: <https://www.ejiltalk.org/covid-19-and-defences-in-the-law-of-state-responsibility-part-i/>



*liberal. Esta pandemia ha dejado claramente sentado que el fracaso de estas políticas unilaterales*<sup>4</sup>.

Esto ha llevado también a plantearse las responsabilidades nacionales e internacionales a que pueden ser sometidos los Estados por el manejo inadecuado o no fijar políticas de salud y asistencia oportuna en sus territorios. Para esto, cabe preguntarse si los Estados podrían alegar eximiciones a la responsabilidad internacional, como es el requisito del estado de necesidad o la fuerza mayor previstos en la costumbre internacional y en diversos instrumentos internacionales bilaterales o multilaterales. Pero también a permitir avizorar como en la búsqueda de medicinas y vacunas que impidan o curen el virus, los principales Estados involucrados en la contienda por dominar el mercado de medicamentos han sido acusados por otros de emplear ciber espionaje y ataques contra sus instalaciones médicas y de investigación para acceder a datos que otros llevan adelante.

## **2. Una mirada desde el impacto en los derechos fundamentales.**

Un aspecto de relevancia en el abordaje del derecho internacional, son las normas que los Estados ha asumido a través de tratados y acuerdos en el respeto de los derechos humanos. En ese sentido, ninguna ley o política para combatir epidemias o pandemias puede ir en contra de los derechos de los ciudadanos o grupos vulnerables. El respeto de la dignidad inherente de las personas en la lucha contra el COVID-19 y de los derechos a la salud en condiciones de igualdad para todos, la no discriminación, entre otros, refuerzan aún más la responsabilidad y la transparencia del Estado y de otros agentes sociales.

La crisis sanitaria por el virus no solo ha puesto en evidencia los débiles sistemas de salud y gestión de riesgos de los Estados, sino también ha puesto en relieve la vulnerabilidad de muchos sectores de la sociedad. Si bien es cierto, existen grupos de personas que podrían verse más afectados, como son los adultos mayores; lo cierto es que los grupos llamados población de riesgo son mucho más extensos, como los migrantes, refugiados y apátridas, los pueblos indígenas, las mujeres en situaciones de violencia, minorías sexuales y el personal de la salud, entre otros.

---

<sup>4</sup> ARREDONDO, Ricardo. La ausencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Disponible en: [https://www.clarin.com/opinion/ausencia-consejo-seguridad-naciones-unidas\\_0\\_0XiPREUyg.html](https://www.clarin.com/opinion/ausencia-consejo-seguridad-naciones-unidas_0_0XiPREUyg.html)

Entre los instrumentos a nivel internacional, el sistema de ONU cuenta con normas que los Estados deben respetar atento los compromisos internacionales frente a estos grupos. Por una parte, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de ONU (PIDCyP), regula el estándar de protección al derecho a la vida y con ello, una interrelación con otros derechos humanos de carácter global. Cabe señalar los alcances de la Observación General n° 6 y las propuestas de Observación General n° 36 del Comité de Derechos Humanos sobre los alcances del artículo 6 del Pacto<sup>5</sup>.

La pandemia del COVID-19 no solo implica una amenaza a la vida de las personas físicas, sino conlleva el riesgo y la pérdida de otros derechos a los cuales los Estados deben bregar por proteger, como los vinculados a los riesgos en las condiciones de la salud, el mantenimiento de la actividad laboral de las personas, la falta de vivienda digna que permita un mejor resguardo frente al virus, los efectos económicos que está produciendo, las posibles restricciones a la libertad de expresión en cuando a poder difundir verazmente las acciones de los Estados y los datos de personas afectadas; la situación de vulnerabilidad.

En suma, esta pandemia pone en evidencia la potencialidad de las posibles violaciones a derechos que podrían ampliarse si los Estados y otros actores claves de la sociedad no contribuyen en forma cooperativa. Como lo señalara la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, la pandemia atenta contra el desarrollo de los Estados y genera situaciones de potenciales conflictos, marcando una

---

<sup>5</sup> Observación General núm. 6, sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida. 16° período de sesiones (1982) y su actual proceso de actualización interpretativo mediante propuesta de Observación General n° 36, (Proyecto aprobado en primera lectura en el 120° período de sesiones (3 a 28 de julio de 2017), donde se señalada que: *El deber de proteger la vida también implica que los Estados partes deben adoptar medidas adecuadas para abordar las condiciones generales en la sociedad que podrían terminar por suponer amenazas directas a la vida o impedir a las personas disfrutar de su derecho a la vida con dignidad (...). Entre las medidas requeridas para asegurar unas condiciones adecuadas que permitan proteger el derecho a la vida figuran, cuando fuere necesario, medidas a corto plazo destinadas a garantizar el acceso de las personas a bienes y servicios esenciales como la alimentación, el agua, el cobijo, la atención de la salud, la electricidad y el saneamiento, y medidas a largo plazo destinadas a promover y propiciar unas condiciones generales adecuadas, como el fortalecimiento de servicios de salud eficaces en casos de emergencia y operaciones de respuesta a emergencias (párr. 30).*

brecha entre países desarrollados y países en vías de desarrollo<sup>6</sup>. En igual sentido, otras posiciones de necesidad de resguardo de los impactos económicos en las personas y el desarrollo de los Estados fueron planteado por expertos independientes de la ONU ante el efecto de la pandemia, como es el ámbito de los compromisos de los Estados en el uso de recursos financieros que estaban destinados a pago de deuda externa<sup>7</sup>. Los posibles efectos dañinos sobre los derechos humanos son analizados para determinar, cómo el impacto de las crisis en la desigualdad y los derechos humanos depende, en gran medida, del sistema de protección social existente, así como del nivel de gasto público —que sirve como estabilizador durante las recesiones—, incluyendo la manera en la que este gasto público es financiado. Como señalara el experto, se espera que las consecuencias de la crisis que se avecina sean particularmente devastadoras desde una perspectiva de derechos humanos, si no se adoptan medidas especiales con urgencia para compensar las deficiencias del pasado y proteger a la población, prestando especial atención a lo/as más marginado/as y que viven en condiciones de vulnerabilidad<sup>8</sup>.

En lo que respecta al derecho a la salud, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de ONU (PIDESC), establece en su artículo 12, los derechos esenciales de la persona en el goce del más alto nivel posible de salud. En ese alcance, el Comité del Pacto ya ha fijado en diversas oportunidades las interpretaciones del artículo 12 tanto en su Observación General n° 14<sup>9</sup>, como en los alcances de las obligaciones

---

<sup>6</sup> ACNUDH. La pandemia del COVID-19 – Informe oficioso al Consejo de Derechos Humanos. Discurso de Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 9 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25785&LangID=S>

<sup>7</sup> BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. “COVID-19: Llamamiento urgente para una respuesta a la recesión económica desde los derechos humanos”. Informe independiente. 15 de abril de 2020. Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/20200414\\_IEDebt\\_urgent\\_appeal\\_COVID19\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/20200414_IEDebt_urgent_appeal_COVID19_sp.pdf)

<sup>8</sup> Ibidem, pág. 6.

<sup>9</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 14, párrafo 16, sobre El derecho a la prevención y el tratamiento de enfermedades, y la lucha contra ellas, E/C.12/2000/4, CESCR. 11 de agosto de 2000.

La Observación general N° 14, párrafo 43, literal f, sobre El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), referente a Obligaciones básicas, expresa que los Estados están obligados a: “f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.

generales de los Estados en el marco del PDESC ( Observación General n° 3)<sup>10</sup>. En ese contexto la Observación General n° 14 indica la relevancia de un acceso igualitario a la atención de salud sin contextos de discriminación. Los Estados deben adoptar medidas y legislaciones acordes a unas adecuadas políticas públicas sanitarias, pero son que ello conlleve obstáculos de índole programático de acceso al goce del derecho. El derecho a la salud en cuanto al alcance de no discriminación, trato igualitario, la obligación del Estado de tomar medidas específicas de acceso a la salud, no conllevan tipo alguno de programatividad. Y en el caso de aquellas obligaciones estatales de índole programado, no deberían ser incompatible con estándares de plazo razonables.

Además de los alcances del artículo 12 del PDESC, otros ámbitos de ONU, como los lineamientos del Mecanismo Especial para el “goce del más alto nivel posible de salud”, aportan sus consideraciones. Tanto Desde lo previsto desde 2002, este mecanismo especial, a través de una serie de Resoluciones (6/29 del 2007; 15/22 del 2010; 24/6 del 2013 y 33/9 del 2016) de su Relator, nos indican la necesidad de prácticas estatales en línea de garantía de derecho a la salud de carácter inclusivo, en el sentido de un cuidado oportuno y apropiado. Entendiendo ese goce de derecho a la salud, como el acceso al agua potable, infraestructura básica de saneamiento cloacal, condiciones laborales dignas y seguras, acceso a la educación e información y de gozar de un ambiente sano.

En aspectos propios del derecho a la salud, el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Protocolo de San Salvador) consagra expresamente este derecho en su artículo 10 por lo que los Estados deben reconocer a la salud como un bien público y adoptar medidas para garantizar este derecho. Estas medidas van desde la garantía de atención primaria de salud al alcance de todas las personas, la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Es-

---

<sup>10</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación Gral n° 3: “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (pár. 1 del art. 2 del Pacto): 14/12/90”, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 11: “[...] aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aun, de ninguna manera se elimina, como resultado de la limitación de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción”.

tado, la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, así como la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables. A su vez como ha sido señalado en un documento reciente de la Secretaría General de la OEA, conjuntamente con los derechos consagrados en los Tratados americanos de derechos humanos, cabe recordar lo previsto por la *Carta Social de las Américas y su Plan de Acción*. Estos documentos reafirman que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin discriminación. En ambos documentos, los Estados miembros de la OEA reconocen que el derecho a la salud es una condición fundamental para la inclusión y cohesión social, el desarrollo integral, y el crecimiento económico con equidad, por un lado, pero priorizan la integralidad al abordarlas otras facetas de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, tales como el derecho a la alimentación, a la vivienda, al empleo y seguridad social, entre otros derechos que también se han visto afectados en el marco de esta pandemia<sup>11</sup>. A la vez, los Estados americanos, están obligados jurídicamente, a adoptar medidas económicas y técnicas (obligación de hacer) por “todos los medios apropiados” para lograr “en forma progresiva” la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

Las normas de derechos humanos también reconocen que en el contexto de serias amenazas a la salud pública y emergencias públicas que pongan en peligro la vida de una nación, las restricciones a algunos derechos pueden justificarse siempre y cuando tengan una base legal, sean estrictamente necesarias según evidencias científicas y no sean arbitrarias ni discriminatorias en su aplicación, sean de duración limitada, respeten la dignidad humana, estén sujetas a revisión y sean proporcionales para lograr su objetivo.

De acuerdo con el PIDCP, los Estados podrían aplicar restricciones en contextos de situaciones de emergencias. El artículo 4 del Pacto especifica una serie de circunstancias para su aplicación<sup>12</sup>. Los *Principios de Siracusa*

---

<sup>11</sup> OEA. “Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el COVID-19 en las Américas”. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/GUIA\\_SPA.pdf](http://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/GUIA_SPA.pdf)

<sup>12</sup> Artículo 4.1: En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente

sobre la Limitación y Excepción de las Disposiciones en el PIDCP<sup>13</sup>, prescriben que dichas limitaciones conllevan algunas condiciones: (i) Ninguna limitación a un derecho reconocido por el Pacto será discriminatoria; (ii) cualquier limitación debe responder a una necesidad pública o social apremiante, perseguir un objetivo legítimo y ser proporcional a ese objetivo; (iii) los estados no deben utilizar medios más restrictivos que los necesarios para lograr el propósito de la limitación (iv) la carga de justificar una limitación sobre un derecho garantizado bajo el Pacto recae en el estado; y (v) toda limitación impuesta estará sujeta a la posibilidad de impugnar y corregir su aplicación abusiva. En el contexto de las limitaciones de los derechos para proteger la salud pública, los Principios de Siracusa reiteran que estas “medidas deben estar dirigidas específicamente a prevenir enfermedades o lesiones o brindar atención a los enfermos y heridos”. Dichas restricciones de derechos en contextos de emergencia, deben ser de duración limitada, sujetos a revisión, y se debe adoptar la alternativa menos restrictiva cuando haya varios tipos de limitaciones disponibles. Cuando se implementen medidas de cuarentena y aislamiento, deben realizarse de manera segura y respetuosa, y teniendo en cuenta los riesgos que plantean para el pleno disfrute de los derechos humanos. Para mejorar la confianza y la cooperación de las personas, respetar el derecho a la dignidad y darles el mayor control posible sobre sus vidas, cualquier medida que restrinja la libertad de movimiento debe ser voluntaria siempre que sea posible. Si es necesario imponer un sistema de cuarentena, el gobierno tiene la obligación de proporcionarlo y llevarlo a cabo de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos pertinentes, en particular para garantizar condiciones humanas para las personas sujetas a tales medidas, e instalar una evaluación efectiva y sistemas de revisión. Deben respetarse y protegerse los derechos de las personas en cuarentena, y deben satisfacerse las necesidades básicas de las personas, incluido el alojamiento adecuado, alimentos, agua y saneamiento. Estos principios deben aplicarse a todas las decisiones de los estados de

---

Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

<sup>13</sup> *Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nota verbal de fecha 24 de agosto de 1984 enviada al Secretario General por el Re presentante Permanente de los Países Bajos ante la oficina de Naciones Unidas en Ginebra.

imponer cuarentenas y otras limitaciones a la libertad de movimiento, en respuesta a la propagación de Covid-19.

Por su parte en el sistema interamericano, las restricciones de derecho, (como podría ser en el marco de situaciones de emergencia) están plasmadas en los alcances del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que “(...) el análisis jurídico del citado artículo 27 y de la función que cumple debe partir de la consideración de que es un precepto concebido sólo para situaciones excepcionales. Se aplica únicamente “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte”. Aun entonces, autoriza solamente la suspensión de ciertos derechos y libertades, y ello “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. Las disposiciones que se adopten, además, no deben violar otras obligaciones internacionales del Estado Parte, ni deben entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”<sup>14</sup>.

La Convención Americana de Derechos Humanos, cuya mayor virtud es el carácter convencional para la protección de los derechos en el continente americano, además de reconocerlos, en su artículo 27.1 fija las condiciones para la declaración del estado de emergencia, estableciendo supuestos tácticos de situaciones extraordinarias. Cabe señalar que la normativa internacional tiene como pauta de aplicación las obligaciones asumidas por los Estados en el respeto de la dignidad de la persona, (sean nacionales o extranjeros y dentro de éstos, aunque se encuentren en situación irregular en el territorio). En recientes declaraciones, la Comisión IDH ha señalado que, respecto a los estados de excepción, los Estados no pueden utilizar esta figura de manera genérica, sin antes justificar de manera estricta la existencia de una situación de emergencia excepcional. Por ende, la declaración de estado de emergencia excepcional para hacer frente a la dispersión de la pandemia del coronavirus, no debe utilizarse para suprimir un catálogo indeterminado de derechos o ad infinitum, ni para justificar actuaciones contrarias al derecho internacional por parte de agentes estatales, por ejemplo, el uso arbitrario de la fuerza o la supresión del derecho de acceso a la

---

<sup>14</sup> Corte IDH. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8. Párr. 18.

justicia para personas que sean víctimas de violaciones a derechos humanos en el contexto actual<sup>15</sup>.

Uno de los ámbitos sobre situaciones de vulnerabilidad lo puede constituir las situaciones de movilidad humana y las restricciones impuestas por los Estados a salir y retornar a sus países. Y particularmente los grupos migrantes y desplazados. En este sentido, bajo los estándares internacionales fijados por la Comisión IDH sobre personas en contexto de movilidad humana, el organismo regional ha instado también en la resolución anteriormente mencionada, a los Estados a observar rigurosamente las necesidades de protección especial de las poblaciones que se ven forzadas a desplazarse a raíz de la violencia, persecución y grave amenaza a sus vidas e integridad personal, respetar el principio de no-devolución y a preservar el superior interés de niños, niñas y adolescentes y la unidad familiar de las personas en situación de movilidad. Asimismo, instó a los Estados a garantizar el derecho de regreso de sus nacionales que lo deseen, ante las barreras sanitarias y acciones de cierre de fronteras tomadas.

La gestión y protección de la migración y el desplazamiento imponen un mayor riesgo e impactos desproporcionados durante una emergencia internacional en salud, debido a asimetrías sociales y económicas, la existencia de barreras lingüísticas, así como de acceso a servicios de salud, incluyendo el temor de acceder a estos servicios por la incidencia de controles migratorios abusivos. Tales factores producen patrones de exclusión y vulneración de derechos que ameritan la atención especial de los Estados. Al respecto, la Comisión IDH ha sostenido que, de acuerdo a lo establecido en sus *Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas*, los Estados deben proporcionarles condiciones para un nivel de vida adecuado y compatible con la dignidad de la persona humana, y prevenir aquellas que dificulten o impidan el goce de los derechos a la salud, al saneamiento ambiental, así como a los servicios sociales básicos, como parte de su derecho inherente a la vida, incluido el respeto de su dignidad y su integridad sexual, psíquica y moral, cualquiera que sea su situación migratoria o lugar de origen. Además, incumbe a los Estados, como parte de sus obligaciones de protección de los derechos humanos de todas las personas en su territorio y bajo su jurisdicción, proveer las condiciones

---

<sup>15</sup> Comisión IDH. Resolución 1/20 denominada “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”. Adoptada el 10 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>



para que puedan disfrutar de los más altos niveles posibles de salud física y mental, proporcionados por la misma atención médica brindada a sus nacionales, así como los bonos, ayuda financiera y otros mecanismos de protección interna.

Por su parte, el órgano jurisdiccional del sistema interamericano ha indicado las obligaciones de los Estados en situaciones de vulnerabilidad en contexto de migración y sus afectaciones al derecho igualitario a la salud básica, sin discriminación en razón de su estatus migratorio. La Corte IDH ha señalado oportunamente que la atención médica en casos de emergencias debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación irregular, por lo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables. En este sentido, el Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos, en especial a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación por las condiciones prohibidas en el artículo 1.1 de la Convención<sup>16</sup>. Es decir, los Estados comprometidos con el Estado de Derecho y sus compromisos internacionales deben velar por tales responsabilidades.

### **3. El rol de la Organización Mundial de la Salud en el marco del COVID 19**

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en función de sus fines está llamada a cumplir un rol importante en materia de sanidad internacional como responsable de liderar a nivel mundial los asuntos relacionados con la salud, establecer normas sanitarias, formular opciones políticas sobre la base de la experiencia, ofrecer apoyo técnico a los países y supervisar y evaluar las tendencias en materia de salud. Cuando de epidemias o pandemias se trata, la OMS, ha cumplido su rol con la aparición del virus SARS en el año 2003, el H1N1 en el 2009, y el brote del Ebola en África occidental el año 2015 entre otros, con resultados más o menos efectivos. Sin embargo, durante la pandemia del COVID-19, la organización se ha constituido en el blanco de críticas y cuestionamientos más que de apoyos por partes de los distintos gobiernos nacionales. Líderes mundiales se

---

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251. Párr. 108.

pronunciaron criticando el accionar de la organización, cuestionándola de un mal manejo de la crisis, de haber declarado tardíamente el estado de pandemia, de desoír y ocultar información, llegando algunos gobiernos a expresar que retiraran el apoyo financiero y solicitando someter a la organización a un proceso de investigación interna en el manejo de la crisis, el que finalmente fue aprobado.

A continuación, ilustraremos el rol de la organización en el contexto inicial de la pandemia desatada por el COVID-19, explicado ello desde sus particularidades propias. Entre esas particularidades de la OMS, no referiremos al alcance normativo de sus resoluciones; a la cuota de poder simbólico que la misma ejerce como autoridad mundial en cuestiones de salud; también a su especial modo de financiamiento y las consecuentes tensiones políticas entre sus miembros en el juego por la distribución de poder todo lo cual terminan politizando una organización que en su esencia lo es cooperación científica y técnica.

La cooperación internacional en el campo sanitario fue una de las primeras cuestiones que se consideraron necesarias reglamentar y desde mediados del siglo XIX, comenzaron a celebrarse las Conferencias Sanitarias Mundiales, siendo la primera de ellas la de París en 1861, en la cual se adoptó un reglamento internacional sobre los sistemas de la cuarentena en caso de epidemia y el reglamento de lazaretos para el Mediterráneo. En 1903 se aprueba la Convención General sobre la Cuarentena y en 1907 se institucionaliza la Oficina Internacional de Higiene Pública, que agrupaba 55 Estados y que estuvo dotada de un Comité permanente con sede en París. Tras la creación de la Sociedad de las Naciones (SDN) en 1919, ésta promovió la cooperación internacional en materia de prevención y control de las enfermedades, creando en función del artículo 23 inc a) y f) del Pacto de la SDN, la Organización de Higiene integrada por Comité Consultivo, un Comité de Higiene y un Secretariado<sup>17</sup>. Luego de la segunda Guerra Mundial, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social convoca a la Conferencia Mundial sobre Sanidad que se celebra en Nueva York con la participación de 74 Estados y de otros observadores internacionales. En esta Conferencia se adoptó el Proyecto de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946),

---

<sup>17</sup> DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Las organizaciones internacionales*. 14° Ed. Tecnos. 2007, Madrid, España.

entrando en vigencia el 7 de abril 1948, y convirtiéndose en organismo especializado de N.U.<sup>18</sup>

El texto constitutivo de la OMS fue enmendado en varias oportunidades y a la fecha cuenta con 196 Estados miembros más los “Miembros Asociados”<sup>19</sup> lo que la convierte en una organización altamente representativa y con legitimidad y autoridad suficiente, para ejercer el rol que tiene encomendado en materia de sanidad global.

De acuerdo a su Constitución, la finalidad de la organización es de alcanzar para todo los pueblos el más alto grado posible de salud (art. 1) para lo cual se le han asignado las funciones de armonizar las actividades sanitarias mundiales y la codificación universal de las enfermedades y los medicamentos necesarios para combatirlas; la adopción de medidas sanitarias de emergencia para hacer frente a situaciones de epidemia, o en pro de prevención de enfermedades endémicas; la erradicación de enfermedades a nivel mundial; la asistencia en materia sanitaria a los países en vías de desarrollo o a las comunidades que enfrentan condiciones graves en materia de salubridad y evaluar los medicamentos y velar por su elaboración y utilización adecuada, para una correcta y más justa distribución de la farmacología (art. 2).

La OMS está gestionada por tres órganos principales, uno de ellos es la Secretaría integrada por los Directores Generales encabezada actualmente por Tedros Adhanom. El órgano plenario es la Asamblea Mundial de la Salud, integradas por especialistas en salubridad pública de los Estados miembros. Este órgano es el responsable de determinar la política general, instruir sobre asuntos en los que haya que tomar medidas, dirigir investigaciones (art. 18) y adoptar reglamentos sobre temas en su competencia como “requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades” y, además designa a los Directores Generales. El tercer órgano es el Consejo Ejecutivo que, como órgano ejecutivo de la Asamblea da efecto a las decisiones tomadas por la misma (art. 28), pudiendo tomar medidas de emergencia, o autorizar al Director General para que lo haga en diversas situaciones, desde

---

<sup>18</sup> La OMS es una organización descentralizada, si bien su sede está en Ginebra, cuenta con 145 oficinas distribuidas en distintos Estados y seis oficinas regionales, en Brazzaville, Washington, El Cairo, Copenhague Nueva Delhi y Manila.

<sup>19</sup> Se consideran Miembros Asociados aquellos territorios o grupos de territorios que no son responsables de la dirección de sus relaciones exteriores, y son presentados a la OMS por el Estado miembro responsable de los mismos.

epidemias al socorro sanitario de víctimas. El Consejo podrá disponer la creación de Comités que la Asamblea le indique y, por iniciativa propia a propuesta del Director General podrá establecer cualquier otro comité que considere conveniente para atender a todo propósito que esté dentro de la competencia de la organización (art. 30).

### *3.1. Las resoluciones de la OMS y su obligatoriedad*

Como hemos expresado, la OMS se constituye en la autoridad internacional para impulsar el fortalecimiento de los sistemas de salud cuando la iniciativa no es abordada directamente por los Estados miembros. Por lo tanto, la organización, es generadora de reglamentos internacionales jurídicamente vinculantes, necesarios para dar respuesta ante una pandemia, proporcionando además asistencia técnica a los Estados.

Para comprender el disímil acatamiento a la normativa y recomendaciones de la OMS por parte de los gobiernos para afrontar la pandemia del Covid-19, es necesario destacar el alcance de tales las resoluciones. La OMS tiene un poder normativo de distinto rango que va desde tratados jurídicamente vinculantes hasta recomendaciones que técnicamente carecen de obligatoriedad.

Expresa el artículo 22 de la Constitución de la OMS, que las decisiones al igual que las demás resoluciones entrarán en vigor para todos los Miembros desde que se haya dado aviso de su adopción por la Asamblea de la Salud excepto para aquellos Miembros que comuniquen al Director General que las rechazan o hacen reservas dentro del periodo fijado en el aviso. Es decir que las resoluciones de la OMS resultan obligatorias para todos los Estados miembros desde su adopción sin necesidad de ratificación, y solo se necesitará una manifestación expresa del Estado si es que decide rechazarla o formular alguna reserva.

Pudimos observar que desde el inicio de la pandemia, la OMS se ha expedido casi a diario a través de las denominadas “recomendaciones” que están siendo elaboradas con el fin de prevenir y controlar la expansión del COVID-19. Estas recomendaciones – no necesariamente las formuladas en esta situación de emergencia - carecen de obligatoriedad, tienen su base en los compromisos estatales y cada Estado debe adaptarlas a su realidad, por lo que se ha calificado al conjunto de esta normativa como *soft law* (Ber-

trand y Garrido, 2020)<sup>20</sup>. No obstante, es necesario resaltar que, la mayoría de los países siguen y fundan sus decisiones en materia de salud pública en estas recomendaciones de la OMS. Entonces nos preguntamos ¿a qué debe ese alto acatamiento?, La respuesta no la encontraremos en el poder normativo, sino que en la cuota de poder simbólico de la organización. Esto significa que, sus recomendaciones a pesar de carecer de obligatoriedad jurídica, constituyen una importante fuente de *soft law*, con gran peso moral y político, y porque se reconoce en la OMS la autoridad para ello y la debida legitimación a la hora de decidir qué es una enfermedad o no, o cuáles son sus causas y eventuales respuestas (Burgos Silva, 2019)<sup>21</sup>.

La OMS junto a un contado grupo organizaciones o programas internacionales cuentan con ese poder simbólico que se traduce en el reconocimiento de la capacidad de decir lo que se juzga aceptable en beneficio de la humanidad y en pos a un bienestar general de la sociedad. Ahora bien, ese poder simbólico que la organización fue acrecentando a lo largo de sus 72 años de historia, resultó notablemente cuestionado a partir de la crisis sanitaria generada por el COVID-19. Al respecto, surgieron voces críticas en relación a la organización, y además varios Estados hicieron caso omiso a sus recomendaciones, adoptando sus propios protocolos para enfrentar la pandemia. Ese poder simbólico también se vio afectado, como veremos a continuación, por la alta politización de la organización durante su gestión de la crisis sanitaria.

Más allá de las resoluciones y las recomendaciones, existe en el ámbito de la OMS otra categoría de normas directamente vinculante a los Estados, como lo es Reglamento Sanitario Internacional (RSI) del año 2005, el cual es un verdadero tratado internacional que está en vigencia desde junio de 2007 y resulta vinculante para los 196 Estados partes, es decir para todos los miembros de la organización. El RSI tiene como objetivo el abordaje, la preparación mundial y la respuesta a las pandemias, siendo un punto esencial la integración del RSI en los sistemas de salud nacionales, así como la coordinación y la información de éstos con la organización con el fin de garantizar la eficacia de la respuesta multilateral durante las pandemias.

---

<sup>20</sup> BERTRAND, Milenko y GARRIDO Nicolas. *El reto de no subestimar a la OMS*. (2020, 27 abril) <https://www.latercera.com/opinion/noticia/el-reto-de-no-subestimar-a-la-oms/>

<sup>21</sup> BURGOS Silva, G. *Las Organizaciones Internacionales y sus Recursos de Poder. Una propuesta analítica*. Estudios Políticos N° 54, enero – abril 2019 pp 149-175. Universidad de Antioquia (Colombia).

El RSI es un acuerdo jurídicamente obligatorio para la protección y la gestión de las amenazas de enfermedades y constituye un marco para la respuesta colectiva a las amenazas que afectan a uno o más países, o a eventos de salud pública de importancia mundial como es el caso de la actual pandemia del COVID-19. El art. 12 del RSI establece el mecanismo para la declaración de una *emergencia de salud pública de importancia internacional* (EPSII), siendo tal declaración una responsabilidad del Director General previa información que reciba del Estado parte en cuyo territorio se esté produciendo el evento. El Estado parte y el Director General se podrán poner de acuerdo con esta determinación y se solicitará la opinión del Comité de Emergencia. Una vez declarado el estado de emergencia sanitaria (lo que puede ocurrir aún con la falta de acuerdo del Estado afectado), se dará marcha el procedimiento establecido en el art. 49 del RSI, que en definitiva, tras consultas y evaluaciones hará que el Director General informe a los demás Estados las conclusiones de la declaración de emergencia de importancia internacional, las medidas adoptadas por el Estado parte en cuyo territorio se produce el evento, la adopción de medidas temporales, sus prórrogas y anulaciones junto con la opinión del Comité de Emergencia.

Con la aparición del COVID-19 y a partir del mes de enero de 2020, la OMS ha recurrido al mecanismo obligatorio del RSI para declarar la situación de emergencia, y en forma contemporánea ha recurrido a las recomendaciones para los Estados, las que tuvieron distinto grado de acatamiento.

Sumados todos estos instrumentos jurídicos, los procedimientos especiales previstos en el RSI, el reconocimiento como autoridad sanitaria mundial, la legitimidad de la organización y la experiencia en la gestión de las epidemias del SARS, el H1N1, y la contención de brote de ébola, resultaba altamente probable que la OMS pudiera prevenir y gestionar la actual pandemia. Pero ello no ocurrió del modo previsto como lo veremos en título siguiente, pues reacciones tardías, inconsistencia de las recomendaciones, pujas políticas entre sus miembros atentaron contra eficacia en el manejo de la crisis.

### *3.2. La gestión de la pandemia del COVID-19 y los conflictos que han surgido*

El 31 de diciembre de 2019 la Comisión Municipal de Salud de Wuhan (China) notifica un conglomerado de casos de neumonía en la ciudad, para luego dar a conocer la existencia de una nueva versión de coronavirus. Frente a ello, la OMS establece el Equipo de Apoyo a la Gestión de Inci-

dentes y pone así a la Organización en estado de emergencia para abordar el brote. El 5 de enero publica su primer parte sobre brotes epidémicos relativo al nuevo virus, consistente en una publicación técnica de referencia para la comunidad científica y de la salud pública mundial y a los medios de comunicación, evaluando riesgos y formulando recomendaciones. Días después la organización formula recomendaciones técnicas para todos los países sobre el modo de detectar casos, realizar pruebas de laboratorio y gestionar los posibles casos. El 13 de enero se confirma oficialmente un caso de COVID-19 en Tailandia siendo el primero registrado fuera de China y tras unas visitas de Expertos de la oficina de la OMS en China y de la Oficina Regional para el Pacífico Occidental a la zona de Wuhan, el Director General de la OMS convoca al Comité de Emergencia para evaluar si el brote constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional (RPSII), sin lograr el consenso necesario para tal declaración. A continuación, el propio Director General encabeza una misión a Beijing, para convocar nuevamente, el 30 de enero de 2020, al Comité de Emergencias y el 3 de febrero se publica el Plan Estratégico de Preparación y Respuesta de la comunidad internacional. Finalmente, el 11 de marzo, se declara la existencia de una pandemia, que rápidamente se expandió por el mundo entero, siendo los principales países afectados por el número de infectados y víctimas fatales, Italia, España, Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos y Brasil.

Destaquemos a continuación algunos acontecimientos que dentro de algún tiempo permitirán efectuar una valoración de la gestión de la pandemia por parte de la OMS. En *primer* lugar, habrá que analizar su comportamiento al momento de la aparición del virus. Si bien recurrió a diversos mecanismos comunicacionales para informar a la población mundial respecto a los síntomas del COVID-19 y sus correspondientes protocolos, no ha sido del todo eficiente a la hora de combatir la gran desinformación sobre los síntomas, sobre los modos de transmisión, el periodo de incubación del virus, tiempos de cuarentena, la transmisión por asintomáticos, etc., siendo por ello, que ante tal grado de incertidumbre, los Estados comenzaron a tomar medidas gubernamentales propias por lo general descoordinadas aún entre Estados vecinos. En esta actuación inicial también se le cuestionará el papel desempeñado en materia de prevención y adopción de medidas para evitar la propagación del virus. En este sentido se le atribuye responsabilidad a la OMS por no haber escuchado a las autoridades de Taiwán cuando intentaron alertar de la situación que se presentaba a fines del 2019 en China, particularmente en Wuhan. La organización no brindó respuesta

alguna más allá de la inexistencia de una obligación legal de hacerlo<sup>22</sup> en relación al informante que no es un Estado miembro de la organización y que tampoco es reconocido como Estado, pero esa circunstancia no le hubiera impedido advertir de la situación a la comunidad internacional.

En *segundo* lugar, se la valorará en función de las medidas adoptadas luego de desatada la crisis sanitaria. En este aspecto resulta criticable el momento en el cual se declaró al COVID-19 como “pandemia” (11 marzo), demasiado tarde si consideramos que a esa fecha ya se habían presentado casos de coronavirus tanto en Asia como en Europa y lo cual da lugar a preguntarnos si se consideraron las implicancias políticas que esa declaración podía traer consigo antes de efectivizarla. Por otra parte es posible atribuirle a la organización un funcionamiento aceptable, sobre todo en la elaboración de protocolos de salud y su respectiva difusión aunque la carencia de claridad y uniformidad de tales recomendaciones repercutió directamente en distinto grado de cumplimiento por parte de los Estados<sup>23</sup>. Por ese mismo motivo, la lucha contra la pandemia se vio dificultada en tanto la decisión y la manera de llevar a cabo las cuarentenas dentro de cada país dependieron, en última instancia, de cada gobierno, así EE.UU, México o Brasil se negaron desde un principio a adoptar mecanismos de cuarentenas, otros lo hicieron tardíamente y, salvo Gran Bretaña, los países de Europa occidental, fueron más receptivos a las recomendaciones de la organización. En otros como Argentina se adoptó una estricta y prolongada cuarentena.

Un *tercer* aspecto a analizar es el alto grado de politización al que se vio sometida la OMS durante este periodo. La politización es definida como “una transferencia de intereses a escala internacional y la expansión del conflicto entre varios actores de naturaleza diversa, así como sus efectos en la toma de decisiones de la organización en relación a uno o varios

---

<sup>22</sup> La República Popular de China al ratificar el RSI de 2005 declara que el Reglamento se aplicará al territorio de la República Popular de China incluyendo la Región Administrativa Especial de Hong Kong, de Macao y la provincia de Taiwán.

<sup>23</sup> En materia de protocolos y recomendación se presentaron recurrentes inconsistencias, en particular para conseguir uniformidad normativa en lo que hace a las recomendaciones y procedimientos sanitarios. Llamativo el hecho acontecido con la utilización de las mascarillas inicialmente solo recomendado para el personal sanitarios y luego el cambio en la recomendación para su uso generalizado por la población. Estos son hechos relevantes que da lugar a que cada vez haya más posturas escépticas sobre el liderazgo de esta organización durante este período de pandemia.



problemas”<sup>24</sup>. Esa politización es resultado de la interacción entre las organizaciones internacionales con otros actores políticos como los Estados (en relación a la distribución del poder), con la sociedad civil (en relación a la imposición de la agenda) y la opinión pública internacional (marcando los tiempos y la intensidad de la agenda). No hay duda que en la gestión de la pandemia se ha presenciado una lucha por la distribución de poder en el seno de la organización con actores relevantes como EE.UU. y China. Por su parte Japón ha denunciado la influencia de China en el organismo, mientras que la Unión Europea también se ha mostrado escéptica frente a la gestión del organismo.

Los EEUU han sido históricamente el principal sostén económico de las burocracias de la mayoría de la Organizaciones Internacionales de los sistemas onusianos e interamericano. No escapa a esta lógica la OMS, en donde los EEUU aportaba el veinte por ciento (20%) de su presupuesto. No se trata de una simple liberalidad de la potencia americana, por el contrario la contraprestación está vinculada a las tensiones y manejos de la política internacional, que conduce a la igualdad de los iguales, en la que los EEUU no se parecía a nadie y por tanto imponía su criterio haciendo concesiones al grupo de Estados afines, esto se vio alterado por dos hechos relevantes, en primer lugar el posicionamiento de China como un actor que pretende establecerse a la par de los EEUU en los espacios de poder y el segundo, la conclusión de la gestión Obama y el advenimiento de Trump como presidente de los EEUU que progresivamente se ha ido relegando su protagonismo en las instituciones multilaterales.

Con el fin de la gestión Obama concluyó la diplomacia convencional con los Estados afines, el Presidente Trump comenzó a tomar decisiones inconsultas y amenazar con consecuencias si no se actuaba conforme a su interés. La pandemia puso en el centro de atención a la OMS acusada de actuar parcialmente en perjuicio de los EEUU y en beneficio de China. A las amenazas siguió la toma de medidas por los EEUU que decidió suspender los aportes económicos a la Organización. Donald Trump acusó a la OMS de ser *una marioneta de China*, reiterando sus críticas sobre la gestión de esa agencia de la ONU frente a la pandemia. *No estoy contento con la Organización Mundial de la Salud*, declaró el mandatario desde la Casa Blanca. Alex Azar, Secretario de Salud de los EEUU, sostuvo que el

---

<sup>24</sup> MUÑOZ, Luz y VILANOVA, Pere. “La politización de las organizaciones internacionales como proceso: Una aproximación conceptual a sus determinantes y dinámicas”. *Revista Española de Ciencia Política*. N° 40 marzo de 2016 pp. 139-160.

virus se había salido de control debido a las fallas de la OMS: *Hubo un fracaso de esta organización para obtener la información que el mundo necesitaba, y ese fracaso costó muchas vidas. Agregó: En un aparente intento de ocultar este brote, al menos un Estado miembro se burló de sus obligaciones de transparencia, con enormes costos para todo el mundo sin señalar directamente a China*<sup>25</sup>.

En represalia los EEUU insistió con la participación de Taiwán como observador, que había logrado un total éxito con la pandemia y sin embargo, fue completamente excluida e ignorada por la Organización, para Washington la *exclusión de Taiwán*, y afirmó que *atenta aún más contra la credibilidad* de la OMS. Para China es la más importante de sus políticas de Estado.

El problema presupuestario provocado por el retiro de los EEUU no es menor, la OMS debe evitar colaboraciones indirectas arregladas por terceras partes actuando como intermediarios entre la OMS y empresas comerciales<sup>26</sup>, los fondos no deben ser buscados ni aceptados de empresas comerciales que tengan interés comercial directo en el resultado del proyecto y esa precaución debe tenerse aun cuando el interés sea indirecto. Las contribuciones de empresas comerciales deben ser reconocidas. En una oportunidad las necesidades financieras de la división de salud mental de la OMS la acercaron más de lo deseable a la industria de la droga, Day narra lo difícil que fue realizar una publicación sobre la malaria, *es muy difícil encontrar a alguien completamente libre de la industria farmacéutica, ... el grupo de investigación de la enfermedad tropical de la OMS había desarrollado el tratamiento conjuntamente con GLAXO, pero GLAXO no estaba feliz con lo que se quería publicar, lo que motivó que la publicación se realice con una demora de un año en medio de mucha presión y cabildos*<sup>27</sup>. Este es un ejemplo de cuan tortuoso es trabajar con dinero de las industrias farmacéuticas.

---

<sup>25</sup> Fuentes Fernando, *OMS promete investigación independiente sobre el coronavirus y Trump la acusa de ser "marioneta de China* en <https://www.latercera.com/mundo/noticia/oms-promete-investigacion-independiente-y-trump-la-acusa-de-ser-marioneta-de-china/UONNK7MAGVD5HF53WEYZC3AOZI/>.

<sup>26</sup> Párrafo 12 de las directrices sobre Interacciones con Empresas Comerciales de la OMS.

<sup>27</sup> DAY, Michael. "Who's Funding WHO?", en *BMJ: British Medical Journal*, vol. 334, no. 7589, 2007, pp. 338–340. *JSTOR*, [www.jstor.org/stable/20506402](http://www.jstor.org/stable/20506402). Accessed 19 May 2020.

Esta es la razón de la importancia del aporte de los Estados lo que se ve exacerbado en estos tiempos donde la pandemia trastocó el ya endeble orden mundial en donde se espera la peor recesión de la historia.

Veremos que la Organización ha sufrido ya sinsabores en su corta historia. En 1967 el cirujano general de los EEUU William Stewart sostuvo que ha llegado el tiempo de cerrar el libro de las enfermedades infecciosas<sup>28</sup>, sin embargo, vendría el HIV y nuevos desafíos que requirieron de la cooperación internacional y que conducirían a reformas. A partir de entonces aparecería en China el SARS (Severe acute respiratory síndrome) y que motivase la primera oportunidad en que China ocultaría información relevante para el combate contra esa enfermedad. El reconocimiento de esta situación llevó a que el Presidente Hu Jintao y el Premier Wen Jiabao ordenaran a los hospitales que informen de manera precisa y transparente los casos de SARS.

Ya en ese momento se demostró que los sistemas de vigilancia y respuesta existentes eran inadecuados estimulando la revisión de las regulaciones sanitarias internacionales (IHF de International Health Regulations).

Igualmente los Estados en vías de desarrollo tienen una profunda desconfianza de sus pares desarrollados que conduce a que no compartan información, de hecho apenas un año después de la adopción de las IHR Indonesia se rehusó a compartir muestras de otra variedad de influenza que apareció y que se conoció como H5N1, la razón esgrimida por Indonesia fue la de injusticia global fundado en la manera en que la información suministrada pudiera ser usada con posterioridad por quienes terminan haciendo pingües negocios con la desgracia de otros. Grandes empresas farmacéuticas y laboratorios utilizan las muestras para luego desarrollar medicamentos y tratamientos que terminan costando sumas siderales que muchos Estados no pueden erogar y que lejos de representar una solución representan nuevos problemas para los Estados menos favorecidos. Cinco años se negoció el Marco de Preparación para la Influenza Pandémica<sup>29</sup> (PIP).

La OMS cambió la gobernanza global en materia de salud. No fue suficiente. Una nueva influenza infecciosa (H1N1), una nueva variedad aviar (H7N9) apareciendo en China, y la emergencia de un nuevo coronavirus

---

<sup>28</sup> Phelan, Alexandra, and Gostin, Lawrence O. *Farewell to the God of Plague: Has International Law Prepared Us for the Next Pandemic?* en *Georgetown Journal of International Affairs*, vol. 15, no. 2, 2014, pp. 134–143. *JSTOR*, [www.jstor.org/stable/43773636](http://www.jstor.org/stable/43773636). Accessed 29 June 2020.

<sup>29</sup> Pandemic Influenza Preparedness Framework – 2011.

llamado Síndrome respiratorio del Medio Este (Middle East Respiratory Syndrome – MERS) fueron la causa. Aun con el IHR revisado y el PIP la Comunidad Internacional no estaba preparada<sup>30</sup>. El lanzamiento en febrero de 2014 de la Agenda de seguridad sanitaria mundial (Global Health Security Agenda) por un conjunto de 25 Estados demostró que la gobernanza cambia rápidamente.

El monitoreo efectuado por la Red Mundial de vigilancia y respuesta contra la influenza (GISRN) de la OMS se ha demostrado falible para anticipar problemas antes que aparezcan. Luego de la aparición del H5N1 la Asamblea Mundial de la Salud de la OMS aprobó el IHR revisado que se consideró un avance en el combate de una pandemia y fue implementado en 2007, ahí fue que Indonesia decide retener las muestras en represalia a una visión netamente mercantilista de los laboratorios.

El marco PIP 2011 contiene dos plantillas de contratos, el Acuerdo estándar de transferencia de material (SMTA<sup>31</sup>) exigible en virtud del derecho contractual para laboratorios dentro de las GISR de la OMS (SMTA1) y otro para las organizaciones no GISRS (compañías farmacéuticas y universidades) (SMTA2), que establece obligaciones industriales a cambio de las promesas de los Estados de compartir las muestras virales. Esto comprende licencias razonables y justas para que las vacunas puedan ser producidas en los Estados y para que se garantice el abastecimiento de stocks de la OMS con vacunas y precios diferenciados para estados en vía de desarrollo.

Cabe aclarar que el marco PIP sólo se aplica a la influenza pero sólo en los casos en que adquiere alcances pandémicos, es decir que no incluye a las influencias estacionales, por lo que la calificación que haga la OMS resulta vinculante<sup>32</sup>. Cuando en 2009 se negociaba el marco PIP apareció la

---

<sup>30</sup> PHELAN, Alexandra, and. GOSTIN, Lawrence O. Op. cit. 27.

<sup>31</sup> Standard Material Transfer Agreement.

<sup>32</sup> Fuera del marco PIP se presentan dolencias que no tienen cobertura legal, se puede citar a los Patógenos resistentes a los antibióticos, como la tuberculosis. Tres bacterias resistentes a las drogas constituyen urgentes amenazas: *clostridium difficile* (diarrea asociada a los antibióticos), Carbapenem resistente enterobacteriaceae (ej *E. coli* y salmonella) y *Neisseria Ghonorrhoeae* (Gonorrhea). Adicionalmente los Estafilococos aureus (MRSA o estafilococo dorado) y el streptococo pneumonia son las mayores amenazas causan dos millones de enfermos y 23.000 muertes en EEUU solamente por año. Debido a la resistencia a los antibióticos el 70 por ciento de las infecciones neonatales contraídas en los hospitales de países de bajos ingresos no podrían ser tratados. El marco PIP no aplica para este tipo de bacterias resistentes a los antibióticos.

H1N1 y la OMS fue criticada por crear pánico innecesario, al final terminó siendo considerado un virus de circulación estacional.

El H7N9 también apareció en China en marzo de 2013 pero a diferencia con lo ocurrido con el SARS China informó y siguió los procedimientos.

El MERS apareció en Arabia Saudita, nuevamente se presentó una controversia con el Centro Médico Erasmus de los Países Bajos ya que se solicitó una patente y se compartieron muestras por parte del Centro con otros laboratorios haciendo valer derechos de propiedad intelectual, lo que significó el cese de colaboración de Arabia Saudita<sup>33</sup>.

Para Phelan y Gostin la gobernanza global de salud fracasó en asegurar equidad justicia y cooperación global, incluyendo el acceso a las muestras de patógenos y vacunas, y uso justo de los derechos de propiedad intelectual, estos autores prefiguraban un estado de situación pandémico como el que presenta el COVID-19 que hoy hace renacer las críticas que estaban subyacentes, junto con otras recientes, propias del nuevo orden mundial.

El Convenio Marco sobre salud global<sup>34</sup> (FCGH) de abril de 2011 incluye principios de acceso a las vacunas y tratamientos para infecciones globales así como un régimen para compartir las muestras de patógenos basados en el marco PIP.

El COVID-19 representa el fracaso de los esfuerzos por apuntalar la cooperación internacional, China demoró el suministro de información y muestras y los EEUU lejos de apuntalar la estructura internacional decidió retirar toda ayuda económica a la OMS acusándola de parcialidad.

En la 73° Asamblea Mundial de la Salud celebrada en mayo de 2020, el Director General de la OMS, Tedros A. Gebreyoesus ha expresado que la transparencia, responsabilidad y mejora continua del organismo son parte del compromiso institucional al tiempo que en la misma Asamblea se logró consensuar el someter a la organización a una auditoría independiente por la gestión desplegada en la pandemia del COVID-19. Si bien se busca realizar un proceso de evaluación imparcial, independiente, y exhaustiva, el Director General anunció que para que sea realmente exhaustiva debe evaluarse el accionar de todos los actores, de buena fe, pretendiendo con ello que la organización no resulte la única acusada. También, debilitado por la acusación de parcialidad a favor de China, expresó que *acogemos*

---

<sup>33</sup> Erasmus indicó que el material transferido no sería usado con fines comerciales y que el virus no puede ser patentado. En Phelan, Alexandra. Ob Cit 27.

<sup>34</sup> Framework Convention on Global Health

con beneplácito la resolución propuesta ante esta Asamblea, que exige un proceso gradual de evaluación imparcial, independiente y completa. Para ser verdaderamente integral, dicha evaluación debe abarcar la totalidad de la respuesta de todos los actores, de buena fe aunque reconoció la necesidad de una evaluación independiente para revisar la experiencia adquirida y las lecciones aprendidas, y para hacer recomendaciones para mejorar la preparación y respuesta ante una pandemia nacional y mundial y recordó la revisiones hechas después de las epidemias del SARS, H1N1 y el Ébola que pusieron en evidencia las deficiencias de los sistemas de salud mundiales, muchas de las cuales no fueron escuchadas. Añadió que el planeta ya no puede permitirse la *amnesia a corto plazo* que ha caracterizado su respuesta a la seguridad sanitaria<sup>35</sup>. La OMS ya había aceptado someterse a una auditoría independiente, a propuesta fue liderada por la Unión Europea (UE) y con el apoyo de la unión de países africanos, Canadá, Rusia, Reino Unido, Brasil, Australia<sup>36</sup>.

En esta última asamblea de la OMS,<sup>37</sup> se destacó también la importancia de un esfuerzo masivo y combinado de todos los países para hacer frente a la Pandemia, *hemos visto algo de solidaridad, pero muy poca unidad, en nuestra respuesta al COVID-19. Los países han seguido diferentes y hasta contradictorias estrategias, y por eso estamos todos pagando el precio*, afirmó el Secretario General de las Naciones Unidas Antonio Guterres agregando que a menos que controlemos la propagación del virus, la economía nunca ser recuperará<sup>38</sup>.

Lejos de las medidas tomadas por los EEUU, para Guterres *la Organización Mundial de la Salud es irremplazable y necesita más recursos, particularmente para brindar apoyo a los países en desarrollo, lo que debe ser ahora nuestra mayor preocupación porque El Norte*

---

<sup>35</sup> *La falta de unidad mundial en la respuesta al coronavirus, una estrategia para el fracaso* en Noticias ONU, [https://news.un.org/es/story/2020/05/1474552?utm\\_source=Noticias+ONU+-+Bolet%C3%ADn&utm\\_campaign=b6aa7b6ff0EMAIL\\_CAMPAIGN\\_2020\\_05\\_19\\_12\\_00&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_e7f6cb3d3c-b6aa7b6ff0-107378026](https://news.un.org/es/story/2020/05/1474552?utm_source=Noticias+ONU+-+Bolet%C3%ADn&utm_campaign=b6aa7b6ff0EMAIL_CAMPAIGN_2020_05_19_12_00&utm_medium=email&utm_term=0_e7f6cb3d3c-b6aa7b6ff0-107378026).

<sup>36</sup> MARS, Amanda, *Trump amenaza con cortar los fondos a la OMS y con una posible salida de Estados Unidos* <https://elpais.com/sociedad/2020-05-19/trump-amenaza-con-cortar-los-fondos-a-la-oms-y-con-una-posible-salida-de-estados-unidos.html>.

<sup>37</sup> Participan 194 Estados miembros de la OMS

<sup>38</sup> *La falta de unidad mundial en la respuesta al coronavirus, una estrategia para el fracaso*. Ob Cit 34.

*Global no puede derrotar al COVID-19 al menos que el Sur Global lo derrote al mismo tiempo.*

La Resolución de la Asamblea no resultó satisfactoria, los términos de la resolución son algo vagos en cuanto a su aplicación: ¿cuándo comenzará?, ¿mediante cuál instancia?, ¿con qué mandato?, ¿qué reforma de la OMS se espera? ¿China aceptará finalmente una investigación independiente en su territorio?<sup>39</sup>, de lo que no existen dudas es de la necesidad inminente de realizar una evaluación independiente de la respuesta sanitaria internacional ante la pandemia que incluya las medidas tomadas por la OMS, esto último está garantizado, pero lo primero resulta de difícil realización sin la colaboración de China.

Mucho menos consensos se avizoran respecto de las reformas, justamente la gran virtud democrática de la Organización es objeto de críticas por considerarla causante de su parálisis, así Larry Brilliant, epidemiólogo estadounidense que ayudó a la OMS a erradicar la viruela, ha dicho que *la estructura de la OMS es terrible porque los países votan sobre casi todos los asuntos. La OMS no tiene un poder independiente: cada país tiene voz, y significa que el director general tiene casi 200 jefes*<sup>40</sup>. El debate por jerarquizar la Organización reduciendo los debates, concentrando la conducción a unos pocos Estados o mediante la creación de un órgano supranacional en su seno pone en evidencia que una vez que pase esta pandemia nada será igual, principalmente la OMS.

Después de superada la pandemia y concluida la auditoria de la organización y quizás también investigado el papel desempeñado por algunos Estados y otros actores durante la crisis, es probable que la OMS sea objeto de reformulaciones para la búsqueda de una mayor autonomía en las decisiones, como el establecimiento de algún sistema sancionatorio a los Estados que demoran o limitan la información de determinados eventos y también para dotar de mayores atribuciones al Comité de Emergencia entre otros aspectos a revisar.

Especial atención habrá que prestar en los próximos años al financiamiento de la organización en particular si la politización señalada termina afectado a los recursos de la OMS. La organización obtiene sus recursos de

---

<sup>39</sup> PEDRERO, Agnes, *Investigación sobre la respuesta internacional ante la pandemia, ¿cuándo, cómo, y después..?* <https://www.france24.com/es/20200519-investigaci%C3%B3n-sobre-la-respuesta-internacional-ante-la-pandemia-cu%C3%A1ndo-y-despu%C3%A9s>

<sup>40</sup> PEDRERO, Agnes, Op. cit. 16.

dos “fuentes” distintas., las contribuciones señaladas que son las cuotas establecidas para los Estados miembros, en función de la riqueza y la población del país y, las contribuciones voluntarias, que pueden proceder tanto de los Estados Miembros (y constituye un adicional de sus contribuciones señaladas) o de otros asociados. En los últimos años, las contribuciones voluntarias han representado más de tres cuartas partes de los recursos de la Organización y es a este tipo de financiamiento al que habrá de prestarse especial atención, ante una posible reducción de aportes principalmente por aquellos gobiernos que expresaron su disconformidad por la gestión de la organización<sup>41</sup>. Como lo señala Clare Wenham<sup>42</sup>, la OMS depende de lo que cada gobierno haga de ella así que, si no tienen la intención de financiarla adecuadamente, no se puede esperar una organización amplia, completa y funcional y por otra parte son también los Estados miembros a dónde van destinados los fondos, lo que por lo general coincide con las prioridades o agenda del donante y eso **le resta autonomía a la organización**.

Estas tensiones entre las principales potencias, no solo se trasladó en estas denuncias y acusaciones cruzadas sobre el abordaje de la contención de la pandemia, sino que en la actualidad ya avanzado la mitad del año 2020, en denuncias y acusaciones de ciberataques por parte de China y Rusia en procura de acceder a datos de la elaboración de vacunas en EE.UU y Europa.

#### 4. Ciberataques en tiempos de pandemia

La irrupción y el rápido avance de las nuevas tecnologías desde finales de la última década del siglo XX han planteado numerosos desafíos para el derecho. Habitualmente existen informes sobre incidentes informáticos, algunos de los cuales generan daños (algunas veces de importancia) en el mundo físico<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Entre los Estados, sumados los aportes señalados y los voluntario, los principales contribuyentes son EE.UU, con casi el 24% del total, China con el 12%, Japón el 8%, Alemania, 6%, Reino Unido 4%, Francia 4% Italia 3%, Brasil 3%, Canadá 2%, y Rusia 2%. Mientras que entre las fundaciones como aportantes voluntarios sobresalen la Fundación Bill y Melinda Gates con un 15% del total y la Alianza GAVI.

<sup>42</sup> Al respecto ver “La OMS depende de lo que cada gobierno haga con ella. 3 problemas claves que dificultan el trabajo de la organización”. En BBC NEWS Mundo 20 de abril 2020.

<sup>43</sup> Los ejemplos más significativos son el *ataque* de denegación de servicio (DDoS) a Estonia (2007) por “hacktivistas” pro-rusos que provocó que numerosos sitios privados y guber-



El auge de estos incidentes<sup>44</sup>, provocó que comenzaran a plantearse diversos interrogantes acerca de cómo debían regularse las ciberoperaciones<sup>45</sup> que se llevan a cabo en el ciberespacio. Particularmente, porque se vinculan estrechamente con la responsabilidad de los Estados respecto de estos eventos. De esta manera durante la segunda década del siglo XXI comenzaron a desarrollarse procesos tendientes a señalar las normas aplicables al ciberespacio. Las discusiones se centraron en un comienzo en la aplicabilidad de las normas del régimen del *ius ad bellum* al ciberespacio, siendo el Manual de Talín<sup>46</sup> el ejemplo más acabado de los esfuerzos que se llevaron adelante en la comunidad internacional en esta materia.

En la actualidad los debates acerca de la regulación de las ciberoperaciones están lejos de agotarse. Un ejemplo de ello es, que el creciente número de ciberataques que se han perpetrado contra instalaciones sanitarias, personal médico y organizaciones internacionales que se encuentran involucrados en la lucha contra la pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2, como el caso del ciberataque del 13 de marzo contra el Hospital

---

namentales quedaran fuera de servicio; el malware *Stuxnet* (2009) –atribuido a Estados Unidos e Israel– que dañó las centrifugadoras de una planta nuclear iraní; el virus *Shamoon* (2012) que dañó 30.000 computadoras de Aramco, la compañía estatal de petróleo de Arabia Saudita y que fue atribuido por el grupo *Cutting Sword of Justice*, el cierre electrónico del *New York Times* por parte del Ejército Electrónico Sirio; el ataque a *Sony Pictures* (2014) por el ejército Norcoreano; y más recientemente la intervención en las elecciones presidenciales de Estados Unidos (2016) por parte de Rusia.

<sup>44</sup> Moynihan, Harriet. ‘The Application of International Law to State Cyberattacks. Sovereignty and Non-Intervention’ (2019) Chatham House Research Paper, 3 <https://www.chathamhouse.org/publication/application-international-law-state-cyberattacks-sovereignty-and-non-intervention> Accedido 16 junio 2020.

<sup>45</sup> Una ciberoperación puede ser definida como la utilización de capacidades cibernéticas para alcanzar objetivos a través del ciberespacio. Cf., Schmitt, Michael N. (ed), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge University Press 2017) 563.

<sup>46</sup> El Manual de Talín es una guía para la aplicación del derecho internacional a las operaciones cibernéticas conducidas por los Estados. Es el resultado de un proceso de investigación llevado adelante por el Centro Cooperativo de Excelencia de Ciber Defensa de la OTAN que culminó en 2013 con la publicación del primer Manual de Talín que se centraba específicamente en el ordenamiento jurídico aplicable en guerras cibernéticas. A partir de allí comenzó un segundo proceso de investigación que buscó expandir el estudio al ordenamiento jurídico aplicable en tiempos de paz y que culminó con la publicación del Manual de Talín 2.0 en 2017 que aún en un único documento ambos esfuerzos.

Universitario de Brno, República Checa<sup>47</sup>. Lo que ha llevado a los autores a preguntarse cómo debe responder la comunidad internacional ante estas situaciones<sup>48</sup>.

Es por ello que esta contribución procura describir el derecho internacional aplicable a los ciberataques que se encuentran dirigidas contra instalaciones sanitarias y el personal médico que participa en la lucha contra la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2. A estos efectos se examina brevemente la problemática general de la regulación del ciberespacio y de las operaciones cibernéticas en el derecho internacional. Luego, se aborda la cuestión específica de la regulación de los ciberataques contra instalaciones sanitarias y personal médico; con este fin se examinan las normas pertinentes del régimen del uso de la fuerza, la no intervención, y la soberanía. Finalmente, se avanza unas consideraciones finales en torno a esta cuestión.

---

<sup>47</sup> El Hospital Universitario de Brno es el hospital designado como uno de los centros de testeo de COVID-19 en República Checa. El ciberataque provocó que tuviera que cerrar toda su red de IT y que, como consecuencia, no se pudieran llevar adelante las cirugías de emergencia ni sus funciones como centro de testeo de COVID-19. Ver, entre muchos otros: Cimpanu, Catalin. *Czech Hospital Hit by Cyberattack While in the Midst of a COVID-19 Outbreak*, *ZDNET* (13 marzo 2020) <<https://www.zdnet.com/article/czech-hospital-hit-by-cyber-attack-while-in-the-midst-of-a-covid-19-outbreak/>> accedido 16 junio 2020; Rodrigo Alonso, 'Los Riesgos de Ciberataque a los Hospitales durante la Pandemia de Coronavirus' *ABC* (Madrid, 24 marzo 2020) <[https://www.abc.es/tecnologia/informatica/software/abci-riesgos-ciberataque-hospitales-durante-pandemia-coronavirus-202003190858\\_noticia.html](https://www.abc.es/tecnologia/informatica/software/abci-riesgos-ciberataque-hospitales-durante-pandemia-coronavirus-202003190858_noticia.html)> accedido 16 junio de 2020.

Debe tenerse en cuenta que este no es el único ataque registrado contra instalaciones sanitarias, personal médico u organizaciones internacionales dedicadas al combate del COVID-19.

<sup>48</sup> Ejemplo de ello, entre muchos otros, son los siguientes: Marko Milanovic y Michael N. Schmitt, 'Cyber Attacks and Cyber (Mis)information Operations during a Pandemic' (2020) <<https://ssrn.com/abstract=3612019>>, accedido 16 de junio 2020; Dapo Akande, Duncan Hollis, Harol Hongiu Koh y James O'Brien, 'Oxford Statement on International Law Protections Against Cyber Operations Targeting Health Care Sector' (*EJIL:Talk!*, 21 mayo 2020) <<https://www.ejiltalk.org/oxford-statement-on-the-international-law-protections-against-cyber-operations-targeting-the-health-care-sector/>> accedido 16 junio 2020; Kubo Mačák, Laurent Gisel, y Tilman Rodenhäuser, 'Cyber Attacks against Hospitals and the COVID-19 Pandemic: How Strong are International Law Protections?' (*Just Security*, 27 marzo 2020) <<https://www.justsecurity.org/69407/cyber-attacks-against-hospitals-and-the-covid-19-pandemic-how-strong-are-international-law-protections/>> accedido 16 junio 2020.

#### 4.1. *El derecho internacional y el ciberespacio*

No fue hasta mediados de la segunda década de este siglo que la comunidad internacional acordó que las normas del derecho internacional son aplicables al ciberespacio<sup>49</sup>. Hasta ese momento, se había discutido acerca de si las normas previstas en el ordenamiento jurídico internacional eran aplicables a este espacio, dado que escapa a las nociones tradicionales de territorialidad tal como han sido definidas en el orden westfaliano<sup>50</sup>. Aunque, también debe tenerse en cuenta que en la actualidad no existe acuerdo entre los Estados acerca de cómo deben aplicarse dichas normas en el ciberespacio<sup>51</sup>.

No obstante, existe consenso acerca de que el ordenamiento jurídico internacional es adecuado para hacer frente a los diferentes desafíos que plantea este espacio. Ello implica que no se han desarrollado instrumentos jurídicos vinculantes específicos relacionados con las obligaciones estatales en el ciberespacio, ya que los documentos existentes, principalmente la Carta de las Naciones Unidas y el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos del año 2001 de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), contienen normas suficientes para atender a las diversas situaciones que se plantean en el ciberespacio.

A pesar de ello, la comunidad internacional ha venido trabajando en la elaboración de una serie de instrumentos con el objetivo de establecer pautas claras para la regulación de las actividades en el ciberespacio. En una apretada síntesis, se pueden mencionar los siguientes: el Manual de Talín, el Manual de Talín 2.0, los informes del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional de 2013 y 2015, así como el borrador inicial del Grupo de Trabajo de Composición abierta en los desarrollos en el campo de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la

---

<sup>49</sup> UNGA (n.d.), ‘Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional’, 24 junio 2013, UN Doc A/68/98, paras 19–20 <<https://undocs.org/A/68/98>> accedido 16 junio 2020. En el mismo sentido: Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional, A/70/174, 22 julio 2015, para 28 <<https://undocs.org/A/70/174>> accedido 16 junio 2020.

<sup>50</sup> Sobre esta cuestión puede verse: Nicholas Tsagourias, ‘Law, Borders and the Territorialisation of Cyberspace’ (2018) 15 Indonesian Journal of International Law 523, 533ff.

<sup>51</sup> Moynihan. Ob cit 43, 4.

seguridad internacional que debe ser presentado a la Asamblea General durante el transcurso del año 2020<sup>52</sup>.

#### *4.2. El problema de la atribución de las ciberoperaciones*

Uno de los desafíos más importantes que se plantean en torno a las actividades que tienen lugar en el ciberespacio se refiere a la cuestión de la atribución; es decir, la determinación del autor de una ciberoperación. Ello se debe a que el derecho internacional general gobierna aquellas actividades que le sean atribuibles a un Estado, pero no así las actividades realizadas por actores no estatales (v.g. criminales, hacktivistas, terroristas) que quedan sujetas a la ley del Estado que tiene competencia para legislar y juzgar esas conductas<sup>53</sup>.

En el contexto de los ciberataques contra instalaciones sanitarias y personal médico esta cuestión es importante porque existen indicios de que algunas de dichas acciones fueron llevadas adelante por Estados y por hackers apoyados por Estados<sup>54</sup>. En este sentido, para que un Estado pueda ser considerado responsable por las actividades desarrolladas en el ciberespacio se requiere –conforme al régimen general de responsabilidad internacional– que se trate de una conducta que pueda ser atribuida al Estado y que implique la violación de una obligación vigente para ese Estado<sup>55</sup>.

En relación con la atribución de las operaciones se debe distinguir, a su vez, según se trate de operaciones llevadas adelante por órganos del Estado o bien por actores no estatales controlados por el Estado. En las primeras, es mucho más sencillo establecer la atribución del hecho, ya que se trata de un órgano del Estado el que lleva adelante la operación cibernética, como podría ser el caso de las fuerzas armadas o una agencia o servicio de inteligencia y se configuraría el supuesto del artículo 4 del proyecto de artículos. En las segundas, en cambio, el establecimiento del vínculo entre la

---

<sup>52</sup> El texto de borrador inicial se puede encontrar en: <<https://unoda-web.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2020/03/200311-Pre-Draft-OEWG-ICT.pdf>> accedido 19 junio 2020.

<sup>53</sup> SCHMITT, Ob Cit 44, 51-78.

<sup>54</sup> MILANOVIC y SCHMITT. Ob Cit 47, 3-4

<sup>55</sup> CDI, 'Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos' en Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001, vol II (segunda parte) (Naciones Unidas 2007), art 2 (en adelante, proyecto de artículos).

actividad de un órgano no estatal, como podría ser el caso de hacktivistas o contratistas privados, y el Estado es más difícil de establecer. En este caso, se requiere –tal como lo prevé el artículo 8 del proyecto de artículos– que el grupo actúe de hecho por las instrucciones o bajo la dirección o control del Estado al llevar adelante la ciberoperación<sup>56</sup>.

La determinación de la obligación violada también es una situación compleja, ya que son múltiples las obligaciones que el Estado podría incumplir al llevar adelante un ciberataque contra instalaciones sanitarias y personal médico en el contexto de la pandemia por el virus SARS-CoV-2. Entre ellas se destacan la prohibición del uso de la fuerza, la no intervención, así como el principio de soberanía. Este aspecto será abordado en el apartado siguiente.

#### *4.3. El Derecho Internacional aplicable a ciberataques contra instalaciones sanitarias y personal médico*

La preocupación por la existencia de operaciones cibernéticas contra personal médico e instalaciones sanitarias no es reciente, aunque la pandemia ha provocado que la cuestión tenga una mayor visibilidad. Así, ya en junio de 2019 un informe del Comité Internacional de la Cruz Roja, señalaba que el sector sanitario es particularmente vulnerable, incluso en contextos normales<sup>57</sup>.

Ante los ataques sufridos por personal médico, instalaciones sanitarias, así como otras organizaciones que se encuentran al frente de la lucha contra la pandemia, un grupo de internacionalistas decidió impulsar a fines de mayo de 2020 la Declaración de Oxford sobre las Protecciones del Derecho Internacional contra Ciberoperaciones dirigidas al Sector del Cuidado de la Salud<sup>58</sup> (en adelante la Declaración). En la Declaración se enfatizan

---

<sup>56</sup> MILANOVIC y SCHMITT, Ob Cit 47, 4, señalan que este es el supuesto más común para atribuir las acciones de grupos no estatales a un Estado, aunque no es el único.

<sup>57</sup> LAURENT Gisel y LUKASZ Olejnik, ‘The Potential Human Cost of Cyber Operations’, (2019) International Committee of the Red Cross <<https://www.icrc.org/en/publication/potential-human-cost-cyber-operations>> accedido 17 junio 2020.

<sup>58</sup> The Oxford Statement on the International Law Protections Against Cyber Operations Targeting the Health Care Sector (traducción propia). El texto completo de la declaración se encuentra disponible en: <<https://www.elac.ox.ac.uk/the-oxford-statement-on-the-international-law-protections-against-cyber-operations-targeting-the-hea>> accedido 17 de junio de 2020.

una serie de principios que son aplicables a aquellas ciberoperaciones dirigidas contra el sistema de salud<sup>59</sup>. Entre ellos se destacan: que el derecho internacional es plenamente aplicable al ciberespacio; que se prohíben las operaciones estatales que tengan consecuencias adversas graves para los servicios médicos en otros Estados; bajo el derecho internacional de los derechos humanos los Estados tienen la obligación de respetar y asegurar el derecho a la vida y el derecho de acceso a la salud de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, lo que incluye la adopción de medidas para evitar que terceros puedan interferir por medios cibernéticos en el disfrute de esos derechos.

Ahora bien, tal como lo destaca el principio 7, la aplicación de los principios contenidos en la Declaración a operaciones dirigidas contra personal médico e instalaciones sanitarias no impide la aplicación de las normas relevantes del derecho internacional que provean protección contra operaciones cibernéticas que puedan causar daños. Estas normas, a su vez, son las que los Estados deben cumplir para evitar incurrir en responsabilidad internacional, y se examinarán a continuación.

#### 4.3.1. *Prohibición del uso de la fuerza*

Los ciberataques en muchas ocasiones pueden dar lugar a la violación de la prohibición del uso de la fuerza recogida en el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas y en su correlativa norma consuetudinaria<sup>60</sup>. Aun que determinar la existencia de este supuesto no es sencillo.

Existe consenso de que una operación cibernética que cause un daño significativo, destrucción, heridas o muertes puede ser calificada como un

---

<sup>59</sup> AKANDE, Hollis y HONGIU Koh, Ob Cit 47, para 3.

<sup>60</sup> El artículo 2, párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas dispone:

Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

Asimismo la Corte Internacional de Justicia en el caso de las Acciones Militares y Paramilitares en y contra de Nicaragua señaló que la prohibición del uso de la fuerza constituía una norma consuetudinaria. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits, Judgment) [1986] ICJ Rep 14, 92-98, paras 172-86.

uso de la fuerza contrario a la Carta de las Naciones Unidas<sup>61</sup>. En el contexto de las ciberataques dirigidos contra personal médico e instalaciones sanitarias esto implica que para ser calificada como un uso de la fuerza ilícito la ciberoperación –que, además sea atribuible a un Estado– debe poder ser vinculada de manera directa (existir una relación causal directa) con múltiples muertes o bien con un aumento significativo en las tasas de infección de COVID-19<sup>62</sup>.

#### 4.3.2. Principio de no intervención

En aquellos casos en que una ciberoperación no alcance a configurar una violación al principio de prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, puede verse afectada otra norma: el principio de no intervención. Esto es la prohibición de intervenir directa o indirectamente en los asuntos internos o externos de otros Estado<sup>63</sup>. En este caso, se requiere que exista una interferencia coercitiva en el dominio reservado de los Estados; es decir, una intromisión con el conjunto de actividades que por el principio de soberanía el Estado puede decidir libremente<sup>64</sup>.

En el contexto de los ciberataques a personal médico e instalaciones sanitarias, la violación de la no intervención ocurre cuando una operación cibernética afecta la capacidad del Estado para determinar libremente las acciones necesarias para hacer frente a una crisis sanitaria. Se señala que en este caso, además, es necesario que el Estado responsable de llevar a cabo la operación cibernética debe tener la intención de privar al Estado víctima del ejercicio de sus facultades para responder libremente a la crisis desatada por la pandemia<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> MILANOVIC y SCHMITT, Ob Cit 47, 10; en general: Michael N. Schmitt, ‘The Use of Cyber Force and International Law’ en Marc Weller (ed) *Oxford Handbook on the Use of Force in International Law* (OUP 2015)1110.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Caso Nicaragua, Ob Cit 59, 107-08, para 205.

<sup>64</sup> Ibid

<sup>65</sup> MILANOVIC y SCHMITT. Ob Cit 47, 9.

### 4.3.3 Principio de soberanía

Finalmente, en aquellos casos en que una ciberoperación no alcance a configurar una violación al principio de no intervención, es probable que exista una violación al principio de soberanía<sup>66</sup>. La soberanía implica

Una ciberoperación puede violar el principio de soberanía de dos maneras: o bien mediante la producción de efectos en el territorio del Estado que sufre el ataque o bien a través de la interferencia en el ejercicio de la funciones gubernamentales inherentes al Estado víctima, aun cuando no existan efectos territoriales<sup>67</sup>. En el primer caso, para que se configure la violación se requiere que la operación cibernética provoque daños a la propiedad o a las personas; es decir, es necesario que exista una consecuencia física en el territorio del Estado víctima sin su consentimiento<sup>68</sup>. En el segundo caso, no es necesario que exista un daño físico en el territorio del Estado que sufre el ataque; lo que se requiere es que exista una violación a aquellas funciones que solo el Estado puede llevar adelante<sup>69</sup>.

En el contexto de los ciberataques contra el personal médico e instalaciones sanitarias significa que una operación cibernética que provoque alteraciones en el equipamiento médico, así como también aquellas que tengan consecuencias negativas en el cuidado de la salud de los habitantes del Estado contra el que se han dirigido las operaciones, califica como una violación a la soberanía<sup>70</sup>. Asimismo, también califica como una violación de la soberanía aquellas operaciones cibernéticas que interfieran con la planificación o la ejecución del plan para el manejo de la crisis provocada por la pandemia, independientemente de que cause o no daños o de que haya sido el efecto buscado por el Estado responsable<sup>71</sup>.

Esta contribución procuró describir el derecho internacional aplicable a los ciberataques que tienen por objetivo a las instalaciones sanitarias y al personal médico que participa en la lucha contra la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2. Lo que al mismo tiempo permite realizar un breve

---

<sup>66</sup> MOYNIHAN, On Cit 43, 8-9, señala que una corriente considera que debajo del umbral de la aplicación del principio de no intervención no existiría una violación al principio de soberanía.

<sup>67</sup> MILANOVIC y SCHMITT, Ob. Cit. 47, 6.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Ibid 7.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Ibid 7-8.



examen de la problemática general de la regulación del ciberespacio y las operaciones cibernéticas en el derecho internacional.

Con dicho examen se pone de relieve que el derecho internacional es plenamente aplicable a las actividades que se desarrollan en el ciberespacio, especialmente cuando los autores de las ciberoperaciones son los Estados o actores no estatales controlados o dirigidos por los Estados. Siendo la regulación de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos el marco jurídico aplicable.

En relación con la cuestión específica de los ciberataques contra instalaciones sanitarias y personal médico esta contribución señaló que pueden verse afectadas tres normas: la prohibición del uso de la fuerza, la prohibición de la no intervención, y el principio de soberanía.

## Reflexiones finales

Esta pandemia como indicáramos en el inicio, va a modificar muchas de las esferas actuales de la política internacional y *ad intra* de los Estados. A medida que el imperativo de seguridad humana vaya siendo reemplazado por el imperativo de la seguridad económica, irá saliendo a la luz un panorama desolador de derechos sociales y económicos y miles de reclamaciones de distintos sectores que apelarán y comprometerán al Estado. Habrá más exclusión y miseria sociales, más pobreza infantil. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (el PNUD) acaba de confirmar que el desarrollo humano en los países se ha degradado por primera vez en décadas. Este coronavirus traerá consigo un robustecimiento del pragmatismo, de la *Realpolitik* en perjuicio del idealismo y los valores. Con la crisis pandémica algunos Gobiernos nacionales han salido reforzados, como el de Corea del Sur –revalidado ahora en las urnas y puesto como modelo frente al virus por la OMS–, mientras otros pueden caer y se retomen el surgimiento de políticos populistas y ultranacionalistas. Es verdad que un rebrote podría alterar las calificaciones de Gobiernos virtuosos y errados ante la pandemia. Los Gobiernos en ejercicio piden patriotismo, lealtad y unidad para afrontar la depresión social, invocando la máxima ignaciana de que en tiempo de turbación no ha de hacerse mudanza; la oposición política intenta, por su parte, sacar rédito de las circunstancias y ejercer de contrapeso a un posible absolutismo gubernamental.

Los desafíos desde el derecho internacional son considerables. Se verá con el tiempo si esta pandemia hará que los Estados y otros sujetos sigan

rigiéndose por las viejas reglas post bélicas del siglo XX, o se conformen nuevos comportamientos de los actores internacionales que lleven a una reconfiguración de las normas y las organizaciones internacionales como las conocemos hasta la actualidad.

# **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**



# EL COVID-19 Y LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL

ADRIANA DREYZIN DE KLOR<sup>1</sup>

*“La crisis es la mejor bendición  
que puede sucederle a  
las personas y los países,  
porque la crisis trae progresos”.*

*Albert Einstein*

**Sumario:** I. Reflexiones introductorias. 1. El sector de la cooperación jurídica internacional: una breve caracterización. 2. La cooperación jurídica internacional, las TICs. y la pandemia. A. Los principios de Derecho internacional privado aplicados a la cooperación jurídica internacional. B. Las TICs. en la cooperación jurídica internacional. 3. Las TICs. como herramientas necesarias para la obtención internacional de pruebas. 4. Las nuevas tecnologías al servicio de la justicia. A. ¿Cuáles son las cuestiones que interesa responder a la luz de esta temática? B. Tecnología y Derechos humanos. C. La videoconferencia en las normas. II. La justicia y la tecnología: ambas por la misma senda. III. Una mirada prospectiva sobre las TICs. en época de corona virus.

## I. Reflexiones introductorias

La pandemia que hoy atraviesa al mundo ubica al Derecho internacional privado (DIPr) frente a múltiples desafíos. En esta oportunidad vertimos algunas reflexiones sobre el tema de la cooperación jurídica internacional (CJI) que, a mas de cien días del confinamiento en que estamos

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba. Ex Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Coautora de las normas de DIPr del Cód. Civ. y Com., designada por la Comisión Redactora.

inmersos<sup>2</sup>, se ha desarrollado por vía remota de manera exponencial. Sin duda, sienta un precedente de honda raíz pues al menos en un área, la justicia se ha visto beneficiada y nos animamos a señalar que, en este campo, no parece posible que pueda haber un retroceso en la era pos-pandemia.

Las palabras “confinamiento” y “cuarentena” que parecían pertenecer a tiempos olvidados se han convertido en vocablos usuales; incluso consideramos que son los que más acertadamente ilustran nuestra actual anormal normalidad. En efecto, nos encontramos frente a una crisis nueva, una suerte de experiencia inaugural con sufrimiento, perplejidad y temor, por diversas circunstancias. En primer término, se destaca la impredecibilidad del fenómeno, tanto en su generación como en su continuidad; incluso, no es azaroso expresar que no podemos imaginar cuándo y cómo va a finalizar. En segundo lugar, asombra el alcance de la pandemia dado que se trata de un proceso de aislamiento a nivel mundial y en consecuencia, la paralización de los servicios así como de la producción de bienes, no se asemeja a lo sucedido en cualquier otro hecho catastrófico que pueda haber conocido la humanidad. La pandemia 2020 supera en sus efectos, fenómenos que no tuvieron el carácter global que adjetiva esta desgracia. Sin embargo, nos atrevemos a preguntarnos si en el área de la cooperación jurídica internacional no serán otras las campanas que repican.

En definitiva, hoy el COVID-19 configura una situación enigmática, sin precedentes, que se extiende por el mundo entero, dejando entrever un panorama de ribetes muy inciertos en todas las áreas y sumamente graves en el campo económico<sup>3</sup>. Es muy probable que la salida de esta ‘cuarentena’, convierta la plataforma en que estamos sumidos en terreno fértil para ensayar algunas alternativas que podrán plantearse a futuro, al hilo de los hechos. Hoy, como única certeza, existe la sensación de total incerteza acerca del porvenir, empero este sentir que nos perturba, también tendrá un punto final en algún momento.

Mientras tanto, la traumática experiencia debe servir para reflexionar acerca de los institutos jurídicos; las cosas pueden continuar como están pero lo más factible es que no sea ese el escenario que se avecina, sino que se produzca una transformación aunque no sepamos aún cuáles serán los cambios que se irán imponiendo...

---

<sup>2</sup> En Argentina, el aislamiento social, preventivo y obligatorio comenzó a través del DNU N° 297/2020 que entró en vigor el 20 de marzo de 2020.

<sup>3</sup> Conf. NATANSON, José, “Lo imposible”, *Le Monde diplomatique* Edición Cono Sur, Buenos Aires, abril, 2020.

Valgan estas breves reflexiones para situarnos en el tema que nos preocupa, al que nos introducimos con una mirada esperanzadora a partir de ponderar la importancia que ha tenido en el desarrollo de la justicia, la CJI a partir de la concienciación de la relevancia de utilizar las nuevas tecnologías.

En primer término, nos centramos en identificar el alcance de la cooperación jurídica internacional para continuar ubicando el instituto en la era de la pandemia y la importancia que la tecnología esta adquiriendo en la prestación del auxilio. Seguidamente, abordamos algunos principios de DIPr aplicados a la CJI para introducirnos en los TICs como herramientas necesarias para el desarrollo de la asistencia y particularmente en la obtención internacional de pruebas. A través de esta plataforma articulamos con la cuestión referida a las nuevas tecnologías al servicio de la justicia y finalizamos con dos aspectos que se vinculan estrechamente como son, el binomio justicia-tecnología por una parte y la mirada prospectiva sobre los TICs en época de coronavirus como cierre.

### *1. El sector de la cooperación jurídica internacional: una breve caracterización*

La CJI es un sector del DIPr que en los últimos años viene adquiriendo notable relevancia en consonancia con el desarrollo del tráfico jurídico externo.

Solo a título ilustrativo recordemos que el instituto informa la ejecución de un acto procesal por un órgano judicial o administrativo de un Estado distinto de aquel ante el cual está incoado el proceso. De esta suerte, su existencia se justifica en la necesidad de la realización de un acto en una circunscripción territorial ajena a la del Estado en que tramita el litigio o la situación judicial<sup>4</sup>.

La expresión cooperación jurídica internacional manifiesta la pretensión de referir a un ámbito más amplio que el del estricto auxilio judicial (entrayuda entre jueces) e incluso jurisdiccional (asistencia entre jueces y autoridades). Cooperación judicial internacional probablemente, encuentra su origen en el contexto normativo internacional de los instrumentos convencionales provenientes del foro de codificación de La Haya de Derecho

---

<sup>4</sup> Ver DREYZIN DE KLOR, Adriana, *Derecho internacional privado actual*, tomo 1, Zavalía, Buenos Aires, 2015, p. 247 y ss.

internacional privado<sup>5</sup>. Auxilio, asistencia, cooperación judicial o jurisdiccional comprenden actuaciones procesales llevadas a cabo por órganos jurisdiccionales, usualmente consistentes en notificaciones, pruebas, envíos de carta o certificados e información sobre el derecho extranjero.

En tanto que la noción cooperación jurídica internacional, tiene una extensión mas amplia, al comprender no solo la notificación y la obtención de pruebas, sino también la prueba e información del derecho extranjero, la litis pendencia y conexidad internacionales, el reconocimiento de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros y la inscripción en registros públicos<sup>6</sup>.

## *2. La cooperación jurídica internacional, las TICs. y la pandemia*

La incidencia del corona virus en el DIPr. se patentiza en este ámbito de manera particular y la posibilidades que brindan las comunicaciones virtuales en el ámbito tribunalicio internacional exceden la posible imaginación. Este instituto que ya había adquirido carta de ciudadanía como integrante de las aristas esenciales del DIPr junto a la ley aplicable, la jurisdicción competente y el reconocimiento y ejecución de sentencias, se ha convertido en un sector esencial de la asignatura ya que opera de manera muy significativa en la realidad jurídica transfronteriza para evitar que los límites territoriales impidan la continuidad del conflicto internacional.

A partir de esta inferencia, se le reconoce a la cooperación su carácter imprescindible, pues obra de motor del proceso en tanto irrumpe significativamente para alcanzar la justicia material. Siendo los principios orientadores la flexibilidad y la coordinación a los fines de contribuir a que la asistencia sea efectiva, las herramientas que nos proporciona la tecnología son de enorme apoyo. Por otra parte, en la actual coyuntura, una CJI por vía tecnológica es prácticamente, la única manera de prestar un auxilio eficaz y coherente.

---

<sup>5</sup> Así, por ejemplo, el Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil incorpora en su preámbulo el deseo de “acrecentar la eficacia de la cooperación judicial mutua”. Argentina ratificó este Convenio por Ley 23.480.

<sup>6</sup> Conf. FONT I SEGURA, Albert, Título Preliminar. Disposiciones generales. Artículo 1, en: Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, (Méndez González, Fernando / Palao Moreno, Guillermo, directores) tirant lo Blanch – Registradores, España, 2017, pp. 46-47.



Podría afirmarse que no hay manera de abordar la materia sin hacer referencia a la CJI articulada con las tecnologías de la información y la comunicación (TICs.). Aunque desde hace tiempo se viene trabajando en el reconocimiento de estos medios para acelerar la cooperación a fin de avanzar en justicia material en los casos concretos, no está demás reafirmar que esta pandemia obra de impulso irreversible para la utilización de la comunicación remota en el campo del DIPr. Las relaciones jurídicas de carácter privado, objeto de la materia, comprenden en su configuración la distancia y quedan captadas por la barrera que impone la realidad territorial. El operador jurídico tiene total conciencia respecto al punto, así como también conoce que una de las principales complejidades para hacer efectiva la CJI, proviene de la dilación indebida. De hecho, esta cuestión opera como uno de los incentivos para suscribir convenios internacionales. Bien se conoce que los acuerdos transfronterizos permiten una mayor coordinación al establecer mecanismos de comunicación adecuados<sup>7</sup>.

Bajo esta convicción, podemos aseverar que en estos días, la CJI prestada de manera telemática ha pasado a ser una suerte de estrella destinada a iluminar el sistema de DIPr<sup>8</sup>.

El aceleramiento que COVID-19 ha supuesto para la implementación de esta vía impulsa la adopción de regulaciones apropiadas, si bien consideramos que en buena medida, el camino a seguir consiste en la aplicación de las normas existentes y el reconocimiento de la posibilidad de echar mano de la tecnología al amparo de lo que las fuentes jurídicas internacionales prevén.

---

<sup>7</sup> Resulta ilustrativo recordar una declaración proveniente de la AP de Madrid, totalmente transpolable a nuestra realidad, en cuanto sostuvo: “La práctica revela que cualquier plazo cierto puede verse necesariamente sobrepasado – y en consecuencia incumplido - cuando la parte frente a quien se solicitan las medidas tiene fijado su domicilio fuera de la sede del Juzgado y ha de procederse a su citación por medio de exhorto y aún de cooperación judicial internacional cuando no radique en el territorio nacional”. Efectuada en el Auto ROJ: AAP M1662/2004. Citado por FONT I SEGURA, Albert, Cap. cit. nota 5, p. 81.

<sup>8</sup> Ver DREYZIN DE KLOR, Adriana, La incidencia del COVID-19 en el Derecho internacional privado, en: *Incidencia del COVID-19 en Derecho Privado* (Directores Pizarro, Daniel- VALLESPINOS, Gustavo) Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 2020.

### *A. Los principios de DIPr aplicados a la CJI*

El principio tradicional de la reciprocidad como base para prestar colaboración frente a pedidos de auxilio de otros Estados fue desplazado por la concepción que supone obligatoria la CJI sea cuando existen tratados como también, cuando se presta con fundamento en las normas de DIPr interno<sup>9</sup>. De esta suerte, la utilización de la tecnología se convierte en un imperativo insoslayable.

Nos detenemos en este axioma pues la reciprocidad ha decaído dado que la cooperación en el mundo globalizado, debe prestarse tanto si las autoridades del Estado requirente han auxiliado anteriormente a las autoridades nacionales como si no lo han hecho. Este principio encuentra sus raíces en la territorialidad y también en la soberanía. Joseph Story era un gran defensor del axioma que Velez Sarsfield receptó en el código civil derogado en orden a la aplicación de derecho extranjero. Sin embargo, en la actualidad, y aún con antelación a la entrada en vigor del Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com) , la jurisprudencia se había apartado del criterio de la reciprocidad.

Ahora bien, diferenciamos la reciprocidad en materia de derecho aplicable de la que opera en el campo de la cooperación. Mientras en el primer caso se mueve en el terreno de un único juez - ¿aplico o no derecho extranjero? – en el ámbito de la CJI se desarrolla en torno a autoridades pertenecientes a distintos estados.

Este principio admitía debate entrado el siglo XX pues no era poca la doctrina que defendía la posición favorable a considerar a la CJI un acto discrecional, producto de la cortesía internacional del estado requerido<sup>10</sup>. Tal postura convivía con la sostenida por autores que incluso desde las primeras décadas de dicho siglo apoyaban el argumento que sostenía la obligatoriedad de los Estados de prestar cooperación a los países que la requerían para asegurar el imperio de la justicia. En esta línea, cabe citar al

---

<sup>9</sup> Para la consideración de cooperación judicial como deber, véase: ECHEGARAY DE MAUSSION, Carlos, E., Los objetivos del desarrollo sostenible y el acceso a justicia en la República Argentina, en: Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración – Número 12 – 24 de junio 2020, cita: IJ-CMXIX-674.

<sup>10</sup> Ver entre otros: MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, Derecho internacional privado, 8ª ed. Madrid, 1979, tomo 2, pp. 499-500; CALVO CARAVACA, Alfonso L. y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, Práctica procesal civil internacional, Formularios comentados, textos legales, jurisprudencia y casos prácticos, Granada, Comares, 2001, pp. 249.250.

gran jurista uruguayo Quintín Alfonsín quien embanderado en la obligatoriedad de prestar cooperación sostuvo que “ningún Estado puede paralizar de este modo la administración de la justicia; comete un acto muy parecido a la denegación de justicia, cuando sustrae los medios judiciales indispensables para la marcha de un proceso y reniega de la comunidad internacional de ideales y de intereses superiores, cuando invocando las facultades inherentes a su pretendida independencia, desconoce las obligaciones inherentes a su convivencia internacional”. Y agrega: “Con arreglo a esta última opinión, existe una norma jurídica internacional fundada en el interés de la justicia, que obliga a los estados a prestarse recíprocamente cooperación judicial. La reciprocidad que el juez exhortante, invariablemente invoca, recuerda este deber de cooperación y no es una promesa para que el Estado exhortado se decida con los ojos puestos en ella, a acceder a lo solicitado”<sup>11</sup>.

Nuestra posición se cimenta en considerar que la prestación de la CJI es hoy una práctica suficientemente asentada entre los estados dado que las fronteras nacionales no pueden alzarse como obstáculo para frustrar la continuidad de un proceso que tiene como objetivo alcanzar la justicia.

El actual Cód. Civ. y Com. recepta la aplicación de derecho extranjero adoptando la teoría del uso jurídico en el capítulo referido a disposiciones generales<sup>12</sup>. En tanto que la cooperación considerada un deber, integra el Capítulo 2: Jurisdicción internacional<sup>13</sup>.

Otros principios que traemos a colación por la relevancia que cobran en esta materia se vinculan principalmente, a la prestación de asistencia de primer grado que es la mas superficial desde la perspectiva soberana en función de las medidas que refiere. Así, las notificaciones, diligencias probatorias e información y prueba del derecho extranjero se ubican en la categoría mas voluminosa de la cooperación y menos comprometida.

Estas diligencias intervienen de manera positiva en el aseguramiento del principio de acceso a justicia como presupuesto del debido proceso, contribuyendo a garantizar el principio de contradicción en tanto posibilitan las notificaciones y emplazamientos en el extranjero, entre otras acciones de esta instancia de asistencia.

---

<sup>11</sup> Conf. ALFONSIN, Quintín, Informe sobre la cooperación internacional, Revista de la Facultad de Derecho, Montevideo, año IX, 1958, pp. 165-196.

<sup>12</sup> Art. 2595: Aplicación del derecho extranjero.

<sup>13</sup> Art. 2611: Cooperación jurisdiccional.

Va de suyo que contar con un tribunal competente en la esfera internacional y un sistema de DIPr. que brinde respuesta al problema contemplado en la normativa aplicable para decidir el caso, resulta insuficiente para garantizar los derechos de sus titulares. A tal fin, es necesario que la marcha del proceso no se vea dificultada, interrumpida o severamente demorada por las complicaciones que devienen de la necesidad de realizar determinados trámites ante una jurisdicción extraña<sup>14</sup>.

Siendo que las normas del ordenamiento jurídico deben interpretarse y aplicarse teniendo en cuenta las exigencias constitucionales, los valores de acceso a justicia y debido proceso que están también insertos en el Código, guían las reglas sobre la cooperación en tanto deber. Las normas de conflicto, así como todas las demás están sometidas a los límites y alcance que derivan de la constitución. La incardinación formal de los valores esenciales en el texto constitucional afecta a la forma en que los cambios en dichos valores se proyectan sobre las normas de DIPr<sup>15</sup>.

### *B. Las TICs. en la cooperación jurídica internacional*

Bien afirmaron los Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos que las TICs. acercan a los Estados a sus pueblos y facilitan el acceso a la información sin distinción de grupo social y económico y sin perjuicio de las densidades poblacionales y las diversidades geográficas<sup>16</sup>.

En este orden de ideas, se inscribe el avance notorio que denotan los medios tecnológicos como una verdad a todas luces incontrastable y el viaje producido durante esta época de pandemia, podría considerarse como

---

<sup>14</sup> Ver: HARRINGTON, Carolina, *Cooperación judicial internacional hoy: Avance de las comunicaciones directas en procesos de familia transfronterizos*, en: Familia, Derechos Humanos y Derecho internacional privado, (Eduardo Picand Albónico y Leonel Pereznieta), 2020, p. 189 y ss.

<sup>15</sup> ARENAS GARCÍA, Rafael, *Tiempo y valores esenciales del ordenamiento en DIPr*, en: Relaciones transfronterizas, globalización y derecho, Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas, USC- Stampa – CIMA, Civitas, Thomson Reuters, 2020, p. 151.

<sup>16</sup> La Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) es una organización internacional de carácter intergubernamental creada en 1992 por el “Tratado de Madrid”, que agrupa a los Ministerios de Justicia e instituciones homólogas de los veintidós países de la Comunidad Iberoamericana. Su objeto es el estudio y promoción de formas de cooperación jurídica entre los Estados miembros. Ver: <https://comjib.org/comjib/>

un “beneficio inesperado” para el desarrollo de la justicia a través de esta vía. Me animo a expresar que la tecnología al servicio del DIPr. canalizada por la CJI es un fenómeno que obra de contracara a tanta angustia, crisis y situación de padecimiento de la que aún desconocemos sus consecuencias finales, aunque no parece aventurado adelantar que tendrá un alto coste, tanto humano como económico y me animaría a decir que cultural ya que cambiará el modo en que la persona afronta y modifica la naturaleza.

Es cierto que principios y reglas de CJI elaborados en ámbitos institucionales o en foros de codificación, -ASADIP, UNIDROIT-, hacen mención a la tecnología para facilitar el auxilio; sin embargo, no lo es menos que hasta hace poco tiempo, el empleo de estos medios encontraba alta resistencia.

A partir del aislamiento forzoso, preventivo y obligatorio ya no es una elección valerse de la tecnología en el ámbito judicial<sup>17</sup>, sino que se convirtió prácticamente, en la única opción para no frustrar la continuidad de los procesos, principalmente en cuestiones urgentes, es decir, aquellas que no admiten dilación alguna<sup>18</sup>.

El factor tiempo constituye uno de los elementos configurantes de las garantías procesales y así lo recepta también el Cód. Civ. y Com., al legislar sobre la asistencia procesal internacional en el art. 2612<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Son importantes y variados los aportes de la tecnología en el campo legal, así, podemos mencionar la E-apostilla, los trabajos en redes, los exhortos y notificaciones electrónicas y comunicaciones judiciales directas. Para mayor ilustración ver: VILLEGAS, Candela, *Nuevas tecnologías como herramientas en la comunicación jurídica interna e internacional*, Universidad Siglo 21 y Ministerio de Ciencia y Técnica, Córdoba, 28 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=SKJoKqbaak&t=1792s>

<sup>18</sup> Es el caso de conflictos en derecho de familia, prestación alimentaria; sustracción internacional de niños, entre tantos otros en los que no es posible dilatar su resolución para cuando se decida el retorno a la actividad, atendiendo a que este regreso, tiene una fecha incierta.

<sup>19</sup> El Código Civil derogado no contenía disposiciones acerca de la cooperación de mero trámite y probatorias. Tampoco regulaba sobre las comunicaciones directas entre jueces argentinos y autoridades extranjeras. Ver: SCOTTI, Luciana, *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho internacional privado*. Hammurabi-José Luis Depalma, editores, Buenos Aires, 2015, p. 107.

### 3. Las TICs. como herramientas necesarias para la obtención internacional de pruebas

En el mundo que transitamos imbuido de un sin número de situaciones que son fruto de la globalización<sup>20</sup>, no puede causarnos asombro el protagonismo que están adquiriendo las nuevas tecnologías. Las circunstancias pergeñadas a raíz de esta pandemia dejan al descubierto la relevancia de incorporar decididamente, estos medios que, como hemos destacado y señalaremos seguidamente, aparecen en instrumentos jurídicos internacionales<sup>21</sup>.

El planteo que nos interpela se vincula directamente con la viabilidad de compatibilizar el uso de la videoconferencia y las audiencias conjuntas que se valen de la tecnología, en orden a la prueba internacional. El tema consiste en ponderar la seguridad jurídica<sup>22</sup> que ofrece el empleo de la tec-

---

<sup>20</sup> BASEDOW analiza el concepto de globalización como fuerza motora de la sociedad abierta, transitando por diversos factores entre los cuales podemos mencionar: la innovación tecnológica atribuyendo el fenómeno básicamente a las últimas dos décadas del siglo XX, los intercambios transnacionales y el comercio como flujo de bienes y servicios, la inversión extranjera directa como flujo de capital, y la migración como flujo de personas. Señala el jurista que la “globalización tal y como es concebida por las ciencias sociales actuales ... se relaciona de manera directa con el orden anterior, en el cual una sociedad caracterizada por un sistema de Estados-nación autosatisfechos y claramente separados, simultáneamente representaba el modelo contrario al - y era el punto de partida para el- proceso de globalización”. Este proceso fue entendido entonces, como una creciente permeabilidad de las fronteras nacionales en asuntos sociales y económicos, acarreado diversas consecuencias en todos los campos. Ver: BASEDOW, Jürgen, *El derecho de las sociedades abiertas, Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes*, Traducción Teresa Puig Stoltenberg, Legis Editores, Colombia, 2017, ps. 33-34. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que a partir de la pandemia del covid-19, mucho se está discutiendo sobre un fenómeno que podría sobrevenir a este instancia, que es la des-globalización del mundo. Véase: *Coronavirus: ¿por qué la pandemia puede acelerar la desglobalización de la economía mundial (y qué peligros conlleva eso)?* Redacción BBC News Mundo, 15 abril 2020. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52155208>

<sup>21</sup> En estos temas, nos basamos en ideas vertidas en DREYZIN DE KLOR, Adriana, *Implicancias de la pandemia COVID-19 en el derecho internacional privado*, en: *Implicancias de la pandemia COVID-19 en el Derecho Privado* (Ramón Daniel Pizarro y Gustavo Vallespinos, Directores), Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 2020, en prensa.

<sup>22</sup> La seguridad jurídica es un principio que ha sido muy vapuleado según las épocas y los momentos políticos por los que han pasado los estados latinoamericanos, al punto que, de tan reiterado, su consistencia más que matizarse se volvió dudosa. El axioma se vincula con el conocimiento certero de los derechos y obligaciones de la persona, de modo tal que pueda estarse en condiciones de prever las consecuencias de los actos. No es por azar que la seguridad jurídica va de la mano de los principios de certeza y

nología en el proceso. Es oportuno referirnos a este factor con la experiencia que proviene de la coyuntura, ya que en el día a día se emplea esta vía comunicacional que propiciamos se utilice con mayor rigor, en el campo de la prueba internacional.

Como punto de partida cabe decir que justicia - tecnología, no son cuestiones antagónicas, ni mucho menos, áreas incompatibles<sup>23</sup>; por el contrario, estamos frente a ámbitos que se interrelacionan recíprocamente, que deben articularse por un mismo ramal para garantizar la realización de los principios de derechos humanos que impregnan el proceso. Conocemos que no son pocas la posiciones que hasta hace apenas un tiempo se resistían al cambio. Si bien en algún momento, en los inicios de la transición, -papel / tecnología- podía comprenderse el temor de algunos operadores, actualmente no existe motivación alguna que justifique tal resistencia, atendiendo a los resultados que desde toda perspectiva, se materializan a través del uso de las TICs. en los procesos. Mas aún, les reconocemos especiales beneficios en la arena internacional ya que la distancia provoca mas demora, mayores erogaciones y en definitiva, estos factores pueden derivar en denegación de justicia.

No obstante las bondades enunciadas, puede traerse como ejemplo de dicha resistencia, lo acontecido en el proceso de elaboración de la Guía de Buenas Prácticas en el Uso de Video-enlace de la Convención sobre Pruebas de 1970, en La Haya<sup>24</sup>. En el informe elaborado, la investigación refleja cierta negación a aceptar su uso, la que provenía de numerosos países latinoamericanos que resistían la práctica de video conferencia. Es curioso que haya sido así siendo que en la elaboración de las normas, las posiciones parecían ser favorable a dicha práctica. Empero, la afirmación se efectúa en tiempo verbal, pasado, pues hoy, no solamente ya se presentó la Guía de Buenas Prácticas – que es *soft law* – sino que ante la realidad de

---

previsibilidad. Conf.: SANCHEZ AGESTA, Luis, *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ediciones Nacionales, 1980, p. 76.

<sup>23</sup> Puede consultarse el Informe del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya en el uso de videoconferencia y otras tecnologías modernas en la obtención de pruebas en el extranjero (2015) en <https://assets.hcch.net/docs/20ba36d9-3aa9-45ff-b82b-4ead24db148c.pdf>

<sup>24</sup> Presentada por el Secretario General de la Conferencia de La Haya, Dr. Christophe Bernasconi. Publicada por la Conferencia de La Haya, Permanent Bureau, La Haya, 2020.

la pandemia, no queda espacio para debatir sobre la relevancia que consagra la implementación de esta metodología<sup>25</sup>.

Realicemos un breve paréntesis para referirnos a esta Guía sobre el uso de video conferencia de la Convención de 1970 sobre pruebas en el extranjero en materia civil y comercial que se presenta en 2019. En la introducción se señala que ha podido redactarse gracias a la previsión de los autores de la convención de adoptar un enfoque neutral en cuanto a la tecnología. Resulta interesante advertir que una convención que fuera elaborada hace cincuenta años continúa siendo atractiva para países ratificantes y, en esta actitud, se advierte que influye el hecho de la publicación de la tercera edición del Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio (2016). La utilización cada vez mas frecuente de la tecnología y particularmente de la videoconferencia requirió una orientación mas detallada y la Guía de Buenas Prácticas contribuye a tal objetivo.

El documento es fruto del trabajo de un Grupo de Expertos internacionales que tomó en cuenta al elaborarla, las respuestas enviadas por los Estados Parte consultados en orden a considerar la existencia o no de obstáculos legales para utilizar el enlace de video conferencia<sup>26</sup> bajo el paraguas de dicha Convención.

La guía señala que en el contexto de los procedimientos judiciales, el enlace de video no está sujeto a las fronteras tradicionales; permite a las partes, sus representantes y/o testigos comparecer y / o testificar ante un tribunal en una unidad territorial diferente del estado ante el cual tramita la causa. Todo ello con la consiguiente reducción de tiempo, así como de los costos y agrega algunos aspectos interesantes como son, la reducción del impacto ambiental que provoca viajar al país en el cual se encuentra radicado el tribunal, y la importancia que tiene la video conferencia, para superar la incapacidad de una o mas personas para participar en el proceso.

---

<sup>25</sup> Ver más adelante, el desarrollo del tema en el acápite V. Sustracción internacional de menores. Inclusive, en el mes de marzo se echó mano de la recientemente presentada Guía de Buenas Prácticas, llevándose a cabo las audiencias por videoconferencia.

<sup>26</sup> A fin de definir que se entiende por “enlace de video”, la Guía de Buenas Prácticas se refiere a la tecnología que permite que dos o mas ubicaciones interactúen simultáneamente mediante transmisión de video u audio bidireccional, lo que facilita la comunicación e interacción personal entre estas ubicaciones. (la traducción es propia). A medida que la práctica se ha ido introduciendo en la dinámica procesal, así como en los mecanismos de cooperación jurisdiccional transfronteriza se han ido elaborando diversas definiciones como videoconferencia, o comunicación remota.



Particularmente, cuando se trata de testigos cuya falta de disponibilidad puede causar retrasos en la continuidad de los procesos.

Sin embargo se deja asentado que la videoconferencia no siempre es apropiada sino que hay circunstancias en las que la persona debe comparecer o testificar ante un tribunal. Siendo así, esta vía se sigue considerando un complemento y no un sustituto, de los métodos tradicionales de obtención de pruebas en el tribunal. Las razones que motivan esta posición resultan del nivel de interacción personal que pueda requerirse con el testigo pues indudablemente, es inevitable que por medio de la tecnología, resulte menor que cuando el testigo está físicamente presente en el tribunal.

En definitiva, la Guía de Buenas Prácticas para el uso de videoconferencia elaborada en el marco de la Conferencia de La Haya contribuye a mejorar el acceso a justicia y a alcanzar decisiones mejor argumentadas a la vez que a desarrollar procedimientos judiciales más eficientes.

Este breve sobrevuelo relativo al instrumento mencionado nos acerca a parte de la respuesta que pretendemos esbozar, ya que podemos encontrarla en el resultado que alcancemos trazando una línea que une la normativa que se viene adoptando en los foros de codificación internacional y asociaciones internacionales, dando espacio al *soft law* que cobra por sí mismo carta de ciudadanía<sup>27</sup>.

Los Convenios de La Haya sobre procedimiento civil han desarrollado una exitosa maquinaria cooperativa y en base a la misma se establece un sistema de cooperación transfronteriza directa, con amplias responsabilidades para las autoridades centrales.<sup>28</sup> Además, es relevante la interpretación que se realice de estos instrumentos desde todas sus aristas, especialmente la interpretación sistemática y teleológica, valiéndonos asimismo del diálogo de las fuentes<sup>29</sup> para completar el acervo necesario. Es significativa

---

<sup>27</sup> El *soft law* se ubica entre las iniciativas que se propician a nivel internacional, además de los trabajos que se llevan a cabo en marcos convencionales, institucionales y autónomos. En la actualidad, recibe un significativo aliento la tendencia de armonizar las legislaciones procesales unificando reglas y principios para los litigios comerciales internacionales. DREYZIN DE KLOR, Adriana, *Los instrumentos de cooperación jurisdiccional del MERCOSUR ¿útiles a la asistencia?*, en: Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009 – 3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 588.

<sup>28</sup> Ver Van LOON, Hans, *El horizonte global del Derecho internacional privado*, ASADIP/ RVLJ, Caracas, 2020, p. 70.

<sup>29</sup> Conf. JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne — Cours général de droit international privé 1995*», en: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, II, 1995, p. 33 y ss.

esta articulación, a efectos de que las nuevas tecnologías, con los límites que puedan reconocer – cada vez mas, quedan acotados a la observancia de los DDHH- y teniendo presente que puede surgir alguna incompatibilidad en los modos de accionar de cada Estado, sean un instrumento idóneo y legal para facilitar la continuidad de los juicios en el espacio, en el campo probatorio a nivel internacional.

El devenir denota su presencia y deja su huella, particularmente en el desenvolvimiento de la cooperación entre las autoridades que intervienen y las vías que se emplean para la tramitación de la prueba. Obviamente, esta metodología no aparece expresamente en algunos instrumentos jurídicos elaborados muchos años atrás<sup>30</sup>, empero, aunque no haya referencia a la telemática puede admitirse su uso con una interpretación laxa de los mismos. El tiempo no transcurre en vano, y este hecho se refleja a partir de factores que provienen de distintos motivos: por un lado, los Tratados de DDHH aprobados en el siglo XX operan como el gran paraguas bajo el cual se ubica toda la normativa plasmada desde entonces. Por otro lado, el desarrollo de la cooperación como respuesta a la premisa expuesta en la primera parte de nuestro planteo, ha generado una verdadera revolución en materia de comunicaciones judiciales. De esta suerte, no es azaroso que se hayan multiplicado las vías de comunicación entre los tribunales, reconociendo efectos en el tema de la prueba<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Los Tratados de Derecho procesal internacional Montevideo de 1889 y de 1940, por ejemplo, que marcan el inicio de la codificación internacional, no podían prever mecanismos de este tenor, hecho que no requiere mayor explicación, situándonos en la época y las circunstancias. En el área legislada sin embargo, las diferencias entre dichos Tratados y los instrumentos posteriores, en cuanto a las soluciones adoptadas normativamente, no son en absoluto, abismales. Ver DREYZIN DE KLOR, Adriana, *Regulación de los juicios y de la prueba. Rol pionero y trascendencia del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889. Vigencia de sus soluciones en perspectiva comparada con la región y el mundo*. En: Jornadas 130 Aniversario Tratados de Montevideo 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual. FCU, Montevideo, 2019, pp. 354-370.

<sup>31</sup> No resulta novedoso reconocer la importancia que tienen las redes de jueces a nivel internacional para facilitar la comunicación entre ellos. Un magnifico ejemplo de este fenómeno es la Red internacional de jueces de La Haya; refleja resultados exitosos y un desarrollo significativo abarcando magistrados de los cinco continentes. Fue creada en el marco del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 25 de octubre de 1980. Se conformó a partir de la designación por país de uno o varios jueces de enlace, quienes tienen a su cargo evacuar las consultas formuladas por sus colegas o direccionar la misma al juez de su estado, según corresponda. Conviene destacar que se ha elaborado una Guía sobre “Lineamien-

#### 4. Las nuevas tecnologías al servicio de la justicia

La introducción de nuevas tecnologías en la actividad de la administración de justicia conlleva una suerte de revolución de los modos de trabajar de los órganos implicados en la prestación del servicio. Nos toca asistir, más aun, ser protagonistas de una renovación profunda tanto material como conceptual, que afecta la mentalidad tradicional con la que se venía operando<sup>32</sup>.

Desde esta perspectiva, hay un objetivo que de forma meridiana nuclea a todos los operadores del derecho, que no es otro que coadyuvar a dotar de dinamismo a los procesos judiciales. En esta centrifugación de actitudes, la cooperación jurídica internacional<sup>33</sup> se erige como un instrumento fundamental para proporcionar celeridad a las actuaciones y garantizar los derechos humanos fundamentales.

El fenómeno se entiende pues el uso de medios técnicos y electrónicos en el ámbito judicial transfronterizo tiene el potencial de facilitar el proceso, acelerar los tiempos y reducir los costos, de allí este permanente abogar por su utilización en los litigios internacionales<sup>34</sup>.

---

tos emergentes, relativos al desarrollo de la Red internacional de Jueces de La Haya y Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya". El objetivo es fijar todas las bases en que se debe desarrollar el mecanismo, y lo realiza en forma detallada, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las garantías procesales.

<sup>32</sup> Conf. TIRADO ESTRADA, Jesús, J. *Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso*", en Rev. Secr. Trib. Perm. Revis., Año 5 N° 10, octubre 2017, pp. 153-154.

<sup>33</sup> Legislaciones modernas sobre cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial recogen la posibilidad de emplear cualquier medio tecnológico y de comunicación en la práctica de diligencias procesales que vayan a realizarse en el territorio de otro Estado. Cabe citar como ejemplo, la Ley Española de Cooperación Jurídica Internacional de 2015 en los apartados 1 y 2 del artículo 17 de la Ley 29/2015, de 30 de julio.

<sup>34</sup> VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, *Artículo 17. Medios técnicos y electrónicos*, en: Méndez González, Fernando P. y Palao Moreno, Guillermo (directores) *Comentarios a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, España, Tirant lo Blanch - Registradores, Valencia, 2017, pp. 220-221.

A. *¿Cuáles son las cuestiones que interesa responder a la luz de esta temática?*

En la línea que apuntalamos, el tema justicia/pruebas/tecnología, está intrínsecamente vinculado a esta revolución, y de cara a la necesidad de agilizar la tramitación de la prueba, estimamos oportuno traer a colación la reunión que tuvo lugar en Buenos Aires con motivo de la celebración de los 125 años de la Conferencia de La Haya<sup>35</sup>.

Reflexionamos entonces sobre una cuestión atinente a la prueba internacional, que considero que es la que está en la cresta de la problemática y es atinado recordar hoy en esta crisis provocada por el COVID-19, pues engarza directamente con la materia en comentario. Este punto vinculado a lo establecido anteriormente con relación a la Guía de Buenas Prácticas elaboradas. Podría considerarse que el hecho de haber sido presentada la Guía de Buenas Prácticas vuelve abstracto el tema. Sin embargo ¿entendemos que no es así pues sirve para reflejar posiciones que se mantienen vigentes sobre la materia. Recuérdese que la Guía es un instrumento de *soft law*, en consecuencia con el alcance jurídico que dicha regulación reconoce.

El interrogante que nos fuera planteado en dicha reunión fue el siguiente:

¿Es posible en el marco del art. 9.2 del Convenio sobre recepción de prueba en el extranjero de 1970, que la Autoridad requirente interroge directamente a la persona requerida por videoconferencia?<sup>36</sup>

El Grupo de Expertos que estudió el punto consideró que resultaría más conveniente el abordaje de la utilización de la videoconferencia dentro del marco del convenio existente y no elaborar una nueva convención<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> HARRINGTON, Carolina, *Reunión Latinoamericana sobre implementación y funcionamiento de los convenios de La Haya sobre cooperación jurídica y protección internacional de niños*, ElDial.com - CC54FC.

<sup>36</sup> Art. 9: “La autoridad judicial que proceda a la ejecución de una carta rogatoria, aplicará en cuanto a la forma las leyes de su propio país. Sin embargo, se accederá a la solicitud de la autoridad requirente de que se aplique un procedimiento especial, excepto si este procedimiento es incompatible con la ley del Estado requerido o es imposible su aplicación debido a la práctica judicial del Estado requerido o por sus dificultades prácticas. La carta rogatoria se ejecutará con carácter de urgencia”.

<sup>37</sup> A nivel global el Convenio es considerado un instrumento apto para el uso de las videoconferencias. Ello surge de la Conclusión N° 4 de la Comisión Especial de 2003 que evaluara su funcionamiento, como de la Conclusión N° 55, de la Comisión Es-

Los fundamentos de la decisión pueden encontrarse en el Preámbulo de la Convención, en el cual los Estados Partes enfatizan en el propósito que se pretende concretar, que no es otro que facilitar la remisión y ejecución de cartas rogatorias y promover la concordancia entre los diferentes métodos que los mismos utilizan a estos efectos, a la vez que incrementar la eficacia de la cooperación judicial mutua en materia civil o mercantil.

Desde esta mirada, la idea del Grupo de Expertos, consistió en incentivar el uso de las nuevas tecnologías en el marco del art. 9.2 del Convenio; específicamente, se trató la posibilidad que la autoridad requirente de un Estado Parte interrogue de forma directa a la persona requerida que se encuentra en otro Estado Parte, valiéndose de la nueva tecnología, por caso, de la videoconferencia<sup>38</sup>.

Interesa entre otros puntos que nos llevan a volver sobre esta cuestión que el planteo bien podría efectuarse en orden a otros convenios sobre prueba<sup>39</sup>. En todos los casos, el péndulo se mueve en torno al derecho del juez requirente y el derecho del juez del Estado requerido.

Estimamos que echando mano al diálogo de fuentes<sup>40</sup>, que incluye las reglas y principios de *soft law*, una interpretación sistemática y bajo

---

pecial de 2009. A partir de esta decisión, el Grupo de Expertos celebró una reunión identificando las cuestiones principalmente prácticas, que deberían abordarse en un instrumento flexible, atendiendo a las particularidades de los Estados; a tal efecto circularon un cuestionario. La idea consistió en elaborar una guía que brindara comentarios pormenorizados sobre el uso de la videoconferencia o enlace de video, como se conoce también, dentro del funcionamiento de la Convención. En la reunión celebrada entre el 5 y 8 de marzo de 2019 se comunicó al Consejo de Asuntos Generales y Política la preparación del Proyecto de Guía de Buenas Prácticas, estableciéndose que el borrador debería circular entre los miembros para recoger los comentarios y aportes que pudieran presentarse. Cumplido este recaudo debería regresar al Grupo de Expertos para que una vez que se cuente con la versión final, ésta sea elevada a los miembros para su aprobación, siempre que no surjan objeciones.

<sup>38</sup> Conforme expresa TIRADO ESTRADA, "... la videoconferencia consiste básicamente en un sistema interactivo de comunicación que transmite simultáneamente y en tiempo real la imagen, el sonido y los datos a distancia (en conexión punto a punto), permitiendo relacionar e interactuar, visual, auditiva y verbalmente, a un grupo de personas situadas en dos o mas lugares distintos como si la reunión y el diálogo se sostuviese en el mismo lugar". Art. cit. nota 31.

<sup>39</sup> CIDIP I sobre recepción de pruebas en el extranjero (Panamá, 1975). Protocolo adicional a la CIDIP sobre recepción de pruebas en el extranjero (la Paz, 1984).

<sup>40</sup> JAYME, Erik, *Derecho internacional privado y cultura pós-moderna*. En: Cuadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, Vol. I N° 1 Março, PPGDir./UFRGS, 2003.

una óptica teleológica, bien podemos afirmar que su utilización uniría la legitimidad con la legalidad.

Ciertamente, y como no puede ser de otra manera - ya hemos adelantado - la aplicación de las nuevas tecnologías a estos instrumentos jurídicos, buceando en el espíritu y letra de los mismos, no constituye un obstáculo para echar mano de ellos. Es más, nos animamos a aseverar que el funcionamiento de estos acuerdos jurídicos de fuente internacional se ve optimizado sustancialmente mediante la aplicación de los instrumentos de la era informática.

La videoconferencia no es el único componente tecnológico que interesa pues si nos referimos a la importancia que estas tecnologías revisten en orden a la prueba en el terreno internacional, debemos considerar numerosas hipótesis que pueden registrarse. En esta línea, mencionamos la prueba electrónica o en soporte electrónico<sup>41</sup> y su admisibilidad en el proceso internacional. Empero, este punto no suma al análisis transfronterizo pues dependerá de la admisibilidad que reviste en el país en el cual pretende hacerse valer. Reiteramos, la cuestión está en diferenciar la admisibilidad de la prueba en si y la cooperación jurídica en este campo.

Es decir que un aspecto, se vincula al alcance de la prueba obtenida en el extranjero mediando el uso de las nuevas tecnologías y su admisión en el proceso local. Otro tema es la posibilidad de utilizar medios técnicos y electrónicos para la comunicación entre las partes y los tribunales, la realización y documentación de actuaciones procesales mediante sistemas de grabación, el diligenciamiento de exhortos por vía telemática, y particularmente la práctica de pruebas por estos mismos medios, empleando prioritariamente la videoconferencia. Este instrumento, en el sentido que la autoridad requirente interroga directamente a la persona requerida que se encuentra en otro Estado a través de esta herramienta tecnológica. Como puede apreciarse en alguna jurisprudencia dictada durante la pandemia, particularmente en materia de sustracción internacional de niños,

---

<sup>41</sup> La prueba electrónica o en soporte electrónico ha sido definida como aquella información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido sea mediante el convencimiento psicológico, sea al fijar este hecho como cierto, atendiendo a una norma legal. BIELLI, Gastón, E., *Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil*, en: L.L., 2018-E.

los tribunales se han valido de este medio para celebrar audiencias entre progenitores que se encontraban en diferentes países<sup>42</sup>.

Es necesario no solo contar con disposiciones que admitan y mas aún, incentiven la inclusión de marcos normativos preparados para la instrumentalización de la actividad judicial mediante las nuevas tecnologías, sino que cuando se requiera el uso de medios técnicos para una concreta actuación procesal en otro país, la tecnología esté en condiciones de garantizar la autenticidad de la comunicación y de su contenido, así como la certeza de la recepción y el momento en que se realiza.

### *B. Tecnología y Derechos humanos*

Todas las actuaciones a las que nos referimos deben estar enmarcadas en los principios que hoy imperan a nivel universal y que se plasman en las fuentes de las diversas dimensiones jurídicas elaboradas a partir de la vigencia de los Tratados de Derechos Humanos<sup>43</sup>. El uso de la tecnología, comulga con los axiomas que derivan de estos Tratados en función de los efectos que produce su empleo en la realización de justicia, al posibilitar una solución más ágil de las actuaciones judiciales y dotándolos de una mayor publicidad. A lo largo de estas líneas hemos referido principios inspiradores de la legislación que se encuentran normativamente plasmados en los Tratados universales y han sido incorporados con rango constitucional en nuestro país. Es más, la constitucionalización del derecho privado a partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial es un fiel reflejo del lugar que estos principios ocupan en la legislación nacional<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Ver jurisprudencia actual sobre el particular en DREYZIN DE KLOR, Adriana, La incidencia del COVID-19 en la protección internacional de niños, niñas y adolescentes en: Las heridas jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia del COVID-19, Academia de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, La Ley, en prensa, 2020.

<sup>43</sup> BRITOS, Cristina, *El rol de la constitucionalización en el derecho internacional privado actual, desde la mirada del nuevo Código Civil y Comercial, y el resplandor del control de convencionalidad*, en *RCCyC 2015* (diciembre), en: L.L. online: AR/DOC/3256/015, p. 245 ss.

<sup>44</sup> Ver LORENZETTI, Ricardo, *Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación*, en L.L. 2014-E, p. 1 y ss. Con relación a la constitucionalización del Derecho internacional privado, ver: DREYZIN DE KLOR, Adriana, con la colab. de CASOLA, Laura, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo XI*. Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni Editores, 2015.

### *C. La videoconferencia en las normas*

La utilización de la videoconferencia en el campo de la prueba, esta receptada a nivel regional en la Unión Europea que cuenta con el Reglamento (CE) n° 1206/2001. Se prevé expresamente el uso de la videoconferencia para la obtención de pruebas en el extranjero (arts. 10 apartado 4 y 14 apartado 4), y además se ha desarrollado la “Guía Práctica para la Aplicación del Reglamento Relativo a las Diligencias de Obtención de Pruebas”. Esa Guía incluye en su Capítulo V, un apartado especial (D) titulado “Normas relativas a la aplicación de medios modernos de comunicación”, en el cual se promueve el uso de la videoconferencia como una forma de garantizar una obtención de pruebas rápida y eficaz en ese ámbito territorial.

En 2014, a partir del apoyo otorgado por el Consejo de Europa, se crea un grupo de trabajo con el propósito de fomentar la utilización práctica de las videoconferencias transfronterizas y compartir las mejores prácticas y los conocimientos de expertos sobre aspectos organizativos, técnicos y jurídicos. El informe final, que se presentara en marzo de 2015, contiene una serie de recomendaciones específicas relativas a los trabajos futuros en este campo. En el documento se identifican algunos de los obstáculos que se configuran en el empleo de los servicios de videoconferencia por parte de los Estados miembros en situaciones transfronterizas. En consecuencia, debía priorizarse el tratamiento de estos aspectos<sup>45</sup>.

No se agotan allí las labores de la UE en aras de desarrollar el uso de la tecnología para la cooperación jurídica internacional. Luego de la publicación del cuadro de indicadores de la justicia en la UE de 2018,<sup>46</sup> se continúa trabajando con las miras puestas en ese objetivo.

También a nivel regional, debe destacarse el trabajo de la Conferencia de Ministros de Justicia de Iberoamérica en esa materia (COMJIB), que desarrollaron y aprobaron en el mes de diciembre de 2010 el “Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia”, y su respectivo Protocolo Adicional. El primero, plasma una serie de pautas sencillas para la realización de videoconferencias y el segundo aborda específicamente, la cuestión de

---

<sup>45</sup> Ver [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015H0731\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32015H0731(01)&from=ES)

<sup>46</sup> Cuadro de indicadores de la justicia en la UE de 2018: el papel clave de los sistemas judiciales en el mantenimiento del Estado de Derecho y de los valores de la UE europea. [eu/rapid/press-release\\_IP-18-3932\\_es.pdf](https://rapid.press-release_IP-18-3932_es.pdf)



los costos, régimen lingüístico y remisión de solicitudes para las videoconferencias<sup>47</sup>.

En la ciudad de Medellín se elaboró un nuevo instrumento jurídico iberoamericano en materia de cooperación internacional entre autoridades. Nos referimos al “Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales”<sup>48</sup>.

Este Tratado nace sin pretensión regulatoria viniendo a complementar los tratados que se encuentran vigentes en materia de cooperación. El núcleo del Tratado de Medellín gira en torno a impulsar la plataforma electrónica Iber@ como vía preferente de transmisión de los pedidos de cooperación de parte de las autoridades centrales, eliminando el requisito de transmisión en soporte papel. Este aspecto es uno de los que se destaca en el documento pues se evita dedicar esfuerzos, emplear tiempo o destinar recursos para replicar lo que se envió electrónicamente, mediante un envío en soporte físico. El Tratado no se aplica a los supuestos en que las partes interesadas se encarguen del trámite de las solicitudes, ya sean exhortos o, en su caso, pedidos de informes<sup>49</sup>.

Resulta ilustrativo señalar el rol que pueden cumplir los tribunales supremos de los países en este campo. En Argentina, se han dedicado esfuerzos para elaborar reglamentaciones que promueven el uso de la videoconferencia, así la Acordada 2013 dictada por la CSJN<sup>50</sup>. Consideramos loable este tipo de reglamentaciones provenientes del máximo tribunal de un país, el cual, además de poner a disposición de los jueces los medios tecnológicos necesarios para su realización, genera confianza y fomenta su uso entre los jueces, quienes a sabiendas de que es la máxima autoridad judicial la que promueve su utilización, debieran tener menos reparos para ponerlos en práctica.

---

<sup>47</sup> En vigor desde el 24/08/2016, aunque no todos los Estados ratificaron el instrumento. En Argentina no está vigente pese a haber sido aprobado mediante Ley 27.162 ya que no se depositó el instrumento de ratificación.

<sup>48</sup> Este Tratado se elabora en Medellín, Colombia, el 24-25 de julio de 2019 y es firmado por ministros de Argentina, Brasil, Chile, España, Paraguay, Portugal, Uruguay y Colombia.

<sup>49</sup> Sobre este Tratado puede verse: ALBORNOZ, María M. y PAREDES, Sebastián, Nuevo Tratado de Medellín: La tecnología de la información al servicio de la cooperación internacional. En CIDE: Derecho en Acción, México, octubre 14, 2019.

<sup>50</sup> Acordada 20/13 dictada el 2 de julio de 2013.

Asimismo, algunas provincias cuentan con regulaciones sobre el medio informático, y en este sentido como ejemplo puedo citar Córdoba, con el Acuerdo Reglamentario N° 1281 – 7/5/15- Establecimiento de video conferencia directa entre dependencias judiciales, aprovechando al máximo el uso de la tecnología.

Las garantías previstas en la legislación del país donde se lleva a cabo la práctica probatoria solicitada, esto es conforme la normativa procesal de la ley del juez que entiende en la causa, debe interpretarse como respeto a las garantías procesales y respeto a los derechos fundamentales.

La incompatibilidad que pueda presentarse entre ambos sistemas ¿debe resolverse denegando la cooperación o reconduciendo la práctica de la prueba a una modalidad prevista por la ley del estado en que se realiza? Aquí la metodología consignada *supra* juega un papel central, pues por un lado estaría la rigidez, pero desde otro costado la no lesión a los principios de flexibilidad y coordinación en aras de la eficacia. La flexibilidad implica que se encare la cooperación a través de mecanismos abiertos buscando la adecuación y conveniencia al caso concreto; dicho de otra forma, que las singularidades del caso no supongan un obstáculo o inconveniente para la práctica de las solicitudes realizadas<sup>51</sup>. La coordinación, en tanto, es entendida como el deber de las autoridades judiciales y administrativas nacionales de cooperar con las que corresponda del extranjero, estableciendo un contacto fluido<sup>52</sup>. En todo caso, es el orden público el que dirá la última palabra.

## II. La justicia y la tecnología: ambas por la misma senda

El acceso a justicia ha sido incorporado entre los objetivos que los Estados se fijaron al aprobar la agenda 2030 para el desarrollo sostenible<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Conf. RODRIGEZ BENOT Andrés, *La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, en: Cuadernos de Derecho Transnacional, vol 8, 2016, n° 1, p. 238.

<sup>52</sup> Ver RUBAJA, Nieve, *Actualidad en derecho internacional privado de familia 1/2020* en: RDF 94, 179.

<sup>53</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 25 de setiembre de 2015. Aprobación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Está compuesta por diecisiete objetivos conocidos como ODS y por ciento sesenta metas. Es un proyecto mas ambicioso que los Objetivos del Milenio (ODM). Ver: QUISPE REMON, Florabel, Acceso a la justicia y objetivos del desarrollo sostenible. En: *Objetivos de desarrollo sostenible y Derechos humanos: Paz, justicia e instituciones sólidas /Derechos humanos y empresas* (Directores: Carlos R. Fernández Liesa- Castor M. Díaz Barrado),

Nos interesa particularmente el objetivo dieciséis en tanto señala “facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces responsables e inclusivas a todos los niveles”. Bajo esta premisa se consigna como meta promover el imperio de la ley a nivel nacional e internacional y garantizar la igualdad del acceso a la justicia para todos.

El propósito es de carácter universal en el sentido de su alcance y funciona como plataforma de efectividad de otros derechos humanos. Hacer referencia al acceso a la justicia comprende tanto la asunción de competencia por parte de un juez o tribunal como al reconocimiento y ejecución de la sentencia de manera eficaz<sup>54</sup>.

Se trata de un derecho humano que forma parte del núcleo duro de esta categoría y su reconocimiento y protección efectiva contribuye a la construcción de una sociedad pacífica, equitativa y justa. No hace falta decir entonces que en la actualidad, el acceso a justicia es algo más que un mero recurso a los tribunales. Comporta la apertura global de un sistema a una justicia justa e imparcial, cuya eficacia y legitimidad pueden ser revisadas bajo las normas internacionales. Entre otras causales de denegación de justicia se incluyen las siguientes: a) que se produzcan retrasos indebidos e inexcusables en el juicio, b) que no se proporcionen las garantías generalmente consideradas indispensables para la correcta administración de la justicia, c) que las sentencias sean pronunciadas y ejecutadas en abierta violación de la ley o de un tratado internacional, d) que las sentencias sean manifiestamente perversas<sup>55</sup>.

En esta línea, la eficiencia de los derechos humanos que el DIPr está llamado a proteger está íntimamente ligada a la conquista de nuevos espacios, en los que las tecnologías de la información adquieren un rol fundamental, para construir un proceso internacional más ágil que instrumente la cooperación jurídica internacional como un principio insoslayable.

---

Colección Electrónica Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Madrid, N° 9, 2018. p. 235.

<sup>54</sup> Para mayor ilustración sobre este objetivo ver : ECHEGARAY DE MAUSSIÓN, Carlos E., Los objetivos del desarrollo sostenible y el acceso a la justicia en la República Argentina, Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la integración N° 12, Junio 2020.

<sup>55</sup> Conf. FERNANDEZ ROZAS, José C., *Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el forum necessitatis*, en: Desarrollos modernos del Derecho internacional privado, Libro Homenaje al Dr. Leonel Pereznieta Castro, Tirant lo Blanch, México, 2017, p.7.

La innovación se convirtió en un valor altamente positivo, con connotaciones mágicas que se asocia a procesos de reforma continua. Ese sentido positivo que reconoce merced a la labor de Schumpeter, le otorgó a la innovación “el rol central de ser la fuerza que impulsa desde dentro los cambios estructurales necesarios para que sucedan los procesos históricos de cambio”.

Es a través de la definición que proporciona el economista austro-estadounidense que podemos unir las secuencias del tiempo. Afirma en 1942, que se entiende por innovación aquello que producen los emprendedores cuando “...reforman o revolucionan los modelos productivos mediante la explotación de una invención, o bien de una nueva posibilidad tecnológica para generar un producto nuevo, producir de manera novedosa un producto ya conocido, abriendo una nueva fuente de suministro de materias primas o una nueva boca de expendio para ese producto, reorganizando una industria y así sucesivamente...”<sup>56</sup>.

Desde esta óptica, el sistema judicial se encuentra en este momento, ante una de las metamorfosis más profundas sufridas en los últimos tiempos, para transformar mecanismos inadecuados y distantes para la solución de los conflictos jurídicos internacionales, a través del uso de las nuevas tecnologías y los métodos alternativos de resolución de conflictos.

Frente a ello, estas modernas tecnologías se configuran como un elemento clave para la administración de justicia con la finalidad de lograr la eficiencia y efectividad en la materialización del derecho de acceso a justicia de manera más proactiva, transparente y expeditiva, para garantizar la más amplia tutela a los derechos de los ciudadanos.

Por lo tanto, las situaciones jurídicas que requieren el cumplimiento de actos procesales en otros Estados, pueden desenvolverse con mayor fluidez a partir de la existencia del auxilio, principalmente en los supuestos en que se convienen reglas a través de tratados internacionales.

En este marco, la modernización de la cooperación jurídica internacional supone un cambio cultural, en el cual las herramientas tecnológicas estén al servicio y apoyo del sistema judicial. Del único modo en que podemos avanzar con el recambio es fomentando una dinámica consistente en innovar y promover una reorganización de las prácticas.

---

<sup>56</sup> Ver SCHUMPETER, Joseph, *La teoría del desarrollo*, citado por S. Elena / J.G. Mercado, “Justicia e innovación. La necesidad de un modelo abierto”, L.L. 2019-B-1.

Estas breves pinceladas con las que pretendemos vincular el DIPr con la era informática en la cual la tecnología ya está instalada en la justicia, y visualizando la misma hacia el mañana que, a raíz de la pandemia se convirtió en el hoy y ahora, aunque no podemos predecir que sucederá, asoma en el horizonte con la fuerza notoria que cobra el Derecho a través de la tecnología. Nos encontramos ante un “*reset*” de fuerzas que convergen con el objetivo de brindar justicia en el marco del respeto a los DDHH, que alcanza para compartir las vicisitudes del auxilio que día a día se expande en todos los órdenes.

Es destacable la motivación que conduce a retomar su tratamiento en las agendas de los foros de codificación internacional pudiendo advertir asimismo, que las legislaciones nacionales se replantean las normas de cooperación jurídica internacional de sus respectivas dimensiones autónomas<sup>57</sup>.

El transcurrir del tiempo, el tránsito por el espacio y el devenir del derecho nos llevan a concluir que el fenómeno que se avizoraba a futuro, se adelantó. El COVID-19 aceleró los acontecimientos y nos demostró que adoptar las nuevas tecnologías en los procesos relativos a las cuestiones privadas internacionales que aparecía como posible, irrumpió como necesario y adecuado; diría mas, imprescindible. En las relaciones jurídico privadas de tráfico externo, se vuelve ineludible imprimir mayor celeridad para recabar pruebas en estados extranjeros, las que resultan indispensables para la resolución del caso, así como también, tramitar medidas probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras a través de exhortos.

En nuestro haber están las fuentes jurídicas, tanto normas convencionales, institucionales, transnacionales y autónomas que abordan la problemática de la prueba internacional; normas de *hard law* y *soft law*. De este modo y a los fines de brindar mayor agilidad para la tramitación de los procesos internacionales y en particular de las pruebas, era impostergable implementar el exhorto interna-

---

<sup>57</sup> Varios son los estados en América Latina que trabajan actualmente en la modificación de sus sistemas de DIPr. Entre ellos, México y Uruguay incluyen en los proyectos legislativos sobre la materia normas referidas a la CJI. Para mayor abundamiento ver HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio, *Personajes para una biografía del derecho internacional privado latinoamericano*, en: <http://asadip.wordpress.com/>. Sobre el Proyecto uruguayo ver: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo, *Proyecto de Código general de derecho internacional privado del Uruguay*, en: DeCITA 11, Asunción, CEDEP. En orden a la experiencia venezolana recogida en materia procesal luego de la aprobación en el país de la Ley de Derecho Internacional Privado, ver: HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio, *Problemas contemporáneos del derecho procesal civil internacional venezolano*, Caracas, Sherwood, 2004.

cional a través de un medio electrónico, sea a través de un correo electrónico, las videoconferencias y dentro de estas la posibilidad de las audiencias multijurisdiccionales<sup>58</sup> para receptor la declaración de algún testigo, o una declaración confesional de alguna de las partes.

No negamos que la pandemia influyó para que seamos defensores tenaces del uso de estas nuevas tecnologías que se han desarrollado al amparo de la ciencia, e implementado a partir de las circunstancias con mayor aceptación aunque ya nos pronunciábamos a favor de su uso antes de esta terrible realidad que nos atraviesa<sup>59</sup>.

Si bien las tecnologías de la información no van a poder solucionar todos los desafíos actuales, pueden ser los vehículos adecuados para conducir al cambio que los procesos judiciales requieren. Siempre bajo el gran paraguas de lo dispuesto en los Tratados de Derechos Humanos.

### III. Una mirada prospectiva sobre las TICs., en época de Corona virus

La cooperación jurídica internacional es un instituto que funciona en todo su despliegue a partir de la fuente convencional e institucional, si bien se reguló en el DIPr autónomo, al considerar relevante brindar pautas al juez nacional para que considere la asistencia jurídica transfronteriza como un deber. La globalización en que estamos inmersos lleva a superar el principio de reciprocidad como fundamento y la importancia de arribar

---

<sup>58</sup> Expresa Harrington que, si bien hoy se emplea como terminología equivalente “audiencias conjuntas”, “audiencias a distancia” o “procesos interjurisdiccionales”, estas fórmulas no encarnan la misma noción. Propone que “a través de la identificación de ciertos matices”, habría que reservar la categoría de audiencia multijurisdiccional, “para definir el acto procesal de naturaleza oral celebrado coordinadamente con intervención de dos (o mas) tribunales y las partes involucradas en el proceso, pertenecientes a estados diversos, conservando su independencia funcional”. Ver HARRINGTON, Carolina, Audiencias multijurisdiccionales. Configuraciones y perspectivas para facilitar el acceso a justicia en litigios internacionales. Ponencia presentada en el XXXI Congreso de Derecho Internacional. Asociación Argentina de Derecho Internacional. Córdoba, 4-7 de setiembre de 2019. Inédita.

<sup>59</sup> En esta línea, DREYZIN DE KLOR, Adriana, *Rol pionero y trascendencia del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889. Vigencia de sus soluciones en perspectiva comparada con la región y el mundo*. En: Fresnedo de Aguirre, Cecilia y Lorenzo Idiarte, Gonzalo, coordinadores, Libro de las Jornadas por el 130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889 – Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 2019 ps. 353-370.

a acuerdos entre los estados así como a regularla a nivel interno, es un mandato mas que una facultad.

La normativa sobre este instituto que incorpora explícita o implícitamente la vía tecnológica para cumplir con el objetivo de la cooperación es también una necesidad ineludible. El propósito de la CJI, - como fuera tantas veces señalado en estas páginas - consiste en contribuir a facilitar la continuidad de los procesos, esto es que los límites territoriales no frustren la realización de la justicia.

Es muy probable que el mundo cambie a partir de esta pandemia que atravesamos y en el ámbito de la justicia, la cooperación vía telemática se instaló para quedarse. Si bien es difícil hacer predicciones frente al hecho que la única certeza es la incerteza, nos animamos a considerar que los “progresos” derivados de COVID-19 son ya un haber que se preservará y multiplicará en el porvenir.





# EL COVID-19 Y LAS NUEVAS FORMAS DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

CARLOS E. ECHEGARAY DE MAUSSION<sup>1</sup>

*“Cuando reina el amor,  
lo imposible puede ser alcanzado”*

*Proverbio indio*

**Sumario:** I. Introducción. II. Celebración del matrimonio en el extranjero. III. Derecho matrimonial. IV. De la forma de los actos jurídicos. V. Las nuevas formas de celebración del matrimonio y el DIPR. VI. La solución del Código Civil y Comercial de la Nación. VII. Inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero. VIII. Conclusiones

## I. Introducción

Últimamente y dentro de una gran cantidad de información que se ha generado como consecuencia del coronavirus (Covid-19) han aparecido en distintos lugares del mundo noticias que informan sobre nuevas formas de celebración de matrimonio acordes a las circunstancias que nos toca vivir.

Vemos que la prensa nos acerca las siguientes noticias que a pesar de ser de neto corte periodístico no dejan de tener un sustrato jurídico importante y que debe ser tenido en cuenta en su oportunidad para hacer justicia en el orden internacional.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Blas, Pascal y UCSAL. Miembro de A.A.D.I. y de ASADIP

Informatesalta 07.04.2020

*Autorizan primera boda online en Miami: se casaron en el balcón con los vecinos como testigos J W y B K tenían planeada su boda ideal pero la pandemia derrumbó el trabajo de meses y entonces planearon la ceremonia desde su departamento, en el balcón y con invitados virtuales vía Zoom<sup>2</sup>. La hermana de Jaime obtuvo de forma online la licencia para officiar de juez (a la distancia correspondiente) y mediante dos cámaras organizaron el streaming.*

Diario Clarín 20.04.2020

**Con el objetivo de cumplir con la prohibición de aglomeraciones durante** la cuarentena obligatoria, el gobernador de Nueva York autorizó contraer matrimonio **por Zoom** de manera formal y virtual pudiendo obtener la licencia para casarse a través de Internet. El gobernador firmó una orden que permite a los neoyorquinos obtener una licencia de matrimonio de forma remota y a los clérigos, officiar las ceremonias a través de videoconferencias y con eso la boda es completamente legal. Si bien Zoom es la app más popular para realizar estos eventos, no es obligatorio que las parejas que deseen contraer matrimonio recurran a ella y además otros estados ya están por tomar la misma decisión.

Infobae 10.05.2020

*Los chinos se casan en línea, no hay ceremonia en la iglesia, ni champán, ni banquete, el coronavirus ha llevado a los chinos a recurrir a las bodas en línea y es lo que han hecho M. J. y su futura esposa Z. Y. quienes se casaron en tiempo real en la plataforma de vídeo en línea Bilibili.*

La voz del interior 19.05.2020

*Primer casamiento 100% virtual en la provincia. Florencia y Rodrigo tenían todo listo para casarse el 22 de marzo pero la pandemia y el aislamiento los obligó a suspender todo, el viernes pasado pudieron concretar su sueño a través de Zoom.*

Estos importantes cambios reseñados han sido consecuencia de la pandemia del COVID-19 que ha afectado seriamente a las personas restringiéndoles, en aras de la protección de su salud, el libre ejercicio de sus derechos.

---

<sup>2</sup> Zoom es un sistema de videoconferencia o reuniones virtuales, accesible desde computadoras o aparatos móviles, que fue creado en 2001. La plataforma despliega en la pantalla las videollamadas de varias personas en forma simultánea.

Como consecuencia de esto y por motivos de interés general la humanidad entera ha debido vivir en cuarentena no pudiendo salir de sus hogares ni pudiendo ejercer derechos básicos tales como el de trabajo, salud, locomoción, educación, esparcimiento, entre otros no menos importantes<sup>3</sup>.

Por otro lado, para el mundo jurídico el COVID-19 se ha presentado como un caso fortuito<sup>4</sup> que ha impactado e impactará por mucho tiempo en las relaciones interpersonales y que además, de manera indiscutible ha influido en las relaciones familiares.

Ante esta realidad, los Estados han debido repensar muchos de sus institutos con el objeto de dar una respuesta y satisfacción a los intereses y reclamos de los particulares y de esta manera nos encontramos que situaciones que se consideraban resueltas debieron volver a repensarse para adecuarse a las nuevas circunstancias que nos toca vivir.

Es así que, en el ámbito del matrimonio, como ya hemos manifestado, han aparecido estas nuevas formas de celebración que han sido una clara consecuencia de la pandemia y que tienen por objeto respetar y garantizar el *ius connubii* entendido como el *derecho* que tienen todas las personas para contraer *matrimonio* válido y el que se considera un derecho humano universal y de primera generación.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Conforme a los Principios internacionales de Siracusa sobre estados de excepción, la “salud pública” puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos, a fin de permitir a un Estado adoptar medidas para hacer frente a una grave amenaza a la salud de la población o de alguno de sus miembros. Los Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pueden consultarse en: <http://www.derechos.org/nizkor/excep/siracusa84.html>

<sup>4</sup> Conforme al art. 1730 del Cód. Civil y Comercial, “Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos”.

<sup>5</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia” pueden contraerlo, previo consentimiento de sus padres, tutores legales o, incluso la justicia en subsidio. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 23.2 dispone que “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.” La Convención Americana sobre Derechos Humanos, recoge el *ius connubii* en su artículo 17.2, disponiendo que “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.”

## II. Celebración del matrimonio en el extranjero

Este artículo busca dar algunas respuestas a interrogantes que se pueden plantear en el ámbito del Derecho Internacional Privado argentino vinculados a la validez de estas nuevas formas de celebración del matrimonio en el extranjero y su reconocimiento en el país.

Es importante tener en cuenta que las normas vigentes en todos los Estados fueron dictadas en tiempos de normalidad cuando no asolaban las circunstancias extraordinarias de la pandemia COVID-19, pero esta situación ha puesto a la humanidad frente a una emergencia de salud pública sin precedentes en la historia moderna y a los Estados ante un desafío muy complicado de abordar que es el de alcanzar el equilibrio adecuado entre las medidas para frenar la propagación del virus y proteger las vidas de sus habitantes, por un lado, y respetar plenamente los derechos humanos, por el otro.

## III. Derecho matrimonial

Las cuestiones relativas al derecho matrimonial varían de Estado en Estado ya que estamos frente a una institución conectada con distintos aspectos tales como la religión, la cultura, la sociedad, la tradición, los usos y costumbres locales, entre otros.

Cada Estado regula jurídicamente al matrimonio en base a sus propios principios y a su propia tradición jurídica estableciendo pautas relativas a los requisitos para su celebración, la forma, el registro entre otros temas no menos importantes pero que exceden el tema de este trabajo.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Las diferencias en el concepto de “matrimonio” son muy agudas de un país a otro, aun cuando pertenezcan a la cultura occidental: algunos países lo configuran como una institución indisoluble, otros como una institución disoluble; algunos Estados lo limitan a la unión heterosexual, mientras que otros permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por su parte, en los países musulmanes, el matrimonio (*nikah*) es un contrato puramente consensual mediante el cual un hombre se compromete a darle una dote a una mujer y a procurar su manutención, a la par que la mujer se compromete a mantener relaciones íntimas con el hombre. En efecto, el matrimonio coránico o *nikah* se puede definir como “un contrato de derecho privado por el que un hombre recibe el derecho exclusivo sobre una o más mujeres simultáneamente, con carácter de permanencia, mediante la entrega de una cantidad convenida”. Sabido es que el derecho musulmán acepta la poligamia, fundado en el propio Corán: “Casaos con las mujeres que os gustes, dos, tres o cuatro. Si teméis no ser equitativos, casaos con una, o con lo que poseen vuestras diestras, las esclavas. Eso es lo más indicado para que no apartéis de la justicia”. Es decir, que el hombre para esposar a varias mujeres tiene que compro-

Siguiendo a la profesora Pallarés podemos decir que: “el DIPr. Matrimonial aparece por lo general fuertemente impactado por las concepciones del derecho material del foro, que en estas materias difieren más que en cualquier otra esfera jurídica. Las normas relativas a la organización y protección de la familia, la celebración del matrimonio, las condiciones de su validez, nulidad y la disolución del matrimonio están tan estrechamente relacionadas con la moralidad, la religión y los principios fundamentales de vida que prevalecen en un país dado, que su aplicación se considera a menudo de orden público. Las contradicciones normativas comunes en el DIPr. suelen señalarse con mayor intensidad en esta materia, dado que muchas veces no se trata sólo de contradicciones normativas, sino de ‘conflictos de civilizaciones’ en torno a la noción de la familia y del matrimonio. De esta manera sucederá que el mismo matrimonio sea considerado válido en un país y nulo o anulable en otro, o que el divorcio decretado en un país no sea reconocido en otro. Por tanto, también van a variar los efectos extraterritoriales de uno y otro.”<sup>7</sup>

Cabe aclarar que estas formas novedosas y virtuales no significan la admisión de cualquier forma o la admisión de matrimonios informales,<sup>8</sup> por el contrario, a pesar de la flexibilización formal, todos los sistemas siguen exigiendo para la existencia del matrimonio, de manera imprescindible, que el consentimiento se manifieste en una forma determinada y legalmente establecida.

---

meterse a mantener económicamente a todas ellas para ser justo. Si se supera el límite de las cuatro esposas simultáneas, se estiman nulas todas las demás uniones maritales que lo excedan. Se trata de un derecho reconocido solamente al hombre, dado que si la mujer se casara con más de un hombre, cometería adulterio e incluso, sería objeto de lapidación, en algunos países. Scotti, Luciana B., Manual de Derecho Internacional Privado, Thomson Reuters- LaLey-, Buenos Aires, 2017, pág. 309.

<sup>7</sup> Pallarés, Beatriz, “Matrimonio y uniones no matrimoniales”, en Fernández Arroyo, Diego P. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Zavalía, Buenos Aires, 2003, pág. 696.

<sup>8</sup> En el derecho anglosajón, sobre todo en algunas entidades de Estados Unidos de América, se admiten los matrimonios informales o no ceremoniales que se concluyen sin la intervención de ninguna autoridad civil o religiosa. Se trata de matrimonios constituidos solamente por el consenso entre las partes o por dicho consenso seguido de la cohabitación de las partes. Dado que el ordenamiento jurídico donde surgen los considera como matrimonios, no se trata de simples “uniones de hecho”. Palson, L., “Marriage and Divorce”, *International Encyclopedie of Comparative Law*, vol. III, cap. 16, pp. 30-33.

#### IV. De la forma de los actos jurídicos

En términos generales “podemos decir que la forma de los actos jurídicos comprende todas las circunstancias y condiciones que los hacen visibles. En sentido estricto, se pueden diferenciar dos conceptos distintos: uno genérico, como traducción al mundo exterior de la voluntad del sujeto, y otro restringido, como formalidad exigida por la ley para ciertos actos. En el primer sentido es un elemento estructural del acto; en cambio, en la segunda acepción se torna formalidad, es decir, se exige una determinada manifestación de la voluntad para producir ciertos efectos”<sup>9</sup>.

González Campos precisa que “la noción de forma de prestación del consentimiento matrimonial implica dos elementos: cómo ha de otorgarse tal consentimiento y que éste ha de prestarse ante una determinada autoridad, civil o religiosa que será la que declare constituida la unión.

Si bien se trata de dos elementos perfectamente diferenciados, a los fines del derecho internacional privado existe una estrecha relación entre ellos, de manera que la norma que determina la autoridad competente está designando la ley aplicable a la forma, y viceversa”.<sup>10</sup>

#### V. Las nuevas formas de celebración del matrimonio y el DIPR

Cuando se está en presencia de un matrimonio que vincula diversos ordenamientos jurídicos y teniendo en cuenta la diversidad de regulaciones nacionales que caracterizan a este instituto, los conflictos que se presentan y que requieren soluciones o respuestas merecen un especial tratamiento y es ahí donde entra en acción el Derecho Internacional Privado.

Esta rama del derecho tiene que buscar respuestas que respeten la internacionalidad del caso *jus privatista* y procurar alcanzar soluciones que estén dotadas de justicia en el orden internacional para lo que es indispensable considerar las cuestiones traídas a resolver atendiendo su propia

---

<sup>9</sup> SCOTTI, Luciana B. *Manual de Derecho Internacional Privado*. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 713.

<sup>10</sup> Este autor precisa que basándose en el principio *favor matrimonii*, un matrimonio no ceremonial o informal sería válido en el caso de que fuese admitido como matrimonio por el ordenamiento del Estado donde se ha constituido y donde los contrayentes son considerados como cónyuges. González Campos, J. D., “Derecho de familia. El matrimonio”, en *id. et al., Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 302.

naturaleza y no evaluarlas como si fueran absolutamente nacionales o de orden interno.<sup>11</sup>

Ahora bien, ¿en qué circunstancia o situación es que entrarán en funcionamiento las normas de DIPR argentino?

Puede darse el caso que alguno de estos matrimonios celebrados bajo estas formas novedosas decida trasladarse a la Argentina y como consecuencia de ello solicite el reconocimiento de ese matrimonio, en este caso estaríamos frente a lo que en el ámbito del DIPR se conoce como cambio de estatuto y que se da cuando las personas mudan su domicilio de un país a otro como en el ejemplo del caso y que es lo que pone en funcionamiento a las normas de DIPR.

Por otro lado y desde la óptica jus privatista estamos ante relación jurídico privada relativamente internacional ya que si bien ha nacido como un caso absolutamente nacional por una circunstancia sobreviniente se ha convertido en internacional al haber cambiado el domicilio y solicitarse en nuestro país el reconocimiento de ese matrimonio celebrado en otro Estado.

## VI. La solución del Código Civil y Comercial de la Nación

El DIPR argentino de fuente autónoma, esto es el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) consagra en su artículo 2622 que: “la capacidad de las personas para contraer matrimonio, **la forma del acto**, su existencia y validez, **se rigen por el derecho del lugar de la celebración**<sup>12</sup>, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen”<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> El maestro Boggiano nos enseña que “El derecho internacional privado es parte del derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos, que tiene por fin armonizar los ordenamientos para lograr una justa solución uniforme de los casos que trascienden un ordenamiento y se conectan con varios. El DIPr. es el sistema normativo destinado a realizar las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales en el ámbito de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales o de una jurisdicción internacional.” BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. XV.

<sup>12</sup> El remarcado es nuestro.

<sup>13</sup> Son fuentes de este artículo el Código Civil derogado, arts. 159, 160 y 166, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, Argentina 2003, arts. 103 y 106 y los

Esta norma considera que la celebración del matrimonio es un acto de jurisdicción voluntaria<sup>14</sup> y consagra el principio de la *lex loci celebrationis* que implica que el lugar de la celebración del acto regula su forma y su fondo y asimismo la ley del lugar de la celebración normalmente coincide con la ley de la autoridad que celebra el matrimonio por lo que también se le conoce como *lex auctoritatis* o *lex fori*.

Respecto a que se entiende por forma de celebración del acto y siguiendo a Dreyzin de Klor puede decirse que: “la forma de un acto consiste en la manifestación exterior de la declaración de voluntad de las partes que le dan nacimiento al acto”<sup>15</sup> y que en estas novedosas formas de celebración estaría representada por la conexión de las partes interesadas y un tercero, que actúa como oficiante, a través de algún medio tecnológico como puede ser el zoom, entre otros.

Por otro lado, hay que considerar al respecto si ese principio es de carácter imperativo o facultativo o sea si de alguna manera en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contrayentes estos pueden elegir la norma que va a regular la forma de celebración del matrimonio acogándose a una norma diferente a la que rige en el lugar de celebración o deben inexorablemente someterse a ella.

La doctrina es conteste en considerar que quienes deseen contraer nupcias en el territorio de un Estado, deben observar estrictamente las formas prescriptas por la legislación y costumbres del lugar porque cualquiera sea la forma existente su observancia es inexcusable ya que las formas matrimoniales son territoriales.<sup>16</sup>

Hay que tener en cuenta que la relación matrimonial produce efectos *erga omnes* desde el momento de su celebración sin perjuicio que para su pleno reconocimiento sea necesario la inscripción en el Registro Civil por lo que si los contrayentes se han atenido a las formas del lugar para la cele-

---

Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, 1899, art. 11 y de 1940, art. 13. (Dreyzin de Klor, A., op. cit. pág. 196)

<sup>14</sup> En la jurisdicción voluntaria estamos ante procedimientos administrativos a través de los cuales se solicita a una autoridad judicial que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica en beneficio de los solicitantes. Fix-Zamudio, Héctor, “La eficacia de las resoluciones de la jurisdicción voluntaria en el derecho mexicano”, Revista de la Facultad de Derecho de México, México, núm. 45, enero- marzo de 1962, t. XII, p. 115.

<sup>15</sup> DREYZIN DE KLOR, A. Op. cit., pág. 287.

<sup>16</sup> Conf. DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El derecho internacional privado actual*. Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015, pág. 197.



bración del matrimonio el mismo será plenamente válido y la circunstancia que no haya sido inscripto podría originar una especial responsabilidad de los interesados pero no es motivo bastante para negar la existencia del matrimonio.<sup>17</sup>

## VII. Inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero

Ya hemos expresado que el matrimonio celebrado de acuerdo a la ley del lugar de su celebración es en principio válido y produce plenos efectos, sin embargo, cuando uno o ambos cónyuges requieran el reconocimiento de su matrimonio en nuestro país será indispensable realizar un trámite judicial y administrativo previo e indagar sobre el derecho que ha regulado la celebración de ese matrimonio.

La inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero está regulada por la ley N° 26.413<sup>18</sup> que expresa en los artículos 73 y siguientes todo lo relacionado a los documentos de extraña jurisdicción entiendo ésta como la que excede el ámbito territorial de la dirección general ante la cual se pretende inscribir el documento.

La norma citada establece que las inscripciones de documentos de extraña jurisdicción se asentarán en libros especiales consignándose todos los datos que contengan, debiendo presentarse debidamente legalizados<sup>19</sup> y traducidos al idioma nacional<sup>20</sup> en el caso que estuvieran redactados en otro idioma.

Asimismo, aclara que para el caso de los matrimonios celebrados en el extranjero los mismos podrán registrarse en el país siempre que se ajusten a las disposiciones legales vigentes tanto en lo que respecta a sus formalidades extrínsecas como a su validez intrínseca y la inscripción deberá

---

<sup>17</sup> Conf.: ESPINAR VICENTE, José María. *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996, pág. 155.

<sup>18</sup> Sancionada el 10 de Septiembre de 2008 y promulgada de Hecho el 1 de Octubre de 2008.

<sup>19</sup> Sobre este tema puede verse: ALL, Paula M. *Legalización de documentos en la fuente convencional y en la fuente interna. Un paso más en el avance hacia lo tecnológico y lo digital*. Buenos Aires, La Ley 29/04/2019, 1. Cita Online: AR/DOC/961/2019.

<sup>20</sup> Al respecto puede verse: MASTRÁNGELO, Fabio. *El idioma en el Derecho Internacional Privado, ¿un obstáculo para el libre acceso a la justicia?* Buenos Aires, La Ley, 16.01.2020. Cita Online: AR/DOC/3831/2019.

ser ordenada por juez competente previa vista a la dirección general del registro civil.

En la ciudad de Córdoba la competencia para analizar y en su caso ordenar la inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero la tienen los juzgado de familia quienes previo a dictar la sentencia y a posteriori de la vista corrida al Registro General le corre vista a la Fiscalía de Cámaras de Familia quien se expedirá sobre la validez extrínseca e intrínseca del matrimonio.

### **Conclusiones**

El confinamiento (total o parcial) decidido progresivamente desde hace varios meses por casi todos los gobiernos del mundo, a raíz de la pandemia del COVID-19, ha demostrado, si era necesario, la importancia del respeto y la aplicación efectiva de todos los derechos humanos.

Es así que dentro de este marco de protección se ha considerado la necesidad de reformular las formas de celebración del matrimonio para garantizar por un lado el aislamiento o distanciamiento social preventivo y el derecho a contraer nupcias por el otro.

Por lo expuesto y teniendo en cuenta el funcionamiento del principio de la *locus regit actum*, ya mencionado, podemos concluir que estas nuevas modalidades de celebración del matrimonio generadas como consecuencia de la pandemia del Covid-19 son plenamente válidas y deberán ser reconocidas cuando sea solicitado.

# PANDEMIA Y SOLICITUDES DE RETORNO DE MENORES POR TRASLADOS ILÍCITOS EN SUSTRACCIÓN DE NIÑOS: ¿ES LA COVID-19 UNA EXCEPCIÓN DE RIESGO GRAVE?

MYRIAM DIANA LUCERO <sup>1</sup>

**Sumario:** I. Cuestiones preliminares II. Fuentes convencionales vigentes y la excepción de riesgo grave: a) Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores del 25 de octubre de 1980 b) Convención Interamericana sobre restitución internacional de Menores del 15 de Junio de 1989 (CIDIP IV) III. El riesgo grave en la Guía de Buenas Prácticas. Situación en el COVID-19. Los casos. IV. Conclusión.

## I. Cuestiones preliminares

Durante el Siglo XX y S. XXI debido a la progresiva internacionalización de las relaciones privadas internacionales la familia se vio afectada por la dispersión de sus miembros con impacto en la vida de los hijos menores. Los traslados ilícitos de éstos por parte de uno de sus progenitores de un país a otro-así como retenciones indebidas fuera de su residencia habitual-han sido uno de los grandes problemas en la comunidad de Estados, derivados de los desplazamientos migratorios internacionales de adultos y de niños.<sup>2</sup> De este fenómeno los traslados de residencia habitual

---

<sup>1</sup> Profesora de la Cátedra A de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Blas Pascal

<sup>2</sup> La migración es una de las cuestiones globales determinantes de principios del siglo XXI. Alrededor de 175 millones de personas, incluidos 10,4 millones de refugiados, residen fuera de su país de origen, o en otras palabras, una de cada 35 personas en el mundo es un migrante. Ver en *La migración en un mundo globalizado*. Documento de Migración de la Octogésima sexta Reunión del Consejo de [laww.iom.int/jahia/webdav/shared/shared](http://laww.iom.int/jahia/webdav/shared/shared)

de un miembro de la familia a un país diferente de su residencia y con fines de establecerse han sido parte de situaciones cotidianas en el contexto de la familia internacional.

A modo general y en definitiva podemos señalar que el cambio de residencia habitual de un miembro de la familia ha dado lugar así a disparas problemáticas en el círculo familiar de los hijos. Entre ellas, conflictos surgidos de las obligaciones protectorias de quienes ejercen la responsabilidad parental. Por ejemplo, el secuestro parental, el derecho de contacto, la interrupción de derecho de custodia, la percepción de alimentos solo por nombrar algunos. Surge de este modo para el orden jurídico internacional varios derechos que deben armonizarse y respetarse. Es decir, el derecho a la vida familiar de ese hijo con sus padres, la libre circulación del hijo al domicilio del padre no conviviente y el derecho del progenitor que no se desplaza y que pretende mantener la residencia habitual del hijo en el ámbito de su domicilio.

En este marco la sustracción internacional de niños ha sido uno de los temas más conflictivos debido a la transgresión de los derechos de custodia y las modificaciones de residencia habitual por retenciones indebidas. A la vista del incesante aumento ha exigido a los Estados implementar mecanismos convencionales con el propósito de contrarrestar la ilicitud poniendo su acento, no en el traslado como hecho de cambio de residencia, sino cuando se transforma en abusivo o ilícito por decisión de un progenitor. El más difundido es el *Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional* cuerpo que regula mediante un procedimiento especial a través de autoridades centrales este tipo de situaciones jurídicas internacionales. Abarcando en sus preceptos los derechos de la persona que ejerce la guarda como el de progenitor no conviviente que viven en otro Estado frente a la internacionalización de la vida del menor en su familia<sup>3</sup> En el orden regional americano se formuló con iguales objetivos la *Convención Interamericana sobre restitución internacional de Menores del 15 de Junio de 1989 (CIDIP IV)*.

---

<sup>3</sup> Convenio aprobado por la República Argentina por Ley 23.857 promulgada el 19 de octubre de 1990. Consta de 45 dedicado en primer lugar a su ámbito de aplicación definiendo los términos de traslado y retención indebida y al cumplimiento del derecho de visita. Destaca el rol de las autoridades Centrales quienes pueden instar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo o con el objeto de conseguir la restitución menor y regular el derecho de visita( Art 6 y 7 del CLH)

Si tales hechos ya resultaban complejos en su abordaje para las autoridades judiciales de los Estados, la pandemia del COVID-19 vino a agregar un desequilibrio mayor por las restricciones ya conocidas, con impacto en el derecho de familia ante la imposibilidad de desplazamientos de padres e hijos y por supuesto en el cumplimiento de aquellos supuestos donde se encontraban solicitudes de retorno o proceso en trámites.

Una de las cuestiones controvertidas y tal vez las más complejas en la aplicación de éstos Convenios, evidenciado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional y comparada ha sido la excepción *de riesgo grave* contenida en los arts 13(1) b) del CLH de 1980 y Art 11 b) de la Convención Interamericana que da pie a la oposición del progenitor para sostener razones de la ilicitud y retención del hijo fuera de su residencia habitual. ¿Puede interpretarse que esta pandemia como un justificativo que encuadre en el concepto de riesgo grave? Sabemos que la actual coyuntura a consecuencia del COVID-19 nos ha enfrentado a un hecho inédito que impacta directamente en las solicitudes de las órdenes de retorno en los casos de reintegro de niños por secuestros. No solo por las restricciones a los traslados por el transporte internacional y cierre de fronteras, sino frente al mayor riesgo de exposición a la salud física y psíquica que provocan estos desplazamientos.

Por último cabe preguntarse, si la aplicación de los Convenios internacionales que rigen en éstos casos operan temporalmente en una situación tan excepcional como la que se vive en todo el universo por la COVID-19. En este sentido es de señalar la apreciación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha destacado ante la emergencia que “los Estados van a poder acudir a la vía prevista en el artículo 15 CEDH, titulado “Derogación en caso de excepción”, en aquellos supuestos en los que entiendan que las medidas que van a tener que aprobar para poder hacer frente a esta pandemia sean tan gravosas que su implementación resulte incompatible con las disposiciones del CEDH (o de alguno de sus protocolos). al decir que: “Para que esta medida excepcional de derogación pueda ser considerada legítima, requiere que se den unos requisitos de fondo y de forma. Así pues, en primer lugar, nos debemos encontrar ante una situación de guerra o de cualquier otro peligro público que amenace la vida de la nación. Se debe entender por tal, una situación de crisis o de peligro excepcional e inminente que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza para la vida organizada de la comunidad que compone el Estado. Desde luego, la pandemia de la COVID-19 encajaría perfectamente en ese concepto.”<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Ver CLIMENT GALLART Jorge en El Consejo de Europa y la pandemia de la COVID-19 (coronavirus) <https://idibe.org/tribuna/consejo-europa-la-pandemia-la-covid-19-coronavirus>

El objetivo del presente trabajo se centra en plantear el posible debate de la incidencia de la COVID-19 como cuestión de fondo, cuando el padre sustractor o retenedor pretende se declare el argumento de la emergencia para evitar la ejecución de una eventual medida de retorno con base en la excepción de *riesgo grave*. No entraremos en un análisis de los convenios vigentes salvo en el concepto aludido de riesgo grave y con especial referencia al Convenio de La Haya de 1980.

## II. Fuentes convencionales vigentes y la excepción de riesgo grave

*a) Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores del 25 de octubre de 1980<sup>5</sup>*

El objetivo primordial de este convenio según su Art 1 destaca: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenido de manera ilícita en cualquier Estado contratante; y b) velar por los derechos de custodia y visita vigente en uno de los

---

<sup>5</sup> Con 85 Miembros (84 Estados y la Unión Europea) de todos los continentes, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es una organización intergubernamental de carácter mundial. La Conferencia, crisol de diversas tradiciones jurídicas, elabora instrumentos jurídicos multilaterales que responden a necesidades mundiales, al tiempo que garantiza su seguimiento. El mandato estatutario de la Conferencia consiste en trabajar en pos de la “unificación progresiva” del Derecho Internacional Privado. Ello implica encontrar enfoques reconocidos internacionalmente para cuestiones como la competencia de los tribunales, el Derecho aplicable, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en numerosos ámbitos diferentes, desde el Derecho bancario o comercial hasta el procedimiento civil internacional, y desde la protección de la niñez y de los adultos a las cuestiones matrimoniales y del estatus personal. Con el paso de los años, en cumplimiento de su mandato, la Conferencia se ha ido transformando poco a poco en un centro de cooperación judicial y administrativa internacional en materia de Derecho internacional privado, en particular en los ámbitos de la protección del niño y de la familia, del procedimiento civil y del Derecho comercial. La vocación última de la Organización consiste en trabajar por un mundo en el que, a pesar de las diferencias entre sistemas jurídicos, las personas tanto físicas como jurídicas puedan beneficiarse de un alto nivel de seguridad jurídica. La guía de buenas prácticas para la aplicación de la excepción prevista en el artículo 13 inciso (1)(b) de la convención está disponible solamente en idiomas inglés y francés y se la puede encontrar en esta página: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6740&dtid=3> Si se puede encontrar en español el proyecto de la guía del año 2017: <https://assets.hcch.net/docs/13a63e16-fdf4-488b-9368-123c96cdc67.pdf> Se pueden consultar los Estados ratificantes en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (junio de 2020)

Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes. En este sentido debe entenderse que el convenio, no solo protege las retenciones unilaterales e ilícitas de un menor sino que indirectamente protege las decisiones sobre cuestiones de fondo, relativos a custodia (cuidado personal) o visita(derecho de contacto/comunicacional) como lo ha determinado la autoridad competente de la residencia habitual.

A su vez el Art 13 b) del CLH de 1980 define cuando se debe analizar si de las circunstancias surge que “existe un riesgo grave de que la restitución lo exponga a un peligro físico o psíquico o lo exponga a una situación intolerable”. Así definido el concepto cobra importancia relevante para el Estado requerido que aspectos se tendrán en cuenta para proteger el interés superior del menor.

*b) Convención Interamericana sobre restitución internacional de Menores del 15 de Junio de 1989 (CIDIP IV)*

Esencialmente esta Convención contiene los mismos objetivos y mecanismos de la Convención de 1980 y rige entre las mismas partes contratantes. Sin embargo se advierte una prioridad en su aplicación a favor de la Convención de 1980 en función de lo establecido en la cláusula de compatibilidad del art 34 de la Convención Interamericana y la posibilidad de que los Estados así lo dispongan mediante acuerdos bilaterales como autoriza en su segundo párrafo del mismo...”Los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980.”

### **III. El riesgo grave en la Guía de Buenas Prácticas. Situación por el COVID-19. Los casos**

En primer lugar recordemos que a esta excepción de riesgo grave se le otorga a la autoridad judicial gran discrecionalidad a la hora de su valoración-siempre atendiendo al interés superior del menor- criterio que permite decidir la no restitución de un niño/a o adolescente retenido ilícitamente cuando le acontezca un daño grave, y siempre que quien lo alega lo pueda probar fehacientemente. El riesgo grave ha sido profusamente invocado por el padre sustractor para evitar el retorno con diferentes argumentos, violencia familiar, supuestos

abusos, negativas del hijo a regresar entre otros. De este modo la lista de factores que debe tener en cuenta la autoridad judicial, apunta en su esencia a considerar si en el caso concreto si el supuesto riesgo grave tiene tal relieve de intolerancia para el hijo que impide ordenar su retorno.

En el Informe Explicativo del Convenio de La Haya ha sido definido genéricamente este concepto como “el interés primario de cualquier persona a no ser expuesta a un peligro físico o psíquico, o colocada en una situación intolerable.”<sup>6</sup>

En la práctica judicial de este concepto se han visto diversos enfoques de análisis del riesgo grave, pero a fin de este trabajo no se hará un examen de las hipótesis conocidas en general, sino únicamente sobre el aspecto procesal y la ejecución o no del pedido de retorno del menor en un caso de sustracción. Contemplamos solo el supuesto del progenitor que puede argumentar la excepción en virtud de la actual vivencia de la comunidad internacional derivada de la pandemia del COVID-19.

La pregunta que nos hacemos, es ¿el argumento de riesgo grave puede ser receptado como una medida de prevención de salud evitando el traslado del menor hacia el destino requerido? ¿estaría justificada la denegatoria del retorno de cara al mantenimiento de las obligaciones previstas en los convenios vigentes? ¿como resguardar el interés superior en el caso de ordenarse el retorno cuando operan las justificaciones y limitaciones conocidas de la COVID-19? En definitiva la situación sanitaria global ¿es razón suficiente para que se aplique la excepción al retorno en base al concepto de “riesgo grave”?

Si bien el concepto de riesgo grave parte de un criterio que implica un grado de subjetividad del juzgador, lo cierto es que, dentro de esta excepción se pueden incluir todos aquellos factores que

---

<sup>6</sup> PEREZ VERA Elisa, *Informe Explicativo del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* Ap N° 29 Publicado en <https://www.hcch.net> Valoración de ese riesgo encuadra en el contexto del principio del interés superior del menor definido en forma incierta en el mismo Informe al decir que “la parte dispositiva del Convenio no contiene referencia explícita alguna al interés del menor como criterio corrector del objetivo convencional, que consiste en garantizar el retorno inmediato de los hijos trasladados o retenidos de forma ilícita. No obstante, no cabe deducir de este silencio que el Convenio ignore el paradigma social que proclama la necesidad de tener en cuenta el interés de los menores para resolver todos los problemas que les afectan.”



provoquen un peligro moral y físico que resulte intolerable para el menor.¿ Pueden equipararse las razones tradicionales para invocar la excepción con la magnitud del riesgo a salud que ofrece la COVID-19?

Para que se considere como tal cabe recordar que genéricamente el riesgo grave incluye tres presupuestos conforme el CLH de 1980, el peligro físico que afecte su integridad en el plano material; el peligro psíquico o afecciones que afecten de desarrollo a una vida pacífica y la situación intolerable que es un aspecto subjetivo de orden moral que afecte al niño.

En este sentido debemos identificar preliminarmente dos situaciones, desde una perspectiva del procedimiento de restitución por una parte y desde la ejecución de órdenes de retorno una vez concluído el proceso por otra parte. En el primer caso entendemos que como caso urgente nada obsta a la tramitación de un pedido de retorno, en cumplimiento del Convenio salvo claro está, sin ignorar las dificultades existentes en orden a la paralización de las actividades judiciales por la pandemia. Pero en el segundo supuesto, esto es, la ejecución de órdenes ya dictadas por la autoridad requirente resulta innegable que la medida solo puede ejecutarse en función de ajenos factores a esa orden como resulta de las restricciones de desplazamiento y de ingreso a países de destino de la medida. Para ello los mecanismos entre Autoridades centrales garantizan el cumplimiento y el regreso seguro del menor pero su operatividad va a depender de las decisiones políticas que se tomen y que son ajenas al proceso de restitución..

De este modo entendemos que solo en la fase procesal se puede plantear la oposición por *riesgo grave*, es decir al momento de tomar la decisión por la autoridad requerida. En este sentido en la apreciación de esta circunstancia la Guía de Buenas Prácticas del 9 de marzo de 2020,<sup>7</sup> ha dicho que un fundamento a la oposición de restitución podrá tener en cuenta el riesgo asociado a circunstancias en el Estado

---

<sup>7</sup> Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Part VI – Article. Ver sobre el tema a Albornoz, María Mercedes. Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores. <https://cartasblogatorias.com/tag/convenio-de-la-haya-sobre-aspectos-civiles-de-la-sustraccion-internacional-de-menores/>

Consultar también sobre el Art 13(1)(b) los datos proporcionados por <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6740>

de residencia habitual de orden político, económico o de seguridad con impacto en la situación individual del niño, y en especial el riesgo a salud por la falta de disponibilidad de tratamientos en el país de residencia del niño.<sup>8</sup> De acuerdo a éstos preceptos la Guía puede servir de referencia para el caso concreto tal como si fuera cualquier otra causa que afecte la salud del niño, pero siempre dirigido a situaciones estrictas y tomando en cuenta la evolución diaria que este flagelo afecta a los países.

Así fue valorado en una sentencia obtenida en la **High Court of Justice de Inglaterra y Gales**<sup>9</sup> que resolvió el caso de una niña con residencia habitual en España que fue llevada al Reino Unido por su madre-a cargo de la custodia obtenida en un tribunal español-junto a su actual pareja encontrándose embarazada. El progenitor pidió la restitución a España. El Tribunal de Gales como autoridad requirente se preguntó “ si a la falta de jurisprudencia sobre este tema, y para poder responder a la pregunta de si el regreso del niño representaría un riesgo grave, recurre a la interpretación de la Guía de Buenas Prácticas analizando si la epidemia del COVID-19 puede ser un motivo que justifique rechazar el retorno de la menor a España. Por supuesto, no podemos decir que el regreso de un niño durante la pandemia de COVID-19 constituye un grave riesgo en todos los casos de sustracción de menores, pero al menos podemos comenzar a desarrollar las buenas prácticas en este momento sin precedentes, cuando el “cierre” traerá nuevo significado de la noción de “riesgo grave” en virtud de la Convención.” En el caso se ordenó finalmente la restitución a España al considerar el tribunal que la pandemia de la

---

<sup>8</sup> El riesgo grave por cuestiones determinantes en el país de residencia habitual del niño ha sido claramente enfocado en el caso *Friederich v. Friederich* en que la corte sostuvo que: “La excepción de riesgo grave no es una licencia para el tribunal del país donde se encuentra el menor sustraído para especular dónde se encontraría más feliz el menor. Esa decisión es una cuestión de custodia reservada al tribunal del Estado de residencia habitual del menor. Sólo puede existir un riesgo grave cuando la restitución coloca al menor en un peligro inminente antes de la resolución de una controversia de custodia, por ejemplo mediante la restitución de un menor a una zona de guerra o de hambruna; o en casos en los que hay abuso o negligencia grave o una dependencia emocional extraordinaria y el tribunal en el lugar de residencia habitual no es capaz o no está dispuesto a darle una adecuada protección al menor. *Friedrich v. Friedrich*, 78 F.3d 1060 (6th Cir. 1996)-INCADAT

<sup>9</sup> Ver el caso en Conflict of Laws. Net (-Julio 2020)

COVID-19 no resultaba un grave riesgo en los casos de sustracción de niños .

#### **IV. Conclusiones**

La COVID-19 es un riesgo mundial que ha acrecentado las precauciones que deben asumirse en orden a las decisiones en los casos de sustracción de niños en el ámbito de los derechos de parentalidad. Cuando la invocación del riesgo grave por la pandemia como causa de oposición al retorno del niño/a o adolescente que podría padecer el menor surge como perjuicio al cuidado físico y moral, la mirada de las autoridades deberá ser concordante con las pautas establecidas en los objetivos del Convenio de La Haya de 1980 que hará prevalecer en sus resultado las exigencias de la Guía de Buenas Prácticas (Versión 2020) y el principio del interés superior del menor en cada caso en concreto.



**JUSTICIA, AISLAMIENTO Y VIDEOCONFERENCIA  
LA EXPERIENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVA-  
DO EN DESANDAR BARRERAS:  
GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS  
DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA 2019**

CAROLINA HARRINGTON<sup>1</sup>

*Curioso fuera el estudio de las preocupaciones é ideas falsas,  
que aún conservan las naciones unas de otras,  
en estos tiempos prácticos, en que Morse y Edison lo van  
acercando todo.*

*De seguro, con el andar de la electricidad, la parte imaginati-  
va de los individuos perderá un tanto de su brillo;  
pero, lo que en éste se pierda, será en provecho de la verdad.*

*Eduarda Mansilla  
Recuerdos de Viaje, 1882<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> Profesora Derecho Internacional Privado, Cátedra A, Fac. Derecho, UNC. Abogada y Doctoranda en Derecho. Magíster en Relaciones Internacionales, CEA, UNC. Funcionaria Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

<sup>2</sup> Publicado en Buenos Aires, Imprenta de Juana Alsina. Incluido en Borovsky Luisa, *Mujeres viajeras. Política, derechos y aventuras desde miradas pioneras. 1864-1920*, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires 2019, p. 22.

### El período *trans pandemia*<sup>3</sup> y su dilema

Desde que el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) dispuso catalogar la nueva enfermedad por el coronavirus 2019 (COVID-19) como pandemia, el planeta se desvive para equilibrar dos tensiones. Por un lado, la necesidad de generar barreras para la propagación de un virus (SARS-CoV-2) que pone en jaque las estructuras sanitarias nacionales y condujo a todos los países a la adopción de medidas protectorias de diferente naturaleza, afectando así el desenvolvimiento de la sociedad desde múltiples perspectivas. Frente a esto, la evidente fortaleza que moviliza a personas e instituciones hacia la potenciación de canales de comunicación para ejecutar de manera segura las actividades necesarias para el funcionamiento de la sociedad.

La administración de justicia es uno de los ámbitos en los que sus protagonistas (jurisdiccionales y auxiliares, de un lado y del otro de la barrandilla) han debido -forzosa y repentinamente- no sólo explorar y adaptar cauces ya existentes, sino también incorporar herramientas novedosas para llevar adelante un servicio imprescindible para la vida social. El sector no ha sido ajeno a la necesidad de conformar nuevas estructuras de trabajo, como consecuencia del flagelo que nos azota.<sup>4</sup> Las cortes a lo largo y a lo ancho del globo se vieron forzadas a adoptar una impronta flexible y creativa para llevar adelante funciones esenciales.<sup>5</sup>

Sin lugar a dudas, la tecnología se ha consolidado como una inexorable aliada para mitigar los efectos de aislamientos, confinamientos, cuarentenas, distanciamientos u otras maneras de restringir la acción presencial en tribunales de todos los países. A nadie sorprenderá la descripción, pues súbitamente, todo se trasladó al ciberespacio. Sensatamente se ha señalado

---

<sup>3</sup> Para la Real Academia Española el prefijo *trans* significa ‘al otro lado de’ o ‘a través de’ (www.rae.es). En este trabajo, al hablar de *trans pandemia*, nos referimos al período temporal, iniciado con la aparición de la enfermedad llamada COVID-19 y acaecido hasta junio 2020, en Argentina, aun sin fecha cierta de finalización y que precede al período en que estemos en condiciones de evocar la *post pandemia*.

<sup>4</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana. “La incidencia del Covid-19 en la protección internacional de niños, niñas y adolescentes.” en *Las heridas jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia del COVID-19*, Academia de Derecho de Córdoba. Córdoba, La Ley, 2020. En prensa.

<sup>5</sup> RUSINOVA, Nadia. “Remote Child-Related Proceedings in Times o Pandemic-Crisis Measures or Justice Reform Trigger?”, en *Conflict of Laws.net*. 30 de Abril de 2020. <https://conflictoflaws.net/2020/remote-child-related-proceedings-in-times-of-pandemic-crisis-measures-or-justice-reform-trigger/>. Fecha consulta: 30.06.2020.

que no hubo tiempo para largos e interminables debates, ni para la incorporación de paulatinas innovaciones; tampoco para el aprendizaje de nuevas destrezas o habilidades. Pues así, sin querer queriendo, pasamos a generar un descomunal cúmulo de información que únicamente queda almacenada en registros informáticos.<sup>6</sup>

Es difícil discriminar si el impacto más crucial en el quehacer tribunalicio debe ser achacado a la situación epidemiológica o a las disposiciones que gubernamentalmente se adoptaron para enfrentar la primera. Las voces más escépticas reclaman que la respuesta a la pandemia ha empujado al mundo a un estado de incertidumbre poco aceptable y que la urgencia ha provocado una apertura para que actores e instituciones impulsen agendas y reordenen el mundo.<sup>7</sup>

Ciertamente, enfrentaremos durante años los cambios que están sucediendo hoy. Pero no todas las transformaciones serán perjudiciales. Este período *trans pandemia* puede ser un campo fecundo para el surgimiento de prácticas que –a mediano o largo plazo– contribuyan a mayores niveles de acceso a justicia más allá de la coyuntura actual.

Luego del vértigo con el que fueron desencadenándose acontecimientos, informaciones y medidas en la esfera judicial desde la corroboración de los primeros casos de pacientes con COVID-19 en el país, paulatinamente las imperiosas necesidades fueron difuminando las previas diferencias de actitud entre los operadores surgidas por las diversas visiones del fenómeno digital en el proceso. Tecno-entusiastas, tecno-resistentes y tecno-moderados<sup>8</sup> se topan cotidianamente con un escenario cuya irrupción

---

<sup>6</sup> ORDOÑEZ, Carlos Jonathan y BIELLI, Gastón. “Uso de la Nube para la incorporación de prueba electrónica al proceso. En épocas de COVID-19, y después también.” en Suplemento *Legal Tech y COVID-19: Hacia la “nueva normalidad” del Derecho*. Thompson Reuters, 2020, pp.16.

<sup>7</sup> CADUFF, Carlo. “What Went Wrong. Corona and the World after the Full Stop.” en *Medical Anthropology Quarterly*, 2020. En prensa.

<sup>8</sup> Camps explica gráficamente que los “tecno-moderados” no hacen más de lo que expresamente permiten las normas que emite la Corte, los “tecno-resistentes” en pos de la seguridad jurídica mantienen los formatos tradicionales hasta que exista una habilitación por parte del legislador al reformar el Código Procesal y, en las antípodas, los “tecno-entusiastas” con el objeto de llevar al máximo grado de rendimiento la digitalización del proceso, avanzan aplicando normas previstas para ciertos supuestos a otros casos o institutos, poniendo en jaque –muchas veces– derechos de fondo y prerrogativas procesales. CAMPS, Carlos “Tecnología, gestión judicial y proceso civil”, en blog *carloscams.com*, fecha publicación 13/11/2018. Fecha consulta: 28/06/2020.

se produjo sin alerta previa, pero que viene impulsando la maximización de los beneficios de la tecnología en el proceso, generó las bases para la experimentación de creativas iniciativas y posibilita pensar en el desbaratamiento de obstáculos organizacionales para la concreción de infinidad de actos procesales “a distancia”.

Al bucear en la práctica comparada para intentar aprender y construir modos de actuar exitosos en esta coyuntura, encontramos variadas iniciativas a nivel local, nacional e internacional dedicadas a la recopilación de experiencias. Sucede que en el espectro judicial existen innumerables recomendaciones, tanto para la infraestructura necesaria por parte de los tribunales y partes intervinientes, como tips generales para mejorar la calidad de las audiencias llevadas a cabo virtualmente.<sup>9</sup> El “Banco de Buenas Prácticas de Gestión en la Justicia del Poder Judicial de Córdoba. Gestión Judicial ante el COVID-19”<sup>10</sup>, la iniciativa de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS, “COVID-19 y el desafío de las justicias provinciales”)<sup>11</sup> o la plataforma global remotecourts.org<sup>12</sup>, son solo ejemplos que dan cuenta de la extensión de los esfuerzos tendientes para que aquellas defensas erigidas para la propagación del virus se tornen permeables a las necesidades de acceso a justicia de los ciudadanos.

---

Según nuestro criterio, es posible que el intensivo provecho tecnológico *trans pandemia* que estamos viviendo nos obligue a repensar estas categorías.

<sup>9</sup> LOPEZ OLVERA, Patricia. “Recomendaciones de tribunales de diversos países para la celebración de audiencias viruales ante el COVID-19.” En *Emergencia Sanitaria por COVID-19. Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional*, Nro 22, UNAM, México DF, 2020, pp. 51-61.

<sup>10</sup> [https://drive.google.com/drive/folders/1Qrxc9xQJL7OXObUtr7rajLCZZD56\\_Yau?usp=sharing](https://drive.google.com/drive/folders/1Qrxc9xQJL7OXObUtr7rajLCZZD56_Yau?usp=sharing). El reservorio incluye el documento “Las decisiones de la Justicia de Córdoba para el trabajo durante la pandemia (agrupadas por materia y tema)” <https://drive.google.com/file/d/1yY8ho6fvO1Zt7p0c6clFWdG-aanCT5Q1/view>. Fecha consulta: 30.06.2020.

<sup>11</sup> <https://youtu.be/3hWC19xBpqU> Relevamiento sobre las herramientas y las tecnologías utilizadas para el sostenimiento del servicio de justicia en las 23 jurisdicciones que componen la agrupación. Fecha consulta: 30.06.2020.

<sup>12</sup> <https://remotecourts.org/> Conjunto de experiencias compartidas por jueces, abogados, oficiales, litigantes, responsables judiciales de tecnología en orden a alternativas “remotas” a las tradicionales audiencias judiciales. Fecha consulta: 30.06.2020.



### ¿Cómo conjugar intereses tan divergentes?

La falta de intermediación (física) que hoy el mundo tanto padece -pero al mismo tiempo se esfuerza por hacer respetar- es una constante en la cotidianidad del Derecho internacional privado (DIPr.). Desde sus inicios, esta rama del derecho explora, diseña y testea herramientas para que la barrera de la internacionalidad no atente contra la realización de la justicia. El DIPr. se ha forjado persiguiendo desentrañar la manera más apta para determinar el derecho aplicable y la jurisdicción competente ante casos con elementos de internacionalidad, pero también a fuerza de minimizar obstáculos para el desenvolvimiento de los procesos más allá de los confines estatales.

Cuando un litigio requiere de la actuación de autoridades pertenecientes a un estado diverso del país en el que se desarrolla el juicio, entra a tallar la cooperación judicial internacional (CJI) para menguar el impacto de la insoslayable existencia de fronteras jurídicas, culturales, idiomáticas y geográficas.

En este contexto *trans pandemia* es posible que la experiencia del Dipr. en determinados temas de cooperación internacional pueda obrar de insumo útil para leer un mundo en el que los modos de trabajo, estructuras organizacionales y vinculaciones entre proceso y tecnología, pero también las nociones de interdependencia global y poder estatal, se están reconfigurando.

Un claro ejemplo de esta aserción se verifica dentro de la cooperación probatoria internacional en materia civil y comercial y la irrupción de la videoconferencia, enlace de video u otras tecnologías análogas, como instrumento disponible hacia la ejecución de requerimientos de auxilio judicial internacional para recabar evidencia transfronterizamente.

Este breve trabajo presentará esquemáticamente, desde el sistema jurídico argentino, el panorama normativo que posibilita la utilización de la videoconferencia como instrumento cooperativo a nivel internacional. El aporte se completa la descripción del contexto de redacción, estructura y fuerza expansiva de la Guía de Buenas Prácticas aprobada durante 2019 respecto al uso de la videoconferencia para la obtención de prueba en el extranjero, por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y la identificación de sus aspectos más relevantes como herramienta durante la *trans pandemia* y más allá. El foco se justifica en su potencial aporte a la reconfiguración de ciertas prácticas cooperantes que exceden la obtención de prueba internacional en la que se inserta la iniciativa.

## II. Cooperación probatoria internacional y videoconferencia

Cuando se trata de recolectar elementos de convicción dispuestos en el extranjero, la efectivización de la diligencia probatoria tropieza con varios obstáculos adicionales a los ya existentes en el ámbito doméstico, en función de los diversos ordenamientos implicados y culturas jurisdiccionales participantes.

La obtención de pruebas en el extranjero en términos generales, como parte de la CJI de primer grado o de mero trámite<sup>13</sup> se contempla en instrumentos pertenecientes a varios planos de producción normativa. Dentro de la dimensión convencional universal, en el marco de la actividad de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, el Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial (CHCCH70) entró en vigor el 7/10/1972, rige en Argentina desde el 7/7/1987 y nos vincula con 63 países de todos los continentes.<sup>14</sup>

Este instrumento no se encuentra aislado en el sistema de DIPr. argentino ya que convive con tratados de origen regional<sup>15</sup> y bilateral<sup>16</sup>, con previsiones de origen institucional<sup>17</sup> y con las subsidiarias reglas de carácter autónomo.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> Es decir, con escaso compromiso soberano de parte de quien ejecuta el requerimiento de auxilio.

<sup>14</sup> <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82>. Fecha de consulta: 30.06.2020.

<sup>15</sup> Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, CIDIP I, 1975 y su Protocolo Adicional.

<sup>16</sup> Tratado de Asistencia Judicial en materia Civil y Comercial entre la República Argentina y la República Popular China (Aprobado por Ley 26.672), Tratado de Asistencia Judicial Recíproca en materia Civil y Comercial entre la República Argentina y la República Tunecina (Aprobado por Ley 26.667), Tratado de Cooperación y Asistencia Judicial en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa firmada con la Federación de Rusia. (Aprobado por Ley 25.595), Convenio de Asistencia Judicial y de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil, firmada con la República Italiana. (Aprobado por Ley 23.720).

<sup>17</sup> Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Las Leñas, 1992.

<sup>18</sup> El art. 2611 del Código Civil y Comercial de la Nación instaura –en una norma sin precedente en el ámbito interno- la obligación genérica de cooperación jurisdiccional internacional, brindando una pauta esencial al juez argentino al catalogarla como un deber. Por su parte, la prescripción del art. 2612 complementa la anterior al reconocer al exhorto como herramienta general y admitir la posibilidad de establecer comunica-

Si bien el exhorto o carta rogatoria es el vehículo predominantemente utilizado para este tipo de trámites, en los últimos años, además del positivo impacto en términos de gestión que ya se venía asociando a la actuación de las Autoridades Centrales, la práctica cooperativa “tradicional” se ha visto desafiada por la posibilidad de utilizar canales más directos para encauzar solicitudes de auxilio, comunicar medidas adoptadas o ejecutar diligencias probatorias. Entre las oportunidades brindadas por el avance tecnológico, la videoconferencia como plataforma multifunción ha ido ganando tímidamente cada vez más espacio dentro del proceso.

La videoconferencia o enlace de video, cuyo empleo en este período *trans pandemia* ha implicado una total interrupción del factor distancia y presencia<sup>19</sup> cumple desde antes de la aparición del coronavirus en nuestras vidas, variados roles en la administración de justicia: comunicación con partes, peritos y testigos, audiencias (remotas, conjuntas o multijurisdiccionales), capacitación, coordinación de tareas, son sólo ejemplos de su versatilidad.

Explica Tirado Estrella que “la videoconferencia consiste básicamente en un sistema interactivo de comunicación que transmite simultáneamente y ‘en tiempo real’ la imagen, el sonido y los datos a distancia (en conexión punto a punto), permitiendo relacionar e interactuar, visual, auditiva y verbalmente, a un grupo de personas situadas en dos o más lugares distintos como si la reunión y el diálogo se sostuviese en el mismo lugar”.<sup>20</sup>

Es decir, hace factible una comunicación bidireccional plena en tiempo real en el que el efecto es un “acto” o “reunión” al que asisten personas que se encuentran –físicamente, al menos- en lugares diferentes. Las condiciones de seguridad, celeridad y calidad son posibles gracias a la encrip-

---

ciones directas, señalando ciertas pautas con respecto a los requisitos a cumplimentar. Estas normas se suman a las regulaciones en códigos de procedimiento sobre exhortos internacionales: tanto el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Nación (CPCCN), en su art. 132, como las leyes procesales de las provincias contienen disposiciones referidas a las comunicaciones con autoridades extranjeras, en las que adoptan unánimemente el exhorto como instrumento.

<sup>19</sup> GUERRERO VALLE, Juan Carlos. “El uso de la videoconferencia en el desahogo de proceso judiciales.” en *Emergencia Sanitaria por COVID-19. Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional*. Nro. 22, UNAM, México DF, 2020, pp. 37-43.

<sup>20</sup> TIRADO ESTRADA, Jesús José. “Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso.”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 5, n° 10, 2017, pp. 153-173.

tación y a la elevada capacidad de los canales de transmisión que hoy se encuentran disponibles.

Ya en épocas *pre pandemia*, no resultaba difícil ubicar las causas de su creciente popularización (sobre todo en la esfera penal, que siempre llevó la delantera, con un uso más temprano y extendido): se evitan gastos derivados de traslados de detenidos, la declaración de testigos distantes es más sencilla, disminuyen las molestias a los mismos y el tiempo destinado por las partes y el tribunal a la audiencia se reduce, con el beneficio adicional de la grabación de la totalidad de la declaración y la atenuación de la mediación a través de la transcripción del acto procesal en un acta escrita.

Hay que admitir que en el terreno del proceso civil, el uso de la videoconferencia no se había propagado con el mismo vigor que en materia penal, aun cuando –en muchos casos– no resultaba sencillo identificar explícitos obstáculos legales de relevancia para su incorporación. Evidentemente, estábamos acostumbrados a que sea un sector en que la irrupción de este componente tecnológico venía requiriendo un proceso más paulatino de asimilación y aprovechamiento. Todo esto, a pesar de las tendencias de reforma de la legislación procesal en la región donde la inmediación, la oralidad, los criterios de gestión y organización, así como la incorporación de tecnologías de información y comunicación (TICs) se presentaban como principios rectores en la gran mayoría de los casos.

Existe un cierto consenso, nacido de la demostración de los hechos, que el escenario de crítico actual puede resultar un catalizador del empleo de nuevas tecnologías que disminuyan lo que se ha caracterizado como la “tramitología procesal internacional”.<sup>21</sup>

Entre las prescripciones internas e internacionales, de derecho duro o de *soft law* orientadas a regular, organizar y coordinar específicamente el uso de la videoconferencia en los procesos judiciales, que ya existían previo a que se desate la pandemia, merecen ser destacados:

1) Convenio Iberoamericano sobre el uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia (Convenio Iberoamericano) y su Protocolo Adicional: suscriptos durante la reunión de la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Mar del

---

<sup>21</sup> ORTIZ, Fernando. “Cooperación jurídica internacional: desafíos ante el COVID-19.” En *Centro de Estudios Internacionales*. 25 de junio de 2020. <http://centroestudiosinternacionales.uc.cl/medios/3407-cooperacion-juridica-internacional-desafios-ante-el-covid-19>.

Plata, en 2010. Aunque entraron en vigencia el 17/7/2014 y el 24/8/2016, respectivamente, no rigen en Argentina. El Congreso argentino los aprobó mediante Ley 27.162, publicada en el BO el 3/8/2015, pero –inexplicablemente– el instrumento de ratificación aún no ha sido depositado;

2) Acordada CSJN 20/13: reglamentó el uso de la videoconferencia en causas en trámite en los juzgados, tribunales orales y cámaras de apelaciones, nacionales y federales del Poder Judicial de la Nación, a través del establecimiento de Reglas Prácticas a cumplir por los tribunales en el uso de este servicio. Dispone que cuando una persona que se halle fuera de la jurisdicción de un tribunal deba comparecer como imputado, testigo o perito, el tribunal interviniente podrá disponer que la audiencia se realice por videoconferencia, coordinada por la Dirección General de Tecnología de la Administración General del Poder Judicial.<sup>22</sup>

3) Protocolo de Videoconferencias de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS): aprobado el 28 de Febrero de 2014, al que han adherido múltiples jurisdicciones provinciales.

4) Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a Justicia (TRANSJUS): el art. 4.6 reconoce la posibilidad de jueces y demás operadores de establecer comunicaciones judiciales directas y espontáneas, recurriendo a cualquier mecanismo idóneo para lograr dicha certeza y seguridad. Se refiere específicamente a la realización de audiencias conjuntas a través de videoconferencias o cualquier otro medio disponible, e incluso coordinación de decisiones para evitar conflictos entre éstas, asegurando su efectividad. Se resguarda el derecho de las partes a acceder a las comunicaciones entre los tribunales y ser informadas de las mismas. La disposición es compatible con el art. 4.7 que advierte sobre la necesidad de garantizar la seguridad en las comunicaciones, pero insta a procurar y favorecer el uso de las TICs (comunicaciones telefónicas y videoconferencias, mensajes electrónicos, y cualquier otro medio de comunicación apto para hacer efectiva la cooperación solicitada).

---

<sup>22</sup> A pesar de esta reglamentación, María Bourdin, Secretaria Letrada de la CSJN y cocreadora del Centro de Información Judicial, anunció la inminente utilización de plataformas de uso generalizado para concretar videoconferencias, audiencias remotas y capacitaciones. BOURDIN, María. “La Corte Suprema comenzará a usar Zoom para realizar videoconferencias, audiencias remotas y capacitaciones.” *Infobae*, junio de 3 de 2020.

### III. La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y el efecto expansivo de su tarea

La HCCH viene trabajando desde el año 2015, a raíz de una propuesta de Australia, para examinar los asuntos que pueden presentarse en el contexto del uso de videoconferencia, enlaces de video y otras TICs en la obtención de pruebas en el extranjero en el marco de la CHCCH70. Además de estudiar los instrumentos existentes y la práctica habitual en distintos países, se valoró la factibilidad o conveniencia de generar un instrumento internacional como producto de esta tarea.

Desde el inicio, uno de los principales aciertos de la labor emprendida se relaciona con la premisa asumida: la discriminación entre cuestiones legales, prácticas o técnicas.

El Grupo de Expertos creado a tal fin se reunió en diciembre de 2015 y determinó que las cuestiones -principalmente prácticas- que surjan serían mejor abordadas por un instrumento de naturaleza más flexible, y complementadas con perfiles de país detallados, producidos de manera uniforme por cada parte contratante. Estos perfiles se recabaron haciendo circular un cuestionario. La idea fue generar un instrumento que proporcione comentarios puntillosos sobre el uso de la videoconferencia (o enlace de video, según la terminología más utilizada por la HCCH en español) dentro del funcionamiento de la CHCCH70. Se buscó así vertebrar jurídicamente el instrumento en torno a los artículos pertinentes (Capítulos I y II).

Los trabajos se basaron en el convencimiento que el camino más apropiado para el abordaje del tema sería resaltar su carácter tecnológicamente neutro para promover el uso de la ya existente CHCCH70 e incentivar la utilización de las tecnologías en ese marco. Para ello, desarrolló un proyecto de “Guía de Buenas Prácticas para el uso de enlace de video en el marco de la CHCCH70”<sup>23</sup> basado en la información uniforme y detallada

---

<sup>23</sup> (La traducción del inglés es propia). Documento disponible, en inglés y francés (Draft Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention), en <https://assets.hcch.net/docs/e0bee1ac-7aab-4277-ad03-343a7a23b4d7.pdf> Fecha consulta 30.06.2020.

A pesar de que el término “videoconferencia” reconoce un uso más extendido en Argentina, optamos en esta oportunidad por su traducción como “enlace de video” a fin de respetar la opción más utilizada por la HCCH en sus referencias en español. Difiere de la versión que incluyéramos en Harrington, Carolina. “1889-2019: Del fonotelefono a la videoconferencia. Ficción, visión y realidad en el cumplimiento de exhortos y la cooperación probatoria internacional.” en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia

suministrada en los perfiles de país, como referencia para tribunales, oficiales públicos, instancias administrativas, responsables de informática.<sup>24</sup>

Durante la reunión llevada a cabo entre el 5 y el 8 de marzo de 2019, el Consejo de Asuntos Generales y Política (CGAP) de la HCCH celebró la preparación del Proyecto, aunque ordenó que el borrador vuelva a circular entre los miembros para recabar comentarios adicionales.<sup>25</sup> Los aportes recibidos fueron compartidos a los otros miembros para ser revisada la versión luego por el Grupo de Expertos. El proyecto final se elevó para su aprobación y durante la reunión del CGAP, en marzo 2020, la Conclusión nro. 34 tomó razón de la aprobación de la “Guía de Buenas Prácticas sobre el uso de enlace de video en la CHCCH70”<sup>26</sup>, ocurrida el 14 de junio de 2019. A su vez, se anunció la inminente publicación del documento.

Pues bien, la socialización avisada se produjo en plena pandemia, el 16 de abril de 2020 a través de la página web de la organización. A su vez, se la incorporó en el *COVID-19 Toolkit*, reservorio de referencias a recursos HCCH específicos y publicaciones, particularmente relevantes durante la situación global actual y que fue pensado para auxiliar a usuarios de las convenciones e instrumentos HCCH en este período tan plagado de desafíos.<sup>27</sup>

---

e IDIARTE, Lorenzo, Gonzalo. *Jornadas 130 Aniversario Tratados de Montevideo*, FCU, Montevideo, 2019, pp.425 y ss.

<sup>24</sup> Puede consultarse el Informe del Grupo de Expertos en el Uso de videoconferencia y otras tecnologías modernas en la obtención de pruebas en el extranjero (2015) en <https://assets.hcch.net/docs/20ba36d9-3aa9-45ff-b82b-4ead24db148c.pdf>. Fecha de consulta: 30.06.2020.

<sup>25</sup> Conclusión Nro. 38.

<sup>26</sup> Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence Convention (Disponible en inglés y francés, la traducción nos pertenece). Las versiones oficiales se encuentran en: <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=728> Fecha consulta: 30.06.2020. Remitimos a la nota nro23 acerca de la utilización de la terminología más apropiada para traducir la tecnología objeto de regulación y nos hacemos eco de las propias palabras de la Guía, incluidas en su Glosario: Video-link technology (also known as videoconferencing technology) Technology that allows two or more locations to interact simultaneously by two-way video and audio transmission. Please note that for the purposes of this Guide, the expression “video-link” encompasses the various technologies employed to enable videoconferencing, remote appearances, or any other form of video presence.

<sup>27</sup> Puesto a disposición de la comunidad jurídica internacional el 4.5.2020 y disponible (en inglés y francés) en <https://www.hcch.net/en/news-archive/details/?varevent=731> Fecha consulta: 30.06.2020

### *La estructura de la Guía*

Luego de reseñar la cronología de su evolución, la Guía identifica la videoconferencia como aquella tecnología que permite que dos o más locaciones interactúen simultáneamente por una transmisión bidireccional de audio y video, facilitando la comunicación y la interacción personal entre esas locaciones. Apunta también que la práctica de la cooperación probatoria internacional ha ido llevando a que se utilicen otras denominaciones afines, como “aparición remota” o “video presencia”.<sup>28</sup> A continuación, ofrece un glosario para unificar o armonizar la terminología utilizada en los diversos ordenamientos internos<sup>29</sup>, valioso aporte si se tiene en cuenta que el documento se diseñó para ser aprovechado por operadores pertenecientes a diversos sistemas jurídico/procesales nacionales.

Si bien el ámbito de aplicación de la CHCCH70 se refiere exclusivamente a asuntos civiles y comerciales, la propia Guía admite que ciertos aspectos logísticos o prácticos pueden ser relevantes para el uso de la videoconferencia en términos más generales. Varias de sus recomendaciones pueden devenir ventajosas más allá del marco del tratado o incluso para testimoniales en procesos absolutamente domésticos. De todos modos, se aclara que la Guía no toma en consideración detallada cuestiones relativas a la obtención de prueba en materia penal.<sup>30</sup>

El corazón del documento se estructura en tres partes, que discriminan acertadamente los tres grandes aspectos implicados en la incorporación de la tecnología al proceso y, en consecuencia, a la cooperación judicial internacional: A) los estrictamente legales (en este caso vinculados a la utilización de la videoconferencia en el marco del CHCCH70)<sup>31</sup>; B) las

---

<sup>28</sup> Pto 10 de la Guía.

<sup>29</sup> MADRID MARTINEZ, Claudia. “Conferencia de La Haya: Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the 1970 Evidence Convention” en *cartasblogatorias.com*, 17 de abril de 2020. <https://cartasblogatorias.com/2020/04/17/conferencia-de-la-haya-guide-to-good-practice-on-the-use-of-video-link-under-the-1970-evidence-convention/> Fecha consulta: 30.06.2020.

<sup>30</sup> Pto 18 de la Guía. Folkman, Ted. “HCCH Publishes Guide to Good Practice on the Use of Video Conferencing under the Evidence Convention.” *Letters Blogatory*. 17 de abril de 2020. <https://lettersblogatory.com/2020/04/17/hcch-publishes-guide-to-good-practice-on-the-use-of-video-conferencing-under-the-evidence-convention/#more-29149>. Fecha consulta: 30.06.2020.

<sup>31</sup> Por ejemplo, la posibilidad dentro de los términos de la CHCCH70 de que la autoridad requirente interroge “directamente” al examinado. Para Mayela Celis, se trata de uno de los puntos más controversiales del instrumento. CELIS, Mayela. “Useful



cuestiones prácticas, operativas o de gestión; y C) el componente técnico y de seguridad.<sup>32</sup>

Cierran el documento seis anexos (compilación de buenas prácticas, cuadros explicativos, ejemplos prácticos, formulario opcional, texto de la CHCCH70 y conclusiones y recomendaciones relevantes de Comisiones Especiales), más un índice de casos jurisprudenciales citados y la lista de bibliografía citada.

Aun cuando las consideraciones normativas de la Guía se incardinan en las previsiones del CHCCH70, la gran riqueza radica -fundamentalmente- en su fuerza expansiva más allá de los países que forman parte de ese esquema convencional o la utilización estrictamente probatoria o internacional.

¿Por qué podría ser útil en un contexto de aislamiento derivado de la pandemia por SARS-CoV 2 un instrumento de *soft law* desarrollado en torno a una convención multilateral que regula la cooperación probatoria internacional en materia civil?

En primer lugar, por resumir las experiencias en materia de utilización de videoconferencia de países de diversa raigambre jurídica. Además, al discriminar los aspectos problemáticos entre aquellos vinculados a lo legal/normativo, a las cuestiones prácticas o de gestión, diferenciándolas de los temas eminentemente técnicos facilita una discusión razonable y organizada de los aspectos implicados a fin de obtener el mayor provecho de la herramienta, en función del sistema jurídico al que se pertenezca sin resignar garantías procesales ampliamente reconocidas a nivel universal.

De otro costado, la naturaleza flexible de la regulación luce como la más atinada para gobernar una materia tan variable como la VC, indisolu-

---

reading in times of corona and just released: The Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the HCCH 1970 Evidence Convention.” *Conflict of Laws.net*. 17 de Abril de 2020. <https://conflictoflaws.net/2020/useful-reading-in-times-of-corona-and-just-released-the-guide-to-good-practice-on-the-use-of-video-link-under-the-hcch-1970-evidence-convention/> Fecha consulta: 30.06.2020. También hace alusión a este relevante tópico Dreyzin, Adriana. “Regulación de los juicios y de la prueba. Rol pionero y trascendencia del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889. Vigencia de sus soluciones en perspectiva comparada con la región y el mundo”, en Fresno de Aguirre, Cecilia y Lorenzo Idiarte, Gonzalo. *Jornadas 130 Aniversario Tratados de Montevideo*, FCU, Montevideo, 2019, pp.353 y ss.

<sup>32</sup> Por ejemplo: adecuación de equipamiento, estándares técnicos mínimos (códec, redes, ancho de banda, encriptación, audio, video); esto es, requerimientos asociados a la calidad comunicativa y seguridad que debe garantizarse.

blemente ligada al desarrollo tecnológico. Pocas personas podrían aducir a más de una centena de jornadas de aislamiento que no han visto su vida inundada por el fenómeno de la videoconferencia. Si no es de modo personal, en medios de comunicación o, simplemente, en virtud de la utilización que en la esfera pública y privada se vio intensamente incrementada. Por otra parte, lo que antes de la irrupción de la pandemia podía llegar a tener cierto grado de sofisticación como herramienta, está hoy a disposición de un enorme segmento de la población a través de dispositivos celulares y simplemente a través de la cuenta de Google, Microsoft, Skype o vía plataformas específicas como la super estrella Zoom. El riguroso y lento derrotero de una iniciativa normativa hasta convertirse en un tratado internacional vigente no parece compadecerse con la velocidad con que el fenómeno tecnológico es capaz de avanzar.<sup>33</sup>

Por último, pero para nada menos importante, la Guía cuenta con el respaldo de un organismo global, comprometido desde su nacimiento con la cooperación jurídica internacional y con probada continuidad en el seguimiento de los aspectos relativos a la implementación de los documentos que en su seno se generan.

### *El aporte*

Entendemos que la parte dedicada a las cuestiones prácticas, operativas o de gestión (Parte B.) resulta de crucial utilidad en el marco de este período *trans pandemia*, por su potencial multifunción.

La Guía contiene recomendaciones acerca de temas como: publicidad de la información práctica, manejo de información sensible, consultas previas, programación de horarios y testeo, presencia de soporte técnico, instalaciones, uso de documentos, comunicaciones privadas, participación de intérpretes, registro y revisión, control de cámaras y audio, protocolo para el uso de la palabra y en caso de interrupción de conexión. Todos estos puntos resultan de vital relevancia para el éxito de la ejecución del acto, más allá de las contingencias probatorias transnacionales.

El instrumento solo se encuentra disponible de manera oficial en inglés y francés, por lo que, hasta que la versión en español se ponga a disposición, resulta propicio incluir en este trabajo una traducción propia del instrumento.

---

<sup>33</sup> Muestra de ello es la falta de ratificación por parte de Argentina del Convenio Iberoamericano de Videoconferencia y su Protocolo Adicional que datan del año 2010, a pesar de contar con la aprobación legislativa desde 2015.

## **PARTE B. PREPARACIÓN Y REALIZACIÓN DE AUDIENCIAS CON VIDEOCONFERENCIA**

- Dentro de las posibilidades, haga pública información práctica general y/o pautas disponibles (preferiblemente en línea) para ayudar a quienes se preparan para enviar o ejecutar una solicitud de asistencia con utilización de videoconferencia. La OP HCCH invita a los Estados a compartir dicha información para publicación en el sitio web de la HCCH.

La información específica, confidencial o sensible puede ponerse a disposición de las partes involucradas a requerimiento.

- Asegúrese de mantener una comunicación efectiva entre todos los actores en la preparación y ejecución de una videoconferencia.

### **B1 Consideración de posibles obstáculos prácticos**

Haga consultas con la autoridad pertinente para confirmar que no hay obstáculos prácticos o limitaciones a la ejecución de una solicitud para usar videoconferencia en la producción e prueba (especialmente bajo el Capítulo II).

### **B2 Programación y testeo**

i. Al programar una audiencia a través de VC, se alienta a los Estados a tener en cuenta la diferencia horaria y las implicaciones de operar fuera del horario oficial habitual, como costos potencialmente mayores y disponibilidad limitada de personal de apoyo.

ii. También se promueve la realización de testeos de la conexión antes de una audiencia, así como mantenimiento regular de los equipos.

### **B3 Soporte técnico y formación**

i. Se recomienda a las autoridades, cuando corresponda, que proporcionen los datos de contacto necesarios para asegurar que cada participante en una audiencia a través de VC tenga acceso al soporte técnico adecuado.

ii. Se recomienda que cualquier miembro del personal que pueda estar involucrado en el control u operación del equipo que posibilite la VC reciba al menos un nivel básico de capacitación.

### **B4 Reserva de instalaciones apropiadas**

i. Confirme los requisitos o restricciones en relación con las instalaciones que se reservarán, como el tipo de sala de audiencias (por ejemplo,

sala de audiencias, sala de conferencias) o la ubicación de esa sala (por ejemplo, en un edificio de la corte, en una misión diplomática / consular, en un hotel).

ii. Verificar la necesidad de reserva anticipada de las instalaciones; se alienta a las autoridades a utilizar herramientas en línea para facilitar el proceso de reserva.

#### *B4.1 Uso de documentos y exposiciones*

i. Si van a ser utilizados documentos o instrumentos, debe acordarse y preverse un medio apropiado para compartirlos formalmente y presentarlos antes o durante la audiencia.

#### *B4.2 Comunicaciones privadas*

i. Las líneas de comunicación (confidenciales) adicionales pueden ser recomendables o necesarias, por ejemplo si una parte / testigo y su representante legal participan desde diferentes lugares.

#### *B4.3 Casos especiales*

i. En circunstancias especiales, puede ser necesario contar con participantes adicionales o medidas adicionales de seguridad o protección. Por ejemplo, en el caso de testigos vulnerables.

### **B5 Uso de intérprete**

i. Dada la naturaleza desafiante de la configuración de la videoconferencia, se recomienda la asistencia por parte de intérpretes con calificaciones y experiencia apropiadas siempre que sea posible.

ii. Los participantes deben decidir, teniendo en cuenta los requisitos de derecho interno y las instrucciones del tribunal, si se va a utilizar interpretación consecutiva o simultánea (la primera es generalmente recomendado en el contexto de la VC) y el lugar dónde se ubicará el intérprete (preferiblemente en el mismo sitio que el testigo).

### **B6 Grabación, informe y revisión**

i. Confirme cómo se registrarán los procedimientos. Cuando sea posible y el sistema lo permita, la grabación de video puede ser preferible a un

registro escrito. Asegúrese de que el manejo posterior y el almacenamiento de cualquier grabación o informe producido es seguro.

ii. Haga los arreglos necesarios para posibilitar la asistencia del equipo de grabación y / o un taquígrafo o el vocero o responsable de las relaciones con la prensa del tribunal a la audiencia.

iii. Asegúrese de que la transmisión en vivo por videoconferencia sea segura y, si es posible, encriptada.

iv. Cuando corresponda, se alienta a los participantes a informar cualquier problema o desafío práctico a las autoridades pertinentes y se alienta a los Estados a ser proactivos en el rastreo de estos comentarios para mejorar aún más la prestación de servicios de videoconferencia.

### **B7. Entorno, posicionamiento y protocolos**

i. Las condiciones en todas las habitaciones o espacios que se conectarán durante la audiencia deben ser optimizadas para el uso de la videoconferencia, incluido el tamaño de la sala, el diseño, el acceso, la acústica e iluminación.

ii. El equipo debe instalarse de manera tal que emule una audiencia “en persona”, asegurando un número apropiado de cámaras y micrófonos para que cada participante pueda ser visto y escuchado con mínima dificultad o interrupción.

#### *B7.1. Control de cámaras / audio*

i. Se recomienda recurrir a una interfaz amigable para permitir una operación sencilla del equipo, preferiblemente por el funcionario a cargo.

#### *B7.2. Protocolo para hablar*

i. Para minimizar la interrupción por posibles retrasos en la conexión, las autoridades pueden considerar un protocolo de conversación para los participantes durante la audiencia, especialmente si se utilizará el servicio de intérprete.

#### *B7.3. Protocolo en caso de desperfecto en las comunicaciones*

ii. Todos los participantes deben estar al tanto sobre el procedimiento para alertar al funcionario a cargo de eventuales dificultades técnicas acaecidas durante la audiencia y de los datos de contacto para ubicar al

personal de soporte técnico, incluido el servicio de conexión con terceros, si corresponde.

### **Perspectivas hacia la *post pandemia***

La exponencial escalada en la utilización de la videoconferencia durante el tiempo en que la administración de justicia ha debido blindarse para evitar la propagación del SARS-CoV-2, probablemente demande una revisión de sus bases legales existentes y un replanteo de aquellas en construcción. La experiencia acumulada será un insumo básico a fin de permitir su empleo más eficiente dentro de las condiciones de seguridad y respeto de la tutela judicial efectiva.

Si bien nos inclinamos por la utilización de instrumentos de naturaleza más flexible para la regulación de la videoconferencia como herramienta complementaria (no sustitutiva de la presencialidad de modo absoluto), se impone urgir la ratificación de instrumentos como el Convenio Iberoamericano, que posibilitan una mayor coordinación en la región, para otorgar coherencia al accionar convencional argentino y compatibilizarlo con la dimensión autónoma.<sup>34</sup> La propia organización que lo gestó exhortó al inicio de la pandemia a los países a “*Analizar la posibilidad cierta de ir adelantando la firma, adhesión o ratificación de los tratados internacionales desarrollados en la COMJIB, como el ‘Convenio Iberoamericano sobre el uso de Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia’ y el ‘Tratado Relativo a la Transmisión Electrónica de Solicitudes de Cooperación Jurídica Internacional entre Autoridades Centrales’, de enorme valor en casos como el actual.*”<sup>35</sup>

Más actualizada y detallada, la Guía recientemente aprobada en HCCH representa un arma potente para asegurar los beneficios de la tecnología dentro de la CJI. A fin de que fructifique en mejores prácticas más allá de

---

<sup>34</sup> No podemos desconocer que los países hispanoparlantes tenemos una gran ventaja comparativa al compartir idioma, lo que descarta -al menos de manera urgente- uno de los principales obstáculos, que es el de la traducción o necesidad de intérprete.

<sup>35</sup> “Aportes para Ministras y Ministros de Justicia y autoridades de instituciones homólogas de la Comunidad Iberoamericana ante el COVID-19” documento elaborado por COMJIB para que sea considerado como una base mínima de políticas públicas frente a la crisis, gracias al material remitido por los representantes de los países con recomendaciones adicionales. <https://comjib.org/comunicado-conjunto-de-los-sistemas-de-justicia-iberoamericanos-2/> Fecha consulta: 30.06.2020

su limitado contexto (sobretudo, en cuanto a su componente práctico), es esencial que los estados contratantes efectivamente completen sus perfiles y los mantengan actualizados. La falta de perfiles de todos los países vinculados por la CHCCH70 es uno de los déficits del sistema. También sería apropiado analizar la factibilidad de que países no contratantes sean invitados a incorporar su perfil de país al cuadro. En definitiva, es la información allí consignada la clave del eventual éxito del documento, pues es la que posibilita la más eficiente y célere coordinación para llevar adelante la videoconferencia.

No parece aventurado especular con una actualización de la Guía no muy lejana en el tiempo. La alentamos. Sin duda, la tarea se verá motorizada por la revolucionaria transformación de los modos de actuar jurisdiccionales y la invalorable familiaridad adquirida en materia de videoconferencia, para que el aislamiento conjure la transmisión del virus, pero cause el menor perjuicio posible en términos de acceso a justicia durante el período *trans pandemia*.





# RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS. LA EXCEPCIÓN DE GRAVE RIESGO Y COVID-19

LAURA MARTINA JEIFETZ<sup>1</sup>

## I. Introducción

En la actualidad, nos encontramos ante una situación mundialmente excepcional. La pandemia global del COVID-19 forzó a los gobernantes a tomar medidas extremas como el aislamiento social obligatorio, lo que modificó la rutina de miles de personas. Por supuesto, las relaciones de familia no están exentas a esta nueva realidad.

Entre las muchas reflexiones que las circunstancias actuales motivan, nos proponemos abordar el impacto del “coronavirus” en los procesos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, a partir del análisis de un fallo dictado el 31 de marzo del 2020, por el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (División de Familia)<sup>2</sup>. En esta coyuntura, podemos reflexionar sobre la posibilidad de integración del niño al nuevo medio, además de los obstáculos que pueden existir al momento de la ejecución<sup>3</sup>. No obstante, nuestra propuesta apunta a resolver el siguiente interrogante: ¿ante una solicitud de restitución, procede la excepción de grave riesgo

---

<sup>1</sup> Abogada. Magíster en Derecho de los Negocios Internacionales, Universidad Complutense de Madrid. Adscripta de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba..

<sup>2</sup> EWHC 834 (Fam.). England and Wales High Court (Family Division). Decisions, 31/03/2020. Disponible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2020/834.html>

<sup>3</sup> JEIFETZ, Laura Martina. Desafíos en tiempos de emergencia sanitaria. Efectos del COVID-19 en la restitución internacional de niños, *elDial.com - DC2AD5*, 2020.

prevista por el Convenio de La Haya 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores<sup>4</sup> (art. 13 inc. b)?.

## II. Los hechos

La niña PT, nació en España en el año 2008. En 2012, los Tribunales españoles otorgaron la custodia a su madre, y establecieron un régimen de contacto entre la niña y su padre. En cuanto a los cambios de residencia, el Tribunal obligó a los padres a que se informaran mutuamente sobre cualquier modificación con treinta días de anticipación.

Pese al régimen vigente, el día 13 de febrero de 2020 la madre la trasladó de manera ilícita a Inglaterra. Por consiguiente, el padre exigió el inmediato retorno de PT en los términos de la Convención de La Haya de 1980 y bajo el art. 11 del Reglamento de Bruselas II BIS.<sup>5</sup>

Como defensa, la madre opuso la excepción de grave riesgo en los términos del art. 13 inc. b de la Convención de La Haya de 1980 (en adelante, el Convenio o la Convención) y afirmó que la niña podría contraer COVID-19 si se decide su retorno, afectando gravemente su salud.

Finalmente, el juez de la causa sostuvo que la situación de pandemia actual no es suficiente para hacer lugar a la excepción de grave riesgo, y en un plazo de 21 días, ordenó la restitución de la niña al lugar de residencia habitual, España. Todo el proceso se llevó a cabo de manera remota.

## III. La excepción de grave riesgo en tiempos de COVID-19

En el caso de estudio, la madre sustractora argumentó que el regreso de su hija a España la expondría a un grave riesgo teniendo en cuenta la alta posibilidad de contraer el virus. Además, agregó que tenía un video del padre de PT amenazándola de muerte y mensajes de texto ofensivos, aunque debido a las medidas de confinamiento –según afirmó– no logró acceder a tales pruebas.

---

<sup>4</sup> El Convenio, vigente desde 1983 posee en la actualidad 101 Estados contratantes (junio 2020). Argentina lo ratificó mediante ley N° 23.857 en 1990.

<sup>5</sup> El art. 11 regula la restitución internacional de menores dentro de la UE en similares términos que el Convenio de La Haya 1980.

Cabe recordar, que incluso si los hechos de violencia hubiesen sido probados, no corresponde al juez de la restitución evaluar las cualidades de los progenitores para ejercer la guarda<sup>6</sup> ya que eso será discutido en el Estado de residencia habitual y de acuerdo a la ley vigente en ese país<sup>7</sup>. En definitiva, el juez deberá sopesar si los hechos denunciados pueden ser controlados en el Estado de origen.<sup>8</sup>

En este sendero, probadas algunas de esas denuncias la pregunta que debe efectuarse el juez interviniente es: ¿existen instituciones en el Estado de residencia habitual que puedan proteger al niño de algún tipo de violencia por parte del otro progenitor? Si la respuesta es afirmativa la restitución debe ordenarse de manera inmediata. Si la respuesta es negativa, previo examen minucioso de las probanzas de tales extremos (no existen instituciones o procedimientos que protejan al niño), podrá impedirse el regreso del menor.

De esta forma, la excepción de grave riesgo puede admitirse cuando el reintegro exponga a los niños a un peligro grave físico o psíquico o a una situación intolerable, lo cual debe ser probado por quien opone la excepción. Estas afirmaciones, no deben ser simples temores, meras sospechas o presunciones, sino que quien se opone a la restitución debe demostrar los hechos en que se funda y ello requiere de pruebas concretas, claras y contundentes<sup>9</sup>. Su valoración debe efectuarse con criterio sumamente restringido.

En relación al COVID-19, la Corte británica se basó en dos cuestiones fundamentales para rechazar la excepción interpuesta por la madre. La

---

<sup>6</sup> La Convención dispone un mecanismo autónomo respecto a las cuestiones de fondo atinentes a la guarda del menor. Recordemos que la guarda comprende las relaciones patrimoniales filiales, y abarca la obligación de los padres de proteger a sus hijos. En relación a los hijos, la obligación de convivir en el hogar con sus padres. ECHEGARAY de MAUSSION, Carlos Eduardo-LUCERO, Myriam Diana. El carácter ilegal del traslado o retención: la determinación de algunos conceptos utilizados por el Convenio de La Haya. *Actualidad Jurídica. Familia y minoridad*, 2007.

<sup>7</sup> Con respecto a ello, la CSJN incluso ha reiterado que la decisión de restitución no implica que los menores deberán retornar para convivir bajo la custodia del progenitor requirente (Fallos 318:1269; 328:4511).

<sup>8</sup> LARGHI, Alberto. Las excepciones a la restitución, en TAGLE de FERREYRA, Graciela. *La Restitución Internacional de menores: doctrina judicial y rol de las autoridades centrales. Visión práctica*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, p. 137-144.

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. 27/12/2016, “G.L. s/por su hijo G.P.T. por restitución s/familia p/rec. ext. de inconstit. -casación”.

primera, la pandemia se encontraba más avanzada en España que en Reino Unido. El Tribunal describe que al momento de redacción de la sentencia (29 de marzo de 2020) el número oficial de muertos ascendía a 1.228 en Reino Unido y a 6.528 en España. Ante estas estadísticas, podría sostenerse que estaría en mayor riesgo de contagio en su país de origen. La segunda, el riesgo que conlleva realizar un viaje internacional en la actualidad. Remarcamos que en ese momento no estaban suspendidos los vuelos en ese país.

A pesar de ello, el magistrado consideró que no existe evidencia suficiente respecto a esas dos cuestiones y aclaró que en caso de que las hubiera, la situación a nivel nacional y mundial cambia a tal velocidad que cualquier evidencia podría quedar desactualizada.

Finalmente, luego de valorar lo comunicado por el Gobierno de Reino Unido en relación a que la niña no es grupo de riesgo y que, si bien reconoce que en ese momento el virus estaba más avanzado en España, concluye que existe el mismo riesgo de contraer el virus tanto en Inglaterra como en España.

También advierte que en ambas naciones los gobiernos dispusieron severas medidas de distanciamiento social. Al mismo tiempo, reconoció que tomar un vuelo implica mayor exposición al virus, pero si –hasta ese momento– los vuelos no habían sido cancelados en su totalidad es porque no existe tal grave riesgo.

En efecto, poniendo esos tres elementos principales en consideración, ordena la inmediata restitución de PT a España y concluye, que no existe “grave riesgo” en los términos del art. 13 inc. b. del Convenio. En esta dirección, enfatiza en que el retorno se efectúe sin demora. Cualquier dilación podría tornar imposible el regreso (cancelación de vuelos, cierre de fronteras, etc.). Simultáneamente, asume un punto de vista práctico y detalla las medidas necesarias para materializar la restitución (medidas de regreso seguro).

A estas alturas, nos planteamos: ¿cabría el mismo resultado si el lugar de origen del niño fuera un país donde pocas medidas se han tomado o las dispuestas resulten insuficientes? ¿Qué ocurriría si el niño retenido sufriera alguna afección pulmonar (Ej.: asma) o enfermedad inmunológica que lo exponga a un riesgo aún mayor? Y avanzando un paso más en las hipótesis, ¿cuál sería el resultado si en el Estado de refugio la pandemia se encuentra en sus últimas fases, mientras que en el Estado de origen aún se encuentra en pleno desarrollo?

Del mismo modo, ¿cuál riesgo específico puede configurar el virus para el niño? La norma menciona tres tipos de grave riesgo: peligro físico, psicológico o ser puesto en una situación intolerable. De acuerdo a la Guía de Buenas Prácticas, Parte VI, sobre el art. 13 inc. b)<sup>10</sup> cada tipo se debe considerar de manera independiente para justificar la excepción de la pronta devolución del niño.

Si bien los niños no se encuentran contemplados como población de riesgo, está claro que el COVID-19 podría generar daños de tipo físicos, aunque tampoco deben subestimarse los efectos psicológicos que puede generar el aislamiento social y/o el contagio. En marzo, la Organización Mundial de la Salud declaró que el coronavirus está provocando miedo y preocupación en la población<sup>11</sup>. Por ende, si bien la infección puede producirse o no, el daño psicológico potencial es casi inevitable en un niño con madurez suficiente como PT (12 años). Es decir, la devolución traería aparejada un cierto riesgo de orden psicológico, sumados a los propios del retorno.<sup>12</sup>

Actualmente, la problemática fundamental surge sobre el modo de evaluar esos riesgos en los pedidos de restitución internacional de niños. En este punto la Guía Buenas Prácticas nos ofrece un análisis esclarecedor al abordar los riesgos asociados con la salud del niño/a. Si bien no se menciona la circunstancia especial de una pandemia mundial, la Guía ofrece algunas pautas que pueden resultar orientativas.

El Párrafo N° 62 de la Guía señala que si lo que se encuentra en peligro es la salud del niño, el juez debe centrar el análisis en la disponibilidad de tratamiento en el Estado de residencia habitual y no en una comparación entre la calidad de atención de cada Estado. Explica que el grave riesgo se produce sólo en aquellos casos donde un tratamiento es o sería necesario

---

<sup>10</sup> Este instrumento de *soft law* de reciente elaboración (marzo de 2020) ofrece pautas orientativas para jueces, abogados, AC y operadores jurídicos en general. Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores –Parte VI– Artículo 13 (1)(b). Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/225b44d3-5c6b-4a14-8f5b-57cb370c497f.pdf#page=27&zoom=100,129,626>

<sup>11</sup> World Health Organization. Mental health and psychosocial considerations during the COVID-19 outbreak, 18/03/2020. Disponible en: [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/mental-health-considerations.pdf?sfvrsn=6d3578af\\_10](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/mental-health-considerations.pdf?sfvrsn=6d3578af_10)

<sup>12</sup> RUSINOVA, Nadia. Child abduction in times of corona. *Conflict of Law. Views and News in Private International Law*, 2020. Disponible en: <https://conflictoflaws.net/2020/child-abduction-in-times-of-corona/>

con urgencia y no se encuentra disponible o del todo accesible en el Estado de residencia habitual. De igual forma ocurre, si el niño no se encuentra en condiciones de salud lo cual le impide regresar a su hogar.<sup>13</sup>

Es así, que se despejan dudas sobre si el mejor o peor tratamiento en un Estado (Ej.: Inglaterra), en comparación con otro (Ej.: España), es un argumento válido para hacer lugar a la excepción. La respuesta es negativa, y debe ceñirse a que existan tratamientos o no en el lugar de origen. Esto indica que, si el juez constata que en el lugar de residencia habitual existe atención médico hospitalaria (personal médico capacitado, que el sistema de salud local logra dar respuesta a los contagiados, cuidados del paciente, seguro de salud, etc.) debe ordenar la restitución, sin reflexionar sobre la calidad de los tratamientos.

No obstante, constatar la existencia de tratamientos en el Estado de origen del niño puede no resultar del todo sencillo para el juez, teniendo en cuenta no solo las barreras idiomáticas sino también la urgencia que requieren estos casos. Resaltamos, que los plazos acotados que las normas de la Convención instituyen para el regreso de los niños ilícitamente trasladados, tiene como estricta finalidad respetar el interés superior del niño<sup>14</sup>. A estos impedimentos, se añaden circunstancias propias de la pandemia: muchas actividades e instituciones se encuentran suspendidas y que las perspectivas de cada país cambian minuto a minuto (estadísticas, cierre de fronteras, medidas de confinamiento, efectos en el sistema de salud, etc.).

En este panorama volátil, cobra protagonismo el deber de cooperación que asumen las Autoridades Centrales (AC) a la hora de proveer la información que fuera necesaria. En los casos que el tribunal deba efectuar la evaluación del riesgo, la cooperación y apoyo brindado por las AC, la labor de los Jueces de Enlace de la Red Internacional de La Haya, y la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed), permiten dar respuestas rápidamente y proporcionar detalles sobre medidas de protección –tratamiento- disponibles en el Estado de residencia habitual. En

---

<sup>13</sup> La excepción de grave riesgo se admitió en el caso de un niño con epilepsia, donde los informes médicos mostraban de manera evidente que el viaje de regreso a Inglaterra podría acarrear graves daños en su salud e incluso su muerte. *State Central Authority v. Maynard*, 9 March 2003, Family Court of Australia (Australia). Referencia INCADAT: HC/E/AU 541. Disponible en: <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0541.htm>

<sup>14</sup> DREYZIN, Adriana - CASOLA, Laura. La importancia de la celeridad para el resguardo del interés superior del niño en los procesos de restitución internacional de menores. *RDF: 81*, 39, 2017.

el marco del coronavirus, la información brindada será determinante para verificar la disponibilidad de cuidados adecuados en el país requirente.

También surgen relevantes, las comunicaciones judiciales directas, cuyo objetivo radica en disminuir las demoras que conlleva la diligencia y la admisión de resoluciones judiciales con la premura que estos procesos exigen. Con esta valiosa herramienta se logra profundizar el conocimiento sobre las circunstancias existentes en el lugar donde se encuentra el centro de vida del niño.<sup>15</sup>

## X. Colofón

La crisis sanitaria del coronavirus ha atravesado todos los ámbitos de nuestras vidas, incluidas las relaciones de familia. A partir de este fallo del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, reflexionamos sobre si el COVID-19 puede configurar la excepción de grave riesgo (art. 13 inc. b) del Convenio de La Haya de 1980. Así, nos atrevemos a afirmar que en todas las hipótesis planteadas no correspondería hacer lugar a tal excepción. Sin embargo, la casuística debe evaluarse de manera minuciosa y en forma particular. Cada solicitud tiene sus características propias y más aun tratándose de niños, niñas y adolescentes. En este marco, el análisis del juez debe enfocarse en las directivas propuestas por la Guía. Pese a ello, especial atención debe prestarse a la situación de niños con enfermedades preexistentes y por supuesto, las recomendaciones acerca de los grupos de riesgo.

---

<sup>15</sup> HARRINGTON, Carolina. Comunicaciones judiciales directas. Un arma versátil para enfrentar desafíos procesales en el derecho internacional privado de familia. *LLC2018 (octubre)*, 3, 2017.





# EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DESAFÍO FRENTE A LOS GRUPOS MÁS VULNERABLES EN EL MARCO DEL COVID-19

CRISTINA BRITOS<sup>1</sup>

*Sumario: I. Palabras introductorias. II. El DIPr y el derecho de las minorías: algunas precisiones. III. La protección de las minorías desde la perspectiva del DIPr. IV. Reflexiones finales.*

## **I. Palabras introductorias**

A nadie escapa que vivimos una de las crisis más importantes de los últimos tiempos, ya que la pandemia global causada por el COVID-19 afecta a nuestra sociedad desde lo sanitario, económico-político, y social.

En esta oportunidad, nos centraremos en la necesidad de reflexionar acerca de la mayor protección que requieren las minorías y su relación con el Derecho Internacional Privado (DIPr), y los Derechos Humanos. Sucede que el proceso de constitucionalización de los derechos humanos se ve reflejado en la evolución de los distintos ordenamientos jurídicos<sup>2</sup>, donde

---

<sup>1</sup> Doctoranda en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura, UCC. Docente de la Cátedra de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>2</sup> En este sentido, el DIPr deberá nutrirse de esta comunidad de principios que surge entre la Constitución, y lo público y privado, frente a una sociedad multicultural, “procurando aceptar, en mayor o en menor grado, los fenómenos e instituciones procedentes de civilizaciones distintas e intentando evitar el rechazo sistemático de la aplicación del Derecho extranjero que responde a valores distintos a los occidentales. De esta manera, se abandona un Derecho internacional privado entendido como un Derecho que debe resolver, de modo radical, “conflictos de civilizaciones...””.

asistimos al nacimiento de una nueva persona multicultural como sujeto de derechos.

Así, surgen vividas imágenes de esta crisis humanitaria que ha frenado a tantos nuevos inmigrantes en busca de un destino mejor, los niños que transitando procesos de restitución internacional en algunos países deben esperar para poder regresar a su centro de vida, padres que se han quedado en el camino para llevar a cabo el proceso de adopción internacional o para buscar a sus bebés nacidos por gestación por sustitución en otros países.

En este escenario, el reconocimiento y la protección de los derechos de las minorías constituyen hoy uno de los grandes desafíos a los que se enfrenta el DIPr, en la búsqueda constante para brindar respuestas flexibles, a favor de la cooperación judicial internacional, que aboguen por reducir la distancia entre el derecho y la realidad de la justicia en cada caso concreto.

En tiempos de incertidumbre es necesario gestar proyectos comunes, que nos permitan descubrir en la adversidad de la situación actual, un DIPr como punto de partida para reflexionar sobre los derechos de las minorías como uno de los grandes desafíos a los que nos enfrentamos en esta época, para construir la tan anhelada gobernanza global<sup>3</sup>.

## II. El DIPr y el derecho de las minorías: algunas precisiones.

Para acercarnos a la noción de minorías, cabe remarcar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>4</sup>, que goza de jerarquía constitucional en nuestro país, ha inspirado el contenido de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas<sup>5</sup>.

El art. 27 del Pacto dispone que “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que per-

---

<sup>3</sup> La íntima vinculación a los derechos humanos, el DIPr y el activismo judicial, desde la gobernanza global se ha puesto de manifiesto por la Dra. Adriana Dreyzin de Klor, con quien colaboramos, en el trabajo titulado “Derechos Humanos, Derecho Internacional Privado y Activismo Judicial”, publicado en XXXIX Curso de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 2013, págs. 1-22; y en El Dial.com, elDial DC1A58.

<sup>4</sup> Este Pacto ha adquirido jerarquía constitucional en nuestro país con la reforma constitucional del año 1994, conforme el art. 75 inc. 22.

<sup>5</sup> Esta declaración fue aprobada por consenso por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1992 (resolución 47/135).

tenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

En efecto, y si bien no hay una definición establecida a nivel internacional sobre qué grupos constituyen una minoría, “el término minoría, como se utiliza en el sistema de las Naciones Unidas en relación con los derechos humanos, se refiere generalmente a las minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas”<sup>6</sup>.

Por su parte, se argumenta que la existencia de una minoría es una cuestión de hecho, que no incumbe exclusivamente al Estado, por lo que cualquier definición debe incluir tanto factores objetivos, como la existencia de una etnia, lenguaje o religión compartidos, así como factores subjetivos, tales como el deseo de las personas de que se las identifique como parte de ese grupo<sup>7</sup>.

En consonancia con las minorías nacionales, se torna imprescindible en forma análoga la lucha contra las discriminaciones múltiples, para defender a toda persona perteneciente a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística cuando también es objeto de discriminación por otros motivos como su género, discapacidad u orientación sexual.

Para ello resulta imprescindible, que el Poder Judicial ejerza un “control de convencionalidad”<sup>8</sup> entre las normas jurídicas internas, que se aplican en los casos concretos, y los TDDHH ratificados por nuestro país, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Sobre este tema se puede consultar: “Derechos de las minorías – Normas internacionales y orientaciones para su aplicación”, preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) a petición del Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre las Minorías, publicado en: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf)

<sup>7</sup> “Derechos de las minorías – Normas internacionales y orientaciones para su aplicación”, ob. cit., p. 3.

<sup>8</sup> Sobre los alcances del control de convencionalidad y la opinión de la doctrina argentina, se puede consultar: Bianchi, Alberto B., “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, en Supl. Const., 2010 (septiembre), p. 15; LL, 2010-E-426.

<sup>9</sup> Con posterioridad a lo resuelto en el caso “Almonacid”, la Corte Interamericana ha sostenido que: “...Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre

Frente a la pandemia que nos atraviesa, la Corte Interamericana ha emitido la Declaración 1/20 instando a los Estados a garantizar a toda persona, bajo su jurisdicción, sin discriminación los derechos a la vida, a la salud, económicos, sociales, culturales y ambientales “en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI...”<sup>10</sup>.

Emerge así, el desafío para el DIPr desde el replanteo de la concepción de las fuentes, ya no desde el conflicto que trae aparejado la incerteza jurídica de su elección, sino desde el “diálogo de fuentes”<sup>11</sup>, para compatibilizar con la mejor solución que tutele con efectividad los derechos de las minorías.

### III. La protección de las minorías desde la perspectiva del DIPr

Esta época de pandemia ha puesto sobre la mesa la gran preocupación que despierta la migración internacional, esto es la circulación de personas

---

las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...” (conf. CIDH, Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128, Caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia de 1º de septiembre de 2010, Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 176, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225, Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 193).

<sup>10</sup> Conf. Declaración de la Corte Interamericana, que alude al COVID-10 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales.

Se puede consultar en: [http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\\_1\\_20\\_ESP.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf)

<sup>11</sup> Nuestras ideas en este sentido, siguiendo a Erik Jayme han sido esbozadas en el trabajo titulado: “De cara a la postmodernidad: la superación del conflicto de fuentes a la luz del camino de la coordinación”, presentado en el marco de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, publicado en elDial.com, Citar: elDial DC14CE.

a través de las fronteras para residir de manera permanente o temporal en un país distinto al de nacimiento o ciudadanía, en búsqueda de mejores condiciones de vida o debido a persecuciones y conflictos, que ponen en peligro su vida y seguridad<sup>12</sup>.

Si bien hoy los países han cerrado sus fronteras, atento la profunda crisis política, social y económica que vive Venezuela en los últimos años, la migración a Argentina se ha incrementado, ocupando el primer lugar entre las radicaciones de extranjeros en el país, detrás de los paraguayos, bolivianos, peruanos y colombianos<sup>13</sup>. De allí que muchas de estas personas migrantes han quedado lejos de sus países de origen, y en muchos casos de sus familias debido a la crisis global que se atraviesa.

Por lo tanto, el DIPr debe dar una respuesta a estas nuevas situaciones privadas internacionales nacidas como fruto de la inmigración, que se caracterizan por el hecho de que la vida de las personas transcurre entre dos ordenamientos jurídicos, ya que se trata de una persona que difícilmente pierda sus lazos con su país de origen.

Según autorizada doctrina, coincidimos que “la función del nuevo DIPr de la inmigración no es sólo la cooperación entre sistemas jurídicos, sino –de forma más específica– la integración de la población de procedencia extranjera y condición inmigrante tanto en la sociedad de acogida como de origen. Este sistema es el único capaz de conseguir este objetivo, pues es la única rama del ordenamiento que se ocupa del reconocimiento

---

<sup>12</sup> Las estimaciones mundiales de las Naciones Unidas sobre migrantes internacionales incluyen a aquellas personas que viven fuera de su país de nacimiento o ciudadanía durante más de un año. Esta estimación incluye a los trabajadores migrantes, a los migrantes en situación irregular y a los refugiados, pero no tiene en cuenta a los millones de personas en todo el mundo que migran con carácter temporal o estacional a corto plazo desde o hacia otro país, habitualmente vecino, durante unas pocas semanas o meses cada año. Ver: “Migración, Derechos Humanos y Gobernanza”, Manual para Parlamentarios N° 24. Este trabajo es fruto de la labor conjunta de la Unión Interparlamentaria, la Organización Internacional del Trabajo y las Naciones Unidas (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos), y ha sido publicado en: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR\\_and\\_Governance\\_HR\\_PUB\\_15\\_3\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf)

<sup>13</sup> Conforme los últimos datos de la Dirección Nacional de Migraciones Argentina, organismo dependiente del Ministerio del Interior, en 2018 la migración venezolana se incrementó en más de un 100%, y fueron otorgadas 70.531 radicaciones de venezolanos -tanto temporarias como permanentes. Estos datos han sido publicados por Infobae en: <https://www.infobae.com/sociedad/2019/02/25/las-radicaciones-de-venezolanos-en-argentina-se-quintuplicaron-en-los-ultimos-dos-anos/>

de las situaciones de las personas que se encuentran vinculadas con una pluralidad de ordenamientos<sup>14</sup>.

Desde otra perspectiva, la familia internacional atraviesa una profunda interpelación durante esta pandemia<sup>15</sup> desde dos situaciones como son la gestación por sustitución y la adopción internacional, que claman por una especial protección por las personas involucradas.

La gestación por sustitución es una forma de maternidad cada vez más frecuente, y se relaciona con el DIPr cuando el proceso tiene lugar en distintos ordenamientos nacionales. En muchas ocasiones las personas que recurren a esta institución y tienen sus domicilios en un país que la prohíbe, se trasladan a otro país que la permite, proyectándose luego un caso que pone en juego los derechos del niño nacido bajo este método, para la inscripción de la filiación en el país en el cual se domicilian y su admisión o reconocimiento.

Como fruto de la profunda preocupación de la comunidad internacional, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado desde el año 2010 ha puesto este tema en su agenda<sup>16</sup>. Desde el año 2015 se conformó un grupo de Expertos con el fin de estudiar y abordar el instituto de la filiación en general, y la gestación por sustitución transfronteriza.

En este contexto, varias parejas de padres argentinos así como de otras nacionalidades<sup>17</sup> se vieron impedidos por las cuarentenas decretadas en los distintos Estados de ir a buscar a sus bebés nacidos por gestación por

---

<sup>14</sup> Conf. DE LA ROSA, Gloria Esteban, El nuevo Derecho Internacional Privado de la Integración, *R.E.D.I.*, Vol. LIX (2017), 1, en: [http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2018/02/4\\_estudios\\_estaban\\_de\\_la\\_rosa\\_nuevo\\_dcho\\_internacional.pdf](http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2018/02/4_estudios_estaban_de_la_rosa_nuevo_dcho_internacional.pdf), pp. 103-129. El estudio se enmarca dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia «Análisis transversal de la integración del extranjero en la sociedad andaluza» (SEJ 820), concedido por la Consejería de innovación, ciencia y empresa de la Junta de Andalucía (2005-2008), cuyo investigador principal es S. Sánchez Lorenzo, CU de Derecho internacional privado (Universidad de Granada).

<sup>15</sup> Conf. DREYZIN DE KLOR, Adriana, “La incidencia del Covid 19 en la protección internacional de niños, niñas y adolescentes”, en: Las heridas jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia del COVID-19, Academia Nacional de Derecho y Ciencias sociales, Córdoba, La Ley, 2020.

<sup>16</sup> Para consultar el avance del abordaje de este instituto véase: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

<sup>17</sup> España, Reino Unido, Francia, Suecia son varios de los países donde muchas parejas esperan para ir a buscar a sus hijos nacidos mediante esta técnica en Ucrania. Ver: <https://elpais.com/sociedad/2020-05-15/bebes-varados-en-ucrania-la-pandemia-pone-en-cuarentena-el-negocio-de-los-vientres-de-alquiler.html>

sustitución en Ucrania, ya que ello coincidió con el cierre de las fronteras. En Argentina<sup>18</sup>, las familias presentaron un recurso de amparo para que la justicia intervenga a los fines que se articulen los medios necesarios entre ambos países para poder hacer posible el viaje.

Desde otra situación fáctica, una pareja de padres españoles luego de años de espera y trámites aguarda para recoger a Luis, de 2 años, que los espera en Vietnam mientras aguardan que el gobierno español que sigue el caso les otorgue la autorización necesaria para viajar<sup>19</sup>.

Como es sabido, la adopción internacional<sup>20</sup> se produce cuando un niño que tiene su residencia habitual en un Estado, es adoptado por una persona o pareja, que tiene su residencia en otro Estado.

A la luz de ambas realidades en que la niñez queda desamparada, es imprescindible hacer visibles estas situaciones para que a la luz de la cooperación judicial internacional los Estados, teniendo presente el principio del interés superior del niño<sup>21</sup> tutelado por los TDDHH, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño que debe guiar toda decisión judicial, aspiren a dar respuestas ágiles y flexibles, aún en tiempos de crisis como los que vivimos, para resguardar los derechos de la infancia.

---

<sup>18</sup> En el país son aproximadamente veinte parejas que debieron esperar para poder ir a conocer sus bebés. Ver: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/el-emotivo-encuentro-padres-argentinos-sus-bebes-nid2377201>

<sup>19</sup> Se puede conocer acerca de esta historia en: <https://elpais.com/sociedad/2020-05-21/padres-que-se-quedaron-a-punto-de-adoptar-nuestro-hijo-nos-espera-a-11000-kilometros.html>

<sup>20</sup> Sobre la adopción internacional y su alcance en el ordenamiento argentino, se puede consultar: Najurieta, María Susana, “Inserción de Adopciones Internacionales en el ordenamiento jurídico argentino”, en *Nuevos Paradigmas de Familia y su reflejo en el Derecho Internacional Privado*, Dreyzin de Klor, Adriana y Echegaray de Maussion, Carlos (Dirs.), Córdoba, Ed. Advocatus, 2011, pp. 111-137.

<sup>21</sup> Coincidimos con la Corte Suprema en que tanto “los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño, estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; (...) incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”, en Comité, Observación general N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 4 y 42 párrafo 6 del artículo 44); 2003, HRI/GEN/1/ Rev. 7, párr. 12, p. 365; citado en CSJN, 16/09/2008, “G., M.G. s/ protección de persona”, Expte G. 617.XLIII, LL. 2009-A, 450.

#### **IV. Reflexiones Finales**

Alguien expresó alguna vez que “los grandes cambios siempre vienen acompañados de una fuerte sacudida. No es el fin del mundo, es el comienzo de uno nuevo”.

De allí que conscientes de las dificultades y desafíos extraordinarios a los que se enfrenta cada Estado, cada familia y cada persona como fruto de la pandemia ocasionada por el coronavirus, el DIPr emerge desde su íntima sintonía con los Derechos Humanos para dar visibilidad a los grupos en situación de vulnerabilidad que genera la inmigración, así como las situaciones de los niños que transitando procesos de restitución internacional en algunos países deben esperar para poder regresar a su centro de vida, o padres que se han quedado en el camino para llevar a cabo el proceso de adopción internacional o para buscar a sus bebés nacidos por gestación por sustitución en otros países, entre tantas otras situaciones.

En este marco, estas líneas solo pretenden ser el punto el comienzo de un DIPr que nos invite, a través del Principio a favor de la cooperación como instrumento esencial y desde la mirada constitucional-convencional, para comprometernos en la búsqueda de soluciones ágiles y efectivas, que garanticen de manera efectiva los derechos de las personas más vulnerables del sistema.



# LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES COMO HERRAMIENTA PARA ENFRENTAR LA PANDEMIA COVID-19

CANDELA NOELIA VILLEGAS<sup>1</sup>

*No hay empresas exitosas en sociedades fracasadas*

*Stephan Schmidheny*

*(Filántropo y empresario)*

La coyuntura planteada por la Pandemia COVID-19 ha puesto en funcionamiento programas de responsabilidad social empresaria (RSE) a nivel interno e internacional, imponiendo una agenda desafiante para paliar las consecuencias de esta crisis. Las diferentes decisiones políticas adoptadas en los países que se han enfrentado en mayor o menor medida a esta situación han tenido impacto directo en la manera en que las personas llevan adelante su rutina laboral y familiar. Las empresas han redefinido su rol a la hora de adaptar sus formas de trabajo y crear nuevas iniciativas para aportar a la sociedad.

Con anterioridad a la pandemia, el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, como organismo responsable de la coordinación, adaptación y el seguimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en Argentina, ha venido alentando la incorporación de los ODS en los lineamientos estratégicos de las empresas, participando en redes y

---

<sup>1</sup> Abogada. Escribana. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Becaria Posdoctoral CONICET. Profesora Derecho internacional privado Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

cámaras empresarias, y en todos aquellos ámbitos de articulación público-privados vinculados a la Agenda 2030<sup>2</sup>.

La nueva agenda forma un todo complejo e interrelacionado entre sí, ya que reconoce que las intervenciones en un área afectarán los resultados de otras y que el desarrollo debe equilibrar la sostenibilidad medio ambiental, económica y social.<sup>3</sup> Los ODS funcionan como claves de la RSC, encajando perfectamente con las políticas de RSC de las empresas. A fin de cuentas, los ODS no están destinados únicamente a los gobiernos, sino que también se dirigen a la sociedad civil y al sector privado<sup>4</sup>.

Este trabajo tiene como objetivo resaltar la importancia que tiene la RSE frente a conflictos globales y específicamente frente a la crisis sanitaria que nos encontramos atravesando. Hemos tomado situaciones fácticas que sirven para ilustrar las prácticas que se están llevando a cabo, sólo enunciativamente sin ninguna pretensión de exhaustividad, por lo que alentamos a la consulta de otros ejemplos, que existen de gran variedad.

A modo ilustrativo se puede observar cómo en España, a nivel RSE de carácter interno, se han implementado acciones como impulsar campañas de recaudación de fondos, flexibilización en los plazos y condiciones de pago, otorgamiento de líneas de crédito contra la crisis, atención prioritaria a mayores, embarazadas, personas con discapacidad y sanitarios, digitalización de servicios, compromiso por el mantenimiento de puestos de trabajo, modalidades de teletrabajo para que los horarios familiares sean compatibles con las necesidades laborales, entre otras<sup>5</sup>.

Argentina, por su parte, también ha llevado a cabo acciones de RSE, continuando la misma tendencia española. De cara a la necesidad de mantener las actividades esenciales, empresas multinacionales como Pan American Energy (PAE), empresa global de energía líder en Argentina representa uno de los tantos ejemplos de RSE. PAE al prestar un servicio esencial

---

<sup>2</sup> Disponible en: <https://www.odsargentina.gob.ar/Empresas> (Consultado 02/07/2020)

<sup>3</sup> Echegaray de Maussion, Carlos, Los objetivos del desarrollo sostenible y el acceso a la justicia en la República Argentina, Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración - Número 12 - Junio 2020.

<sup>4</sup> Disponible en: <https://noticias.mapfre.com/ods-claves-politicas-rsc-empresas/> (Consultado 02/07/2020)

<sup>5</sup> Galante Marcos, Estela, “15 tendencias en responsabilidad social corporativa ante el covid-19”, Disponible en: <https://ethic.es/2020/04/tendencias-responsabilidad-corporativa-covid19/> (consultado: 30/06/2020)

durante el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio<sup>6</sup>, debe continuar con sus tareas habituales para poder garantizar servicios críticos<sup>7</sup> por lo que ha debido incorporar protocolos con medidas de prevención, seguridad e higiene en sus operaciones, y entregó a sus trabajadores elementos como mascarillas, guantes y alcohol en gel. Dentro de sus actividades de RSE, se puede subrayar la instalación de un Hospital de Campaña en un gimnasio de una escuela provincial de Chubut y el aporte de un equipo de Biología Molecular para detección de enfermedades infecciosas (PCR) y las cámaras termográficas para Comodoro Rivadavia.<sup>8</sup>

Las terminales automotrices que integran la Asociación de Fábricas de Automotores (ADEFA), como Volkswagen, Mercedes-Benz y Renault, se han sumado a la realización de prácticas de RSE para colaborar con las necesidades sanitarias a nivel mundial. Habilitaron las instalaciones industriales para dar soporte a fabricantes de sistemas de respiradores mecánicos, han realizado préstamos de grupos electrógenos a hospitales y han puesto vehículos a disposición para atender los traslados que sean necesarios<sup>9</sup>.

La RSE desde la perspectiva internacional nos lleva a analizar las acciones que están llevando a cabo las empresas que tienen impacto en el escenario global. Como señala Dreyzin de Klor, la globalización es un hecho que frente a los crecientes problemas sociales muestra una dimensión global que no puede ser sólo abordada con soluciones nacionales<sup>10</sup>.

Son variados los programas que se han puesto en funcionamiento para paliar las situaciones que surgieron por la crisis sanitaria dependiendo del objeto social de la empresa, de la ubicación geográfica de las sedes, del mercado al cual se dirigen y de la situación socioeconómica del contexto donde impactan. De esta manera, se está trabajando en diferentes ejes, como acciones para la prevención y propagación de la enfermedad brindando información a sus empleados y a la comunidad sobre formas de contagio, sobre técnicas de prevención, facilitando material para la higien-

---

<sup>6</sup> Decreto 297/2020. Fecha de publicación 20/03/2020.

<sup>7</sup> <https://www.infobae.com/inhouse/2020/04/23/rse-en-tiempos-de-covid-19-el-rol-de-las-empresas-para-estar-cerca-de-la-comunidad/> (Consultado: 01/07/2020)

<sup>8</sup> <https://viapais.com.ar/comodoro-rivadavia/1704254-se-montara-un-hospital-de-campana-entre-el-municipio-y-pae/> (Consultado: 15/07/2020)

<sup>9</sup> [http://spanish.xinhuanet.com/2020-04/17/c\\_138984579.htm](http://spanish.xinhuanet.com/2020-04/17/c_138984579.htm) (Consultado 18/04/2020)

<sup>10</sup> Dreyzin de Klor, Adriana, *El Derecho internacional privado actual*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015.

zación en el ámbito de la empresa, de su cadena de valor y en las sociedades en las que se insertan. Otras acciones están destinadas a ofrecer donaciones de material sanitario, ya sea con aportes dinerarios o a través de productos y servicios de la empresa.

Otros programas que se han implementado, es la reconversión de la empresa para la producción de material sanitario. Numerosas han sido las empresas que, si bien su objeto social no tiene relación con la producción de estos productos, se han reconvertido para apoyar las necesidades sociales. Un ejemplo de estas actividades es la firma Louis Vuitton que comenzó con la fabricación de batas de hospital para la red de hospitales de París “Hopitaux de Paris” así como mascarillas protectoras no quirúrgicas realizadas en sus talleres<sup>11</sup>. Muchas casas de moda, incluyendo a Louis Vuitton y Christian Dior de LVMH; Gucci de Kering SA; Prada SpA; Burberry Group Plc; y Ralph Lauren Inc. destinaron algunas instalaciones de producción para fabricar equipos de protección personal para donar a los trabajadores médicos. Los artículos que producen no están destinados a la venta, sino que se confeccionan para ser donados<sup>12</sup>.

Otro aspecto a destacar en prácticas de RSE es que las empresas multinacionales con capacidad logística, de aprovisionamiento y de gestión comercial, fueron puestas a disposición de los gobiernos para los traslados de materiales sanitarios, especialmente desde China, primer país afectado por la enfermedad.

Finalmente, cerrando esta enumerativa lista de ejemplos, es importante destacar las acciones de RSE vinculadas a la liberación de patentes internacionales, por el gran valor que implica para la empresa que la lleva adelante. A raíz de la enorme demanda de respiradores en los centros de salud de todo el mundo y frente a su escasez, obtener esta aparatología en diferentes países se ha convertido en uno de los mayores problemas que tienen los sistemas de salud para hacer frente a la pandemia del coronavirus<sup>13</sup>.

La empresa Medtronic, conocida en este sector industrial, liberó el diseño de su respirador portátil Puritan Bennett 560 para que otras empre-

---

<sup>11</sup> <https://www.infobae.com/tendencias/2020/05/04/las-grandes-firmas-de-moda-que-se-han-solidarizado-ante-la-crisis-del-covid-19/> (consultado: 25/06/2020)

<sup>12</sup> Felsted, Andrea, *Luxury Trendspotting Isn't Easy in the Covid-19 Age* <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-05-23/gucci-louis-vuitton-search-for-the-right-coronavirus-trend> (Consultado: 03/06/2020)

<sup>13</sup> <https://urgente24.com/mundo/global/para-luchar-contra-el-covid-medtronic-libera-la-patente-de-su-respirador-portatil> (Consultado: 01/07/2020).

sas puedan ayudar a satisfacer esa demanda. Medtronic ha publicado las especificaciones de diseño del respirador Puritan Bennett™ 560 (PB560) para permitir que los innovadores, inventores, empresas de nueva creación e instituciones académicas aprovechen su propia experiencia y recursos para evaluar las opciones para la fabricación rápida de respiradores<sup>14</sup>. Esta compañía ha compartido públicamente información para permitir a los fabricantes de todo el mundo crear respiradores rápidamente para satisfacer la demanda global. Este modelo se vende en 35 países desde el año 2010 que fue su lanzamiento. La patente desarrollada por esta compañía, proporciona soporte respiratorio para ser utilizado por adultos y por niños, tanto en centros de salud, como en la residencia particular.<sup>15</sup>

Como podemos observar, la RSE viene en franco crecimiento y ha cobrado mayor notabilidad en Argentina en los últimos 30 años. La globalización, la expansión de grandes empresas multinacionales y principalmente cambios político-económicos que permitieron un mayor crecimiento de la empresa privada.

El papel que la globalización está desarrollando en el avance de la empresa y la liberalización del comercio, sumado al gran desarrollo de las comunicaciones que permiten una revolución en materia informativa, traduciéndose en un flujo constante e ilimitado de información, facilita que las acciones que desarrolla cualquier empresa en un punto determinado del planeta puedan ser conocidas en cualquier otro. En la actualidad nadie logra escapar al hecho de que sus actividades puedan ser conocidas en todo el mundo.

Como consecuencia de todos procesos, se produjo un incremento de la conciencia pública sobre temas sensibles relacionados a las problemáticas sociales, medio-ambientales y económicas que un accionar equivocado de la empresa puede ocasionar. A ello se le agrega la presión que se genera sobre las industrias para mejorar su rendimiento por parte de los inversores, accionistas y consumidores.

El valor de la marca, la reputación, la imagen, pretender minimizar los impactos negativos que el actuar de la empresa genera en la sociedad, la consideración de la misma en la realidad, han cobrado una dimensión

---

<sup>14</sup> [https://www.medtronic.com/us-en/e/open-files.html?cmpid=vanity\\_url\\_medtronic\\_com\\_openventilator\\_Corp\\_US\\_Covid19\\_FY20](https://www.medtronic.com/us-en/e/open-files.html?cmpid=vanity_url_medtronic_com_openventilator_Corp_US_Covid19_FY20)

<sup>15</sup> <https://nuevaroja.com.ar/7634-empresa-israeli-libera-patente-de-respiradores>. (Consultado: 01/07/2020).

actualizada. Se trata de activos intangibles muy valorados en el mercado. Las políticas de RSE están estrechamente vinculadas a estas estrategias de mercado, aunque en muchos casos también, y no de manera excluyente la intención de retribuirle a la sociedad parte del crecimiento que le permitió a la empresa.

Estas nuevas consideraciones sociales se tradujeron en una nueva actitud por parte de los ciudadanos que cada vez presionan y exigen más a las empresas que sus actividades las lleven a cabo de acuerdo a patrones de comportamiento responsables.

La realidad indica que no solo basta la calidad en los productos y servicios, hoy es necesario brindarle a la sociedad una gestión responsable frente al medio ambiente, la sociedad y otros grupos de interés.

Michael Porter y Mark Kramer explican que “es verdad que se ha considerado por mucho tiempo que los objetivos económicos y sociales son distintos y a menudo compiten entre sí. Pero ésta es una dicotomía falsa. Representa una perspectiva cada vez más obsoleta en un mundo de competencia abierta basada en el conocimiento. Las empresas no funcionan aisladas de la sociedad que las rodea. De hecho, su habilidad para competir depende considerablemente de las circunstancias de los lugares donde operan”<sup>16</sup>.

Ser una empresa que se caracteriza por ser socialmente responsable se torna una consigna imprescindible para ingresar en países que exigen este tipo de prácticas y obtener en ellos buenas oportunidades comerciales.

Frente a todas las acciones de RSE que se están desarrollando a nivel internacional y específicamente a las que se han desatado fruto de la pandemia, resulta importante cuestionarnos por su regulación normativa, porque si bien resulta interesante destacar todas las acciones que tienen un impacto positivo en el medio social donde se insertan las empresas, tan importante es analizar el marco normativo que ampara estas prácticas.

---

<sup>16</sup> PORTER, Michael E. y KRAMER, Mark R., “The Competitive Advantage of Corporate Philanthropy”. Harvard Business Review, December 2002 citado en el Argumento empresarial de la RSE: 9 casos de América Latina y el Caribe”. FLORES, Juliano, OGLIASTRI, Enrique; PEINADO-VARA, Estrella y PETRY Imre Editores. Banco Interamericano de Desarrollo (BID). INCAE. Washington D.C, Noviembre 2007. <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1337282>

Tomaremos como principal referente la Norma Internacional ISO 26000<sup>17</sup> aprobada por la Organización Internacional de Normalización, no siendo el único instrumento que rige a nivel internacional, pero sí uno de gran importancia. La ISO 26000 desarrolla una guía para llevar adelante la Responsabilidad Social. Al ser una normativa de *soft law*, se caracteriza por ser voluntaria y no incluye requisitos para ser una norma certificable, a diferencia de la ISO 9001:2008 y la ISO 14001:2004. Su diseño está organizado para ser utilizado por organizaciones tanto privadas como públicas, grandes o pequeñas, sin distinguir países y economías.

Tiene como objetivo principal orientar el accionar socialmente responsable de acuerdo a los patrones que la sociedad exige en la actualidad y contribuir con el desarrollo sustentable, fomentar que las organizaciones no sólo se dediquen al cumplimiento de las exigencias legales sino que lo complementen con prácticas relacionadas a la RSE.

Este instrumento internacional busca complementarse con otros que aborden y especifiquen la temática y a diversas iniciativas relacionadas con la RSE, sin reemplazar a ninguna.

En el texto de la norma se pueden encontrar: conceptos y definiciones, antecedentes, características de la RSE, principios que la rigen, materias fundamentales, identificación de las partes interesadas, etc. Contiene un conjunto de políticas, prácticas y programas en los cuales, rige el respeto por la ética, el medio ambiente, y el bienestar de la comunidad y los trabajadores.

Pese a que esta norma está dando sus primeros pasos, ha tenido gran aceptación a nivel mundial. Sus ideas, recomendaciones, prácticas y programas están siendo utilizados por muchas organizaciones que valoran la incorporación de las prácticas de RSE en el desarrollo de sus actividades propias. Con el tiempo, posiblemente se irá fortaleciendo su utilización e instaurándose en la realidad empresaria, situación que beneficiará en gran medida a la sociedad.

Existen por otro lado, otras iniciativas de diversos organismos internacionales sin fines de lucro, que ofrecen guías con prácticas y programas de RSE e informan como presentar informes sociales que exhiban las

---

<sup>17</sup> IRAM - ISO 26000. Primera Edición 2010-12-28. Guía de responsabilidad social. Guidance on social responsibility. Referencia Numérica: IRAM-ISO 26000:2010 correspondiente a la adopción idéntica de la norma ISO 26000:2010 (Traducción oficial).

actividades que se llevan a cabo en una gestión socialmente responsable. Entre algunos de los instrumentos que existen a nivel internacional pueden nombrarse los siguientes, no siendo exhaustiva su enumeración.

- Pacto Global de las Naciones Unidas.
- Principios de actuación de empresas multinacionales y Conjunto de Convenios y Recomendaciones (OIT)
- Modelo Europeo de Excelencia Empresarial (EFQM)
- Directrices para empresas multinacionales(OCDE)
- Libro Verde de la Comisión europea
- Global Reporting Initiative (GRI3.1).
- AccountAbility 1000 (AA1000) -Institute of Social and Ethical Accountability.
- Social Accountability 8000 (SA 8000).

Como ya ha señalado Dreyzin de Klor, “fruto de este escenario hay una revitalización de la ciencia iusprivatista internacional que adquiere una dinámica inusitada ante una realidad en la cual los actores modifican su rol, observándose una proficua elaboración de normas de origen internacional, supranacional y transnacional”<sup>18</sup>. De esta manera las normas que se originan en diversas vertientes de codificación internacionales van marcando el camino para que a nivel interno se planteen las soluciones necesarias para hacer frente a los nuevos retos, desafíos y conflictos del mundo globalizado.

### **Consideraciones finales**

Frente a la situación excepcional que mundialmente nos toca atravesar, se ha puesto de manifiesto la importancia, y la necesidad de que salga a luz la verdadera esencia y utilidad de la RSE, demostrando que es vital e imprescindible para avanzar hacia un futuro más justo e igualitario.

Desde un tiempo a esta parte nos estamos repreguntando el rol de la empresa en la sociedad, y la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible son herramientas de gran utilidad para repensar como afrontar las crisis mundiales actuales, entre ellas, la pandemia del covid-19. La sali-

---

<sup>18</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El Derecho internacional privado actual*, Ed. Zavallia, Buenos Aires, 2015. p.21



da de esta crisis no va a ser fácil y necesitará la colaboración de los múltiples agentes sociales: gobierno, empresas, organizaciones internacionales trabajando juntos.

En virtud de ello, sería adecuado fomentar la creación de normativas amplias, actualizadas, compatibles con los parámetros internacionales, con el fin de lograr que las empresas aumenten sus prácticas RSE con la sociedad. Que se trate de un esfuerzo extra que deben realizar, al cual no están obligados, pero si estimulados a través de diferentes beneficios. La finalidad debería ser favorecer a aquellos que realizaron más allá de lo exigido legalmente, que aportaron a la sociedad un “plus”.

El fin primordial de estas prácticas es el beneficio a la calidad de vida de la población, que incluye desde el lugar de trabajo, donde se asientan para vivir, la educación que pueden recibir y el cuidado del ambiente de las generaciones presentes y futuras. Pero no debe confundirse la RSE con solución a todos los problemas sociales. El estado no puede transferir a las empresas responsabilidades que son propias de su función, por eso es importante comprender los límites de las responsabilidades de cada uno de los actores involucrados (empresa, estado y comunidad).

### **Bibliografía consultada**

- Dreyzin de Klor, Adriana, *El Derecho internacional privado actual*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2015.
- Echegaray de Maussion, Carlos, *Los objetivos del desarrollo sostenible y el acceso a la justicia en la República Argentina*, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración* - Número 12 - Junio 2020.
- Felsted, Andrea, *Luxury Trendspotting Isn't Easy in the Covid-19 Age* <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2020-05-23/gucci-louis-vuitton-search-for-the-right-coronavirus-trend>
- Galante Marcos, Estela, “15 tendencias en responsabilidad social corporativa ante el covid-19”, Disponible en: <https://ethic.es/2020/04/tendencias-responsabilidad-corporativa-covid19/> (consultado: 30/06/2020).
- Porter, Michael E. y Kramer Mark R. , “The Competitive Advantage of Corporate Philanthropy”. *Harvard Business Review*, December 2002 citado en el *Argumento empresarial de la RSE: 9 casos de América Latina y el Caribe* . FLORES, Juliano, OGLIASTRI, Enrique; PEINADO-VARA, Estrella y PETRY Imre Editores. Banco Interamerica-

no de Desarrollo (BID). INCAE. Washington D.C, Noviembre 2007.  
<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1337282>

### **Páginas web**

**<https://www.odsargentina.gob.ar/Empresas>**

<https://noticias.mapfre.com/ods-claves-politicas-rsc-empresas/>

<https://www.infobae.com/inhouse/2020/04/23/rse-en-tiempos-de-covid-19-el-rol-de-las-empresas-para-estar-cerca-de-la-comunidad/>

<https://viapais.com.ar/comodoro-rivadavia/1704254-se-montara-un-hospital-de-campana-entre-el-municipio-y-pae/>

[http://spanish.xinhuanet.com/2020-04/17/c\\_138984579.htm](http://spanish.xinhuanet.com/2020-04/17/c_138984579.htm)

<https://www.infobae.com/tendencias/2020/05/04/las-grandes-firmas-de-moda-que-se-han-solidarizado-ante-la-crisis-del-covid-19/>

<https://urgente24.com/mundo/global/para-luchar-contra-el-covid-medtronic-libera-la-patente-de-su-respirador-portatil>

[https://www.medtronic.com/us-en/e/open-files.html?cmpid=vanity\\_url\\_medtronic\\_com\\_openventilator\\_Corp\\_US\\_Covid19\\_FY20](https://www.medtronic.com/us-en/e/open-files.html?cmpid=vanity_url_medtronic_com_openventilator_Corp_US_Covid19_FY20)

<https://nuevarioja.com.ar/7634-empresa-israeli-libera-patente-de-respiradores>.

# **DERECHO ADMINISTRATIVO**



# LOS DEBERES CIVICOS FRENTE A LA PANDEMIA COVID-19

JOSÉ LUIS PALAZZO<sup>1</sup>

## I. Introducción

Los habitantes de Argentina debemos cumplir y honrar con plena conciencia lo ordenado por las autoridades gubernamentales para superar la pandemia *COVID-19*, conducta individual y colectiva que nos enaltecerá y demostrará que podemos crecer solidariamente como sociedad justa y eficiente.

El cabal cumplimiento de los deberes y responsabilidades impuestas por las autoridades nacionales, provinciales, municipales y sanitarias competentes, resulta la primera e ineludible condición que debe ser acatada puntiliosamente, mientras la Justicia no disponga lo contrario. Ello está en la esencia de la eficacia de los actos públicos, dictados para asegurar la suprema necesidad de garantizar el menor daño posible frente a la grave y desconocida enfermedad que nos ataca.

## II. Desarrollo

El *COVID-19* es mucho más grave que una crisis sanitaria, en realidad se trata de una catástrofe universal, impiadosa, que daña la salud, la vida, la libertad, la seguridad, la economía individual y la colectiva, la situación social, el funcionamiento normal del Estado de derecho, la vigencia de las

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Co Director de la Maestría en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Postgrado de otras Universidades del país.

instituciones fundamentales de la República, la educación y en definitiva todos y cada uno de los ámbitos vitales del país.

Se trata de una innegable emergencia que, de conformidad a los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sus diversos matices y adecuaciones, fallos que hoy son legiones, sostienen la constitucionalidad de habilitar el uso “de medios necesarios”, “poderes implícitos”, limitándolos solo con razonables límites temporales, pero sin posibilidad de juzgar la índole de las recetas aplicadas, a condición de que se trate de decisiones generales<sup>2</sup>.

El muy sintetizado enunciado que antecede, resulta suficiente para afirmar categóricamente que el cabal cumplimiento de los deberes cívicos, resulta, condición esencial para atenuar la secuela de dolor frente a la pérdida y enfermedad de seres queridos, amén de la tristeza por los que pierden lo poco que tienen y están expuestos a este virus.

La pobreza se incrementará, como ha señalado UNICEF<sup>3</sup> a fin del 2020 en Argentina, habrá más de siete millones de niños y adolescentes pobres, sin que puedan ver satisfechas las mínimas condiciones de vivienda, salud, alimentación, educación y seguridad, y el Estado no estará en condiciones de suministrar fondos para remedar semejante tragedia adicional a la sanitaria actual causada por la presente epidemia. En este contexto toda acción que posibilite la menor cantidad de fallecimientos será atenuante de tales secuelas.

### III. Nuestros deberes

Los hay derivados del orden jurídico, de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales celebrados por la República Argentina y aprobados por el Congreso Nacional con jerarquía Constitucional (en consonancia con el inc. 22 del artículo 75 de la Carta Magna). También existen otros deberes procedentes de las leyes y demás disposiciones con fuerza de tales, dictadas en ejercicio de los poderes de emergencia. En igual sentido existen otros deberes provenientes del conjunto de disposiciones

---

<sup>2</sup> Conforme: “Ferrocarril Central Argentino c. Municipalidad de Rosario” del 31 de Marzo de 1906 y sucesivos.

<sup>3</sup> “Frente al aumento de la pobreza infantil, UNICEF llama a fortalecer la protección social”, disponible en <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/Covid19-pobreza-desigualdad-infantil-2020> fecha de consulta 1 de junio de 2020.

restrictivas de la libertad de circulación y de las prohibiciones dispuestas para proteger la vida y la salud de los argentinos, tales como la suspensión de clases en todos los estamentos educativos, la suspensión de los eventos masivos, la obligación de permanecer en sus domicilios para las personas de riesgo, imponiéndose además protocolos de prevención sanitaria en las actividades esenciales que han continuado prestándose y las que paulatinamente se van autorizando.

Resaltamos en este sentido que como consecuencia de la emergencia dispuesta por el Congreso Nacional mediante Ley N° 27.541, desde el día 12 de Marzo de 2020 el Poder Ejecutivo dictó diversos Decretos de Necesidad y Urgencia, en el marco de las circunstancias excepcionales previstas por el artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional. Entre ellos, cabe destacar el Decreto N° 260/2020 sobre emergencia pública en materia sanitaria; el Decreto N°274/2020 sobre prohibición de ingreso al territorio Nacional de extranjeros no domiciliados en el país; el Decreto N°287/2020 relativo a las facultades conferidas al Jefe de Gabinete de Ministros para la contratación directa de bienes y servicios, sin sujeción al régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional; el Decreto N° 297/2020 referido al aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) y varios más que refieren a otros aspectos para enfrentar la pandemia. De igual manera, con fuerza ejecutiva se dictaron Decisiones Administrativas por parte del Jefe de Gabinete de Ministros, estableciéndose excepciones al régimen del aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Se completa el marco normativo de emergencia con el dictado de los Decretos Delegados referidos al ejercicio de competencias económicas para la fijación de ajustes en prestaciones previsionales, intervenciones en entes de regulación y control del estado nacional y refinanciación de la deuda externa, entre otras materias de competencia del Congreso Nacional, suspendido en su labor por propia decisión<sup>4</sup>.

De manera adicional a los expresados, existen deberes cívicos que provienen de las convicciones comunes que nos unen, derivadas de compartir la idea del orden público, la moral y las buenas costumbres. Estos imperativos de conciencia son los que nos obligan a cumplir en ausencia de control o de represión. La desobediencia civil frente a estos mandatos destinados a prevenir desgracias, puede agravar la epidemia, multiplicar

---

<sup>4</sup> Ampliar en “Cincuenta decretos de Alberto Fernández”, publicado en “Palabras de Derecho” disponible en <http://palabrasdelderecho.com.ar/articulo.php?id=1454>”.

el contagio, provocar muertes y enfermedades que nadie merece y que es nuestro deber evitarlas.

Es deber, responsabilidad y obligación de todos ayudar con el máximo esfuerzo de prudencia y acatamiento de lo ordenado, en esta situación dramática de la Nación Argentina.

Si no cumplimos con nuestros deberes cívicos impuestos y propios de conciencia, todo se agravará. Ningún habitante podrá reclamar derecho alguno si previamente no ha cumplido con sus deberes, se trata de las dos caras de la misma moneda o si se quiere, la inexorable correlación entre derecho y deber, no existe el primero sin el segundo.

A este respecto me permito transcribir el texto del Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en Bogotá, Colombia en el año 1948, con Jerarquía Constitucional en la República Argentina:

“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.

Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre”.

#### **IV. Sinopsis**

La libertad, es el derecho a decidir la conducta propia, en el ámbito que exorbita las conductas que obligatoriamente impone el ordenamiento jurídico.



---

En la emergencia, se acrecientan los deberes, las responsabilidades y las obligaciones, limitándose temporalmente el ámbito de la libertad individual, para de ese modo garantizar la inmediatez y eficiencia de las decisiones gubernamentales dictadas para superar la crisis con el menor daño posible.



# IMPORTANCIA DEL ROL Y LA GESTIÓN DEL PODER JUDICIAL EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS – COVID-19

DOMINGO J. SESIN<sup>1</sup>

DANIELA S. SOSA<sup>2</sup>

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La importancia del Poder Judicial como función estatal esencial. 3. La tutela efectiva de los derechos fundamentales durante la Pandemia. 4. Garantizar la gestión judicial durante la Pandemia. 5. Cambios e innovaciones en el Poder Judicial de Córdoba. 6. Reflexiones finales.

## 1. Introducción

Frente a la Pandemia del COVID-19 declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS)<sup>3</sup>, cada Estado ha debido adoptar distintas medidas tendientes a salvaguardar la salud de toda la ciudadanía. En ese

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Co Director de la Maestría en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Postgrado de otras Universidades del país. Asesor General de la JU.FE.JUS.

<sup>2</sup> Abogada, Especialista en Derecho Público (UNC), *Senior* en Gestión de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, Escuela de Gestión Jurídica (Fundación Graduados, UNC). Profesora Adjunta de Derecho Administrativo en la Universidad Católica de Córdoba y Profesora de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Coordinadora Técnica de la Maestría en Derecho Administrativo y Docente de Posgrado en la Universidad Empresarial Siglo 21.

<sup>3</sup> El día 11/03/2020; cfr. <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

contexto, las funciones estatales esenciales cumplidas por las autoridades estadales nacionales, provinciales y locales, vieron afectadas su normal funcionamiento.

En nuestro país, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020<sup>4</sup> dictado por el Ejecutivo Nacional amplió la emergencia pública en materia sanitaria que ya había sido establecida por la Ley 27.541 del 21 de diciembre de 2019<sup>5</sup>, en virtud de la Pandemia declarada por la OMS, en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia de este decreto.

En este instrumento se invitó a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a atender como prioridad la asignación de recursos al Sector Salud en tiempo oportuno y legal forma, a fin de garantizar la eficacia y efectividad de las prestaciones médico-asistenciales que se encuentran bajo su responsabilidad (art. 64), promovándose la descentralización progresiva hacia estas jurisdicciones locales del ejercicio de las funciones, atribuciones y facultades autorizadas en la situación excepcional y se instituyó al Ministerio del área de Salud para instrumentar y llevar adelante todas las políticas referidas a la emergencia sanitaria (art. 65). Este fue el punto de inicio de una serie sucesiva de DNU con distintas medidas y alcances.

Por su parte, en la Provincia de Córdoba mediante los Decretos Provinciales N° 156/2020<sup>6</sup> y N° 196/2020<sup>7</sup> se declaró el estado de alerta, prevención y acción sanitaria y por la Ley 10.690<sup>8</sup> se adhirió a las medidas adoptadas por el Estado Nacional, especialmente en lo que respecta al aislamiento social, preventivo y obligatorio (DNU N° 297/2020 y sus prórogas y el Decreto Provincial N° 201/2020<sup>9</sup>).

---

<sup>4</sup> B.O.P. 12/03/2020

<sup>5</sup> B.O.P. 23/12/2019. Esta legislación, nominada como “LEY DE SOLIDARIDAD SOCIAL Y REACTIVACIÓN PRODUCTIVA EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA PÚBLICA”, ya había declarado la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, *sanitaria* y social, hasta el 31 de diciembre de 2020.

<sup>6</sup> B.O.P. 11/03/2020.

<sup>7</sup> B.O.P. 18/03/2020.

<sup>8</sup> B.O.P. 18/03/2020. Se dispone la adhesión provincial a la Emergencia Pública Sanitaria, declarada por la Ley N° 27.541, artículos 1°, 64 a 85 y concordantes, el Decreto N° 486/2002 y el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020, Emergencia Sanitaria. Coronavirus (COVID-19).

<sup>9</sup> (B.O.E. 20/3/2020).

En este contexto, el Centro de Operaciones de Emergencia (COE<sup>10</sup>) en la Provincia, dispuso restringir en todo el territorio provincial la circulación de la población, tanto en la ciudad Capital<sup>11</sup> como en el ámbito territorial del interior cordobés<sup>12</sup>.

Ante esta situación, asumiendo que el sistema de frenos y contrapesos que pretende resguardar la división de poderes -concebida por Montesquieu- tiene por objeto separar el poder confiriendo las funciones estatales a distintos órganos que se controlan y autolimitan recíprocamente, nos proponemos analizar de qué manera el Poder Judicial de Córdoba aumentó su capacidad de gestión mediante la adopción de distintas medidas tendientes a garantizar la continuidad de la prestación de un servicio esencial para la ciudadanía.

## **2. La importancia del Poder Judicial como función estatal esencial.**

Como es sabido, el poder del Estado es uno sólo, por lo que resulta más preciso referirse a una separación de funciones más que de poderes estatales, aun cuando las normas constitucionales siguen receptando el lenguaje tradicional de división de poderes. Así es que, técnicamente, a cada poder del Estado le debería corresponder una sola función, de tal manera que el Poder Judicial sólo juzgaría, el Poder Legislativo sólo legislaría y el Poder Ejecutivo administraría.

Sin embargo, como principio general, ello no es tan exacto ya que muchas veces también realizan otro tipo de funciones. Así, por ejemplo, el Poder Judicial cuando decide cómo se va a prestar el servicio de justicia bajo ciertas circunstancias, no desarrolla una actividad judicial sino que es típicamente administrativa, aplicando en consecuencia el régimen jurídico de la función administrativa.

Pero, cuando en cambio, se sujeta a las reglas procesales y dirime una controversia entre partes emitiendo un pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada, cumple su rol esencial de llevar adelante una auténtica función judicial.

En Córdoba, el Tribunal Superior de Justicia como depositario del poder de supremacía de la administración estatal en el ámbito del Poder

---

<sup>10</sup> Resolución N° 311/2020 del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba.

<sup>11</sup> Disposición COE N° 8/2020, entre otras.

<sup>12</sup> Disposición COE N° 3/2020, entre otras.

Judicial<sup>13</sup> -como lo es la Corte Suprema de Justicia, en el ámbito nacional- debe velar por el correcto y adecuado funcionamiento de la administración interna a través de las facultades de superintendencia, diferenciadas en el propio texto constitucional de la Provincia (art. 166 CP) de las funciones jurisdiccionales propiamente dichas (art. 165 CP), debiendo ajustar su accionar al sistema jurídico y garantizar a los justiciables el acceso a la jurisdicción a los fines de una revisión judicial suficiente<sup>14</sup>.

Gómez afirma respecto al rol del Poder Judicial que “...es tratar y decidir sobre los eternos problemas del hombre, quien reclama por justicia, en su continuo andar, con la invocación de derechos que lucen decorativo y que necesita se haga carne, en el transitar ordinario de la vida...”<sup>15</sup>.

Ekmekdjian señala que la sociedad está expectante del Poder Judicial, sobre la honestidad de los magistrados, porque sabe que como se pronuncien los jueces será como los ciudadanos se encuentran protegidos contra las demasías y abusos del poder, que pretende en ciertas circunstancias ampliarse a expensas de las libertades de los habitantes<sup>16</sup>.

En el Estado de Derecho la administración de justicia es una función estatal básica y esencial en tanto que garantiza la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas, que consiste en acceder a la jurisdicción con las debidas garantías, a fin de obtener un pronunciamiento de una autoridad imparcial e independiente que dirime un conflicto de intereses -sea entre el Estado y los habitantes o entre estos solamente-. Se trata de hacer efectiva la garantía de tutela judicial de los derechos, consagrada en el bloque constitucional argentino.

El Estado asegura la vigencia y tutela de los derechos y garantías de los ciudadanos y debe promover el bienestar nacional y la prosperidad del país. Por ello, en épocas de excepcionalidad, la misión de sus distintas instituciones asume una vital importancia. El Poder Judicial en ese contexto

---

<sup>13</sup> SESIN, Domingo J., *El derecho administrativo en reflexión*, RAP, Buenos Aires 2011, pág. 87

<sup>14</sup> TSJ de Cba., Sent. Nro. 62/1996 “Cech, Vilma c/ Provincia de Córdoba”. En este caso, se distinguen claramente las funciones jurisdiccionales y administrativas del Poder Judicial de Córdoba, estableciéndose el alcance de la revisión judicial de los actos administrativos dictados por el Tribunal Superior de Justicia.

<sup>15</sup> GÓMEZ Claudio D., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada – concordada – Anotada*, Ed. Mediterranea, Buenos Aires 2007, pág. 747

<sup>16</sup> EKMEKDJIAN, Miguel A. *Tratado de Derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires 2000, T. V, p. 212.

asume un rol fundamental y por ello, se debe garantizar su funcionamiento y actividad.

La emergencia sanitaria declarada en virtud de la pandemia del virus COVID-19 generó una situación gravísima, distinta a cualquier otro tipo de emergencia antes vivida en nuestro país -por motivos económicos, institucionales o sociales-. Tal circunstancia impone que se deba robustecer la actuación del Estado a través de sus funciones esenciales y la consecuente protección de los derechos de los individuos.

De esta manera, cada una de las autoridades estatales debió adoptar distintas medidas tendientes a garantizar la continuidad en las funciones de prestación mínima, sin descuidar la protección personal y la salubridad de quienes de modo directo debían llevar adelante la tarea específica.

### **3. La tutela efectiva de los derechos fundamentales durante la Pandemia**

Con motivo de la Pandemia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión emitieron la Declaración “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”<sup>17</sup>, donde se advierte que las medidas que los Estados adopten, en particular aquéllas que resulten en restricciones de derechos o garantías, deben ajustarse a los principios *pro persona*, de proporcionalidad, temporalidad, y deben tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada.

El instrumento reafirma que el Estado de Derecho debe asegurar el rol fundamental de la “*independencia y de la actuación de los poderes públicos y las instituciones de control, en particular de los poderes judiciales y legislativos*” en el estado de emergencia sanitaria<sup>18</sup> que alcanza a todos los países del sistema interamericano.

En nuestro país, la actuación estatal en sus distintos órdenes -órgano ejecutivo, legislativo y judicial- se encuentra subordinada a la totalidad del orden jurídico que deriva del propio texto constitucional, los tratados internacionales, las leyes, los reglamentos, los actos administrativos, los

---

<sup>17</sup> CIDH, Resolución N° 1/2020, del 01 de abril de 2020

<sup>18</sup> La Resolución refiere indistintamente a “estados de emergencia”, “estados de excepción”, “estados de catástrofe por calamidad pública” o “emergencia sanitaria”.

precedentes y los principios generales del derecho (art. 31 y 75 inc. 22 CN, art. 174 CP).

Con esa proyección y en este contexto de excepción “...*los magistrados judiciales están llamados a desempeñar una función tan esencial como la que desarrolla el personal de salud, de seguridad y tantos otros agentes que, día a día, bregan por cumplir con sus tareas frente a la adversidad. El funcionamiento del Poder Judicial debe ser garantizado no solo en situaciones normales, sino también –y con más razón– en situaciones de emergencia, para velar por el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y controlar la actuación de las autoridades públicas...*”<sup>19</sup>.

Durante la Pandemia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció recientemente<sup>20</sup>, en relación a la facultad reglamentaria del Congreso Nacional para disponer que se sesione de forma virtual o remota en virtud de la imposibilidad de concurrir al recinto en el marco de la obligación de aislamiento dispuesta para todos los ámbitos del Estado<sup>21</sup>, afirmando que ello compete a una atribución administrativa propia del órgano por lo que no requiere de autorización o intervención previa alguna de otro órgano estatal.

En el pronunciamiento, se resaltó la misión constitucional que compete a cada uno de los órganos estatales en una situación de emergencia, ponderando la necesidad de asegurar con mayor razón -respecto del órgano

---

<sup>19</sup> MÁS VÉLEZ Juan Pablo, “El Poder Judicial, ante el desafío del coronavirus”, Publicado en Infobae, el 27 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.infobae.com/opinion/2020/04/27/el-poder-judicial-ante-el-desafio-del-coronavirus/>

<sup>20</sup> CSJ 353/2020/CS1, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza”, Sent. Del 24/04/2020. El caso se llevó adelante en virtud una acción declarativa de certeza planteada en contra el Estado Nacional a los fines que en el marco excepcional de la emergencia sanitaria, se despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos, en aplicación del artículo 30 del Reglamento de la Cámara de Senadores en cuanto establece que “*Los senadores constituyen Cámara en la sala de sus sesiones y para los objetos de su mandato, salvo en casos de gravedad institucional*”.

<sup>21</sup> Cabe señalar que, al momento del debate jurídico, otros órganos legislativos del país, como la Provincia de Córdoba, ya sesionaba de modo virtual (Dec. Nro. 54/2020, B.O.P. 16/04/2020) y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación por Acordada N° 11/2020 habilitó “*la posibilidad de que los acuerdos de Ministros se realicen por medios virtuales, remotos o de forma no presencial -aspecto de necesaria implementación ante la situación de salud pública actual que demanda los mayores esfuerzos de todos los actores sociales para promover el aislamiento-*”.



legislativo, el debate parlamentario- pues en ello se involucra la vigencia del sistema representativo, republicano y democrático que establece la Constitución Nacional.

El Ministro Rosatti, en su voto, más allá de que comparte la decisión mayoritaria, señala que en situaciones excepcionales como la presente, donde la pandemia se proyecta sobre la vida institucional del país, se justifica la vigencia del principio de colaboración entre los distintos poderes estatales aunque sin invadir la competencias propias de cada uno, pues la verdadera gravedad institucional reside en que alguno de los poderes constituidos este impedido de llevar adelante sus funciones constitucionales<sup>22</sup>.

Desde antaño, la Corte Nacional ha señalado que ante circunstancias de grave conmoción social resulta imperioso asegurar la existencia misma de las autoridades creadas por la Constitución (Fallos 54:432 “Alem”; Fallos 243:504 “Sofía”) y en particular, sobre el rol que le compete al Poder Judicial en cualquier época -incluso de excepcionalidad- es la de actuar siempre dentro del ámbito de su jurisdicción, es decir, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que aquellos deben adoptar (Fallos 155:248; 272:231; 311:2553; 328:3573; 338:488; 339:1077, entre muchos otros).

Vale decir que, compete al Poder Judicial en las distintas jurisdicciones ejercer la facultad privativa estatal de administrar justicia. Esto es, lo que constituye la mejor garantía para los ciudadanos como custodio del sistema de sus derechos fundamentales. Y, acudir en demanda de esa administración de justicia, configura el llamado derecho a la jurisdicción<sup>23</sup>.

El papel judicial que desempeñan los jueces es de suma importancia en circunstancias de excepción ya que es el garante que debe procurar mantener el equilibrio entre las atribuciones ejercidas por los órganos estatales y las garantías individuales. Es claro que, el rol institucional de los órganos judiciales no puede ser suspendido totalmente bajo ninguna circunstancia, ya que se estaría comprometiendo los estándares mínimos del Estado de Derecho, tal como lo resaltó la Corte Suprema en el precedente citado.

---

<sup>22</sup> Cfr. Punto III, Consid. 10 de su Voto.

<sup>23</sup> BIDART CAMPOS, German J. *Manual de la Constitución Reformada*, 2° Reimp., Ed. Ediar, Buenos Aires 2001, T. III, pag. 332

#### 4. Garantizar la gestión judicial durante la Pandemia

Desde esta perspectiva constitucional, interesa destacar que durante la emergencia sanitaria declarada por COVID-19, la Justicia debió actuar de modo urgente ante un hecho innegable, que los ciudadanos ya no podrían acceder a la jurisdicción por los canales habituales de concurrencia a los tribunales. Ante ello, se debían adoptar medidas inmediatas a fin de asegurar la continuidad del funcionamiento de las estructuras judiciales. Esto aconteció en todas las jurisdicciones, tanto la jurisdicción federal como en todas las provincias que instrumentaron distintas alternativas.

En efecto, los órganos judiciales como autoridad estatal, decidieron medidas internas tendientes a garantizar que el servicio de administración de justicia recuperara cuanto antes la capacidad de cumplir su función institucional, a la vez se debía preservar la salud de todos los operadores involucrados -letrados, magistrados, funcionarios, agentes, auxiliares, etc. con miras a contener la propagación del COVID-19<sup>24</sup>.

Estas medidas de emergencia se materializaron a través de Acuerdos o Resoluciones reglamentarias, a fin de asegurar la prestación de la función estatal, inicialmente durante la emergencia, pero cierto es que en algunos sistemas judiciales la utilización de estos nuevos mecanismos o alternativas ya estaban preparados, se estaban ejecutando o en vías de implementación, sin embargo, la situación vino a acelerar su implementación definitiva. Esto devela que, actualmente conviven remedios o medios urgentes adoptados para la excepcionalidad y por ende, de carácter transitorio y otros que, en cambio, son verdaderas transformaciones en la gestión judicial, y como tales, perdurarán en la praxis judicial.

En general, los poderes judiciales en distintos puntos del país innovaron en la utilización de herramientas tecnológicas para la tramitación del proceso como es el uso del expediente electrónico o mesa de entradas digitales, la celebración de audiencias por teleconferencias u otros medios digitales, la adopción de la firma electrónica o digital para ciertas actuacio-

---

<sup>24</sup> MASSIMINO, Leonardo y SOSA, Daniela, “Implicancias del COVID-19 en las categorías del derecho administrativo” en González Zamar, Leonardo (Dir.) *Las consecuencias del covid-19 en los distintos fueros del Derecho en la Provincia de Córdoba. Escenarios presentes y futuros*, en prensa.

nes; el envío o presentación de escrito judiciales por correos electrónicos o incluso avalar notificaciones por Whatsapp<sup>25</sup>.

Para con los auxiliares de la justicia, se hicieron programas de relevamiento de las condiciones operativas y edilicias, y diseño de Protocolos de funcionamiento de acuerdo a pautas sanitarias y de seguridad, tanto para los operadores externos como para sus propios agentes adoptando, por ejemplo, mecanismos de trabajo remoto -vgr. teletrabajo, asistencia por turnos- entre otras tantas.

Con la finalidad de establecer de qué manera cada una de las jurisdicciones provinciales asumió el compromiso de responder en la situación de aislamiento social y obligatorio, frente a la necesidades ciudadanas del sistema judicial, el Instituto Federal de Innovación, Tecnología y Justicia de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ju.Fe.Jus.) realizó un estudio<sup>26</sup> sobre las herramientas y tecnologías utilizadas e implementadas para garantizar el sostenimiento del servicio de justicia durante la Pandemia Covid-19<sup>27</sup>.

Se trató, en definitiva, de una tarea de redefinición de funciones y prioridades con el fin de garantizar el servicio de administración de justicia -en primera instancia- para las presentaciones urgentes dando preeminencia a aquellas que requerían de un trámite especial y a las gestiones administrativas y jurisdiccionales preponderantes, debiéndose destacar la colaboración y cooperación entre las distintas instituciones y autoridades estatales que pudieron estar involucradas en ellas -vgr. en la recepción y

---

<sup>25</sup> Cfr. Juzgado de Paz de General La Madrid, resolución del 02/04/2020, autos “S. S. G. c/ G. R. A. s/ alimentos”. En el caso, ante la situación de aislamiento sanitario, se ordenó notificar la demanda de alimentos por vía de la aplicación WhatsApp al teléfono del demandado. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/04/30/ante-la-situacion-de-aislamiento-sanitario-se-orden-notificar-la-demanda-de-alimentos-via-la-aplicacion-whatsapp-al-telefono-del-demandado/>  
Cita: MJ-JU-M-124747-AR | MJJ124747 | MJJ124747.

<sup>26</sup> BATTAINI, María del Carmen y ADARO, Mario, “COVID-19. Desafío de las justicias provinciales. Afianzamos el servicio de justicia con la tecnología como aliada” publicado en *La Ley Suplemento Gestión Judicial*, Mayo 2020 - N° 1. Cita on line: AR/DOC/1383/2020

<sup>27</sup> Se relevaron las provincias de: Catamarca, Chaco, Chubut, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, Santa Cruz, Santa Fe, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Tierra del Fuego y Tucumán.

diligenciamiento de oficios urgentes por razones de salud o por darse una situación de vulnerabilidad-<sup>28</sup>.

Tal como se ha sostenido en otras oportunidades<sup>29</sup>, si para toda reforma del sistema judicial requiere insoslayablemente del consenso, estímulo y apoyo no solo de los jueces y abogados, sino también de la sociedad y corporaciones intermedias, adoptar medidas urgentes en un contexto de gravedad implica necesariamente un mayor esfuerzo en lograr dicho consenso.

## 5. Cambios e innovaciones en el Poder Judicial de Córdoba

En particular, en el contexto de la emergencia sanitaria dispuesta a nivel nacional y provincial, el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba a través de diferentes resoluciones reglamentó una prestación del servicio de justicia diferenciada para el período extraordinario excepcional e implementó algunas de las herramientas que se encontraban ya en vías de ejecución.

Así, por Acuerdo Reglamentario N° 1620/A del 18/3/2020 -prorrogado por Acuerdo Reglamentario N° 1621/A, del 31/03/2020- dispuso entre otras medidas, el “receso judicial extraordinario” y declaró inhábiles a los fines procesales y administrativos los días comprendidos en el receso. Este receso, fue prorrogado nuevamente -cfr. AR N° 1622/A del 12/04/2020; AR N° 1623/A del 26/04/2020, AR N° 1625/A/2020 y AR N° 1627/A/2020, hasta que por el Acuerdo Reglamentario N° 1629/A/2020 se dispuso una prestación presencial del servicio de Justicia en la sede de Capital desde el día 8 de junio de 2020 habilitándose no solo para los requerimientos urgentes -como estaba previsto para el período excepcional- sino para todos los fueros, pero bajo condiciones especiales en virtud de las razones sanitarias existentes. Cabe agregar que, las habilitaciones

---

<sup>28</sup> Más allá de estas situaciones de urgencia, en Córdoba se envían y se responden oficios electrónicos a unas setenta (70) instituciones que han firmado convenios con el Poder Judicial de Córdoba. Se llevó adelante también, un Protocolo para recepción y producción de Oficios Judiciales al Registro General de la Provincia.

<sup>29</sup> SESIN, Domingo J., Conferencia Regional del Banco Mundial “Nuevos enfoques para atender la demanda de justicia”, bajo el título “Estrategia concreta para incrementar la calidad y la celeridad de las decisiones judiciales sin variar el presupuesto. La experiencia del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba”, Ciudad de México, del 9 al 11 de mayo de 2001.

de funcionamiento se fueron dando por etapas, primeramente, en sedes del interior y luego en la ciudad Capital.

Entre otras medidas adoptadas, se declaró inhábiles a los fines procesales y administrativos los días comprendidos en el receso extraordinario, salvo los actos procesales y administrativos que fueren válidamente cumplidos. Las solicitudes de órdenes de pago electrónicas, que ya se encontraban en funcionamiento, se continuaron librando y se adoptó un nuevo régimen para las próximas solicitudes. Se aprobaron distintos Protocolos de actuación para los magistrados y funcionarios que continuaron asistiendo a los lugares de trabajo a fin de asegurar la presencia mínima. En especial, se habilitó una dirección de correo electrónico (mail) para presentaciones judiciales urgentes -desde marzo-.

También se habilitó una aplicación para los ciudadanos para sus celulares, permitiendo una consulta remota de expedientes de su interés personal -APP “Mi Justicia”-.

En segundo término, es dable señalar, que estas medidas urgentes, necesarias y que procuraron garantizar la prestación del servicio de justicia, se sumaron a otras herramientas existentes -algunas ya en uso- tendientes a lograr una transformación en la gestión judicial a fin de dar eficiencia y calidad a esta función esencial estatal en el ámbito provincial.

En esa directriz, desde mediados del año 2019, se inició en Córdoba un proceso de implementación gradual del Expediente Electrónico (EE) en todos los fueros y en toda la Provincia. Este recurso tecnológico supone la tramitación íntegramente electrónica de los expedientes judiciales de las causas judiciales nuevas, iniciadas a partir de las fechas de cambio de modalidad<sup>30</sup>.

Durante la Pandemia, dado el aislamiento y, aun cuando se autorizó después la prestación presencial, se avanzó también en la presentación de escritos electrónicos incluso para aquellas actuaciones que anteriormente habían sido iniciadas y tramitaban en papel -vgr. Protocolo para las presentaciones de Abogados (abril) y el nuevo Régimen de presentaciones electrónicas, y de impresión de escritos para expedientes en Papel (junio)-. Se implementó además, un turnero digital de atención presencial (TDAP) y de Barandillas Virtuales que consistieron en habilitar la comunicación

---

<sup>30</sup> SESIN Domingo y ALTAMIRANO Leonardo, “Las transformaciones en la gestión del Poder Judicial de Córdoba” en La Ley Suplemento Gestión Judicial, Mayo 2020 - N° 1, pág. 6. Cita on line: AR/DOC/1383/2020.

entre los operadores jurídicos mediante mails y teléfonos a fin de evacuar dudas, inquietudes o recibir información sobre ciertos trámites específicos. Se dispuso una Oficina de recepción de expedientes (Capital) hasta que pudieran ser restituidos a los Juzgados correspondientes.

Este EE posibilitó que, durante la Pandemia, magistrados y funcionarios pudieran proveer las causas desde su domicilio y firmar documentos digitalmente al tener acceso completo al expediente a través del sistema informático de causas interno del Poder Judicial. También se pudieron generar sentencias y protocolizarlas. La disponibilidad y acceso a las actuaciones remotamente, resultó de suma importancia en esta emergencia sanitaria ya que permitió rápidamente relevar del funcionamiento presencial en las oficinas de Tribunales, dando cumplimiento a las restricciones de aislamiento y distanciamiento social. El sistema digitalizado admite también que se remitan -electrónicamente- actuaciones a otra sede judicial como a otras reparticiones públicas.

De esta manera, se procura lograr una menor concurrencia a las dependencias físicas en resguardo de la salud de todos los operadores jurídicos. En este sistema, las partes a través de sus letrados -registrados como “usuario”- pueden consultar los proveídos generados por los Juzgados electrónicamente y visualizar el expediente completo, sin tener que ir a solicitarlo personalmente.

Asimismo, desde hace varios años, se implementó la posibilidad de generar notificaciones electrónicas (e-cédulas) sin necesidad de concurrir a la oficina de notificadores para enviarlas ni para retirarlas una vez diligenciadas, donde el propio sistema garantiza su diligenciamiento en el domicilio electrónico constituido por los letrados.

Ya desde el 2015, se realizan Videoconferencias en el Poder Judicial de Córdoba mediante una herramienta de telepresencia disponible en todas las sedes judiciales. Se incorporaron las “Salas Virtuales” donde es posible que los registros quedan alojados en un servidor propio, donde se adoptan las medidas de seguridad necesarias para el tratamiento de información sensible.

En cuanto a las tareas de los agentes del Poder Judicial, cabe señalar que el portal de “teletrabajo” implementado como especie de “trabajo a domicilio” facilitó que pudieran continuar trabajando con las herramientas digitales a distancia. Esto abarca no solo el área jurisdiccional -a través del sistema de administración de causas- sino también las tareas del área administrativa.

Ahora, si bien la tecnología además de requerir las capacidades necesarias permitió disponer y manejar información, el trabajo no presencial representa una nueva forma de cumplir la función pública -aun de excepción- no considerada hasta ahora, como una modalidad posible de cumplir la vinculación laboral con el Estado.

Esto se traduce en la organización judicial en la necesidad de identificar -a futuro- las capacidades que pueden desplegar los agentes de acuerdo a los perfiles disponibles y las necesidades relevadas a partir de esta situación de emergencia sanitaria (como puede ser apuntalar alguna materia especializada, inducir a tareas nuevas; o desarrollar nuevas modalidades para ciertas áreas especiales y posibles (presenciales y no presenciales, por ejemplo), considerando también las posibilidades reales de las personas. Hay quienes hablan de que el trabajo público no presencial no se va a desenterrar luego de la Pandemia, pero más allá de estas predicciones, lo cierto es que, el escenario funcional de los agentes públicos ha sido modificado y las autoridades no pueden estar ajenas a este cambio.

El estado actual del servicio de administración de justicia en Córdoba se puede sintetizar, teniendo en cuenta las distintas áreas y materias, según las medidas adoptadas que oportunamente se dispusieron para cambiar la modalidad de gestión y que, sin duda, van a tener efectos y proyectarse hacia una futura pos pandemia, en lo siguiente<sup>31</sup>:

En materia ambiental: se dispuso la prórroga de las medidas cautelares ya adoptadas.

En materia civil y comercial: se utilizó el EE, se implementó el teletrabajo en Juzgados y Cámaras; se reguló la actuación del Tribunal de Cámaras Civiles; se suspendieron los plazos concursales; se ideó el nuevo sistema presentaciones electrónicas en expedientes existentes en papel y se continuaron las tareas de capacitación interna y externa.

Materia contenciosa administrativa: se dispuso la prórroga de medidas cautelares en procesos de Amparos contra el Estado; se utiliza el sistema de notificaciones judiciales al correo oficial de los Procuradores de la Provincia y se implementó un nuevo régimen para sorteo de Amparos entre las Cámaras. Hay un Protocolo de Teletrabajo.

---

<sup>31</sup> Al tiempo que se escribieron estas líneas, la información ha sido relevada de los datos suministrados por la **Oficina de Gestión Estratégica y Calidad del Poder Judicial de Córdoba**, a través del documento “Las decisiones de la JUSTICIA DE CÓRDOBA para el trabajo durante la pandemia (agrupadas por materia y tema)” disponible en la página web del Poder Judicial de Córdoba.

Materia de familia: hubo Protocolos de Teletrabajo para Juzgados y Cámaras; se continuó con la homologación de convenios; solicitudes de régimen de alimentos y fijación de alimentos provisorios. Se mantuvo la intervención de los equipos técnicos, asegurando una actuación no presencial y se fijó un criterio de actuación sobre hijos de padres separados durante el aislamiento, para cumplir la restricción de aislamiento pero asegurando el contacto con ambos progenitores.

Materia laboral: se fijaron protocolos de teletrabajo en los Juzgados de Conciliación y Salas de la Cámara del Trabajo, asegurando el dictado de sentencias en las Cámaras Laborales. También se continuó con la homologación de acuerdos conciliatorios entre las actuaciones propias del Tribunal.

Materia penal: se diseñaron protocolos específicos sobre Audiencias por Videoconferencia; teletrabajo en el área de Penal Juvenil y Penal, también sobre el sistema de Resoluciones y Audiencias.

En el área del Ministerio Público Fiscal, se implementó el sistema de denuncias vía web por violación del aislamiento social preventivo y obligatorio y se creó la nueva Unidad Fiscal de Delitos COVID. Se reguló la actuación preventiva en las Unidades Judiciales y se continuó con el sistema de informe de gestión<sup>32</sup> durante la Pandemia.

También en el área de la Defensoría Oficial Pública se debieron realizar adaptaciones urgentes para garantizar el funcionamiento de las Asesorías (Civiles, Móviles y de competencia múltiple en el interior). Se trabajó a través del teletrabajo y se dictó un Protocolo de Buenas Prácticas de labor en Asesorías de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género (Capital) y Asesoría múltiple (Río Segundo). Como es sabido, la defensoría pública cumple un rol fundamental, ya que está destinada a garantizar la asistencia técnica jurídica para quienes carecen de recursos económicos suficientes para contratar a una defensa particular; las personas físicas y jurídicas sin fines de lucro, cuyos ingresos no exceden del parámetro económico establecido<sup>33</sup>-salvo que se trae de víctimas de violencia familiar y de género, en cuyo caso tal limitación no rige<sup>34</sup>- y para quienes no puedan ejercer por sí sus derechos, como son los menores de edad o bien quienes

---

<sup>32</sup> Cfr. Art. 16 inciso 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal.

<sup>33</sup> Cfr. Art. 27, Ley 7.982

<sup>34</sup> Cfr. Leyes 9.283 y 10.401, respectivamente.



tienen alguna discapacidad, incluyéndose también a quienes están privados de su libertad.

Esta trascendente función, impone el deber inmediato de los órganos judiciales de asegurar en cualquier circunstancia, la continuidad de las sus actividades sin interrupción, para dar cumplimiento a la garantía de poder acceder a la jurisdicción con calidad y efectivamente<sup>35</sup>.

En la Justicia de Paz, también se debieron realizar adecuaciones y se diseñó un protocolo de teletrabajo específico para esta función, con un sistema especial de apertura paulatina presencial, según las distintas áreas habilitadas en coordinación con el COE y las medidas que se fueron adoptando. Se organizó también un régimen de turnos semanales y un sistema de audiencias virtuales<sup>36</sup> para atender a las demandas de los ciudadanos locales.

Finalmente, cabe señalar que desde la Justicia de Córdoba se impulsó la conformación de un “Banco de Buenas Prácticas Judiciales”<sup>37</sup>, a fin de elaborar una base de datos con la información brindada de sus vivencias por otros sistemas judiciales provinciales y también de otros países.

Se valora que la experiencia compartida en cuanto a las buenas prácticas implementadas por los distintos organismos judiciales durante este período extraordinario con el objetivo de adaptarse a la inusual coyuntura, permitirá brindar ideas posibles, alternativas de acción y medidas tendientes a garantizar una efectiva prestación del servicio de justicia<sup>38</sup>.

## 6. Reflexiones finales

Comprender la importancia de la calidad y la mejora continua en la prestación del servicio de justicia en esta situación de gravedad nos revela la importancia de concebir sistemas judiciales que sean flexibles, cuyos operadores sean capaces de admitir cambios y poder adaptarse a los mis-

---

<sup>35</sup> Cfr. información publicada en sitio del Poder Judicial de Córdoba. Acceso on line: <https://defensapublicacba.gob.ar/paginas/institucional/index.html>

<sup>36</sup> Vgr. Protocolo de Buenas Prácticas en Audiencias Virtuales para La Calera.

<sup>37</sup> Información disponible en link de acceso: [https://drive.google.com/drive/folders/1Qrxc9xQJL7OXObUtr7rajLCZZD56\\_Yau?usp=sharing](https://drive.google.com/drive/folders/1Qrxc9xQJL7OXObUtr7rajLCZZD56_Yau?usp=sharing)

<sup>38</sup> Novedad publicada en la página web del Poder Judicial de Córdoba, el 30/03/2020 “Desde la Justicia de Córdoba, se impulsa la conformación de un banco de buenas prácticas judiciales”. Acceso on line: <https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22036>.

mos, a fin de asegurar la continuidad de la función estatal judicial. Pues en ello, se involucra la tutela efectiva de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos.

La Pandemia COVID-19 nos ubica ante un nuevo escenario, no sólo local o nacional, sino global, donde las relaciones humanas e institucionales se deben asentar en renovados lazos colaborativos, de cooperación recíproca, donde se gesten ideas creativas e innovadoras que representen alternativas de trabajo posible, desde la justicia y para los ciudadanos.

La emergencia sanitaria conlleva un nuevo desafío que consiste en mantener la fe para lograr identificar aquellas bonanzas de las medidas adoptadas con el objetivo de establecer cuáles deberían perdurar en la *praxis* a fin de garantizar una adecuada prestación de servicio de justicia y atención al público en general, una vez superada esta situación.

Tal como se expresaba en una reciente publicación, ojalá que la pospandemia encuentre un mundo más unido, pacífico y solidario; protector de los derechos humanos y del ambiente, donde se promueva la resolución pacífica de los conflictos<sup>39</sup>.

Es importante que el Estado constitucional y social de Derecho asuma un rol preponderante para poder superar cualquier situación de crisis y en esa misión, el Poder Judicial de Córdoba ha sido un gestor pro activo aun cuando, seguramente se puedan hacer mejoras.

---

<sup>39</sup> SESIN, Domingo, “El mundo post pandemia: Un mundo más unido y menos consumista”. Nota periodística publicada en Diario Perfil Córdoba, domingo 31 de mayo de 2020, Sección Ideas, pág. 27.

**DERECHO DEL TRABAJO Y  
DE LA SEGURIDAD SOCIAL**



# LAS RELACIONES LABORALES EN LA EMERGENCIA

CARLOS ALBERTO TOSELLI <sup>1</sup>

**Sumario:** I. Introducción. II. Las distintas situaciones laborales. A. Trabajadores comprendidos en el ámbito del empleo público. B. Trabajadores del empleo privado formal. C. Trabajadores no Registrados y D. Personas que realicen tareas en forma continua bajo figuras no dependientes. III. Los Derechos y Deberes Comunes en el sector privado. IV. Los Derechos del Trabajador Privado. 1. Salario. 2. Vacaciones. 3 Estabilidad. 4. El derecho a la protección de la salud. 5. El Derecho Colectivo V. Los Derechos del Empleador y Obligaciones del Trabajador Privado. 1 Modificación de Jornada Laboral. 2. Trabajo remoto a domicilio. 3. Acuerdos salariales del art. 223 bis. VI. Conclusiones.

## I. Introducción

El año 2020 marcó a fuego el modelo de relaciones laborales argentinas al encontrarse con una crisis sanitaria sin precedentes en la última centuria, con un alarmante riesgo de pérdida de vidas humanas y sin vacunas para su curación en el horizonte cercano.

Ello obligó a que la Organización Mundial de la Salud considerase al COVID-19 con rango de pandemia, es decir con riesgo cierto de infección generalizada en todo el orbe. Ello motivó que los gobiernos actuaran en el contexto mundial de diversa forma: Estuvieron los que decidieron continuar con la economía general, aunque con reducción en los niveles de actividad y aquellos otros, entre los que se cuenta nuestro país, que entendió necesario establecer una cuarentena general, que fuera dictada

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

mediante el DNU 297/2020 que determinó que todo el país, se encontrara en situación de Aislamiento Social Preventivo Obligatorio (Aspo) con las excepciones necesarias para continuar con los procesos básicos de producción de alimentos y elementos higiénicos y farmacéuticos y también para cumplir los fines esenciales que la Constitución Nacional le fija a los poderes del Estado Nacional, Provincial y Municipal.

En ese primer contexto la preocupación primordial exhibida desde el gobierno nacional fue preservar primeramente el ingreso de quienes prestaran tareas, más allá de la discusión acerca de la dependencia y en un segundo momento, al advertirse un incremento de cesantías por la crisis, buscó encontrar los instrumentos que garantizaran la permanencia de la fuente laboral.

## II. Las Distintas Situaciones Laborales

El DNU 297/2020 que dispuso la situación excepcional del ASPO encontró a los trabajadores argentinos en distinta posición para enfrentar los días venideros. Así someramente podemos clasificarlos en los siguientes grupos:

A. Trabajadores comprendidos en el ámbito del empleo público: Al respecto debe tenerse presente que al disponer el Estado el Aspo, involucró necesariamente al empleo que se desenvolvía en la esfera pública, en actividades que hacían al funcionamiento normal y cotidiano de los tres poderes que conforman la Nación. Quedaron exceptuados únicamente, aquellas actividades y sus consabidos trabajadores, que por disposición del art. 6 del DNU 297/2020 pasaron a desempeñar actividades consideradas esenciales para la supervivencia de la sociedad. Estos trabajadores continuaron cumpliendo sus tareas sin disminución salarial y con las mismas modalidades de cumplimiento presencial. Los demás trabajadores que conforme art. 2 del DNU debían abstenerse de prestar tareas, en una primera visión surge que aunque no cumplieran labor alguna como contra-prestación, salvo que pudieran realizar labores de home office o trabajo remoto, iban a continuar con la percepción plena de su salario, más allá de algunas discusiones que se dieron en ciertos ámbitos públicos, como aconteciera en la Municipalidad de Córdoba, donde se restringieron determinados adicionales que tenían que ver con prestaciones de labores que no era posible realizar durante el confinamiento.

B. Los trabajadores del empleo privado formal. se deben diferenciar distintas situaciones: 1. Trabajadores de actividades consideradas esenciales, de acuerdo al art. 6 del DNU 297/2020 y resoluciones de la Jefatura del Gabinete de Ministros. A los mismos le rigen todos los derechos y obligaciones consagrados en los arts. 62 a 89 de la LCT, con algunas restricciones como veremos más adelante. 2. Trabajadores con labor remota en domicilio: Rigen las mismas reglas que para el caso anterior, salvo el tema que para la cobertura de la ART, el domicilio es el lugar de cumplimiento del débito laboral (Res. 21 SRT). 3. Trabajadores habilitados a prestar tareas por haberse exceptuado del ASPO a la actividad: No son actividades esenciales pero el avance de la contención del COVID-19 y la existencia de las así llamadas zonas blancas en distintas regiones del país, habilitó que se fueran incorporando al sistema productivo. Un problema subsistente es lo que acontecerá si alguno de estos trabajadores llega a contagiarse como se analizará infra y otro más complejo tiene que ver con la situación zig-zagueante en algunas regiones que con motivo del surgimiento de nuevos casos retrocedieron a etapas anteriores. 4. Resto de las actividades privadas sometidas al ASPO, trabajadores excluidos por estar en grupos de riesgo y trabajadores con cuidado de hijos menores o personas con discapacidad: Por art. 8 del DNU 297/2020 tienen derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en algún caso con prohibición absoluta de prestar tareas y en otro con abstención de hacerlo Ya analizaremos qué es lo que comprende dicho concepto.

C. Trabajadores no registrados: Se encuentran en absoluta desprotección, ya que al no tener vínculo reconocido, necesitan continuar trabajando en esa informalidad, para poder percibir su retribución y si no trabajan no perciben emolumento alguno, con lo que su situación de vulnerabilidad se torna extrema, máxime cuando en nuestra región ha existido un conflicto de muy larga duración con el transporte público de pasajeros, que para estos trabajadores resulta vital para poder trasladarse a sus puestos de cumplimiento de tareas.

D. Personas que realicen tareas en forma continua bajo figuras no dependientes: Comprende tanto al sector privado como al público y deberían tener garantizado el goce íntegro de sus ingresos habituales. Aquí no hay discusión respecto de la prestación de tareas. Lo que es controvertido es la naturaleza del vínculo. En la norma legal se enumeran: locaciones de servicios, becas, pasantías, residencias médicas y otras figuras similares en las cuales a no dudar debe incluirse a los monotributistas que se desempeñan en un gran número en el área de la salud, careciendo de vínculo

laboral reconocido, lo que se acrecentó luego de los fallos de rechazo de vínculo laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: “Cairone” y “Rica”

### III. Derechos y Deberes Comunes en el sector privado

Sabido es que los arts. 62 y 63 de la LCT como texto relevante en el relacionamiento entre los actores sociales utilizan términos que si bien tienen cierta ambigüedad terminológica, en cuanto a su contenido y alcance, marcan una clara voluntad de respeto a la dignidad individual pero también a la preservación de la empresa como receptor de todos aquellos esfuerzos individuales.

Por ello no fue de extrañar que la resolución 207/2020 del Ministerio de Trabajo de la Nación hiciera referencia expresa a dichas normas al disponer que las partes deberán encarar el modo de relacionamiento durante la pandemia y el aislamiento teniendo en cuenta dichas pautas de conducta<sup>2</sup>.

En ese sentido debe destacarse que lo que se sigue del art. 62 de la LCT al hablar de colaboración y solidaridad es que las partes no solamente se encuentran alcanzadas por las obligaciones asumidas en función de la tarea encomendada en forma expresa sino que deben llevar adelante su ejecución de la manera que resulte recíprocamente funcional y en última instancia socialmente útil, entendiendo el modo en que debe ser exigido el compromiso laboral en el caso concreto<sup>3</sup>

Por su parte el art. 63 al hablar de la buena fe que deben observar ambas partes, tomando como pauta de conducta, la de un buen empleador y un buen trabajador, pretende dejar de lado toda situación de abuso de poder, lo que está en consonancia con el art. 10 del nuevo Código Civil y Comercial cuando dispone en su segunda parte que: “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contrarie los

---

<sup>2</sup> Art. 2: Los trabajadores y las trabajadoras alcanzadas por la dispensa del deber de asistencia al lugar de trabajo según esta resolución, cuyas tareas habituales u otras análogas puedan ser realizadas desde el lugar de aislamiento **deberán en el marco de la buena fe** contractual, establecer con su empleador las condiciones en que dicha labor será realizada

<sup>3</sup> MAZA, Miguel Angel, Director, comentario de SUDERA, Alejandro al art. 62 en Regimen de Contrato de Trabajo comentado, Ed. La Ley pág. 752/753, Tomo I. Buenos Aires, 2012



fin del ordenamiento jurídico o el que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

En ese sentido y más allá de la aplicación a los casos concretos que serán tratados como derechos y deberes puntuales en ejercicio durante la crisis, ello implica, p. ej. la predisposición del trabajador para realizar algún tipo de tarea que exceda la rigidez convencional o la ausencia de exigencia por parte del empleador de requisitos formales, como puede ser la presentación de certificados médicos para justificar enfermedades inculpables, harto complejos de conseguir en los momentos de máxima extensión del ASPO.

Es indudable que el modo en que las partes encararon la manera de resolver estos conflictos o vicisitudes de la cotidianeidad en épocas que distaron mucho de ser las habituales y tradicionales constituirán la base para poder retornar de la manera más auspiciosa posible el contrato de trabajo futuro.

#### **IV. Los Derechos del Trabajador Privado.**

El plexo normativo vigente abarca desde los arts. 64 al 89 de la LCT y el mismo lógicamente que se mantiene vigente en toda su extensión, pero por las particularidades de caso es que nos vamos a centrar en algunos aspectos puntuales que han podido ser afectados en esta época tan especial.

##### *1. El derecho salarial:*

El art. 8 del DNU 297/20 estableció que durante el período de vigencia del ASPO, aquellos trabajadores que en razón de pertenecer a grupos de riesgo o bien porque las actividades que realizaban no estaban exceptuadas del mismo y por ende no podían realizar su débito laboral tenían derecho a percibir la totalidad de los ingresos que habitualmente generaban, tanto conforme disposiciones legales como convencionales. Esto, a nuestro entender implicaba una suerte de salvaguarda en los términos del art. 208 de la LCT, en el sentido que debían ser valorizadas las prestaciones en especie y que de igual manera debería obtenerse el promedio semestral para aquellos rubros variables que conformaban su retribución.

Sin perjuicio de los apoyos estatales al pago salarial, que conforme DNU 376/2020 llegaron al 50% del salario bruto, la realidad determinó que en muchas otras actividades sin posibilidad de generar ingresos y debiendo

afrontar una serie de gastos, además del salarial, se produjeran reducciones remuneratorias que iban a contramano de lo aquí dispuesto (empresas de turismo, hotelería, gastronomía, transportes escolares, guarderías, personal de maestranza y limpieza en dichas instituciones o en otras no habilitadas a funcionar, etc).

Si esto era así en aquellas actividades que habían cesado en su apertura o producción, una situación de no menor complejidad se dio en algunas otras que fueron consideradas esenciales conforme al art. 6 del DNU 297/2020 pero que por las obvias razones del impedimento de circulación de consumidores y clientes, vieron fuertemente afectado el nivel de ingresos y también determinó que en muchos de esos casos se pactaran reducciones de jornada, cambios de horarios y suspensiones para parte de los trabajadores, que vieron acotados sus ingresos por imperio de la crisis económica, más allá de la habilitación sanitaria.

### **La situación del personal de riesgo**

La resolución MT 207/2020 estableció la abstención de la obligación de prestar tareas a aquellos trabajadores que estuvieron comprendidos en situaciones de riesgo sanitario. En ese sentido señaló comprendidos en su alcance a: 1. Los trabajadores mayores de 60 años salvo que se desempeñaran en actividades esenciales. 2. Las mujeres embarazadas. 3. Quienes padezcan las siguientes enfermedades a. Enfermedades respiratorias crónica: enfermedad pulmonar obstructiva crónica [EPOC], enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo. b. Enfermedades cardíacas: Insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas. c. Inmunodeficiencias. d. Diabéticos, personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses.

Estas personas, enumeradas en el punto 2 y 3 de la clasificación, no pueden ser considerados personal esencial ni aún en el sector salud y tienen pleno derecho salarial en los términos del art. 8 del DNU 297/2020 y están exceptuados de las suspensiones con reducción salarial y abono de asignaciones no remunerativas.

### **Los trabajadores que deban desempeñar actividades esenciales, que sean monoparentales (art. 3 Res. M.T. 207/2020.)**

Mientras dure la suspensión de clases dispuesta por el Ministerio de Educación (Res. 108/20) las ausencias de estos trabajadores se consideran justificadas

Se debe:

- Notificar esa circunstancia al empleador
- Justificar la necesidad de atención de niño, niña o adolescente
- Detallar los datos indispensables para que pueda ejercer el debido control
- Sólo se admite un progenitor por hogar

No existe ninguna disposición en la aludida resolución que indique si esa ausencia justificada genera derecho salarial o si es simplemente un salvoconducto para que el trabajador no sea intimado bajo apercibimiento de despido por abandono de trabajo.

Tampoco se contempla la situación de aquellos padres que tengan hijos en guarderías, no abarcadas en los distintos niveles de la educación formal argentina, pero que no los pueden dejar en las mismas por el hecho de que dichos establecimientos permanecen cerrados.

También se debe tener en cuenta que en la actualidad existen numerosas actividades que han sido exceptuadas del ASPO (aunque no sean esenciales conforme art. 6 del DNU 297/2020) y que se encuentren en esta situación al continuar la suspensión de actividad escolar.

Con relación al derecho salarial, han existido algunos precedentes judiciales, favorables a la postura de los trabajadores. En ese sentido:

- GOMEZ BENITEZ, YESICA C/ WALL MART – Resolución del 11-5-20 Juzgado. Nacional de FERIA
- SPERA JESICA C/ I.N.C. - Resolución del 15-5-20 – Juzgado Nacional de FERIA

En ambos casos se dispuso el pago íntegro del salario del mes de abril a las trabajadoras reclamantes y la imposición de astreintes a las demandadas de \$ 5.000 diarios en caso de incumplimiento.

La resolución conjunta dictada por el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de la Mujer, Género y Diversidad (Res. 3/2020) ampliaba los alcances a toda mujer que tuviera hijos menores de 6 años, en la excepción de prestar tareas con derecho remuneratorio y para aquellas que tuvieran hijos entre 6

y 12 años o que cuidar a personas con discapacidad se otorgaba el derecho a dos interrupciones pagas por jornada laboral, pero existen algunas dudas respecto de su efectiva vigencia.

## *2. El derecho vacacional:*

De conformidad con lo dispuesto por el art. 154 de la LCT, el empleador debe comunicar con 45 días de antelación el otorgamiento de las licencias anuales de modo tal que las mismas concluyeran antes del 30 de abril del año siguiente. De ello se desprende con claridad que hubo diversas variantes a verificar, con respuesta no necesariamente idénticas. Veamos las posibilidades: a) Trabajador que estaba en goce de vacaciones al momento del dictado el ASPO. Más allá de la posibilidad que incluso no estuviere en el país y que a su regreso debiera hacer el confinamiento sanitario obligatorio de catorce días, con derecho salarial, no parece posible ni se entiende razonable que si el comienzo de las mismas ya había operado se pudiera disponer la interrupción de su goce, en los términos del art. 239 de la LCT, invocando la situación de emergencia sanitaria. Nuevamente nos tendremos que referir a la buena fe a la que hicimos alusión en la primera parte de este trabajo.

b). Vacaciones comunicadas pero aún no comenzadas a disfrutar en atención a que las mismas se otorgaron con fecha posterior al 20 de marzo de 2020. Aquí parece que hay que distinguir dos situaciones: 1) trabajadores en actividades esenciales, en cuyo caso, el trabajador tendría derecho a gozarlas (aunque ello implicara permanecer en su domicilio sin poder salir del mismo) y luego retomar su desempeño laboral concluida la misma y 2) trabajadores no exceptuados del ASPO. En ese caso la lógica indicaría que las vacaciones no pueden comenzar a ser gozadas ya que existe una disposición de alcance general que les impide prestar tareas y les genera derecho salarial. Lógicamente que en ese caso, operarían dos consecuencias a futuro. En primer lugar no sería aplicable el art. 162 de la LCT y debería establecerse posteriormente alguna disposición reglamentaria que dijera en qué nuevo plazo el empleador comunicaría el otorgamiento del nuevo período vacacional o en su defecto el trabajador tendría derecho a tomarlas per se, en los términos del art. 157 de la LCT, tal como se resolvió en el precedente que se cita infra en esta temática y en segundo lugar el pago de los días de aislamiento deberían ser efectuados conforme valores salariales y no vacacionales (tal como lo dispuso el art. 6 de la Res. MT 279/2020)

c). Posibilidad de adelantar períodos vacacionales o comunicar vacaciones a posteriori del dictado del DNU que estableciera el ASPO. Una cuestión de lógica jurídica impide considerarlas como válidas ya que el trabajador se vería obligado a aceptar una licencia forzosa en un período que no se le había comunicado cumpliendo los recaudos de la LCT o que adelantaba vacaciones del año siguiente, en un período que está eximido de prestar tareas y goza de derecho salarial pleno. En el sentido que estoy señalando se expidió el Tribunal de Trabajo de Quilmes en autos: “Carabajal Alberto René c/ Rigolleau S.A.” (Sentencia de fecha 22-6-2020)

### *3. El derecho a la estabilidad en el empleo:*

La emergencia en el empleo privado ya había sido decretada a través del DNU 34/2019 al establecer la doble indemnización para aquellos casos de despido sin causa (posteriormente prorrogada por otro término de seis meses adicionales). Sin embargo, ello únicamente implica un refuerzo patrimonial pero no protege el vínculo. Esta última disposición surge como consecuencia del DNU 329/2020 (prorrogado por el DNU 487/2020 de fecha 18 de mayo por igual plazo) que prohíbe los despidos sin causa y también descalifica la posibilidad de disponer despidos por causas de fuerza mayor o económicas no imputables al empleador durante el término de 60 días. La clave está dada en el art. 4 que señala que la violación de las disposiciones supra señaladas no producirán efectos, lo que en romance laboral, implica que el afectado puede requerir su inmediata reinstalación y el pago de salarios caídos.

Esta estabilidad reforzada ha obtenido pronunciamientos judiciales favorables en distintas hipótesis. Así tenemos:

- ESPINOZA JOSE ALFREDO C/ TM – Autosatisfactiva – Posadas 28-4-2020: Trabajador despedido con invocación de causa el 21-4-2020. Se invoca desempeño insuficiente de sus tareas. El Juez entiende que tal comunicación viola el dispositivo del art. 243 de la LCT y que consecuentemente carece de causa, por lo que queda abarcado por la prohibición del DNU 329/2020. Ordena la reinstalación bajo apercibimiento de astreintes de \$ 2.000 y de la sanción que contempla el art. 188 del CPL de Misiones.
- PRAGANA MATIAS C/ GOLIARDOS S.R.L. – Medida Cautelar 24-4-2020: Trabajador despedido en los términos del art. 247 LCT mediante telegrama cursado el 30 de marzo pero recibido por el

trabajador el 6 de abril. El A-quo considera el carácter receptivo de las comunicaciones laborales. El trabajador tenía estabilidad reforzada a la fecha en que recibiera la comunicación. . Ordena la reinstalación bajo apercibimiento de astreintes y de remitir a la Justicia de Instrucción por la posible comisión de un delito tipificado por el Código Penal. En sentido similar en Córdoba, “Zampetti Allende Rubén Darío c/ JB Group S.R.L. Autosatisfactiva” – Sentencia de fecha 19-5-2020 del Juzgado de Conciliación de Décima Nominación

- YORI MELISA C/ ADECCO S.A. – Medida Cautelar y Preparatoria, Santa Fe 28-4-2020: Actora estaba en período de prueba habiendo ingresado el 27-1-2020. Era directora de la sucursal en Santa Fe y desde el 14-3-2020 se desempeñaba haciendo tareas de home office. El 9-4-2020 recibe la comunicación de que había finalizado el período de prueba. Sostiene la sentenciante que entre la opción de respetar la libertad de contratar y el derecho alimentario del trabajador el legislador ha privilegiado lo segundo aunque acotado en el tiempo. Se ordena la reincorporación bajo apercibimiento de astreintes de \$ 2.000 por cada día de demora.

La cautelar perdura mientras subsista la vigencia del DNU 329/2020

Otros precedentes que admitieron reincorporación por cesantías dispuestas durante período de prueba: “Chocobar c/ Lara Castellano”, Rosario 21-5-2020 – “Pereyra Erica c/ Pérez Guerrero Andy” Sala VII de la CNAT – 3-6-2020, “Bierman c/ La Agrícola” Cámara 2da Mendoza – 11-5-2020, y en Córdoba. “González Rodrigo Felipe c/ Pleyade s.a. – medida autosatisfactiva” (Sentencia de fecha 25-6-2020 del Juzgado de Conciliación de Novena Nominación)

- HINOJOSA CARLOS ADRIAN C/ LAUGERO CONSTRUCCIONES – Cra. 4ra de Mendoza – Sentencia 29 de mayo de 2020. Trabajador de la industria de la construcción. Dice el Magistrado que donde la ley no distingue, no corresponde hacerlo al Juzgador aunque se trate de un régimen especial.
- GILES EULOGIO C/ MUNICIPALIDAD DE PUERTO GENERAL SAN MARTIN – Juzgado de San Lorenzo (Santa Fe) – 18-5-2020. Trabajador enfermo que agotó la licencia por tratamiento prolongado de 2 años en empleo público y que por tal motivo es despedido por el municipio. Como es diabético y con problemas

renales está exceptuado de trabajar por el ASPO. Se dispone que la Municipalidad debe continuar abonándole salarios hasta la sentencia definitiva bajo apercibimiento de astreintes de \$ 15.000 por día en caso de no cumplir la medida.

- ROMERO SHARON C/ MM DIRECTA – Resolución de fecha 4-6-2020 – T.T. 1 San Miguel - Despido por abandono de trabajo en medio de un conflicto vinculado con licencias psiquiátricas (trastorno de angustia). La cautelar del A-quo suspende el despido hasta que recaiga sentencia definitiva.

Como se puede advertir bajo el paraguas de la estabilidad reforzada, no sólo se abarcó al trabajador que fuera despedido sin causa (art 245 LCT) o que se pretendiera el desahucio basado en causas económicas no imputables al empleador o de fuerza mayor debidamente comprobadas (art. 247 LCT) sino supuestos donde se discutía el instituto del período de prueba (art. 92 bis LCT), casos donde se afectara la fijeza prejudicial de la comunicación (art. 243 LCT), otros donde se aplicara la teoría recepticia de las comunicaciones, o donde hubiera controversia respecto de un supuesto abandono de trabajo vinculado con denuncia de enfermedad (art. 242) e incluso en regímenes especiales que no tienen contemplado un mecanismo indemnizatorio para el despido (régimen de la industria de la construcción). Párrafo aparte merece la inclusión dentro del DNU 329/2020 y su prórroga a los regímenes abarcados por Estatutos de Empleados Públicos Provinciales y Municipales, que merece un estudio con mayor detenimiento, ya que la disposición nacional, si se la hiciera extensiva a las provincias y municipios parecería estar vulnerando normas de Derecho Público Provincial y Municipal.

#### *4. El Derecho a la protección de la salud*

Como señaláramos supra, aquellos trabajadores que debían continuar laborando en domicilio, a través de la modalidad de trabajo remoto, obtuvieron protección y cobertura de conformidad a lo fijado por la Resolución SRT 21/2020 conforme será tratado infra, con los requisitos allí fijados.

Sin embargo como la pandemia avanzó sobre otras cuestiones vinculadas a la salud y la situación de contagio masivo, con su secuela de fallecimientos de numerosos trabajadores y sin saber a ciencia ciertas cuáles serán las consecuencias físicas y psíquicas que quedarán como resultado de la misma para aquellos sobrevivientes, urgía el dictado de una norma de

cobertura y protección para darle tranquilidad a quienes estaban exponiéndose en la cotidianeidad.

En ese sentido el gobierno nacional dictó el DNU 367/2020 que consagró una cuarta categoría de contingencia, la enfermedad presuntivamente profesional no listada. Más allá de cierta incongruencia semántica en su nominación, quedó claro la existencia de dos categorías comprendidas en su protección: los trabajadores de la salud y el resto de los trabajadores exceptuados del ASPO. Para los primeros aquella protección tiene bastante cobertura ya que la presunción opera a favor del trabajador que está en la línea de fuego del COVID 19 aunque las ART o el Empleador Autoasegurado podrán intentar desvirtuar tal presunción, lo que puede motivar cierta litigiosidad que si se hubiera definido como patología listada para dicho sector de trabajadores hubiera generado una inclusión *jure et de jure* de daño causado por el trabajo. Para los segundos en cambio, deberán demostrar el nexo causal adecuado con la imprescindible vinculación entre labor cumplida durante el ASPO y el eventual contagio. Como dato positivo se debe señalar que una vez obtenida la confirmación de positividad del Covid 19 (más allá que no sea tan sencillo obtenerla de esa manera) las ART o el Empleador Autoasegurados deberá otorgar las prestaciones en especie (por sí o a través de prestadores médicos) y las prestaciones dinerarias de la Incapacidad Laboral Temporal.

El punto más complejo radica en la Resolución SRT 38/2020 que ha modificado algunos aspectos de la ya cuestionada ley 27.348 en perjuicio de los trabajadores, al poner una serie de requisitos y trabas que, a no dudar, complicarán el acceso a las prestaciones dinerarias de incapacidad laboral definitiva, habiendo puesto en cabeza de la Comisión Médica Central esa determinación, incluso con alteración de las normas de adhesión provincial (como es el caso de la provincia de Córdoba de la ley 10.456)

Ojalá que las ya alarmantes cifras de la pandemia en nuestro país puedan ser contenidas, pero la realidad es que hoy tenemos más de 80.000 contagios y se superan los 1.500 decesos, de los cuales no existe una estadística certera de cuántos trabajadores se han visto afectados con motivo de la prestación de sus tareas habituales. La Res. SRT. 40/2020 ha establecido que los trámites de determinación de Incapacidad definitiva derivada de haber padecido Covid 19 están exceptuados de la suspensión de tareas de las Comisiones Médicas, pero aún no hay estadísticas certeras acerca de la cantidad de trabajadores o causahabientes que hayan iniciado trámites tendientes a lograr el reconocimiento de la afección dentro de los términos del DNU 367/2020.



## 5. *El Derecho Colectivo*

Las pocas resoluciones dictadas por la autoridad de aplicación laboral han tenido como mira la evitación de actividades colectivas por el lógico temor a las consecuencias de la pandemia y que el conglomerado de personas colisionaba con la idea del confinamiento. En ese sentido las normas vinculadas con la representación han tendido a prorrogar la continuación de mandatos, tanto en la faz de representación sectorial como de los delegados de empresa.

El problema más serio está dado por la desactivación de la posibilidad de reclamación social. La postergación de intentos de recuperación salarial debida al desfasaje inflacionario por vía de la virtual paralización de paritarias y el hecho de que la protesta sectorial y general está vedada en su manifestación pública han desmontado gran parte de la posibilidad de cuestionamiento y preservación de derechos, con los riesgos de estallido social que este cocktail puede ir demarcando una vez que se salga de la pandemia. Las acciones de algunos gobiernos que han aprovechado los tiempos de aislamiento para dictar normas de emergencia que afectaron derechos de trabajadores y jubilados tampoco han ayudado a colaborar con la paz social actual y futura. La pretensión que la huelga se haga virtual vía desconexión, paradójicamente se desconecta de la realidad y obviamente un reclamo de tal entidad pierde la fuerza que sostiene la huelga efectiva presente.

## **V. Los Derechos del Empleador y las Obligaciones de los Trabajadores Privados**

### A. MODIFICACION DE LA JORNADA DE TRABAJO

En principio se considera uso razonable del *ius variandi* empresarial, por lo que no se podría plantear ejercicio abusivo (art. 4 Res. 279 MTN).

El empleador tiene amplias facultades de reorganización de su establecimiento y de la jornada laboral

El trabajador no podría negarse a realizar horas extras si fueran necesarias para el funcionamiento de una actividad esencial conforme art. 203 LCT (art. 2 Res. 279 MTN)

La contratación de nuevo personal será considerada excepcional y transitoria en los términos del art. 99 de la LCT (art. 5 Res. 279 MTN)

## **B) EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE TRABAJO REMOTO EN DOMICILIO**

No es teletrabajo en los términos de la R SRT 1552/12

Están cubiertos por la ART (R. SRT 21/2020)

- a. El domicilio del trabajador es considerado lugar de cumplimiento de tareas
- b. El empleador debe comunicar días y horas de cumplimiento de las tareas
3. No se estipula quién se hace cargo de los insumos ni los mayores costos de internet y electricidad

## **C) POSIBILIDAD DE REALIZAR ACUERDOS SALARIALES**

EXCEPCION A LA PROHIBICION DEL DNU 329/2020: Quedan exceptuadas de la prohibición prevista en el primer párrafo del art. 3 del DNU 329/2020, las *suspensiones efectuadas en los términos del art. 223 bis, LCT*.

- Se considerará *prestación no remunerativa las asignaciones en dinero* que se entreguen en compensación por *suspensiones de la prestación laboral* y que se fundaren en las causales ***de falta o disminución de trabajo, no imputables al empleador***, o *fuerza mayor debidamente comprobada, pactadas individual o colectivamente* y *homologadas* por la autoridad de aplicación, conforme normas legales vigentes, y cuando en virtud de tales causales el trabajador ***no realice la prestación laboral a su cargo***.
- Sólo tributará las contribuciones establecidas en las Leyes 23660 y 23661.

Requisitos esenciales para su habilitación

- *Suspensión de trabajo concertada* entre el empleador y los trabajadores y trabajadoras,
- En forma individual
- **Colectivamente** (con intervención del sindicato),
- *Requiere homologación* de la autoridad de aplicación,
- *Con fundamento* en causales *de falta o disminución de trabajo no imputable al empleador* o *fuerza mayor debidamente comprobada*,

- el trabajador no preste servicios
- el empleador abone una compensación en dinero
- es calificada por la norma como “no remunerativa”.
- El acuerdo de voluntades puede ser celebrado exclusivamente con los trabajadores y no requiere necesariamente la participación del Sindicato. No obstante lo cual, es usual que el Ministerio de Trabajo le corra vista a la entidad sindical.
- Es exigencia estricta que el trabajador no está prestando tareas
- Todo otro tipo de acuerdos de reducciones salariales o de reducción de jornada, deberán tramitar el PPC o bien la realización del trámite prescripto por el dec. 328/88 pero no podrá ser invocado como excepción a la prohibición de suspender en los términos del DNU

## **ACUERDO MARCO CGT-UIA**

- Incluye tanto a empresas no exceptuadas del ASPO con un sistema de trabajo intensivo, como a aquellas consideradas esenciales pero con nivel de producción inferior a su nivel normal de ventas
- Toma en cuenta el gran número de trabajadores y empleadores alcanzados por las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por el DNU 297/2020,
- Considera la necesidad de contar con herramientas acordes para atravesar esta crisis sanitaria, social, productiva y económica, que permitan sostener el empleo y garantizar la sostenibilidad de las empresas privadas
- Toma en consideración la necesidad de determinar los ingresos de los trabajadores alcanzados por las medidas de aislamiento y profundizar e incrementar el Salario Complementario dispuesto en el DNU 376/20
- El monto que los empleadores deberán abonar como prestación no remunerativa o las asignaciones en dinero que se entreguen en compensación por suspensiones de la prestación laboral en este marco no podrá ser inferior al 75% del salario neto que le hubiere correspondido al trabajador en caso de haber laborado. Sobre éste monto deberán realizarse la totalidad de los aportes y contribuciones por la ley 23660 y 23661 y el pago de la cuota sindical.

- Solamente en esas condiciones o cuando se establezca un porcentual mayor, la autoridad de aplicación homologará en forma automática los acuerdos que se presenten, dando por cumplimentados los requisitos establecidos en el art. 223 bis de la LCT. Caso contrario, el acuerdo colectivo que presenten los sectores empresarios y sindicales, será en cada caso sometido, a consideración de la autoridad de aplicación, a fin de evaluar su procedencia, de acuerdo con la situación del sector o de la empresa.
- Los empleadores podrán disponer la aplicación de las suspensiones en forma simultánea, alternada, rotativa, total o parcial, según sus respectivas realidades productivas.
- Requiere que se dicte un instrumento que consagre jurídicamente los términos aquí expuestos
- No podrán ser incluidos en esta modalidad aquellos trabajadores que hayan establecido con su empleador las condiciones en que prestarán servicios desde el lugar de aislamiento en cumplimiento de lo establecido en el artículo 1 de la Resolución MTEySS 279/20 (es decir home office o trabajo remoto),
- No podrán ser incluidos en esta modalidad los trabajadores excluidos del deber de asistencia al lugar de trabajo por la dispensa contenida en la Resolución 207/20 respecto de las personas con riesgo en la salud (mayores, embarazadas o con patologías preexistentes consideradas comorbilidades)
- El monto que se abone como salario complementario por la ANSES será considerado parte de la prestación dineraria, por lo que el empleador deberá completarlo hasta alcanzar el porcentaje acordado
- Es inaplicable a las empresas que ya hubieran acordado con el Sindicato otra manera diferente
- Los empresarios que adopten este acuerdo no podrán alterar la dotación de personal durante el período de validez del acuerdo
- El mismo tendrá una validez de 60 días y aplicará a los salarios de abril y mayo del 2020 y fue prorrogado por 60 días más.
- En atención a lo expresamente peticionado y necesidad de contar con un instrumento legal se dictó la Resolución 397/2020 del MT que en lo esencial dispone:

- Las presentaciones que se efectúen en conjunto con entidades sindicales con personería gremial, que se ajusten al acuerdo y acompañen el listado del personal afectado, serán homologados previo control de legalidad
- Igual criterio se aplicará respecto de aquellos convenios más favorables.
- Las presentaciones que hagan únicamente las empresas que se ajusten al acuerdo, serán homologados previa vista al Sindicato por el término de tres días, ampliable por dos días más, si no hubiera oposición o por silencio si no se pronunciase
- Si hubiera oposición de la entidad sindical con personería gremial generará la apertura de un proceso de diálogo y negociación
- Las presentaciones que efectúen en conjunto las partes que no se ajusten íntegramente al acuerdo serán sometidos al control previo del Ministerio de Trabajo, que podrá formular las observaciones pertinentes
- Mientras dure el marco de emergencia y excepción las partes deberán consignar en la presentación inicial una declaración jurada de autenticidad de las firmas allí insertas
- Se recomienda a las autoridades administrativas de las distintas jurisdicciones adoptar medidas de similares alcances
- A modo ilustrativo hacemos referencia a algunos acuerdos marcos celebrados, unos con anterioridad a la Res. 397/2020 y otros a posteriori pero que no se ajustan estrictamente a aquellos términos. Así tenemos:

A) COMERCIO c/ CAMARA DE CENTROS DE CONTACTO:

- Acuerdo por 3 meses (abril-junio)
- Máximo: 20% de la dotación de personal
- Asignación no remunerativa del 80%
- Para los que están trabajando el 95% de lo que se abone será considerado no remunerativo a los fines de las contribuciones patronales
- Durante ese tiempo los empleadores se comprometen a no producir despidos ni suspensiones

B) SMATA - RENAULT:

- Mientras dure la suspensión de tareas: 70% como Asignación no Remunerativa
- Cuando se reanude la actividad, la jornada se reduce a 6 horas diarias y las restantes 2,48 horas se pagan al 50% mientras dure la reprogramación de tareas
- Renault se compromete a renovar los contratos temporarios por 6 meses.

C) SINDICATO DE PETROLEROS DE CORDOBA con ESTACIONES DE SERVICIO:

- Acuerdo Marco de Suspensión del Personal
- Mientras dure la suspensión se abonará una Asignación no remunerativa del 68% del sueldo básico y del adicional por antigüedad
- Fue suscripto el 8 de abril de 2.020

## VI. Conclusiones

1. Es indudable que estamos viviendo tiempos diferentes que han generado una crisis sin precedentes y de consecuencias aún imprevisibles y dramáticas en el horizonte del empleo argentino tanto público como privado, con gran probabilidad de pérdidas de puestos de trabajo y de cierres de establecimientos.

2. En ese interín se han dictado numerosas normas apelando al derecho de la emergencia para tratar de proteger a los más vulnerables y a aquellos que se encontraran en situaciones de riesgo sanitario cierto.

3. También se han implementado diversas disposiciones para aliviar la carga salarial que debe soportar el sector empresarial, en muchas ocasiones sin posibilidades reales de poder afrontar costos derivados de una decisión de política general, que claramente engloba en el supuesto de fuerza mayor, aunque por imperio del DNU 329/2020 se le han atribuido alcances que no eximen de responsabilidad, de conformidad a los términos del art. 1.733 del CCC.

4. En este trabajo hemos tratado de abarcar los puntos álgidos de las relaciones laborales durante la pandemia desde las diferentes situaciones en que se encontraron los trabajadores hasta el modo en que fueron encarando problemas de la cotidianeidad.

5. Hemos dicho y reforzamos la idea que los principios de colaboración, solidaridad y buena fe deben campear por todo el escenario en

---

que nos estamos moviendo y seguiremos transitando seguramente en los próximos meses.

6. Las medidas adoptadas y las decisiones judiciales no están exentas de controversias, tanto para un sector como para el otro y seguramente se dirimirán muchas de ellas en los tribunales laborales cuando la nueva normalidad nos llame a discutir los derechos sustanciales, ya que ahora las disposiciones adoptadas lo han sido en el marco de medidas cautelares bajo el prisma de la emergencia sanitaria y del empleo.

7. Esperemos que más pronto que tarde, la pesadilla del COVID-19 se vaya alejando y paulatinamente el aparato productivo comience nuevamente a funcionar, ya que de lo contrario todo el esfuerzo realizado será en vano, si ello conduce a la pérdida de empleo permanente que acarreará más miseria y vulnerabilidad a los sectores más endeble del contrato social.





Se terminó de imprimir en  
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,  
en el mes de diciembre de 2020

