

REVISTA DE DERECHO UNS

AÑO XI. NÚMERO V



DEPARTAMENTO DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR



DIRECTORA

Hernández, Lucía

VICEDIRECTOR

Molina, Pablo A.

SECRETARIO/A DE**REDACCIÓN**

Dellerba, Juan Cruz
Nungesser, Aldana G.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Cornacchini, Gianfranco
Didriksen, Lis
Donato, Renata
Folgar Tarocco, Ana M.
Grün, Bruno A.
Nani, Sofia
Pellegrino, Miguel Ángel
Puig, Agustina B.
Rawson, Valeria C.
Reynal, Florencia
Riera, Franco R.

COORDINADORES DOCENTES

Arrué, Federico D.
Urruti, Leonardo



Revista de Derecho UNS

ISSN 2314-0747

Año XI. Número V

Departamento de Derecho
Universidad Nacional del Sur

©2022 Edius

Diagramación: Fabian Luzi

Editorial de la Universidad

Nacional del Sur

ediuns@uns.edu.ar

www.ediuns.com.ar

COMITÉ ACADÉMICO**Miembros externos**

Álvarez, Gonzalo (UBA)
Amaya, Amalia (UNAM – México)
Beloff, Mary (UBA)
Bullain, Iñigo (UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO)
Cafferatta, Néstor (UBA – INSTITUTO PLANETA VERDE)
Candelario Macías, María I. (UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID)
Caumont, Arturo (UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA DE URUGUAY)
Ciuro Caldani, Miguel A. (UNR)
Clérico, María L. (UBA)
Frustagli, Sandra (UNR)
Giosa, Laura (UNICEN)
Gómez Ligüerre, Carlos (UNIVERSIDAD POMPEU FABRA)
Hernández, Carlos (UNR)
Márquez, José F. (UNC)
Nadalini, Gustavo (UNR)
Otero, Juan M. (UNRN)
Pou Giménez, Francisca (ITAM – México)
Seguí, Adela M. (UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN)
Sieckmann, Jan

Miembros locales

Acciarri, Hugo A.
Ares, José L. M.
Arruiz, Mario
Arruiz, Sebastián
Bouzat, Andrés
Conghos, Eduardo
Cortazar, María G.
d'Empaire, Eduardo
De la Cruz, Nicolás
Di Gerónimo, Pablo
Doiny Cabré, Cristobal
Duprat, Carolina
Foglia, Sebastián
Graziabile, Darío
Irigoyen Testa, Matías
Iuale, Corina A.
Linares Lejarraga, Sebastián
López Camelo, Guillermo
Martella, Ariel
Martínez, Jessica
Morresi, Jorge
Navarro, Pablo
Pazos Crocitto, Guillermo
Pellegrini, María V.
Peralta Mariscal, Leopoldo
Picado, Leandro
Pipo, María M.
Ribichini, Guillermo E.
Zelaya, Mario

PRÓLOGO

“Lo importante es no dejar de hacer preguntas”

ALBERT EINSTEIN

Hace ya más de dos años que nuestra vida cotidiana se vio profundamente alterada por la irrupción de una pandemia que al poner en jaque los sistemas sanitarios de todo el mundo, provocó una serie de crisis que han marcado la evolución de nuestras sociedades y generado importantes daños que han alcanzado muy distinta intensidad según grupos sociales y territorios. El ser humano no ha tenido otra alternativa que adaptarse a los cambios provocados y, en tales circunstancias, nuestra disciplina no ha podido quedarse atrás. Una vez más, el derecho se ha transformado para seguir siendo una valiosa herramienta al servicio de la sociedad.

En este contexto, hoy nos complace poder presentar la quinta edición de *Revista de Derecho UNS*, donde han publicado trabajos tanto estudiantes como docentes de esta Universidad, aportando valiosas enseñanzas para nuestro ámbito de estudio.

Quienes se adentren en su lectura, encontrarán novedosos artículos referidos a variadas temáticas que revisten actualidad jurídica, tanto nacional como internacional. Los trabajos publicados abordan diversas materias y tópicos tales como Derechos Humanos, Ciencias Políticas, Derecho Animal, Covid-19, Inteligencia Artificial, Tecnología de la Información, Género, Contexto de Encierro, Interés Superior del Niño/a, Derecho Internacional Público, Seguridad Pública, entre otros; todos los cuales promueven el avance de la ciencia jurídica.

Precisamente, la Revista de Derecho en el ámbito del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, se pretende erigir como un espacio de enseñanza, aprendizaje y participación, sin más requisito que la excelencia académica, el esfuerzo y la dedicación. Se trata de un espacio en el que tanto alumnos/as como docentes tienen la oportunidad de intercambiar ideas e inquietudes sobre aquellos temas jurídicos que mayor interés revisten, tanto en el ámbito académico como en el profesional.

Nos enorgullece contar en esta edición con gran cantidad de trabajos en la sección «Ensayos», escritos por estudiantes de nuestra Casa de Estudios. Agradecemos y felicitamos a sus autores. Asimismo, destacamos la importancia de que cada vez más jóvenes se embarquen en la valiosa e imprescindible tarea de investigar y reafirmamos nuestro compromiso de promover la formación de estudiantes interesados en hacer cuestionamientos, expresar ideas, elaborar propuestas de interés y contribuir al avance de esta amplísima disciplina que es el derecho.

Por otro lado, nos halaga enormemente que profesionales del ámbito local hayan elegido esta Revista para la publicación de sus artículos en la sección «Doctrina». Es un honor para quienes la integramos poder dar a conocer sus trabajos a la comunidad académica.

Por último, expresamos nuestro más sincero agradecimiento a los/as estudiantes que se desempeñan como integrantes de la Secretaría y del Consejo de Redacción de esta Revista, a los/as docentes que forman parte de su Comité Académico, así como a los docentes colaboradores por su loable acompañamiento durante la preparación de esta edición. El comprometido trabajo en equipo, permitió que otra vez podamos tener un nuevo número de *Revista de Derecho UNS*, en aras fomentar la investigación científica, la crítica y el debate abierto y responsable.

Lucía Hernández y Pablo A. Molina

COMISIÓN DIRECTIVA

ÍNDICE

»DOCTRINA«

Ciudades de 24 horas: reflexiones y desafíos para una regulación específica de la nocturnidad.

Inés Álvarez8

Separatismo y reivindicación territorial: el principio de libre determinación como argumento de las distintas partes en conflicto.

Federico D. Arrué y Marcos G. Fernandez Peña..... 20

Deficiencias del procedimiento de convocatoria a asamblea como herramienta para relegar los intereses de las minorías societarias.

Valeria D. Codon 44

El reconocimiento del Covid-19 como enfermedad profesional no listada en el ámbito de las comisiones médicas. *Aspectos procedimentales.*

Khalil H. Ilarrescape Majluf..... 54

Víctimas de violencia institucional: especial vulnerabilidad de las mujeres trans en contextos de encierro. Situación en la Provincia de Buenos Aires.

Julieta Lazarte..... 65

La pandemia y la importancia del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los casos de violencia de género.

Melina Schwab y Gimena Hernandez 87

»ENSAYOS«

Covid e inteligencia artificial: su influencia en los seguros de automotores.

Ezequiel Berdini..... 96

Responsabilidad Internacional de China por el Covid-19: un análisis desde el Derecho Internacional Público.
Sabina Fernández 105

La emergencia ¿indefinida? ocasionada por la pandemia del Covid-19 y el decreto de necesidad y urgencia.
Candela Giambartolomei 115

Los animales no humanos como seres sintientes.
Jeanette L. Meloni..... 122

Desafíos actuales para garantizar el interés superior del niño en casos de restitución internacional de menores.
Rosario Valverde..... 133

La necesidad de un agravante genérico para los delitos cometidos a razón de la orientación sexual, identidad de género o su expresión.
Javier Yabante y Nicolás Roldán Di Giacomo..... 143

Pandemia y restricción al ejercicio de los derechos en Argentina: un enfoque de Derechos Humanos a partir del principio de no regresividad.
Gastón Alejandro Zoltko..... 152

Reglas de estilo 161

Indicaciones para el autor 166

»DOCTRINA«

CIUDADES DE 24 HORAS: REFLEXIONES Y DESAFÍOS PARA UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA NOCTURNIDAD

24-HOUR CITIES: REFLECTIONS AND CHALLENGES FOR A SPECIFIC REGULATION OF NOCTURNITY

Inés Álvarez*

*A lo largo de sus generaciones
los hombres erigieron la noche.
En el principio era ceguera y sueño
y espinas que laceran el pie desnudo
y temor de los lobos.
Nunca sabremos quién forjó la palabra
para el intervalo de sombra
que divide los dos crepúsculos;
nunca sabremos en qué siglo fue cifra
del espacio de estrellas.*

JORGE LUIS BORGES

(En "Historia de la Noche" –fragmento–,
Historia de la Noche, Buenos Aires, Emecé, 1977)

Sumario: I. Introducción: Las ciudades y la noche. II. Primera parte: Actores e interacciones nocturnas. III. Segunda parte: Desafíos preliminares de la gestión de la nocturnidad. IV. Reflexiones finales. V. Bibliografía.

* Abogada (UNS), docente (UNS y UPSO-PEUZO), maestranda en Derecho (UNS), Diplomada en Abogacía 4.0 (UAustral), Diplomada en Género, Igualdad y Derecho (UNS), coordinadora de la Diplomatura Superior Universitaria en Inteligencia Artificial, Innovación y Derecho (UNS-UBA), integrante del Grupo de Investigación PGI-UNS "Seguridad Ciudadana y Gobiernos locales: Nuevas estrategias de análisis para el abordaje de políticas públicas", e integrante del Área de Investigación sobre Gobiernos Locales y Políticas de Seguridad del ILSED (Instituto Latinoamericano de Seguridad y Democracia). Agradezco especialmente a Tobías Schleider sus generosas observaciones y aportes. *Este trabajo es parte de un trabajo en progreso que pretende expandirse hacia el análisis de cuestiones regulatorias existentes y distintas áreas relevantes en materia de nocturnidad, y también estudiar la posibilidad de utilización de Inteligencia Artificial para el tema en análisis*

Resumen

Este trabajo aborda la cuestión de la nocturnidad y analiza la posibilidad de concebir regulaciones especiales para revalorizarla y aprovecharla como lapso espacio-temporal con características propias. Se enumeran los diferentes actores e interacciones nocturnos, para pasar luego a un breve análisis de los distintos desafíos previos que entendemos que deberían abordarse a la hora de pensar la gestión de la nocturnidad de manera eficaz en Argentina.

Palabras Clave: nocturnidad – ciudades de 24 horas - economía nocturna – vida nocturna - regulación – políticas públicas

Abstract

This work addresses the issue of nocturnity and evaluates the possibility of conceiving special regulations to revalue it and to use it as a space-time lapse with distinctive characteristics. It lists the different actors and nocturnal interactions, followed by a brief analysis of several previous challenges that we believe that should be approached when thinking about an effective management of nocturnity in Argentina.

Keywords: nocturnity – 24 hours cities - night time economy – nightlife - regulation – public policies

I. Introducción: Las ciudades y la noche

Históricamente, y tal como reza el citado poema de Borges, “la noche” fue vista como un ámbito a veces peligroso, otras misterioso, y básicamente como un período de tiempo donde deberíamos dedicarnos al sueño, en una asociación entre “oscuridad y sueño”. Pero esta idea de la noche como una construcción espacio-temporal donde la mayor parte de las ciudades dormía –y donde las interacciones nocturnas podían ser encasilladas en unas pocas variantes: diversión, delito, prostitución, y otras actividades, ninguna de ellas asociada a lo productivo– comenzó a ser desafiada en los años 80 del siglo XX, en especial por algunas ciudades del Reino Unido, como Londres. La sociedad de consumo marcó un rediseño urbano y una forma distinta de habitar y transitar la noche. Se sumaron nuevos actores, pero aparecieron también nuevas problemáticas: comportamientos antisociales, mayor conflictividad, aumento de niveles de ruido y deterioro de espacios comunes, entre otras.

Según la ONU, para el año 2050 habrá en nuestro planeta cerca de 9.800 millones de habitantes. Dos tercios vivirán en ciudades y la mayoría lo hará en metrópolis de más de tres millones de habitantes¹. Estos datos desafían esa idea romantizada de que las ciudades solo “duermen” de noche, y nos permiten dudar seriamente sobre si nuestras leyes y nuestras políticas públicas contemplan las problemáticas urbanas actuales. Estas son solo algunas de las ideas que sirvieron de disparadores para escribir este trabajo, que apunta fundamentalmente a mostrar el gran abanico de cuestiones a tener en cuenta a la hora de intentar elaborar políticas públicas que apunten a resignificar la noche. Adicionalmente, una mejor gestión de la seguridad y de la conflictividad² durante la noche, puede cambiar la percepción negativa que se suele tener de ella, como un espacio donde aumentan los riesgos y el delito, y permitir un mejor aprovechamiento del potencial económico y social de ese espacio temporal, favoreciendo las actividades rentables, el esparcimiento saludable y seguro y la generación de empleos.

La llegada de la noche suele asociarse a un aumento de riesgos: *“Está demostrado que -al menos a nivel perceptual- no hay nada más peligroso que una calle vacía”*³.

Adicionalmente, existe otra percepción: que durante la noche “las cosas pasan porque pasan”, no hay organización como ocurriría durante el día. Ambas percepciones sin duda alimentan el desprestigio de la noche frente al día; por ello, consideramos que una regulación a la medida de lo que las ciudades de 24 horas requieren, puede ayudar a revalorizar la noche.

II. Primera parte: Actores e interacciones nocturnas.

Para comenzar a desandar esta propuesta, es importante precisar qué vamos a entender como “noche”, tanto en lo temporal como en lo espacial.

En lo *temporal*, a nivel internacional, la definición de “noche” (más precisamente se habla de “economía nocturna”, NTE⁴ según sus siglas en inglés) comúnmente alude al período que va desde las seis de la tarde a las seis de la mañana (6 p.m. a

¹ ONU, Informe 2017, <https://www.un.org/development/desa/publications/world-population-prospects-the-2017-revision.html>, consultado 20/05/2021.

² El término “gestión de la conflictividad” fue tomado de Alberto Binder (entre otros textos, “El rompecabezas de la seguridad democrática”, en <https://www.vocesenelfenix.com/content/el-rompecabezas-de-la-seguridad-democr%C3%A1tica>, consultado 20/05/2021).

³ Seijas Andreina, “¿Ciudades 24 horas? 5 razones para promover la economía nocturna?”.

⁴ “Night time economy”.

6 a.m.), en concordancia con el horario diurno de comercio, que es corrido y en general hasta 5 o 6 p.m. A nivel local, en nuestro país, donde salvo en la ciudad de Buenos Aires no suele haber horario corrido de comercio, parece más adecuado considerar a la noche como el período que va desde las 8 p.m. a las 6 a.m.

En lo *espacial*, nuestro análisis se centrará en una ciudad que podríamos denominar de tamaño mediano (por ejemplo, la ciudad de Bahía Blanca, en Argentina, cerca de 400.000 habitantes), o grande; en ambos casos se trata de ciudades donde la cantidad de habitantes, actividades económicas e interacciones justifique que se las piense como “Ciudades de 24 horas”. Este concepto en principio dejaría afuera a los pueblos y ciudades chicas, excepto las que tienen al turismo como actividad principal, ya que en estos casos las actividades y economías nocturnas adquieren gran relevancia.

A continuación, presentamos una breve reseña de las principales actividades, interacciones y problemáticas que ocurren durante la noche en ciudades argentinas con las características anteriormente mencionadas.

En primer lugar, se destacan los trabajos nocturnos, tanto formales como informales. Entre los primeros, se encuentran: taxistas, transporte público de pasajeros, estaciones de servicio, servicios de limpieza, empleados/as de lugares de esparcimiento, hotelería y turismo, comercios e industrias, cadetería/delivery, porteros/as, trabajadores/as de la salud en instituciones públicas y privadas (presenciales, operadores/as de servicios de emergencia, etc.), policía, empresas de seguridad privada, recolección de residuos, bomberos, docencia nocturna y personal de cuidado. Entre los segundos: trabajadores/as sexuales, cuidacoches, serenos, niños/as.

En segundo lugar mencionaremos distintos usos del espacio público durante la noche, como por ejemplo: traslados e interacciones ocasionales, diversión y esparcimiento (deportistas nocturnos, bares y discotecas, etc.), eventos de concurrencia masiva, tanto públicos como privados (recitales, La Noche de los Museos⁵, fiestas, “Picnic Nocturno en Rosario”⁶, etc.), actividades en plazas y parques⁷, entre otros.

⁵ Evento cultural que se realiza en distintas ciudades, donde los museos y otros centros culturales permanecen abiertos hasta entrada la madrugada. Esta tendencia tuvo su origen en la ciudad de Berlín, Alemania, a fines del siglo XX, y se llamó *Lange Nacht der Museen*.

⁶ Fuente: <https://www.rosario.gob.ar/web/ciudad/medio-ambiente/picnics-nocturnos>, consultado 11/07/2021

⁷ Solo baste recordar la llamada “Batalla de las rejas” en la ciudad de Buenos Aires, que se dio en el año 2012 por el anuncio del gobierno porteño de enjear la plaza Pueyrredón –Flores– y

En tercer lugar, existen situaciones de conflictividad –real o potencial– que suelen tener lugar en horario nocturno, entre las cuales podemos mencionar: actividades nocturnas ilegales, menores de edad circulando en horario nocturno, episodios de violencia de género, existencia de zonas o barrios “calientes” durante la noche, personas en situación de calle (personas sin techo –*homeless*–, personas con problemas de alcoholismo y adicciones a distintas drogas, etc.), controles nocturnos (documentación, alcoholemia, *dräger test*, etc.), disputas entre vecinos por problemas de ruidos molestos, entre otras.

Finalmente, es importante tener en cuenta a las actividades educativas presenciales. Por un lado, la educación primaria y secundaria para adultos –escuelas nocturnas para adultos: el llamado “turno noche”– y por otro la educación universitaria (ej. Universidad Tecnológica Nacional, que es típicamente nocturna) e institutos terciarios.

III. Segunda parte: Desafíos preliminares de la gestión de la nocturnidad.

Sin ánimo de exhaustividad, a los fines de este trabajo se mencionarán algunas cuestiones que consideramos que deben estudiarse y resolverse *antes* de diseñar las políticas públicas de nocturnidad y las posibles regulaciones específicas de la nocturnidad, sea a nivel nacional, provincial o municipal. Está implícita en este trabajo, por supuesto, la convicción de que *la existencia de normas regulatorias específicas de la vida urbana durante el horario nocturno posibilitaría mejores respuestas a los desafíos de la nocturnidad y el aprovechamiento de todo su potencial.*

1. Determinar qué grado de poder regulatorio existe en cada nivel estatal con respecto a la nocturnidad: en principio a nivel nacional y provincial, y luego más específicamente a nivel local (municipios).

A nivel nacional, no existen leyes específicas sobre nocturnidad. La Ley de Espectáculos Públicos 26370 (B.O. 27-05-2008), que básicamente regula el “derecho de admisión” en eventos y espectáculos, fue pensada para regular esa parte de la nocturnidad únicamente, y en la práctica fueron más las provincias que no adhirieron a la misma que las que sí lo hicieron.

los parques Centenario y Lezama, y que para 2019 se calculaba que ochenta de los doscientos cincuenta parques y plazas de la Ciudad de Buenos Aires fueron enrejados para evitar el vandalismo, en muchos casos a pesar de airadas protestas de los/as vecinos/as.

Pasando a la esfera provincial, en la provincia de Buenos Aires se dictó la ley 14050 “Ley de Nocturnidad” (B. O. Provincial 06-11-2009). La norma considera a la nocturnidad como un elemento de riesgo para niñas y niños, jóvenes y familias, y restringe el horario de menores en lugares bailables y de esparcimiento. Si bien en su artículo 17 expresamente se otorga poder regulatorio a los municipios, es de destacar que esta norma se refiere específicamente al límite de horario en lugares bailables y afines, considera a la noche como algo potencialmente peligroso⁸, y no contiene un abordaje integral de la nocturnidad. Existen también más de una veintena de leyes que regulan distintos aspectos de la nocturnidad en la provincia –además de la ya mencionada ley 14050–, y que se refieren a cuestiones puntuales, como por ejemplo el expendio de bebidas alcohólicas⁹. Nuevamente, estamos ante regulaciones específicas que no responden a un plan coordinado de gestión de la nocturnidad.

A nivel municipal existen algunas comunas con ordenanzas sobre nocturnidad, no solo en la provincia de Buenos Aires sino también en otras provincias. Por ejemplo, en la ciudad de Posadas (Misiones) existe el “Código de Nocturnidad”¹⁰, donde se regulan –si bien con mayor amplitud que la ley 14050 de la provincia de Buenos Aires– cuestiones relativas a los lugares nocturnos de esparcimiento, expendio de bebidas alcohólicas, espectáculos eventuales y registración especial del personal que cumplan tareas de vigilancia en esos establecimientos o eventos. En sentido similar, el Código de Nocturnidad de la ciudad de La Plata¹¹ (Buenos Aires).

Podemos decir, entonces, que las (escasas) normativas existentes apuntan a regular la actividad nocturna de esparcimiento poniendo el énfasis en su costado riesgoso, no se basan en “planes” de gestión de la nocturnidad, tienen enfoque sancionatorio y no contemplan a la economía nocturna como una potencial fuente de empleo y desarrollo.

⁸ En el sentido de que, en los espacios de interacción simultánea entre menores y adultos, pueden presentarse diversas conflictividades asociadas a conductas violentas, al consumo excesivo de alcohol, y a situaciones inapropiadas para menores de edad.

⁹ Régimen de la venta, expendio o suministro de bebidas alcohólicas, ley 11.825.

¹⁰ Ver <https://posadas.gov.ar/preencionadicciones/wp-content/uploads/2020/06/codigo-de-nocturnidad-ordenaza-II-42.pdf>, consultado 11/07/2021.

¹¹ Ver https://www.concejodeliberante.laplata.gob.ar/digesto/cod_nocturnidad/or10799.html, consultado 11/07/2021.

2. *Obtener información realizando un relevamiento de las principales actividades nocturnas ya mencionadas.* Esto es: definir qué datos consideraremos relevantes en cada caso¹², establecer cómo vamos a medir, recolectar la información, y luego ser capaces de interpretar útilmente dicha información.

Para esto se requieren: planificación, presupuesto, capital humano capacitado, tecnología, visión interdisciplinaria, cooperación y por supuesto voluntad política. Los Observatorios –en sus distintas variantes, y de distintas temáticas– pueden ser una buena opción en este sentido¹³.

3. *Pensar las cuestiones de inclusión y nocturnidad.* ¿Se piensa en las personas con necesidades especiales cuando se abordan las políticas públicas de seguridad, en particular las nocturnas? Parecería que no. ¿Quién asesora en estos temas a los gobiernos locales? Parecería que nadie. ¿Qué ocurre con las barreras urbanísticas durante la noche? Sin duda son aún más excluyentes que de día.

4. *Pensar las cuestiones de infraestructura, diseño urbano y nocturnidad.* Como ejemplos podemos mencionar la cuestión de la iluminación, mantenimiento de arbolado público, gestión de propiedades abandonadas, entre otros temas con impacto ambiental que también hacen a la seguridad (y a la inclusión, como se mencionó en el ítem anterior), que si no son bien resueltas pueden generar el efecto contrario (inseguridad). También son importantes las cuestiones de limpieza y recolección de residuos.

En cuanto a la prevención del delito –que, si bien no es el tema central de este trabajo, se trata de un punto importante en cuanto a las problemáticas nocturnas a abordar– se habla de “geoprevención” (prevención del crimen a través

¹² Solo a modo de ejemplo, podríamos medir: frecuencias de tránsito nocturno, relevancia económica de las actividades nocturnas, porcentaje de empleo nocturno registrado y no registrado, estudiantes de turnos nocturnos en los distintos niveles educativos, etc. (y por supuesto también un relevamiento de actividades ilegales típicamente nocturnas).

¹³ “Si bien en nuestro país y en el mundo existen observatorios de distintos tipos, cada uno de ellos representa espacios en los que se desarrollan procesos de observación y análisis de una determinada temática. A pesar de que existen muchos en cantidad, cada observatorio es distinto a los demás no sólo por sus objetivos, alcances y actividades particulares, sino por el específico contexto en el que se desarrolla. Están los que actúan en ámbitos locales, regionales, nacionales e incluso internacionales; algunos funcionan como ONG’s, otros operan en red, otros pertenecen a organismos gubernamentales y también se encuentran los que funcionan en el marco de instituciones educativas”. (Fuente: Lapasini, Carina Paola, “Observatorio de políticas públicas de la Universidad Nacional de Villa María”, pág. 6).

del diseño ambiental, o CPTED, según sus siglas en inglés), y de “espacios defendibles” (*defensible spaces*, en inglés)¹⁴. Y no podemos dejar de mencionar aquí a las conductas antisociales, también conocidas como “incivilidades” o actos incívicos, que son comportamientos negativos -desconsiderados o desviados- de baja intensidad, que contribuyen a generar sensación de inseguridad¹⁵. Como ejemplos podemos citar las peleas entre vecinos y el consumo de alcohol en las calles, que entendemos podrían ser reducidos mediante un rediseño inteligente del entorno.

5. *Evaluar el impacto del uso de tecnología durante la nocturnidad*. Entran en este apartado la geolocalización, los sistemas biométricos con uso de inteligencia artificial, la videovigilancia nocturna con cámaras fijas y uso de drones, etc. Se presenta en este punto la cuestión de la recolección y procesamiento de datos para descifrar la noche versus los problemas relativos al derecho a la intimidad y protección de datos personales, que por razones de espacio no podemos desarrollar en detalle. Un dilema no solo legal sino también ético. Además de esto, es preciso tener en cuenta que para muchas legislaciones no es lo mismo el manejo de drones de día que de noche (por ejemplo en Estados Unidos¹⁶).

Este punto también es relevante para el caso de ciudades pequeñas pero esencialmente turísticas, ya que en estos casos hay economías nocturnas muy relevantes durante los meses de temporada y se produce un notable aumento de la conflictividad¹⁷.

¹⁴ Fuente: Hernando Sanz, Felipe, “La seguridad en las ciudades: el nuevo enfoque de la geoprevisión”

¹⁵ “El mecanismo causal que opera en este caso es que tales señales de incivilidad o de desorden social proyectan una situación generalizada y generalizable de falta de control, bajos niveles de cohesión social y descuido político, lo que a su vez provoca una mayor sensación de vulnerabilidad frente al delito, y finalmente se traduce en una mayor sensación de inseguridad”, en Vilalta, Carlos J., “Los determinantes de la percepción de inseguridad frente al delito en México”, pág. 9.

¹⁶ Ver <https://www.dronepilotgroundschool.com/fly-a-drone-at-night-faa-rules/#3>, consultado 11/07/2021.

¹⁷ Un tema recurrente es el de los conflictos que se generan alrededor de la seguridad privada en estas ciudades turísticas, ya que los vulgarmente llamados “patovicas” suelen ser muy violentos con los jóvenes. Y es común que en ciertos ámbitos convivan la seguridad pública con la privada, como ocurre en los destinos turísticos de la provincia de Buenos Aires con el despliegue masivo de policías del llamado “Operativo de Sol a Sol” (antes “Operativo Sol”).

6. *Analizar la posibilidad de instrumentación en las ciudades argentinas de los “Night Mayors” (“Alcaldes Nocturnos”).* Se trata de personas que son elegidas en las ciudades para servir como nexo entre las actividades nocturnas, los ciudadanos, y los gobiernos locales, cuyos orígenes se remontan a la década de 1970 en Holanda. Varias ciudades europeas¹⁸ cuentan en la actualidad con estos funcionarios, que han adquirido relevancia en la última década gracias al auge de la planificación y regulación específica de las actividades nocturnas. La primera experiencia en Latinoamérica fue en la ciudad de Cali, en Colombia (2016) y el puesto se denominó “Gerente de la Noche”¹⁹.

En este punto podría incluirse un tema que, por razones de espacio, no podemos desarrollar, pero que es importante mencionar: las eventuales interacciones de coordinación y cooperación que podrían generarse entre estos funcionarios y las fuerzas de seguridad, orientadas específicamente a la prevención.

7. *Evaluar la posibilidad de utilización de “nudges”²⁰ específicos para la nocturnidad basados en tecnología, como complementos de la regulación coercitiva.*

Hay un ejemplo interesante en la ciudad de Eindhoven, Holanda:

“Mediante la recolección y procesamiento de información en tiempo real, y confiando en los análisis de comportamiento, esta Smart City trató de influenciar en los comportamientos individuales mediante la alteración de la intensidad y el color del alumbrado público (Hoogeveen y otros, 2018). Los sensores de IoT ajustaban las luces de acuerdo a la predicción del estado anímico de los peatones, a los fines de calmarlos o de que tomaran caminos alternativos...El ejemplo de Stratumseind²¹ (calle de bares en Eindhoven) es un ejemplo del uso de la tecnología inteligente para influir en el com-

¹⁸ Entre otras: Londres, París, Toulouse, Amsterdam, Groningen y Zurich.

¹⁹ Fuente: Seijas, Andreina, “4 razones por las que Cali ahora tiene un Gerente de la Noche”.

²⁰ El término “nudge” corresponde a Richard Thaler, Premio Nobel de Economía, y puede traducirse como “un pequeño empujón” (tal el título del libro que escribió en 2008 junto a Cass Sunstein). Se trata de estrategias que buscan promover modificaciones de conductas a nivel masivo, con bajo costo, y en períodos de tiempo cortos, basadas en cambios en el contexto de elección de los individuos.

²¹ Conocida como la “Data Street” (“Calle de los Datos”) de Eindhoven, por ser una suerte de laboratorio viviente, al haberse acordado con vecinos y dueños de bares y cervecerías la instalación de una variada gama de tecnología para la recolección de datos, que incluyen hasta cámaras con reconocimiento de sonidos. *Cita agregada* (Fuente: <https://innovationorigins.com/en/stratumseind-eindhoven-data-street/>, consultado 18/07/2021).

portamiento en las ciudades inteligentes. Esta calle está llena de rastreadores de wi-fi²², cámaras, micrófonos que pueden detectar comportamientos agresivos, y alumbrado público inteligente que puede cambiar la intensidad lumínica para aquietar a las personas. La ciudad también planea esparcir fragancias relajantes para modificar el estado de ánimo de gente que potencialmente podría generar altercados luego de una salida nocturna²³.

Es importante tener en cuenta que, si se trata de *nudges* basados en algoritmos, estaríamos frente al dilema mencionado en el ítem 5, además de los posibles cuestionamientos por afectación de la autonomía individual, al tratarse de *nudges* basados en datos (*data driven*).

8. *Diseñar una estrategia de comunicación institucional integral y clara sobre las políticas de nocturnidad en cuanto a sus fundamentos y alcances*, en el sentido de comunicar *eficazmente* la eventual “diferencia regulatoria” del día y la noche.

Por razones de espacio solo se ha hecho un breve análisis de cada tema, pero es importante resaltar que, para entender hacia dónde apuntar los focos de análisis en materia de regulación de la nocturnidad, es importante considerarlos a todos en profundidad.

IV. Reflexiones finales.

La idea central de este trabajo es que, en las ciudades modernas de 24 horas, la noche es un ámbito temporal que merece atención, estudio específico y regulaciones especiales, lo cual permitiría una mejor gestión de la nocturnidad, aprovechando todo su potencial. Luego, cabría preguntarse qué espacios de discusión y análisis podrían crearse, quiénes deberían ser convocados/as para integrarlos, y también indagar cuán dispuestos estarían los decisores políticos a asumir riesgos, cuán propensos serían al cambio y a la innovación, en una propuesta como esta. Es importante tener en cuenta que una propuesta de estas características implica invertir dinero y, en el contexto actual, cualquier ampliación de la estructura estatal genera en principio más rechazos que adhesiones.

²² Permiten rastrear e identificar lo que se denomina *Mac Address*, que es la numeración única y exclusiva que poseen las computadoras, *smartphones*, *tablets* o *notebooks*, y es lo que deja nuestros “rastros” en la red. *Cita agregada*.

²³ Ranchordás, Sofía, “Nudging citizens through technology in smart cities”, p. 265. *La traducción es propia*

Aun así, creemos que, si es adecuadamente presentada y argumentada, puede sumar adhesiones, al acarrear enormes beneficios para gestionar la conflictividad nocturna, revalorizar la noche en todas sus dimensiones, convertirla en un espacio temporal seguro e inclusivo y en una potencial fuente de empleo e ingresos.

Por otra parte, entendemos que, en cuestiones regulatorias, es recomendable evitar por todos los medios la autocomplacencia: creer que todo lo que hicimos y hacemos ya es lo suficientemente bueno, ya que cerramos la posibilidad de registrar, evaluar, detectar debilidades y proponer alternativas superadoras (en el caso puntual de este trabajo, la alternativa superadora sería la regulación específica e integral de las cuestiones de nocturnidad). Un objetivo (¿el objetivo?) ineludible de cualquier política o regulación destinada a *mejorar la convivencia ciudadana*, debería ser el de *mejorar la calidad de vida de las personas*, y esta propuesta se orienta en esa dirección. Es por ello que consideramos que las encuestas en materia de seguridad ciudadana deberían apuntar a preguntar a la gente si “vive mejor”, y no solamente a si “se sienten más seguros/as”, entendiendo a ese *vivir mejor* como algo que puede sostenerse durante las veinticuatro horas, tanto dentro de cada hogar como en cualquier espacio público.

En definitiva: creemos que “darle una chance a la noche” y regularla específicamente es una situación en la que el conjunto de la sociedad gana. Después de todo, tal vez no estuvo tan errado Goethe²⁴ cuando dijo: “La noche es la mitad de la vida y la mejor mitad”. Y bien podríamos decirle a Frank Sinatra que hoy New York no es la única “ciudad que nunca duerme”.

V. Bibliografía.

Hernando Sanz, Felipe, “La seguridad en las ciudades: el nuevo enfoque de la geoprevención”, en *Scripta Nova*, Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, editada por la Universidad de Barcelona, vol. XII, N° 270 (14), agosto 2008, en <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-270/sn-270-14.htm>, consultado 23/07/2021.

Lapasini, Carina Paola, “Observatorio de políticas públicas de la Universidad Nacional de Villa María”, Universidad Católica de Córdoba, 2015, 95 páginas, en http://pa.bibdigital.uccor.edu.ar/718/1/TM_Lapasini.pdf, consultado 22/07/2021.

²⁴ Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832) fue un poeta, novelista, dramaturgo y científico alemán.

- Lechner, Milton, “Tecnologías aplicadas a la seguridad ciudadana: desafíos para la justicia transicional ante nuevos mecanismos de control social”, 2016, en <http://revistadivulgatio.web.unq.edu.ar/entradas-ejemplares/tecnologias-aplicadas-a-la-seguridad-ciudadana-desafios-para-la-justicia-transicional-ante-nuevos-mecanismos-de-control-social/>, consultado 23/07/2021.
- Ranchordás, Sofia, “Nudging citizens through technology in smart cities”, en *International Review of Law, Computers & Technology*, volumen 34, tomo 3, 2020, pp. 254-276, disponible en <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1590928>, consultado 18/07/2021.
- Seijas, Andreina, “4 razones por las que Cali ahora tiene un Gerente de la Noche”, en <https://blogs.iadb.org/ciudades-sostenibles/es/cali-2/>, consultado 12/07/2021.
- Seijas, Andreina, “¿Ciudades 24 horas? 5 razones para promover la economía nocturna?”, 2014, en <https://blogs.iadb.org/ciudades-sostenibles/es/economia-nocturna/>, consultado 22/05/2021.
- Seijas, Andreina Y Gelders, Mirik, “Governing the night-time city: The rise of night mayors as a new form of urban governance after dark”, 2019, en <https://dash.harvard.edu/handle/1/41940997>, consultado 12/07/2021.
- Vilalta, Carlos J., “Los determinantes de la percepción de inseguridad frente al delito en México”, IDB working paper series, 2012, 64 páginas, disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Los-determinantes-de-la-percepci%C3%B3n-de-inseguridad-frente-al-delito-en-M%C3%A9xico.pdf>, consultado 23/07/2021.

SEPARATISMO Y REIVINDICACIÓN TERRITORIAL: EL PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACIÓN COMO ARGUMENTO DE LAS DISTINTAS PARTES EN CONFLICTO.

SEPARATISM AND TERRITORIAL CLAIM: THE PRINCIPLE OF SELF-DETERMINATION AS ARGUMENT OF THE DIFFERENT PARTIES IN CONFLICT.

Federico D. Arrué*
Marcos G. Fernandez Peña**

***Sumario:** I. Introducción y esquema del trabajo. II. El fenómeno del separatismo. II.1. Clasificación según su finalidad última. III. Los conflictos territoriales entre Estados soberanos. IV. El problema del tercer actor: movimiento de separatismo independentista en paralelo a conflicto territorial. V. El argumento ambiguo: principio de libre determinación de los pueblos. Origen y desarrollo. VI. Los límites difusos de la titularidad del principio de autodeterminación. VII. Los argumentos de las partes en conflictos. VIII. Una propuesta clarificadora. VIII.1. Inexistencia del derecho de autodeterminación. VIII.2. Problemas subsistentes. IX. Problemas de la configuración parcial de las excepciones. X. La propuesta de concordia. XI. Palabras finales. XII. Bibliografía.*

Resumen

La importancia que reviste el derecho a la libre determinación de los pueblos como herramienta para el respeto a los Derechos Humanos es directamente proporcional a la vaguedad con que éste ha sido formulado. Como consecuencia, ha quedado sujeto a la manipulación tanto por parte de Estados como de movimientos políticos para utilizarlo como herramienta argumentativa funcio-

* Abogado, Especialista en Derecho Penal y Magister en Derecho. Docente de las cátedras de Filosofía del Derecho y Ciencias Políticas en la carrera de Abogacía en la Universidad Nacional del Sur. Investigador. Secretario del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

** Abogado y maestrando en Políticas y Estrategias. Becario investigador en la Universidad Nacional del Sur. Miembro del P.G.I. en el marco de la Universidad Nacional del Sur "Guerra, paz y derechos humanos interpelados desde la Ciencia Política y la Sociología. Un abordaje trans-disciplinar" dirigido por el Dr. Caludio Gallegos.

nal a sus intereses particulares y no como instrumento de respeto a los Derechos Humanos. En este trabajo, a través de la exposición de algunos ejemplos históricos y fallos jurisprudenciales, pretendemos exponer cómo el principio de libre determinación de los pueblos puede ser esgrimido como fundamento de movimientos separatistas y contribuir al conflicto territorial entre Estados. También nos propondremos dar cuenta de la noble, pero compleja, propuesta de solución de consenso.

Palabras Clave: Derecho Internacional – Libre determinación – Conflicto territorial – Separatismo – Pueblo.

Abstract

The importance of the right to self-determination of peoples as a tool to respect Human Rights is directly proportional to the vagueness with which it has been formulated. As a consequence, it has been subject to manipulation by both States and political movements to use it as an argumentative tool functional to their particular interests and not as an instrument of respect for Human Rights. In this work, through the exposition of some historical examples and jurisprudential rulings, we will try to expose how the principle of self-determination of peoples can be used as the foundation of separatist movements and contribute to the territorial conflict between States. We will also propose to account for the noble, but complex, consensus solution proposal.

Key Words: International Law – Self Determination – Territorial conflict – Separatism – People.

1. Introducción y esquema del trabajo.

Es innegable la importancia que reviste el principio de la libre determinación (o derecho a la autodeterminación) de los pueblos como condición necesaria para el respeto a los Derechos Humanos. Sin embargo, esta misma relevancia –así como también la vaguedad de los términos en que fue formulado–, ha traído como consecuencia que éste fuera –y sea– manipulado tanto por Estados como por movimientos políticos para que sea funcional a sus intereses particulares y no al respeto de los Derechos Humanos en general.

Así, el referido principio puede funcionar como fundamento jurídico de las partes implicadas en un conflicto separatista y también en un conflicto territo-

rial entre Estados soberanos. Asimismo, cuando estos dos fenómenos coinciden, se constituye como elemento de primer orden en la disputa conformada, la cual puede, incluso, ser de tipo triangular.

En este breve trabajo procuraremos, en primer lugar, conceptualizar sucintamente el fenómeno del separatismo y cómo este incide en los conflictos territoriales entre Estados. Con posterioridad, reseñaremos las principales aristas del mencionado principio de libre determinación de los pueblos y expondremos cómo éste puede ser esgrimido para fundamentar posiciones opuestas.

En tercer término, propondremos algunas pautas para intentar clarificar los alcances del principio, de acuerdo a las posturas expuestas por la doctrina y la jurisprudencia pertinentes. Daremos cuenta también de la noble –aunque compleja– propuesta de solución de consenso. Por último, cerraremos con unas palabras finales.

II. El fenómeno del separatismo.

Tanto en el ámbito profano como en el de la doctrina jurídico política existe un importante consenso respecto de la esencia de la noción de separatismo. Por este motivo, es posible que afirmemos -sin riesgo de ser controvertidos- que por separatismo se entiende en general *una tendencia, un proyecto, un ideal o movimiento que tiene como meta conseguir que una determinada porción territorial y poblacional de un Estado soberano, se desvincule de éste; es decir, deje de estar sometido a su soberanía.*

A este concepto, formulado en estas palabras o en otras que recojan la misma idea, pueden agregársele como complemento cuestiones tales como los motivos de la tendencia, o la situación jurídico-política o social del territorio y población que se busca separar.¹

Por nuestra parte, preferimos utilizar una noción nuclear de *separatismo* tal como la que enunciamos, para luego tratar como variantes de ésta cuestiones

¹ Para Bobbio, en un sentido histórico-político, el término indica la tendencia de un grupo social o nacional, incluido en una estructura estatal más amplia, a apartarse, reivindicando la propia y completa independencia política y económica. Bobbio, Norberto y otros (Directores), *Diccionario de Política*, I-z, Siglo XXI Editores, Ciudad de México, 1997, p. 1440.

Por otra parte, Osorio, define al separatismo como un “Sentimiento en pro de la independencia de un territorio con respecto a su metrópoli o con ruptura de la unidad nacional previa”. Osorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 2006, p. 886.

como las antes enunciadas. Asimismo, en este trabajo utilizaremos *separatismo* y *secesionismo*² como sinónimos.

II.1. Clasificación según su finalidad última.

El separatismo puede ser clasificado según diversos criterios, tales como su extensión por uno o por más Estados soberanos, el motivo preeminente de la tendencia -social, político o económico-, los medios utilizados para procurar sus fines, o el estatus del territorio que pretende separar.

Sin embargo, aquí nos detendremos únicamente en la distinción de los diversos fenómenos separatistas en razón de su objetivo último. Desde este punto de vista, podemos diferenciar el separatismo que busca como meta definitiva la independencia de un territorio determinado de aquél que pretende la incorporación -unión- de un territorio a otro Estado ya existente.³

El primer caso lo llamamos *separatismo-independentista* o *independentismo*, pues el territorio escindido brega por adquirir y conservar soberanía indefinidamente.⁴

El segundo caso lo denominamos *separatismo-unionista*, pues su meta última es la unión a otro Estado ya existente. Se busca, entonces, un reajuste de fronteras. De aquí que el *separatismo-unionista* se corresponda, en general, con una reivindicación territorial de un Estado soberano a otro y que por esto mismo se vea ayudado, al menos en alguna medida, en su política por el Estado que reclama la incorporación del territorio secesionista.⁵

Puede que el ajuste de fronteras se consiga en un solo acto, con el traspaso del territorio de un Estado soberano a otro Estado soberano. En este proceso, la

² El Diccionario define “secesionismo” como “tendencia u opinión favorable a la secesión política”. Y a esta última, en su primera acepción, como “acto de separarse de una nación parte de su pueblo y territorio”. *Diccionario de la Real Academia Española*, vigesimosegunda edición.

³ Es interesante señalar que la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española recoge esta distinción al definir “separatismo” como “Doctrina política que propugna la separación de algún territorio para alcanzar la independencia o anexionarse a otro país” *ibid*.

⁴ Tal como el separatismo de Québec (Canadá), el escocés (Reino Unido) o el País Vasco (España y Francia).

⁵ Tal como el separatismo norirlandés (Reino Unido) que aspira a unir Irlanda del Norte con Irlanda, o el separatismo de Cachemira (India) que, mayoritariamente, brega por unir este territorio a Pakistán. Podemos citar también el separatismo de Donetsk y de Lugansk (Ucrania) que aspira a unir el referido territorio a Rusia, de modo análogo a como el separatismo de Crimea -incluyendo la ciudad de Sebastopol- logró dicho objetivo.

independencia de ese territorio y de la población que lo habita no llega a ser una opción.⁶

Sin embargo, puede ocurrir también que en un *separatismo-unionista* el territorio escindido consiga o pretenda conseguir la independencia y, en un segundo momento, ese nuevo Estado soberano creado se fusione con el otro Estado ya existente. Aquí habrá dos procesos diferenciados, separación y unión, pero ligados por un ideal existente *ab initio*.⁷

En general, el *separatismo-unionista* tiene una fuerte relación con la identidad nacional del pueblo que lo pretende. Ese pueblo entiende que los límites entre las naciones y los Estados no se condicen, y que por lo tanto deben ser reajustados de modo tal que su territorio se una en términos políticos con el de aquél Estado con el que comparte vínculos nacionales.⁸

En este contexto, desde el punto de vista del Estado que suele reivindicar el territorio y la población separatista, el proyecto se plantea como un *irreden-*

⁶ Por ejemplo, los Sudetes checoslovacos, alentados por la Alemania nazi y gracias a las presiones de ésta –que amenazó a Checoslovaquia con la guerra–, consiguieron separarse del Estado en el que se inscribían y ser traspasados al Reich (1938). En una situación completamente diferente, se ubica el Tratado de Ancón de 1883 entre Chile y Perú. Chile había arrebatado a Perú las provincias de Tacna y Arica, y se acordó que las gobernaría diez años, luego de los cuales la población decidiría si seguía siendo parte de Chile o si volvía al Perú. Quienes promovían la segunda opción podían considerarse separatistas-unionistas, y la unión sería un traspaso directo. El referendun nunca tuvo lugar.

⁷ Es por eso que, en este segundo caso, el separatismo seguirá siendo *unionista*. La consecución de soberanía será simplemente un medio y una situación provisoria para lograr que el territorio separatista pase de un Estado a otro. Una vez obtenida, la soberanía se enajenará para fundirse con la del Estado al que el territorio escindido será incorporado. Claro está que, por distintas causas, este segundo paso puede demorarse temporal o indefinidamente, y en este caso existirán dos Estados soberanos que tanteen sus posibilidades de fusión. Ejemplos de movimientos *separatistas-unionistas* que han conseguido su propósito en dos pasos son el estado mejicano de Texas y el de Crimea y Sebastopol. Texas se escindió de México para convertirse en república independiente (1836) y luego se incorporó a los Estados Unidos (1845). Buena parte de los independentistas que se escindieron de México en 1836 eran colonos anglosajones que vislumbraban la futura unión a los Estados Unidos.

Crimea y Sebastopol, separados de Ucrania, fueron aceptados como parte de Rusia en 2014.

⁸ Por este motivo, el *separatismo-unionista* es habitualmente un separatismo de corte nacionalista, que resalta la diferencia nacional de la población a escindir en relación a la del resto del Estado en la que actualmente se encuentra. Un caso particular de *separatismo unionista* se presenta, por ejemplo, en la región georgiana de Osetia del Sur, en la cual la tendencia separatista busca en última instancia su separación de Georgia para fusionarse a la Federación Rusa. Sin embargo, su vínculo nacional se extiende, no hacia toda la Federación, sino hacia una de las repúblicas que la integra: Osetia del Norte.

tismo: un ideal a cumplir en favor de individuos y territorio que corresponde “liberar” y atraer al seno del Estado que los representa como nación.

III. Los conflictos territoriales entre Estados soberanos

Un conflicto territorial entre dos Estados soberanos es una disputa que versa sobre a quién corresponde ejercer soberanía sobre un territorio determinado y, por consiguiente, sobre la población asentada en él -de existir-.

En general, se está ante un Estado que ejerce el control de facto y ante un segundo Estado que reclama el traspaso de dicho control, aunque, en algunos ejemplos puntuales, qué Estado ejerce el control efectivo de un territorio puede no ser claro, por ejemplo, por estar dicho territorio deshabitado o ser inhóspito.

En algunos casos, una reivindicación territorial coincide en su objetivo con un *separatismo-unionista* en el Estado cuyo territorio en parte se reivindica, según antes se indicó. La reivindicación se plantea desde fuera y el *separatismo-unionista* dentro de dicho Estado.

Pero, en otros casos, la reivindicación territorial no tiene una correspondencia desde dentro del territorio que es reivindicado. Es decir, no existe allí un movimiento que busque la separación de dicho Estado para su incorporación al reclamante. Ya sea porque la gran mayoría de la población se encuentra satisfecha de su situación actual, o bien porque en el territorio reclamado no existe población efectiva.⁹

⁹ Nos bastarán algunos ejemplos españoles: Marruecos reclama a España Ceuta y Melilla, y en ninguna de las ciudades autónomas existe un movimiento separatista digno de tal nombre que quiera incorporarlas a Marruecos.

En el mismo sentido, Portugal reclama a España la ciudad extremeña de Olivenza, y su reclamo no es correspondido por una tendencia *separatista-unionista* desde ella. España reclama a Portugal las Islas Salvajes –situadas entre las Canarias y las Madeiras-, y allí no existe población estable susceptible de emprender separatismo alguno.

Asimismo, en algunos casos, la reivindicación territorial de un Estado sobre otro no busca cercenar territorialmente a otro Estado sino hacer que éste deje de existir como Estado soberano, pues pretende incorporarlo totalmente. Si existe en éste último un movimiento en pro de dicha incorporación, ese movimiento no podría denominarse *separatismo-unionista*, pues no busca separación alguna. Sería un movimiento sencillamente *unionista*, tendiente a una fusión de Estados.

IV. El problema del tercer actor: movimiento de separatismo independentista en paralelo a conflicto territorial.

Como se ha visto en los apartados anteriores, en el separatismo pueden identificarse dos intereses contrapuestos: el Estado soberano, que desea -en general- conservar su integridad territorial, y el movimiento separatista, que busca destruirla. En un conflicto territorial entre Estados soberanos también se está ante dos partes: cada uno de los Estados que reclaman el mismo territorio.

Asimismo, en el conflicto territorial que se corresponde con un *separatismo-unionista*, si bien los actores pueden ser identificados como tres (cada uno de los Estados y el movimiento separatista), los intereses son sólo dos, puesto que los de un Estado coinciden con los del separatismo.

La problemática se vuelve mayor, entonces, cuando a la par de un conflicto territorial se desarrolla un separatismo pero que no es de tipo *unionista* sino *independentista*. Aquí se está ante tres actores, cada uno de los cuales tiene un interés diferenciado. Un Estado busca mantener el territorio disputado bajo su control, otro busca incorporarlo al suyo propio y el separatismo brega por hacerlo independiente de uno y de otro Estado.

V. El argumento ambiguo: principio de libre determinación de los pueblos. Origen y desarrollo.

El origen del principio de la libre determinación (o autodeterminación) de los pueblos data de comienzos del siglo XX, sobre el final de la Primera Guerra Mundial, y estuvo ligado a los intereses geopolíticos y estratégicos de las potencias vencedoras del conflicto. Su primera formulación surgió a raíz del trabajo de una junta informal del Congreso de los Estados Unidos¹⁰ encargada de preparar la futura conferencia de paz –que luego pasó a la historia como la Conferencia de París- y la impronta personal del propio presidente norteamericano, Woodrow Wilson¹¹.

El resultado de este trabajo en conjunto fue plasmado en los famosos *Catorce Puntos* expuestos por Wilson ante el Congreso de su país el 8 de enero de 1918. En concreto, en el punto V, es posible observar el embrión del principio de la

¹⁰ Grupo de trabajo conocido como *The Inquiry* en inglés.

¹¹ Mamatey, Victor S., *The United States and Bulgaria in World War I*, American Slavic and East European Review, JSTOR 2491678, 1953, p.239.

libre determinación de los pueblos¹². En adición al apoyo norteamericano, el axioma también obtuvo el respaldo de la Unión Soviética, que veía en la libre determinación la herramienta para devolver al proletariado la soberanía usurpada en los Estados capitalistas por la clase dominante¹³.

En definitiva, estas primeras formulaciones del principio se vinculan a la idea romántica del *principio de las nacionalidades*, a partir de la cual a cada nación le corresponde el derecho a constituirse como Estado.

No obstante, a pesar del impulso de las dos potencias hegemónicas emergentes, los Estados europeos vencedores de la Gran Guerra aprovecharon la ausencia de aquellas en la fundación de la Sociedad de las Naciones para adaptar la interpretación de la libre determinación en función de sus propios intereses estratégicos.

Por este motivo, descartaron enunciarlo en forma expresa en el Pacto fundacional, con el fin de quitarle todo posible viso de normatividad u obligatoriedad jurídica. Además, reservaron su aplicación a los territorios de los imperios vencidos –principalmente el austrohúngaro y el otomano–, en los que propiciaron la creación de múltiples Estados¹⁴. Así, el Tratado de Versalles –que dio fin a la Primera Guerra Mundial–, estableció un mecanismo escalonado para la independencia de las colonias de los Estados vencidos, según su grado de desarrollo (art. 22).

En resumen, en sus primeras formulaciones, el principio no era considerado obligatorio para el organismo internacional más relevante en términos políticos ni para la mayoría de los Estados europeos que controlaban dicho organismo, pues no lo reconocían como *jurídico* sino meramente *político*.

¹² Cuando el presidente plantea el “Reajuste de las reclamaciones coloniales, de tal manera que los intereses de los pueblos merezcan igual consideración que las aspiraciones de los gobiernos, cuyo fundamento habrá de ser determinado” (Wilson, 1918).

¹³ Remiro Brotons, A. *Derecho Internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 165.

¹⁴ El carácter no jurídico que tenía el principio para la Sociedad de las Naciones y la importancia de haberlo excluido del Pacto quedó claro en el asunto de las Islas Aaland (Finlandia vs. Suecia), cuando el Consejo de la Sociedad de las Naciones sostuvo que “Aunque el principio de la libre determinación de los pueblos juega un papel importante en el pensamiento político moderno, especialmente desde la Gran Guerra, debe aclararse que no hay mención alguna de éste en el Pacto de la Sociedad de las Naciones. El reconocimiento de este principio en un cierto número de tratados internacionales no lo coloca al punto tal de ser considerado como una regla positiva del derecho internacional” (*League of Nations Official Journal*, 1920, p. 3).

El camino hacia el cambio de jerarquía del principio –de político hacia jurídico– comenzó con la Carta del Atlántico¹⁵. En esta declaración conjunta –suscrita por los Estados Unidos y el Reino Unido el 14 de agosto de 1941–, la idea de libertad de los pueblos vuelve a estar presente a partir del impulso del presidente Roosevelt y del Primer Ministro Churchill. Finalmente, la consagración del axioma a nivel multilateral se produce con su recepción en la Carta de Naciones Unidas, en los artículos 1.2 y 55.

A partir de este hito, que marcó el comienzo indubitable de la normatividad del principio, la labor de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) fue vital para robustecerlo. Este respaldo fue consecuencia de la ampliación del número de participantes de ésta a partir de inicios de la década de 1960, con la llegada de aquellos Estados surgidos de la descolonización.

A medida que los nuevos Estados ingresaban en las Naciones Unidas, se incorporaron al grupo de los que apoyaban el fin del fenómeno colonial y la normatividad del principio. En este contexto histórico surgieron las Resoluciones 1514 (XV), 1541 (XV) y 2625 (XXV) de la AGNU, que establecen los requisitos legales para la configuración del derecho a la autodeterminación.

La resolución 1514 de la Asamblea General de Naciones Unidas (1960) –cuyo detalle se verá *ut infra*– es llamada la “Carta Magna de la descolonización”, dado que establece, en su artículo 2, que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política”. No obstante, también señala en su artículo 6 que “*Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas*”.

Por su parte, la resolución 1541 une la idea de derecho de autodeterminación con *pueblo colonial*, pero introduce tácitamente la noción de *pueblo nacional* al señalar caracteres de éste último como un criterio para identificar a aquél primero.

Finalmente, la resolución 2625 (1970), señala que la libre determinación no sólo es un derecho de los pueblos, sino que constituye un deber de los Estados respetarla.¹⁶ Además, indica que las colonias no son parte del Estado –punto 6–, con lo cual éstos ya no pueden pretender que lo que ocurra en ellas es un

¹⁵ El art. 3 menciona “el derecho que tienen todos los pueblos de escoger la forma de gobierno bajo la cual quieren vivir”.

¹⁶ Conforme Pastore Ridruejo, J., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 256.

asunto interno.¹⁷ No obstante estas aclaraciones, reitera que el principio de autodeterminación no puede servir para quebrantar la unidad de un Estado, cuando en este impera la igualdad entre los individuos.

En suma, el desarrollo que ha tenido el principio desde la Conferencia de Wilson hasta llegar finalmente a las Naciones Unidas y sus Órganos, permite concluir que la comunidad internacional recepta en la actualidad que existe un derecho a la libre determinación política en cabeza de los pueblos.

Sin embargo, la complejidad para definir con precisión a este sujeto de derecho tan particular –los pueblos– y los escasos elementos que han brindado las normas internacionales para poder conceptualizarlo, han provocado múltiples controversias respecto de la legitimidad o ilegitimidad de los reclamos de ciertos grupos de personas que dicen pertenecer a tal categoría.

VI. Los límites difusos de la titularidad del principio de autodeterminación.

Respecto de las resoluciones de la AGNU, es indiscutible que la 1514 se centra en el proceso de descolonización, por lo que algunos autores han afirmado que su ámbito de aplicación solo abarca a los pueblos coloniales. En esta sintonía, Barboza sostiene que el derecho a la autodeterminación se refiere sólo a los pueblos coloniales, y por esta razón postula que éste cesará de tener aplicación cuando la descolonización se haya completado.¹⁸

No obstante, es importante recordar que el punto 2 de la Resolución 1514, cita el derecho que poseen “todos los pueblos”, y el punto 4, reafirma el respeto a la integridad de su territorio nacional. De este modo, la cuestión se vuelve bastante más compleja y la conclusión a la que arriba Barboza puede ser discutida.

¹⁷ En relación a la conjunción de los principios de libre determinación y de integridad territorial, se ha dicho que existe “un considerable esfuerzo teórico para evitar la contradicción entre ambos principios, explotando la noción de soberanía virtual del pueblo colonial. La libre determinación sería el motor para hacer esa soberanía real, actual. Despojado así del escudo legitimador de la soberanía, el Estado metropolitano se transforma en ocupante coactivo de un territorio que no es suyo, con las consecuencias que esto comporta” Remiro Brotons, A., *op. cit.*, p. 169.

¹⁸ Conforme Barboza, J., *Derecho Internacional Público*, Zavalia, Buenos Aires, 2001, p. 291. Y continúa el autor: “Es claro que el principio de libre determinación de los pueblos se refiere a los de las colonias, no a minorías secesionistas dentro del territorio de un Estado. Extraordinario sería que, en vista de tan temible amenaza a la estabilidad y a la integridad territorial estatales, fuera el principio aceptado en un orden jurídico en cuya formación intervienen decisivamente los Estados”.

Así, Pastore Ridruejo sostiene que por “pueblo” no sólo debe entenderse pueblo colonial, sino también cualquier otra clase de pueblo. Sin embargo, aclara que esto no habilita a la secesión de los pueblos que conforman un Estado soberano, dadas las cláusulas específicas de integridad territorial que contienen las citadas resoluciones.¹⁹ Por otra parte, en una posición ecléctica –y un tanto confusa–, Remiro Brotóns señala que, fundamentalmente, “pueblo” es el de un Estado soberano. Los Estados son los que escogen su destino.²⁰

En cuanto a la resolución 2625, como ya vimos, repite la expresión de reconocimiento del derecho de autodeterminación de “todos los pueblos”, sin dar pauta de interpretación alguna. Por su parte, la resolución 2131 de 1965 agrega su propia cuota de confusión al declarar en el punto 6 que “todo Estado debe respetar el derecho de libre determinación e independencia de los pueblos y naciones”.²¹

Sin perjuicio de estas opiniones, no debe ignorarse que, aunque la resolución 1541 une la idea de derecho de autodeterminación con pueblo colonial, introduce tácitamente la noción de pueblo nacional, al señalar caracteres de éste último como un criterio para identificar a aquél primero.

Dicha resolución indica que, para identificar una colonia como tal, hay que atender al punto de vista geográfico y étnico o cultural. Luego dice la norma que se pueden tener en cuenta otros elementos, entre otros, “*de carácter administrativo, político, económico o histórico*” (Punto V).

Estas pautas interpretativas arrojan como resultado que es evidente que existen muchos *casos fáciles*, esto es, diversas circunstancias en las que es sencillo identificar que existe una situación colonial. Esos casos son aquellos en los cuales se manifiesta una discontinuidad geográfica acusada y una distinción étnica, lingüística y religiosa respecto de la metrópoli, así como también un sistema jurídico tal que plasma un estado de subordinación difícil de negar.

¹⁹ Pastore Ridruejo, J., *op. cit.*, p. 257.

²⁰ Remiro Brotóns, A., *op. cit.*, p. 166.

²¹ El término *pueblo* es también mencionado y no definido, por ejemplo, en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966): “Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación” –art. 1–; y en el punto VIII del *Decálogo del acta final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa (Acta de Helsinki)* de 1975: “todos los pueblos tienen siempre el derecho, con plena libertad, a determinar cuándo y cómo lo deseen, su condición política interna y externa”. Por su parte, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (2007), sin definir qué es un pueblo, deja en claro que los indígenas conforman “pueblos”.

Sin embargo, una vez descartados estos “casos fáciles”, surgen varios interrogantes respecto de qué puede considerarse como “pueblo colonial”.

El principal punto de distinción que establece la norma para dar una respuesta en torno a tal calificación es, como se ha visto, bifronte: situación geográfica y situación étnica y cultural. A partir de esa diferenciación, es posible realizar, a su vez, dos interpretaciones alternativas: una es entender que estas realidades deben darse de manera conjunta. La otra opción sería sostener que basta con que se dé una de ellas para que se esté frente a una colonia con derecho de decidir su futuro.

Si se utiliza una interpretación estrictamente gramatical, la primera opción parece la correcta, dado que la resolución utiliza la conjunción “y”. Sin embargo, esto produce, al menos, dos inconvenientes.

Por un lado, se señala como necesario que los territorios a los cuales se aplica el derecho deben estar separados geográficamente del país que lo administra, pero al mismo tiempo se recepta el principio conocido como “*del agua salada*”, que da lugar a que el Derecho Internacional establezca soluciones absurdas. Se niega así el derecho a autodeterminación a pueblos nacionales avasallados por otros que tienen con ellos continuidad territorial²².

Por otra parte, la necesidad de la existencia de los aspectos étnicos y culturales -que sin mucha distorsión pueden asimilarse a aspectos “nacionales”-, quita derecho a decidir a poblaciones geográficamente muy aisladas pero que difícilmente pueden ser consideradas diferentes a sus metrópolis²³.

Si por el contrario se entiende que basta con que se dé una de las dos condiciones -territorial o nacional- para que un territorio sea una colonia, se elimina en cada caso uno de los citados problemas, pero se maximiza el otro. Es decir, la consecuencia que produce esta alternativa es que se deberá fijar de manera

²² El principio del agua salada, también denominado “*Blue Water Principle*”, fue la condición impuesta por la U.R.S.S. para apoyar el proceso de descolonización. Esta estrategia -no considerar como territorios dependientes a territorios geográficamente contiguos- permitió a la U.R.S.S. dejar fuera del debate a territorios como Uzbekistán, Armenia, Kirguistán, etc. a los que, de aplicárseles la mencionada resolución sin el matiz de la separación geográfica, difícilmente podía negárseles el carácter de territorios coloniales.

²³ El caso de las Islas Malvinas es un ejemplo de esto. A pesar de los millones de kilómetros que separan las islas del Reino Unido, los habitantes de éstas son étnica y culturalmente británicos. Esto se debe a la política demográfica que ha impulsado Gran Bretaña en las Islas desde su usurpación. Los motivos por los cuales no poseen esos isleños el derecho a autodeterminarse serán especificados *ut infra*.

más estricta en qué medida debe darse el aspecto que se considera condición suficiente para hablar de colonia.

Por un lado, se debe determinar cuál es la distinción o la distancia geográfica necesaria.²⁴ Y, por otro, es preciso establecer de forma casi maniquea a qué pueblos corresponde denominar *nación* y a cuáles no.²⁵

El punto secundario de distinción que ofrece la referida resolución tampoco contribuye a clarificar el debate, sino que más bien es generador de mayor confusión. En efecto, éste señala que, si se determina que se trata de un territorio distinto en atención a geografía, y a etnia y cultura, *se pueden tener en cuenta otros elementos*, que seguidamente detalla²⁶. En el resaltado es posible apreciar el talón de Aquiles de este punto: no especifica de qué depende que se tengan en cuenta o no esos otros elementos.

VII. Los argumentos de las partes en conflictos

En el marco del fenómeno separatista, los movimientos separatistas argumentarán que existe un derecho a la libre determinación en el territorio a segregar ya que, o se está ante una situación colonial o bien se está ante una nación diferenciada –por lo que sostendrán que este derecho corresponde también a los pueblos nacionales-. Lo primero es lo que argumenta, por ejemplo, parte del separatismo puertorriqueño frente a los Estados Unidos y lo último parte del separatismo catalán o vasco, frente a España y Francia respectivamente.

El Estado que se resista a la separación negará tal derecho. Desde su perspectiva, no se estará ante una situación colonial ni se estará tampoco ante una nación diferenciada, o bien, incluso reconociendo esto último, no admitirá que de ello se siga el derecho a la autodeterminación.

Por otra parte, en el marco de una reivindicación territorial, el Estado que cuente con la voluntad popular mayoritaria en el territorio en disputa para su reclamo, puede argumentar que a dicho territorio le asiste derecho de autodeterminación, ya sea por estar en situación de colonia y/o por ser una nación

²⁴ Por ejemplo, un criterio amplio en cuanto a distinción territorial puede llevar a aceptar el derecho de decidir de las Islas Canarias –España-, o de Tasmania –Australia-. Ambos territorios, similares, –si no iguales– en el aspecto nacional a los territorios principales de dichos Estados.

²⁵ Por razones de espacio, en este complejo asunto nos limitaremos a remitir a lo expuesto en Arrué, Federico D., “Luces y sombras del término ‘nación’”, en *Revista de Derecho UNS*, Año 1, Número 1, Ediuns, Bahía Blanca, 2012, pp. 11 a 22.

²⁶ La norma los describe como de carácter administrativo, político, económico o histórico.

diferenciada en sí misma y tener las naciones tal derecho. Este es el argumento, por ejemplo, del Reino Unido en relación a Malvinas²⁷ o Gibraltar²⁸. El otro Estado negará tal derecho, tal como si se tratara de una pretensión separatista.

Asimismo, en una disputa territorial, cada Estado puede argumentar que constituye una única nación con el territorio en conflicto y que, por tanto, si el derecho de autodeterminación corresponde también a las naciones, en el caso le corresponde al conjunto -esto es, al Estado junto al territorio en disputa- con lo cual la mayoría democrática a su favor se encontraría en principio asegurada. Esto argumenta, por ejemplo, parte del sector irlandés que reivindica la reunificación de Irlanda -puesto que Irlanda del Norte es parte del Reino Unido-.

Si se superponen las problemáticas separatistas y de reivindicación territorial, cada parte buscará adaptar los hechos y el derecho según su conveniencia, de conformidad con los argumentos antes mencionados.

²⁷ En 1764 se estableció en las Islas una población francesa, pero dos años más tarde Francia reconoció el dominio español sobre el territorio, que lo administró como una gobernación dependiente de la de Buenos Aires -transformada aquélla en comandancia al crearse el Virreinato del Río de la Plata en 1776-.

España también consiguió que los ingleses desalojaran su asentamiento en las islas. Pero, dado sus propios conflictos en Europa y el de las colonias americanas, evacuó Malvinas en 1811, no sin dejar constancia que las islas eran de su propiedad.

El gobierno argentino, como sucesor de España, las ocupó en 1820, pero fue desalojado por Inglaterra en 1833. Durante los siglos XIX y XX, Argentina realizó distintos reclamos sobre el territorio. En 1982 intentó infructuosamente recuperarlo por las armas. Dados los reclamos argentinos ante las Naciones Unidas, desde el inicio de esta organización, las resoluciones de Asamblea General 2065 y 3160 -entre otras- llaman a negociar a Argentina y al Reino Unido, respetando el interés de los habitantes de Malvinas.

²⁸ En 1462 el peñón fue reconquistado definitivamente por tropas castellanas, pasando a la Corona en 1502. El Reino Unido lo ocupó en 1704, en el marco de la Guerra de la Sucesión Española. Por el tratado de Utrecht -que puso fin a dicha guerra-, España lo cedió a perpetuidad, pero sin jurisdicción marítima, y con opción de recobrarlo si dejaba de ser británico. Paulatinamente, el Reino Unido extendió sus dominios al istmo que conecta el peñón con la península Ibérica. España intentó sin éxito tomar el territorio por las armas durante el siglo XVIII. Creadas las Naciones Unidas, España acudió al Organismo Internacional, que dictó las resoluciones 2231 y 2353, en las que instó a España y al Reino Unido a entablar negociaciones para poner fin a la situación colonial, respetando los intereses de los gibraltareños.

VIII. Una propuesta clarificadora.

VIII.1. Inexistencia del derecho a la autodeterminación.

Doctrinariamente, se ha sostenido que existen tres situaciones en las cuales una colonia no tiene derecho de autodeterminación.²⁹ Si se entiende que tal derecho asiste también a los pueblos nacionales, éstos tendrían la misma limitación.

Estas situaciones pueden darse individual o conjuntamente. Veremos a continuación las diversas posibilidades:

a. Cuando el territorio colonial, al momento de ser colonizado, no tenía población o su población originaria fue desplazada.

Remiro Brotons señala que

El derecho de autodeterminación no se extiende, según la práctica de NU, a las poblaciones sobrevenidas en territorios no autónomos que al producirse el hecho colonial carecían de población autóctona, caso de las islas Malvinas (prácticamente deshabitadas) o del Peñón de Gibraltar (cuya población abandonó mayoritariamente la plaza, con sus autoridades municipales al frente). Según los países reclamantes de las islas (Argentina) y del Peñón (España) cabe tener en cuenta los intereses de esta población, pero reconocerles la titularidad del derecho de autodeterminación iría contra los principios y objetivos del proceso de descolonización, pues la voluntad de poblaciones importadas, llegadas al rebufo de los colonialistas, no haría sino confirmar y consolidar las consecuencias del entuerto que se trataba de enmendar. Las resoluciones de la AG endosaron, a partir de 1965, la tesis argentina y española, no la de Gran Bretaña según la cual allí donde hay un territorio no autónomo hay una población con derecho a determinar libremente su destino...³⁰

En estos casos, se dice que la población de la colonia fue “trasplantada” de la metrópoli. Como consta en la cita, ejemplos claros de esta situación son la colonia de Malvinas³¹ –reivindicada por la Argentina–, y la de Gibraltar–reivindicada por España–.

²⁹ Seguiremos la enumeración realizada por Remiro Brotóns, A., op. cit., pp. 177 y 178.

³⁰ *Ibid.*, p. 177.

³¹ Dicen Hooft y Farinella: “Si el derecho a la autodeterminación, existe a favor de los “pueblos”, subyugados por las situaciones coloniales, se advierte que no es el caso de Malvinas. Porque los

Un problema similar plantea la situación de los Altos del Golán³², en el marco del complejo conflicto árabe-israelí, y la del norte de la isla de Chipre³³.

“kelpers”, no son un pueblo, en sentido sociológico-político, desde que carecen de identidad, tradiciones, lengua, cultura, diferenciable de la que pueda corresponder al pueblo británico...”- Hoof, Eduardo y Farinella, Favio, *Los nuevos temas de la Aldea Global*, Club del Libro, Mar del Plata, 1998, p. 196. Es claro que la población que actualmente habita las Malvinas no es un pueblo nativo de ellas y ni siquiera puede configurarse como el descendiente de los primeros colonos en llegar a ellas. Más aún, desde 1983, fecha en la que el Parlamento inglés otorgó la nacionalidad británica a los nacidos en las Malvinas a través de la *British Nationality Falkland Islands Act*, los habitantes de Malvinas, no sólo son étnica y culturalmente británicos sino, también, jurídicamente británicos (*British Nationality Falkland Islands Act*, 1983, chapter 6, point 1). La interpretación británica del asunto es contraria al Derecho Internacional. En la Resolución 2065 (XX), la AGNU reconoció en forma explícita que la disputa entre Argentina y Gran Bretaña es de soberanía, y limitó su resolución a la determinación sobre quién tiene un mejor título, si bien teniendo en cuenta los intereses de los habitantes de Malvinas, pero no sus deseos. Es decir que la AGNU refrendó la postura argentina de darle preeminencia a la integridad territorial por sobre la libre determinación en el caso de Malvinas. Esto obedece a que, de no hacerlo, se estaría condonando la actitud colonialista. La particularidad del caso Malvinas radica en lo antes mencionado: la reclamación de Argentina sobre el archipiélago prospera porque la población actual es una criatura de la colonia misma.

³² Esta meseta se encuentra ubicada en la frontera entre Israel, Líbano, Jordania y Siria. En 1967, la Guerra de los Seis Días terminó con la ocupación de Israel de este territorio, que pertenecía a Siria. Con anterioridad al conflicto armado, el gobierno hebreo no había hecho ningún reclamo por ese territorio, pero desde la ocupación, llevó adelante un programa de promoción de migración e inversiones en el área y lo anexó formalmente en 1981. Esto fue condenado por la resolución 497 del Consejo de Seguridad de la ONU, que declaró que la decisión israelí era nula y sin valor.

Desde 1967, mientras Siria reclama e insiste que los Altos del Golán son su territorio y que Israel no es más que un usurpador, la población judía de ese territorio aumenta y, para la segunda década del siglo XXI, ya hay varios israelíes nacidos allí (Conforme Reisman, M.W. (1983). “The struggle for the Falklands”, en *Yale Law Journal*, vol. 93, p. 306). Estos últimos sostienen que tienen derecho a ejercer la libre determinación en ese territorio.

³³ En 1974, el ejército turco invadió la isla temiendo que ésta se incorporara a Grecia tras el éxito del golpe de Estado conocido como el *régimen de los coroneles*. Las fuerzas armadas turcas ocuparon la franja norte de la isla y concentraron allí a la minoría turco-chipriota (el 18% de la población total de la isla) y forzaron el abandono de hogares y propiedades de las mayorías greco-chipriotas.

En 1975, Turquía declaró la zona ocupada como *Estado federado turco* y favoreció la inmigración de sus nacionales, lo que llevó finalmente a que, en 1983, se proclamase la República Turca de Chipre del Norte –sólo reconocida por Turquía–.

La AGNU ha insistido en reiteradas resoluciones que debe respetarse la unidad e integridad territorial de la República de Chipre, reclamando la retirada de las tropas extranjeras y que se recupere el control efectivo sobre todo el territorio por parte del gobierno de la República.

b. Cuando la colonia tiene su origen en un tratado de cesión a favor de la potencia colonial, por parte del Estado que reclama el territorio como propio al finalizar la colonia.

En este caso, se trata de dejar sin efecto el contenido de ese tratado, por considerarse violatorio del Derecho Internacional vigente en la actualidad y de aplicación obligatoria *–ius cogens–*. En consonancia con este razonamiento, a China le fueron devueltas las colonias de Hong Kong³⁴ –por parte del Reino Unido–, y Macao –por parte de Portugal–. Y España restituyó el Ifni³⁵ a Marruecos. El criterio parece también aplicable al ya nombrado caso de Gibraltar.

c. Cuando la colonia es un enclave o espacio muy reducido.

El argumento aquí posiblemente sea que la poca población está bajo fuerte influencia colonial. También puede entenderse que la eventual independencia de la colonia constituiría un Estado territorialmente diminuto; pero esto entraría en conflicto con la no existencia de un tamaño mínimo para los Estados.

A partir de este criterio, Francia reintegró a la India Pondicherry³⁶. La India tomó por la fuerza de Portugal, Dadra, Nagal, Goa y Diu, con una oposición moderada por parte de la comunidad internacional.³⁷ Benín hizo lo propio

³⁴ Cedido por China al Reino Unido en 1842, y ampliado en 1860 y 1898 -año en el cual China entregó el territorio por noventa y nueve años-. Ocupado por los japoneses durante la Segunda Guerra Mundial, acabado el conflicto retornó a soberanía británica. Aunque el gobierno comunista chino cuestionó los tratados de cesión, éstos permanecieron vigentes. En 1997 Hong Kong fue transferido a China, pero integrándose a ésta con un régimen económico y político diferenciado.

³⁵ Si bien en el territorio existieron asentamientos castellanos en el siglo XV, los bereberes los destruyeron en siglo XVI. El enclave fue cedido por Marruecos –antes de que éste fuese un protectorado francés- a España –en consideración a dicho antiguo enclave-, luego de la llamada Primera Guerra de Marruecos (1859- 1860). Ya independiente, Marruecos reclamó el territorio ante las Naciones Unidas y España se lo entregó en 1969.

Sin embargo, en el caso del Ifni, no es correcto entender que las Naciones Unidas sin más negaron al territorio la potestad de decidir. La resolución fundamental sobre la cuestión, 2229 de 1966 (XXI), refiere al traspaso de la colonia a Marruecos “habida cuenta de las aspiraciones de la población autóctona” (punto 3)

³⁶ En el año 1954. Actualmente los enclaves –Pondicherry, Mahé, Yanaon, Karikal- son un territorio de la Unión India, con gobierno que depende directamente del poder central. Habían sido ocupados por Francia en 1674, 1721, 1723 y 1738, respectivamente.

³⁷ Goa había sido ocupada por Portugal en 1510, Diu en 1535, Damao en 1614 y Dadra en 1783. Portugal se negó a ceder sus enclaves a la India independiente (1947). En 1954, las fuerzas indias tomaron Damao y Dadra, incorporándolos al Estado en 1961. En ese año ocuparon también Goa y Diu. La Unión Soviética vetó la condena a la India por el acto unilateral de fuer-

con San Juan Bautista de Ajuda.³⁸ Y Sudáfrica entregó Walvis Bay a Namibia.³⁹ Posiblemente Gibraltar también encajaría en este supuesto.

Dejando de lado estos tres casos, toda colonia tiene derecho a decidir libremente su propio destino, aunque algún tercer Estado la reclame como propia, alegando algún tipo de relación geográfica, como tampoco histórica o cultural.

Así, por ejemplo, el principio de unidad territorial no fue atendido entonces frente a los reclamos de Honduras sobre Belice⁴⁰ –la *Honduras Británica*–, de Iraq sobre Kuwait⁴¹, de Sudáfrica sobre Namibia⁴² –África Suroccidental Alemana–,

za. Muchos Estados vieron el hecho como un correcto accionar ante la negativa portuguesa de iniciar el proceso descolonizador. Actualmente, los enclaves son territorios de la Unión India, a excepción de Goa, que conforma un estado.

³⁸ Enclave portugués desde 1680. Benín –entonces república de Dahomey– lo tomó por las armas en 1961, un año después de su independencia de Francia.

³⁹ Si bien la mayoría del actual territorio de Namibia fue colonia alemana, Walvis Bay había sido ocupada por los británicos en 1840. Luego de la Primera Guerra Mundial, Namibia –África Suroccidental Alemana– junto a Walvis Bay, quedó bajo el control de Sudáfrica, según las disposiciones de la Sociedad de Naciones. Sudáfrica aceptó una Namibia independiente recién en 1990, luego de una larga guerra y de fuertes presiones internacionales. Pero conservó el enclave de Walvis Bay, que se vio obligada a ceder en 1994.

⁴⁰ Belice fue parte de la Capitanía General de Guatemala, bajo dominio español. Pero estuvo bajo ocupación británica, la cual continuó luego de la independencia de Guatemala. En 1840, el Reino Unido la declaró colonia, e, incumpliendo lo pactado con Guatemala, le otorgó la independencia en 1980. Guatemala recién reconoció la independencia en 1993, pero actualmente aún reivindica partes del territorio.

⁴¹ Kuwait, protectorado británico desde 1889, consiguió la independencia en 1961. Irak no lo reconoció hasta 1963, pero aún entonces continuó reivindicando partes del territorio. El hecho de que Kuwait fuese en realidad una provincia iraquí, que debía de retornar a Irak, fue uno de los grandes argumentos –junto con la denuncia de guerra económica en su contra–, que llevó a Sadam Hussein a invadir el emirato en 1990, dando origen así a la *Guerra del Golfo de 1990-1991* –*Primera Guerra del Golfo*, o *Segunda Guerra del Golfo*, según la nomenclatura escogida en consideración a la anterior guerra Iraq-Irán.

⁴² Sudáfrica la administró bajo mandato de la Sociedad de las Naciones, tras la derrota de la antigua potencia colonial, Alemania, en la Primera Guerra Mundial. Terminada la Segunda Guerra Mundial, se negó a colocarla bajo el fideicomiso de las Naciones Unidas, y dispuso sobre ella como si fuese parte de su territorio.

En 1966, la Asamblea General, en su resolución 2145, declaró vencido el mandato sudafricano. En 1971, la Corte Internacional de Justicia estableció que Sudáfrica estaba obligada a retirarse del territorio. Por presiones internacionales, ésta accedió a conceder la independencia a Namibia en 1990. Sobre la cuestión especial de Walvis Bay ya hemos hablado.

y de Indonesia sobre Timor Oriental⁴³. Indonesia, a su vez, buscó justificar en la voluntad popular su ocupación de Irian Jaya⁴⁴ –*Nueva Guinea Occidental*–.

VIII.2. Problemas subsistentes.

Va de suyo que la reunión de los requisitos por parte de una situación concreta para entrar dentro de uno de los criterios dados para impedir la autodeterminación, también puede ser discutida. Así, puede ser polémico cuándo un territorio estaba deshabitado al momento de la colonización, cuándo existía un Estado que cedió territorio a otro para una colonia y cuándo se está frente a un verdadero enclave territorialmente reducido.

Un movimiento separatista o un Estado que pretenda conservar o adquirir un territorio, entonces, puede pretender la existencia de un derecho de autodeterminación -si esto va a favor de sus intereses- con una lectura tendenciosa de la realidad y restrictiva en relación a los referidos criterios de exclusión.

La discrepancia puede dar lugar también a reivindicaciones territoriales. Así, por ejemplo, Marruecos, niega que el pueblo del Sahara Occidental -que, *de facto*, controla pero que *de iure* continúa formalmente bajo situación colonial- tenga derecho a la autodeterminación.⁴⁵

⁴³ Al recibir su independencia de Portugal en 1975, Timor Oriental fue invadido por Indonesia –antigua colonia holandesa–. Por presiones internacionales y ante un fuerte movimiento separatista, Indonesia permitió la celebración de un referéndum de autodeterminación en el año 2009, a partir del cual concedió la emancipación a Timor Oriental.

⁴⁴ Independiente de los Países Bajos en 1959. Indonesia la reclamó como parte de su territorio, con el apoyo de la Unión Soviética. Los Estados Unidos, para evitar un acercamiento entre aquél Estado y el bloque del Este, respaldaron también la petición. Indonesia invadió el territorio en 1959 y ese mismo año consiguió que un millar de jefes tribales locales dieran su beneplácito a la incorporación, justificando así su accionar. Sobre el separatismo en Papúa Occidental hablaremos en detalle oportunamente.

⁴⁵ El Sahara fue colonia española, y *de iure* lo sigue siendo. Fue ocupada por Marruecos y Mauritania tras la retirada de España en 1976; posteriormente, Mauritania renunció a la fracción que se le había asignado, en favor de Marruecos.

El argumento de Marruecos es que forma parte de su territorio histórico, pues dinastías que gobernaron Marruecos, como los almohades o los benimerines, gobernaron también el Sahara. Sin embargo, no es correcto entender que España quitó el territorio a Marruecos, pues el Estado de Marruecos no existía a la llegada de los españoles. Y tampoco corresponde entender que en ese momento el territorio estaba deshabitado y que por lo tanto la población actual no tiene derecho de autodeterminación.

La República Árabe Saharaui Democrática, en el territorio del Sahara, es reconocida como Estado por cerca de ochenta países. Existe una fuerte presión internacional para que Marruecos permita que en el territorio del Sahara se celebre un referéndum para decidir su futuro.

Asimismo, Marruecos alega que la soberanía española sobre Ceuta y Melilla afecta la integridad territorial de su Estado y postula que la situación es semejante a la de Gibraltar -cuya soberanía británica cercena la integridad territorial de España-.⁴⁶

IX. Problemas de la configuración parcial de las excepciones.

Hemos apuntado ya que el derecho a la autodeterminación no corresponde en los territorios que, antes de su ocupación por una potencia colonial, no tenían población o bien, teniéndola, ésta ha sido desplazada y reemplazada por población llegada de otros lugares.

Más allá de las posibles dudas sobre estos hechos, el primer problema de configuración parcial podemos advertirlo frente al supuesto en el cual la población originaria no fue expulsada del territorio en cuestión, pero a ésta se ha sumado población foránea, cambiando drásticamente su composición.

En este caso, se ha alegado que el deseo del conjunto de los habitantes del territorio no puede ser atendido, o, al menos, no puede ser atendido como vinculante del mismo modo en el que lo sería si la población fuera completamente autóctona.

Esta situación puede advertirse, de un modo peculiar, en el norte de la isla de Irlanda -Irlanda del Norte, parte integrante del Reino Unido, en donde existe un conflicto separatista que busca la unificación del norte de la isla con el Estado soberano de Irlanda-.⁴⁷

Por su parte, en el marco del conflicto del Sahara Occidental -antes referido-Marruecos ha intentado cambiar la composición demográfica del territorio, por si a futuro se viera obligado a aceptar un referéndum de autodeterminación,

⁴⁶ Sin embargo, parece claro que Ceuta y Melilla no son colonias españolas. Sus habitantes no tienen rasgos nacionales radicalmente diferentes al resto de los españoles -salvo por la gran presencia de población no cristiana-, y difícilmente pueda entenderse que existe una división geográfica relevante entre los territorios -máxime en relación a Ceuta, que está a unos diecinueve kilómetros -el ancho del Estrecho de Gibraltar- de Tarifa (Andalucía). E, incluso en el caso de que las ciudades autónomas fuesen consideradas colonias, nunca pertenecieron a Marruecos. Por lo tanto, correspondería su emancipación y en ningún caso una hipotética "devolución".

⁴⁷ La población norirlandesa que postula mantener Irlanda del Norte como parte del Reino Unido, en su gran mayoría es descendiente de los inmigrantes ingleses y escoceses que llegaron a Irlanda luego de que ésta fuera conquistada por Cromwell a mediados del siglo XVII.

o, incluso, para aceptar dicho referéndum si fuese clara la victoria de la opción no separatista.

Asimismo, la controversia se encuentra también presente en Nueva Caledonia, donde, en respuesta a la demanda de movimientos separatistas *kanakos*, el gobierno francés acordó con ellos que las islas podrían decidir -mediante tres referéndums a realizarse en 2018, 2020 y 2022-, su destino. En los que se realizaron en 2018 y 2020 ganó el “no” a la independencia, con lo cual, conforme a los acuerdos celebrados previamente, en 2022 se realizará la última consulta que consolidará finalmente el estatus político de ese territorio.⁴⁸ El problema que se produce aquí tiene que ver con la composición demográfica de la población que habita en la todavía colonia francesa.⁴⁹

Otro conflicto de configuración parcial puede identificarse en el caso de la creación del Estado reclamante a partir de un territorio colonial cercenado. Como se indicó en apartados anteriores, no corresponde el derecho a la autodeterminación en un territorio que fue cedido por un Estado para que sea colonia de otro pues, al finalizar dicha colonia, el territorio debe retornar al Estado que lo había cedido.

Sin embargo, existen casos en los que no ha existido un Estado que haya cedido parte de su territorio a la potencia colonial, sino que dicha potencia ha dado independencia a un nuevo Estado a partir de una fracción de territorio colonial. Así, ha cercenado parte de dicho territorio para mantener una porción de él bajo su dominio.

Se postula, entonces, que ese territorio segregado no goza del derecho de autodeterminación (ni siquiera, aunque toda su población sea autóctona), en respeto de la integridad del Estado que ha surgido de la descolonización. Se procura así evitar las maniobras segregacionistas de las potencias administradoras.

En esta línea de pensamiento, la resolución 1514 (XV) de la AGNU es clara al prohibir la fragmentación de las colonias previo al otorgamiento de su inde-

⁴⁸ En los Acuerdos de Matignon, en 1988, se pactó, en un plazo de diez años, garantizar que los habitantes de Nueva Caledonia puedan decidir sobre su independencia. En 1998, ante la presión internacional, Francia firmó, junto a los líderes separatistas, el Acuerdo de Numea, de los que surgen las consultas reseñadas.

⁴⁹ Sus habitantes se dividen en forma dicotómica entre los *caldoches* -colonos de origen francés que arribaron a Nueva Caledonia a mediados de siglo XVIII- y los *kanakos* -pueblo autóctono del archipiélago-. En los referéndums mencionados, votaron ambos grupos étnicos, lo que produjo que los movimientos *kanakos* más radicales manifiesten que a los *caldoches*, como rémora del colonialismo, no les corresponde el derecho a la libre determinación.

pendencia. Sin embargo, esto es lo que ha ocurrido en el caso de las islas Malgaches⁵⁰ y de Mayotte⁵¹ por parte de Francia y en el archipiélago de Chagos⁵² por parte del Reino Unido.

⁵⁰ El caso de las Malgaches refiere a cuatro pequeñas islas ubicadas en el Canal de Mozambique (isla Europa, Bassas da India, Juan de Nova y las islas Gloriosas) que son motivo de disputa entre Francia y Madagascar. El conflicto tuvo su origen en 1960, cuando, unos meses antes de que Madagascar accediera a su independencia, el gobierno francés separó del territorio colonial a las cuatro islas, que estaban principalmente habitadas por científicos y militares franceses, y continuaban siendo oficialmente francesas, perteneciendo a las Tierras Australes y Antárticas francesas.

⁵¹ En el caso de la isla Mayotte, Francia utilizó otra estrategia: acudió a la consulta popular isla por isla en lugar de apreciar la voluntad del conjunto archipelágico de las Comoras. Esto trajo como resultado que los habitantes de la isla de Mayotte, perteneciente al archipiélago, se pronunciaran por seguir bajo la bandera de Francia, a diferencia de la voluntad de los habitantes de las otras islas. Francia aceptó el pronunciamiento de los habitantes de Mayotte, a pesar de los reclamos de las Comoras. Conforme. Remiro Brotóns, *op.cit.*, p. 173.

La Asamblea General de las Naciones Unidas apoya la reivindicación de las Comoras sobre Mayotte, y sostiene que debe prevalecer la unidad de su territorio.

⁵² En 1965, tres años antes de otorgar la independencia a Mauricio, Gran Bretaña separó el archipiélago de Chagos de Isla Mauricio y Al Aldraba, Farquhar y Desroches de las Islas Seychelles y creó el Territorio Británico del Océano Índico.

Este acto configuró una maniobra segregacionista incompatible con la resolución 1514 (XV) de la AGNU que prohíbe la fragmentación de las colonias previo al otorgamiento de su independencia, y recibió la condena expresa de la AGNU, que mediante la resolución 2066 (XX) de 1965, en su artículo 4, indicó al Reino Unido que no debía adoptar ninguna medida que pudiera desmembrar el Territorio de la Isla Mauricio y violar su integridad territorial.

Por cuestiones de espacio, no profundizaremos aquí los motivos por los cuales Gran Bretaña separó Chagos de Mauricio como territorio colonial. Una buena reseña de los mismos puede encontrarse en Vine, D. (2006). *Empire's Footprint: Expulsion and the United States Military footprint: Expulsion and the United States Military Base on Diego Garcia*, New York, City University of New York (CUNY) y Erikson, A., Ladwig III, W.C., y Mikolay, J.D. (2010). "Diego Garcia and the United States' Emerging Indian Ocean Strategy", en *Asian Security*, vol. 6, no. 3, pp. 214–237. Los habitantes del archipiélago de Chagos, fueron expulsados de allí por el Reino Unido en 1971, mediante una Ordenanza. Se forzó a quienes aún vivían allí a abordar barcos de carga y fueron deportados Mauricio y Seychelles (Lunn, J. *The Chagos Islanders*. House of Commons Library, International Affairs and Defence Section, 2012).

La Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre las Consecuencias legales de la separación del Archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965, sostuvo que "La descolonización de Mauricio no fue conducida de forma consistente con el derecho a la libre determinación de los pueblos, de lo que se sigue que la continua administración del Archipiélago de Chagos por el Reino Unido constituye una acción antijurídica que configura la responsabilidad internacional de ese Estado" (párr. 177).

En esta misma línea se ubica la opinión que vertieron los árbitros James Kateka y Rüdiger Wolfrum en un proceso arbitral que entablaron el Estado de Mauricio y el Reino Unido: "si el pueblo mauriciano, a través de un gobierno elegido por ellos hubiese tomado una decisión libre de toda coerción, podrían haber válidamente decidido, en su período pre independentista, escindir Chagos de su soberanía, pero éste no fue el caso" Chagos Marine Protected Area

Quizás el caso de Mayotte sea el más complejo pues allí no se está frente a un territorio sin población originaria ni frente a un desplazamiento poblacional y reemplazo de habitantes que haga operar las excepciones antes reseñadas al principio de libre determinación.

X. La propuesta de concordia

Para moderar la negación de la autodeterminación a las colonias en los tres supuestos principales antes descriptos, Remiro Brotóns entiende que

“La libre determinación requiere, pues, la acomodación libremente consentida de los intereses legítimos de todas las partes. En lugar de insistir en negar a la población local la titularidad del derecho a participar en la determinación del destino de su territorio, que es su propio destino, más acertado es insistir en que dicha titularidad no es en estos casos exclusiva. La solución pasa por un consentimiento a tres”.⁵³

Esta solución, empero, es por demás problemática. La falta del referido acuerdo puede ser alegada por el Estado colonialista para negarse a poner fin a la situación colonial y burlar indefinidamente los derechos del Estado reclamante. Tal es el caso de Gibraltar y Malvinas⁵⁴.

O incluso puede suceder que, de reconocerse un verdadero conflicto entre tres partes, dos de ellas –la colonialista y la colonia–, fijen postura común y terminen imponiéndose “por mayoría” al Estado reclamante.⁵⁵

Arbitration, *Mauritius v. United Kingdom*, Dissenting and Concurring Opinion, 18th March 2015, par. 74-77.

Podemos agregar que el derecho de la libre determinación del pueblo chagosiano es desconocido por el Reino Unido, lo cual es contradictorio con el reconocimiento del mismo derecho para los habitantes de las Islas Malvinas.

⁵³ Brotóns, Remiro, op. cit., pág. 178.

⁵⁴ Para profundizar la estrategia actual que lleva adelante el Reino Unido para dilatar la resolución de la disputa con Argentina, remitimos a Fernandez Peña, M. G., “La manipulación del principio de la libre determinación de los pueblos como estrategia neocolonial de Gran Bretaña: el caso Malvinas y el caso Diego García” *CLACSO* (en prensa para su publicación), 2021.

⁵⁵ Hooft y Farinella entienden que ha existido un peligro real de que las Malvinas se declararan Estado independiente. Que quedó reducido en buena medida por el tratado firmado en Nueva York en 1995 en donde se establecen negociaciones bilaterales entre el Reino Unido y la Argentina, y se afirma la existencia de una disputa de soberanía territorial entre dos Estados. Conforme Hooft y Farinella, op. cit., págs. 202 y 204.

Posiblemente el respeto a las diferencias de los habitantes de la colonia reclamada, pase por el reconocimiento de un régimen especial dentro del Estado que los ha de incorporar. Así lo hizo la India con los enclaves franceses y portugueses, formando con ellos territorios de la Unión, o incluso en un caso –Goa–, un Estado separado. Así lo hizo China con Hong Kong y Macao: creando zonas diferenciadas bajo el lema “*un país, dos sistemas*”. Y así pueden hacerlo también España y la Argentina, pudiendo valerse incluso de los mecanismos que para ello dan sus constituciones.

XI. Palabras finales

Tanto el separatismo como las reivindicaciones territoriales suponen problemáticas para la paz y la estabilidad política de uno o más Estados. Generalmente, se está frente a una dificultad aún mayor cuando los conflictos se solapan, máxime si se da una situación en la que existen tres partes involucradas, cada cual con sus propios intereses.

Esto se suele agravar por el hecho de que un mismo argumento -el derecho a la autodeterminación- suele ser esgrimido por los distintos actores. De allí la importancia de buscar, en la medida, clarificar dicho principio.

DEFICIENCIAS DEL PROCEDIMIENTO DE CONVOCATORIA A ASAMBLEA COMO HERRAMIENTA PARA RELEGAR LOS INTERESES DE LAS MINORÍAS SOCIETARIAS.

**DEFICIENCIES OF THE PROCESS FOR CONVENING
MEETINGS AS A TOOL FOR ABUSE AND OPPRESSION OF
THE CORPORATE MINORITY.**

Valeria D. Codon*

***Sumario:** I. Deficiencias del procedimiento de convocatoria a asamblea en las Sociedades Cerradas. II. La jurisprudencia y la doctrina. III. Valoraciones finales.*

Resumen

En el presente trabajo se analizarán las deficiencias que presenta el procedimiento de convocatoria a asamblea, establecido por la Ley 19.550, en las Sociedades Cerradas. Se revelará la existencia de una dicotomía de procesos en la práctica societaria –el establecido por la ley y el utilizado habitualmente por la Sociedad- y su uso como herramienta para relegar los intereses de la minoría societaria. Se describirán los distintos criterios doctrinales y jurisprudenciales asumidos al respecto y se dejará plasmada, la necesidad de una reforma legislativa, y una propuesta de cambio, que contempla la importancia de atender a las características propias de la Sociedad en que se aplica dicho procedimiento, los avances tecnológicos y el derecho comparado.

Palabras clave: Convocatoria – Asamblea – Sociedad Cerrada – Nulidad – Tics.

Abstract

This paper will analyze the deficiencies of the process for convening meetings established by Law 19550 in Closed Corporations. It will be revealed the existence of a dichotomy of processes in corporate practice -the one established by law and the one usually used by the society-, the use of it as a tool for abuse and

* Abogada (UNS).

oppression of the corporate minority, and the different jurisprudential criterion assumed by the society. The need for a legislative reform and a change proposal that considers not only the characteristics of the society in which this procedure is applied, but also technological advances and comparative law will be reflected.

Keywords: Announcement – Assembly – Closed Corporation – Nullity – ICT.

I. Deficiencias del procedimiento de convocatoria a asambleas en las Sociedades Cerradas.

Las Sociedades Cerradas o “de familia”, son aquellas que cuentan con acciones nominativas no endosables o escriturales, y que, por lo general, están integradas por un número reducido de socios (emparentados o no). Su principal característica, es que rechazan o no tienen expectativa de ingresar al régimen de oferta pública, es decir, no recurren al ahorro público y no hay libre circulación de acciones, de modo tal que, los terceros no pueden pasar a ser accionistas de la sociedad en cualquier oportunidad.¹

La asamblea, es el órgano de gobierno de la Sociedad, y puede definirse como, “*la reunión de socios convocada y celebrada de acuerdo a la ley y a los estatutos, para considerar y resolver sobre asuntos indicados en la convocatoria.*”² Las decisiones se adoptan con base en el principio de las mayorías, ya que, se presume que la voluntad de la mayoría, es la que mejor traduce el interés social.³ La formación de la mayoría societaria, se funda en la cantidad de capital aportado por cada socio para la constitución de la sociedad. Esta voluntad no puede confundirse con la de los socios considerados individualmente, ni utilizarse con la finalidad de menoscabar los intereses de la minoría ni el interés social.

Para que la asamblea y los acuerdos establecidos en ella, sean válidos y obligatorios para todos los socios, es necesario que se cumplan con los requisitos previstos por la Ley General de Sociedades⁴ y por el Estatuto, y que las decisiones adoptadas se hayan tomado conforme al interés social, ya que, de lo contrario,

¹ VERÓN, ALBERTO VÍCTOR, *Sociedades anónimas de familia*, 1º Edición, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 239.

² NISSEN, RICARDO A., *Curso de Derecho Societario*, Edición actualizada, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

³ HALPERIN, ISAAC y OTAEGUI, JULIO C., *Sociedades anónimas*, 2º Edición., Ed. LexisNexis, Depalma, 1998, p. 658.

⁴ Ley 19.550 Ley general de sociedades. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 30 de marzo 1984.

no existiría voluntad social o se encontraría viciada. En estos casos, los socios tendrán el derecho de impugnar la asamblea o los acuerdos establecidos en ella (art. 251 Ley general de sociedades).

La convocatoria a asamblea, es de suma importancia, ya que, determina la fecha y el lugar donde habrá de celebrarse el acto asambleario, delimita los asuntos que se van a debatir a través de la fijación en el orden del día del temario a tratar, y garantiza el derecho de los socios a asistir, deliberar y votar informados.

El procedimiento de convocatoria a asambleas, está regulado en los art. 234 y sigs. de la Ley 19.550, que establece los requisitos que deben cumplirse para que el mismo sea formalmente válido.

El art. 237 de la Ley de Sociedades, dispone que *“las asambleas serán convocadas por publicaciones durante cinco días con diez de anticipación, por lo menos, y no más de treinta, en el diario de publicaciones legales. Además, para las sociedades a que se refiere el art. 299, en uno de los diarios de mayor circulación general de la República. Deberá mencionarse el carácter de la asamblea, fecha, hora y lugar de reunión, orden del día, y los recaudos especiales exigidos por el estatuto para la concurrencia de los accionistas”*.

La ley no hace distinción entre Sociedades Anónimas Abiertas y Sociedades Anónimas Cerradas⁵, por lo que, en principio, sus preceptos se aplican a ambos tipos de sociedades. Sin embargo, en la práctica de las Sociedades Cerradas, suele suceder que por razones de simplicidad, tiempo y/o para minimizar costos, no se cumplen todos los recaudos establecidos por la ley para la convocatoria y se suplantán por otros medios más sencillos, rápidos y económicos.

En ocasiones, es utilizado el método exigido por la ley para convocar a asamblea -pese a usarse habitualmente otro por la Sociedad- para realizar artilugios y maniobras abusivas, como impedir la participación de determinados socios en la asamblea. En consecuencia, surgen dos interrogantes, por un lado, respecto la validez de la asamblea y/o de los acuerdos establecidos en ella, cuando sólo se cumplen las formalidades legales (edictos) pero no se utilizan las formas habituales de convocatoria de la sociedad y no asiste la totalidad de los socios. Por otro lado, en relación a la validez de la asamblea y los acuerdos celebrados en ella, cuando no se cumplen las formalidades legales exigidas para realizar la

⁵ MOYANO, HORACIO FABREGAS y RODRÍGUEZ, FIDEL CARLOS, *Sociedades anónimas cerradas y abiertas* en “V Congreso Argentino de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, Huerta Grande, Córdoba, 1992, p. 486.

convocatoria, pero sí se cumple con las formas acostumbradas por la sociedad, y no van todos los socios.

Cabe destacar que, cuando concurren todos los socios, es aceptado de forma unánime por la jurisprudencia que pese no cumplirse la forma de convocatoria legal y/o acostumbrada, los acuerdos establecidos en la asamblea por unanimidad, son válidos.⁶

II. La doctrina y la jurisprudencia.

La doctrina y la jurisprudencia han tenido oportunidad de manifestarse sobre este asunto, pero no han asumido una posición uniforme al respecto.

II. 1. A continuación, se describirán las dos posturas que han acogido, la jurisprudencia y la doctrina, cuando se han cumplido las formalidades exigidas por la ley para realizar la convocatoria a asamblea, pero no con las utilizadas habitualmente por la Sociedad.

II. 1. A) Una parte de la jurisprudencia, en estos casos, ha resuelto, declarar la nulidad de la asamblea, cuando por realizar la convocatoria según las formalidades establecidas por la ley, se impidió su efectivo conocimiento por todos los socios, y ello motivó su incomparecencia.⁷ El fundamento radica en que, en muchas Sociedades Cerradas, se acostumbra a realizar una forma de convocatoria diferente a la legalmente establecida, pero algunos socios –encargados de la conducción y manejo de la Sociedad- deciden realizar la convocatoria según la forma legal, porque presumen que de esta manera no va a ser conocida por todos los socios -ya que están acostumbrados a que la convocatoria se realice de otro modo- lo que impide su participación en la asamblea y en la toma de

⁶ “Club Universitario de Arquería c. Inspección General de Justicia” CNCom., Sala E, 13/4/2000. “La asamblea no es nula si pese a su defectuosa convocatoria, los accionistas pudieron asistir, deliberar y votar.”

⁷ “Block Susana Helena y otros contra Frigorífico S.A. s/ sumario”, CNCom., Sala C, 04/03/2005. “Más allá de la legalidad formal de una convocatoria a asamblea mediante edictos, como prevé el artículo 237 de la ley de sociedades, se encuentra perpetrada la mala fe de los directores, ya que, al utilizar únicamente este medio, se buscó el ocultamiento de la realización de la asamblea que se acciona de nulidad. La notificación telegráfica o epistolar hubiera asegurado la efectiva comunicación a los aquí demandantes, además de representar la modalidad más acorde con una sociedad de las características de la demandada, cerrada o “de familia”. El sólo hecho de que se hayan cumplido los recaudos legales de citación no implica, por sí, la desestimación de la acción de nulidad, por cuanto una asamblea válidamente convocada puede igualmente adoptar resoluciones viciadas -entre otros por resultar violatorias del deber de lealtad o por existir una conducta de mala fe.”

decisiones respecto los asuntos que se debatan en ella. La mala fe poseída al realizar el acto, es la que justifica la declaración de nulidad de la asamblea.

En este sentido, Vanney⁸ sostiene que, siendo habitual que en las sociedades anónimas “de familia” no se convoque a asamblea solo a través de las formalidades legales, sino que las mismas se realizan con una convocatoria personal a los pocos accionistas de esa sociedad, la actuación del directorio, que evita ese aviso personal a los socios y solo publica edictos, resulta contraria a la buena fe y constituye un abuso del derecho, que debe ser castigado.

Los partidarios de esta postura consideran que, aplicar la ley de forma estricta podría traer aparejado desigualdades e injusticias, en base a que consideran aplicables los principios de buena fe, lealtad y abuso del derecho establecidos en el Código Civil y Comercial de la Nación, y reconocen que, en numerosos casos, el medio de convocatoria legal es utilizado, de mala fe, para apartar a ciertos socios de la toma de decisiones, vulnerando sus derechos a voto, deliberación, información y concurrencia.

Al respecto, Vanney⁹, manifiesta que *“No es la Ley de sociedades la única que regula los derechos de los socios y la vida de la sociedad, sino que también lo regula el C.C. y C., que establece los principios generales que todos deben respetar. Y si en esa sociedad, los socios tenían un acuerdo -aunque el mismo no sea por escrito- por el cual las asambleas se llevarían a cabo en forma distinta a las previsiones de la L.G.S., más allá del deber de cumplir con esas normas, los socios y los órganos de la sociedad, deben también cumplir con ese acuerdo puntual. Deberán entonces respetar los derechos de todos los involucrados y actuar de buena fe, principio este receptado expresamente en el art. 9 del C.C. y C. que dice que “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Y ante el abuso de una de partes deberemos aplicar el art. 10 del C.C. y C. que establece que “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos”.*

II. 1. B) Otra parte de la jurisprudencia, ha resuelto a favor de la validez de la asamblea convocada de acuerdo a las formalidades establecidas por la ley con prescindencia de la forma utilizada habitualmente por la Sociedad, por consi-

⁸ VANNEY CARLOS E., *Abuso en la convocatoria a asamblea por falta de comunicación a los socios en Hacia un nuevo derecho societario* en “XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Rosario, 2019, disponible en: <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/12061/CDS14031839.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁹ VANNEY CARLOS E., ob., cit., p. 1841.

derar que, la forma exigida por la ley, es de carácter esencial¹⁰, y que, el hecho de que en la práctica, una Sociedad, acostumbre a realizar de otra forma la convocatoria, no la exime del deber de cumplir con los requisitos establecidos por la ley¹¹. En consecuencia, si se cumple la formalidad exigida legalmente para convocar a asamblea, luego, el socio no puede invocar la falta de conocimiento de ella y la acción de nulidad debe ser rechazada.

En este sentido, Molina Sandoval¹² sostiene que, dada la forma de redacción de la norma (art. 237 Ley de sociedades) y el carácter imperativo asignado al precepto, el estatuto no puede sustituir el régimen de publicidad previsto por la ley, más allá de que no exista un perjuicio concreto para la sociedad o para los socios. Señala que, la asignación de la calidad de “imperativa”, en cierto modo, procura evitar que los accionistas pacten lo contrario y que no puedan derogar el requisito mínimo de la publici de edictos.

II. 2. Por otra parte, seguidamente, se expondrán los dos criterios asumidos por la jurisprudencia y la doctrina, en los casos en que se ha convocado a asamblea a través de los medios utilizados habitualmente por la Sociedad, sin cumplir con las formalidades establecidas por la ley.

II. 2. a) En estos casos, parte de la jurisprudencia¹³, sostiene que se debe declarar la nulidad de la asamblea, y el fundamento se centra en que la publicación

¹⁰ “Schillaci, Irene M. c. Establecimiento Textil San Marco S.A.”, CNCom., Sala C, 29/10/90. La Cámara rechazó la nulidad de la asamblea convocada a través de la publicación de edictos y sostuvo que esa forma es insustituible y obligatoria para la sociedad. Además, afirmó que no puede suplirse por otra forma de notificación ya que constituye el procedimiento seleccionado por el legislador y permite presumir *iuris et de iure* que todos los socios han tomado conocimiento.

¹¹ “Gazzolo María del Carmen c. Agropecuaria La Trinidad S.A.”, CNCom., Sala D, 11/05/11. El juez Vassolo señaló que si bien la publicación de edictos para convocar la asamblea, podría no presentar reproches, no se compadecía con lo actuado hasta allí en esa sociedad, ya que utilizaban la convocatoria personal de los accionistas. Medida que se justificaba por el exiguu número de socios, amén de ser una medida habitual en las sociedades de familia. Sostuvo que la doctrina ha cuestionado el régimen de publicidad previsto por la L.S. 237, adecuado a la estructura de la sociedad anónima, pero no para el caso de sociedades cerradas o de familia. Sin embargo, afirmó que son pareceres de *lege ferenda* que, como tales, sólo quedan en la propuesta doctrinaria y no pueden aplicarse para resolver un conflicto específico. Concluyó que la publicación de edictos es la forma legal de publicidad para anotar la convocatoria a los accionistas, insustituible y obligatoria para toda sociedad, sin que pueda aplicarse un régimen excepcional si se tratase de una sociedad de familia.

¹² MOLINA SANDOVAL, CARLOS A, “Formalidades exigidas para la convocatoria a asamblea”, LA LEY, 2013, (AR/DOC/5763/2013).

¹³ “Argiz, Alfredo Rubén c/Antena 2 de TV S.A. y otro s/ ordinario”, CNCom., Sala A, 30/09/2008.

de edictos es considerada como la única forma legal de convocatoria, insustituible y obligatoria para la Sociedad, sin que pueda suplirse por otra forma de notificación, ya que, constituye el procedimiento seleccionado por el legislador, que habilita a presumir *iure et de iure*¹⁴ que todos los accionistas han tomado conocimiento de la convocatoria.

En este sentido, María Blanca y Marcela M. Zabaleta, afirman que, de acuerdo a la normativa actual, salvo asamblea unánime, la publicación de edictos es un requisito insoslayable.¹⁵

II. 2. b) Otra parte de la jurisprudencia, ha rechazado la acción de nulidad en esta circunstancia, teniendo en cuenta que, los socios hayan sido notificados efectivamente de la convocatoria a asamblea a pesar de no haberse cumplido todos los recaudos formales exigidos por la ley. Al respecto, se ha considerado que el socio no puede alegar posteriormente que no concurrió por no cumplirse con las formalidades legales, si en la Sociedad se acostumbraba a convocar a asamblea de una forma determinada, que se realizó, y el socio tuvo conocimiento efectivo de la convocatoria.¹⁶

La Asamblea Ordinaria fue convocada por carta documento y concurrieron la totalidad de los socios, sin embargo, algunos puntos del orden del día no fueron aprobados por unanimidad sino por mayoría. La Cámara señaló que “ningún gravamen causa el hecho de que, presente la totalidad de los socios, la decisiones sean adoptadas por la mayoría de los votos presentes”, no obstante, la previsión legal del art. 237 de la Ley 19.550 es clara en cuanto establece los requisitos de validez de la Asamblea que no se han llevado a cabo, por lo que, declaró la nulidad de la asamblea y de las resoluciones tomadas en ella, por estar abarcadas las mismas dentro de la declaración de nulidad.

¹⁴ “Montani, Juan C. c. Bonomi y Cia.”, CCivCom, Sala 2º, Rosario, 2/3/1988. Entre los requisitos de forma establecidos por la ley para la validez o eficacia de las decisiones adoptadas por las asambleas sociales, se encuentra la de convocación regular de ésta, que debe ser hecha por el órgano autorizado para ello, cumpliendo las publicaciones respectivas (art. 237, LSC). Esta es una forma legal de citación, que es irremplazable por cualquier otro medio, incluso la citación personal, que permite presumir de iure, que con ella han tomado conocimiento los accionistas.

¹⁵ GALIMBERTI, MARÍA BLANCA y ZABALETA, MARCELA M., *Las asambleas en sociedades anónimas cerradas y las TICS* en “XI Congreso Argentino de Derecho Societario, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, Mar del Plata, 2010, 225.

¹⁶ “Tagliaferro, Jorge Agustín c. Piquillín SRL s/sumario”, CNCom., Sala B, 26/09/2001. La Cámara expuso que, de la documental acompañada se desprende que el accionante conoció –antes de su realización- la convocatoria para participar de las reuniones de socios cuya nulidad luego impetró. Sostuvo que la declaración de invalidez no tiene por objeto preservar pruritos formales o llenar finalidades abstractas sino remediar perjuicios efectivos. Ello, porque la acción de nulidad exige una lesión al interés social y -por consiguiente- al interés del socio, en tanto integrante del ente.

Al respecto, Vanney¹⁷ señala que, si bien la Ley General de Sociedades, solo requiere la publicación de edictos, la costumbre de la sociedad de comunicar de otras formas a los socios que se desarrollará una asamblea, resulta obligatoria, aunque no surja del estatuto o reglamento.

En esta línea, Balonas y Boquin¹⁸, sostienen que *“probado que la sociedad en cuestión tenía la costumbre -además generalizada- de convocar a asambleas mediante comunicaciones personales -además de la legal-, la omisión de este sistema consuetudinario, cuando ha causado un perjuicio concreto, implica la nulidad del acto”*

III. Valoraciones finales

En el presente trabajo, se analiza la aplicación del proceso de convocatoria a asamblea, establecido por la Ley 19.550, en las Sociedades Cerradas.

La ley de Sociedades exige la publicación de edictos para realizar la convocatoria a asambleas, entre otros requisitos. Sus preceptos se aplican a las Sociedades Anónimas abiertas y a las cerradas, ya que, no hace ninguna distinción al respecto, como si lo hace cuando se refiere a las encuadradas en el art. 299. Sin embargo, tal como sostiene Prono¹⁹, la regulación vigente no responde a las necesidades de las sociedades cerradas, que por sus características propias requieren medios más dinámicos, económicos y efectivos.

En consecuencia, exigir que se cumpla con el mecanismo establecido por la Ley de Sociedades, genera en la práctica una disparidad de procesos –el exigido por la ley y el que se ejecuta realmente- que es necesario regular, ya que, finalmente se utiliza el procedimiento establecido por la ley para el fin contrario al que ésta pretende alcanzar, es decir, se usa para impedir que determinados socios concurran a la asamblea, en vez de asegurar la transparencia y el conocimiento efectivo de la misma por todos los socios.

La obstaculización del conocimiento de la convocatoria a asamblea, por medio de la utilización de una más compleja forma de convocatoria, constituye uno

¹⁷ VANNEY CARLOS E., ob., cit., p. 1839.

¹⁸ BALONAS, DANIEL y BOQUÍN, GABRIELA, *El Abuso y el Fraude en el Derecho Societario, Concursal y del Consumidor* en “Las XX Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina”, Ed. Legis, p. 165.

¹⁹ PRONO, PATRICIO M., *Necesidad de regular la sociedad anónima cerrada o de familia* en “X Congreso Argentino de Derecho Societario, VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, La Falda, Córdoba, 2007.

de los medios de opresión de la mayoría societaria, para relegar el interés de los socios no pertenecientes al grupo de control, con la finalidad de obtener con exclusividad los beneficios generados por la actividad de la Sociedad. Es decir, se trata de un ejercicio impropio del poder mayoritario que, bajo la apariencia de estar cumpliendo con la ley, causa un perjuicio a la minoría, y como señala Vanney²⁰, esa conducta no resulta ajustada a derecho por ser contraria a la buena fe y por constituir un abuso de derecho.

La Ley de Sociedades no brinda una solución eficaz a esta problemática, que termina resolviéndose en base a los criterios jurisprudenciales de un momento dado. Ello atenta contra la seguridad jurídica y pone en juego los intereses de la Sociedad y de los socios en particular. Por lo tanto, considero que el actual sistema de convocatoria requiere ser sustituido por aquel que mejor se adapte a la realidad del tráfico mercantil y al tipo de Sociedad en que se aplica.

El sistema actual obliga a la Sociedad a incurrir en excesivos trámites burocráticos y gastos que se podrían evitar recurriendo a medios más simples que aseguren igualmente el efectivo conocimiento de la convocatoria es por ello

En este sentido, Schneider²¹ propone, para los casos de sociedades cerradas o “de familia”, que la forma de notificar la convocatoria a asamblea, se realice implementando una publicidad real y efectiva, utilizándose comunicaciones personalizadas a través de una notificación por medio fehaciente al domicilio que el accionista tenga inscripto en el libro de registro de acciones de la sociedad o a través de medios de difusión masiva.

La notificación personal, es decir, la comunicación de la convocatoria por un medio fehaciente --que deje constancia de que ha sido recibida- al domicilio informado a la sociedad por cada socio, debería ser aceptada como un medio de convocatoria válido en este tipo de sociedades, ya que, posibilita el cumplimiento del fin que se procura obtener, el conocimiento efectivo por parte de todos los socios.

Este modo de notificación ya resulta previsto en la ley 16.060 de Uruguay²² que en su Art. 348 dispone, “*Convocatoria en sociedad anónima cerrada. Trátándose de sociedades anónimas cerradas, la convocatoria a las asambleas podrá*

²⁰ VANNEY CARLOS E., ob., cit., p. 1841.

²¹ SCHNEIDER, LORENA R., “El cuestionable sistema de publicidad de convocatorias a asambleas exigido a los entes societarios”, Publicado en *El Derecho*, N° 13.581, ED 259, 3/10/2014.

²² Ley 16.060. Ley de sociedades comerciales, Uruguay, 04/09/1989. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16060-1989>.

efectuarse mediante citación personal fehaciente al accionista, en el domicilio registrado por este en la sociedad a tal efecto. (...)”

Además, teniendo en cuenta que vivimos en un mundo globalizado y los crecientes avances tecnológicos, urge la necesidad de adaptar el procedimiento de convocatoria a los medios electrónicos que ofrecen las Tecnologías de la información y de la comunicación, de aquí en adelante, TICs, como puede ser la creación de una página web de la sociedad donde se anuncien las convocatorias, mensajes vía Whats app o correo electrónico, entre otros.

En el derecho comparado, existen legislaciones²³ que han previsto que las Sociedades pueden crear una página web donde publicar la convocatoria, con avisos telemáticos de alerta, y que además, los estatutos puedan establecer mecanismos adicionales de publicidad.

Las herramientas que ofrecen las TICs, ya han sido utilizadas en otras áreas de nuestro propio sistema normativo, el derecho societario no puede quedar relegado y supeditado a trámites burocráticos que solo entorpezcan el tráfico mercantil.

Por lo hasta aquí expuesto, resulta necesario que la Ley de Sociedades prevea un método de convocatoria específico para este tipo societario, o bien, que dé lugar a la autonomía de la voluntad y establezca la posibilidad de que cada Sociedad determine en su estatuto la forma de convocatoria, para así garantizar la seguridad jurídica.

Coincido con Prono²⁴ en que, para una futura reforma de la ley de sociedades debe preverse una estructura diferenciada para la sociedad anónima cerrada o “de familia” y otorgarles mayor autonomía de la voluntad a los socios para delinear los estatutos.

Por último, cabe señalar que, la dicotomía de procedimientos de convocatoria a asambleas descripta precedentemente, podría concluir, con una reforma legislativa, que recepte las necesidades hasta aquí mencionadas y adapte sus preceptos a las características principales de la Sociedad a la que se aplica.

²³ Ley 1/2012, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, Boletín Oficial del Estado, España, 23/06/2012.

²⁴ PRONO, PATRICIO M., ob., cit., p. 615.

EL RECONOCIMIENTO DEL COVID-19 COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL NO LISTADA EN EL ÁMBITO DE LAS COMISIONES MÉDICAS

ASPECTOS PROCEDIMENTALES

THE RECOGNITION OF COVID-19 AS AN OCCUPATIONAL DISEASE NOT LISTED IN THE SCOPE OF THE MEDICAL COMMISSIONS.

PROCEDURAL ASPECTS

Khalil H. Ilarrescape Majluf*

Sumario: I. Introducción. I. a. Marco normativo en torno al sistema de riesgos del trabajo. II. Desarrollo. II. a. Consideraciones generales sobre el procedimiento ante las Comisiones Médicas. II. b. Enfermedades profesionales. Listadas y no listadas. II. c. El Covid-19 como enfermedad no listada. II. d. Decretos 367/2020, 39/2021 y 413/2021. II. e. El panorama post – pandemia. II. f. Procedimiento para su reconocimiento. III. Conclusión. IV. Bibliografía.

Resumen

Las Comisiones Médicas, a pesar de las numerosas críticas y planteos de inconstitucionalidad, han vuelto; y por lo que los hechos vienen demostrando, con intención de instaurarse en nuestro sistema de riesgos del trabajo por un lapso prolongado. Nos encontramos frente a un nuevo sistema “mejorado”, en el que se pregona una mayor celeridad y eficiencia en el trámite de las contingencias laborales, aunque la realidad dista bastante de lo que la aparente intención de la norma busca consolidar.

En este contexto, se suma una nueva variable: la pandemia de COVID-19; que ha revolucionado numerosos aspectos de la cotidianeidad, las relaciones interpersonales y, en lo que nos atañe, los procedimientos relativos a los trámites jurídicos que acostumbramos llevar adelante.

* Abogado, Diplomado en Derecho Colectivo del Trabajo, Maestrando en Derecho (UNS).

Durante el presente trabajo, realizaremos una esquematización y conceptualización de lo que conocemos como Comisiones Médicas, para adentrarnos luego en el análisis de la contingencia COVID-19 como una enfermedad profesional no listada, enunciando las particularidades del trámite y las novedades que fueron surgiendo al respecto desde la instauración del ASPO, hasta la flexibilización paulatina en la que nos encontramos a la fecha.

Palabras clave: Comisiones Médicas – COVID-19 – riesgos del trabajo – enfermedad profesional – enfermedad presuntivamente no listada - cmc

Abstract

The Medical Commissions, despite critical criticisms and claims of unconstitutionality, have returned; and, based on what the facts have been showing, with the intention of establishing themselves in our occupational risk system for a long period of time. We are faced with a new “improved” system, which calls for greater speed and efficiency in the processing of labor contingencies, although the reality is far from what the apparent intention of the regulation seeks to consolidate.

In this context, a new variable is added: the COVID-19 pandemic; which has revolutionized many aspects of daily life, interpersonal relationships and, as far as we are concerned, the procedures related to the legal procedures that we usually carry out.

Throughout this work, we will carry out a schematization and conceptualization of what we know as Medical Commissions, to later delve into the analysis of the COVID-19 contingency as an unlisted occupational disease, stating the particularities of the procedure and the novelties that were emerging in this regard from the establishment of the ASPO, to the gradual relaxation in which currently we find ourselves.

Keywords: Medical Commissions – COVID-19 – work risks – occupational illness – presumed unlisted illness – cmc

I. Introducción

I. a. Marco normativo en torno al sistema de riesgos del trabajo.

Es sabido que la relación laboral lleva implícita una serie de derechos y obligaciones que son asumidas recíprocamente por las partes empleadora y traba-

jadora. Estas relaciones nacen, viven y mueren en mayores o menores lapsos temporales, pero cada una de ellas está rodeada de un marco normativo que las protege y las estructura.

Entre todo ese cúmulo de normas protectorias de la relación laboral, encontramos un gran sistema de protección de la parte trabajadora, que se activa cuando con motivo de la relación laboral, el trabajador sufre algún infortunio que le produce un daño. Denominamos a todo este complejo cúmulo normativo, sistema de Riesgos del Trabajo.

Actualmente, y realizando un reduccionismo acorde a las intenciones del presente trabajo, podemos decir que las contingencias laborales se rigen en principio por la Ley de Riesgos de Trabajo 24.557, cuyos objetivos no se encuentran únicamente vinculados a la reparación de los daños, sino actualmente a la prevención, en armonía con distintas leyes y decretos, como la Ley 19.587 de Seguridad e Higiene en el Trabajo; el Dec. 170/96 que reglamenta la Ley 24.557 y colabora en materia preventiva; el Código Civil y Comercial de la Nación; e incluso numerosas resoluciones, entre las que podemos citar a modo enunciativo las siguientes: Res. SRT 20/2018 sobre prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en PyMES; Res. SRT 42/2018 sobre prevención en obras o lugares de construcción; Res. SRT 81/2019 sobre vigilancia y control de sustancias y agentes cancerígenos; Res. SRT. 39/2020 creadora de la Comisión de Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo en la SRT, entre otras.

Como puede verse, el marco normativo es excesivamente extenso y minucioso, por lo que hacer un análisis pormenorizado resulta una labor por lo menos compleja.

A la par de este cúmulo de normas, que buscan prevenir y eventualmente reparar el daño sufrido por el trabajador, debemos analizar aquellas que establecen los procedimientos y mecanismos para hacer valer estos derechos frente al infortunio, y es en este momento en el que las Comisiones Médicas cobran protagonismo. Cuatro años han transcurrido desde la sanción de la Ley 27.348, que insta a las Comisiones Médicas Jurisdiccionales como instancia administrativa de carácter previo, obligatorio y excluyente, para la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo.

Criticadas desde su sanción, las Comisiones Médicas han generado polémica por numerosas circunstancias. El fracaso de su antecesora, la vía recursiva por

la que se pretende garantizar los requisitos de control amplio y suficiente, la relativa gratuidad y la aún más relativa objetividad de los funcionarios que forman parte de ella, son parte de los planteos que pueden oírse constantemente al ponerlas en tema de debate.

A la par de la ley 27.348, y si nuestra intención es comprender cómo funciona el procedimiento ante las Comisiones Médicas, debemos poner nuestra atención en el Dec. 1475/2015; las Resoluciones SRT 525/2015; 298/2017; 899/2017, 19/2018; 33/2018; 38/2020; 40/2020; 10/2021 y 20/2021, enunciación aunque estructural, de carácter meramente enunciativo.

II. Desarrollo.

II. a. Consideraciones generales sobre el procedimiento ante las Comisiones Médicas.

¿Qué debemos esperar a la hora de encarar la defensa de un trabajador que fue víctima de un infortunio laboral? Si bien una respuesta acabada se extendería mucho más que el objeto del presente trabajo, existen algunos puntos a tener en cuenta que nos permite visualizar un panorama del procedimiento que tenemos por delante.

Primeramente, observamos distintas partes involucradas. Por un lado, el trabajador siniestrado, ya sea por un accidente laboral propiamente dicho, por uno “in itinere” (en el trayecto entre la residencia habitual y el lugar de trabajo) o por una enfermedad profesional. Del otro extremo tenemos al empleador, que puede o no estar asegurado, y en virtud de tal circunstancia, encontraremos o no al tercer sujeto involucrado, la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (en adelante, ART). Debemos mencionar también a aquellos “Empleadores Autoasegurados” (en adelante EA), que no necesitan contar con el respaldo de una ART.

Someramente, debemos tener en consideración también, que previamente a iniciar cualquier instancia administrativa, tendremos que transitar por un procedimiento previo a la intervención de las Comisiones Médicas, que implica reclamar las coberturas de carácter médico-asistenciales a la propia ART. Esta etapa se rige básicamente por el Dec. 1475/2015 y las Res. SRT. 298/2017 y 20/2021. El objetivo principal, además de contar con la cobertura médica inmediata imprescindible en cada infortunio, es obtener el alta médica (con la constancia de que queda alguna incapacidad que valorar) o bien un rechazo expreso con el que iniciar alguno de los reclamos previstos en la Ley 27.348 más Res. SRT 298/2017.

Con posterioridad, estaremos en condiciones de comenzar a tramitar el procedimiento previo, obligatorio y excluyente ante las Comisiones Médicas. Plantearemos el trámite que necesitemos en virtud de los previstos por las resoluciones antes mencionadas y, de acuerdo al objetivo previsto en la ley como conclusión “ideal”, intentaremos arribar a un acuerdo con la ART por un monto indemnizatorio, procediendo a su homologación.

En caso de que esto no ocurra, contaremos con la vía recursiva habilitada para acceder ahora sí al ámbito Judicial (dependiendo de la jurisdicción), y resolver la cuestión frente al tribunal competente. Resulta lógico que estas apreciaciones procedimentales son excesivamente laxas, pero nos resultan útiles para entender en qué contexto procederemos a plantear un reclamo vinculado con la contingencia COVID-19.

II. b. Enfermedades profesionales. Listadas y no listadas.

Conocemos como enfermedad profesional a aquella producida por causa del lugar o del tipo de trabajo. En estos casos, el nexo causal debe quedar suficientemente acreditado para gozar de la protección que el sistema de riesgos del trabajo establece.

Hemos mencionado enfermedades profesionales listadas y no listadas. Esto se debe a que existe un Listado de Enfermedades Profesionales enumeradas en el Dec. 658/96, con más sus complementarios y modificatorios. En este listado, se identifican cuadros clínicos, exposición y actividades en las que suelen producirse estas enfermedades y también agentes de riesgo.

Si la enfermedad no se encuentra en el listado, pero estamos en condiciones de acreditar un nexo causal adecuado, la legislación prevé un trámite para su reconocimiento como enfermedad no listada, aplicado al caso concreto. Esto es lo que ocurre con el COVID-19, pero además, esta patología cuenta con un aditivo extra para nada usual, consistente en una valoración presuntiva, como veremos en los siguientes apartados.

II. c. El Covid-19 como enfermedad no listada.

El Poder Ejecutivo Nacional dispuso la emergencia sanitaria en virtud de la pandemia Covid-19, el día 12 de marzo de 2020. Actualmente, el decreto 167/2021 prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2021 tal situación.

En materia de riesgos del trabajo, la regulación de la problemática era imprescindible, ya que el aislamiento y las medidas de prevención, sumado a la distinción entre personal esencial y no esencial, modificó sustancialmente el normal desarrollo de las relaciones laborales.

Siendo el Covid-19 un virus con una alta tasa de mortalidad, resulta lógico su tratamiento dentro de los riesgos del trabajo. A continuación, veremos cómo el ejecutivo se ha encargado del tema, analizando los beneficios, conflictos y desafíos que se nos plantean.

El día 13 de abril de 2020, fue emitido el Decreto 367/2020, que otorgó al Covid-19 el carácter de enfermedad presuntivamente profesional no listada¹. La implicancia de esta caracterización, resulta en la obtención de los mismos efectos que cualquier otra enfermedad profesional no listada, pero como mencionamos en apartados anteriores, con algunas particularidades.

Concretamente, lo llamativo del decreto es el hecho de establecer, mientras dure la emergencia sanitaria, una protección de los trabajadores, conforme el nivel de exposición de acuerdo a las particularidades del ámbito laboral.

El artículo 2 del mentado decreto, impone una imposibilidad de rechazo en cabeza de las ART, frente al trabajador que acredite un diagnóstico confirmado emitido por entidad autorizada, cargándoles la obligación de brindar las prestaciones dinerarias y en especie a su cargo.

A su vez, se realiza una especie de distinción entre trabajadores, privilegiando a algunos que considera esenciales, o mayormente expuestos al contagio, beneficiándolos con la acreditación inmediata del nexo causal entre la actividad que desempeñan y el agente de riesgo, mientras que otra categoría quedará contenida en la presunción, pero deberán probar el nexo causal para que la enfermedad quede acreditada como definitiva. En todo este trámite, interviene en competencia originaria de la Comisión Médica Central, saltándose la intervención de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales.

¹ Decreto 367/2020, ARTÍCULO 1º.- La enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus SARS-CoV-2 se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del apartado 2 inciso b) del artículo 6º de la Ley N° 24.557, respecto de las y los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el Decreto N° 297/20 y sus normas complementarias, y mientras se encuentre vigente la medida de aislamiento dispuesta por esas normativas, o sus eventuales prórrogas, salvo el supuesto previsto en el artículo 4º del presente decreto.

La cuestión de la prueba no debe ser tomada a la ligera, ya que el letrado que tenga la tarea de acreditar el nexo causal, a pesar de la presunción como enfermedad profesional, deberá aportar todo elemento de convicción que permita considerar que las consecuencias incapacitantes, es decir, las secuelas post infección, o incluso la muerte, obedecen a un nexo adecuado con la infección.

Vemos esta tarea un tanto compleja, si partimos de la consideración de que nos encontramos frente a un virus del que aún sabemos muy poco, y día a día nos vemos bombardeados con nuevas presuntas secuelas o efectos post infección, y además, debemos sumar el hecho de que la muerte generalmente se produce por neumonía, entre otras, evidenciado sin mayor dificultad, la complejidad de encauzar al coronavirus como principal agente desencadenante.

II. d. Decretos 367/2020, 39/2021 y 413/2021.

Hemos realizado hasta el momento algunas consideraciones generales sobre el contenido del Decreto 367/2020. Específicamente, entre los sujetos incluidos, se señala a aquellos con dispensa del ASPO.

A su vez, el artículo 4 distingue al personal de la salud y lo diferencia de otros trabajadores esenciales. Para aquellos, se establece el alcance de la norma durante el mantenimiento de la emergencia sanitaria, mientras que para los demás, se mantendrá mientras siga vigente el ASPO.

De todas formas, el Dec. 39/2021 prorrogó hasta el 23 de abril de 2021 la vigencia de la segunda categoría, mientras que el Dec. 413/2021 nuevamente prorrogó tal situación hasta el 31/12/2021, por lo que al momento de escribir este trabajo, la situación se mantiene en iguales condiciones.

Debemos agregar también, que el Decreto 875/2020, amplió el mencionado artículo 4, incluyendo ahora, además del personal de salud, a las fuerzas policiales federales y provinciales que cumplan servicio efectivo.

Por su parte, el decreto 39/2021, extendió el carácter de enfermedad presuntivamente profesional no listada del Covid-19 a todos los trabajadores que cumplan funciones efectivas fuera de su domicilio particular, eliminando la diferencia entre esenciales y no esenciales (aunque todavía se mantiene el privilegio presuntivo del personal de salud y seguridad).

En resumen, y en lo atinente a los efectos prácticos de la distinción entre los distintos trabajadores, aquéllos comprendidos en el art. 4 del Dec. 367/2020, no deberán probar el nexo causal entre su actividad y el contagio del Covid-19.

Por otra parte, los restantes trabajadores, cuentan con una presunción parcial, debiendo acreditar el nexo causal.

Por último, resta señalar la pauta incorporada por el artículo 3, segundo párrafo del Dec. 367/2020, en el sentido de facultar a la Comisión Médica Central a invertir la carga probatoria en favor del trabajador, cuando se constata que existe un número relevante de infectados en un establecimiento de su cercanía o de posible contacto, y del cual se relaciona frente a ciertas actividades que este realiza o con los que se vincula producto de sus tareas, o si acredita la probabilidad cierta de que el contagio pueda deberse a las tareas que se encuentra obligado a ejercer.

II. e. El panorama post – pandemia.

En medio de la transición hacia la relativa “normalidad” durante el año 2022, la reactivación de la actividad privada en forma total, y la paulatina eliminación de los métodos de prevención como el uso de barbijo obligatorio, la cobertura a las trabajadoras y trabajadores por covid-19, en tanto enfermedad profesional no listada, continúa a cargo del sistema de riesgos del trabajo únicamente para el personal de la salud y fuerzas de seguridad federales y provinciales que cumplan servicio efectivo, hasta 60 días corridos después de finalizada la emergencia sanitaria, prevista para el 31 de diciembre de 2022.

Respecto del resto de trabajadoras y trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación personal de la Ley de Riesgos del Trabajo N° 24.557, debido principalmente al esquema de vacunación llevado hasta el momento, con la disminución tanto de los casos activos como de los efectos del virus, la presunción extraordinaria prevista por el régimen normativo mencionado debió finalizar el 31 de diciembre de 2021.

Así, en línea con la postura preponderante del mundo de considerar los contagios caso por caso, cada trabajadora o trabajador que acredite ante las CCMM la relación causal directa e inmediata de la patología con su actividad laboral, mediante el pertinente trámite administrativo establecido por el DNU 1278/00, obtendrá la cobertura del sistema de riesgos del trabajo como enfermedad profesional no listada y recibirá, por consiguiente, las prestaciones previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo N° 24.557.

Cabe destacar que en reunión del Comité Consultivo Permanente -conformado por representantes de los sectores empresarial, gremial y de gobierno- celebradas el 14 de diciembre de 2021, por unanimidad, se aprobó propiciar la inclusión del COVID-19 en el listado de enfermedades profesionales para el personal de la salud en contacto con pacientes que padezcan dicha enfermedad.

La superintendencia de Riesgos del Trabajo, mediante un comunicado de prensa de fecha 14/1/2022, manifestó: *“...Hoy, si bien se verifica que continúan los contagios, el peso de los conocimientos adquiridos durante todo este período permite afirmar que, mientras en un contexto de aislamiento social resultaba razonable considerar a la enfermedad producida por el coronavirus como presuntivamente de carácter profesional, al eliminarse las restricciones de circulación y permitirse la mayor parte de las actividades de tipo social (que se sabe son especialmente propicias a la propagación del virus), la aplicación de esta presunción a cualquier ámbito laboral carece de justificación al verse notoriamente reducida la probabilidad de aseverar indubitadamente, con una base científica de certeza razonable, que el contagio se produjo en el lugar de trabajo...”*.

Entonces, en la medida en que el trabajador entienda que le corresponde el derecho a las prestaciones del régimen de riesgos del trabajo y quisiere reclamar en consecuencia, por supuesto puede hacerlo. Caso contrario, la enfermedad quedará encuadrada como inculpable en los términos del art. 208 LCT, en los plazos y condiciones allí previstas, con la correspondiente consecuencia de poner las cargas remunerativas en cabeza de los empleadores.

II. f. Procedimiento para su reconocimiento.

El procedimiento ante la CMC para obtener el reconocimiento del Covid-19 como enfermedad presuntivamente no listada, se encuentra regulado en la Res. SRT 38/2020. El objeto del procedimiento consiste en convertir la contingencia presuntiva hasta el momento, otorgándole el carácter de definitiva.

El art. 1 Res. SRT 38/2020, modificado por el art. 1 Res. SRT. 10/2021 establece algunos requisitos a acompañar junto a la denuncia de la enfermedad. El art. 2, modificado en igual circunstancia que el 1, admite la posibilidad de que la ART rechace la denuncia, cuestión expresamente vedada por el art. 2 del Dec. 367/2020, previendo un procedimiento ante el Secretario Técnico Letrado para discutir los motivos del rechazo.

Si efectivamente se produce el rechazo, al trabajador no le queda otra opción que iniciar el trámite por “rechazo de enfermedad no listada”, y luego volver a encauzar su pedido vía “Procedimiento ante la comisión médica central para la determinación definitiva del carácter profesional de la contingencia” (Art. 3 Res. SRT 38/2020).

De aceptarse el reclamo, se le da traslado a la ART o EA por 5 días hábiles para contestar y acompañar el informe según pautas del art. 4 Res. SRT 10/2021.

Habiéndose acreditado mediante certificado médico la enfermedad, el trabajador (o sus derechohabientes) se encuentran eximidos de asistir a audiencia médica, pasando el expediente a la CMC para evaluar la relación causal. El análisis se encuentra en cabeza del Secretario Médico Letrado de la Comisión Médica Central (salvo la delegación a los jurisdiccionales por falta de personal).

Por último, respecto del dictamen médico que debe ser emitido dentro de los 30 días hábiles de elevadas las actuaciones, es procedente recurso de reconsideración, o revocatoria, en el plazo de 3 días hábiles, contando la CMC del mismo plazo para resolver. De igual manera, es procedente el recurso de apelación conf. Art. 2, Ley 27.348, con vencimiento en los 15 días hábiles posteriores a la notificación.

III. Conclusión

Luego de realizar un recorrido por las principales normas que regulan el funcionamiento de las Comisiones Médicas, y específicamente el trámite de reconocimiento del Covid-19 como enfermedad profesional presuntivamente no listada, podemos apreciar el enmarañado sistema normativo sobre el que se estructura el procedimiento, que lejos de dotar de celeridad y eficiencia a los trámites, pareciera entorpecerlos aún más.

Resultan ser cuestiones contra las que los letrados deberán combatir mientras subsista la idea latente de la industria del juicio en materia laboral, y continúe la avanzada y las trabas sobre el fuero. De todas formas, no todas son malas noticias. Como hemos visto, el reconocimiento del COVID-19 como enfermedad presuntivamente no listada, con los alcances de las presunciones y la inversión potencial de la prueba ante ciertas circunstancias, resulta ser un buen panorama para que los trabajadores reciban sus prestaciones.

Resta ver como evoluciona esta situación excepcional, y esperar que todo el desarrollo del presente trabajo quede como un mero archivo histórico y no como la materialización de una situación prolongada en el tiempo.

IV. Bibliografía

Molinaro, Matías, “Procedimiento ante Comisiones Médicas”, 2ª ed., *Ed. García Alonso*, 2021.

Perez, Daniel G., “COVID-19: ¿enfermedad profesional o enfermedad inculpable?”, ed. Errepar, 2022, disponible en <https://blog.errepar.com/covid-19-enfermedad-profesional-o-enfermedad-inculpable/>, compulsado el 12/04/2022.

VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INSTITUCIONAL: ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LAS MUJERES TRANS EN CONTEXTOS DE ENCIERRO. SITUACIÓN EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

VICTIMS OF INSTITUTIONAL VIOLENCE: SPECIAL
VULNERABILITY OF TRANS WOMEN IN CONFINEMENT
CONTEXTS. SITUATION IN THE PROVINCE OF BUENOS AIRES.

Julietta Lazarte*

***Sumario:** I. Introducción. II. Análisis preliminar: Las desigualdades y violencias del colectivo LGTBI. Mujeres trans víctimas de violencia institucional. III. Marco normativo: los derechos de las mujeres trans. III.1. Marco normativo internacional. III.2. Marco normativo regional. III.3. Marco normativo nacional y provincial (provincia de Buenos Aires). IV. Violencia Institucional hacia mujeres trans. Situación carcelaria de la provincia de Buenos Aires. IV.1. El caso de Mónica Mego. V. Algunas propuestas sobre políticas públicas. VI. Conclusiones.*

Resumen

En el presente trabajo se estudiará la situación de las mujeres trans encarceladas, debido a la mayor vulnerabilidad que presentan. Asimismo, se analizará el marco normativo nacional e internacional aplicable y la violencia institucional sufrida por dichas mujeres en la provincia de Buenos Aires.

Palabras claves: Mujeres- Mujeres trans- LGBTI- Violencia institucional- Encarcelamiento.

*Abogada, Especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional del Sur. Docente del Departamento de Derecho Universidad Nacional del Sur.

Abstract

This paper studies the situation of incarcerated trans women, due to their greater vulnerability. Likewise, the applicable national and international regulatory framework and the institutional violence suffered by these women in the province of Buenos Aires will be analyzed.

Keywords: Women- Trans women- LGBTI- Institutional violence – Imprisonment

I. Introducción

A nivel mundial, el encarcelamiento de mujeres está creciendo a un ritmo alarmante: entre 2000 y 2017, la población carcelaria femenina aumentó en un 53.3 por ciento, mientras que la de los hombres aumentó en un 19.7 por ciento.

Se considera que el enfoque represivo de las políticas de drogas es la principal causa de encarcelamiento de mujeres en América Latina, ocasionando consecuencias desproporcionadamente negativas para las mujeres, sus familias y sus comunidades.

Dentro de ese colectivo de mujeres privadas de libertad hay grupos que presentan mayores vulnerabilidades o necesidades especiales, las personas LGBTI. Históricamente, las mujeres trans han sido sujetas a la discriminación, la criminalización, la violencia institucional, en todas las regiones del mundo. Las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex (LGBTI), integran un grupo vulnerado con altos índices de padecimiento de violencia y con importantes barreras en el acceso a derechos, en base a pretextos basados en su orientación sexual, identidad y/o expresión de género.

La Comisión Interamericana considera que el reconocimiento de derechos de las personas LGBTI es un factor fundamental para alcanzar la igualdad, dignidad y no discriminación, así como para combatir la violencia a que estas personas están sometidas, con el fin de construir o alcanzar una sociedad más justa.

Asimismo, la CIDH entiende que, por lo general, el reconocimiento jurídico proporcionado por leyes que garantizan derechos y deberes, ocurre usualmente como consecuencia del reconocimiento conferido previamente por la sociedad. Sin embargo, el reconocimiento y protección de los derechos humanos, no se puede supeditar a la aceptación social. En este sentido, de conformidad con los principios de igualdad y no discriminación consagrados en el marco jurídico

interamericano, la ausencia de reconocimiento social no puede ser utilizada como argumento para justificar la violación de los derechos humanos de las personas LGBTI. Por el contrario, los Estados tienen la obligación de diseñar e implementar proyectos que busquen cambios culturales con la finalidad de garantizar el respeto y la aceptación a las personas cuya orientación sexual, la identidad de género –real o percibida–, o cuyas características sexuales difieren de los patrones mayormente aceptados por la sociedad.

En este sentido, la Comisión Interamericana entiende que no reconocer la existencia de las personas LGBTI y privarles de la protección que todas las demás personas tienen, las deja en una situación de absoluta vulnerabilidad a las diversas formas de desigualdad, discriminación, violencia, y exclusión¹.

En esta misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) afirmó que las personas que conforman el colectivo LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales².

Y a su vez, la Organización de Naciones Unidas (ONU), junto con la Organización de Estados Americanos (OEA) han expresado que resultan preocupantes los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, que se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género, condenando enérgicamente los actos de violencia, las violaciones a los derechos humanos y todas las formas de discriminación a causa o por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género³.

¹ OAS/Ser.L/V/II.170 Doc. 184 7 diciembre 2018 CIDH “Avances y Desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas”.

² Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH, SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2012, párrs. 92 y 267

³ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Resolución 17/19 de 14 de julio de 2011, A/HRC/RES/17/19. Véase también Resoluciones 32/2 de 15 de julio de 2016, A/HRC/RES/32/2, y 27/32 de 2 de octubre de 2014, A/HRC/RES/27/32. Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, 17 de noviembre de 2011, A/HRC/19/41.OEA, Resoluciones de la Asamblea General: AG/RES. 2908 (XLVII-O/17), Promoción y protección de derechos humanos, 21 de junio de 2017; AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), Promoción y protección de derechos humanos, 14 de junio de 2016; AG/RES. 2863 (XLIV-O/14), Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 5 de junio de 2014; AG/RES. 2807 (XLI-O/13) corr.1, Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género, 6 de junio de 2013; AG/RES. 2721 (XLII-O/12), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2012; AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 7 de

Desde este enfoque de derechos humanos, sobre la base de los principios de igualdad y no discriminación, desarrollaré las razones y motivos por los que considero que las mujeres trans revisten una especial situación de vulnerabilidad como víctimas de violencia institucional en contextos de encierro.

Desarrollaré el marco normativo nacional e internacional para la tutela y garantía de sus derechos. Si bien nuestro país cuenta con una legislación amplia y suficiente para la protección de derechos del colectivo LGTBI⁴, persisten prácticas sistemáticas de discriminación y violencia, máxime por parte de agentes estatales en ejercicio de sus funciones. La provincia de Buenos Aires no escapa a esta realidad, resultando el sistema carcelario la expresión más brutal de la violencia ejercida sobre la integridad personal y los cuerpos de las mujeres trans, a quienes no se les brinda alojamiento ni tratamiento adecuado respetuoso de su identidad de género, que declama un especial tratamiento y abordaje.

Finalmente se concluirá sobre la necesidad de implementar con urgencia políticas públicas dentro de la estructura carcelaria de la provincia de Bs.As., con el fin de mejorar cualitativamente el abordaje penitenciario de la población trans. Ello, no sin reafirmar que el único medio efectivo de protección y no discriminación será el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, aquellos históricamente negados al colectivo LGTBI, ventana hacia el desarrollo de una vida digna y sin violencia.

II. Análisis preliminar: Las desigualdades y violencias del colectivo LGTBI. Mujeres trans víctimas de violencia institucional.

La violencia y la discriminación contra niñas, niños y jóvenes trans inicia a temprana edad, ya que generalmente son expulsados de sus hogares, colegios, familias y comunidades, como consecuencia de expresar sus identidades de género diversas.

Las mujeres trans a menudo enfrentan situaciones de pobreza, exclusión social, violaciones de sus derechos a la educación, el empleo, la salud y la vivienda; estigma, discriminación y transfobia; violencia y abuso sexual y físico. Estos

junio de 2011; AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 8 de junio de 2010; AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 4 de junio de 2009, y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, 3 de junio de 2008.

⁴ Ley de Identidad de Género, Ley contra Discriminación, Ley de Matrimonio Igualitario, y recientemente Ley de cupo laboral trans.

factores las conlleva, a menudo, a trabajar en economías informales altamente criminalizadas, como el mercado de drogas, el trabajo sexual o el sexo por supervivencia. Como consecuencia, son perfiladas por la policía como “peligrosas”, haciéndolas más vulnerables al abuso policial y a ser encarceladas.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2013 decidió crear la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI) con el propósito de dar atención especializada al trabajo de la CIDH en materia de promoción y protección de los derechos de las personas LGBTI en las Américas.

Esta oficina relevó la situación en la región y confeccionó el informe sobre “*Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*”; donde detalla este fenómeno y formula, además, recomendaciones a los poderes del Estado⁵. En dicho informe, la CIDH explica que:

La violencia, los prejuicios y la discriminación prevalentes en la sociedad en general y al interior de la familia, disminuyen las posibilidades de las mujeres trans de acceder a educación, servicios de salud, albergues seguros y al mercado laboral formal. En consecuencia, la falta de vivienda y la exclusión de la educación y del mercado laboral formal, vuelve a las personas trans más susceptibles de ser sometidas a diversas formas de violencia. La violencia contra las personas trans, particularmente las mujeres trans, es el resultado de la combinación de varios factores: exclusión, discriminación y violencia en el ámbito de la familia, de la educación y de la sociedad en general; falta de reconocimiento de su identidad de género; involucramiento en ocupaciones que las ponen en un riesgo más alto de violencia; y alta criminalización. Organizaciones latinoamericanas informan que la expectativa de vida de las mujeres trans en la región es de 30 a 35 años de edad. Según la información estadística recolectada por la CIDH, 80% de las personas trans asesinadas durante un período de 15 meses tenía 35 años de edad o menos. La CIDH ha recibido informes consistentes que demuestran que las mujeres trans que ejercen trabajo sexual son particularmente vulnerables a la violencia en su entorno comunitario, inclusive de asesinatos cometidos por personas individuales, sus clientes, grupos ilegales armados o pandillas⁶.

⁵ <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

⁶ Informe de la CIDH “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América” OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36 12 noviembre 2015, párrafo 16.

Asimismo, se observó que existe un fuerte vínculo entre pobreza, exclusión y violencia; las personas LGBTI que viven en pobreza son más vulnerables al perfilamiento y acoso policial, y en consecuencia a tasas más altas de criminalización y encarcelamiento.

Especialmente las y los jóvenes del colectivo carecen de un adecuado acceso a la vivienda, lo que aumenta su riesgo de ser víctimas de violencia policial. Además, se observa que los albergues y hogares comunitarios de cuidado por lo general no son seguros para las personas LGBTI, particularmente para las personas trans y aquellas no conformes con el género.

A ello corresponde agregar que la situación socioeconómica de las personas trans determina la calidad de los servicios médicos que reciben, incluyendo las cirugías de afirmación sexual y otras modificaciones corporales que son necesarias para algunas personas trans en el proceso de construcción de su identidad. Esta circunstancia resulta determinante en el desarrollo personal y elección de los medios de vida posibles en un contexto social poco favorable y excluyente.

En Argentina, un informe estatal publicado en el año 2012⁷ evidenció que 83% de las mujeres trans encuestadas habían sido víctimas de graves actos de violencia y discriminación perpetrados por oficiales de policía. Por otra parte, un estudio realizado por organizaciones de la sociedad civil publicado dos años después de promulgada la ley de identidad de género, destacó que las mujeres trans se sienten más seguras en espacios públicos, y que los abusos de la policía contra personas trans habían disminuido. No obstante, varias fuentes indican graves incidentes de abuso policial contra personas LGBTI, en particular mujeres trans, con alta frecuencia en varias provincias argentinas.

Asimismo, organismos internacionales de protección de derechos humanos han constatado numerosas violaciones en nuestro país a los derechos del colectivo LGTBI, señalando que:

Hay una implementación negativa de determinadas leyes, como la Ley de Estupefacientes y la Ley contra la Trata de Personas, que se utilizan en las políticas por los agentes de las fuerzas del orden para llevar a cabo amplias campañas de aplicación de la ley, que afectan en particular a las personas transgénero y se realizan sin las debidas garantías procesales, lo que, en ocasiones, está vinculado a la corrupción. Muchos códigos de faltas y con-

⁷ INDEC. Primera Encuesta Sobre Población Trans 2012 (<https://www.indec.gob.ar/micro-sitios/WebEncuestaTrans/encuesta.html>)

travenciones que prohíben el trabajo sexual se utilizan de forma desproporcionada para penalizar a los trabajadores sexuales, por ejemplo, en Buenos Aires, Chaco, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Salta, Tierra del Fuego, Tucumán y Misiones. La Ley 23737 de Tenencia y Tráfico de Estupefacientes tiene un impacto particularmente negativo en las mujeres trans y a menudo se relaciona con la vida en la calle, donde la policía detiene a las personas trans en aplicación de esta Ley⁸.

La provincia de Buenos Aires, que concentra la mayor población del país, registra altísimos niveles de violencia y discriminación en general hacia el colectivo LGTBI, y en particular, hacia las mujeres trans, ello visibilizado aún más en las agencias policiales y de justicia penal. Los actos de violencia, persecución y hostigamiento llevados a cabo por personal policial han consistido básicamente en requisas y desnudez forzosa llevadas a cabo por personal masculino; violencia de terceros incitados por agentes de la policía y/o con encubrimiento policial⁹. Asimismo, se ha verificado el incumplimiento de los derechos establecidos por la ley de identidad de género tanto en los trámites administrativos como judiciales.

Esta realidad se traslada al sistema carcelario bonaerense, escenario de una excesiva vulneración de derechos y violencia que sufren las personas trans y travestis alojadas en alcaldías y unidades penitenciarias.

En dicho sentido el Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires señala cuatro aspectos relevantes;

Alojamiento: en la provincia solo existen dos pabellones destinados a alojar a personas trans que han asumido una identidad femenina y travestis: uno en la Unidad N° 32 de Florencia Varela y otro en la Unidad N° 2 de Sierra Chica. Allí se alojan personas trans y aquellas personas que el SPB identifica como homosexuales. Conviven incluso con imputados y condenados por delitos contra la integridad sexual. Esta clasificación realizada por el personal penitenciario también es una expresión de la persistencia de prejuicios y acciones discriminatorias sobre las personas con identidades de género y

⁸ Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género acerca de su misión a la Argentina A/HRC/38/43/Add.1. 9 de abril de 2018. Párrafo 58.

⁹ Información adicional para la consideración del Informe de Argentina Comité de Derechos Humanos 117º Sesión 20 de junio al 15 de julio de 2016, del Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires (abril 2016)

orientaciones sexuales diferentes a la heteronorma. Asimismo, da cuenta de la inexistencia de definiciones de la política penitenciaria provincial adecuadas a la normativa vigente.

Traslados: en el momento de los traslados, sea a una sede judicial o motivado por el cambio de Unidad Penal, la población trans con identidad de género femenina es trasladada junto a hombres y bajo la custodia de personal de seguridad masculino. Esta situación las expone a distintos niveles de violencia, desde obscenidades y maltratos hasta manoseos e intentos de violación, que impactan en su autoestima y su salud.

Acceso a la salud: la totalidad de las personas trans y travestis entrevistadas han señalado que la detención significó la discontinuidad de los tratamientos hormonales que realizaban en libertad, lo que les provoca afectaciones importantes en su salud física y psicológica. Prohibiciones reglamentarias: existen prohibiciones reglamentarias para introducir a las cárceles de varones el conjunto de elementos que les permite expresar su identidad de género a partir de su apariencia física: desde el atuendo hasta el uso de cosméticos.

Requisas: las requisas individuales a las personas trans y travestis con identidad femenina autopercebida las realiza el personal masculino, muchas veces en presencia de varios de ellos.

Frente a este estado de cosas, seguidamente se analizará el régimen legal aplicable para la tutela de las mujeres trans criminalizadas, y formularé propuestas de políticas públicas pertinentes para la prevención y erradicación de la violencia institucional ejercida sobre ellas.

III. Marco normativo: los derechos de las mujeres trans.

El fundamento jurídico para la protección de las mujeres trans privadas de la libertad no se compone de leyes uniformes ni explícitas sobre esta población o su situación jurídica.

Sin embargo, podemos discriminar normativa internacional, regional y nacional, que resulta aplicable.

III.1. Marco normativo internacional:

Al nivel del derecho internacional de los derechos humanos, la primera línea de protección de la población trans está compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

los cuales reconocen la igualdad de todas las personas y su protección contra la discriminación por cualquier razón.

En materia de protección a personas privadas de la libertad, las principales normas son el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión¹⁰ y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos o Reglas Mandela¹¹.

Cada una de ellas es una guía sobre los requisitos y directrices para el respeto de la dignidad y la protección de los derechos de la población privada de la libertad. Ambas establecen el principio de no discriminación sin distinción alguna.

Asimismo, pesar de las críticas por solo enfocarse en las mujeres cis, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (conocidas como las Reglas de Bangkok) señalan las características específicas y proveen estándares para cubrir las necesidades de las mujeres privadas de la libertad.¹²

Otra norma que integra el marco de protección de las personas privadas de la libertad es la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹³, que establece la prohibición de la tortura—física o mental— durante el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o encarcelamiento.

El marco de protección específico para mujeres trans en el derecho internacional de los derechos humanos incluye la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹⁴ y los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios Yogyakarta)¹⁵.

¹⁰ Naciones Unidas, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (1988).

¹¹ Naciones Unidas, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela, 2015).

¹² Naciones Unidas. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok, 2010).

¹³ Naciones Unidas, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1987).

¹⁴ Naciones Unidas, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1981).

¹⁵ Naciones Unidas, Principios Yogyakarta (2007).

La CEDAW reconoce el enfoque diferenciado que viven las mujeres y compromete a los Estados firmantes a implementar estrategias para prevenir la violencia y garantizar a las mujeres una vida sin discriminación. Este acuerdo de las Naciones Unidas tiene carácter vinculante, lo que obliga a todos los Estados firmantes a implementar la Convención, y tiene un Comité destinado a la vigilancia de su aplicación.

Los Principios Yogyakarta son un conjunto de 29 principios propuestos por un grupo de expertos en derechos humanos en 2006, refieren a cómo se aplica la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género.

Los Principios ratifican estándares legales internacionales vinculantes que los Estados deben cumplir. Frente a las graves violaciones a los derechos humanos del colectivo LGTBI tales como asesinatos, tortura y maltrato, ataques y violaciones sexuales, invasión a la privacidad, detenciones arbitrarias, negación de oportunidades de empleo y educación, y grave discriminación en relación al goce de otros derechos humanos Naciones Unidas ratifica la obligación de los Estados de garantizar la efectiva protección de todas las personas contra toda discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género.

En virtud de que la respuesta internacional ha sido fragmentaria e inconsistente, los Principios de Yogyakarta explican de manera consistente el régimen legal internacional de derechos humanos en su totalidad y de cómo éste se aplica a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género, mediante ellos se pretende conceptualizar la naturaleza, el alcance y la implementación de las obligaciones de derechos humanos contraídas por los Estados.

Cada uno de los Principios va acompañado de recomendaciones detalladas a los Estados, sin embargo, se subraya que todos los actores tienen responsabilidad de promover y proteger los derechos humanos. Por lo tanto, se hacen recomendaciones adicionales dirigidas al sistema de derechos humanos de la ONU, a instituciones nacionales de derechos humanos, a los medios, a las organizaciones no gubernamentales y a otras instancias.

Considero relevante mencionar sintéticamente aquel piso mínimo de protección y derechos que se sustentan en los Principios de Yogyakarta:

- El derecho al goce universal de los derechos humanos, a la no discriminación, y a la personalidad jurídica: en los Principios 1 al 3 se describe el principio de universalidad de los derechos humanos y el de su aplicación

- a todas las personas sin discriminación, así como el derecho de toda persona a ser reconocida ante la ley (por ejemplo: las leyes que penalizan la homosexualidad violan el derecho internacional de no discriminación).
- El derecho a la seguridad humana y personal: los Principios 4 al 11 abordan varios derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, a vivir sin violencia y sin tortura, a la privacidad, al acceso a la justicia y a no ser detenido/a arbitrariamente.
 - Derechos económicos, sociales y culturales: los Principios 12 al 18 establecen la importancia de la no discriminación en cuanto al goce de los derechos económicos, sociales y culturales; esto incluye la no discriminación en el empleo, en el acceso a la vivienda, a la seguridad social, a la educación y a los servicios de salud.
 - Derechos de expresión, opinión y asociación: los Principios 19 al 21 subrayan la importancia de la libertad de expresarse, expresar la propia identidad y la propia sexualidad, sin interferencia del Estado sin importar la orientación sexual y la identidad de género; esto incluye el derecho a participar en asambleas y eventos públicos pacíficos y a asociarse en comunidades con otras personas.
 - Libertad de movimiento y derecho a recibir asilo: los Principios 22 y 23 subrayan los derechos de las personas a solicitar asilo en caso de padecer persecución por su orientación sexual e identidad de género¹⁶.
 - El derecho a participar en la vida cultural y familiar: los Principios 24 al 26 versan sobre el derecho de las personas a participar en la vida familiar, en los asuntos públicos y en la vida cultural de su comunidad, sin discriminación por su orientación sexual o identidad de género.
 - Derechos de los defensores de derechos humanos: el Principio 27 reconoce el derecho a defender y promover los derechos humanos sin discriminación por orientación sexual e identidad de género, así como la obligación de los Estados de garantizar protección a los defensores de derechos humanos que trabajan estos temas.
 - Derecho a recursos legales, reparaciones y responsabilidad penal: los Principios 28 al 29 ratifican la importancia de responsabilizar penalmente a los violadores de derechos y de garantizar que se otorguen reparaciones legales apropiadas a las personas cuyos derechos han sido violados.

¹⁶ La protección y estatus de refugiado deberá otorgarse a personas que enfrentan fundados temores de ser perseguidos por su orientación sexual (pautas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados).

Resumiendo, según estos principios, los derechos de la población LGBTI al interactuar con el sistema de justicia penal incluyen: 1) el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; 2) el derecho a la seguridad personal; 3) el derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente; 4) el derecho a un juicio justo; 5) el derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente; y 6) el derecho de toda persona a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

III.2. Marco normativo regional

Existen cuatro convenciones que proveen protección general a los derechos humanos sin discriminación, incluidos los referidos a la orientación sexual y la identidad de género: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)¹⁷; Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia¹⁸; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará- que reconoce el enfoque diferencial por motivo de género¹⁹; y la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos²⁰.

No obstante, me animo a afirmar que el instrumento jurídico más importante en la materia es la Opinión Consultiva nro. 24/17²¹, por cuanto, en la misma no tan solo se reconoce a la población LGTBI como víctima sistemática de discriminación y violencia, sino que brinda la herramienta más poderosa para su protección, cual es el hecho de reafirmar la necesidad del reconocimiento de su identidad personal, circunstancia que facilita, y resulta ser llave, del acceso a todos sus derechos humanos²².

¹⁷ OAS, Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto De San José) (1969).

¹⁸ OAS, A-69: Convención Interamericana Contra Toda Forma De Discriminación E Intolerancia (2013).

¹⁹ OAS, A-61: Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belém Do Pará” (1994).

²⁰ OAS, Carta Andina Para La Promoción y Protección De Los Derechos Humanos (2002).

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-24/17 24/11/ 17, solicitada por Costa Rica: Identidad de Género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, obligaciones estatales en relación al cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los arts. 1,3,7,11,13,17,18 y 24 de la CADH).

²² La Corte IDH establece que la fijación del nombre, como atributo de la personalidad, es determinante para el libre desarrollo de las opciones que le dan sentido a la existencia de cada persona, así como a la realización del derecho a la identidad, destacando como modelo el artículo 1 de la Ley de Identidad de Género de Argentina (ley n° 26.743).

Mediante este dispositivo legal, que impone a los estados de la región la obligación del reconocimiento de la identidad de género auto-percibido, se pretende superar los diversos obstáculos para el ejercicio del resto de los derechos: acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a gozar de prestaciones estatales, etc.

La OC 24/17 se destaca por considerar a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y por resaltar el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación a una amplia lista de derechos (derechos laborales, relacionados con la seguridad social, derechos de familia, entre otros) de esta población históricamente discriminada y estigmatizada²³.

La Corte IDH describe al contexto relacionado con los derechos de las personas LGBTI, víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales.

Particularmente se destacan allí los informes de Naciones Unidas sobre los abusos por parte de las fuerzas de seguridad y penitenciarias, a la vez que advierte que la violencia no sólo se extiende en el ámbito público, sino que también se encuentra presente en la esfera privada.

Resaltó la importancia de este instrumento, por cuanto coincido sobre el punto que el reconocimiento de la identidad es el puntapié para el acceso al resto de los derechos, y ese acceso es el único que entiendo operará como mecanismo efectivo de prevención hacia las violencias que sufren el colectivo LGTBI, en general, y, en particular, las mujeres trans.

III.3. Marco normativo nacional y provincial (provincia de Buenos Aires):

En Argentina se han sancionado distintas normativas que significaron un avance cualitativo en el respeto a los derechos humanos del colectivo LGBTI, por ejemplo, la Ley de matrimonio Igualitario nro.26.618, Ley de Identidad de Género nro.26.743, Ley de salud mental nro. 26.657, Ley de modificación al Código Penal nro.26.791, y la Ley de Reproducción Asistida nro. 26.086.

²³ Se puntualiza que algunos Estados de la región han reconocido en sus ordenamientos jurídicos internos que la orientación sexual y la identidad de género constituyen categorías protegidas contra los tratos diferentes discriminatorios, citando como ejemplo la Ley argentina contra Actos Discriminatorios (ley nro. 23.592).

No me extenderé en analizar la aplicación de cada una de estas leyes, pero cabe afirmar que estas normas significaron un enorme avance en visibilizar la problemática subsistente respecto a los altos grados de vulnerabilidad de las mujeres trans, y significaron tanto un cambio social como de los organismos del estado en el abordaje y protección de esta población.

En provincia de Buenos Aires, una legislación novedosa y relevante es la Ley de Cupo laboral trans “Diana Sacayán” nro. 14.783, la que fue reglamentada recientemente, en diciembre de 2019. Su decreto reglamentario argumenta que las personas travestis, transexuales y transgénero de argentina se encuentran entre las poblaciones más vulneradas históricamente del país, por lo que padecen persecución, exclusión y marginación sistemáticas, lo cual les genera enormes dificultades para el acceso a la igualdad de oportunidades y de trato y al efectivo goce de sus derechos humanos.

La CIDH afirma que esta ley tiene la capacidad de contribuir no sólo a reducir los niveles de pobreza que enfrentan las personas trans, sino también pueden asistir a reducir el número de asesinatos y actos de violencia policial, en la medida que disminuyan el número de personas travestis, transexuales y transgénero en economías informales criminalizadas contribuyendo, asimismo a derrumbar estereotipos y prejuicios relacionados con la identidad de género²⁴.

Empero la notoria expansión y reconocimiento de los derechos del colectivo LGBTI, aún restan generar mejores y más eficaces mecanismos de inclusión para poder garantizarles el pleno acceso y efectivo goce de sus derechos²⁵.

IV. Violencia Institucional hacia mujeres trans. Situación carcelaria de la provincia de Buenos Aires.

Existen diversas formas de violencia contra personas LGBTI privadas de la libertad, los que incluyen prácticas discriminatorias y humillantes, malos tratos físicos y psicológicos, lo cual conlleva a daños irreparables para esta población.

La falta de reconocimiento de la identidad de género, así como la discriminación y el maltrato por motivo de la identidad de género u orientación sexual

²⁴ <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/122.asp>

²⁵ Considero que la creación en 2019 del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad en nación, como su homónimo en provincia de Buenos Aires, permitirán el desarrollo de políticas públicas con enfoque de género, promoviendo la prevención y erradicación de las desigualdades y violencias por razones de género.

son prácticas frecuentes en las prisiones. La violencia física es sistemática y cotidiana en los establecimientos penitenciarios; el uso excesivo de la fuerza y los abusos -lejos de presentarse como hechos aislados- presentan un carácter constante en los establecimientos de encierro²⁶.

La provincia de Buenos Aires no se encuentra exenta de esta crítica, el sistema carcelario bonaerense revista una absoluta falta de perspectiva de género en el tratamiento penitenciario sobre las personas que priva de su libertad y tiene bajo tutela; esta circunstancia ha tenido por efecto gravísimas violaciones a los derechos humanos del colectivo LGBTI.

La Comisión Provincial por la Memoria de la provincia de Buenos Aires, en su Informe Anual sobre el estado de las políticas penitenciarias²⁷, da cuenta de que en diciembre del año 2019 eran 94 las mujeres trans detenidas en las cárceles de la provincia de Buenos Aires. La mayoría de ellas están alojadas en la Unidad 32 de Florencio Varela. El resto se reparte entre la Unidad 44 de Batán y la Unidad 2 de Sierra Chica.

La población trans en cárceles creció un 36 por ciento entre 2017 y 2018. El 95 por ciento de las detenidas denunció que al menos una vez sufrió malos tratos, violencia verbal o física de las fuerzas de seguridad de las cárceles bonaerenses, lugar donde se registra una triple discriminación por ser travestis, migrantes y pobres.

La ONG OTRANS realizó un seguimiento de causas de personas detenidas en la vía pública por infracción a la ley de estupefacientes, así relevó que solo el 3% de la población total privada de la libertad en el sistema penitenciario bonaerense es extranjera, pero la población de mujeres trans y travestis extranjeras representa el 85% de la población total de mujeres trans y travestis privadas de su libertad. Aquí evidencian el impacto de la doble discriminación. Mayoritariamente son detenidas por aplicación de la ley de estupefacientes, es por ello que los índices se han disparado a partir del año 2005, luego de desfederalización de la persecución penal del narcomenudeo²⁸.

²⁶ Corpora en Libertad, Informe sobre la “Situación de los Derechos Humanos de las Personas LGBT+ Privadas de la Libertad en América” (2018).

²⁷ http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informes anuales/Informe_2019.pdf

²⁸ Informe de “Perfilamiento, detenciones arbitrarias, torturas y muertes de personas trans y travestis en las cárceles de la provincia de Buenos Aires” elaborado por la Organización OTRANS <http://otransargentina.com.ar/servicios/>

El sistema policial y penitenciario de la provincia desconoce la necesidad de un abordaje especializado respecto a las mujeres trans, ello en franca contraposición de lo establecido por la ley 26.743, en cuanto consagra el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme a dicha identidad, a ser tratada de acuerdo con ella y, en particular, a ser identificada de ese modo, en los instrumentos donde se registren su nombre, imagen y sexo.

IV.1. El caso de Mónica Mego

A lo largo del presente trabajo, me ocupe de sistematizar la información disponible respecto a la situación social y de derechos de las mujeres trans, ello con los límites que reviste la materia, en virtud de que se carecen de datos oficiales, y mayoritariamente son las organizaciones sociales y no gubernamentales quienes se han ocupado de recabar la información pertinente.

En tren de visibilizar de manera concreta cuales son las consecuencias de la ausencia de políticas públicas con perspectiva de género, y de cómo las mujeres trans resultan hallarse en situación de extrema vulnerabilidad frente a la violencia institucional en contextos de encierro, me referiré y analizaré un caso puntual de tortura, que tuvo como víctima a Mónica Mego.

Mónica Mego fue detenida a mitad de septiembre del año 2018, acusada de tráfico de estupefacientes. En un principio fue llevada a la Alcaldía Pettinato, en la ciudad de La Plata (Buenos Aires). En ese momento comenzó a notar molestias en la espalda, allí solicitó atención médica y le fue negada, iniciando un camino de violencia, maltrato y abandono. En febrero de 2019 la trasladaron a la Unidad 32 de Florencio Varela; allí su estado de salud comenzó a deteriorarse aún más, Mónica reclamaba incansablemente su asistencia médica, solicitando un urgente traslado al nosocomio local, sin embargo, solo la derivaban al Área de Sanidad del Penal, donde se le suministraba ibuprofeno y paracetamol para mitigar los dolores y la fiebre.

Un informe de la Comisión Provincial por la Memoria da cuenta que los dolores físicos que padecía Mónica le impedían dormir y trasladarse por sus propios medios, sólo recibía asistencia de sus compañeras de pabellón. En la madrugada del 21 de marzo de 2019 Mónica solicitó ayuda a los agentes del Servicio Penitenciario para sentarse en una silla, ya no podía moverse. Ante el reclamo de sus compañeras mediante una huelga de hambre, finalmente trasladaron a Mego al

hospital San Martín, donde tardíamente le fue diagnosticado un foco infeccioso en la médula, lo que tuvo como consecuencia una parálisis irreversible²⁹.

La Comisión Provincial por la Memoria presentó dos Hábeas Corpus por la situación de Mónica y solicitó medidas cautelares a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁰, que extendió a todo el colectivo trans privado de su libertad en la provincia de Buenos Aires.

Este caso pone de resalto la situación de violencia, desigualdad y discriminación que sufren las mujeres trans privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires, el alojamiento de personas trans debe seguir criterios de identidad, seguridad, riesgos y preferencia de la población trans³¹.

Contrario a lo que indican los Principios de Yogyakarta, en la provincia de Buenos Aires no involucran a las mujeres trans en la decisión del alojamiento. Las mujeres trans a menudo son ubicadas en cárceles para hombres, lo cual viola sus derechos de identidad e incrementa el riesgo de violencia sexual.

En algunos casos, las personas trans son segregadas para su custodia, la segregación y el aislamiento no son la forma adecuada de abordar esta vulnerabilidad. Para las personas privadas de libertad que están aisladas o puestas bajo custodia de protección, es difícil acceder a educación, capacitación, recreación, empleo y otros servicios de apoyo disponibles para la población en general. Además, la segregación puede provocar severos episodios de depresiones y el aislamiento puede ser un escenario mortal sin el acompañamiento psicológico adecuado. Las instituciones del sistema judicial no respetan el derecho a la consulta sobre el alojamiento de las personas; así como tampoco acerca del género autopercibido, lo cual produce clasificaciones discrecionales³².

²⁹ “Los médicos constataron que presentaba un absceso epidural por tuberculosis el cual derivó en un síndrome medular que ocasionó un daño severo e irreversible en su salud. Mónica presenta paraplejía, y en razón de esto no podrá volver a caminar, deberá contar con sonda urinaria y utilizar pañales de por vida puesto que ya no controla esfínteres», indica el informe de la CPM presentado ante la CIDH requiriendo medidas de protección para el colectivo trans en las cárceles bonaerenses.

³⁰ <http://www.comisionporlamemoria.org/medidas-cautelares-por-la-desatencion-sanitaria-del-colectivo-trans-en-carceles-bonaerenses/>

³¹ Corpora en Libertad, Informe sobre la “Situación de los Derechos Humanos de las Personas LGBT+ Privadas de la Libertad en América” (2018).

³² Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), Informe Anual 2009: Cárceles de mujeres y cuestión de género (2009).

Asimismo, existe una imposibilidad absoluta de acceder a servicios de salud, tal como lo sufrió Mónica Mego, la atención médica no es la adecuada y carece del reconocimiento de su identidad de género. No se contempla las particularidades del colectivo e incluso las prácticas médicas suelen estar atravesadas por discursos homofóbicos y transfóbicos.

Mayoritariamente las mujeres trans presas han denunciado malos tratos y disconformidad con las prestaciones de salud recibidas, han enfrentado discriminación y discontinuidad de los tratamientos hormonales que realizaban en libertad.³³

La Comisión Provincial por la Memoria denuncia que para el colectivo trans en el encierro el acceso a la salud está mediado siempre por los agentes del servicio penitenciario bonaerense, que utiliza este poder para extorsionar -muchas veces sexualmente- a las detenidas. Como así también que la atención médica es negada por motivos de discriminación, ya sea por parte de los penitenciarios o del personal de salud³⁴.

Esto denota, a su vez, otro de los problemas fundamentales y sistémicos: la falta de profesionales especializados y con formación de género. Por otra parte, en términos estructurales hay dos rasgos característicos del trato discriminatorio como parte de la política de gestión del Servicio Penitenciario Bonaerense; por un lado, incumple la ley 26.743 sobre identidad de género y no tiene en cuenta los trámites de rectificación registral. Por otro lado, la organización penitenciaria de pabellones donde las trans comparten encierro con homosexuales y detenidos por delitos contra la integridad sexual; esta decisión refleja claramente una sanción moral contra lo que consideran una “desviación sexual”³⁵.

Los sucesos en la vida de Mónica Mego, desde que resultó atrapada por el sistema penal, son elocuentemente demostrativos de la violencia institucional de las que son víctimas las mujeres trans.

Más aún, Mego reúne todas las condiciones necesarias para colocarla en ese lugar: mujer trans, pobre, migrante, semianalfabeta, imputada de un delito descontextualizado, toda vez que la venta de drogas muchas veces resulta ser el único medio de subsistencia posible.

³³ PPN, Informe: La situación de los derechos humanos de las personas LGBTI en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal.

³⁴ Informe Anual 2019 CPM “El sistema de la crueldad XIII”, http://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informesanuales/Informe_2019.pdf

³⁵ <http://www.comisionporlamemoria.org/medidas-cautelares-por-la-desatencion-sanitaria-del-colectivo-trans-en-carceles-bonaerenses/>

Las políticas punitivas dirigidas contra las personas trans solo profundizan su trato violento e inhumano, y primordialmente fracasan como mecanismos efectivos de prevención del delito. El estado debe promover la incorporación de la perspectiva de género en las agencias estatales; y desestimar una persecución penal inútil, que fracasa ocupándose de los eslabones más débiles y sustituibles de mercados delictivos complejos³⁶.

V. Algunas propuestas sobre políticas públicas.

En el presente apartado haré referencia a la necesidad urgente de implementar estrategias y acciones que propicien la igualdad y no discriminación de las personas trans, en el convencimiento de que solo mediante un enfoque de derechos humanos se logrará la prevención y erradicación de la violencia que sufren las mujeres trans.

Mediante este trabajo, se pretendió develar los síntomas de la violencia más brutal que se ejerce sobre las mujeres trans, mediante agencias estatales, que a través de una visión sesgada propician su criminalización y prisionización. Y en ese camino, son víctimas de una constante violencia y maltrato, colocando reiteradamente su integridad personal y vida en riesgo.

Es imprescindible que el estado asuma su responsabilidad social e integre a las personas trans a la vida pública, que les reconozca su existencia, sus derechos, sus necesidades, debe sacarlas de la oscuridad de una vida cruel y severa.

Este objetivo solo se logrará si se garantiza el acceso a los derechos mínimos, sociales y culturales, tales como acceso a la educación, salud, trabajo y vivienda³⁷. Resultarán necesarias políticas públicas con abordaje integral e interseccional, para lo cual es menester fortalecer y articular con las áreas de género de los municipios, las provincias y la sociedad civil.

Reducir drásticamente los índices de prisionización de personas trans debiera ser el objetivo, y para ello se requiere descriminalizarlas mediante la propuesta de alternativas de vida alejadas del camino vinculado al delito.

³⁶ Sobre el punto resulta de interés los estudios llevados adelante por autores como Alberto Binder, Esteban Rodríguez Alzueta, Freire y Carrara, sobre el análisis del delito como mercados económicos.

³⁷ A modo de ejemplo: a temprana edad existe expulsión del hogar y abandono de las personas trans; el estado debiera financiar la construcción de casas-refugio, asegurando la integridad personal mediante el acceso a una vivienda.

Paralelamente resultará necesario que el sistema de justicia penal y penitenciario formatee sus prácticas, y adquiera herramientas, alternativas, con perspectiva de género. Es un largo camino para recorrer en este sentido, y aconsejo como primera medida que se capaciten a los agentes del estado como así también se apliquen sanciones o apartamiento en sus funciones de aquellos que persistan en un trato discriminatorio.

Respecto a la situación carcelaria en provincia de Buenos Aire estimo conveniente no tan solo profundizar la revisión de prácticas sino implementar medidas coherentes con un paradigma respetuoso de la diversidad.

En un reciente informe, elaborado por distintas organizaciones defensoras de los derechos humanos y por la Procuración Penitenciaria de la Nación³⁸, se han propuesto algunas recomendaciones sobre políticas penitenciarias que contemplen la diversidad de género:

- - En el ingreso al sistema carcelario: proporcionar información a la persona privada de la libertad con el fin de que conozca sus derechos y obligaciones dentro de prisión, con el fin de garantizar la protección de su dignidad, orientación sexual, identidad y expresión de género. Garantizar que las mujeres trans puedan tomar decisiones relativas al espacio de alojamiento durante la privación de la libertad.
- - Durante la estadía en prisión: respetar la orientación sexual, identidad y expresión de género de las mujeres trans privadas de libertad, garantizando el derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación.
- Promover la sensibilización y capacitación permanente de lo/as operadores penitenciarios y el resto de los actores y funcionario/as del sistema de justicia en orientación sexual, identidad y expresión de género. Estas capacitaciones deberían ser coordinadas con las organizaciones de la sociedad civil especializadas y con experiencia en el tema y con la participación activa de mujeres trans.
- Evitar el uso de la segregación y/o la custodia protectora, excepto en casos de graves amenazas a la seguridad física de la persona.
- Promover y facilitar el ingreso de organizaciones de la sociedad civil LGBTI a los centros penitenciarios para la promoción de programas, talleres, charlas, así como otras iniciativas que atiendan a las necesidades del colectivo.
- Garantizar que las mujeres trans tengan acceso adecuado a la salud inte-

³⁸ https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/04/Mujeres-trans-privadas-de-libertad.-La-invisibilidad-tras-los-muros_Final-8.pdf

- gral y consejería apropiada a sus necesidades y particularidades. Se deberá asegurar la continuidad de los tratamientos hormonales y la cirugía de reasignación, cuando sea elegida por las mismas.
- Realizar diagnósticos oficiales, en colaboración con organizaciones de la sociedad civil, sobre las condiciones de vida del colectivo trans dentro del sistema penitenciario y luego de que son puestas en libertad.
 - - Durante el proceso de egreso: Implementar programas y trabajar con organizaciones de la sociedad civil -promoviendo alianzas estratégicas con el sector privado cuando sea oportuno- para garantizar el acceso al trabajo, desarrollo, salud, vivienda, educación a personas que han estado privadas de la libertad.

Estimo que varias de estas propuestas resultan absolutamente aplicables a mediano y corto plazo dentro de la estructura carcelaria de la provincia de Bs.As., lo que implicaría una mejora cualitativa en el abordaje penitenciario de la población trans. Asimismo, insisto en la necesidad de un trabajo coordinado entre las distintas áreas de gobierno de la provincia tales como Servicio Penitenciario y la Subsecretaría de Políticas de Género y Diversidad Sexual.

VI. Conclusiones.

Las mujeres trans en argentina sufren el riesgo permanente de ser criminalizadas, ello, por cuanto existen leyes y políticas criminales carentes de perspectiva de género, con una clara postura discriminatoria y excluyente.

Al Estado le corresponde la obligación de diseñar políticas públicas de protección y especial consideración del colectivo LGTBI, atento su mayor vulnerabilidad en ser alcanzado por el sistema penal.

Idealmente sería recomendable ofrecer herramientas no punitivas a las personas trans, para el desarrollo libre de su identidad y el pleno ejercicio de derechos sociales, económicos y culturales. Ante una situación donde la privación de libertad resulte inevitable, una opción recomendable es el otorgamiento de medidas alternativas a la prisionización, como sería el arresto domiciliario, ello teniendo en cuenta las historias y trayectorias de vida de las mujeres trans, el carácter excepcional de la situación de vulnerabilidad que viven en las cárceles, motivos de salud, la exposición a la violencia y la falta de perspectiva de género y diversidad sexual en el sistema carcelario.

Empero, insisto, este trato cruel, inhumano y degradante del sistema penal y carcelario hacia las personas trans son la punta del iceberg; son la muestra más brutal y terrible de una vida plagada de violencias, tanto en el ámbito público como privado.

Revertir este escenario demanda una deconstrucción social, transformarnos en una sociedad más tolerante y respetuosa de la diversidad.

Estimo auspicioso la reciente publicación por parte el gobierno nacional de un Plan Nacional de Acción Contra las Violencias por Motivos de Género (2020-2022) donde se declama por un abordaje integral e interseccional, ya no solo concentrado en la atención de la emergencia, sino en la modificación de las condiciones estructurales que afectan a las personas en situación de violencias por motivos de género.

Allí se formulan distintas propuestas de gobierno, sus ejes de acción, el presupuesto necesario, control y monitoreo³⁹. Reconoce la necesidad de impulsar políticas que permitan crear condiciones materiales para que las personas y grupos más afectados por las violencias de género, puedan desarrollar un proyecto de vida autónomo.

Este nuevo plan, reafirma lo que postulo: el acceso a la vivienda, a la educación, a la salud, la formación laboral y al empleo regular, son la respuesta a una problemática que demanda acciones de protección integral.

Concluyo, en este proceso, será necesario que el Estado asegure y promueva políticas públicas que desestimen las violencias, deconstruyendo y transformando patrones sociales y culturales que moldean los estereotipos, las identidades y las relaciones entre los géneros. Y esta tarea, solo será posible mediante la articulación de acciones de prevención que promuevan la igualdad y no discriminación, ello orientado a los medios de comunicación, organizaciones, escuelas, ámbitos de salud y espacios culturales; no observo otro camino para lograr ésta imprescindible transformación social.

³⁹ Plan Nacional de Acción Contra las Violencias por Motivos de Género (2020-2022). Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación.

LA PANDEMIA Y LA IMPORTANCIA DEL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES¹ EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

THE PANDEMIC AND THE IMPORTANCE OF THE USE OF INFORMATION AND COMMUNICATIONS TECHNOLOGIES IN CASES OF GENDER VIOLENCE.

Melina Schwab*
Gimena Hernandez**

***Sumario:** I. Introducción. II. Contexto sociocultural. III. El Advenimiento de las nuevas tecnologías en los casos de violencia de género. IV. Perspectiva de género y TICs aplicadas a medidas concretas. V. Marco normativo. VI. Reflexiones finales.*

Resumen

Durante los últimos años el uso de la tecnología ha tomado mayor envergadura, el poder judicial no ha quedado fuera de su impacto por ello en el presente trabajo se pretende realizar un análisis de los conflictos que ha traído la pandemia respecto de las mujeres y niñas víctimas de violencia de género y el rol que ha jugado la tecnología en este contexto, así como también las novedosas formas de efectuar comunicaciones por fuera de los medios previstos en la ley.

Palabras clave: Tecnología – Violencia de Genero – Pandemia – Comunicaciones –TICs.

¹ En adelante, TICs. Debemos entender por TICs al conjunto de tecnologías desarrolladas en la actualidad para una información y comunicación más eficiente, las cuales han modificado tanto la forma de acceder al conocimiento como las relaciones humanas.

* Abogada (UNS), Ayudante de docencia (Departamento de Derecho UNS).

** Abogada (UNS), Docente e Investigadora (UNComa).

Abstract

Technologies have been expanded in recent years and the judiciary has not been left out of their impact. In this paper, an analysis is made of the conflicts that the pandemic has brought with respect to women and girls who are victims of gender-based violence and the role that technology has played in this context, as well as the new ways of communicating abroad of the means provided by law.

Keywords: Technology - Gender Violence - Pandemic - Communications - ICTs.

I. Introducción

Hacia fines del siglo pasado estallaba un nuevo paradigma tecnológico y de su mano nacía una nueva sociedad, que comúnmente denominamos “sociedad de la información”². El advenimiento de las nuevas tecnologías ha significado un alto impacto en el quehacer humano; éste último utiliza las ventajas y beneficios que proveen los avances tecnológicos trayendo consigo un sinfín de reflexiones sociológicas, económicas, financieras, psicológicas, y entre ellas, jurídicas, no encontrándose el derecho incólume frente al reto que plantea la informática en los tiempos que corren.

A su vez, la situación epidemiológica actual ha acelerado distintos procesos de digitalización y ha obligado al mundo entero a aggiornarse producto de las exigencias propias de una pandemia, de manera que los estados –en todas sus formas- se han visto forzados a generar cambios que en muchos de los casos han producido una buena cosecha como en el caso que aquí nos interesa.

En este estado de cosas los desafíos que surgen para el derecho son múltiples; el que aquí nos ocupa es aquél que involucra el uso de las TICs como medio de celeridad, facilitación y flexibilización de las formas procesales en los casos de violencia de género, sin perder de vista que ante la emergencia sanitaria decretada los casos de violencia de género han aumentado y los contextos en los que se encuentran las víctimas se han vuelto más hostiles³ agudizando la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

² IUALE, Corina A. y ARRUÉ, Federico D., “El derecho y la sociedad de la información: reflexiones”, 1ª edición, Bahía Blanca, Ed. EdiUNS, 2016, p. 36.

³ <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>

En definitiva, el uso de medios tecnológicos ha de favorecer la tutela efectiva y eficiente en los casos de violencia de género que pudiesen existir, pues la notificación al victimario en el domicilio real resulta obsoleta no sólo ante la situación endémica que se vive sino porque en la mayoría de los casos el domicilio del agresor coincide con el domicilio de la víctima y va de suyo que eso no puede más que agravar el contexto de violencia *in situ*.

II. Contexto sociocultural

Durante el 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró al Covid-19 como pandemia por su gravedad y altos niveles de propagación en los diferentes países del mundo⁴. En Argentina, durante el mismo año, el Poder Ejecutivo Nacional estableció mediante el dictado del decreto 260/2020, la emergencia pública sanitaria por el plazo de un año a partir de su publicación en el Boletín Oficial⁵. Luego de esta normativa se fueron dictando distintos decretos y resoluciones procurando moderar los efectos de la pandemia, con medidas como la prohibición de circular, salvo que se tratare de trabajadores/as de ciertas actividades consideradas esenciales.

En el contexto de pandemia, a nivel mundial, las situaciones de violencia de género se han incrementado, como así también el peligro de sufrirla⁶. Sumado a ello, las medidas de bloqueo que contribuyen a morigerar la propagación del virus, coloca a mujeres y niñas en la imposibilidad de movilizarse para realizar la denuncia o asesorarse y advertir la situación de violencia que la víctima padece, obstaculizando los recursos que pueden ayudarlas. En América Latina y particularmente en Argentina los casos por violencia de género se han incrementado durante la pandemia⁷.

⁴ Organización Mundial de la Salud, “COVID-19: Cronología de la actuación de la OMS, 27/04/2020, disponible en la web oficial de la página de difusión internacional *Organización Mundial de la Salud* en: <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

⁵ ARTÍCULO 1º- EMERGENCIA SANITARIA: Ampliase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto.

⁶ <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/4/statement-ed-phumzile-violence-against-women-during-pandemic>

⁷ Naciones Unidas, “La Nación y Argentina luchan con la otra pandemia del coronavirus, la violencia de género”, 20/04/2020, disponible en la web oficial de la página de difusión internacional *NACIONES UNIDAS* en: <https://news.un.org/es/story/2020/04/1473082>

III. El Advenimiento de las nuevas tecnologías en los casos de violencia de género

A raíz del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio⁸ se desencadenaron consecuencias en innumerables aspectos sociales, económicos y jurídicos entre otros tantos, pero la que en este trabajo nos convoca se trata del recrudecimiento de la violencia de género a consecuencia del aislamiento pues, para muchas mujeres y niñas ello no significó otra cosa que el confinamiento con el enemigo. De manera que, no sólo las medidas adoptadas favorecieron a que las mujeres que padecían violencia de género se agrave la situación sino, a que muchas mujeres se vieran sometidas a situaciones de violencia con motivo del aislamiento.

Realizando un recuento por los datos recabados por el Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad de la Nación, podemos ver que a partir de los efectos del ASPO, los totales de comunicaciones mensuales de 2020 siempre superaron a los de 2019⁹. En abril de 2020, ya durante el aislamiento, se recibieron un total de 1.739 comunicaciones más (lo que significó un aumento del 23%) que en abril de 2019. En mayo el aumento fue de 2.039 comunicaciones (lo que significó un aumento del 27%), en junio de 1.217 (aumentando un 18%); en julio de 1.859 (un 25% más); en agosto de 1.856 (otro 25% más); en septiembre de 1.048 (un 16% más) y en octubre de 843 (un 16% más)¹⁰.

No obstante, se advierte que durante el primer trimestre de este 2021¹¹, en total se recibieron 3.522 comunicaciones más en comparación con el mismo período del 2020. En la misma línea, se pudo corroborar que la mayor cantidad de comunicaciones recibidas durante este año en comparación con el año anterior también se ve reflejada tanto en el aumento sostenido del promedio diario de comunicaciones como en las variaciones porcentuales.

Todo ello contribuyó a que el Poder Judicial tuviese que salir a dar respuesta a las exigencias que impuso la pandemia que notoriamente no permitían demo-

⁸ En adelante, ASPO.

⁹ Datos que se encuentran en la estadística elaborada por el Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad de la Nación, año 2020, cita *on line*: <https://www.argentina.gob.ar/generos/linea-144/informacion-estadistica>.

¹⁰ *Ibidem*, téngase en cuenta que como la estadística fue elaborada los primeros días de noviembre del 2020 faltan los datos correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2020.

¹¹ Datos plasmados en la estadística elaborada por el Ministerio de las Mujeres, Género y Diversidad de la Nación, año 2020, cita *on line*: <https://www.argentina.gob.ar/generos/linea-144/datos-publicos-de-la-linea-144-ano-2021>.

ras, por el contrario, se aceleraron muchos procesos que venían intentándose años anteriores.

En este sentido y ante la situación de emergencia imperante y de las consecuencias que el ASPO y todas las medidas en relación al aislamiento suponían para aquellas mujeres que se encontrasen padeciendo alguna situación en contexto de violencia de género, resultaba inminente la adopción de disposiciones que disminuyan tal violencia. La Suprema Corte la Provincia de Buenos Aires dictó el 20 de marzo del 2020 la Resolución N° 12/20¹² donde además de prorrogar las medidas cautelares o de protección judicialmente decretadas por situaciones de violencia familiar, de género, etcétera y de habilitar la recepción de denuncias por violencia de género por WhatsApp¹³, en el artículo 4 estableció:

“Art. 4° - Sin perjuicio de las previsiones de la Resolución de Presidencia N° 10/2020, disponer que una vez recibida la denuncia el órgano judicial podrá utilizar los medios telefónicos y telemáticos a su alcance (incluida la aplicación WhatsApp) para informar de manera inmediata a las partes y/o autoridades competentes (...) Todos los actos que se realicen por aquellos medios gozarán de plena validez.”

Del artículo se extrae que las notificaciones que se hagan a través de medios informáticos gozan de plena validez. Así las cosas, bien podría alguien indicar que atento a las características de, por ejemplo, WhatsApp, lo relativo a la validación de identidad del dueño del número o teléfono vulneraría el derecho de defensa, pero lo cierto es que en tanto y en cuanto el destinatario tenga acceso a medios que le permitan recibir y abrir tal notificación, no se presentan inconvenientes. Al mismo tiempo y, más allá de no encontrarse la notificación mediante la plataforma antes mencionada regulada legalmente, debe siempre tenerse como premisa que las formas procesales no tienen un fin meramente solemne, sino que tienden a lograr la eficacia del acto procesal que instrumentan aun cuando no estén reguladas y sea el juez quien lo ordene y en última instancia podrá dirimirse la cuestión en una pericia informática.

¹² Resolución N° 12/20, SCBuenosAires,20/03/2020, *La Ley Online* (TR LALEY AR/JUR/1888/2020 p. 2-3).

¹³ WhatsApp es una aplicación de mensajería instantánea para teléfonos inteligentes (también cuenta con versiones para computadora), propiedad de Meta. La aplicación permite enviar y recibir mensajes mediante Internet, además de imágenes, videos, audios, grabaciones de audio (notas de voz), documentos, ubicaciones, contactos, gifs, stickers, así como llamadas y video-llamadas con varios participantes a la vez, entre otras funciones.

Ante el avance que ha significado el uso de TICs frente al acontecimiento pandémico y en su posteridad, parece forzado negarle validez a una notificación por un medio informático siendo que el coronavirus ha significado un antes y un después en el proceso de digitalización del poder judicial, más aún en casos de violencia de género, donde la víctima se encuentra a merced de su victimario y en el seno de un lugar hostil, ámbito donde entendemos que las formas procesales deben ser atenuadas.

Todo lo expuesto se resume en que la validez del uso de medios informáticos como WhatsApp para notificar al supuesto agresor no puede significar otra cosa que juzgar con perspectiva de género expresada como criterio que permite visibilizar y analizar de una forma distinta aquellas conductas, normas, políticas públicas y demás situaciones entendiendo su impacto diferenciado en las personas, por lo cual esta perspectiva es una herramienta y una categoría de análisis que permite conocer las diferentes dimensiones que abarca la discriminación contra las mujeres y la población LGTBIQ+, y las estrategias necesarias para combatirla¹⁴.

IV. Perspectiva de género y TICs aplicadas a medidas concretas

Como uno de los casos más resonantes relacionados con lo que venimos desarrollando encontramos a un fallo de La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹⁵ de fecha 08 de mayo de 2020, de lo que se sigue que ya estábamos en presencia de los efectos y consecuencias de la situación de emergencia sanitaria. Así las cosas, en oportunidad de dictar sentencia en autos “M., J. L. c. M., D. A. J. s/ denuncia por violencia familiar”, la Cámara revocó la sentencia del Juez de primera instancia que había ordenado que se notifique personalmente al destinatario de una medida de prohibición de acercamiento permitiendo así, que la notificación pueda realizarse tal como había solicitado la recurrente, a través de la aplicación de mensajería WhatsApp mediante la utilización de un teléfono celular de titularidad de la Defensoría General de la Nación.

Para así decidir los jueces como primer argumento tuvieron en cuenta la condición de vulnerabilidad en la que se hallaba la recurrente por su condición de mujer citando la protección constitucional del artículo 75 inc. 23 de la Consti-

¹⁴ MANTILLA FALCÓN, Julissa “Derecho y perspectiva de género un encuentro necesario” Ed. Vox Jurix, Lima, 2016, 1ª ed., p.119.

¹⁵ “M., J. L. c. M., D. A. J. s/ Denuncia por violencia familiar”, CNCiv, Sala I, 08/05/2020, *La Ley Online* (AR/JUR/16057/2020 pp. 1-4)

tución Nacional con el fin de establecer pautas de mayor o menor rigurosidad referidas a las formalidades exigibles, lo que en palabras de Salcedo¹⁶ “ello no es sino un claro ejemplo de lo que significa juzgar con perspectiva de género”.

Entonces entendiendo que debe aplicarse una atenuación de las formalidades y que los medios informáticos resultan ser idóneos para coadyuvar con una justicia eficaz que pueda comunicar y verificar el cumplimiento de las medidas dispuestas en protección de las víctimas involucradas, el tribunal enumeró los elementos habilitantes de la notificación vía WhatsApp; ellas son: a) la situación de altísimo riesgo calificada por el equipo interdisciplinario; b) el hecho de ser una prórroga de una medida ya dispuesta en dos oportunidades anteriores por lo que no resultaba ser una resolución sorpresiva para el destinatario; c) la comprobación de que, pasado un mes y medio, todavía no había sido posible notificar fehacientemente una resolución dictada por el juez de la causa; d) la acreditación por parte del letrado, en términos verosímiles, de que el denunciado se habría comunicado por medio de un mensaje de WhatsApp con la actora; y e) lo decidido por la Corte Bonaerense¹⁷ en cuanto a la utilización de WhatsApp para agilizar la comunicación entre el Poder Judicial, letrados y justiciables en el contexto del ASPO.

A la postre, creemos que este fallo aplicó correctamente el derecho habiendo hecho un análisis conglobado de la normativa aplicable a los casos de violencia de género, entendiendo que más allá del caso concreto es necesario quitar el corset en el que algunos suelen poner a las formas procesales, pues la actividad dispendiosa inútil, en una interpretación contraria al principio *in dubio pro actione*, conlleva necesariamente a una denegación de justicia y de la tutela judicial efectiva de los derechos¹⁸.

V. Marco normativo

En lo que al análisis de la violencia de género respecta, se requiere un enfoque interseccional y contemplativo de los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y de género. Para ello se tendrán en cuenta los instrumentos de derechos humanos del sistema internacional e interamericano, que forman parte del sis-

¹⁶ SALCEDO, Melanie D., “La flexibilización de las normas procesales en el contexto de violencia familiar y de género”, *RCCyC* 2020 (noviembre), 11/11/2020, 51 (AR/DOC/3259/2020, p. 3).

¹⁷ Op. cit., p. 3

¹⁸ DIANA, Nicolás, “El rigor formal como capital simbólico negativo ¿la fuerza de la forma?”, *LA LEY* 31/08/2016, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2591/2016, p. 1.

tema jurídico argentino. El contexto constitucional-convencional lo brinda la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, instrumento que persigue la erradicación de las diferentes formas que adopta la discriminación hacia las mujeres y niñas; así como también, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, donde se reafirman los deberes de los estados miembros para contribuir en la protección de los derechos de niñas y mujeres. Lo nombrado configura una mirada desde los derechos humanos, y brinda herramientas para la protección efectiva de los derechos de niñas y mujeres.

Por su parte, a nivel nacional, la ley 26.485 “Ley de Protección integral a las mujeres”, en línea con los instrumentos de derechos humanos, también aporta definiciones y herramientas para prevenir, sancionar y erradicar los casos por violencia de género en todas sus modalidades.

VI. Reflexiones finales

A la luz de todo lo expuesto cabe ofrecerle al lector algunas conclusiones. Creemos que resulta inminente en los tiempos que corren la utilización de medios tecnológicos como nexo entre la justicia, terceros y víctimas a sabiendas que incrementar los medios para la notificación y/o presentación de denuncias hace una justicia más eficiente.

La tecnología, especialmente el uso de TICs en los casos de violencia de género, cumple un rol transformador para mejorar los procesos judiciales, pues no sólo acerca el aparato de justicia a la víctima, sino que brinda inmediatez y celeridad en la notificación.

El advenimiento del coronavirus abrió un nuevo abanico en materia de notificaciones en casos de violencia de género – consecuente con la normativa nacional e internacional de derechos humanos y con lo que sucede en los hechos-, que esperamos sea tan sólo la punta del iceberg de todo lo que puede generar el uso de TICs en el ámbito jurídico en general y en casos de violencia en particular.

»ENSAYOS«

COVID E INTELIGENCIA ARTIFICIAL: SU INFLUENCIA EN LOS SEGUROS DE AUTOMOTORES

COVID AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: THEIR INFLUENCE IN CAR INSURANCE

Ezequiel Berdini*

***Sumario:** I. introducción. II. La prima del seguro en cuarentena. III. La cotización del seguro de auto. El scoring. IV. Algoritmos de inteligencia artificial y datos masivos. V. El problema de la discriminación. VI. Conclusiones.*

Resumen

El presente ensayo tiene por objeto dar al lector nociones sobre la implicancia que tuvo el Covid en la aceleración del uso de nuevas tecnologías en el mercado asegurador y los desafíos que van a tener que asumir los abogados en protección de los consumidores.

Palabras claves: Covid - seguros - inteligencia artificial – discriminación – consumidor

Abstract

The current essay aims to give the reader knowledge about the impact COVID has had in the quick development of new technologies in the insurance market and the challenges lawyers will have to face to protect consumers.

Keywords: Covid - insurance - artificial intelligence – discrimination - consumer

* Estudiante de Abogacía en Universidad Nacional del Sur (UNS).

I. Introducción

En sus inicios, hace casi 700 años, el seguro nacía en el ámbito de las expediciones marítimas, con una idea de mutualidad, donde entre todos soportaban las pérdidas de uno, donde el riesgo se repartía porque cualquiera podría sufrirlo.

Sin embargo, hoy estamos en una situación diferente, las aseguradoras son sujetos racionales frente a los riesgos, usan estadísticas, fórmulas actuariales y matemáticas para evaluar posibles daños y así obtener el valor que han de cobrarle a los asegurados. Es sabido que las aseguradoras no previeron la pandemia.

En marzo del 2020 cuando comenzó el ASPO (aislamiento social preventivo y obligatorio) como consecuencia del Covid, hubo un gran acatamiento por parte de la población.¹

Esto provocó que mermara la circulación de automóviles, lo que incidió en la baja de accidentes viales. Si observamos los últimos datos publicados por la Superintendencia de Seguros de la Nación (en adelante, “SSN”) es notable la baja de frecuencia siniestral en el primer semestre del año 2020 respecto del periodo anterior.²

La cuarentena, que comenzó siendo por dos semanas, llegó a extenderse durante meses a través de los sucesivos decretos de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo. Entonces, la idea que empezó a surgir fue que, de no circular con un auto, no se debería pagar el seguro obligatorio (art. 68 Ley 24.449) porque no se estaría sujeto a ningún riesgo.

II. La prima del seguro en cuarentena

A pesar de que la cuarentena redujo la circulación y erradicó los accidentes, el valor de las primas no disminuyó. La SSN no emitió comunicado alguno sobre qué hacer con el cobro de los seguros. En un principio los asegurados

¹ “Altísimo acatamiento de la población a la cuarentena: el uso del transporte público cayó más de 80% en todo el país”, Infobae, 05/04/2020, disponible en: <https://www.infobae.com/economia/2020/04/05/altisimo-acatamiento-de-la-poblacion-a-la-cuarentena-el-uso-del-transporte-publico-cayo-mas-de-80-en-todo-el-pais/>

² Superintendencia de Seguros de la Nación, “Informe de desarrollo de siniestros al 30/06/2020” (consultado el 12/07/2021, pp.4-17), disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ssn_20192020_desarrollo_siniestros_automotores_anexo.pdf

continuaron pagando y luego cada compañía tuvo a su arbitrio el manejo de la situación con sus clientes mediante descuentos, congelamientos de precios, etc.³

Daghero entendió que el esfuerzo también debe venir de las compañías y no solo del cliente, ya que ellas se vieron beneficiadas cobrando cuando sabían que no iban a tener que afrontar siniestros en el corto plazo, y cita el artículo 34 de la Ley de Seguros 17.418 donde se expresa que cuando el riesgo ha disminuido, el asegurado tiene el derecho a un reajuste de la prima.⁴

Por el contrario, Compiani entiende que no cabía una deducción en el pago de primas porque los riesgos se calculan por año y el pago en cuotas del seguro es por una cuestión de facilidad en el pago; técnicamente la prima era insuficiente desde hacía años, pero se soslayaba con el superávit financiero de las aseguradoras que se ha visto menguado por la pandemia.⁵

De esta suerte, se podía entender que la relación prima-riesgo que hacían las aseguradoras podría estar desvirtuada y no representaba el valor real que debería cobrarse.

Según datos de la SSN⁶, hay 179 aseguradoras operando en el país, de las cuales 68 comercializan pólizas de autos. Los seguros de responsabilidad civil para automotores son un rubro sumamente atractivo porque son obligatorios y no existen precios mínimos a cobrar, por lo tanto, compiten para captarlos. El hecho de no establecer un mínimo puede ser perjudicial porque las empresas podrían ofrecer precios menores a las primas que deberían cobrar y desbalancear la relación prima-riesgo.

Por supuesto que las compañías saben esto, no son sociedades de fomento, son empresas con fin de lucro y hacen negocios e inversiones con el cobro de las cuotas del seguro por adelantado. No parece haber problema siempre y cuando sus reservas sean suficientes para afrontar siniestros.⁷

³ DAGHERO, Luis A., “La prima del seguro automotor obligatorio ante la prohibición legal de circular: ¿El esfuerzo lo hacemos todos? A colación del COVID-19”, SJA 03/06/2020, 13 (AR/DOC/1649/2020 p.3).

⁴ DAGHERO, op. cit., p.2.

⁵ COMPIANI, María F., “El seguro frente a la pandemia”, LA LEY, 20/04/2020, 1 - LA LEY 2020-B, 1109 (TR LALEY AR/DOC/1067/2020, p.2)

⁶ Superintendencia de Seguros de la Nación, “Distribución geográfica de la producción, ejercicio económico 2020” (consultado el 12 /07/2021), disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/superintendencia-de-seguros/estadisticas/distribucion-geografica>.

⁷ MEILIJ, Gustavo Raúl, “Las inversiones de las aseguradoras”, DCCyE 2012 (diciembre), 01/12/2012, 191 (AR/DOC/5865/2012, pp.1-3).

Entonces, si la relación prima-riesgo está desbalanceada ¿Por qué deberíamos seguir pensando en la idea de mutualidad del seguro automotor? La pandemia no hizo más que profundizar esta idea: que la individualidad es la regla y la mutualidad la excepción.

III. La cotización del seguro de auto. El *scoring*.

Ahora bien, es apropiado, tener una noción de dónde sale la prima que va a cobrar el asegurador a su cliente. Se utilizan fórmulas actuariales, donde se observan los ejercicios pasados, índices de siniestralidad, estadísticas, el automotor en cuestión a asegurar (su valor, si es importado, marca, etc.) y el *scoring* (mecanismo que permite obtener el perfil de riesgo de un individuo en función de sus características) como método de evaluación del riesgo, es decir, si el auto se guarda en garaje, edad del asegurado, ciudad donde vive, cantidad de kilómetros que recorre al año, etc.⁸

Esto nos muestra que las aseguradoras tienen en cuenta las características personales del cliente y del entorno en el que viven. Nuevamente, una cuestión más a tener en cuenta acerca de la individualidad por sobre la mutualidad antedicha en el punto II. De esta manera, tienen una aproximación al potencial asegurado, ya que, a la compañía le es imposible conocer al cliente antes de que contrate la póliza.

Actualmente, en la contratación online, el propio tomador o beneficiario del seguro será quien completará sus datos bajo una modalidad de *autoscoring*.⁹

Hay un fallo interesante en donde la aseguradora opuso el *autoscoring* de un asegurado para evitar el pago por el robo del automóvil¹⁰. En esa oportunidad la empresa alegó que el cliente no guardaba el auto habitualmente en horario nocturno en la cochera como sí lo declaró en los datos requeridos para cotizar. La compañía, en sus facultades de investigación y antes de expedirse sobre el siniestro, pudo probar que efectivamente el asegurado dejaba el auto en la vía pública toda la noche. Sin embargo, la Cámara con buen criterio falló a favor

⁸ FARRÉ, Daniel, “Entrevista al Dr. Carlos José María Facal”, Costos y Gestión 2008-67, 08/07/2008, 80 (AR/DOC/1896/2008, pp. 2-4).

⁹ MAC DONNELL, Eduardo José, “Algunas precisiones acerca del contrato de seguro bajo la modalidad Autoscoring”, RCyS 2012-VII, 226 (AR/DOC/1621/2012, p. 1).

¹⁰ “Urquiola, Eugenia Marta c. HSBC La Buenos Aires Seguros S.A.”, CNCom, Sala A, 30/06/2010, LA LEY 25/11/2010, 6, con nota de GUSTAVO MEILIJ; LA LEY 2010-F, 375, con nota de GUSTAVO MEILIJ (TR LALEY AR/JUR/38215/2010, pp.5-7).

del cliente ya que en la póliza no decía qué excepciones existen al usar la palabra “habitualmente” y se consideró que era una cláusula abusiva.

Este fallo, que es del 2010, ya nos alertaba que una aseguradora va a usar datos individuales por sobre índices generales al momento de tener que pagar los siniestros, lo cual, trayéndolo al presente va a ser un desafío al momento de proteger al consumidor de seguros con sus datos.

IV. Algoritmos de inteligencia artificial y datos masivos.

Ya es un hecho que la tecnología ha alcanzado al mundo del seguro. Las *Insure-tech* están en auge y, por excelencia, Lemonade fue una de las primeras aseguradoras en usar inteligencia artificial (en adelante, “IA”) aplicada a los seguros mediante *chatbots*.

Los algoritmos de IA, junto al subtipo *Machine Learning* y el más avanzado, *Deep Learning* (subtipo de *Machine Learning*) van a ser una herramienta fundamental para la cotización de seguros en un futuro cercano, junto a los datos masivos (*Big Data*), lo cual va a profundizar aún más la individualidad por sobre la mutualidad en el seguro.

Estos algoritmos dependen de datos masivos para su entrenamiento y luego establecen las relaciones que pueden existir entre diferentes variables dándoles un valor distinto al que se podría obtener mediante el uso de fórmulas matemáticas, ya que el algoritmo aprende solo. Es decir, una persona puede suministrar los datos, pero luego, no sabe cómo el algoritmo vincula esos datos.¹¹

La tendencia muestra que las personas podrán pagar un precio adecuado según sus perfiles de riesgo (posibilidad de crear un daño) y que las compañías podrán tener estrategias comerciales, legales y previsionales precisas para con sus potenciales clientes y con sus asegurados.

Hernández dice que “calcular la prima en relación con el tiempo de utilización del rodado, podría constituir una excelente idea a futuro para pólizas emitidas tomando en cuenta esa variable, máxime aun cuando en la actualidad las herramientas tecnológicas para medir la circulación de un rodado se encuentran — literalmente— al alcance de la mano; y servirían no solo para medir el tiempo y la distancia de circulación, sino también para brindar elementos que permitan

¹¹ ZAPIOLA GUERRICO, Martín, “Inteligencia artificial & seguros. Aplicaciones en la actividad aseguradora. Ventajas y desafíos”, LA LEY, 15/06/2021, 1 (TR LALEY AR/DOC/1447/2021, pp.1-3).

realizar certeramente cálculos actuariales.”¹² Esta idea de Hernández fue una excelente oportunidad en tiempos de crisis, donde algunas compañías, durante la cuarentena, promocionaron seguros de automotor que se pagan según el tiempo de uso del vehículo.¹³

Ahora bien, los datos acerca del tiempo de uso, se obtendrán a través de telemática (combinación de sistemas de información y tecnología para generar datos), mediante teléfonos o dispositivos que se adhieren a los autos y que pueden crear perfiles del conductor a través de información como, por ejemplo, velocidad a la que conduce, velocidad de arranque, de frenado, calles por las que circula, horarios, etc.¹⁴ Esto es lo más parecido al caballo de Troya.

Imaginemos que, si una compañía se opuso al pago del siniestro porque un asegurado no guardaba el auto en el garaje como se dijo en el punto III, como no se opondría si de su base de datos surge que en el día y hora del accidente el conductor iba a más velocidad de la permitida. Esto abre debates que no pretende resolver este ensayo como el dolo, culpa grave, exclusiones de cobertura de la póliza, etc. Pero, en el eventual caso en que se agregaran a las pólizas, como causales de exclusión de cobertura, el resultado del uso de la telemática en el siniestro, las compañías seguirán estando en falta. Esto se debe a que publicitan sus seguros en base a que el valor que cobrarán dependerá del tiempo de utilización del vehículo, pero también deberían advertirles que van a obtener un perfil detallado del tipo de conductor que es y que podría perjudicar al asegurado en un futuro. Sin dudas esto es poco ético, con una letra chica que va en contra del artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor.

V. El problema de la discriminación

Como se dijo en el punto IV, los algoritmos de IA se entrenan a través de datos masivos y en el manejo de estos se han dado casos donde los resultados discriminan, algo inadmisibles en nuestros tiempos.

¹² HERNÁNDEZ, Joaquín A., “Pandemia e infodemia en el seguro automotor: evaluación del riesgo y la prima”, RCyS 2020-VI, 31 (AR/DOC/1467/2020 pp.6-7).

¹³ BUSTAMANTE, Sofía, “Seguros en cuarentena: una compañía ofrece pagar según el uso del auto”, El Cronista, 21/05/2020, disponible en: <https://www.cronista.com/finanzas-mercados/Seguros-en-cuarentena-una-compania-ofrece-pagar-segun-el-uso-del-auto-20200521-0042.html>

¹⁴ ZAPIOLA GUERRICO, Martín, “Insurtech. El impacto de las nuevas tecnologías en la actividad aseguradora”, LA LEY, 15/10/2019, 1 - LA LEY 2019-E, 1011 (TR LALEY AR/DOC/3175/2019, p.6).

Volviendo al ejemplo de Lemonade, la empresa tuvo un grave paso en falso. En oportunidad del uso de un algoritmo de IA para reconocer la falsedad en las declaraciones de siniestros a través de las expresiones no verbales, fueron fuertemente criticados debido a que su inteligencia demostraba sesgos por género o color de piel.¹⁵

En la Unión Europea ya se crearon directrices acerca de cómo tratar esta cuestión, entre las cuales se encuentran: entrenar al algoritmo con una cantidad de datos representativos para minimizar la posibilidad de discriminar; que el uso de la tecnología sea sólido para su finalidad y que los falsos resultados positivos o negativos no afecten de manera desproporcionada a los grupos protegidos en razón del sexo, edad, etnia, etc. Por último, que los algoritmos puedan auditarse y controlarse (es decir, saber cómo funciona el algoritmo).¹⁶ Veámoslo mejor con un ejemplo:

Pensemos en una aseguradora que comercializa coberturas de responsabilidad civil para conductores de autos y también ofrece medicina prepaga. Una persona que tiene su seguro del auto, también utiliza la prepaga de la misma aseguradora. El asegurador tiene y recopila todo el historial del cliente en cuanto al uso del automóvil, tiene sus datos personales y también tendrá su perfil clínico, a través de autorizaciones de estudios médicos, autorización de medicamentos en farmacias, médicos que frecuenta, etc. Esta empresa, podría utilizar un algoritmo de IA para que le recomiende el valor a cobrar al cliente por el seguro del auto en la próxima renovación de su póliza. Y carga absolutamente toda la información de ese cliente junto con la de los datos generados por sus otros asegurados. El algoritmo podría reconocer que existe una relación directa entre las personas que toman una determinada medicación, de una determinada edad y de un determinado sexo con la provocación de accidentes, por lo que le recomendaría al asegurador cobrar una prima más alta.

Esto es discriminar y no necesitamos tener legislación específica para poder darnos cuenta. No es disparatado hablar sobre la relación de medicamentos con la provocación de accidentes, ya que, la asociación civil “luchemos por la

¹⁵ PORTERFIELD, Carlie, “Insurance Unicorn Lemonade Backtracks Comments About Its AI After Accusations Of Discrimination”, Forbes, 26/05/2021, disponible en: <https://www.forbes.com/sites/carlieporterfield/2021/05/26/insurance-unicorn-lemonade-backtracks-comments-about-its-ai-after-accusations-of-discrimination/?sh=6c0b7b44285f>.

¹⁶ Comisión Europea, “Nuevas normas sobre la inteligencia artificial: preguntas y respuestas”, 21/04/2021, disponible en URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/QANDA_21_1683.

vida” envió un proyecto al Congreso que pretendía que personas que consumen ciertos medicamentos no condujeran porque aminoran sus sentidos y son propensos a provocar accidentes.¹⁷

Si bien no tenemos normas sobre como regular a un algoritmo de este tipo, disponemos de otras normas que nos permitirán esbozar una respuesta ante esta discriminación.

La Ley N° 25.326, de Protección de Datos Personales, en el artículo 4 define a los datos sensibles como los datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual. El artículo 7 de la misma ley es clara cuando dice que la persona no puede ser obligada a proporcionar datos sensibles (inc.1); los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares (inc.2) -cuestión que no pasaría con el asegurado del ejemplo, identificable- y queda prohibida la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles (inc. 3).¹⁸

Otros pilares fundamentales serán: las bases de igualdad de la Constitución Nacional; la Ley 23.592 sobre actos discriminatorios; el artículo 4 de Ley de Defensa del Consumidor y los artículos 1.100, 1.101, 1.102 y 1.103 del Código Civil y Comercial. Por lo que, en el caso dado como ejemplo, si la aseguradora pretendiera utilizar la información del cliente, debería avisarle e incluso obtener un consentimiento expreso del asegurado.

La forma de obtener el consentimiento dependerá de cómo sea la contratación. Se puede contratar el seguro por una *web*, por una *app*, por un intermediario de seguros, directamente con la aseguradora personalmente o por teléfono. Por ejemplo, de hacerse mediante *apps* en *smartphones*, lo harán a través de la aceptación de términos y condiciones, donde necesariamente se deberá expresar cómo se procesarán los datos recolectados y cómo repercutirá en el asegurado.

Sin embargo, en el ámbito digital, el consentimiento informado es inadecuado o nulo porque no tiene la fuerza de tal. Esto se debe a las cláusulas predisuestas

¹⁷ Proyecto de ley, Cámara de Diputados, Expediente: 6622-D-2008, 27/11/2008, disponible en: <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/resultados-buscador.html>.

¹⁸ MUÑOZ, Ricardo A., “Tratamiento de datos personales por la Administración en tiempos de pandemia”, RDA 2020-131, 05/10/2020, 26 (TR LALEY AR/DOC/2815/2020, pp. 8-10).

de las pólizas de seguros y que el consumidor no tiene la posibilidad de preguntar por la oscuridad que puede tener la letra del contrato.¹⁹

VI. Conclusiones

Como conclusión, se podrán contratar seguros de automotor tradicionales como los conocemos hasta ahora y bajo una modalidad personalizada basada en las formas de conducción o en el tiempo de uso del vehículo.

En el caso de adoptar formas personalizadas de contratación, las empresas deberán adaptar los contratos para que contengan todo lo referido al uso y procesamiento de datos del cliente en forma clara y simple, respetando el deber de información y obteniendo su consentimiento.

Ese el suministro de información para obtener un verdadero consentimiento dependerá del tipo de contratación que se adopte. Si es mediante intermediarios, como brókers de seguros o productores asesores, serán ellos mismos los encargados de informar al cliente porque tienen el deber de hacerlo según la Ley 22.400 artículo 10 inc. d. Ellos, sin dudas, también serán responsables en este camino de contratación debido a que podrían verse involucrados por eventuales daños generados al cliente según la cadena de consumo expuesta en el artículo 40 de la Ley 24.240.

Sin embargo, el verdadero desafío va a ser la contratación sin intermediarios y digitalizada, donde el consumidor de seguros se encuentra frente a un clausulado predispuesto que puede no entender. En estos casos, las aseguradoras tendrán que arbitrar otros medios (los actuales son insuficientes) para suministrar información y obtener un verdadero consentimiento.

¹⁹ FALIERO, Johanna C., “Los smart contracts y los desafíos que representan para el consentimiento informado del e-consumer: contratación inteligente y asentimiento informado”, DFyP 2020 (febrero), 20/02/2020, 126 -RCyS 2020-V, 28 (TR LALEY AR/DOC/3245/2019, p.1).

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE CHINA POR EL COVID-19: UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

CHINA'S INTERNATIONAL RESPONSIBILITY FOR COVID-19: A PUBLIC INTERNATIONAL LAW ANALYSIS

Sabina Fernández*

***Sumario:** I. Introducción. II. Responsabilidad internacional. III. Inmunidad jurisdiccional de Estados. IV. Arreglo internacional de controversias: ¿Es posible llevar a China ante la Corte Internacional de Justicia? V. Hacia una autonomía del Derecho Internacional en materia de Salud. VI. Conclusiones.*

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la responsabilidad internacional de China por el Covid-19. Para ello, estudiaremos los elementos de responsabilidad internacional según el Derecho Internacional y aplicaremos los mismos a la situación bajo examen. Seguidamente, indagaremos acerca de la posibilidad de llevar a China ante un tribunal internacional. Finalmente, se examinará la probabilidad de lograr una reparación de parte del Estado Chino a favor de los demás Estados integrantes de la comunidad internacional por los daños originados. Asimismo, el trabajo incorporará una perspectiva de Derechos Humanos teniendo como principal enfoque el Derecho a la Salud.

Palabras clave: Responsabilidad internacional – China – Covid 19 – Derecho internacional público – Derecho a la Salud

Abstract

The present paper aims to analyze China's international responsibility for Covid-19. To do so, we will study the elements of State Responsibility under International Law and we will apply them to the situation under thorough

* Estudiante de Abogacía en Universidad Nacional del Sur (UNS).

examination. Next, we will inquire about the possibility of taking China to an international court. Finally, the chance of obtaining a reparation from the Chinese State in favor of the other States of the international community for the damages that have been caused will be examined. Likewise, the work will incorporate a Human Rights perspective with Health Law as its main focus.

Keywords: International responsibility – China – Covid 19 – Public international law – Health law

I. Introducción

La pandemia ocasionada a raíz de la propagación del Covid-19 contrajo varias implicancias a nivel global. En este marco de emergencia sanitaria, ha habido un aumento de las funciones y atribuciones inherentes de las entidades estatales quienes se erigen como garantes del bien común¹ dando como resultado la adopción de medidas restrictivas y limitativas de derechos. Se originó de este modo un escenario de excepción, donde *acontecimientos extraordinarios habilitan remedios extraordinarios*, así lo ha proclamado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente en nuestro país dando nacimiento a la doctrina de la emergencia².

Pérdidas humanas, quiebres económicos, impacto en las relaciones comerciales, parálisis del turismo y de flujos migratorios. Ante esto, surgen algunos interrogantes: ¿puede China ser demandada ante un tribunal? y, de ser considerada responsable, ¿la comunidad internacional podría obtener una reparación por los daños causados?

¹ Sobre el concepto de “bien común”, véase QUIROGA, FLORENCIA., IBARZÁBAL, MARÍA, ABBONDAZA, BELÉN, “El bien común como fundamento de la responsabilidad del estado (2015)”, *Prudentia Iuris*, 79, consultado el 10/06/2021. Disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/bien-comun-responsabilidad-estado.pdf> (Documento Digital, pp. 231-234).

² “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía - BCRA.) s/ amparo”, CSJN, 1990 (Fallos 313:1513); “Gutiérrez, Alberto c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios (acc. tránsito c/ lesiones o muerte)”, CSJN, 1998 (Fallos 321:1984); “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, CSJN, 1999 (Fallos 322:1726); “Guida, Liliana c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ empleo público”, CSJN, 2000 (Fallos 323:1566); “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarisimo”, CSJN, 2002 (Fallos 325:28), entre otros.

II. Responsabilidad internacional

La conducta de los Estados deriva en una serie de actos unilaterales o bilaterales que repercuten en el mundo exterior. Frecuentemente, estos actos originan alteraciones. Cuando la modificación provocada por un acto de un Estado constituye la violación de un deber jurídico que produce un menoscabo en un interés de otro Estado, se produce una insatisfacción en este último sujeto pasivo de la relación jurídica. Así, el Estado autor de la insatisfacción se encuentra en situación de responder por su acto lesivo, según lo instaurado por el Derecho Internacional³.

La Comisión de Derecho Internacional⁴ establece en su Proyecto de Artículos: “todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad internacional”⁵. Un Estado incurre en responsabilidad internacional cuando viola una obligación internacional que se encuentra en vigor. La misma puede estar contenida en un tratado o en una norma consuetudinaria⁶. De esta manera, vemos que se requiere la comisión de un hecho ilícito para que se active el régimen de responsabilidad internacional. La ilicitud se conforma a partir de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero, consiste en el incumplimiento o violación de una obligación internacional incumbente al Estado. Puede comprender tanto una acción como una omisión y la violación se produce cuando esa acción u omisión no están en conformidad con el comportamiento requerido del Estado autor según el Derecho Internacional⁷. En este sentido, el Estado debe estar vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho⁸. El segundo, se refiere a la conducta de ciertos indivi-

³ ARMAGNAGUE, JUAN F., *Derecho internacional público*, 1ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 73.

⁴ Entidad de Naciones Unidas encargada de promover el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación. Extraído de: <https://www.un.org/es/our-work/uphold-international-law>

⁵ Artículo 1 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, consultado el 08/06/2021. Disponible en https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/manual/responsabilidad/Proyecto%20de%20Art%EDculos%20sobre%20RESPONSABILIDAD%20DEL%20ESTADO%20POR%20HECHOS%20INTERNACIONALMENTE%20IL%CDITOS.pdf

⁶ GONZÁLEZ NAPOLITANO, SILVANA S., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 1ª edición, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2015, p. 303.

⁷ BARBOZA, JULIO, *Derecho Internacional Público*, Ed. Zavallia, Buenos Aires, 2001, pp. 357-359.

⁸ Artículo 13 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

duos y su atribución al Estado. En consecuencia, pueden imputarse al Estado los actos realizados por sus órganos, agentes, entidades públicas territoriales, actos de particulares, personas que actúan de hecho por cuenta del Estado o que desempeñan prerrogativas de poder público, entre otros⁹.

Siguiendo estos lineamientos, podemos sostener que China ha quebrantado disposiciones de Derecho Internacional y de Derechos Humanos y es responsable de los daños provocados a otros Estados como consecuencia de la pandemia, tanto por sus actos como por sus omisiones. Un ejemplo de omisión sería la falta de información sobre las posibles consecuencias epidemiológicas y su magnitud.

Ahora bien, la comisión de un acto ilícito produce consecuencias jurídicas: la obligación del Estado de cesar en su acto u omisión, otorgar garantías de no repetición, el deber de cumplir con la obligación violada y medidas de reparación¹⁰. Si bien no son excluyentes entre sí, se considera que la función esencial y más importante de la responsabilidad internacional es la reparatoria. De esta manera, se procura obtener la reparación íntegra de los perjuicios causados¹¹.

La reparación puede asumir distintas formas: en primer lugar y en la medida de lo posible, se realiza mediante una *restitución* en especie o bienes que restablezca la situación que existía antes de la comisión del hecho; en segundo lugar, se puede recurrir a una *indemnización* que consiste en el pago de una suma de dinero que comprende el lucro cesante. Por su parte, la *satisfacción* atiende el daño inmaterial e implica una aceptación de la violación la cual puede derivar en una disculpa, un castigo a los responsables u otra modalidad¹².

Por último, queremos mencionar la existencia de contramedidas y retorsiones. Son formas de autotutela aceptadas en el orden internacional. Las primeras son medidas que puede aplicar un Estado lesionado como respuesta a un acto internacionalmente ilícito cometido previamente por otro, por lo cual su ilicitud cae¹³. Estas son muy habituales en el ámbito comercial. Las segundas difieren de las contramedidas por el hecho de que no son contrarias al Derecho

⁹ BARBOZA, *op. cit.*, pp. 352-355.

¹⁰ CONSANI, NORBERTO E., *Manual: Nuevos desarrollos del Derecho Internacional*, 2ª edición, La Plata: Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Libro Digital, PDF, 2016, p. 376.

¹¹ PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 5ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pp. 567-568.

¹² CONSANI, *op. cit.*, p. 376.

¹³ CONSANI, *op. cit.*, p. 377.

Internacional, sino que se trata de actos políticos no amistosos, por ejemplo, fijación de límites a las importaciones¹⁴.

III. Inmunidad jurisdiccional de Estados

Podría surgir la intención de demandar a China ante un tribunal o una corte de alguno de los Estados perjudicados. No obstante, ante este planteo se presenta un argumento que en este caso favorece al Estado chino: la inmunidad de jurisdicción. La inmunidad es un principio que nace de la igualdad soberana de los Estados, según el cual los actos o bienes de un Estado no pueden, sin su consentimiento, ser sometidos ante los tribunales judiciales u órganos administrativos¹⁵. En consecuencia, China no podría ser llevada ante los tribunales internos de ningún otro Estado.

Con respecto a esta materia, aparece otra cuestión a tener en consideración, y es que China es un miembro con asiento permanente en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas¹⁶, el cual goza de inmunidad¹⁷ y posee derecho de veto, lo que permitiría obstaculizar la aprobación de cualquier proyecto de resolución sometido a votación¹⁸. Una vez más, esto refuerza la posición de China.

IV. Arreglo internacional de controversias: ¿Es posible llevar a China ante la Corte Internacional de Justicia?

Uno de los principios elementales del Derecho Internacional es el de la solución pacífica de controversias, comprendido en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, el cual establece que “Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia”¹⁹. De esta forma, los Estados hacen uso de medios pacíficos para solucionar su disputa respetando la prohibición del uso de la fuerza²⁰. Los medios de arreglo

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ GONZÁLEZ NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 725.

¹⁶ Disponible en <https://www.un.org/securitycouncil/es/content/current-members>

¹⁷ BAENA SOARES, JOÃO C., “La acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, consultado el 05/ 07/ 2021. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Joao_Clemente_Baena_Soares.pdf (Documento Digital, p. 36).

¹⁸ GONZÁLEZ NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 70.

¹⁹ Artículo 2 (3) de la Carta de las Naciones Unidas.

²⁰ Artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas.

pacífico de controversias se distinguen entre métodos diplomáticos y métodos jurisdiccionales²¹. Dentro de los primeros se encuentran la negociación, los buenos oficios, la mediación, la conciliación y la investigación²². Son métodos jurisdiccionales el arreglo judicial y el arbitraje. A este último lo encontramos conceptualizado en el Artículo 37 de la Convención de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales: “El arbitraje internacional tiene por objeto la resolución de controversias entre Estados por jueces de su propia elección y sobre la base del respeto a la ley. El recurso al arbitraje implica el compromiso de someterse al laudo de buena fe”. En este sentido, el compromiso arbitral, es un acuerdo entre Estados por medio del cual someten una disputa existente entre ellos a la decisión de un tribunal arbitral, designando las reglas procedimentales y el derecho aplicable²³.

Por otra parte, el arreglo judicial consiste en la solución de controversias jurídicas por medio de una decisión obligatoria fundada en derecho, pronunciada por un tribunal o corte permanente, es decir, una institución preestablecida que funciona de acuerdo con su propio estatuto²⁴.

La Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) es el órgano judicial principal dentro del ámbito de las Naciones Unidas²⁵. La misma tiene competencia contenciosa, para entender en cuestiones planteadas únicamente por Estados, los órganos de Naciones Unidas y demás organizaciones no pueden comparecer por esta vía²⁶. Al mismo tiempo, posee competencia consultiva, pudiendo emitir opinión sobre cualquier asunto jurídico que sea remitido por los órganos autorizados²⁷. Igualmente, el Estatuto de la CIJ es parte integrante de la Carta de Naciones Unidas²⁸, por lo cual, todos los miembros de las Naciones Unidas son parte del Estatuto. Esto nos llevaría a pensar que, al ser China miembro de la ONU, podría ser demandada ante la CIJ por otro Estado miembro de

²¹ VILLALTA VIZCARRA, ANA E., “Solución de Controversias en el Derecho Internacional”, consultado el 15/06/2021. Disponible en https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xli_curso_derecho_internacional_2014_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf (Documento Digital, p. 17).

²² Artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

²³ VILLALTA VIZCARRA, *op. cit.*, consultado el 15/06/2021. Disponible en https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xli_curso_derecho_internacional_2014_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf (Documento Digital, p. 19).

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas.

²⁶ GONZÁLEZ NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 72.

²⁷ Artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas.

²⁸ Artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas.

las Naciones Unidas. Sin embargo, esto no funciona así ya que con respecto a la competencia contenciosa hay que tener presente que, según el Estatuto, la jurisdicción de la CIJ es voluntaria, dependiendo de la voluntad de las partes. Así, la Corte no podrá conocer en un asunto si no existe conformidad de los Estados en someterse a ella²⁹.

En razón de lo expuesto, hay que tener presente que tanto en el arbitraje como en el arreglo judicial, las partes deben otorgar de manera previa su consentimiento³⁰. Por este motivo, si un Estado, ya sea de manera individual o en conjunto con otros Estados, decide llevar a China ante un tribunal internacional a través de un procedimiento contencioso, con la finalidad de invocar su responsabilidad por los daños cometidos en violación del Derecho Internacional para así lograr obtener una reparación, el Estado Chino debería consentir la jurisdicción del órgano para que este entienda en el caso concreto, con lo cual surge un primer impedimento.

V. Hacia una autonomía del Derecho Internacional en materia de Salud

La salud es un derecho humano sustancial, reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es parte de los derechos económicos, sociales y culturales (conocidos como DESC). La no justiciabilidad que rodea a estos derechos se ha ido desvaneciendo paulatinamente. En el orden convencional numerosos instrumentos lo consagran y otorgan especial protección. Éstos integran tanto el sistema jurídico internacional como el nacional. Asimismo, se encuentra amparado por el derecho consuetudinario general³¹.

Dentro de los tratados que componen el sistema universal de protección a los derechos humanos de las Naciones Unidas, encontramos una amplia definición del concepto de derecho a la salud en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³², considerado fundamental en la materia, el cual en su Artículo 12 establece: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y*

²⁹ Artículo 36 Estatuto de la CIJ.

³⁰ GONZÁLEZ NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 786.

³¹ Entendido como una práctica general, constante y uniforme de los Estados que se acepta como ley. El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en el inciso 1 (b) refiere: “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. (GONZÁLEZ NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 91).

³² El Pacto fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

mental”, y entre las medidas que deben adoptar los Estados Partes para asegurar la plena efectividad de ese derecho dispone “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas”.

Con respecto a las obligaciones en materia de salud, los Estados deben hacer uso de sus facultades en función del bienestar general y adoptar medidas legislativas, administrativas, de promoción, judiciales y de cualquier otra índole que sean adecuadas para el ejercicio pleno del derecho a la salud. Por ejemplo, garantizar la prestación de atención sanitaria y su igualdad de acceso, aprobar planes de salud nacionales, crear programas de vacunación, otorgar inmunización a la población contra enfermedades, levantar hospitales de campaña.

De igual modo, en el orden internacional los Estados que están en condiciones de asistir a otros deben crear programas de cooperación internacionales, prestar auxilio financiero y técnico, otorgar suministros médicos y proporcionar ayuda sanitaria y humanitaria en situaciones de emergencia³³.

En la Carta de las Naciones Unidas³⁴ encontramos las bases de la cooperación internacional económica y social, incluyendo al aspecto sanitario dentro de la misma. Así, en el Artículo 1 (3) consagra al deber de cooperar como un propósito. Por su parte, el Artículo 55 (b) establece: *“La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos”*³⁵.

A su vez, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud³⁶ recoge igualmente el deber de cooperar y dispone que los gobiernos tienen la responsabilidad de adoptar medidas sanitarias y sociales idóneas. De manera similar, esta función de asistencia y cooperación se reconoce en otros instrumentos³⁷.

³³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14 (2000), consultado el 25/06/2021. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf> (Documento Digital, párrs. 39-40).

³⁴ La Carta fue firmada en la Conferencia de San Francisco el 26 de junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre de ese mismo año.

³⁵ Véanse los Artículos 55-60 de la Carta para un entendimiento armónico.

³⁶ La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio de 1946 al 22 de julio de 1946 y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Las reformas posteriores se han incorporado al texto actual.

³⁷ Artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Artículos 4 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La afectación de este derecho en una persona puede originar un daño inmaterial, lucro cesante o aún una alteración en su proyecto de vida. Con lo cual podría obtenerse tanto una reparación individual como colectiva, ya que se trata de un derecho que pertenece la sociedad en general³⁸.

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Así pues, adquiere una gran trascendencia, especialmente en situaciones de emergencia sanitaria. De esta forma, y teniendo presente que seguramente esta no sea la única pandemia que nos toque atravesar, creemos que en virtud de su entidad se irá constituyendo su autonomía de manera progresiva en el plano internacional, tal como en su momento el derecho del medio ambiente adquirió una protección internacional específica y principios propios.

VI. Conclusiones

Como primera respuesta a las preguntas realizadas al inicio de este trabajo, advertimos que es poco probable —en el corto plazo al menos— que un tribunal o una corte responsabilice al Estado chino por sus violaciones de derecho internacional y de esta manera se obtenga una indemnización. Ya sea que el método elegido sea el arreglo judicial o el arbitraje, en ambos supuestos, las partes deben otorgar de manera previa su consentimiento. Por consiguiente, si China no consiente la jurisdicción para el caso concreto, surge un obstáculo.

China tampoco podría ser demandada ante los tribunales de otro Estado, debido a la inmunidad de jurisdicción que le otorga la ley. Siguiendo este análisis, creemos que una de las vías adecuadas sería optar por el camino de la diplomacia, intentar negociar con el Estado Chino y que, de esta forma, se logre obtener algún tipo de reparación.

Otra alternativa la encontramos en el Artículo 76 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, el cual establece que “la Organización puede pedir a la Corte Internacional de Justicia su opinión consultiva sobre cualquier cuestión legal que surja dentro de la competencia de la Organización”. Del mismo modo, la aplicación de contramedidas o retorsiones sería una posi-

³⁸ FUENTES ALCEDO, CARLOS I., “Protegiendo el Derecho a la Salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Estudio Comparativo sobre su Justiciabilidad desde un Punto de Vista Substantivo y Procesal”, consultado el 26/06/2021. Disponible en <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1111&context=auilr> (Documento Digital, p. 24).

ble consecuencia. En este sentido, un Estado podría quebrantar sus relaciones comerciales con China a modo de sanción.

Se podría acudir a otro tipo de mecanismo e iniciar una investigación en Wuhan (China) sobre el origen del virus. Como mencionamos anteriormente, se trata de un método de solución pacífica de disputas. Es un procedimiento destinado a determinar cuáles fueron los hechos de la controversia y clarificar los puntos sobre los que existen discrepancias. Es llevada a cabo por una comisión de investigación y las partes deben suministrar la información necesaria. Finalmente, la comisión emite un informe neutral que carece de fuerza obligatoria³⁹. No obstante, para realizar este método se requiere aceptación y colaboración de ambas partes.

El derecho internacional, calificado de este modo por Jeremy Bentham en el siglo XVIII como el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los Estados⁴⁰, se encuentra en constante evolución y desarrollo. Consecuentemente, su objeto de estudio se fue ampliando, logrando abarcar distintas ramas, cada una con su especificidad y principios particulares, como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional económico, el derecho internacional penal, el derecho del mar, y más recientemente, el derecho internacional ambiental⁴¹. En este sentido y teniendo como cimiento el *principio de cooperación internacional*, si bien el derecho a la salud se encuentra incluido dentro del derecho internacional de los derechos humanos, creemos que logrará un ámbito de independencia propio debido a su relevancia y, probablemente, en un futuro haya tribunales internacionales destinados a entender en controversias sobre la materia, garantizando así una mayor protección y más avanzada justiciabilidad.

³⁹ VILLALTA VIZCARRA, *op. cit.*, consultado el 17/07/2021. Disponible en https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xli_curso_derecho_internacional_2014_ana_elizabeth_villalta_vizcarra.pdf (Documento Digital, p. 18).

⁴⁰ “Relations between nation and nation, or—to use a new though not inexpressive label—in matters of ‘international law’ ” BENTHAM, JEREMY, “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, (1789), Ed. Jonathan Bennett, 2017, consultado el 17/07/2021. Disponible en <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf> (Documento Digital, p.3).

⁴¹ BARBOZA, JULIO, “Derecho Internacional Público”, LA LEY 2000-A, 1220 (AR/DOC/1595/2001, p. 1).

LA EMERGENCIA ¿INDEFINIDA? OCASIONADA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA

THE EMERGENCY INDEFINITE? CAUSED BY THE COVID-19 PANDEMIC AND THE DECREE OF NECESSITY AND URGENCY

Candela Giambartolomei*

Sumario: I. Introducción. II. El decreto de necesidad y urgencia antes y después de la reforma constitucional de 1994. III. El desafío que plantea la pandemia del Covid-19. IV. Consecuencias. V. Conclusiones.

Resumen

Los decretos de necesidad y urgencia se han convertido en un instrumento jurídico de utilización cada vez más frecuente por los distintos gobiernos. El supuesto fáctico para su dictado es la existencia de una situación de emergencia de carácter extraordinario que demande la toma de medidas urgentes e inmediatas. Sin dudas, la pandemia generada por el Covid-19 constituye un evento de tales características, pero lo que sucede es que, al menos en Argentina, no se vislumbra un final concreto para tal problemática sanitaria. Todas las crisis por las que ha atravesado el país han tenido un comienzo y un fin. La pandemia viene a desafiar esa temporalidad. Y esto provoca la proliferación de los DNU para regular múltiples cuestiones, que deberían ser reguladas por ley, y la sujeción de los argentinos a la voluntad del Poder Ejecutivo por tiempo indefinido. Indagaremos sobre las consecuencias de este fenómeno.

Palabras clave: decreto de necesidad y urgencia – pandemia – Covid-19 – Constitución Nacional – temporalidad – consecuencias.

* Estudiante de Abogacía en Universidad Nacional del Sur (UNS).

Abstract

The necessity and urgency decree has become a legal instrument used more and more frequently by governments. The factual situation that allows for their dictation is the existence of an emergency situation of extraordinary characteristics which demands the taking of urgent and immediate measures. Undoubtedly, the pandemic caused by Covid-19 constitutes an event of the aforementioned characteristics, but what we see, at least in Argentina, is that there's no definite end to this problematic. All the crises the country has been through have had a beginning and an end. The pandemic comes to challenge that temporality. And this causes the proliferation of necessity and urgency decrees to regulate a multitude of aspects, that should be regulated by law, and the subjection of the Argentinian people to the will of the Executive Power for an indefinite period of time. We'll examine the consequences of this phenomenon.

Keywords: necessity and urgency decree – pandemic – Covid-19 – National Constitution – temporary aspect – consequences.

I. Introducción

La pandemia del Covid-19 ha impuesto a los gobiernos de todo el mundo la necesidad de tomar medidas estrictas, definidas y uniformes para evitar o tratar de mitigar los efectos de un posible colapso del sistema sanitario. En nuestro país particularmente, el Poder Ejecutivo Nacional, haciéndose cargo de la situación, adoptó las medidas más drásticas valiéndose del único instrumento jurídico a su disposición: el decreto de necesidad y urgencia, más conocido como DNU. Este tipo de decreto es un acto administrativo de alcance general de carácter normativo, que le permite al Poder Ejecutivo dictar disposiciones legislativas sin autorización previa del Congreso.

II. El decreto de necesidad y urgencia antes y después de la reforma constitucional de 1994.

El decreto de necesidad y urgencia recién se incorpora formalmente a nuestra Constitución Nacional (en adelante CN) con la reforma llevada a cabo en el año 1994. Aún así, los gobiernos argentinos ya lo habían utilizado con anterioridad para aplacar situaciones de crisis, sobre todo económicas; lo que desató tanto críticas como aportes de parte de la doctrina y también pronunciamientos judiciales cuando los decretos fueron sometidos al control del Poder Judicial por cuestionarse su constitucionalidad.

— Antes de la reforma de 1994

Como el instrumento jurídico en cuestión no estaba plasmado en nuestra CN en ninguno de sus artículos, naturalmente la doctrina argentina se encontraba dividida respecto a su constitucionalidad. Si bien un sector importante de la doctrina nacional admitía su constitucionalidad, existía una minoría que los consideraba inconstitucionales.

Dentro del primer grupo, se encontraban autores como Julio R. Comadira¹ que entendía que, si bien los decretos de necesidad y urgencia no estaban plasmados en el texto constitucional, se desprendía de su articulado la posibilidad del presidente de dictarlos en su calidad de Jefe de Estado, quien tiene a su cargo la administración general del país y debe tomar las medidas indispensables que la realidad reclame con la urgencia necesaria para asegurar la paz y el orden social. Pero igualmente consideraba que debían estar regulados expresamente, porque aun cuando su dictado era una facultad propia, originaria e inherente al Poder Ejecutivo, ella resultaba reglamentable por el Congreso sin otro límite que el de la razonabilidad. Uno de los juristas que promulgaba su inconstitucionalidad era Horacio J. Ruiz Moreno². En sustento de su posición, el autor afirmaba que la división de poderes instaurada por la Constitución, era clara en el sentido de impedirle al Poder Ejecutivo asumir facultades legislativas, que el estado de emergencia no resultaba suficiente para alterar el régimen establecido por la CN y que el Ejecutivo no podía arrogarse facultades legislativas ante una situación que él mismo calificaba como de emergencia, ya que esto podía ser por demás peligroso.

En cuanto a la posición de los tribunales, y más específicamente, la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puede mencionarse el *leading case* “Peralta”³, en el cual el máximo tribunal argentino convalidó la constitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia emitido por el presidente Carlos Saúl Menem en el año 1990, mediante el cual se dispuso que la devolución de los depósitos a plazo fijo que excediesen determinada cantidad, fuesen pagados con títulos de la deuda pública. El argumento que dio el máximo tribunal para convalidar el decreto residió en el hecho de que, al mediar una situación de necesidad y

¹ COMADIRA, Julio R., “Los reglamentos de necesidad y urgencia (Fundamento. Su posible regulación legislativa)”, *LA LEY* 1993-D, 750 (TR LALEY AR/DOC/17156/2001, pp. 2 y 6).

² RUIZ MORENO, Horacio J., “Los llamados reglamentos de necesidad y urgencia. La emergencia como motivación de las leyes y reglamentos”, *LA LEY* 1990-B, 1029 (TR LALEY AR/DOC/17721/2001, pp. 6-7).

³ “Peralta, Luis A. y otro v. Gobierno Nacional”, CSJN, 27/12/1990, JA 1991-II-556 (70029293, p. 11).

grave riesgo social, no existían otras medidas o medios que los que se utilizaron (el DNU) para, de alguna manera, controlar una situación de caos y llevar alivio a la comunidad.

— Después de la reforma de 1994

El decreto de necesidad y urgencia queda incorporado oficialmente a nuestra CN en el año 1994 en el artículo 99 inc. 3. Dicho artículo establece el supuesto de hecho y los requisitos, formal y material, bajo los cuales puede dictarse.

En primer lugar, el supuesto de hecho se refiere a aquellas circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la CN para la sanción de leyes. Se puede inferir que se trata de una situación extraordinaria, de gravedad, que le impide a las Cámaras del Congreso reunirse para sesionar y que reclama medidas urgentes, puesto que el paso del tiempo agravaría esa situación. La CSJN en el fallo “Verrocchi”⁴ estableció que deben presentarse alguna de las siguientes circunstancias para permitir el legítimo ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo: 1) que no pueda seguirse el trámite ordinario previsto constitucionalmente para la sanción de leyes por razones de fuerza mayor que le impidan a los legisladores reunirse o trasladarse a la Capital Federal, o 2) que la situación apremiante demande la toma de medidas legislativas urgentes, incompatible con la demora que impone la sanción de una ley por el procedimiento ordinario. En cuanto al requisito formal, el DNU tiene que ser dictado en acuerdo general de ministros, los que además deberán refrendarlo junto con el Jefe de Gabinete. Luego será él quien deberá enviarlo, dentro de los diez días, a la Comisión Bicameral Permanente para que la misma lo evalúe y lo envíe al Congreso para que éste finalmente lo convalide o rechace. La ley 26.122⁵ regula el trámite previsto para la aprobación o rechazo de los decretos de necesidad y urgencia por parte del Congreso, de la que no se realizará un análisis pormenorizado por exceder los límites de este texto. Por último, el requisito material tiene que ver con las materias cuya regulación están terminantemente prohibidas mediante DNU.

⁴ “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, CSJN, 19/08/1999, <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verrocchi-ezio-daniel-poder-ejecutivo-nacional-administracion-nacional-aduanas-accion-amparo-fa99000009-1999-08-19/123456789-900-0009-9ots-eupmocsollaf#> (documento digital p. 3).

⁵ Ley 26.122 Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 28 de Junio 2006.

Esas materias son la penal, tributaria, electoral y la referida al régimen de partidos políticos.

Por supuesto que luego de esta consolidación en la CN, toda discusión doctrinaria al respecto ha quedado completamente zanjada y el Poder Judicial cuenta con pautas claras al momento de determinar si un DNU es constitucional o no. Es importante mencionar que este tipo de decretos, más allá de la ratificación posterior por parte del Congreso, siguen siendo susceptibles de control judicial. Esto se reafirmó en varios fallos, ejemplo de ello es el fallo “Consumidores Argentinos”⁶, donde se cuestionó el DNU y se lo declaró inconstitucional por no cumplir con las circunstancias enunciadas en la CN. Allí la Corte Suprema afirmó que es atribución suya evaluar en cada caso concreto la existencia del presupuesto fáctico que justifica la adopción de un DNU. El Poder Judicial es el encargado de verificar la existencia de la situación de emergencia, para evitar que el Ejecutivo discrecionalmente elija entre la ley o el decreto según lo que le resulte más conveniente. La Constitución del '94 es clara y deja plasmado en su texto estándares judicialmente verificables respecto de qué situaciones habilitan el dictado de un DNU.

III. El desafío que plantea la pandemia del Covid-19

Sin dudas la pandemia ha generado una situación de emergencia sanitaria y pánico generalizado que permiten considerarla como aquella circunstancia extraordinaria que impide la reunión del Congreso y habilita el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Pero el quid de la cuestión reside en la *temporalidad*. No hay que perder de vista que esa situación de excepcionalidad ha de ser necesariamente temporal, limitada.

Nuestra Constitución le permite al presidente dictar medidas extraordinarias siempre que se trate de una situación igualmente extraordinaria pero provisional. Debe tenerse presente que el principio general en materia de potestades legislativas del Presidente de la Nación sigue siendo prohibitivo. En el artículo 99 inc. 3 de la CN, se expresa claramente que el presidente no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Aquí se presenta una situación, la pandemia, que es de tal magnitud que inevitablemente se extiende más allá de los límites razonables y no tiene un final claro y determinado.

⁶ “Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, CSJN, 19/05/2010, *El Derecho - Diario*, Tomo 238, 48 (ED-DCCCIII-594, pp. 8-9).

Se puede citar como ejemplo, la década de los '90 cuando pese a que no estaban formalmente consagrados en nuestra CN, el presidente los utilizaba para paliar las consecuencias sociales de las políticas económicas implementadas, que generaron una crisis de gran envergadura. Pero esa crisis y las sucesivas, de mayor o menor intensidad, por las que ha atravesado nuestro país, tuvieron un fin. No parece ser este el caso de la pandemia ocasionada por el Covid-19. Más allá de los avances en materia de vacunación, las medidas restrictivas de la circulación, el cierre de las escuelas y demás medidas que pueden tomarse para evitar la congregación masiva de personas, la pandemia, agravada por las nuevas variantes del virus y el hartazgo social, sigue haciendo estragos y los números de los casos y fallecimientos diarios se mantienen altos.

IV. Consecuencias

La prolongación de esta situación que habilita al presidente a dictar disposiciones legislativas, puede resultar peligrosa y terminar en los hechos con la división de poderes y el sistema republicano de gobierno. Así lo ponen de manifiesto autores como Marcela I. Basterra⁷, cuando afirma que, si la situación de emergencia excepcional no tiene un límite temporal estricto, puede convertirse en una peligrosa regla que termine afectando el núcleo esencial del sistema democrático. Menciona Ignacio González Zambón⁸ que por supuesto está fuera de discusión que existe una emergencia sanitaria que justifica el dictado de decretos de necesidad y urgencia, pero es necesario advertir que las limitaciones de derechos constitucionales deben ser razonables y por un período de tiempo limitado. Otro autor que pone de relieve la necesaria temporalidad de la situación de emergencia es Carlos Balbín⁹, cuando sostiene que ese estado de emergencia, por su carácter extraordinario, debe ser necesariamente provisorio. Deja en claro también, que ese estado de emergencia no justifica por sí solo el dictado de los DNU si no existe además imposibilidad de seguir el trámite legislativo ordinario. Esto último es interesante, porque el Congreso Nacional se ha reunido y ha podido sesionar y sancionar algunas leyes en el correr de la pandemia. Para cuestiones tributarias, que no pueden ser reguladas por

⁷ BASTERRA, Marcela I., "Los decretos de necesidad y urgencia. A diez años de la reforma constitucional", *ED* Tomo 2004, 534, 17/09/2004 (ED-DCCLXVI-568, p. 7).

⁸ GONZÁLEZ ZAMBÓN, Ignacio, "Primeras aproximaciones al derecho administrativo en tiempos de Covid-19", *El Derecho - Diario*, Tomo 288, 22/05/2020 (ED-CMXVIII-190, p. 2).

⁹ BALBÍN, Carlos, *Manual de Derecho Administrativo*, 3ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. La Ley, 2015, pp. 142-143.

medio de un DNU, como por ejemplo la modificación a la Ley de Ganancias, los legisladores se han reunido, algunos estando de manera presencial en el recinto y otros, en su gran mayoría, de manera virtual. También ha sesionado para aprobar muchos de los DNU emitidos por el presidente desde marzo del año 2020. Se puede, entonces, aunque sea dudar de la *absoluta* imposibilidad de reunión del Congreso para sancionar leyes en estos tiempos.

Puede apreciarse que la principal consecuencia de esta situación indefinida de pandemia, que le permite al Poder Ejecutivo dictar medidas legislativas, es la concentración de poder en una sola persona, con el consecuente riesgo para la división de poderes. El presidente junto con algunos especialistas y miembros del gabinete se convierten, en definitiva, en las únicas personas que deciden la situación del país. Por supuesto que la pandemia nos sorprendió a todos y en sus primeros meses, ante tremenda situación de incertidumbre, era correcto que el Poder Ejecutivo mediante decretos controlase el caos y el miedo. Hoy en día, habiendo transcurrido más de un año del primer caso de coronavirus en el país, no puede hablarse de esa misma situación. La pandemia ya no puede ser una excusa para evitar la regulación de derechos constitucionales mediante ley. Son las leyes las que reglamentan el ejercicio de los derechos y no los decretos de necesidad y urgencia, y cuando lo hacen, lo hacen de manera excepcional y provisoria.

V. Conclusiones

A partir de lo expuesto, se evidencian las desafortunadas consecuencias que pueden derivarse de la situación de emergencia indefinida que parece imponer la pandemia del Covid-19. Al mismo tiempo, se demuestra la necesidad de confeccionar y sancionar algún mecanismo legal eficaz para regular la situación y los derechos de los argentinos mientras continúe la misma. Planteo que se realiza con el objeto de terminar con la era de los decretos presidenciales, impidiendo que la excepción se convierta en regla, y a fin de tener pautas claras, específicas e inequívocas para afrontar lo que reste de la pandemia. Velando siempre por la vigencia de la división de poderes y el sistema republicano de gobierno.

LOS ANIMALES NO HUMANOS COMO SERES SENTIENTES

NON-HUMAN ANIMALS AS SENTENT BEINGS

Jeanette L. Meloni*

Sumario: I. Introducción. II. El oso Arturo. III. La orangutana Sandra. IV. La chimpancé Cecilia. V. La elefanta Mara. VI. El problema. VII. Los animales en el Código civil y Comercial. VIII. La evolución en el concepto de Menores y su vínculo con los animales domésticos. IX. Familia multiespecie. X. Conclusiones. XI. Bibliografía consultada.

Resumen

En esta breve investigación analizaré cuatro fallos históricos que se dieron en nuestro país, que son la revelación y el cambio de paradigma dentro de la rama del derecho animal. También estudiaré el problema de por qué aún no se puede abocar el estudio de esta materia con una mirada integral sobre la misma. Seguidamente abordaré el tratamiento de los animales no humanos en el código civil y comercial actual, la evolución del trato hacia los menores de edad y el vínculo que encontré con los animales domésticos. Además, mencionaré la cuestión del nuevo concepto de familia multiespecie, y la repercusión que puede llegar a tener en las relaciones de familia. Por último y para finalizar este ensayo realizo una conclusión *dándole tratamiento a la hipótesis central* de que los animales no humanos ya tienen sus derechos, solo hace falta reconocérselos.

Palabras clave: Jurisprudencia- Animales no humanos- Animales domésticos- familia multiespecie- Constitución

Abstract

In this brief investigation I will analyze four historical rulings that occurred in our country, which are the revelation and the paradigm shift within the branch of animal law. I will also study the problem of why the study of this subject

* Estudiante de Abogacía en Universidad Nacional del Sur (UNS).

cannot yet be approached with a comprehensive look at it. Then I will address the treatment of non-human animals in the current civil and commercial code, the evolution of the treatment of minors and the link that I found with domestic animals. I will also mention the question of the new concept of multispecies family, and the repercussion that it can have on family relationships. Finally, and to end this essay, I make a conclusion addressing the central hypothesis that non-human animals already have their rights, they only need to be recognized.

Keywords: Jurisprudence- Non-human animals- Domestic animals- multispecies family- Constitution

1. Introducción

En el presente ensayo busco plasmar los cuatro casos paradigmáticos, que se dieron en el marco jurisprudencial argentino, los cuales han ido marcado una línea divisoria a partir de la cual seguir sosteniendo a los animales dentro de la categoría jurídica de “cosas” como lo hace el código civil y comercial actual, resulta hoy en día, contradictorio y anticuado. Ya que el derecho es una construcción social que va mutando conforme con los usos y costumbres de una sociedad, dejando atrás aquellas en desuso.

El oso Arturo, la orangutana Sandra, la chimpancé Cecilia y la elefanta Mara son los antecedentes a partir del cual el pensamiento jurídico sobre la naturaleza jurídica de los animales comienza a transitar un cambio. Estos animales no humanos que fueron arrancados de su hábitat natural, puestos en cautiverio en condiciones deplorables, en ambientes que no son aptos, apartados de sus pares, con escasa alimentación, con el único fin de exponerlos al público por diversión. El cambio de paradigma del animal como objeto del derecho, dejando el mismo de ser catalogado como “cosa”, para dar paso al reconocimiento de sus derechos que merecen ser incorporados al del sistema jurídico ya empezó; ya que a través de varios estudios y pruebas científicas, sobre todo en chimpancé, se determinó que son seres sintientes, muy inteligentes, que las pruebas de huellas dactilares y grupos sanguíneos arrojan resultados asombrosos que permiten concluir que se asemejan demasiado a los seres humanos, por lo tanto tenemos que aceptar que los animales no humanos forman parte del ecosistema donde habitamos y que debemos tener compasión con el medio ambiente, para no terminar por destruirlo todo.

Cuando decimos que el cambio de paradigma llega para demostrarnos que el hombre es una parte insignificante del todo, corriéndose la mirada antropocéntrica hacia una mirada ecocéntrica.

Es a partir de las resoluciones de estos jueces que se ha dado un gran salto en la doctrina jurídica como así también, la influencia de las organizaciones no gubernamentales y los movimientos veganos y vegetarianos que se fueron desarrollando a lo largo de los últimos años hicieron que estos jueces se replanteen el derecho según la sociedad actual y como avanzar en materia de reconocimiento de los derechos de animales no humanos.

II. El oso Arturo

Este fallo se desarrolló en la ciudad de Mendoza, donde el clima de la misma promedia los 8° en invierno y los 38° en verano. En su zoológico vivía Arturo, un oso polar. Arturo llegó al zoológico de la ciudad cuando tenía ocho años, en 1993. En el verano del 2014 se produjo un hecho que fue observado por activistas de una organización protectora de animales, en un día de intenso calor: el oso Arturo, sofocado, corría desesperadamente en su estanque buscando refugiarse de las altas temperaturas, desde ya que el lugar en el que se encontraba no cumplía con las condiciones aptas de acuerdo a sus necesidades, además de que ya está comprobado que los animales al estar continuamente expuestos al público manifestaban actitudes depresivas. Las repercusiones que tuvo este caso en Argentina y países limítrofes fueron muy importantes, y las organizaciones ambientalistas y de protección a los animales, como Greenpeace, exigieron el traslado inmediato de Arturo a una reserva de osos polares en Canadá¹.

Otra organización animalista, presentó un habeas corpus en la Justicia provincial en favor de Arturo, el cual fue rechazado ad línem por improcedente, era impensado para la justicia que se aceptare este tipo de medidas para un animal, además el fiscal alegó que Arturo no sufrió ni sufre maltrato animal en virtud de la ley 14.346. Luego de eso el director del zoológico evaluó un reacondicionamiento del lugar donde estaba, y hasta se previó un posible traslado a la reserva de osos en el polo norte.

¹ DE BAGGIS, GUSTAVO. "Arturo, Sandra, Poli y Cecilia: cuatro casos paradigmáticos de la jurisprudencia argentina". *DA. Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, 2017, Vol. VIII, n.º III, pp. 1-17, <https://raco.cat/index.php/da/article/view/349386>

Finalmente, el 3 de julio de 2016, Arturo falleció, producto de un marcado deterioro de su salud por lo avanzado de su edad, que derivó en pérdida de apetito y la disminución de su peso corporal, visión, olfato y a eso sumado que a la justicia le quedo demasiado grande el caso en cuestión.

III. La orangutana Sandra

En noviembre del 2014, en la Ciudad de Buenos Aires, una asociación protectorista, en este caso AFADA - Asociación de Funcionarios y Abogados por el Derecho de los Animales, -representada por el abogado Pablo Buompadre, y patrocinada por Andrés Gil Domínguez-, presenta un recurso de habeas corpus ante un Juzgado de Instrucción de la ciudad de Buenos Aires, en favor de la orangutana Sandra que se encontraba en el zoológico de dicha ciudad. Alegando que se encontraba privada ilegítimamente de su libertad y que se evaluara el posible traslado a un santuario, a fin de requerir su urgente liberación y su posterior e inmediato traslado y reubicación en un santuario de primates de Sorocaba, Brasil.

El pedido fue rechazado por el juzgado, la medida fue luego apelada ante la instancia superior que también fue rechazada.

Finalmente, la instancia de casación penal, revirtió esa sentencia al hacer lugar al argumento que consideraba que se trataba de un “confinamiento injustificado de un animal con probada capacidad cognitiva”.

Este fallo tuvo muy poca argumentación ya que se fundó en obras con poco contenido o casi nulo en derecho animal, pero fue el gran salto ya que reconoce la calidad de personas no humanas a este tipo de animales con altas capacidades cognitivas y afectivas, reconociéndole los derechos de vida, integridad física y libertad en consonancia con la Ley N° 14346.

IV. La chimpancé Cecilia

Este caso se da en el año 2016, nuevamente la Asociación de Funcionarios y Abogados por el Derecho de los Animales – AFADA, promueve un recurso de hábeas corpus en favor de la chimpancé Cecilia que se encontraba en el Zoológico de Mendoza, atento a que la misma ha sido privada ilegítimamente de su derecho de la libertad ambulatoria y a una vida digna por parte de las autoridades del zoológico; porque su estado de salud físico y psíquico se hallaba profundamente deteriorado. Se petitiona la liberación de la chimpancé y su

posterior traslado al santuario de Sorocaba, Brasil. Cecilia, para ese entonces tenía 30 años y estaba sola desde el año 2014 cuando sus compañeros de jaula murieron por causas naturales. La jueza, de un juzgado de primera instancia, dicta una sentencia que tomó una amplia difusión nacional y mundial, por considerar a Cecilia como “sujeto de derechos no humano” y dispuso su traslado al santuario.

Es importante este fallo porque la jueza aclara que no intenta igualar a los seres sintientes con los seres humanos, como así tampoco elevar la categoría de persona a todos los animales, sino solo afirmar que los primates son personas en tanto sujetos de derechos no humanos.

Finalmente en 2017 Cecilia fue trasladada al santuario de Brasil.

En este fallo se ve claramente que la llave de la evolución e integración de los ANH como sujetos de derechos, se da desde los primates, por las similitudes con el hombre, esto va a dar lugar para que más adelante se incluyan al resto de los animales.

V. La elefanta Mara

En 2017 se desarrolló un convenio para el traslado de la elefanta Mara al santuario de Brasil, desde allí se empezó a readecuar su dieta y prepararla físicamente para el viaje.

En representación se presentó el Dr. Andrés Gil Domínguez y la Dra. María de las Victorias González Silvano y peticionaron que la elefanta Mara sea declarada persona no humana y sujeto de derecho a los efectos de garantizar su máximo bienestar en el futuro traslado al santuario de elefantes en Brasil. También se le ordenó a la ciudad de Buenos Aires, ya que se encontraba en el ecoparque de la misma, qué realice informes sobre el estado de Mara hasta el momento de su traslado.

Se toma como referencia el fallo de la orangutana Sandra para reconocerle su carácter de sujeto de derecho.

Finalmente tras un proceso de preparación física, Mara en mayo de 2020 fue trasladada al santuario.

VI. El problema

Los casos que hemos analizado precedentemente, aunque de manera breve, nos hacen pensar en el cambio de paradigma que proponemos, que en cierta medida ya comenzó, y es lo que se viene a futuro.

Si bien se han obtenido sentencias favorables de distintos tribunales a lo largo del país no se pudo obtener una para el caso del oso Arturo, que no tuvo recepción dentro del órgano jurisdiccional.

No obstante hoy la discusión rige inalterable en el ámbito jurídico; por ello muchos juristas afirman que los animales no pueden ser sujetos de derecho, al no poder contraer obligaciones y no poder sentir.

Claro está que el cambio de paradigma se estableció en varias ramas del derecho incluyéndose a los animales no humanos como integrantes de la familia, se busca reconocerle la calidad de sujeto de derecho y probar su capacidad para sentir; también se habla en referencia a ellos, no ya como dueño o poseedor sino como cuidador del animal que forma parte de nuestra vida cotidiana.

El cambio comenzó pero falta mucho, sin ir más lejos, y remitiéndonos al derecho comparado, países como Bolivia, ya los incluye en su constitución, en Argentina aún hay muy pocas leyes que protegen el maltrato animal y solo jurisprudencia en las cuales se le reconocen derechos, es un camino arduo pero vamos evolucionando gracias a la incorporación del concepto de familia multiespecie que se va forjando poco a poco.

El verdadero camino hacia un cambio radical de paradigma es que la sociedad tome una mirada más ecocéntrica dejando de lado su egoísmo, explotando los recursos naturales de una manera más racional teniendo en cuenta que por el uso indiscriminado de los mismos hay especies que se están extinguiendo para siempre.

VII. Los animales en el Código Civil y Comercial

A fines de explicar la postura adoptada por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, cabe mencionar un análisis sobre los siguientes artículos a los que refiere la temática en cuestión. Encontramos así el artículo 227, que define a las cosas muebles, refiriéndose a ellas en virtud de su capacidad para desplazarse ya sea por sí mismas o por una fuerza externa que las movilice. Luego, el artículo 1310 realiza una diferencia si se tratare de “cosas frágiles,

mal acondicionadas para el transporte, sujetas a fácil deterioro, de animales o de transportes especiales, el transportista puede convenir que sólo responde si se prueba su culpa”. El artículo 1759, dice que “El daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el artículo 1757”. El artículo 1947 hace referencia al dominio de los mismos por medio de la apropiación como modo de adquisición, al ser considerados cosas muebles no registrables, aquellos sin dueño, sobre los animales que son objeto de la caza y de la pesca y los domésticos y domesticados. Al ser una cosa, también es posible un contrato de usufructo según lo expuesto por el artículo 2130 en cuanto al objeto del mismo y “... puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa”.

Acorde a los artículos analizados, podemos decir, que el actual Código Civil y Comercial, trata de igual manera a los animales no humanos como “cosas” objetos de derecho y por ende no gozan de ningún tipo de capacidad jurídica.

Los juristas se preguntan si pueden existir sujetos de derecho sin obligaciones, y llegan a la conclusión de que si hay humanos sin obligaciones como los especificados en el CCyCN, tales como, las personas por nacer, la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, y por último la persona declarada incapaz por sentencia judicial por lo tanto se podría establecer que los ANH tienen una limitada responsabilidad necesitando un responsable que vele por ellos; y con ello el tema responsabilidad quedaría subsanado y luego reconocerles el derecho a la vida, la libertad, la integridad física, el derecho a su hábitat, a un sistema de salud, y la dignidad.²

VIII. La evolución en el concepto de Menores y su vínculo con los animales domésticos.

Hasta el año 2005 tuvo vigencia en Argentina la ley de Patronato de Menores.

La función de esta ley fue que el estado debía cumplir con el deber de asistir, educar, ejercer la guarda y la representación de los menores de edad que no tuvieran representantes, o que no obstante tenerlos se encontraban en situación de desamparo extrema.

El menor, quedaba directamente a cargo del Estado cuando los padres hubieran perdido la patria potestad. En síntesis, el niño era “cosificado”.

² GONZÁLEZ SILVANO, María de las Victorias, Manual de derecho animal - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2019. (Libro digital, PDF, pp.31-33)

Se desnaturalizaba la capacidad jurídica que le otorgaba la ley y no tenía posibilidad alguna de poder decidir sobre el rumbo de su vida.

Al introducirse en el derecho interno la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional, se produce un cambio de paradigma: el niño deja de ser un objeto de derecho para asumir su rol en la sociedad como un sujeto pleno de derechos.

No obstante de que en el viejo código se hablara de la patria potestad y de la tenencia de los hijos; con la sanción del nuevo código todo eso queda atrás regulándose la autonomía progresiva de la voluntad y reemplazándose el término “tenencia”, que tenía un alto contenido peyorativo, por el de responsabilidad parental; dando un giro inesperado en las relaciones familiares. Claramente este avance del derecho sobre la autonomía progresiva de los niños y la forma en la que los padres ejercen la patria potestad, podría asimilarse a la que ejercen los cuidadores con los ANH.³

IX. Familia multiespecie

En las sociedades actuales, la definición de familia incluye a animales no humanos como integrantes de la misma.

Según estudios realizados se dice que convertir a los animales en miembros de la familia es un proceso bidireccional, donde los animales tienen un rol activo en elegir ser parte de la familia, y modifican y delinear activamente las reglas de las familias.

Habitualmente se generan relaciones de parentesco entre los cuidadores y los animales domésticos, que claramente ello no implica la sustitución de categorías de parentesco propiamente dichas, sino más bien es una ficción que se genera a nivel afectivo y sentimental, donde muchas veces se asimila a los animales no humanos como hijos, generando un vínculo muy estrecho donde se comparte el día a día en la vida cotidiana.

Los animales domésticos son valorados por sus similitudes con los miembros humanos y también por sus diferencias.

³ GUAJARDO, Carlos, “Padres e hija no humana: para un juez, una pareja y su perra formaban una familia multiespecie”, *Clarín*, 19/06/2021 disponible en la web oficial del periódico de difusión nacional *Clarín* en: https://www.clarin.com/sociedad/padres-hija-humana-juez-pareja-perra-formaban-familia-multiespecie-_0_uQs-jtC3n.html

Recientemente en el fallo “Tita” se resolvió desde una mirada del respeto a otras especies y del derecho animal, donde se dijo que resulta incorrecto decir “mascota” porque se sigue asociando a una cosa que se puede poseer; en su lugar, corresponde utilizar el término “animal conviviente”. Tampoco se habla de dueños de los animales, sino más bien de cuidadores responsables. Y estas novedosas definiciones legales ponen también en palabras los nuevos vínculos que cada vez más humanos establecen sobre todo con perros y gatos, aunque en menor medida con otras especies.

El vínculo creado entre Tita y sus cuidadores fue muy grande, tan así que la familia luego de la pérdida se vio afectada emocionalmente. Este fallo sirve para ir afianzado poco a poco el concepto de familia multiespecie en nuestro derecho.

X. Conclusiones

La idea de que los intereses de los seres humanos deben prevalecer sobre los animales no humanos, conocida con el término “antropocentrismo” implicando por ello el desprecio por su vida y el ser tratado como cosas, cada día que pasa pierde más fuerza y son muchas las personas que se están sumando al cambio.

Si bien el respeto por los derechos de los animales no es una moda actual, ya que la Ley Sarmiento de 1888 hablaba del maltrato hacia ellos. Luego la Ley 14.346, vigente hoy, sancionada en 1954, estableció penas para quien haga víctima de crueldad a un animal; ésta ley penal es obligatoria en todo el territorio nacional. Si hablamos de una víctima, no nos estamos refiriendo al animal como una propiedad, sino a un sujeto. Nosotros estamos diciendo que los animales ya tienen derechos y lo que se busca es que sean reconocidos.

Si la jurisprudencia ya viene diciendo en reiterados fallos que los animales no humanos son seres sintientes, aún no se comprende cómo el legislador no crea más leyes o aumenta las penas en las ya vigentes, dándole a los ANH de esta forma un lugar de inclusión en el derecho o quién dice el anhelo de que algún día ellos formen parte de nuestra constitución.

XI. Bibliografía consultada

- AFADA asociación civil c. Prov. Mendoza, Juzgado de Garantías, N°3, 03/11/2016, SAIJ, (Id SAIJ: NV15766).
- Agd Consultora, “La justicia comercial de la CABA protege los derechos de la Elefanta Mara en un proceso de quiebra”, *Under Constitucional*, 12/12/2019, disponible en la web oficial del blog en: <http://underconstitucional.blogspot.com/2019/>
- Ayzaguer, María, “Familias multiespecie: de qué se trata esta nueva concepción del vínculo entre humanos y animales”, *La Nación*, 03/06/2021, disponible en la web oficial del periódico de difusión nacional *La Nación* en: https://es-us.noticias.yahoo.com/familias-multiespecie-concepci%C3%B3n-v%C3%ADnculo-humanos-182008690.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2x-llmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAD20QtXvue-1ArDMg_tidrsf3J7U-Hu7I_xpJvqj1eMrMhuv8G3qZODJpvBoa_hWyMy-xShGv_FfbF55xQI-VakZNgQefsDNec52cuABjj7E15v2KlWg0FQlM0ZtRRYH81TP0RzpC-g5wnC4_WKZkU3zor5LQqMOeOVm5DDv5MfZ2yR
- Colombato, Lucía, “Concepciones de infancia en el Código Civil y en el Proyecto de Reformas de 2012: Una aproximación comparativa”, *Anuario Facultad Ciencias Humanas*, diciembre 2013, 2.
- De Baggis, Gustavo. «Arturo, Sandra, Poli y Cecilia: cuatro casos paradigmáticos de la jurisprudencia argentina». *DA. Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, 2017, Vol. 8, n. ° 3 (Libro digital, PDF)
- Díaz Videla, Marcos; RODRÍGUEZ CEBERIO, Marcelo, (2019) “Las mascotas en el sistema familiar. Legitimidad, formación y dinámicas de las familias humano animal” *Revista de Psicología*, 18(1), 44-63. (doi: 10.24215/2422572Xe036).
- Fernández, Silvia Eugenia, “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios” *Sup. Esp.* 20/05/2015 , 181 • *LA LEY* (AR/DOC/1304/2015)
- González Silvano, María de las Victorias, *Manual de derecho animal - 1a ed.* - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Jusbaire, 2019. (Libro digital, PDF)
- Pablo Editor, “El palacio de los elefantes despierta a la elefanta Mara”, *Palermo online*, 07/05/2020, disponible en la web oficial del periódico de difusión nacional *Palermo online* en: <https://palermonline.com.ar/wordpress/el-palacio-de-los-elefantes-despierta-a-la-elefanta-mara/>

Prensa Gobierno De Mendoza, “Fallo fiscal ratifica el bienestar del oso Arturo en el Zoo de Mendoza”, *Gobierno Mendoza*, 21/03/2014, disponible en la web oficial del Gobierno de Mendoza de difusión nacional en: <https://www.mendoza.gov.ar/prensa/fallo-fiscal-ratifica-el-bienestar-del-oso-arturo-en-el-zoo-de-mendoza/>

Van Gelderen, Ana, “Exclusivo. Así fue el viaje de la elefanta Mara hacia la libertad”, *La Nación*, 28/05/2020, disponible en la web oficial del periódico de difusión nacional *La Nación* en: <https://www.lanacion.com.ar/turismo/de-buenos-aires-al-mato-grosso-asi-nid2370419/>

DESAFÍOS ACTUALES PARA GARANTIZAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN CASOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

CURRENT CHALLENGES TO GUARANTEE THE BEST INTERESTS OF THE CHILD IN CASES OF INTERNATIONAL RETURN OF MINORS

Rosario Valverde*

Sumario: I. Introducción. II. Acerca del interés superior del niño. III. Marco normativo sobre la restitución internacional de menores. III.1. Tratados multilaterales. III.1.A. Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980. III.1.B. Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989. III.2. Tratados bilaterales. III.2.A. Convenio argentino-uruguayo sobre protección internacional de menores de 1981. III.3. Código Civil y Comercial. IV. Conflicto de jurisdicciones. V. La situación en nuestro país y la demora en la tramitación de las causas relativas a la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. VI. Colofón.

Resumen

En materia de restitución internacional de menores, la República Argentina es parte del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Ambos instrumentos tienen como base la Convención sobre los Derechos del Niño y buscan proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes víctimas de situaciones de traslados y/o retención ilícitos, o bien organizar o restablecer el derecho de contacto. Esas directivas fijan el contenido y las condiciones de aplicación por parte del Estado requerido en casos de restitución internacional de niños. Sin embargo, la lentitud es un aspecto que sigue entorpeciendo estos procesos y por ello el objetivo de este

* Estudiante avanzada de Abogacía en Universidad Nacional del Sur (UNS).

trabajo consiste en enfatizar la relevancia de la celeridad a fin de evitar mayores perjuicios a la parte más vulnerable en ellos: los niños, niñas y adolescentes.

Palabras clave: restitución internacional de menores – interés superior del niño – celeridad procesal – cooperación jurídica internacional – Derecho Internacional Privado – Derechos Humanos.

Abstract

Regarding the international restitution of minors, the Argentine Republic is a party to two international treaties of great importance: the Hague Convention on Civil Aspects of the International Abduction of Minors and the Inter-American Convention on the International Restitution of Minors. Both instruments are based on the Convention on the Rights of the Child and seek to protect the best interests of children and adolescents who are victims of situations of illegal transfers and / or retention, or to organize or re-establish the right of contact. These directives set the content and conditions of application by the requested State in cases of international return of children. However, slowness is an aspect that continues to hinder these processes and therefore the objective of this work is to emphasize the importance of speed in order to avoid greater damage to the most vulnerable part of them: children and adolescents.

Keywords: international restitution of minors – best interests of the child – procedural speed – international legal cooperation – Private International Law – Human Rights.

I. Introducción

No cabe duda que los conflictos familiares internacionales han proliferado en los últimos años tanto por temas de movilidad laboral como por la facilidad en las comunicaciones. Esta realidad ha impactado directamente en la problemática de la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA). Han aumentado significativamente los casos de NNA que han sido trasladados a otros países o retenidos ilícitamente por algunos de sus progenitores. Incluso en el contexto de pandemia que estamos atravesando, con el cierre de fronteras y la suspensión de vuelos internacionales, sorprendentemente este tipo de situaciones se ha multiplicado.

En esta oportunidad, analizaré cómo el interés superior del niño (en adelante ISN) está contemplado a nivel normativo y los desafíos que enfrentamos actualmente en nuestro país relativos a la restitución internacional de menores.

II. Acerca del interés superior del niño.

El ISN ha sido definido por el Comité de los Derechos del Niño como un concepto triple: es un derecho sustantivo, ya que todo niño tiene derecho a que su interés superior sea considerado primordialmente al sopesar distintos intereses; es un principio jurídico interpretativo, ya que, en caso de que una disposición jurídica admita más de una

interpretación, se debe elegir aquella que satisfaga de manera más efectiva el ISN; y es una norma de procedimiento, ya que el proceso de adopción de decisiones sobre un niño, grupo de niños concreto o niños en general, debe incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño o niños interesados, explicitando que el ISN ha sido tenido en cuenta¹.

El ISN no es una noción abstracta, por el contrario, varía en cada caso en particular, y es por ello que puede tener un significado para un niño, y otro muy diferente para otro niño. En consecuencia, se debe interpretar en cada situación particular.

III. Marco normativo sobre la restitución internacional de menores

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) dispone en su artículo 11 la obligación de los Estados Partes de promover la concertación de acuerdos a fin de adoptar medidas para luchar contra traslados y retenciones ilícitos de niños en el extranjero.

En cumplimiento de dicha directiva, la República Argentina ha suscripto el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante CACSIM) y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (en adelante CIDIP IV).

¹ Comité de Derechos del Niño, párr. 6 de la Observación general 14/2013, disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechos-DelNino-WEB.pdf>.

III.1. Tratados multilaterales.

III.1.A. Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980.

Este Convenio de tinte universal, fue ratificado por Argentina el 1 de junio de 1991 y persigue la pronta restitución del menor ilícitamente trasladado o retenido a su residencia habitual. También persigue la finalidad de garantizar el derecho de comunicación o de visita con el progenitor no conviviente.

Si bien no estipula expresamente al ISN como eje rector, en el preámbulo el Convenio señala que los Estados firmantes declaran que “es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia”. Justamente, esa convicción los ha llevado a elaborar el Convenio. El preámbulo refleja de forma bastante clara cuál ha sido la filosofía del Convenio al respecto, una filosofía que se podría definir de la forma siguiente: la lucha contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores debe basarse siempre en el deseo de protegerles, interpretando su verdadero interés².

El Convenio posee dos fases: una voluntaria y otra judicial. La fase voluntaria se realiza ante las Autoridades Centrales designadas por cada Estado Parte y es quien está encargada de cooperar y establecer los vínculos para lograr la cooperación interestatal en este tipo de casos. Por su parte, Argentina designó como Autoridad Central a la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional -Dirección General de Asuntos Jurídicos- del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto que no tiene la función de representar a los peticionantes, sino que delega dicha labor en las defensorías públicas salvo en el caso de que el peticionante designe un abogado particular. En esta etapa voluntaria se busca una solución amistosa, incluso a través de mediaciones. La Autoridad Central argentina ofrece siempre la posibilidad de resolución de la controversia de manera extrajudicial, solicitando al padre sustractor que restituya al niño de manera voluntaria o, en su caso, se fije un régimen de visitas. Para ello se otorga un plazo de 10 días para responder. En ciertos casos se llevan a cabo mediaciones, se realizan llamadas entre las partes y sus abogados, e incluso intervienen los Consulados argentinos en el extranjero, todo ello en el entendimiento de que una solución amistosa es más acorde con el ISN.

² PÉREZ-VERA, Elisa, “Informe Explicativo del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”, consultado el 29/08/2021. URL: http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf, párrs. 23 y 24.

Ahora bien, si el acuerdo no fuera posible, la Autoridad Central remite la documentación a la justicia competente. Sin embargo, puede recurrirse a la fase judicial sin necesidad de realizar la fase voluntaria o en caso de que esta no tuviere éxito. La fase contenciosa puede iniciarse con la colaboración de la Autoridad Central o directamente por el progenitor que ve vulnerado su derecho de custodia. Según el artículo 11 del Convenio, la autoridad jurisdiccional posee un plazo de seis semanas para resolver el caso, dando esto cuenta de la celeridad que se requiere en este tipo de situaciones. Para ello, el juez deberá verificar los requisitos de procedencia, brindar traslado debido, cumplir con las garantías del debido proceso, resolver excepciones en el caso de que sean opuestas, abrir una etapa probatoria, etc. En caso de exceder este plazo, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido tienen el derecho a solicitar una declaración que contenga las razones de dicha demora.

III.1.B. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989.

Esta Convención, ratificada por nuestro país el 15 de febrero de 2001, tiene por objeto la pronta restitución de los niños que posean residencia habitual en alguno de los Estados Partes y que hayan sido trasladados ilegalmente a otro Estado o que, habiendo sido trasladados de forma legal, hubiesen sido retenidos ilegalmente.

Según el artículo 8 de esta Convención, los titulares de la acción de restitución podrán ejercitarla mediante exhorto o carta rogatoria, solicitud a la autoridad central o vía diplomática o consular.

En principio, según su artículo 10, las autoridades judiciales o administrativas deben adoptar todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor. Si ello no fuere posible, deberán tomar conocimiento personal del menor, adoptando las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución. En este caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno, corresponda tutelar los derechos del NNA.

III.2. Tratados bilaterales

III.2.A. Convenio argentino-uruguayo sobre Protección Internacional de Menores de 1981

El Convenio celebrado en 1981 fue aprobado por nuestro país por ley 22.546 el 1 de marzo de 1982 y tiene por objeto asegurar la pronta restitución de NNA que, indebidamente, se encuentren fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio del otro Estado Parte.

Según el Convenio, el juez exhortado, una vez comprobados los requisitos exigidos en el artículo 6, sin más trámite tomará conocimiento *de visu* del menor y adoptará las medidas necesarias para asegurar su guarda provisional. Asimismo, dispondrá sin demora la restitución del NNA, teniendo para ello un plazo de cuarenta y cinco días corridos desde que se comunicare la resolución por la cual se dispone la entrega.

III.3. Código Civil y Comercial

El CCyC tiene una norma específica sobre restitución internacional –el artículo 2642– que es clave en casos relativos a la restitución internacional de menores en que el otro Estado no es parte de las convenciones mencionadas *ut supra* o en aquellos casos que exceden el ámbito de aplicación de las mismas.

La norma, en su primera parte, establece que en la materia rigen las convenciones vigentes, es decir, las mencionadas *ut supra*. Su principal aporte, no obstante, consiste en que estipula el deber del juez de adaptar los principios de dichas convenciones a aquellos casos en donde no sean aplicables, siempre teniendo en miras el ISN.

En el segundo párrafo, la norma establece el deber de la autoridad judicial que entiende en la restitución de supervisar el regreso seguro del NNA a su residencia habitual anterior a su desplazamiento fomentando el cumplimiento voluntario de la decisión. Es decir, si el regreso del NNA no pudiera ser voluntario el juez deberá cooperar y coordinar con las autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del niño, las medidas necesarias para garantizar el retorno seguro a ese Estado.

Por último, en el tercer párrafo el artículo faculta al juez a tomar medidas anticipadas en caso de que tome conocimiento del inminente ingreso de un NNA al país cuyos derechos puedan verse amenazados. Ello con el fin de

asegurar su protección e incluso –si correspondiera– la del adulto que lo acompaña. Los legitimados para solicitar estas medidas son la parte legitimada o autoridad competente extranjera. Sin embargo, y acorde a la letra del artículo 2641, el juez no requiere de dicha petición para ordenar las medidas que considere pertinentes. De este modo, se busca prevenir situaciones de traslado que conculquen el derecho de custodia atribuido a una persona sobre un NNA y brindar medios para evitar que un niño sea sustraído del medio en el que habita y está integrado efectivamente³.

IV. Conflicto de convenciones

La existencia de estos marcos normativos internacionales específicos en la materia trae importantes ventajas a la hora de tener que ofrecer solución a los conflictos que se plantean ante nuestros tribunales cuando el caso nos vincule con otro u otros Estados que también sean parte de estas Convenciones. Ahora bien, puede suceder que una situación quede comprendida entre varias convenciones, y eso es lo que denominamos conflicto de convenciones. Por ejemplo, podría darse el caso en que un niño tenga residencia en Argentina y haya sido trasladado o retenido ilegalmente en Uruguay, con lo cual, podrían ser aplicables los tres convenios en vigor. Este tipo de conflictos se resuelven acudiendo a cláusulas de compatibilidad de los propios textos convencionales.

El conflicto que podría suscitarse entre el CACSIM y la CIDIP IV se resuelve con el artículo 34 de esta última que estipula que rige la CIDIP IV, a menos que los Estados Partes de forma bilateral convengan la aplicación prioritaria del CACSIM.

Por su parte, en caso de conflicto entre la CIDIP IV y otros textos convencionales se resuelve, según el artículo 35 de la CIDIP IV a favor de la aplicación de aquella que resulte más favorable. Con lo cual, puede suceder que el Convenio argentino-uruguayo sea invocado, por ejemplo, en supuestos de adolescentes de entre 16 y 18 años de edad, ya que tanto el CACSIM como también la CIDIP IV limitan la aplicación de sus disposiciones a los niños menores de 16 años y el Convenio argentino-uruguayo extiende esta protección en virtud de que remite la calificación de menor al lugar de residencia habitual.

³ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia, “El Código Civil y Comercial y la universalización de las convenciones internacionales en materia de restitución internacional de menores”, RC-CyC 2015 (noviembre), 203, TR LALEY AR/DOC/3807/2015, p. 2.

De esta manera, nos abre la posibilidad de aplicar siempre la norma que resulte más beneficiosa para el ISN.

V. La situación en nuestro país y la demora en la tramitación de las causas relativas a la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.

Un principio fundamental en casos como los que conciernen a la restitución internacional de menores lo constituye la celeridad, que debe estar presente en la etapa administrativa y en la etapa judicial. Y es que la inmediatez es una de las maneras de proteger debidamente el ISN, evitar tanto el desarraigo como así también que el daño que se le infringe se agrave y es un presupuesto básico del correcto funcionamiento de los convenios internacionales en vigor⁴.

La Dra. Graciela Tagle señaló en la Conferencia Internacional organizada por el Colegio de Abogados de San Isidro en julio de 2020, que las estadísticas demuestran que las decisiones en Argentina relativas a la restitución internacional de menores tardan en promedio sesenta semanas, siendo que deben resolverse dentro de seis semanas, acorde a lo establecido en el CACSIM.

La celeridad no es una cuestión abstracta, al contrario, el CACSIM nos indica un plazo que se entiende razonable a fin de que el proceso concluya. Este plazo no resulta inoperante, sino que Argentina, al ratificar la Convención asumió la obligación de cumplirlo, con lo cual, el hecho de no garantizar una resolución en dicho plazo acarrea responsabilidad internacional.

En nuestro país no tenemos un proceso especial nacional para la tramitación de los casos de restitución internacional de menores y ello trae aparejada la demora en la tramitación de las causas. No obstante, hemos comenzado un proceso tendiente a la regulación de esta cuestión. La provincia de Córdoba fue pionera al dictar una ley de procedimientos en 2006, y luego otras provincias se sumaron a la iniciativa. A nivel federal hay un proyecto con media sanción que contempla un procedimiento especial que permite abreviar los plazos en concordancia con el CACSIM.

La ausencia de leyes procesales específicas conduce a que las solicitudes de restitución deban tramitarse por los procedimientos que contemplan los códigos

⁴ SCOTTI, Luciana B., "Las garantías fundamentales en el procedimiento de restitución internacional de niños", Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 62 (Drs. Cecilia P. Grosman, Aida Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras y Marisa Herrera. ISSN 1851-1201. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, noviembre de 2013, p. 27.

de rito. Estos procedimientos fueron pensados para otras situaciones muy diferentes a la restitución internacional de menores, permitiendo vías impugnativas y recursivas que extienden innecesariamente la duración del proceso. La clave del respeto al ISN, por tanto, radica en diseñar procedimientos específicos para estas situaciones, que conjuguen la protección del debido proceso con el principio de celeridad⁵. Uno de ellos es la mediación, cuya promoción ha sido recomendada por La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado en su Kit de herramientas en tiempos de COVID-19⁶, en línea y a distancia para evitar la propagación del virus. Y en relación a ella, en 2020 fue presentado por la Comisión Nacional de Acceso a Justicia un Proyecto Piloto para la Implementación de la Mediación a la Aplicación de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños. Se trata de un protocolo para el desarrollo de la primera experiencia de resolución alternativa de conflictos sobre restitución de niños en nuestro país y que ya ha sido utilizado para lograr la restitución de un niño de cinco años a Venezuela y permitirle así el reencuentro con su madre⁷.

Por otra parte, y a fin de brindar mayor celeridad al proceso, resulta vital la cooperación internacional. En la materia que hoy nos ocupa, la cooperación entre autoridades resulta una herramienta muy útil para desbaratar los traslados y/o retenciones ilícitas de niños y disminuir la pérdida de contacto del niño con sus progenitores⁸. En este punto es importante destacar que el CACSIM tiene como uno de sus objetivos primarios la amplia colaboración entre las autoridades judiciales y administrativas, a fin de lograr un pronto retorno y evitar de esa forma, la consolidación de un acontecimiento, por lo menos a primeras luces, contrario a derecho⁹. Asimismo, la CDN instituye a los Estados como garantes

⁵ DREYZIN DE KLOR, Adriana y 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, TR LALEY AR/DOC/3923/2017, p. 14.

⁶ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “Boîte à outils pour la Convention HCCH Enlèvement d’Enfants de 1980 en période de COVID-19”, 03/07/2020, consultado 29/08/2021. URL: <https://www.hcch.net/fr/news-archive/details/?varevent=741>.

⁷ “El Ministerio participó en la restitución de un niño de 5 años a Venezuela”, consultado el 29/08/2021. URL: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-ministerio-participo-en-la-restitucion-de-un-nino-de-5-anos-venezuela>.

⁸ HERZ, Mariana, “El proceso de restitución de niños, niñas y adolescentes víctimas de sustracción parental internacional”, publicado en *Revista de Derecho Procesal*, Año 2010 - Volumen 1, p. 180.

⁹ BAUGER, Erika, “Aspectos civiles de la restitución internacional de niños”, Proyecto de Investigación J/125: “Las consecuencias del desmembramiento familiar en el derecho internacional privado”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Secretaría de Ciencia y Técnica de la UNLP. Fecha de presentación: 31/12/2013, p. 15.

del efectivo cumplimiento de los derechos allí enunciados, imponiéndoles la obligación de establecer mecanismos o instrumentos de cooperación tendientes a garantizar los derechos en ella enunciados.

VI. Colofón

El criterio a seguir en las convenciones mencionadas es indudablemente el resguardo del ISN, el cual debe estar presente en cada decisión que concierna a un NNA en situación de sustracción y/o retención ilícita.

Resulta imperativo que los procesos tengan mayor celeridad y para ello es necesario tanto que se sancione una ley a nivel federal de procedimiento que regule los casos de restitución internacional de menores como así también que se establezcan mecanismos a nivel provincial para la cooperación internacional que permitan brindar respuestas rápidas y eficaces por parte de operadores especializados en la materia.

LA NECESIDAD DE UN AGRAVANTE GENÉRICO PARA LOS DELITOS COMETIDOS A RAZÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL, IDENTIDAD DE GÉNERO O SU EXPRESIÓN

THE NEED FOR A GENERIC AGGRAVANT FOR CRIMES
COMMITTED BY REASON OF SEXUAL ORIENTATION, GENDER
IDENTITY OR IT'S EXPRESSION

Javier Yabante*
Nicolás Roldán Di Giacomo**

“De todas las discriminaciones, la que a mí me ha tocado padecer en forma particular es el desamparo legal”

Carlos Jáuregui¹

Sumario: I. Normativa penal actual. II. La omisión legislativa desde las estadísticas. III. Normas constitucionales y convencionales afectadas. IV. Reforma del Código penal.

Resumen

Este trabajo busca resaltar el problema de la presencia de actos de violencia por razones de odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión, que aún persisten en nuestro país y la insuficiencia de las normas penales para su tratamiento. En este sentido, partiendo del análisis de las normas penales nacionales desde una perspectiva de Derechos Humanos y del análisis de datos de los diferentes organismos, se buscará demostrar la existencia del problema y presentar una solución. Siendo la misma una propuesta de reforma lege ferenda del Código Penal.

Palabras clave: agravante – penal – discriminación – crimen de odio – LGBT.

¹ Activista LGBT argentino. Primer presidente de la Comunidad Homosexual Argentina. Fundador de la Asociación Gay por los Derechos Civiles. Encabezó la 1era Marcha del Orgullo Gay Lésbico.

* Abogado (UNS).

** Estudiante de abogacía (UNS).

Abstract

This work seeks to highlight the problem of the presence of acts of violence for reasons of hatred of sexual orientation, gender identity or its expression, which still persist in our country and the insufficiency of criminal regulations for their treatment. In this sense, based on the analysis of national criminal law from a Human Rights perspective and the analysis of data from different agencies, it will seek to demonstrate the existence of the problem and present a solution. Being the same a proposal of reform lege ferenda of the Penal Code.

Keywords: aggravating – criminal – discrimination – hate crime – LGBT.

I. Normativa penal actual

En Argentina, el 14 de Diciembre del año 2012 se promulgó la Ley N° 26.791, que modificó el Art. 80 inc. 4 del Código Penal, incorporando como motivación agravante para el delito de homicidio, el odio: al género, a la orientación sexual, a la identidad de género o a la expresión de género de la víctima. Esta ley indica que: “*Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare... 4° Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión*”.

En cuanto al delito de lesiones, el art. 92 establece que las mismas se ven agravadas cuando son cometidas teniendo como motivo el odio de género, a la orientación sexual, la identidad de género o su expresión.

Se entiende como importante aclarar qué implican los conceptos nombrados. Dando por sentado que las normas son un complejo que conforman un sistema autónomo y autosuficiente, es que dichos conceptos vertidos en el Código Penal, se deben interpretar a partir de otras normas nacionales como la Ley de Identidad de Género² y lo detallado por el INADI³ como organismo oficial.

Género. Es la construcción cultural e histórica de las esferas sociales de lo femenino y lo masculino, en la que se clasifican roles, atributos y significados. Es un sistema de relaciones sociales y simbólicas desiguales en el que lo femenino aparece como subordinado a lo masculino⁴.

² Ley 26.743, Ley de Identidad de Género, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 23 de mayo de 2012.

³ Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo.

⁴ Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo. *Diversidad sexual y Derechos Humanos: sexualidades libres de violencia y discriminación*. Consultado el 27/06/2021,

Orientación sexual. Es la capacidad de sentir una atracción emocional, afectiva y sexual hacia otras personas, de un género diferente, del mismo género o de varios géneros⁵.

Identidad de género. Es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales⁶.

Expresión de género. Se refiere a cómo se muestra cada género al mundo: a través del nombre, cómo nos vestimos, nos comportamos, interactuamos, etc.⁷

Una vez entendido el ámbito protectorio de esta reforma, cabe llegar a la cuestión de preguntarse si se presenta como suficiente para cumplir con su cometido: punir dichas conductas y más que nada, si son suficientes para evitar y disminuir las situaciones de agresiones al colectivo LGBTQI⁸.

En consecuencia, en el siguiente apartado se hará referencia al análisis estadístico que realizan los diferentes organismos, sobre los delitos y la violencia de odio como una herramienta para ver la suficiencia o no de las disposiciones penales actuales en la materia.

II. La omisión legislativa desde las estadísticas

Dentro del ámbito nacional, el Observatorio Nacional de Crímenes de Odio creado por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, destaca en su informe del 2019 que: “durante el último semestre del año 2019 ocurrieron en Argentina ciento setenta y siete (177) crímenes de odio...” En los mismos “...la orientación sexual, la identidad y/o la expresión de género de todas las víctimas fueron utilizadas como pretexto discriminatorio para la vulneración

disponible en: <http://municipalidadsalta.gob.ar/wp-content/uploads/2020/05/4.-Diversidad-Sexual-y-Derechos-Humanos-INADI.pdf> (Documento Digital, p.60).

⁵ *Ibidem*.

⁶ Artículo 2, *Ley 26.743, Ley de Identidad de Género, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 23 de mayo de 2012.*

⁷ Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, *loc. cit.*

⁸ Colectivo de personas: Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans, Queer e Intersex.

de derechos y la violencia⁹. Donde a partir de los crímenes de odio registrados, el 44% de los casos (78) corresponden a asesinatos y muertes por ausencia y/o abandono estatal; y el 56% restante de los casos (99) corresponden a situaciones de violencia física que no terminó en muerte”¹⁰.

Con estos datos es posible pensar en la poca efectividad de los instrumentos legislativos vigentes en su función de sancionar y prevenir la violencia por razones de odio.

También debemos destacar que el Observatorio detalla que en relación a la modalidad empleada para ejecutar estos delitos: “las mismas están dadas tanto por lesiones al derecho a la vida, como a la integridad física; el porcentaje mayor corresponde a golpes -con el 47% de los casos-; le siguen con el 36% las consecuencias materiales de la ausencia y/o el abandono estatal, que generalmente están ligadas a la salud; luego con el 4% las puñaladas; posteriormente con el 3% cada uno los abusos sexuales y los balazos. Por último, con el 1% respectivamente por categoría: los cortes; los empujones/forcejeos; estrangulamientos/ahorcamiento/asfixia; las privaciones ilegítimas de la libertad; las mutilaciones; y otras modalidades”¹¹.

Además, de manera conclusiva, agrega que “Las fuerzas de seguridad argentinas y los servicios penitenciarios manifiestan particular saña y odio contra las personas LGBTQI, y particularmente con la comunidad de mujeres trans. Ello se manifiesta en el desconocimiento de sus identidades auto percibidas –a partir de burlas, insultos, descalificaciones-, en detenciones arbitrarias con armado de causas judiciales, en la criminalización del trabajo sexual, en la exigencia de coimas o de servicios sexuales gratuitos, en persecuciones, hostigamientos, tratos vejatorios e inhumanos, violaciones y tortura, tanto en la vía pública, como en comisarías y penales”¹².

Esto demuestra que la motivación por razones de género, identidad de género o la expresión del mismo, se encuentra presente no sólo en los delitos de homicidio y lesiones-como nuestro Código Penal parece presumir- sino que en una gama mucho más amplia de delitos. También deja al expuesto que es suma-

⁹ Observatorio Nacional de Crímenes de Odio, *Informe 2019 de Crímenes de Odio motivados por discriminación por orientación sexual, expresión e identidad de género*, consultado el 06/07/2021, disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1OX4Vi0UBly2Bt8PwOtloUPzRI-5HUx9TS/view> (Documento Digital, p.16).

¹⁰ Observatorio Nacional de Crímenes de Odio, *op.cit.*, p.17.

¹¹ Observatorio Nacional de Crímenes de Odio, *op. cit.*, p.20.

¹² Observatorio Nacional de Crímenes de Odio, *op. cit.*, p.22.

mente débil la influencia que ejerce la legislación actual para prevenir este tipo de conductas. En tal sentido, como demuestra el INADI, ni siquiera se presenta como suficiente para disuadir a las autoridades policiales de realizar tales actos.

Profundizando un poco, el informe plantea que “la cantidad de crímenes de odio ocurridos en 2019 implican un aumento significativo en relación a los casos relevados en el año 2018 -ciento cuarenta y siete (147)-, y en el año 2017 -ciento tres (103)-”¹³.

Siendo un número que va en aumento, esto lleva a pensar y replantearse si los instrumentos actuales son suficientes o más bien, como se adelantó, no lo son.

Concluye el mismo planteando que “Los crímenes de odio se caracterizan por ser cometidos con una descomunal rabia, con métodos de tortura, y en los casos de asesinato arrancarles la vida a las víctimas no basta, sino que además, sus cuerpos quedan destrozados”¹⁴. En tal línea se detalla no solo la necesidad de una reforma sino que la misma debe ocurrir de manera urgente.

Con todos estos datos es dable anticipar las siguientes conclusiones: la motivación explicada está presente en todo tipo de delitos y no solo en el homicidio y las lesiones (el Observatorio en su informe de 2019 realiza esta misma observación¹⁵); que tales conductas van en aumento año tras año; y que debido a sus características es necesario que se tomen medidas de forma urgente.

Esto permite visualizar que es claro y notorio el incumplimiento por parte del Estado Nacional en materia de tratados internacionales, al omitir sancionar disposiciones legislativas realmente protectorias y efectivas, al momento de tratar de proteger al colectivo LGBTQI. En consecuencia, se entiende que una solución posible es sancionar un agravante genérico para todos delitos cometidos por razones de odio a la orientación sexual, la identidad de género y su expresión.

Una vez detallado el problema, corresponde aplicar la perspectiva de Derechos Humanos para así visualizar, en concreto, la forma en que tal omisión legislativa va en contra de los tratados ratificados por la Argentina.

¹³ Observatorio Nacional de Crímenes de Odio, *op. cit.*, p. 27.

¹⁴ Observatorio Nacional de Crímenes de Odio, *op. cit.*, p.20.

¹⁵ Observatorio Nacional de Crímenes de Odio, *op. cit.*, p.12.

III. Normas convencionales y constitucionales involucradas.

En Argentina, gracias a la reforma constitucional del año 1994, se declara con el artículo 75 inciso 22, la jerarquía constitucional de diez Documentos Internacionales de Derechos Humanos. Por lo tanto el Estado Nacional quedó obligado a adaptar y adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para proteger los derechos y garantías consagrados en tales documentos.

En este sentido es que una de las tres obligaciones genéricas principales en materia de Derechos Humanos es justamente la de *adoptar medidas*. Así la CADH establece en su artículo 2 que: “los Estados Partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”¹⁶.

En entendimiento de esto, el Estado debe adaptar y adoptar las leyes penales necesarias para respetar y proteger el contenido proclamado no solo en nuestra Constitución, sino en los tratados de Derechos Humanos.

La confrontación de la situación del colectivo con las normas de Derechos Humanos está dada porque el Estado argentino al omitir proteger a la comunidad LGBTQI con una adecuada legislación penal contra los delitos de odio, incumple distintas disposiciones constitucionales y de Derechos Humanos.

En este sentido las diferentes situaciones de violencia detalladas en el apartado anterior, implican no solo una afectación a los bienes jurídicos conocidos como: la integridad física y el derecho a la salud, sino también una clara situación de discriminación. Esto sucede debido a la inadecuada toma de medidas del Estado Argentino, en especial en cuanto a su legislación.

Cabe tener presente que la integridad física y la salud están protegidas tanto por la Constitución Nacional como por diferentes Tratados de Derechos Humanos. (Arts. 1 y 11 de la Declaración de los Derechos y Deberes de los Hombres, Arts. 3 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los Artículos 2.2 y 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 9 del Pacto de Derechos Civiles y políticos).

¹⁶ Artículo 2. Ley N° 23.054 Convención Americana de derechos humanos, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 27 de Marzo de 1984. Consultado el 07/07/21, URL: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm> .

Desde luego los principios de igualdad y no discriminación están protegidos también (el Artículo 16 de la Constitución Nacional que indica la igualdad ante la ley, pasando por los artículos 1, 2 y 7 de la DUDH¹⁷, el artículo 2.2 del PIDESC¹⁸, el 2.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 1.1 y 24 de la CADH¹⁹ que también plantean la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación).

Finalmente, en relación a las diferentes disposiciones en materia legisferante: los Principios de Yogyakarta, redactados en Yogyakarta, Indonesia, en Noviembre de 2006, por 29 especialistas de la materia de acuerdo a los demás tratados de derechos humanos, se consagraron diferentes obligaciones a cumplir por los estados. Estos principios reflejan especialmente el estado actual de la legislación internacional de derechos humanos en relación a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género.

Entre sus disposiciones consagra, que los estados se comprometen adoptar todas las medidas legislativas necesarias para:

- Modificar toda legislación, incluido el derecho penal, a fin de asegurar su compatibilidad con el disfrute universal de todos los derechos humanos;
- Imponer castigos penales apropiados frente a la violencia, hostigamientos motivados por la orientación sexual o la identidad de género de cualquier persona o grupo de personas, en todas las esferas de la vida, incluyendo la familia.

Una vez entendido qué normas penales protegen al colectivo LGBTQI actualmente, cómo las mismas se presentan como insuficientes y qué normas constitucionales y convencionales se ven afectadas, corresponde en el próximo apartado detallar cuál es una de las posibles soluciones ante este conflicto.

IV. Reforma del Código penal

Actualmente la protección al colectivo LGBTQI descansa en el artículo 80 inciso 4 del Código penal. El cual de acuerdo a lo indicado por el Observatorio de Crímenes de Odio, es insuficiente para prevenir y sancionar las conductas de violencia por motivo de odio.

¹⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁸ Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁹ Convención Americana de Derechos Humanos.

Esta insuficiencia tendría dos manifestaciones esenciales. Por un lado la motivación de odio, como indican ambos organismos, no está presente solo en los delitos de homicidio y lesiones, por lo que una gran gama de delitos quedan sin ser agravados por ser cometidos a razón del odio de género, de identidad de género, expresión de género. En consecuencia muchas formas de violencia quedan sin ser percibidas como más graves al ser cometidas con dicha motivación.

Por el otro lado, los datos señalan que los delitos por razones de odio van en aumento año tras año, lo cual demuestra que la norma actual no tiene el efecto disuasivo que debería tener.

Esta doble insuficiencia de regulación entendemos que implica una desprotección por parte del estado al colectivo LGBTQI y se traduce en responsabilidad del estado argentino debido a una omisión legislativa.

Nada cabe referir en cuanto a que esta omisión va en contra de los tratados de Derechos Humanos y de la Constitución Nacional. Fundamentalmente en lo que serían los bienes jurídicos conocidos como: integridad física, salud, principios de igualdad y de no discriminación.

Como solución a este conflicto es que el presente trabajo plantea una reforma al Código Penal. Esta reforma podría estar dada tanto por contemplar un agravante genérico de naturaleza penal como nuevos tipos penales que abarquen desde su particularidad situaciones propias que suceden contra el colectivo LGBTQI.

En el sentido de la primera posibilidad, podría modificarse el Artículo 2 de la ley 23.592²⁰ (Ley contra la discriminación) para incluir por fuera del Código Penal, la motivación por odio contra el género, la identidad de género o su expresión como una agravante para todos los delitos como indica el proyecto de ley N° 6880-D-2018²¹ o sancionar un nuevo agravante genérico dentro del Código Penal como hizo Colombia²².

²⁰ Artículo 2. Ley 23.592. Actos discriminatorios. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 5 de Septiembre de 1988. “Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate”

²¹ Proyecto de ley presentado N° 6880-d-2018, de fecha 10-12-18. Página Oficial de la Honorable Cámara de Diputados, consultada el 06/07/21, disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=6880-D-2018&tipo=LEY>

²² FORNASARI, Gabriele y GUZMAN DÁLBORA, José L., “La agravante de delinquir por

En cambio, en el sentido de la segunda posibilidad, se pueden incluir figuras como las nombradas en el anteproyecto N° 7580-D-2018 presentado en el 2018²³ o en el Código español de 1995²⁴. Allí se contemplan figuras tales como: injurias colectivas discriminatorias, las acciones de promoción del odio o la discriminación, el delito de denegación de un servicio público o de una actividad profesional o empresarial, la violación de secretos con intención discriminatoria, la incitación a la discriminación, la propaganda discriminatoria, etc.

discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia”, *DPyC* 2015 (junio), 08/06/2015, 3
(La Ley Online, AR/DOC/1402/2015, p. 3).

²³ Proyecto de ley presentado N° 7580-d-2018, de fecha 10-12-18. Página Oficial de la Honorable Cámara de Diputados, consultada el 06/07/21, disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=7580-D-2018&tipo=LEY>

²⁴ FORNASARI, Gabriele y GUZMAN DÁLBORA, *loc. cit.*

PANDEMIA Y RESTRICCIÓN AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS EN ARGENTINA: UN ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS A PARTIR DEL PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD

PANDEMIC AND RESTRICTION ON THE EXERCISE OF RIGHTS
IN ARGENTINA: A HUMAN RIGHTS APPROACH BASED ON THE
PRINCIPLE OF NON-REGRESSIVENESS

Gastón Alejandro Zoltko*

Sumario: *I. Introducción. II. Restricción de derechos: Estándares internacionales y principio de no regresividad. III. La justificación de medidas regresivas por parte del Estado. IV. Normativa de emergencia nacional y provincial: principales derechos afectados. V. Conclusiones.*

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar, desde una perspectiva de Derechos Humanos, las medidas de emergencia adoptadas por el Estado Nacional y las Provincias en el marco de la Pandemia por Covid-19. Si bien son muchas las alternativas desde las que puede realizarse dicho análisis, se partirá desde los principios de razonabilidad y no regresividad, desarrollados ampliamente en la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como internacional. En dicho marco se reseñarán los estándares aplicables a la justificación de medidas regresivas y los principales derechos afectados como forma de arribar a algunas conclusiones sobre la cuestión.

Palabras clave: Covid-19, emergencia, restricciones, Derechos Humanos, razonabilidad, regresividad.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze, from a Human Rights perspective, the emergency measures adopted by the National State and the Provinces in the

* Estudiante de abogacía en Universidad Nacional del Sur (UNS).

framework of the Covid-19 Pandemic. Although there are many alternatives from which said analysis can be carried out, it will be based on the principles of reasonableness and non-regressiveness, widely developed in both national and international doctrine and jurisprudence. In this framework, the standards applicable to the justification of regressive measures and the main rights affected will be outlined as a way of reaching some conclusions on the matter.

Keywords: Covid-19, emergency, restrictions, Human Rights, reasonableness, regressivity.

I. Introducción

En muchos países de la región que ya se encontraban atravesando situaciones económicas y sociales complejas, como en el caso de nuestro país, la Pandemia del Covid-19 y la crisis sanitaria han agravado un conjunto de problemáticas existentes.

Ante este complejo escenario, extendido por toda la región y el mundo, distintos órganos del Sistema Internacional e Interamericano de Derechos Humanos se pronunciaron respecto a las cuestiones que requieren una especial atención por parte de los Estados, para la plena vigencia de los derechos fundamentales en estos nuevos contextos, con el objetivo de promover que las acciones que se implementen sean respetuosas de los estándares internacionales sobre Derechos Humanos.

Esta coyuntura histórica y sus consecuencias sanitarias, sociales y económicas, han generado un contexto de acción estatal sin precedentes en nuestra historia democrática y ello hace necesario más que nunca, brindar una perspectiva que ponga en el centro del sistema a la persona y esa no es otra que la que nos brindan los derechos humanos.

II. Restricción de derechos. Estándares internacionales y principio de no regresividad

Corresponde señalar que aun en situaciones de normalidad, los derechos reconocidos constitucionalmente no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio. También el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el sistema interamericano¹ como en el

¹ CADH, artículos 30 y 32.2.

sistema internacional², se contempla la restricción y suspensión de derechos en determinadas ocasiones.

Existe un amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre los principios que aseguran la validez de estas restricciones tanto en el campo del derecho constitucional como del derecho internacional de los Derechos Humanos. Sin perjuicio de ellos, los cuales son enteramente aplicables a la situación bajo análisis, en este trabajo por razones de extensión, se abordará específicamente el principio de no regresividad.

El principio de no regresividad se desprende de la noción de progresividad adoptada en diversos instrumentos de Derechos Humanos. El mismo, se encuentra contenido en el artículo 2.1 del PIDESC en cuanto dispone “*Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*” La CADH y el Protocolo de San Salvador también contienen disposiciones similares³.

Por lo tanto, si se prescribe que los Estados deben tender a la progresiva implementación de los derechos, la exigencia lógica y mínima es que no les esté permitido la adopción de medidas que vayan en sentido contrario y restrinjan el nivel alcanzado. De esta forma, son regresivas: a) las disposiciones normativas que impliquen un retroceso en la extensión concedida a un derecho, y b) las políticas que impliquen un retroceso en los resultados, medible a través de indicadores o referencias empíricas.

Se trata de una garantía de carácter sustantivo, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora⁴

² PIDESC, artículo 4 y PIDCP, artículo 4.

³ CADH, artículo 26 y Protocolo de San Salvador, artículo 1.

⁴ COURTIS, CHRISTIAN, *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios en Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 17-18.

En efecto, la obligación de no regresividad implica un control “agravado” del control de razonabilidad, como parte del debido proceso sustantivo. De acuerdo a la concepción tradicional de la razonabilidad, el parámetro al que quedaban sujetos el legislador y el Poder Ejecutivo se vinculaba exclusivamente con criterios de racionalidad, por ejemplo, la no afectación de la sustancia del derecho, el análisis de la relación medio/fin que propone la norma, el análisis de proporcionalidad, etcétera. La obligación de no regresividad agrega a las limitaciones vinculadas con la racionalidad, otras limitaciones vinculadas con criterios de evolución temporal o histórica: aun siendo racional, la reglamentación propuesta por el legislador o por el Poder Ejecutivo no puede empeorar la situación de reglamentación del derecho vigente, desde el punto de vista del alcance y amplitud de su goce⁵.

III. La justificación de medidas regresivas por parte del Estado

Las medidas de carácter regresivo requieren una consideración cuidadosa y conllevan para el Estado una carga de justificación alta en razón de la probable afectación a los derechos fundamentales de las personas.

Resulta necesario analizar bajo la lupa del principio de no regresividad las medidas restrictivas de derechos y libertades, ya que este principio tiene como propósito evitar una afectación mayor, buscando que no se conculquen derechos reconocidos, y si esto se produce, obligando al Estado a acreditar de manera suficiente y probada que no existían otras alternativas de decisión para lograr disminuir el daño y afectación a otros derechos.

Si bien se encuentra contemplada la potestad de establecer restricciones al ejercicio de los Derechos Humanos, se han establecido una serie de requisitos para la validez de dichas restricciones. Han sido los órganos de Derechos Humanos los que se han ocupado de desarrollar el alcance de dichos requisitos y los límites a las posibilidades justificatorias del Estado.

El primer requisito es de carácter formal, las restricciones deben ser contempladas por una ley y ello ha sido previsto tanto en el sistema internacional como en el interamericano⁶. Sobre esta cuestión, y principalmente en relación al concepto de ley, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido con meridiana claridad que: “...no es posible interpretar la expresión leyes,

⁵ Ibid. p. 22.

⁶ PIDESC, artículo 4° y CADH, artículo 30.

utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general.” Por consiguiente “las leyes a que se refiere el artículo 30 son actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo.”⁷

Acerca de los requisitos de fondo de las medidas regresivas, la Corte Interamericana ha sostenido, aunque si bien en el marco de casos relativos a la libertad de expresión, interesantes conceptos referentes a la restricción de derechos, tales como que la legalidad de la mismas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un “*interés público imperativo*” y que en consecuencia “*no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno: para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo*”⁸.

También corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos⁹ y quedan por ende excluidas de la posibilidad de ser justificadas las medidas regresivas que afecten el contenido mínimo esencial del derecho en juego. El *contenido mínimo esencial* es aquel que debe ser garantizado con independencia de la situación económica o las condiciones desfavorables que enfrenten los Estados Parte. Constituye una línea de base que debe ser garantizada para todas las personas en todos los contextos. En este punto, el Comité apuesta por una teoría absoluta del contenido mínimo esencial, dado que no admite justificación alguna para la no realización de estas garantías básicas¹⁰.

⁷ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 solicitada por la República Oriental del Uruguay sobre la expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, párr. 26 y 35.

⁸ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención)*, párr. 46.

⁹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, *Observación General N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (1990), párr. 10.

¹⁰ PARRA VERA, OSCAR, *El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad en Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 58.

También, ha sido el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales el que mediante una interpretación teleológica del Pacto, arriba a la conclusión de que “...*todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.*”¹¹

Por lo tanto, la prohibición de regresividad revela que, el estándar de juicio para considerar justificada una medida regresiva es alto y las razones que podría aducir un Estado para su justificación son limitadas. El Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a) que la misma ha sido establecida por una ley formal b) que está destinada a la satisfacción de un interés público imperativo c) que no afecta los niveles mínimos esenciales de satisfacción del derecho d) que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta la totalidad de los derechos y e) que ha empleado todos los recursos de que dispone (incluyendo los que provengan de la cooperación internacional) y que, aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos de los ciudadanos.

IV. Normativa de emergencia nacional y provincial: principales derechos afectados

Para enfrentar los efectos del Coronavirus en Argentina, en un primer momento el Poder ejecutivo nacional dictó el decreto de necesidad y urgencia N° 260/2020¹². La mencionada norma, amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida en la ley 27.541¹³ el 21 de diciembre de 2019, por el plazo de un año. Inmediatamente, dentro de este marco, comenzó a dictarse un profuso conjunto de medidas de variada naturaleza.

En primer lugar, el 16 de marzo, se estableció por Decreto DNU N° 274/2020¹⁴ la prohibición de ingreso al territorio nacional de personas extranjeras no residentes en el país. El 19 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU N° 297/2020¹⁵ que dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio

¹¹ Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 3: *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (1990), párr. 9.

¹² <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=335423>

¹³ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/330000-334999/333564/norma.htm>

¹⁴ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=335479>

¹⁵ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=335741>

(ASPO) para todas las personas que habitan en el país o se encontraran en él en forma temporaria al momento de su dictado. Esta disposición previó que durante la vigencia del ASPO, las personas deberían permanecer en sus residencias habituales, abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y que no podrían desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus Covid-19. Se establecieron además controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos, a fin de garantizar el cumplimiento de las normas dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y la consiguiente afectación a la salud pública¹⁶.

A medida que se fue avanzando en las sucesivas prórrogas, comenzaron a adoptarse modalidades de cuarentena diferenciada para diversas jurisdicciones del país, según la realidad de cada una. Ello fue así, principalmente a través del DNU N° 355/2020¹⁷. De aquí en adelante comenzó a observarse una convivencia, generalmente problemática, entre el orden normativo de emergencia nacional y el correspondiente a cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Del actuar del Estado a nivel nacional y provincial, surgen dos cuestiones principales: el papel exclusivo del Poder Ejecutivo en la adopción de medidas y las severas limitaciones de derechos implicadas en ellas. Esto nos lleva a analizar el cumplimiento de los requisitos en materia de justificación de medidas regresivas por parte del Estado.

En primer lugar, se observa una proliferación de Decretos de Necesidad y Urgencia. Inicialmente cabe preguntarse sobre este punto si se ha cumplido el requisito del impedimento fáctico de que el Congreso se reúna¹⁸, ya que si bien la situación de emergencia constituye una condición necesaria, no es suficiente para el dictado de estos instrumentos. Por lo tanto, si el Congreso estuviese en condiciones de reunirse, es el lugar institucional desde el cual el Estado debe lidiar con la emergencia y por ende decidir eventuales restricciones de derechos. Y, así como lo ha demostrado el devenir de los acontecimientos, era totalmente plausible -en el siglo de mayor avance tecnológico en materia

¹⁶ Las medidas de aislamiento dispuestas por el DNU N° 297/2020 fueron previstas inicialmente hasta el 31 de marzo de 2020, pero luego fueron sucesivamente prorrogadas a través una serie de decretos. Por razones de extensión no es posible mencionarlos a todos, pero se encuentran disponibles en el Digesto publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, disponible en el siguiente enlace: <http://www.saij.gob.ar/digesto-covid19.jsp>

¹⁷ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=336212>.

¹⁸ Constitución Nacional, art. 99 inc. 3.

comunicacional- que el Congreso continuara funcionando sin dejar de cumplir las disposiciones sanitarias.

Si bien un Decreto de Necesidad y Urgencia puede tener fuerza de ley, no es la ley y tampoco la ratificación posterior de los mismos¹⁹ remedia el incumplimiento del requisito deliberativo impuesto por la Constitución²⁰. El respeto a la legalidad en materia de restricción a los derechos humanos, lejos de ser un obstáculo para el control de la pandemia, es una condición necesaria para que las medidas sean legítimas y socialmente aceptadas. Si bien se trata de un requisito *formal*, no es un simple *formalismo*, ya que en el sentido que se le ha otorgado a la legalidad, como requisito para la validez de las restricciones a derechos, está cargado de un profundo valor de legitimidad democrática.

Respecto al análisis de los derechos que han sido limitados, debe evitarse el error de analizar la restricción exclusivamente desde la norma y el derecho que se pretendió restringir. La fuerza de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos no se encuentra solo en su reafirmación por parte de la doctrina y jurisprudencia de las últimas décadas, sino que la realidad social es la que con elocuencia nos muestra las múltiples consecuencias que puede tener la privación de *un* derecho sobre la *totalidad* de los derechos de una persona.

Las consecuencias de las restricciones al derecho a circular, a trabajar, a la educación, a la libertad de culto, se extienden a toda la persona y repercutirán sobre su derecho a la alimentación, a la vivienda, a la libertad de pensamiento, la protección de la familia, etc. Esto es así, ya que como se ha sostenido, si la dignidad de la persona humana es indivisible, también son indivisibles sus derechos²¹.

IV. Conclusiones

Nuestro país ha estado inmerso en situaciones de emergencias y normas de emergencias durante prácticamente un siglo. Esta vez, ha tenido lugar una

¹⁹ Es importante agregar que el 13 de mayo de 2020, la Cámara de Senadores de la Nación aprobó un conjunto de Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el Poder Ejecutivo entre los cuales fueron incluidos los Decretos N° 297/2020, N° 325/2020 y N° 355/2020. <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/sesiones/2001/descargarDiario>.

²⁰ AA. VV., *Cuidar la vida y la Constitución: La restricción de derechos durante la emergencia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, 2020, p. 4.

²¹ GIALDINO, ROLANDO, *Derecho Internacional de los Derecho Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, pp. 64 – 65.

nueva crisis realmente excepcional. Hay muchos problemas por resolver. Es deseable que los nuevos obstáculos planteados se puedan superar con la mayor legitimidad democrática que brinda el respeto irrestricto a los Derechos Humanos y no con la discrecionalidad descontrolada del Ejecutivo.

Actualmente, pareciera que si no cedemos ciertos derechos y no restringimos algunas libertades, el coronavirus arrasará con todos nosotros. “Sucedee que históricamente todo avance autoritario busca una amenaza a la cual primero magnifica y luego manifiesta que es necesario contenerla de un modo u otro a fin de proteger a la humanidad...”²²

Este es el mayor peligro y la vigencia plena de los Derechos Humanos la principal fortaleza, ya que como se ha afirmado “La lucha por lo que hoy llamamos Derechos Humanos ha sido, precisamente, la de circunscribir el ejercicio del poder público a los imperativos que emanan de la dignidad humana.”²³.

²² RISSO, GUIDO, *Covid 19 Reflexiones Jurídicas*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020, p. 30.

²³ NIKKEN, PEDRO, *El concepto de Derechos Humanos*, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*. Tomo I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994, pág. 27

REGLAS DE ESTILO

I. INTRODUCCIÓN

Las citas son indicaciones precisas y detalladas que se utilizan para hacer referencia a otros autores con la finalidad de poder llegar a la fuente de lo citado. Las normas convencionales señalan que todo lo que no sea propio de los redactores debe ser citado porque lo contrario puede considerarse un acto indebido de apropiación.

El Consejo de Redacción de la Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Sur ha adoptado como modelo el método de citación dispuesto en la asignatura Taller de Seminario de la carrera de Abogacía de la UNS, al cual ha de recurrirse subsidiariamente frente a cualquier situación no contemplada expresamente por el presente Manual de Estilo.

II. SUMARIO

Precederá a cada trabajo un sumario en el cual consten los diferentes subtítulos o secciones que lo estructuren. Cada subtítulo deberá organizarse con números romanos.

III. ABSTRACT Y PALABRAS CLAVE

Cada trabajo irá precedido de un resumen o *abstract* y de una suma de palabras claves.

El primero consiste en una síntesis o resumen donde se informa específicamente los contenidos y alcances del artículo, así como también los objetivos planteados en el mismo. Su extensión no podrá superar las 200 palabras, escritas en fuente Arial, tamaño 12 puntos y *cursiva*, a fin de que pueda diferenciarse del cuerpo del trabajo.

Las segundas, por su parte, abarcan un conjunto palabras clave (*keywords*) que comprendan la temática central del artículo a modo de facilitar su clasificación temática. Se solicita un mínimo de cinco (5) palabras clave.

Ambas secciones deberán presentarse en dos versiones: una en idioma español y otra en idioma inglés. Esta última podrá, no obstante, encomendarse al

Consejo de Redacción.

Los trabajos incluidos en la sección Comentario de Fallo no incluirán *abstract* ni palabras claves.

IV. REGLAS GENERALES DE CITACIÓN

Las citas serán organizadas en orden creciente numérico, y deberán constar al pie de la página. Esto podrá ser reemplazado por el señalamiento de bibliografía al final del artículo.

IV. I. Indicación de páginas

Cita de una página específica: p. 18.

Cita proveniente de una página y las siguientes: p. 18 y ss.

Cita proveniente de un conjunto de páginas: pp. 18-25.

Cita de páginas que no son consecutivas: pp. 18 y 25.

IV. II. Abreviaturas

Deberán evitarse las abreviaturas, de ser utilizadas ha de indicarse con precisión.

IV. III. Fuentes web

Las fuentes obtenidas de la web, preferentemente a páginas o portales de organismos oficiales y bases de datos legislativos o jurisprudenciales de libre acceso, deberán hipervincularse. Es importante que en este tipo de citas se destaque la fecha de consulta. Lo último podrá omitirse cuando la información referenciada se encuentre en archivos estables como, por ejemplo: InDret, Infoleg, SSRN, SCBA.

Ejemplo modo 1: ALVARADO, LOURDES, “Facultad Discrecional”, *Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, consultado el 08/05/12. URL: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=723&Itemid=27

Ejemplo modo 2: SCHMITT, CARL, *Sobre el Parlamentarismo*, disponible en <http://www.iestudiospenales.com.ar/filosofia-/423-sobre-el-parlamentarismo.html> (Documento Digital, pp.17 y ss.)

VARANI, JAVIER E., “La Imprescindible Reforma de la Ilegítima Ley Electoral Bonaerense. El Caso de la Integración de los Concejos Deliberantes.” Disponi-

ble en http://www.quieroelegir.com/varani_imprescindiblereforma.pdf (Documento Digital, p.2).

A continuación apuntaremos cuál es la forma adecuada para citar distintas categorías fuentes jurídicas.

V. FUENTES

V. I. Fallos

Partes –Tribunal –Fecha -Publicado en: bastardillas. –Página/s

Ejemplo 1: “Girolodi Horacio D. y otro”, CSJN, 7/4/95, *La Ley Online* (Documento Digital, pp. 4 – 8).

Ejemplo 2: “Machinandiaréna Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina”, CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 27/05/2009, *LA LEY* 08/06/2009, 08/06/2009, 11 - *LA LEY* 2009-C, 647 - *LA LEY* 19/06/2009 , 7; *LA LEY* 2009-D , 96; *LLBA* 2009 (junio), 557 - *RCyS* 2009-VII , 62; *LA LEY* 29/12/2009 , 4; *LA LEY* 2010-A , 220 (AR/JUR/10675/2009, pp. 11 y ss.)

V. II. Fallo anotado

Partes –Tribunal –Fecha -Publicado en: bastardillas – Página/s

Ejemplo: “Federación Patronal A.R.T. S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, CNFed. CA, Sala II, 13/4/1999, con nota de AGUSTÍN GORDILLO, “Tasa por Decreto”, *La Ley*, 1999-C, 509.

En caso de citarse el fallo y no su comentario, ha de omitirse la referencia al autor.

V. III. Artículos de revistas

Autor -Título: entre comillas -Publicado en: Título de la revista debe ir en bastardilla, el número de ejemplar y tomo (si lo hubiere) ha de citarse utilizando números romanos –Editorial – Página/s.

Ejemplo 1: ROCHA PEREYRA, GERONIMO, “Sobre el Derecho Administrativo Sancionador (Las sanciones administrativas en sentido estricto)”, Publicado en la *Revista de Derecho Administrativo (REDA)* nro. XLIII, abril de 2003, Ed. LexisNexis, pp. 21 – 24.

Ejemplo 2: SPROVIERI, LUIS E., “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, *SJA* 3/11/2010 (AbeledoPerrot N°: 0003/015188, pp.1-2).

Ejemplo 3: ALVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., “Los daños punitivos”, *LA LEY* 2000-A, 1111 (La Ley Online, p.4);

V. IV. Libros

Autor o autores: Apellido y nombres en mayúscula -Título: bastardillas -Edición – Editorial - Lugar de publicación –Año – Página/s.

Ejemplo 1: BIOCCA, STELLA M., *Derecho Internacional Privado, un nuevo enfoque*, 1ª Edición, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2004, pp. 91-121.

Ejemplo 2: BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANNONI, EDUARDO A., *Manual de derecho de familia*, 1ª Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988 (6ª ed., 2004), pp.139-141.

V. V. Libros de Abeledo Perrot Online

Autor -Título: bastardillas – Año – Edición – Editorial – Pagina/s.

FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L., “Derecho del Consumo”, en *Tratado teórico – práctico de Derecho Comercial*, Ed. LexisNexis – Abeledo Perrot, 2009, *Lexis* N° 9212/003489, pp. 3-4.

V.VI. Fuentes Secundarias

Ejemplo 1. PIZARRO, RAMÓN D., “Daños Punitivos”, en *Derecho de Daños*, Homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas, Buenos Aires, Ed. La Rocca, Segunda Parte, 1993, pp. 287 y ss.; [citado por BUSTAMANTE ALSINA, JORGE en “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *LA LEY* 1994-B, 860 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 267 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2009, 309 (La Ley Online, p.8)].

V. VII. Definiciones de diccionarios

Voz –Autor -Título: bastardillas -Edición – Editorial - Lugar de publicación –Año.

Voz “*Exceptio non adimpleti contractus*” en OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 27ª Edición actualizada, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2000.

V. VIII. Leyes

Número de la ley - Nombre de la ley o decreto, si lo tiene - Título de la publicación en que aparece oficialmente -Lugar de publicación - Fecha de publicación (día, mes y año) -Paginación si hubiera.

Ejemplo: Ley 23.515 Divorcio vincular, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12 de Junio 1987.

INDICACIONES PARA EL AUTOR

En conformidad con el Reglamento de la Revista de Derecho UNS, el autor deberá observar las siguientes pautas de redacción:

- Para publicar en la sección “Ensayos”, es requisito ser estudiante de alguna de las carreras de grado que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, y tener aprobados al menos 10 exámenes finales de la carrera de Abogacía o 6 finales de la carrera de Martillero y Corredor Público.
- Para publicar en las secciones “Comentarios de Jurisprudencia”, “Novedades Legislativas”, “Derecho y Literatura” y “Derecho y Cine” es requisito ser estudiante de la carrera de Abogacía que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur y tener aprobados al menos 6 exámenes finales de la carrera.
- Para publicar en la sección “Doctrina” es requisito ser docente o graduado de la carrera de Abogacía que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur.
- Para publicar en la sección “Selección especial” no es requisito ser docente o graduado de la carrera de Abogacía que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, ni alumno en tal institución.

Los trabajos presentados por alumnos, graduados o docentes de alguna de las carreras de grado que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur tendrán prioridad de publicación. El alumno deberá acreditar tal condición adjuntando al envío certificado de alumno regular. El graduado deberá hacerlo adjuntando al envío constancia de título en trámite o foto del título expedido.

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y cumplir con los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos
- Se admiten trabajos de autores colectivos (co-autores)
- Hoja: A4
- Tipo de letra: “Arial” tamaño 12 para el texto y 10 para las citas, con interlineado de 1,5, y los márgenes de las páginas deberán ser de 2 cm. en todos los casos.

- En caso de destacados dentro del texto utilizar bastardilla. No se admitirá el resaltado con negrita.
- Copias: 1 en papel y 1 en CD o enviada por e-mail (en formato Word).
- El trabajo debe firmarse exclusivamente bajo un seudónimo, no indicando del autor.
- El/los autores presentarán además, al tiempo de la entrega del ejemplar en papel un sobre cerrado identificado únicamente con el seudónimo, que deberá contener una nota firmada detallando: su/s nombre/s y apellido/s, su seudónimo, número/s de Libreta Universitaria (en el caso de alumnos), dirección, teléfono, dirección de e-mail, y la manifestación de que conoce y acepta expresamente los términos del reglamento, en especial, lo previsto en el art. 30. De la misma manera, en el envío del archivo digital, deberá agregarse un documento identificado con el seudónimo con igual contenido.

¿A dónde enviar el trabajo?

El trabajo debe entregarse, en sobre cerrado dirigido a “Revista de Derecho UNS”, en Mesa de Entradas del Departamento de Derecho de la UNS en Avda. Colon 50 de la ciudad de Bahía Blanca y al mismo tiempo en formato digital (archivo Word) a la casilla de correo *revistadederechouns@gmail.com*

Extensión de las colaboraciones

- a) Ensayos, Doctrina y Selección Especial: hasta 3.000 palabras (aproximadamente 10 páginas).
- b) Resto de las secciones: hasta 1.000 palabras (aproximadamente 3 páginas).

Proceso de evaluación y selección de trabajos

Los trabajos que se presenten serán evaluados por el Comité Académico de la Revista. La función de este consiste en evaluarlos y dictaminar acerca de su publicación, conformando una preselección. En caso de que el evaluador sugiera modificaciones, el autor podrá realizar las modificaciones pertinentes y presentarlo nuevamente.

Antes de la publicación de cada número, los trabajos que han sido preseleccionados serán evaluados por el Consejo de Redacción. En tal ocasión se deci-

dirá la conformación del número. Los trabajos preseleccionados que no sean aprobados para su publicación inmediata podrán, si el autor así lo desea, ser considerados a los efectos de su inclusión en el siguiente número.

Una vez seleccionado un trabajo, el mismo será revisado y corregido para su publicación por un miembro del Consejo de Redacción.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la “Revista de Derecho de la UNS”, tanto en su versión en papel como en su versión electrónica, en la página web del Departamento de Derecho de la UNS.

Aspectos jurídicos y económicos

Los autores ceden a favor del Departamento de Derecho de la UNS y de la Editorial de la Universidad Nacional del Sur (*EdiUNS*) los derechos de autor sobre los trabajos de su autoría, para que, de estimarlo, sean publicados por los medios académicos, científicos o de interés jurídico, en la forma, condiciones y plazos que estimen convenientes. A tal fin, el/los autor/es se obliga/n a otorgar todos los actos necesarios para esa publicación.

La presentación de trabajos a efectos de que sean considerados para su publicación implica la plena conformidad y aceptación de los términos y condiciones expresadas por el Reglamento.

Publicación del Departamento de Derecho
de la Universidad Nacional del Sur gestionada
y dirigida por estudiantes de la carrera de Abogacía